



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والإقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

العدد الثاني ٢٠١٧

المجلد الثالث

---

---

أثر كل من المخالفة والاختلاف في عقد  
الوكالة في الفقه الإسلامي  
"دراسة فقهية مقارنة"

---

---

دكتور/ وليد خالد الربيع

---

---

# أثر كل من المخالفة والاختلاف في عقد الوكالة في

الفقه الإسلامي

"دراسة فقهية مقارنة"

دكتور/ وليد خالد الربيع

الأستاذ المساعد في قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة الكويت

---

---

بسم الله الرحمن الرحيم

## المقدمة

الوكالة من محاسن الإسلام، فكل أحد يحكم ارتباطه بغيره قد تكون له حقوق، أو تكون عليه حقوق، فيما أن يباشرها بنفسه أخذاً وعطاءً، أو يتولاها عنه غيره، فليس كل إنسان قادراً على مباشرة أموره بنفسه، وليس كل إنسان يرضى أن يباشر أعماله بنفسه، ولا كل أحد يهتدي إلى المعاملات، فمست الحاجة إلى شرعية الوكالة، وأجاز له الإسلام توكيل غيره ليقوم بها نيابة.<sup>(١)</sup>

وفي كثير من الأحيان تحقق الوكالة المقصود من شرعيتها، وهو تحقيق مصلحة الموكل على الوجه الذي يريده ويرتضيه، وفي بعض الأحيان لا يتحقق ذلك المقصود؛ إما بسبب مخالفة الوكيل لتوجيهات موكله، وإما لظن الموكل أن الوكيل قد خالفه، والوكيل ينكر ذلك، وهنا يأتي الفقه الإسلامي - ممثلاً في مذاهبه المعتبرة - ليقدم الأحكام العملية التي تحسم

---

(١). الهداية (١٥٢/٣)، تكملة شرح فتح القدير (٣/٨).

الخلافاً، وترفع النزاع، مبينة الآثار الفقهية لمخالفة الوكيل لموكله، وموضحة من يأخذ بقوله عند اختلاف قول كل من الموكل والوكيل وإدعاء كل منهما خلاف ما يدعيه الآخر.

ويأتي هذا البحث الموجز ليقدّم خلاصة تلك المسائل التي ذكرت في مصادر الفقه الإسلامي المذهبية والمقارنة، ويقربها للراغبين في معرفتها والاطلاع عليها، لا سيما مع كثرة وقوعها، وكثرة التقاضي فيها، مما يؤكد سعة الفقه الإسلامي ومرونته لاستيعاب أسئلة الناس، وما يستجد لهم من نوازل كما قال تعالى: ﴿ما فرطنا في الكتاب من شيء﴾<sup>(١)</sup>، قال القرطبي: "أي: ما تركنا شيئاً من أمر الدين إلا وقد دللنا عليه في القرآن؛ إما دلالة مبينة مشروحة، وإما مجملة يتلقى بيانها من الرسول عليه الصلاة والسلام، أو من الإجماع، أو من القياس الذي ثبت بنص الكتاب؛ قال الله تعالى: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء﴾<sup>(٢)</sup>، وقال: ﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم﴾<sup>(٣)</sup>، وقال: ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾<sup>(٤)</sup>، فأجمل في هذه الآية وآية (النحل) ما لم ينص عليه مما لم يذكره، فصدق خبر الله بأنه ما فرط في الكتاب من شيء إلا ذكره، إما تفصيلاً وإما تأصيلاً"<sup>(٥)</sup>.

### خطة البحث:

قسمت البحث إلى تمهيد وفصلين وخاتمة:

المقدمة: ذكرت فيها أهمية الموضوع، وسبب اختياره، وخطة البحث

ومنهج البحث.

(١) سورة الأنعام: ٣٨.

(٢) سورة النحل: ٨٩.

(٣) سورة النحل: ٤٤.

(٤) سورة الحشر: ٧.

(٥) الجامع لأحكام القرآن (٦/٣٢٨).

**والتمهيد:** في تعريف الوكالة، وبيان مشروعيتها، وأركانها وشروطها.  
**الفصل الأول:** أثر مخالفة الوكيل للموكل.  
**الفصل الثاني:** أثر الاختلاف بين الموكل والوكيل.  
**الختام:** وفيها أهم نتائج البحث.

### **أما منهج البحث:**

سلبت في هذا البحث الموجز المنهج الاستقرائي والمنهج الاستنباطي والمنهج المقارن، من خلال تتبع مذاهب الفقهاء وبيان ما قرروه من أحكام المخالفة والاختلاف بين الموكل والوكيل، ثم استنباط الحكم الراجح من مذاهبهم بعد عرض أدلتهم ومناقشتها، وتتلخص ملامح منهج البحث في الآتي:

**أولاً:** بيان مواضع الآيات التي ورد ذكرها في ثنايا البحث بذكر اسم السورة ورقم الآية في الهامش.

**ثانياً:** تخريج الأحاديث النبوية الواردة في البحث من كتب السنة المعتمدة.

**ثالثاً:** الرجوع إلى المصادر الأصيلة والمراجع المعتمدة عند بيان موقف الفقه الإسلامي، مع ذكر مذاهب الفقهاء وأدلتهم والمناقشة وال ترجيح، مع توثيق ذلك بالهامش.

**رابعاً:** ختمت البحث بذكر قائمة المصادر والمراجع وفهرس المحتويات.  
**خامساً:** عند العزو في الهامش أكتفي بذكر اسم المرجع مع اسم المؤلف والجزء والصفحة، وأرجأت ذكر ما يتعلق بالناشر وسنة النشر والطبعة ونحو ذلك إلى قائمة المصادر والمراجع خشية إطالة الهوامش.

وفي الختام أسأل الله تعالى أن يوفقني لبيان الحق في هذه المسائل، وأن يجنبني الزلل في القول والعمل، وأن يجعل هذا البحث نافعاً مفيداً للباحث ومن اطلع عليه، وبالله التوفيق.

## تمهيد

### في تعريف الوكالة

#### وبيان مشروعيتها وأركانها وشروطها

قبل الشروع في بيان مسائل المخالفة والاختلاف بين الموكل والوكيل، لا بد من توطئة تبين حقيقة الوكالة في اللغة والفقه الإسلامي، وبيان مشروعيتها، وذكر أركانها وشروطها على سبيل الإيجاز والاختصار خشية الإطالة والبعد عن مقصود البحث الرئيس.

#### المبحث الأول

#### تعريف الوكالة

يتناول هذا المبحث تعريف الوكالة في اللغة العربية ثم يعقب بتعريف الوكالة في الاصطلاح الفقهي وذلك في المطلبين الآتيين:

#### المطلب الأول

#### تعريف الوكالة في اللغة

للوكالة في اللغة معان منها: الحفظ، قال الله عز وجل: ﴿وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل﴾<sup>(١)</sup> أي: الحافظ، وقال تبارك وتعالى: ﴿لا إله إلا هو فاتخذه وكيلاً﴾<sup>(٢)</sup> قال الفراء: أي: حفيظاً.

ومن معاني الوكالة الاعتماد وتفويض الأمر، قال الله تعالى: ﴿وعلى الله فليتوكل المتوكلون﴾<sup>(٣)</sup>، وقال الله تعالى خبراً عن هود عليه السلام: ﴿إني توكلت على الله ربي وربكم﴾<sup>(٤)</sup>، أي: اعتمدت على الله وفوضت أمري إليه.

(١) سورة آل عمران: ١٧٣.

(٢) سورة المزمل: ٩.

(٣) سورة إبراهيم: ١٢.

(٤) سورة هود: ٥٦.

فأصل الوكالة في اللغة: أن يعهد إلى غيره أن يعمل له عملاً.<sup>(١)</sup>  
قال ابن فارس: "الواو والكاف واللام أصل صحيح يدل على اعتماد  
غيرك في أمرك، وسمي الوكيل وكيلا لأنه يوكل إليه الأمر".<sup>(٢)</sup>  
ويرى المطرزي أن قولهم: "الوكيل الحافظ، والوكالة الحفظ" إن ذاك  
مسبب عن الاعتماد والتفويض.<sup>(٣)</sup>

### المطلب الثاني

### تعريف الوكالة في الاصطلاح

عرف الفقهاء الوكالة بتعريفات مختلفة لا تخلو من مناقشة  
واستدراك<sup>(٤)</sup>، ولعل التعريف الجامع للوكالة تعريف الشافعية حيث عرفوا  
الوكالة: بأنها تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في  
حياته.<sup>(٥)</sup>

لأنه أكثر التعريفات قيود مفيدة وأقلها مناقشة واعتراضاً، فهو أقرب  
ليبان حقيقة الوكالة وأركانها.

- (١) المعجم الوسيط (١٠٩٧/٢) مادة (وكل).
  - (٢) معجم مقاييس اللغة (١٣٦/٦) مادة (وكل).
  - (٣) المغرب (٣٦٩/٢) مادة (وكل).
  - (٤) عرف الحنفية الوكالة بأنها عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف  
معلوم. اللباب (١٣٨/٢)، العناية (٤٩٩/٧).
  - وعرفها المالكية بأنها نيابة ذي حق في غير إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروط  
بموته. شرح حدود ابن عرفة (ص ٤٥٧).
  - وعرفها الحنابلة بأنها استنابة جازئ التصرف مثله فيما تدخله النيابة. الإنصاف  
(٣٥٣/٥).
- وقد ذكر هذه التعريفات وأورد عليها مناقشات كل من د. سلطان الهاشمي في  
كتابه: أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية (ص ٨٦ - ٨٩)،  
وسيد محمد الأنصاري في كتابه: عقد الوكالة في الفقه الإسلامي (ص ٢٦ -  
٣٦).
- (٥) مغني المحتاج (٢١٧/٢).

ويرى الكاساني أن هناك علاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي فيقول: "وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضا على تقرير الوضع اللغوي، وهو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل؛ ولهذا قال أصحابنا: إن من قال لآخر: وكلتك في كذا أنه يكون وكيلًا في الحفظ؛ لأنه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه."<sup>(١)</sup>

## المبحث الثاني مشروعية الوكالة

**الوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع:**

أما الكتاب فقول الله تعالى: {إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها}<sup>(٢)</sup>.

قال ابن قدامة: "فجوز العمل عليها، وذلك بحكم النيابة عن المستحقين"<sup>(٣)</sup>.

وأيضاً قوله تعالى: {فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم بزرق منه}<sup>(٤)</sup>.

قال القرطبي: "في هذه البعثة بالورق دليل على الوكالة وصحتها"<sup>(٥)</sup>.

وأما السنة المطهرة:

١- عن عروة بن أبي الجعد البارقى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به له شاة، فاشتري له به شاتين فباع إحداهما بدينار

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٠).

(٢) سورة التوبة: ٦٠.

(٣) المغني (٥/٢٠١).

(٤) سورة الكهف: ١٩.

(٥) الجامع لأحكام القرآن (١٠/٣٣٧).



وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه.<sup>(١)</sup>

٢- عن جابر بن عبد الله، قال: أردت الخروج إلى خيبر، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له: إني أردت الخروج إلى خيبر. فقال: "أنت وكيلي، فخذ منه خمسة عشر وسقا، فإن ابتغى منك آية، فضع يدك على ترقوته."<sup>(٢)</sup>

وفي السنة المطهرة أمثلة كثيرة على توكيل النبي صلى الله عليه وسلم لكثير من الصحابة في أمور كثيرة.<sup>(٣)</sup>

وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك؛ فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه، فدعت الحاجة إليها.<sup>(٤)</sup>

---

(١) أخرجه البخاري كتاب المناقب حديث (٣٦٤٢)، وأبو داود كتاب البيوع باب في المضارب يخالف حديث (٣٣٨٤)؛ والترمذي كتاب البيوع حديث (١٢٥٨).

(٢) أخرجه أبو داود كتاب الأقضية باب في الوكالة حديث (٣٦٣٢)، قوله: (فإن ابتغى) أي: طلب، (آية) أي: علامة (فضع يدك على ترقوته) بفتح المثناة من فوق وسكون الراء وضم القاف وفتح الواو وهي العظم الذي بين ثغرة النحر والعاتق، وهما ترقوتان من الجانبين كذا في النهاية. وفي اللغات: مقدم الحلق في أعلى الصدر حيثما يرقى فيه النفس. انظر عون المعبود (ص ١٥٤).

(٣) مثل توكيل علي بن أبي طالب في ذبح الهدي، وهذا الحديث في الصحيحين. كذلك توكيل ابن أم مكتوم في الإمامة، وأيضاً وكُلُّ أبا هريرة على صدقة رمضان.

وجاء في الصحيحين من حديث أبي هريرة لما أرسل النبي صلى الله عليه وسلم أنيساً إلى المرأة الزانية قال: "واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها"، فوكل أنيساً في تسجيل الاعتراف وفي إقامة الحد. وكذلك وكُلُّ أبا رافع في نكاح ميمونة، وكذلك ورد أنه وكُلُّ عمرو بن أمية البضمري رضي الله عنهم جميعاً في نكاح أم حبيبة.

(٤) المغني (٢٠١/٥)، الحاوي الكبير (٤٩٥/٦)، نيل الأوطار (ص ١١١٥).

## المبحث الثالث أركان الوكالة وشروطها

ذهب الحنفية إلى أن ركن الوكالة هو الإيجاب والقبول ؛ فالإيجاب من الموكل أن يقول: "وكلتك بكذا" أو "افعل كذا" أو "أذنت لك أن تفعل كذا" ونحوه.

والقبول من الوكيل أن يقول: "قبلت" وما يجري مجراه، فما لم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد.<sup>(١)</sup>

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن أركان الوكالة ثلاثة: العاقدان (الموكل، والوكيل)، والموكل فيه، والصيغة.<sup>(٢)</sup>

وأما شروط عقد الوكالة فقد ذكر الفقهاء للوكالة شروطا عديدة ترجع إلى الموكل والوكيل ومحل الوكالة، بعض تلك الشروط متفق عليه، وبعضها يختلف فيها، وسأقتصر هنا على ذكر الشروط المتفق عليه بين الفقهاء، خشية الإطالة فيما ليس له صلة بموضوع البحث الرئيس، ولأن المقصود من هذا التمهيد تقديم صورة موجزة لحقيقة عقد الوكالة وأركانه وشروطه على سبيل الإجمال، ويمكن إيجاز الشروط المتفق عليها فيما يأتي:<sup>(٣)</sup>

الشرط الأول: أن يكون الموكل جائز التصرف ؛ بأن يكون عاقلا بالغاً

رشيداً.

(١) بدائع الصنائع (٢٠/٦).

(٢) مواهب الجليل (١٩٠/٥)، الخاوي الكبير (٤٩٥/٦)، المغني (٢٠٢/٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٠/٦ - ٢٣)، بداية المجتهد (٣٠١/٢)، التاج

والإكليل (١٨١/٥)، الكافي (ص ٣٩٤)، روضة الطالبين (٢٩١/٤) -

(٢٩٩)، فتح العزيز بهامش المجموع (٤/١١ - ١٧)، المغني (٢٠١/٥) -

(٢١٢)، كشاف القناع (٤٦١/٣).

قال ابن قدامة: "وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه، وكان مما تدخله النيابة، صح أن يوكل فيه رجلا أو امرأة".<sup>(١)</sup>  
قال النووي: "الموكل تشتط فيه صحة مباشرته للملك أو ولاية، فيخرج منه الصبي والمجنون والمغنى عليه والنائم والمرأة في التزويج".<sup>(٢)</sup>  
يعلل الكاساني هذا الشرط بقوله: "لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فما لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض إلى غيره؟"<sup>(٣)</sup>  
الشرط الثاني: أن يكون الوكيل جازئ التصرف، بأن يكون عاقلا بالغا رشيدا.

قال النووي في بيان شروط الوكيل: "وشرطه صحة مباشرته ذلك الشيء لنفسه، بأن يكون صحيح العبارة فيه، فلا يصح توكيل الصبي والمجنون في التصرفات".<sup>(٤)</sup>

قال السيوطي: "من صحت منه مباشرة الشيء، صح توكيله فيه غيره، وتوكله فيه عن غيره، ومن لا، فلا".<sup>(٥)</sup>  
الشرط الثالث: أن يكون الوكيل معينا.

فلا يصح توكيل الجهول أو المبهم، كأن يقول: وكلت أحد الناس في بيع بيتي، قال الرملي: "وشرط الوكيل: تعيينه"<sup>(٦)</sup>، وقال الدسوقي: "فلا يصح توكيل غير معين"<sup>(٧)</sup>.

الشرط الرابع: أن يكون محل الوكالة قابلا للنيابة.

(١) المغني (٢٠٢/٥).

(٢) روضة الطالبين (٢٩٨/٤).

(٣) بدائع الصنائع (٢٠/٦).

(٤) روضة الطالبين (٢٩٩/٤).

(٥) الأشباه والنظائر (ص ٤٦٣).

(٦) نهاية المحتاج (١٨/٥).

(٧) حاشية الدسوقي (٣٧٨/٣).

قال ابن قدامة: "وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه، وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه"<sup>(١)</sup>، وضرب الغزالي له أمثلة فقال: "كأنواع البيع، والحوالة، والضمان، والكفالة، والشركة، والوكالة، والمضاربة، والجماعة، والمساقاة، والنكاح، والطلاق، والخلع، والصلح، وسائر العقود، والفسوخ، ولا يجوز التوكيل في العبادات إلا في الحج وأداء الزكوات، ولا يجوز في المعاصي كالسرقة والغضب والقتل، بل أحكامها تلزم متعاطيها، ويلتحق بالعبادات الأيمان والشهادات، واللعان والإيلاء من الأيمان، ويجوز التوكيل في قبض الحقوق"<sup>(٢)</sup>.

#### الشرط الخامس: أن يكون محل الوكالة معلوما.

قال ابن قدامة: "ولا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم، فإن قال: وكلتك في كل شيء، أو في كل قليل وكثير، أو في كل تصرف يجوز لي، أو في كل مالي، لم يصح، لأن في هذا غررا عظيما وخطرا كبيرا؛ لأنه تدخل فيه هبة ماله، وطلاق نسائه، وإعتاق رقيقه، وتزوج نساء كثيرة ويلزمه المهور الكثيرة والأيمان العظيمة فيعظم الضرر"<sup>(٣)</sup>. وقال الرافعي: "ولا يشترط في الموكل أن يكون معلوما من كل وجه، فإن الوكالة إنما جوزناها لعموم الحاجة، وذلك يقتضي المسامحة فيها، ولكن يجب أن يكون معلوما مبينا من بعض الوجوه حتى لا يعظم الغرر"<sup>(٤)</sup>.

#### الشرط السادس: أن يكون محل الوكالة مملوكا للموكل.

(١) المغني (٢٠٢/٥).

(٢) الوجيز للغزالي وشرحه فتح العزيز للرافعي بهامش المجموع للنووي (٥/١١) باختصار يسير.

(٣) المغني (٢١١/٥) باختصار يسير.

(٤) الوجيز (١١/١١) باختصار وتصرف يسير.

قال ابن قدامة: "ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه، كالمرأة في عقد النكاح، والكافر في تزويج مسلمة، الطفل والمجنون في الحقوق كلها"<sup>(١)</sup>

الشرط السابع: أن يكون محل الوكالة مشروعاً.

قال ابن قدامة مبيناً ما لا يجوز التوكيل فيه: "ولا في الظهار؛ لأنه قول منكر وزور، فلا يصح فعله ولا الاستنابة فيه، ولا يصح في الغصب؛ لأنه محرم، ولا في الجنايات لذلك، ولا في كل محرم؛ لأنه لا يجوز له فعله، فلم يجز لنائبه"<sup>(٢)</sup>

### الفصل الأول

#### أثر مخالفة الوكيل للموكل

تقدم أن الوكالة أجزت لأن الحاجة داعية إليها، فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه بنفسه<sup>(٣)</sup>، فأجاز له الشرع أن يستنيب غيره في ذلك، فإذا وكل شخص غيره وكالة صحيحة ترتب على ذلك ثبوت ولاية التصرف للوكيل فيما وكل فيه، فيحتاج إلى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته وما لا يملكه<sup>(٤)</sup>.

وقد قسم الفقهاء الوكالة إلى نوعين؛ وكالة مطلقة ووكالة مقيدة:

فالوكالة المطلقة: هي التي لا يكون التوكيل فيها معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت، أو مقيداً بقيد، كقول شخص لآخر: "وكلتك ببيع داري الفلانية، أو شراء سيارة لي"، ونحو ذلك من غير تعليق لذلك التوكيل بالبيع أو الشراء بشرط أو إضافة إلى زمن معين أو تقييد بصفة محددة، فإذا قال الموكل لوكيله: اشتر لي قميصاً، ولم يبين له لونه، أو لم

(١) المغني (٢٠٢/٥).

(٢) المغني (٢٠٥/٥).

(٣) المغني (٢٠١/٥).

(٤) بدائع الصنائع (٢٤/٦).

يحدد له ثمنه، أو متي يشتره له ؛ يكون ذلك وكالة مطلقة. وعلي الوكيل أن يشتري لموكله ما يعتقد أنه يناسبه، وأن يشتريه بسعر السوق، فلا يدفع في الشيء أكثر من حقه، فإن فعل ذلك كان للموكل الحق في عدم نفاذ الشراء والزام الوكيل بما اشتراه.

النوع الثاني: الوكالة المقيدة: وهي التي يكون التوكيل فيها معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت، أو مقيداً بقيد، كأن يقول له: وكلتك في بيع قطعة الأرض هذه بسعر المتر كذا لقطاع معين كالشركات مثلاً واشترط الثمن نقداً.

وينبغي على الوكيل في هذا النوع أن يلتزم بالحدود والضوابط التي وضعها له الموكل ؛ لأن الوكيل يستمد أصول وكالته من الموكل. ويتناول هذا الفصل حكم مخالفة الوكيل لموكله في حالتي الوكالة المطلقة والوكالة المقيدة وما يترتب عليها من أحكام في المباحث الآتية:

### المبحث الأول

#### المخالفة في الوكالة المطلقة

الأصل في الوكالة المطلقة أن يراعى هذا الإطلاق ما يخالف الشرع أو العرف، قال الكاساني: " فأما إذا كان مطلقاً فإنه يراعى فيه الإطلاق ما أمكن ؛ إلا إذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره، فيتقيد به"<sup>(١)</sup>. ولا يخفى أن مجالات التوكيل كثيرة ومتنوعة، لذا سيقصر هذا البحث على أكثر أنواع الوكالة شيوعاً، وهو الوكالة بالبيع أو الشراء، وقد يكون المخالفة في الحاليتين بالبيع بالغبن اليسير أو بالغبن الفاحش، ولكل حالة حكم، وهو ما سنتناوله المطالب الآتية:

(١) بدائع الصنائع (٢٩/٦).

## المطلب الأول

### المخالفة في الوكالة المطلقة بالشراء بالغبن اليسير

إذا وكل الموكل الوكيل بالشراء دون أن يقينه بضمن معين، فيجوز للوكيل الشراء بضمن المثل وبغبن يسير باتفاق الفقهاء<sup>(١)</sup>، لأن الوكيل منهي عن الإضرار بالموكل، مأمور بالنصح له، وفي الزيادة على ثمن المثل في الشراء إضرار وترك النصح، ولأن ما يتغابن الناس به يعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز منه، فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الأمر على الوكلاء، ولامتنعوا عن قبول الوكالات، وبالناس حاجة إليها فيتضرروا بذلك، ولا ضرورة في الكثير لإمكان التحرز منه.

والحنفية يوافقون عامة الفقهاء في الجواز فيما إذا لم يكن للسلعة قيمة معروفة كالدار والفرس، أما ما له قيمة معروفة وسعر مخصوص كالخبز واللحم ونحوهما فزاد فيه الوكيل فلا ينفذ على الموكل، وإن كانت الزيادة شيئاً قليلاً.<sup>(٢)</sup>

لأن الوكالة المطلقة تقيد بالعرف كما قال الكاساني: "التوكيل بالشراء إذا كان مطلقاً فإنه يراعى فيه الإطلاق ما أمكن إلا إذا قام دليل التقييد من

---

(١) الهداية (٣/١٦٢) "والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها". وانظر بدائع الصنائع (٦/٢٩)، تكملة شرح فتح القدير (٨/٨٢)، مواهب الجليل (٥/١٩٦): "الوكيل إذا خالف في الاشتهار فإنه يحير الموكل إلا أن تكون المخالفة بزيادة في الثمن يسيرة كالدينارين في الأربعين فإنه يلزمه ذلك"، وانظر حاشية الدسوقي (٣/٣٨٣). المهذب (١/٣٥٤): "ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن، لأنه منهي عن الإضرار بالموكل، مأمور بالنصح له، وفي الزيادة على ثمن المثل في الشراء إضرار وترك النصح". المغني (٥/٢٥٦): "أما ما يتغابن الناس به عادة فمعفو عنه إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن، لأن ما يتغابن الناس به يعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز منه". وانظر الإنصاف (٥/٣٨٠).

(٢) تبين الحقائق (٤/٢٧٢)، اللباب في شرح الكتاب (٢/١٤٧)، حاشية سعدي جليبي بهامش فتح القدير (٨/٨٢).

عرف أو غيره فيتعهد به<sup>(١)</sup>، وبناء على هذا فما كان سعره معروفا لا يحتاج إلى تقويم المقومين، فلا يرجع فيه إلى العرف، أما ما لم يكن سعره معروفا فيمكن الرجوع فيه إلى العرف ومعرفة ما إذا كان الغبن فاحشا أم يسيرا، فيجوز بالغبن اليسير ولا يجوز بالغبن الفاحش كما سيأتي.

والذي يظهر أن هذا التفريق لا دليل عليه، فالغبن اليسير موضع للعفو سواء أكان السعر معروفا أم غير معروف؛ لأن مقتضى التيسير والعفو واحد في الحالتين، ولا موجب للتفريق بين المتماثلين.

## المطلب الثاني

### المخالفة في الوكالة المطلقة بالشراء بالغبن الفاحش

إذا وكل الموكل الوكيل بالشراء دون أن يقيده بثمن معين، فاشترى بأكثر من ثمن المثل ويغبن فاحش، فهنا اختلف الفقهاء فيمن يقع له الشراء على أربعة مذاهب:

#### المذهب الأول: لا يلزم الشراء الموكل ويقع للوكيل.

وهو مذهب الحنفية<sup>(٢)</sup>، والظاهرية<sup>(٣)</sup>، وهو قول الشافعية إن كان الثمن بالذمة<sup>(٤)</sup>، وهو وجه للحنابلة<sup>(٥)</sup>، وبما استدلووا به:

١- أن الوكالة المطلقة تتقيد بالعرف، والبيع بالغبن الفاحش ليس متعارفا عليه، ولا يقبل به أحد، فصار الوكيل مخالفا فيه لموكله، وكل

(١) بدائع الصنائع (٢٩/٦).

(٢) المبسوط (٤٠/١٩)، تبين الحقائق (٢٧٢/٤)، بدائع الصنائع (٢٩/٦)،  
تكملة شرح فتح القدير (٨٣/٨).

(٣) المحلى (٢٤٦/٨).

(٤) روضة الطالبين (٣٢٤/٤)، وقال الشيرازي: "وإن اشترى بزيادة لا تتغابن الناس بمثلها؛ بأن ابتاع ما يساوي عشرة بائني عشر، فإن كان بعين مال الموكل بطل الشراء؛ لأنه عقد على ماله عقدا لم يأذن فيه، وإن كان في الذمة لزم الوكيل؛ لأنه اشترى في الذمة بغير إذن موقع الملك له". المهذب (٣٥٤/١).

(٥) الإنصاف (٣٨٣/٥)، واختاره ابن قدامة في المغني (٢٥٦/٥).



تصرف كان الوكيل مخالفا فيه لموكله ، فحكمة فيه حكم تصرف الأجنبي ، فإذا تعذر تنفيذ شرائه على الموكل ، وأمكن تنفيذه على العاقد فصار مشتريا لنفسه.

٢- لأن الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها ، فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الأمر على الوكلاء ولا تمتنعوا من قبول الوكالات ، وبالناس حاجة تحملها ، ولا ضرورة في الكثير لإمكان التحرز عنه.

٣- الوكيل بالشراء متهم بأنه إنما اشترى الشيء الذي وكل به لنفسه ، فإذا لم يوافقه بأن رأى الصفقة بخاسرة ألحقه بالموكل ، والتهمة في باب الوكالة معتبرة.

### المذهب الثاني: يلزم الشراء الموكل.

وهو رواية عن أبي حنيفة<sup>(١)</sup> ، وذلك لعموم الأمر ، وإطلاق الوكالة يقتضي جواز الشراء بما قل وكثر.

ونوقش هذا الاستدلال : بأن اعتبار الإطلاق في الشراء غير ممكن ، فوجب حمله على العرف وبما دون الغبن الفاحش ، لأنه لو يحمل عليه لا يشترط بجميع ما يملكه الموكل ويزيادة فيلحقه بذلك ضرر عظيم<sup>(٢)</sup>.

### المذهب الثالث: يلزم الشراء الموكل ، ويضمن الوكيل الزيادة بالثمن.

وهو رواية عن الإمام أحمد اختارها جماعة من أصحابه<sup>(٣)</sup> ، وبما استدلوأ به :

١- القياس على صحة بيع من باع بأقل من ثمن المثل ، لأن من صح بيعه وشراؤه بثمن ، صح بأقل منه وأزيد كالمريض.

(١) تكملة شرح فتح القدير (٨/٨٢) ، تبين الحقائق (٤/٢٧١) ، حاشية الشلبي (٤/٢٧١).

(٢) تبين الحقائق (٤/٢٧٢).

(٣) الإنصاف (٥/٣٨٣) ، كشف القناع (٥/٤٧٧) ، المغني (٥/٢٥٦).

٢- يضمن الوكيل لأنه فرط بترك الاحتياط وطلب الحظ للموكل،  
وفي بقاء العقد وتضمين المفرد جمع بين المصالح<sup>(١)</sup>.  
المذهب الرابع: يخير الموكل بين القبول والرد.  
وهو مذهب المالكية<sup>(٢)</sup>، ومما استدلووا به:

١- أن الوكالة المطلقة تنقيد بالعرف، والعرف يقتضي الشراء بثمان  
المثل.

٢- ولأن المحاباة في الشراء في حكم الهبة، وقد ثبت أن الوكيل ليس  
له الهبة، فلكذلك لا يملك المحاباة في الشراء<sup>(٣)</sup>.  
وهو المذهب الأرجح؛ لأن الحق للموكل، وقد يكون له في ذلك  
مصلحة مشروعة، فلا يبطل العقد لعدم وجود خلل في الأركان أو  
الشروط، وإنما الخلل في الآثار، وحقوق العقد ترجع للموكل فالحق له  
بين الإمضاء أو الفسخ.

### المطلب الثالث

#### المخافة في الوكالة المطلقة بالبيع بالغبن اليسير

ذهب عامة الفقهاء<sup>(٤)</sup> إلى أنه يجوز للوكيل وكالة مطلقة بالبيع بثمان  
المثل وغبن يسير مما يتغابن الناس عادة به، ومما استدلووا به:  
١- أن مطلق الوكالة يتقيد بالمعتاد، والبيع بالغبن الفاحش ليس  
بمعتاد فلا ينصرف التوكيل إليه.  
٢- ولأن ما يتغابن به الناس يعد ثمن المثل، ولا يمكن التحرز عنه.

(١) شرح منتهى الإرادات (١٩٦/٢).

(٢) حاشية الدسوقي (٣٨٣/٣)، مواهب الجليل (١٩٦/٥).

(٣) المعونة باختصار (١٢٣٩/٢).

(٤) المبسوط (٣٦/١٩)، تبيين الحقائق (٢٧٠/٤)، بدائع الصنائع (٢٧/٦)،

حاشية الدسوقي (٣٨٢/٣)، المعونة (١٢٣٩/٢)، المهذب (٣٥٤/١)،

روضة الطالبين (٣٠٤/٤)، المغني (٢٥٦/٥)، كشاف القناع (٤٧٥/٣).

٣- ولأن الوكيل منهي عن الإضرار بالموكل ، مأمور بالنصح له ،  
وفي التقصان عن ثمن المثل إضرار وترك النصح.

#### المطلب الرابع

#### المخالفة في الوكالة المطلقة بالبيع بالغبن الفاحش

إذا قام الموكل بتوكيل شخص وكالة مطلقة بالبيع فباع الوكيل بغبن  
فاحش ، فهنا اختلف الفقهاء في حكم البيع ، وفيمن يلزمه البيع على ثلاثة  
مذاهب :

المذهب الأول : لا يجوز البيع بغبن فاحش ، ولا يلزم الموكل البيع وإنما  
يلزم الوكيل.

وهو مذهب الشافعية<sup>(١)</sup> ، ووافقهم المالكية إلا أنهم قالوا يغير الموكل  
بين القبول والرد<sup>(٢)</sup> ، وقال به صاحبان من الحنفية<sup>(٣)</sup> ، وهو رواية عن  
الإمام أحمد<sup>(٤)</sup> ، ومما استدلوا به :

١- أن مطلق الوكالة يتقيد بالمعتاد والمتعارف عليه ، والبيع بالغبن  
الفاحش ليس بمعتاد فلا ينصرف التوكيل إليه بمنزلة التوكيل بالشراء.

٢- البيع بالمحابة الفاحشة بيع فيه هبة ، ولهذا لو حصل من المريض  
كان معتبرا من ثلثه وهو وكيل بالبيع دون الهبة ، فلا يملك الهبة ولا المحابة  
بالبيع.

٣- ولأن الوكيل منهي عن الإضرار بالموكل ، مأمور بالنصح له ،  
وفي البيع بغبن فاحش إضرار بالموكل ، وترك النصح له.

المذهب الثاني : يجوز البيع بالقليل والكثير.

وهو قول الإمام أبي حنيفة<sup>(٥)</sup> ، ومما استدل به :

(١) المهذب (١/٣٥٤) ، روضة الطالبين (٤/٣٠٤).

(٢) خاشية الدسوقي (٣/٣٨٢) ، المعونة (٢/١٢٣٩).

(٣) المبسوط (١٩/٣٦) ، بدائع الصنائع (٦/٢٧) ، تبيين الحقائق (٤/٢٧٠).

(٤) المغني (٥/٢٥٥) ، الإنصاف (٥/٣٨٠).

(٥) المبسوط (١٩/٣٦) ، بدائع الصنائع (٦/٢٧) ، تبيين الحقائق (٤/٢٧٠).

الفتاوى الهندية (٣/٥٨٨).

١ - أن الأصل في اللفظ المطبق أن يجري على إطلاقه، ولا يجوز تقييده إلا بدليل، والعرف متعارض، فإن البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه متعارف عليه أيضا، فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض.

٢ - البيع بغبن فاحش إن لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكرا وتسمية؛ لأن كل واحد منهما يسمى بيغا أو هو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب لغة وقد وجد، ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف ذكرا وتسمية من غير اعتبار الفعل، ألا ترى أن من حلف لا يأكل لحما فأكل لحم آدمي أو لحم خنزير يحنث، وإن لم يكن أكله متعارفا لكونه متعارفا إطلاقا وتسمية فكذلك هذا.<sup>(١)</sup>

ونوقش هذا بأن اعتبار الإطلاق في البيع غير ممكن، فوجب حمله على العرف وبما دون الغبن الفاحش حتى لا يعود على الموكل بالضرر.  
**المذهب الثالث:** يجوز البيع بالغبن الفاحش ويضمن الوكيل النقص. وهو رواية عن الإمام أحمد<sup>(٢)</sup>، وبما استدلل به:

١ - أن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض مريض الموت.  
٢ - لأن في تصحيح البيع جمعا بين حظ المشتري بعدم الفسخ، وحظ البائع فوجب التضمن، أما الوكيل فلا يعتبر حظه لأنه مفروط. والذي يظهر رجحانه أن الموكل يخير بين القبول والفسخ، لأنه الحق له، ومراعاة لحظ المشتري، والعقد لم يشتمل على ما يقتضي البطلان من خلل في الأركان أو الشروط فالأصل الصحة فيحمل العقد على ذلك.

#### المطلب الخامس

#### المخالفة في الوكالة المطلقة بشراء المعيب

إذا وكل شخص رجلا بشراء سلعة، فاشتري له سلعة معيبة، فللمسألة صورتان:

(١) بدائع الصنائع (٢٧/٦).

(٢) كشاف القناع (٤٧٥/٣)، الإنصاف (٣٧٩/٥)، المغني (٢٥٦/٥).

الصورة الأولى: إذا كان الوكيل لا يعلم بالعيب وقت العقد، فعامة الفقهاء على أن الشراء صحيح ويقع للموكل، ويثبت له خيار الرد بالعيب.<sup>(١)</sup>

لأنه إنما يلزم الوكيل شراء الصحيح في الظاهر، لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه، فإذا علم عيبه ملك رده؛ لأنه قائم في الشراء مقام الموكل، وللموكل رده أيضا؛ لأن الملك له.<sup>(٢)</sup>  
ولا ضرر على المالك لتخيره، ولا تقصير من جهة الوكيل لجهله، ولا خلل من جهة اللفظ لإطلاقه.<sup>(٣)</sup>

الصورة الثانية: إذا كان الوكيل يعلم بالعيب وقت العقد، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: الشراء يلزم الموكل إذا كان المبيع مع ذلك العيب يساوي الثمن الذي اشترى به أو كان مما يتغابن به الناس عادة. وهو قول أبي حنيفة<sup>(٤)</sup>، ووجه للشافعية<sup>(٥)</sup>، ووجه للحنابلة<sup>(٦)</sup>، ومما استدلوا به:

١- أن اللفظ المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد.

٢- ولأن الوكيل أمين الموكل فجاز له شراء المعيب كالمضارب.

ونوقش هذا الاستدلال:

---

(١) المبسوط (٣٦/١٩)، الفتاوى الهندية (٥٨٥/٣)، الذخيرة (١١/٨)، الخرشي (٧٤/٦)، روضة الطالبين (٣٠٩/٤)، مغني المحتاج (٢٢٥/٢)، المغني (٢٦٠/٥).

(٢) المغني (٢٦٠/٥).

(٣) مغني المحتاج (٢٢٥/٢).

(٤) بدائع الصنائع (٢٩/٦)، المبسوط (٣٩/١٩)، الفتاوى الهندية (٥٨٥/٣).

(٥) روضة الطالبين (٣٠٩/٤)، مغني المحتاج (٢٢٥/٢).

(٦) الإنصاف (٣٨٧/٥).

١- بأن البيع بإطلاقه يقتضي الصحيح دون المغيب، فكذلك الوكالة فيه.

٢- ويفارق المضاربة من حيث إن المقصود فيها الربح، والربح يحصل من المغيب كحصوله من الصحيح، والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته، وقد يكون العيب مانعا من قضاء الحاجة به ومن قنيته، فلا يحصل المقصود.

وقد ناقض أبو حنيفة أصله؛ فإنه قال في قوله تعالى: {فتحرير رقبة} <sup>(١)</sup>: لا تجوز العمياء ولا معيبة عيبا يضر بالعمل، وقال هاهنا: يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين. <sup>(٢)</sup>

المذهب الثاني: الشراء يلزم الوكيل ولا يلزم الموكل.  
وهو قول الصحابين من الحنفية <sup>(٣)</sup>، وأصح الأوجه للشافعية <sup>(٤)</sup>، ومذهب الحنابلة <sup>(٥)</sup>، ومما استدلوا به:

أن اللفظ المطلق يقيد بالعرف، وشراء المغيب غير متعارف عليه بين الناس، لأن إطلاق الشراء يقتضي السلامة من العيوب، فالموكل أذن له في شراء السليم دون غيره، فلا يلزم الشراء الموكل ويقع للوكيل كأنه اشتراه لنفسه؛ لأنه لم يأذن للوكيل به، فهو قد اشتري ما لم يأذن به الموكل، ولم يرض به فلا يقع له كما لو اشتري شيئا بغير إذن أصلا.

المذهب الثالث: يلزم الشراء الموكل إذا كان العيب يسيرا وفيه مصلحة له، ولا يلزمه إذا كان العيب كثيرا إلا إذا رضي به.

(١) سورة النساء: ٩٢.

(٢) المغني (٥/٢٦٢).

(٣) المبسوط (١٩/٣٩)، بدائع الصنائع (٦/٢٩)، الفتاوى الهندية (٣/٥٨٥).

(٤) الحاوي الكبير (٦/٥٥٧)، المهذب (١/٣٥٢)، روضة الطالبين (٤/٣٠٩).

(٥) الإنصاف (٥/٣٨٧)، المغني (٥/٢٦٠)، مطالب أولي النهى (٣/٤٧٥).

وهو مذهب المالكية<sup>(١)</sup>، لأن القليل يغتفر مثله عادة بالنظر لما يشتري لمن يشتري له.

وهو الأرجح؛ لأن الحق له والنظر إليه، فلا يبطل الشراء لعدم وجود خلل في الأركان أو الشروط، والأصل صحة العقد، كما أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق<sup>(٢)</sup>.

### المطلب السادس المخالفة في الوكالة المطلقة بالبيع نسيئة

إذا قام الموكل بتوكيل شخص وكالة مطلقة بالبيع، فباع الوكيل المتاع بثمان مؤجل وليس نقدا فهنا اختلف الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

- المذهب الأول: لا يجوز البيع نسيئة في الوكالة المطلقة.
- وهو مذهب المالكية<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>، وما استدلووا به:
- ١- أن الأصل في البيع الحلول، وإنما يدخل التأجيل لكساد أو فساد، فلو أطلق البيع حمل على الحلول، فكذلك إذا أطلق الوكالة فيه.
  - ٢- أن في البيع نسيئة مخاطرة بالثمن لاحتمال الإفلاس، أو تلف الثمن، بخلاف الحلول.

(١) الخرشبي (٧٤/٦)، حاشية الدسوقي (٣٨٤/٣)، مواهب الجليل (١٩٧/٥).  
(٢) موسوعة القواعد الفقهية (٤١٤/١)، ولفظ القاعدة: "الأصل إن الإجازة اللاحق كالوكالة السابقة". وفي لفظ: "الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء". ومن أمثلة هذه القاعدة أن من عقد على مال غيره ببيع أو إجازة بغير أمره، ثم بلغهم خبر ذلك التصرف فأجازوه نفذ، وصار العاقد كأنه وكل بذلك العقد.

(٣) المعونة (١٢٣٩/٢)، البكافي (ص ٣٩٦)، بداية المجتهد (٣٠٣/٢).  
(٤) المهذب (٣٥٤/١)، روضة الطالبين (٣٠٤/٤).  
(٥) المغني (٢٥٤/٥)، الإنصاف (٣٧٨/٥)، كشاف القناع (٤٧٤/٣)، وجاء في كتاب: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، للقاضي أبي يعلى (٣٩٦/١): "أن هذه المسألة فيها روايتان: "إحدهما: بطلان العقد من أصله، والثانية: صحة البيع ويضمن قيمة النقصان".

المذهب الثاني: يجوز البيع نسيئة في الوكالة المطلقة.

وهو قول الإمام أبي حنيفة<sup>(١)</sup> وأبي الخطاب من الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

لأن التوكيل بالبيع مطلق، فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة، وهذا لأن البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقاً من غير تقييد بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك.<sup>(٣)</sup>

والعرف العملي لا يصلح لتقييد المطلق، بل الذي يصلح للتقييد هو العرف اللفظي، لأن العرف العملي مشترك فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض.<sup>(٤)</sup>

وقاس أبو الخطاب الوكالة على المضاربة، فلو أطلق البيع في المضاربة جاز له البيع نسيئة وتقداً فكذلك في الوكالة المطلقة له أن يبيع نسيئة وتقداً.<sup>(٥)</sup>

ونوقش هذا الاستدلال بما يأتي:

١- قولهم: إن اللفظ مطلق، لا يصح؛ لأن العرف يخصه، ونصح الموكل يخصه.<sup>(٦)</sup>

٢- أما قياس الوكالة على المضاربة فاعترض عليه بإثبات الفرق بين الوكالة والمضاربة من وجهين:

الوجه الأول: أن المقصود من المضاربة الربح، لا دفع الحاجة بالثمن في الحال، وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن.

(١) المبسوط (٣٥/١٩)، تبين الحقائق (٢٧٠/٤)، تكملة شرح فتح القدير (٧٧/٨).

(٢) الإنصاف (٣٧٨/٥).

(٣) تبين الحقائق (٢٧١/٤).

(٤) حاشية سعدي جلي بهامش شرح فتح القدير (٧٨/٨).

(٥) الإنصاف (٣٧٩/٥)، المغني (٢٥٤/٥).

(٦) المهذب (٣٥٤/١).



والثاني: أن استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه، وهاهنا بخلافه فلا يرضى به الموكل، ولأن الضرر في توى<sup>(١)</sup> الثمن على المضارب؛ لأنه يحسب من الربح، لكون الربح وقاية لرأس المال، وهاهنا يعود على الموكل، فانقطع الإلحاق<sup>(٢)</sup>.  
المذهب الثالث: يجوز البيع نسيئة في الوكالة المطلقة بشرط أن يكون الأجل متعارفا عليه

وهو قول الصحابين من الحنفية<sup>(٣)</sup>، فإن باع بأجل غير متعارف عليه عند التجار بأن باع إلى خمسين سنة مثلا أو ما أشبه ذلك فلا يجوز؛ لأن الوكالة المطلقة تنقيد بالمتعارف عليه بين الناس، لأن التصرفات لدفع الحاجات، فتقيد تلك التصرفات بمواقع الحاجات، والمتعارف بالبيع نقدا<sup>(٤)</sup>.

ولأن الأجل المتعارف عليه كالغبن اليسير، والأجل غير المتعارف عليه كالغبن الفاحش<sup>(٥)</sup>.

وثوقش هذا بأن التأجيل في ح ذاته ضرر على الموكل سواء أكان الأجل متعارفا عليه أم غير متعارف عليه، فيمنع التأجيل للضرر وليس للجهالة.

والذي يظهر رجحانه المذهب الأول لقوة أدلتهم، ولأن الوكيل مأمور بالنصح للموكل وعدم الإضرار به، والبيع بالنسيئة ترك للنصح للموكل وإضرار به لما في البيع بالنسيئة من المخاطرة بمال الموكل بلا موجب.

(١) التوى - مقصور: الهلاك، وفي الصحاح: هلاك المال، والتوى: ذهب مال لا يرجى. لسان العرب (١٠٦/١٤) مادة (توا).

(٢) المغني (٢٥٤/٥).

(٣) تكملة شرح فتح القدير (٧٧/٨)، مجمع الأنهر (٢٣٦/٢).

(٤) المرجع السابق.

(٥) المسوط (٣٧/١٩).

## المبحث الثاني المخالفة في الوكالة المقيدة

تقدم أن الوكالة المقيدة هي التي يكون التوكيل فيها معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت، أو مقيداً بقيد، والأصل أن تصرف الوكيل جائز في حدود ما قيد به، قال ابن قدامة: "ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله، من جهة النطق، أو من جهة العرف؛ لأن تصرفه بالإذن، فاختص بما أذن فيه، والإذن يعزف بالنطق تارة وبالعرف أخرى"<sup>(١)</sup>

وقال الكاساني: "فإن كان مقيداً يراعى فيه القيد بالإجماع، حتى إنه إذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل، ولكن يتوقف على إجازته إلا أن يكون خلافه إلى خير، لما مر أن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل، فيلي من التصرف قدر ما ولاءه، وإن كان الخلف إلى خير فإنما نفذ؛ لأنه إن كان خلافاً صورة فهو وفاق معنى؛ لأنه أمر به دلالة، فكان متصرفاً بتولية الموكل، فنفذ"<sup>(٢)</sup>

وسيتناول هذا المبحث أحكام مخالفة الوكيل الوكالة المقيدة في الشراء والبيع، وذلك في المطالب الآتية:

### المطلب الأول المخالفة في الوكالة المقيدة بالشراء

مخالفة الوكيل لموكله في الوكالة المقيدة بالشراء لها صور عديدة، سيتناول هذا المطلب أهمها في المسائل الآتية:

**المسألة الأولى:** إذا قدر الموكل لوكيله الثمن الذي يشتري به، فاشترى بأكثر مما قدر له:

(١) المغني (٥/٢٥١)، المذهب (١/٣٥٠).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٧).

اختلف الفقهاء في حكم مخالفة الوكيل لموكله في هذه المسألة على النحو الآتي:

### المذهب الأول: بخير الموكل.

وهو مذهب المالكية<sup>(١)</sup>، لأن من باع ملكه غيره، أو وهبه وقف على إجازته<sup>(٢)</sup>.

### المذهب الثاني: لا ينفذ على الموكل ويلزم الوكيل:

مذهب الحنفية<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup>، ووجه للحنابلة<sup>(٥)</sup>، وما استدلوا به:

- ١- أن الموكل لم يرض بخروج ملكه على ذلك الوجه.
- ٢- الوكيل منهي عن الزيادة، وقد خالف حيث زاد على الثمن المأذون، فلم يلزم الموكل.

ونوقش هذا بأن حقوق العقد ترجع إلى الموكل، فلا تحمل على الوكيل لإهماله، وإنما الحق للموكل في القبول أو الفسخ.

### المذهب الثالث: ينفذ على الموكل، ويضمن الوكيل الزيادة.

وهو مذهب الحنابلة<sup>(٦)</sup>، ووجه للشافعية<sup>(٧)</sup>، وما استدلوا به:

- ١- أن الثمن المقدر يلزم الموكل، والزائد تبع يضمه الوكيل.
- ٢- يضمن الوكيل؛ لأنه فرض بترك الاحتياط.

---

(١) الكافي (ص ٣٩٦)، مواهب الجليل (١٩٦/٥)، الذخيرة (١٤/٨)، الشرح الكبير (٣٨٥/٣).

(٢) المعونة (١٢٣٩/٢).

(٣) بدائع الصنائع (٢٩/٦)، تبين الحقائق (٢٧١/٤).

(٤) المهذب (٣٥٥/١)، روضة الطالبين (٣١٦/٤)، مغني المحتاج (٢٢٩/٢).

(٥) المبدع (٣٧١/٤)، الإنصاف (٣٨٣/٥).

(٦) كشف القناع (٤٧٧/٣)، المبدع (٣٧١/٤)، الإنصاف (٣٨٣/٥).

(٧) المهذب (٣٥٥/١)، روضة الطالبين (٣١٦/٤).

ونوقش هذا بأنه لا يمكن الفصل بين الثمن المقدر والزيادة، حيث وقع عقد الشراء بالثمن المسمى وهو يشمل الاثنین، والموكل لم يرض بهذا الثمن على هذا الوجه.

والذي يظهر رجحانه هو المذهب الأول، لأن الحق للموكل، فرمما يكون له غبطة بالشيء الذي اشتراه ولو زاد في الثمن، كما أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق.

المسألة الثانية: إذا قدر الموكل للوكيل الثمن، فأشترى بأقل مما قدر

له:

إذا لم ينه الموكل الوكيل عن الشراء بأقل من الثمن المقدر فعامة الفقهاء<sup>(١)</sup> على صحة الشراء، وما استدلوا به:

١- عن عروة بن أبي الجعد البارقی أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به له شاة، فأشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه.<sup>(٢)</sup>

وجه الدلالة من الحديث ظاهر، حيث اشترى عروة شاة أقل من دينار، وأقره النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك ودعا له بالبركة، مما يدل على الجواز.

٢- لأن هذا مما يرغب فيه، فإن من رضي أن يشتري له سلعة بمائة رضي بمخمسين، وليس مطلق المخالفة يوجب خيارا، وإنما يوجب مخالفة يتعلق بها غرض صحيح.<sup>(٣)</sup>

(١) بدائع الصنائع (٢٩/٦)، الخرشبي (٧٥/٦)، المهذب (٣٥٥/١)، كشاف القناع (٤٧٦/٣).

(٢) أخرجه البخاري كتاب المناقب حديث (٣٦٤٢)، وأبو داود كتاب البيوع باب في المضارب يخالف حديث (٣٣٨٤)، والترمذي كتاب البيوع حديث (١٢٥٨)..

(٣) الخرشبي (٧٥/٦)، بدائع الصنائع (٢٩/٦)، المهذب (٣٥٥/١).

واختلف الفقهاء فيما إذا نهى الموكل الوكيل عن الشراء بأقل مما سمي له على النحو الآتي:

### المذهب الأول: لا يجوز، ويلزم الشراء الوكيل.

وهو مذهب الشافعية<sup>(١)</sup>، ووجه للحنابلة<sup>(٢)</sup>؛ لأن الوكيل منهي عن الشراء بأقل من الثمن المقرر، فإذا خالف فإن تصرفه لا ينفذ على موكله؛ لأن مخالفة صريحة.

### المذهب الثاني: يجوز ويلزم الشراء الموكل.

وهو مذهب الحنفية<sup>(٣)</sup>، والمالكية<sup>(٤)</sup>؛ لأن الخلاف إلى خير ينفذ على الموكل، لأنه وإن كان خلافا صورة فهو وفاق معنى، والعبرة للمعنى لا للصورة؛ فهو أمر به دلالة، فكان متصرفا بتولية الموكل، فنفذ<sup>(٥)</sup>. ونوقش هذا الاستدلال بأن صحة التصرف مشروطة بعدم نهى الموكل وكيهه عن المخالفة، فإذا وجد النهي يعمل به، لأنه أصرح دلالة من العرف.

والذي يظهر رجحانه هو المذهب الأول؛ لأن الموكل نهى الوكيل عن الشراء بأقل مما سمي له، والنهي الصريح أقوى دلالة من الإذن العرفي، وقد يكون له غرض صحيح في هذا النهي، فخالفه الوكيل في هذه الحالة لا تلزم الموكل، وإنما يلزم الشراء الوكيل تصحيحا للعقد، ومراعاة لحق البائع الذي ينبغي أن لا يتضرر بإبطال العقد بسبب مخالفة الوكيل لموكله.

(١) المهذب (١/٣٥٥)، روضة الطالبين (٤/٣١٧).

(٢) المغني (٥/٢٥٨)، كشاف القناع (٣/٤٧٦).

(٣) بدائع الصنائع (٦/٢٩).

(٤) الخرشي (٦/٧٤).

(٥) بدائع الصنائع (٦/٢٧).

## المطلب الثاني المخالفة في الوكالة المقيدة بالبيع

مخالفة الوكيل لموكله في الوكالة المقيدة بالبيع لها صور عديدة، سيتناول هذا المطلب أهمها في المسائل الآتية:

### المسألة الأولى: إذا عين الموكل للوكيل شخصا لبيع منه:

إذا عين الموكل للوكيل المشتري، فقال: بعه فلانا قال ابن قدامة: "لم يملك ببعه لغيره، بغير خلاف علمناه، سواء قدر له الثمن أو لم يقدره؛ لأنه قد يكون له غرض في تملكه إياه دون غيره، إلا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري"<sup>(١)</sup>.

وقال الماوردي: "إذنه ببيعه على رجل بعينه لازم، ولا يجوز للوكيل أن يعدل إلى بعه على غيره؛ لأنه المقصود بالتمليك، فلم يصح عدول الوكيل عنه كالمهبة"<sup>(٢)</sup>.

### المسألة الثانية: إذا عين الموكل للوكيل زمنا لبيع فيه:

فليس للوكيل أن يبيع قبل الزمان المحدد ولا بعده، فلو قال له: بع ثوبي غدا، لم يجوز ببعه اليوم، ولا بعد غد، أما قبله فلأن وقت الإذن لم يأت، فلم يتناول إذنه مطلقا ولا عرفنا، وأما بعده فلبطلان الوكالة بالفوات، وقد يكون للإنسان غرض صحيح في استيفاء ملكه إلى زمان بعينه؛ لأنه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة إليه دون غيره، ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقتا، لم يجوز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه"<sup>(٣)</sup>.

(١) المغني (٢٥١/٥)، المبسوط (٣٧/١٩)، الخرشي (٧٣/٦)، الذخيرة (١٣/٨).

٩٢ الحاوي الكبير (٥٤٢/٦).

(٣) المغني (٢٥١/٥)، الحاوي الكبير (٥٤٢/٦) الفتاوى الهندية (٥٦٧/٣)، حاشية الدسوقي (٣٨٣/٣)، الذخيرة (١٣/٨).

### المسألة الثالثة: إذا عين الموكل للوكيل مكانا لبيع فيه:

ذهب عامة الفقهاء إلى أنه إذا عين الموكل للوكيل مكان البيع، وكان يتعلق به غرض، مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق، وكان ذلك السوق معروفاً بجودة النقد، أو كثرة الثمن، أو حله، أو بصلاح أهله، أو بمودة بين الموكل وبينهم، تقيد الإذن به؛ لأنه قد نص على أمر له فيه غرض، فلم يجز تفويته.

وإن كان هو وغيره سواء في الغرض، لم يتقيد الإذن به، وجاز له البيع في غيره؛ لمساواته المنصوص عليه في الغرض، فكان تنصيبه على أحدهما إذناً في الآخر، كما لو استأجر أو استعار أرضاً لزراعة شيء، كان إذناً في زراعة مثله فما دونه، ولو اشترى عقاراً كان له أن يسكنه مثله، ولو نذر صلاة أو اعتكافاً في مسجد، جاز الاعتكاف والصلاة في غيره، وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره.<sup>(١)</sup>

### المسألة الرابعة: إذا قدر الموكل للوكيل الثمن، فباع بأكثر مما قدر له:

اختلف الفقهاء فيما إذا نهى الموكل الوكيل عن البيع بأكثر من الثمن المسمى على النحو الآتي:

#### المذهب الأول: لا يجوز البيع، ويلزم الوكيل.

وهو مذهب الشافعية<sup>(٢)</sup>، الحنابلة<sup>(٣)</sup>؛ لأن البيع يطلب فيه الزيادة، لكن صريح قول الموكل مقدم على دلالة العرف، لأنه صرح بالنهي فدل على غرض قصده فلم يجز مخالفته.

#### المذهب الثاني: يجوز البيع، ويلزم الموكل.

- 
- (١) المغني (٢٥١/٥)، المبسوط (٥٥/١٩)، الحاوي الكبير (٥٤٢/٦)، الخرشبي (٧٣/٦)، الذخيرة (١٣/٨).
  - (٢) المهذب (٣٥٥/١).
  - (٣) كشف القناع (٤٧٥/٣).

وهو مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>؛ لأن على الوكيل أن يراعي قيد الموكل، فإذا خالف لا يتغذ تصرفه على الموكل إلا أن يكون خلافاً إلى خير، لأنه وإن كان خلافاً صورة فهو وفاق معنى.

والذي يظهر رجحانه هو المذهب الأول؛ لأن نهي الموكل مع علمه باحتمال زيادة الثمن على المسمى يدل على أن له غرضاً صحيحاً فلا يجوز مخالفة أمره، ويقع البيع للوكيل تصحيحاً للعقد مراعاة لحق المشتري الذي ينبغي أن لا يتضرر بسبب مخالفة الوكيل لموكله.

واختلف الفقهاء فيما إذا لم ينه الموكل الوكيل عن البيع بأكثر من الثمن المسمى فباع بأكثر مما قدر له على النحو الآتي:

### المذهب الأول: يجوز البيع، ويلزم الموكل.

وهو مذهب الحنفية<sup>(٣)</sup>، والمالكية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>، بما استدلوا به:

- ١- أن هذا مما يرغب فيه، وليس مطلق المخالفة يوجب خياراً، وإنما يوجبه مخالفة يتعلق بها غرض صحيح<sup>(٦)</sup>.
- ٢- ولأنه باع المأذون فيه وزاده خيراً زيادة منفعة ولا يضره والعرف يقتضيه.

المذهب الثاني: لا يجوز البيع إذا عين له من يبيع منه، ويجوز إذا لم يعين.

وهو قول للشافعية<sup>(٧)</sup>؛ لأنه إذا عين من يبيع منه، فإنه قصد تمليك المشتري بالثمن المقدر فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه، وإذا لم يعين يجوز؛

(١) بدائع الصنائع (٢٧/٦).

(٢) الكافي (ص ٣٩٦).

(٣) بدائع الصنائع (٢٧/٦)، الفتاوى الهندية (٥٩٠/٣).

(٤) الخرشبي (٧٥/٦)، الذخيرة (١٣/٨).

(٥) المغني (٢٥٦/٥)، المبدع (٣٧٠/٤).

(٦) الخرشبي (٧٥/٦).

(٧) المهذب (٣٥٥/١).



لأن الإذن في الألف إذن فيما زاد من جهة العرف، لأن من رضي بألف رضي بالفين.

والذي يظهر رجحانه هو المذهب الأول؛ وقول الشافعية يندرج في مسألة إذا عين له من يبيع منه، أما عند الإطلاق فهم يتفقون مع الجمهور في أن البيع جائز ويلزم الموكل، لأن الزيادة كانت إلى خير وهي مما يطلب عادة، ولم ينه الموكل الوكيل عنها، والأصل الصحة.

المسألة الخامسة: إذا قدر الموكل للوكيل الثمن فباع بأقل مما قدر له، إذا قدر الموكل للوكيل الثمن الذي يبيع به، ونهاه عن البيع بأقل منه، فباع بأقل مما قدر له، فعامة الفقهاء<sup>(١)</sup> على أنه لا يجوز له البيع بأقل من الثمن المسمى؛ لأن الأصل في تصرف الوكيل هو أن الإذن من قبل الموكل، وما نهاه عنه غير داخل في إذنه، فلم يجز له فعله كما لو لم يوكله ابتداء.

وإختلف الفقهاء فيما إذا لم ينه الموكل الوكيل عن البيع بأقل من الثمن المسمى، فباع بأقل مما قدر له على النحو الآتي:  
المذهب الأول: لا يجوز البيع ولا يلزم الموكل.  
وهو مذهب الحنفية<sup>(٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup>، ورواية عن الإمام أحمد<sup>(٥)</sup>، ومما استدلوا به:

١- أن البيع تطلب فيه الزيادة لا النقص، وفي النقص ضرر على الموكل.

٢- لأن فيه مخالفة لأمر الموكل، ولا يجوز مخالفة مقصد الموكل.

(١) بدائع الصنائع (٢٧/٦)، الخرشبي (٧٣/٦)، المهذب (٣٥٥/١)، كشاف القناع (٤٧٥/٣).

(٢) بدائع الصنائع (٢٧/٦)، الفتاوى الهندية (٥٩٠/٣).

(٣) الشرح الصغير (١٨٤/٢)، الخرشبي (٧٣/٦).

(٤) المهذب (٣٥٥/١)، الحاوي الكبير (٥٤٣/٦).

(٥) المغني (٢٥٥/٥)، الإنصاف (٣٨٠/٥).

٣- لأن الموكل لم يؤذن للوكيل في هذا البيع على هذه الصفة، فأشبهه بيع الأجنبي.

المذهب الثاني: يجوز البيع، ويضمن الوكيل النقص. وهو مذهب الحنابلة<sup>(١)</sup>، وما استدلووا به:

١- من صح بيعه بثمن المثل وأكثر، يصح بدونه وأقل منه كالمريض مرض الموت فكذلك الوكيل.

٢- لأن القول بالجواز مع الضمان فيه جمع بين حظ المشتري بعدم الفسخ، وحظ البائع بوجود التضمين. ونوقش هذا:

١- بأن القياس مع الفارق، فتصرف مريض مرض الموت استثناء؛ لأنه محجور عليه لحق الورثة، بخلاف الوكيل فإنه مأذون له في حدود العرف.

٢- ويمكن حفظ حظ المشتري بإلزام الوكيل بالشراء دون الموكل، الذي قد يتضرر من البيع بأقل من الثمن المسمى.

وبهذا يظهر رجحان المذهب الأول؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى الموكل فالزامه بالعقد بهذه الصفة فيه إضرار به، والضرر يزال كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(٢)</sup>.

المسألة السادسة: إذا أمر الموكل وكيله بالبيع نسيئة فباع نقدا.

إذا أمر الموكل وكيله بالبيع نسيئة، ونهاه عن البيع نقدا، فخالفه وباع نقدا، فعامة الفقهاء على عدم صحة البيع<sup>(٣)</sup>، لأن ذلك مخالف صريحة لأمر موكله، فكأنه باع بغير إذنه.

(١) المغني (٥/٢٥٦)، المبدع (٤/٣٦٩)، كشف القناع (٣/٤٧٥).

(٢) أخرجه ابن ماجه كتاب الأحكام باب: من بنى في حقه ما يضر جاره - حديث (٢٣٤٠). وصححه الألباني. صحيح الجامع (٧٥١٧).

(٣) مجمع الأنهر (٢/٢٣٦)، الكافي (ص ٣٩٦)، الحاوي الكبير (٦/٥٤٤)، كشف القناع (٣/٤٧٧).

واختلف الفقهاء في حالة عدم نهي الموكل وكيله عن البيع نقداً، فباع السلعة نقداً بأقل من ثمنها نسيئة على النحو الآتي:

**المذهب الأول:** لا يجوز البيع، ولا ينفذ على الموكل، ويلزم الوكيل. وهو مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>؛ لأنه خالف موكله، فالموكل قد رضي بثمن النسيئة ولم يرض بثمن النقد، وقد فوت عليه فضل النسيئة.

**المذهب الثاني:** يجوز البيع، ويلزم الموكل. وهو قول بعض الحنفية<sup>(٥)</sup>؛ لأن البيع بالنقد أفضل من البيع بالنسيئة، وقد حصل الوكيل مقصد الموكل وزاده خيراً في تعجيل الثمن وإن كان أقل من البيع بالنسيئة، وهذا ما ذون به عرفاً.

ونوقش هذا بأن الأعراف تختلف، وقد يكون للموكل غرض صحيح في النسيئة، فالبيع نقداً إضرار به، وهو ممنوع لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(٦)</sup>.

وبهذا يترجح المذهب الأول، لقوة دليلهم وسلامته من المناقشة وضعف احتجاج المذهب الثاني.

واختلف الفقهاء فيما إذا لم ينهه، فباع السلعة نقداً بما يساوي ثمنها نسيئة على النحو الآتي:

**المذهب الأول:** يجوز البيع، وينفذ على الموكل.

(١) الفتاوى الهندية (٣/٥٩١).

(٢) الكافي (ص ٣٩٦).

(٣) الحاوي الكبير (٦/٥٤٤).

(٤) المغني (٥/٢٥٤).

(٥) الفتاوى الهندية (٣/٥٨٩).

(٦) تقدم تخريجه.

وهو مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup> والشافعية<sup>(٣)</sup>، وقول القاضي من الحنابلة<sup>(٤)</sup>؛ لأن الوكيل زاد الموكل خيراً لحصول الزيادة مع التعجيل في الثمن، فأشبه ما لو وكله بعشر فباعها بأكثر.

المذهب الثاني: البيع صحيح إن لم يكن للموكل غرض صحيح من البيع نسبية، وإن كان له فيه غرض لم يصح البيع.

وهو وجه للشافعية<sup>(٥)</sup>، واحتمال للحنابلة<sup>(٦)</sup>؛ لأن على الوكيل مراعاة مقصود موكله من البيع بالنسيئة، إذ قد يتضرر من حفظ ماله في وقت لا يؤمن السرقة والنهب، أو يكون لحفظه مؤنة في الحال، فإذا باع الوكيل في هذه الحالة بالنقد فهو كمن تصرف تصرفاً لم يؤذن فيه.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن العبرة بالغالب، أما خوف السرقة والنهب أو مؤونة الحفظ فنادر، والناذر لا حكم له.<sup>(٧)</sup>

المذهب الأول أرجح، وذلك لتحقيق مصلحتين في هذه المخالفة؛ البيع نقداً، وتعجيل الثمن وكلاهما خير يطلب عادة ولا ضرر على الموكل، فلا وجه لإبطال البيع.

المسألة السابعة: إذا أمر الموكل وكيله بالبيع نقداً فباع نسيئة.

ذهب عامة الفقهاء<sup>(٨)</sup> إلى أنه لا يصح البيع، ولا ينفذ على الموكل؛ لأن الوكيل قد خالف أمر موكله صراحة، لأن الموكل قصد تعجيل الثمن لا تأجيله.

(١) بدائع الصنائع (٢٧/٦)، مجمع الأنهر (٢/٢٣٦).

(٢) الذخيرة (٨/١٤).

(٣) الحاوي الكبير (٦/٥٥٥)، المهذب (١/٣٥٤).

(٤) كشف القناع (٣/٤٧٧)، المغني (٥/٢٥٥)، الإنصاف (٥/٣٨٢).

(٥) المهذب (١/٣٥٤)، الحاوي الكبير (٦/٥٥٥)، روضة (٤/٣١٧).

(٦) المغني (٥/٢٥٥).

(٧) كشف القناع (٣/٤٧٧).

(٨) بدائع الصنائع (٦/٢٧)، الخرشي (٦/٧٩)، الحاوي الكبير (٦/٥٤٤).

كشف القناع (٣/٤٧٤).

## الفصل الثاني

### أثر الاختلاف بين الموكل والوكيل

قد يقع الاختلاف بين الموكل والوكيل ، فيدعي الموكل أشياء ينكرها الوكيل ، وقد يدعي الوكيل أشياء ينكرها الموكل ، فإذا تصالحا وتراضيا فالأمر لهما وقد قال تعالى : {والصلح خير} (١).

قال الشيخ ابن سعدي : " ويؤخذ من عموم هذا اللفظ والمعنى أن الصلح بين من بينهما حق أو منازعة في جميع الأشياء أنه خير من استقصاء كل منهما على كل حقه ، لما فيها من الإصلاح وبقاء الألفة والاتصاف بصفة السماح" (٢).

وإن لم يصطلحا وترافعا إلى القضاء بما يدعيه أحدهما وينكره الآخر ، فبقول من منهما يأخذ القاضي ؟

وهذا ما ستناوله هذا الفصل بمباحثه الموجزة لبيان موضوع الاختلاف بين الموكل والوكيل ، وموقف القضاء من ذلك.

### المبحث الأول

#### إذا اختلفا في أصل الوكالة

إذا اختلف الموكل والوكيل في أصل الوكالة ؛ فقال الوكيل : وكلتني في كذا ، وقال الموكل : لم أوكلك ، فإن أقام الوكيل البينة فالقول قول الوكيل ، وإن لم يقم البينة فالقول قول الموكل بيمينه ؛ لأن الأصل عدم التوكيل ، ولم يثبت أنه وكيله ، لأن الأصل أن تصرف كل إنسان يكون لنفسه إلى أن يظهر كونه نائبا عن غيره ، فكان الموكل متمسكا بالأصل ، وهذا ما عليه عامة الفقهاء (٣).

(١) سورة النساء : ١٢٨ .

(٢) تيسير الكريم الرحمن (ص ٢٤٦).

(٣) المبسوط (٥٩/١٩) ، مجمع الضمانات (ص ٢٥٦) ، الخرشبي (٨٣/٦) ، التاج والإكليل (٢١٣/٥) ، روضة الطالبين (٣٣٨/٤) ، المغني (٢٢٤/٥).

وإن ادعى الموكل الوكالة وأنكرها الوكيل ، بأن قال الموكل : وكلتك ، ودفعت إليك مالا ، فأنكر الوكيل ذلك كله ، فإن أقام الموكل بينة فالقول قوله ، وإلا فالقول قول الوكيل بيمينه ؛ لأن الأصل عدم الوكالة ، وأن تصرف كل إنسان يكون لنفسه إلى أن يثبت أنه فوض التصرف لغيره.<sup>(١)</sup>

### المبحث الثاني

#### إذا اختلفا في صفة الوكالة

إذا اختلف الموكل والوكيل في صفة الوكالة بأن قال الموكل : وكلتك في بيع هذا العبد. فقال الوكيل : بل وكلتني في بيع هذه الجارية ، أو قال الموكل : وكلتك في البيع بألفين. فقال الوكيل : بل بألف. أو قال الموكل : وكلتك في بيعه نقدا. فقال الوكيل : بل نسيئة. أو قال الموكل : وكلتك في الشراء بخمسة. فقال الوكيل : بل بعشرة<sup>(٢)</sup> ، ونحو ذلك من أوجه الاختلاف في صفة الوكالة.

فيؤخذ قول من تؤيده البينة ، سواء أكان الموكل أم الوكيل ، أما إذا لم يقدم أحدهما البينة فهنا اختلف الفقهاء فيمن يقدم قوله ويقضى له على ثلاثة مذاهب :

#### المذهب الأول : قول الوكيل بيمينه.

وهو وجه للحنابلة واختيار أبي الخطاب من الحنابلة<sup>(٣)</sup> ؛ لأنه أمين في التصرف ، فكان القول قوله في صفته ، كالحياط إذا قال : أذنت لي في تفصيله قباء<sup>(٤)</sup> . قال : بل قميصا.

(١) الحاوي الكبير (٥٢٥/٦) ، تكملة المجموع (١٦٧/١٤) ، معونة أولي النهى (٦٧٣/٤) ، المغني (٢٢٤/٥).

(٢) المغني (٢٢٦/٥).

(٣) المغني (٢٢٦/٥) ، الإنصاف (٣٩٩/٥) ، كشاف القناع (٣٨٦/٣).

(٤) القباء - ممدود : من الثياب واسع مشقوق المقدم. لسان العرب (١٦٨/١٥) مادة ( قبا ).

**المذهب الثاني:** إذا لم تفت السلعة فالقول قول الموكل، وإن فاتت فالقول قول الوكيل.

وهو مذهب الإمام مالك<sup>(١)</sup>.

- ١- لأنه إذا فاتت السلعة لزم الوكيل الضمان، والأصل عدمه.
- ٢- لأن الوكيل أمين فكان القول قوله مع يمينه، بخلاف ما إذا كانت السلعة قائمة فإن الموكل يمكنه استرجاعها.

**المذهب الثالث:** القول قول الموكل.

وهو مذهب الجمهور<sup>(٢)</sup>، ومما استدلووا به:

- ١- لأن الأمر مستفاد من جهة الموكل فكان المعتبر قوله؛ إذ لو أنكر الإذن من أصله لكان القول قوله، فكذلك الحال في جميع البصور المذكورة.

فمن القواعد الفقهية المقررة: "من كان القول قوله في أصل الشيء، كأن القول قوله في صفته، وما لا فلا"<sup>(٣)</sup>.

- ٢- لأن الأصل عدم الإذن فيما ذكره الوكيل؛ ولأن الموكل أعرف بحال الإذن الصادر منه.

والأظهر رجحان المذهب الثالث؛ لأن الأصل معه كما لو لم يقر بأصل التوكيل، قال ابن قدامة: "أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الوكيل، والأصل عدمه، فكان القول قول من ينفيه، كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره".

(١) المدونة (٤/٢٤٩)، حاشية الدسوقي (٣/٣٩٣)، الخرشبي (٦/٨٣).

(٢) المبسوط (١٩/٤٧)، الحاوي الكبير (٦/٥٢١)، روضة الطالبين (٤/٣٣٨)، المغني (٥/٢٢٦)، الإنصاف (٥/٤٠٧).

(٣) المنشور في القواعد للزركشي (٣/٢١٩) قال: "ولهذا لو اختلف الزوجان في عدد الطلاق، كان القول قول الزوج، وكذلك الخلاف بين الراهن والمرتهن".

## المبحث الثالث إذا اختلفا في التعدي

الأصل أن الوكيل أمين؛ وذلك لأنه نائب عن الموكل، في اليد والتصرف، فكانت يده كيده، والهلاك في يده كالهلاك في يد المالك، كالوديعة.

قال النووي: "للكوالة حكم الأمانة، فيد الوكيل يد أمانة، فلا يضمن ما تلف في يده بلا تفريط، سواء كان يجعل، أو متبرعا، فإن تعدى؛ بأن ركب الدابة، أو لبس الثوب، ضمن قطعاً"<sup>(١)</sup> وعلى هذا لا يضمن الوكيل ما تلف في يده بلا تعدد، وإن تعدى ضمن.

فإذا اختلف الموكل والوكيل في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ، وبخالفته أمر موكله، مثل أن يدعي عليه أنك حملت على الدابة فوق طاقتها، أو حملت عليها شيئا لنفسك، أو فرطت في حفظها، أو لبست الثوب، أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك، فالحكم يختلف بحسب الحالة على النحو الآتي:

الحالة الأولى: إذا ثبت التلف في يده من غير تعديه، إما لقبول قوله، وإما بإقرار موكله أو بيئته، فلا ضمان عليه، سواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه، أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن، وسواء كان يجعل أو بغير جعل؛ لأنه نائب المالك في اليد والتصرف، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك، وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما.

الحالة الثانية: تعذر إثبات التلف بالبيئته أو الإقرار فهنا اختلف الفقهاء على مذهبين:

المذهب الأول: أن القول قول الموكل.

(١) روضة الطالبين (٤/٣٢٥).



وهو المشهور عند المالكية كما ذكره ابن رشد.<sup>(١)</sup>

**المذهب الثاني:** أن القول قول الوكيل يمينه.

وهو مذهب الجمهور<sup>(٢)</sup>، ومما استدلوا به:

١- الأصل براءته، فدعوى التعدي والتفريط خلاف الأصل فلا

تقبل إلا بينة.

٢- لأنه لو كلف ذلك مع تعذره عليه، لامتنع الناس من الدخول

في الأمانات مع الحاجة إليها، فيلحقهم الضرر.

٣- ولأنه منكر لما يدعى عليه، والقول قول المنكر.

وهو المذهب الأرجح، وأما ما ذكره ابن رشد عن مذهب مالك فهو

مما تفرد في نقله، ولم أجد من وافقه على ذلك فيما اطلعت عليه من

مراجع المذهب المالكي، وقد خالفه ابن فرحون فقال في تبصرة الحكام: "

إذا ادعى المأمور أنه تصرف كما أمره الموكل فقال الموكل: لم تتصرف بعد

فالقول قول المأمور؛ لأنه أمين"<sup>(٣)</sup>.

وفي الذخيرة أيضا: "الوكيل أمين في حق الموكل فلا يضمن، إلا

بالتعدي أو التفريط، كان وكيلا يجعل أم لا"<sup>(٤)</sup>.

### المبحث الرابع

#### إذا اختلفا في التلف

قد يقع الاختلاف بين الموكل والوكيل في التلف، فيقول الوكيل تلف

مالك في يدي، أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه

الموكل، فإذا أقيمت البينة فalcول لمن أقامها، أما إذا لم تقم البينة فهنا

اختلف الفقهاء فيمن يقبل قوله على مذهبين:

(١) بداية المجتهد (٢/٣٠٤).

(٢) درر الحكام (٣/٥٨٢)، المغني (٥/٢٢٢)، الإنصاف (٥/٣٩٦)، روضة

الطالبين (٤/٣٢٥)، المهذب (١/٣٥٧).

(٣) تبصرة الحكام (١/٢٥١).

(٤) الذخيرة (٨/٥).

المذهب الأول: القول قول الوكيل مع يمينه.

وهو مذهب الجمهور<sup>(١)</sup>، وما استدلوا به:

١- أن الوكيل أمين، والأصل عدم شغل ذمته بالضمان.

٢- أن هذا مما يتعذر إقامة البينة عليه، فلا يكلف ذلك كالمودع.

المذهب الثاني: إذا ادعى حصول التلف بأمر ظاهر كالخزيق والنهب

وشبههما فعليه البينة.

وهو قول القاضي من الحنابلة<sup>(٢)</sup>، لأن وجود الأمر الظاهر مما لا

يخفى، فلا تتعذر إقامة البينة عليه.<sup>(٣)</sup>

ونوقش هذا بأن إقامة البينة على التلف لا يتيسر على كل حال ولو

كان الأمر ظاهراً، فتكليف الوكيل إقامة البينة على ذلك فيه مشقة ظاهرة

ويترتب عليه ضرر وهو إلزامه بضمان المال والأصل براءة ذمته منه بغير

سبب وجيه.

وبهذا يترجح المذهب الأول لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة، ولأنه

لو كلف الوكيل ضمان التلف، لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع

الحاجة إليها، فيلحقهم الضرر.

### المبحث الخامس

#### إذا اختلفا في الرد

من صور الاختلاف بين الموكل والوكيل أن يختلفا في الرد، فيدعيه

الوكيل، فينكره الموكل، فهنا اختلف الفقهاء على مذهبين:

المذهب الأول: القول قول الوكيل بيمينه.

(١) تبين الحقائق (٤/٢٦٦)، الذخيرة (٨/١٧)، روضة الطالبين (٤/٣٤٢)،

المذهب (١/٣٥٨)، المغني (٥/٢٢١).

(٢) المغني (٥/٢٢١).

(٣) المغني (٥/٢٢١).

وهو مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، وأصح الوجهين للشافعية<sup>(٣)</sup>،  
وأحد الوجهين للحنابلة<sup>(٤)</sup>.

لأنه كان أميناً مسلطاً على ما أخبر به من جهة الموكل، فرب المال قد  
ائتمنه، فالقول قوله، كالمودع يصدق في رد الوديعة لربها إلا أن يقبضها  
بيئنة مقصودة للتوثق فلا يبرأ إلا بيئنة كما في الوديعة.

المذهب الثاني: إن كانت الوكالة يجعل فلا يقبل قول الوكيل إلا بيئنة.  
وهو أحد الوجهين للشافعية<sup>(٥)</sup>، ووجه للحنابلة<sup>(٦)</sup>، لأنه قبض المال  
لنفع نفسه، فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير والمستأجر والمرتهن.  
ونوقش هذا: بأن المرتهن تعلقه بالرهون قوي بدليل تعلقه ببندله عند  
التلف بخلاف الوكيل.

كما أن الوكيل أخذ العين لنفع المالك، وانتفاع الوكيل كان بالعمل في  
العين لا بالعين نفسها<sup>(٧)</sup>.

وبهذا يظهر أن الراجح هو المذهب الأول؛ لأنه لو لم يقبل قول  
الوكيل لامتنع الناس من قبول هذه الأمانات، فيلحق الناس الضرر.

(١) المبسوط (١٩/١٠).

(٢) الشرح الكبير (٣/٣٩٣)، المعونة (٢/١٢٥)، التفريع (٢/٣١٦)، مواهب  
الجليل (٥/٢١٠).

(٣) قال النووي: "دعواه الرد مقبولة بيمينه إن كان بلا جعل، وكذا إن كان يجعل  
على الأصح". روضة الطالبين (٤/٣٤٢)، وانظر المذهب (١/٣٥٨)، مغني  
المحتاج (٢/٢٣٥).

(٤) المغني (٥/٢٢٣)، الإنصاف (٥/٣٩٧)، كشاف القناع (٣/٤٨٥).

(٥) روضة الطالبين (٤/٣٤٢)، المذهب (١/٣٥٨)، مغني المحتاج (٢/٢٣٥).

(٦) المغني (٥/٢٢٣)، كشاف القناع (٣/٤٨٥). وذهب الحنابلة في قول إلى أنه لا  
يقبل قوله إلا بيئنة سواء أكان متبرعاً أم وكيلاً يجعل. الإنصاف (٥/٣٩٧).

(٧) مغني المحتاج (٢/٢٣٥).

## الخاتمة

وفي الختام أحمد الله تعالى إذ يسر وأعان على إتمام هذا البحث الموجز، وستناول هذه الخاتمة أبرز وأهم النتائج التي توصل إليها البحث:

١- الأصل في الوكالة المطلقة أن يراعى الإطلاق ما لم يخالف الشرع أو العرف.

٢- يجوز للوكيل بالشراء وكالة مطلقة أن يشتري بئمن المثل وبغبن يسير.

٣- إذا اشترى الوكيل بالشراء وكالة مطلقة بغبن فاحش فالموكل بالخيار بين الإمضاء أو الفسخ.

٤- يجوز للوكيل وكالة مطلقة أن يبيع بئمن المثل وبغبن يسير.

٥- إذا باع الوكيل بالبيع وكالة مطلقة بغبن فاحش فالموكل بالخيار بين الإمضاء أو الرد.

٦- إذا اشترى الوكيل وكالة مطلقة سلعة معينة وهو لا يعلم بالعيب وقت العقد فالشراء صحيح ويقع للموكل.

٧- إذا اشترى الوكيل وكالة مطلقة سلعة معينة وهو يعلم بالعيب وقت العقد فيلزم البيع الموكل إذا كان العيب يسيراً وفيه مصلحة له، ولا يلزمه إذا كان العيب كثيراً إلا إذا رضي به.

٨- لا يجوز للوكيل وكالة مطلقة بالبيع أن يبيع المتاع بئمن مؤجل.

٩- إذا اشترى الوكيل بأكثر من الثمن الذي قدر له فيخير الموكل بين الإمضاء والفسخ.

١٠- إذا اشترى الوكيل بأقل من الثمن الذي قدر له ولم ينهه الموكل فالشراء صحيح ويقع للموكل، وإذا نهاه فالشراء يلزم الوكيل دون الموكل.

- ١١ - ليس للوكيل أن يخالف الموكل إذا عين له شخصا أو مكانا أو زمانا.
- ١٢ - إذا نهى الموكل الوكيل عن البيع بأكثر من الثمن الذي قدره له فخالف فالبيع يلزم الوكيل دون الموكل.
- ١٣ - إذا لم ينه الموكل الوكيل عن البيع بأكثر من الثمن الذي قدر له فخالف فالبيع يلزم الموكل دون الوكيل.
- ١٤ - إذا قدر الموكل للوكيل الثمن ونهاه عن البيع بأقل منه فخالف، فلا يلزم البيع الموكل ويلزم الوكيل.
- ١٥ - إذا قدر الموكل للوكيل الثمن ولم ينهه عن البيع بأقل منه فخالف فلا يلزم البيع الموكل ويلزم الوكيل.
- ١٦ - إذا أمر الموكل وكيله بالبيع نسيئة فخالف وباع نقدا فالبيع غير صحيح ولا يلزم الموكل.
- ١٧ - إذا أمر الموكل وكيله بالبيع نسيئة ولم ينهه عن البيع نقدا فباع نقدا بأقل من ثمن النسيئة فالبيع يلزم الوكيل دون الموكل.
- ١٨ - إذا أمر الموكل وكيله بالبيع نسيئة ولم ينهه عن البيع نقدا فباع نقدا بما يساوي ثمن النسيئة فالبيع يلزم الموكل.
- ١٩ - إذا أمر الموكل وكيله بالبيع نقدا فباع نسيئة فالبيع يلزم الوكيل دون الموكل.
- ٢٠ - إذا اختلف الموكل والوكيل في أصل الوكالة، فيؤخذ بقول من تؤيده البينة، وإلا فالقول للموكل.
- ٢١ - إذا اختلف الموكل والوكيل في صفة الوكالة فيؤخذ قول من تؤيده البينة، وإلا فالقول قول الموكل.
- ٢٢ - إذا اختلف الموكل والوكيل في تعدي الوكيل أو تفریطه في الحفظ فالقول لمن تؤيده البينة، وإلا فالقول قول الموكل بيمينه.

- ٢٣- إذا وقع الاختلاف بين الموكل والوكيل في التلف فيؤخذ بقول من تؤيده البينة وإلا فالقول قول الوكيل بيمينه.
- ٢٤- إذا اختلفا الموكل والوكيل في الرد فيؤخذ بقول الوكيل بيمينه.

### قائمة بأهم المراجع

القرآن الكريم.

مراجع التفسير:

- تيسير الكريم الرحمن - عبد الرحمن بن ناصر السعدي - جمعية إحياء التراث الإسلامي - الكويت ط ١ - ٢٠٠٣
- الجامع لأحكام القرآن - محمد بن أحمد القرطبي - دار إحياء التراث - ط ٢ - سنة ١٩٦٦ م.

مراجع الحديث الشريف وشروحه:

- سنن أبي داود - سليمان بن الأشعث السجستاني - دار الفكر.
- سنن الترمذي - محمد بن عيسى الترمذي - دار الفكر بيروت ١٩٨٠ م
- صحيح البخاري - محمد بن إسماعيل البخاري - المكتبة العصرية بيروت

عون المعبود شرح سنن أبي داود - محمد شمس الحق - دار الكتب العلمية ط ١

- نيل الأوطار من منتقى الأخبار - محمد بن علي الشوكاني - دار المدار الإسلامي - بيروت - ط ١ - ٢٠٠١ م.

مراجع المذهب الحنفي:

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - أبو بكر بن مسعود الكاساني - دار الكتب العلمية - ط ٢ - ١٩٨٦ م.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - عثمان بن علي الزيلعي - دار الكتاب الإسلامي - ط ١ - ١٣١٣ هـ.
- تكملة شرح فتح القدير - أحمد بن قودر (قاضي زادة) - دار الفكر.

- رد المحتار على الدر المختار ( حاشية ابن عابدين ) - محمد أمين ابن  
 عابدين - دار إحياء التراث العربي - ط ٢ - ١٩٨٧ م  
 فتح القدير - الكمال بن الهمام - دار الفكر.  
 الفتاوى الهندية - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ط ٤  
 المبسوط - محمد بن أبي سهل السرخسي - دار المعرفة.  
 مجمع الضمانات، أبو محمد بن غانم البغدادي، عالم الكتب،  
 بيروت، ط ١، ١٩٨٧ م.  
 مراجع المذهب المالكي:  
 بداية المجتهد ونهاية المقتصد - محمد بن رشد - دار المعرفة - ط ٦ -  
 ١٩٨٢ م.  
 التاج والإكليل - محمد بن يوسف المواق - دار الفكر - ط ٣ -  
 ١٩٩٢ م.  
 تبصرة الحكام - لابن فرحون - المطبعة العامرة الشرفية - القاهرة -  
 ط ١ - ١٣٠١ هـ.  
 التفریح - عبيد الله ابن الجلاب البصري - دار الغرب الإسلامي -  
 بيروت - ط ١، ١٩٨٧ م.  
 جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، صالح عبد السميع الأزهرى،  
 مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٩٤٧ م.  
 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - محمد بن عرفة الدسوقي - دار  
 إحياء الكتب العربية.  
 الخرشني على مختصر خليل - محمد الخرشني - دار صادر - ط ٢ -  
 ١٣١٧ هـ.  
 الذخيرة - أحمد بن إدريس القرافي - دار الغرب الإسلامي بيروت -  
 ط ١ - ١٩٩٤ م.

- شرح حدود ابن عرفة - محمد الأنصاري - وزارة الأوقاف المغربية.  
الطبعة الأولى - ١٩٨٧ م.
- الكافي في فقه أهل المدينة - ابن عبد البر - دار الكتب العلمية بيروت  
الطبعة الأولى ١٩٨٧ م.
- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل - محمد بن محمد الخطاب - دار  
الفكر - ط ٣ - ١٩٩٢ م.
- المعونة على مذهب عالم المدينة - القاضي عبد الوهاب البغدادي -  
مكتبة نزار الباز مكة الطبعة الأولى - ١٩٩٥ م.
- مراجع المذهب الشافعي:
- أسنى المطالب شرح روض الطالب - زكريا الأنصاري - دار الكتاب  
الإسلامي، القاهرة، ط ١ - ١٣١٣ هـ.
- الحاوي الكبير - علي بن محمد الماوردي - دار الكتب العلمية، ط ١،  
١٩٩٤ م.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين - يحيى بن شرف النووي - المكتب  
الإسلامي، ط ٣، ١٩٩١ م.
- فتح العزيز شرح الوجيز - عبد الكريم الرافعي - بهامش المجموع شرح  
المهذب للنووي - دار الفكر، ط ١، ١٣٤٤ هـ.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - محمد الخطيب الشربيني  
- دار الفكر، ط ١.
- نهاية المحتاج - محمد الرملي دار إحياء التراث العربي بيروت الطبعة  
الثالثة ١٩٩٢ م.
- مراجع المذهب الحنبلي:
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف - علي بن سليمان المرادوي -  
عالم الكتب - ط ٤ - ١٩٨٥ م.



كشاف القناع عن متن الإقناع - منصور بن يونس البهوتي - دار  
الفكر.

مطالب أولي النهى - مصطفى السيوطي الرجيباني - بيروت - ط ٢  
- ١٩٩٤ م. على نفقة الشيخ علي آل ثاني.

معونة أولي النهى - محمد بن أحمد الفتوحى (ابن النجار) - دار  
خضر - بيروت - ط ١ - ١٩٩٥ م، تحقيق د. عبد الملك بن دهيش.

المغني - عبد الله بن أحمد بن قدامة - دار الكتب العلمية.

المذهب الظاهري :

المحلى بالآثار - علي بن بن حزم - دار الفكر.

المعجم اللغوية :

لسان العرب - محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي - دار صادر.

المطلع على أبواب المنع - محمد بن أبي الفتح البعلبي - المكتب

الإسلامي.

معجم مقاييس اللغة - أحمد بن فارس بن زكريا - دار إحياء التراث

العربي.

الدراسات المعاصرة :

أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية - د. سلطان

الهاشمي - دار البحوث للدراسات الإسلامية - دبي - ط ١ - ٢٠٠٢ م.

عقد الوكالة في الفقه الإسلامي - سيد محمد صادق الأنصاري -

مكتبة جدة - ط ١ - ١٩٨٧ م.

الوكالة في الفقه الإسلامي - طالب قائد مقبل - دار اللواء الرياض -

ط ١ - ١٩٨٣ م.

---

---

**الولاية على مال اليتيم**  
**ودور الهيئة العامة لشؤون القصر في دولة الكويت**  
**دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي**  
**والقانون المدني الكويتي**

---

---

**دكتور/ يوسف ذياب محمد الصقر**

## الولاية على مال اليتيم

ودور الهيئة العامة لشؤون القصر في دولة الكويت  
دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

دكتور/ يوسف ذياب محمد الصقر

الأستاذ المساعد / قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية  
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت

بسم الله الرحمن الرحيم

### المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول وعلى آله وصحبه ومن  
تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.  
أما بعد، ، ،

فإن الشريعة الإسلامية شريعة ربانية اعتنت بجميع جوانب الحياة  
الإنسانية، وبجميع ما يحتاجه الفرد والمجتمع، ومن أوجه كمالها أحكامها  
المتعلقة باليتيم وبيان حقوقه، وأهمية الاعتناء به ورعايته من طفولته إلى  
أن يبلغ سن الرشد، فلم تترك الشريعة حكماً وأمراً يتعلق باليتيم إلا  
وبينت كيفية التعامل معه، والواجب الذي ينبغي على من تناط به هذه  
المسؤولية، ولما لدولة الكويت من مسؤولية من خلال الهيئة العامة لشؤون  
القصر، ولأهمية هذا الموضوع أحببت أن أساهم في هذا المجال واخترت  
موضوع: "الولاية على مال اليتيم ودور الهيئة العامة لشؤون القصر في  
دولة الكويت، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني  
الكويتي".

وترجع أسباب اختيار الموضوع:

- (١) دراسة المسائل الفقهية المتعلقة باليتيم حسب القانون المدني الكويتي.
- (٢) إبراز دور الهيئة العامة لشؤون القصر في الرعاية على أموال الأيتام.

## الدراسات السابقة:

في الحقيقة هناك عدة دراسات سابقة في هذا المجال، تعددت أساليبها وطرقها، إلا أنني في هذه الدراسة حاولت أن أعرض بما ذكر في القانون المدني الكويتي من مواد متعلقة باليتيم مع مقارنته بما هو مذكور في كتب الفقه الإسلامي، مع الحديث عن دور الهيئة العامة لشؤون القصر، ومن هذه الدراسات على سبيل المثال:

- (١) الولاية النفسية والمالية على الصغير، بحث فقهي في الأحوال الشخصية، تأليف: الدكتور عبد العزيز بن محمد بن سعد الحمير.
- (٢) الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، إعداد: الدكتور عبد الله محمد رابعة.
- (٣) الإفادة من مال اليتيم، الدكتور خالد بن علي بن محمد المشيخ.
- (٤) الولاية والوصاية في الفقه الإسلامي، تأليف: الدكتور عبد العزيز القصار.

## مشكلات البحث:

المقصود من البحث إبراز دور الدولة في الولاية على مال اليتيم، ورعايتها، من خلال عمل الهيئة العامة لشؤون القصر.

## منهج البحث:

منهج البحث استقرائي مقارنة، حاولت أن أضح المسائل حسب ما وردت في القانون المدني الكويتي وبيان أقوال الفقهاء فيها وأدلتهم، وتركت الراجح وعوضت عنه ما اختاره القانون المدني، مع الاستعانة بالمذكرة التفسيرية للقانون المدني ورجعت للكتب الفقهية القديمة وبعض الكتب المعاصرة.

## خطة البحث:

ويتكون البحث من مقدمة، وأربعة مباحث، وهي:  
المبحث الأول: معنى الولاية، والولي، والوصي، واليتيم وشروطهم:  
المطلب الأول: معنى الولاية، والولي.

**المطلب الثاني:** تعريف اليتيم، وبيان شروط الولي.

**الفرع الأول:** تعريف اليتيم.

**الفرع الثاني:** شروط ولي اليتيم.

**المطلب الثالث:** ترتيب الأولياء.

**المبحث الثاني:** تعريف الوصاية، وتعدد الأوصياء، والخلاف بينهم:

**المطلب الأول:** تعريف الوصاية، والوصي.

**المطلب الثاني:** تعدد الأوصياء والخلاف بينهم.

**المطلب الثالث:** اختيار الأب للوصي، وإجراءات ذلك.

**المبحث الثالث:** تصرفات الولي، والقيود عليها:

**المطلب الأول:** بيع الولي وشراؤه لنفسه.

**المطلب الثاني:** المضاربة بمال اليتيم.

**المطلب الثالث:** أخذ جزء من ربح ماله.

**المطلب الرابع:** تأجير مال اليتيم.

**المطلب الخامس:** قرض مال اليتيم.

**المطلب السادس:** رهن مال اليتيم.

**المطلب السابع:** التبرع، والهبة من مال اليتيم.

**المبحث الرابع:** العلاقة بين القانون المدني وقانون شؤون القصر:

**المطلب الأول:** التعريف بالهيئة العامة لشؤون القصر.

**المطلب الثاني:** الأعمال التي تقوم بها الهيئة بالنسبة لأموال القاصر،

وإدارات الهيئة العامة.

**المطلب الثالث:** نص قانون الهيئة ونص القانون المدني وبيان العلاقة

بينهما.

**الخاتمة.**

## المبحث الأول

معنى الولاية، والولي، والوصي، واليتيم وشروطهم

### المطلب الأول

معنى الولاية، والولي

الولاية في اللغة: بفتح الواو وكسرها مأخوذة من الفعل ولي، ولها

معنيين:

الأول: النصر، ومنه قوله تعالى: (وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ)<sup>(١)</sup>.

والثاني: تولي الأمر، ومنه يقال فلان له ولاية على بلدة كذا أي هو أميرها وحاكمها<sup>(٢)</sup>.

وعرف الحنفية الولاية بما معناه: سلطة شرعية تثبت للولي أو الوصي على المولى عليه<sup>(٣)</sup>.

وعرف المالكية الولاية: بأنه المتصرف في مال غيره لسفه أو صغر<sup>(٤)</sup>.

وعرفها الشافعية بأنها: إقامة الأب والجد مقام المولى عليه في تصرف جائز معلوم<sup>(٥)</sup>.

ويمكن تعريفها بأنها: تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية. والقاصر: من لم يستكمل أهلية الأداء، سواء أكان فاقداً لها كغير

المميز أم ناقصها كالمميز<sup>(٦)</sup>.

وتنقسم الولاية باعتبار ما تتعلق به إلى قسمين<sup>(٧)</sup>:

(١) سورة الأنفال آية: ٧٢.

(٢) انظر القاموس المحيط للفيروز آبادي (ص ١٣٤٤)، مادة: ولي.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٢/٥).

(٤) حاشية الدسوقي (٣٢١/٢).

(٥) المنشور في القواعد للزرکشي (٣٠٠/١).

(٦) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور: وهبة الزحيلي (٦٨/١٠).

(٧) الولاية النفسية والمالية على الصغير، تأليف: د. عبد العزيز الحمير (ص ٤٥).

الأول: ولاية على النفس: وهي متعلقة بالحضانة، والتربية، والتزويج.  
الثاني: ولاية على المال: وهي متعلقة بالتصرفات الخاصة، كالمعاملات  
المالية من عقود معاوضات، أو توثيقات، أو تبرعات.

### المطلب الثاني:

تعريف اليتيم، وبيان شروط الولي:

### الفرع الأول

### تعريف اليتيم

اليتيم في اللغة: الانفراد، وكل منفرد في شيء، ويعز نظيره يقال له:  
يتيم واليتيم في الإنسان: فقدان الأب، فالذي مات أبوه فهو يتيم حتى  
يلبغ، والجمع أيتام، ويتامى، ويتمة<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

### شروط ولي اليتيم

وأما ما يشترط في ولي اليتيم، فهناك شروط متفق عليها بين الفقهاء  
وهي:

الأول: الإسلام<sup>(٢)</sup>: فلا ولاية لكافر على مسلم، والدليل قوله  
تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)<sup>(٣)</sup>.  
وجه الدلالة: أن الولاية من السبيل التي نفى الله جعلها للكافرين  
على المؤمنين، فلا يصح جعلها للكافر على المسلم<sup>(٤)</sup>.  
والثاني: العقل<sup>(٥)</sup>: فلا يصح ولاية المجنون، لأنه ليس بأهل  
للتصرف في شأن نفسه، ففي غيره أولى.

- (١) انظر: القاموس المحيط (ص ١١٧٢)، مادة يتم.
- (٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٤٤/٢٨)، منح الجليل لعليش (٥٨٠/٩)، روضة  
الطالبين للنووي (٣١١/٦)، كشاف القناع للبهوتي (٣٨٣/٨).
- (٣) سورة النساء: ١٤١.
- (٤) انظر: الموسوعة الفقهية (٢١٠/٧)، الوصاية في الفقه الاسلامي، تأليف:  
د. عبد الله ربابعة، (ص ١٤٠).
- (٥) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥٢٣/٨)، منح الجليل لعليش (٥٨٠/٩)،  
مغني المحتاج (٩٧/٣)، كشاف القناع للبهوتي (٣١٠/١٠)..

وأما الشروط المختلف فيها<sup>(١)</sup> :

الأول: البلوغ:

اختلف الفقهاء في ولاية الصبي على قولين :

القول الأول: أنه شرط في صحة الولاية على مال اليتيم، فلا تصح الولاية لصبي مميز، وهذا عند المالكية، والشافعية والصحيح عند الحنابلة<sup>(٢)</sup>.

قالوا: إن الصبي لا يصح تصرفه إلا بإذن فلم يكن من أهل الولاية، ولأنه مولى عليه فلا يكون والياً<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: أن البلوغ ليس شرطاً في صحة الولاية، فيصح الولاية للصبي، وللقاضي أن يخرج بعد ذلك من الولاية<sup>(٤)</sup>.

الثاني: العدالة:

اختلف الفقهاء في اشتراط عدالة الولي على قولين :

القول الأول: لا يجوز أن يولى الفاسق على اليتيم، وهذا عند المالكية والشافعية، والحنابلة<sup>(٥)</sup>.

قالوا: لأن الولاية في مال اليتيم ولاية ائتمان، ولا ائتمان لفاسق<sup>(٦)</sup>.

القول الثاني: أنه يجوز الولاية ابتداء للفاسق إلا أن على القاضي عليه استبداله بعدل، وهو قول الحنفية<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر: الموسوعة الفقهية (٢١٠/٧)، الوصاية في الفقه الاسلامي، تأليف: د. عبد الله ربابعة، (ص ١٤٤).

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير (٤٠٢/٤)، مغني المحتاج للشرييني (٩٧/٣)، كشف القناع للبهوتي (٣١٠/١٠).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٥٥٣/٨).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين (٤١١/١٠).

(٥) انظر: منح الجليل لعليش (٥٨٠/٩)، مغني المحتاج للشرييني (٩٧/٣)، المغني لابن قدامة (٥٥٣ - ٥٥٢/٨).

(٦) انظر: مغني المحتاج للشرييني (٩٧/٣).

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين (٤١٠/١٠).



وقد نص القانون المدني على شروط الوالي، ففي المادة (١١١):  
يلزم أن يكون الوالي أو الوصي عدلاً، وكفوفاً، كما يلزم أن يكون  
بالغاً رشيداً، غير محجور عليه لجنون أو عته، أو غفلة أو سفه، وألا يكون  
قد أشهر إفلاسه ما لم يرد له اعتباره، وذلك كله دون إخلال بما يتطلبه  
القانون أو الشريعة الإسلامية من شروط أخرى.

وفي المذكرة الإيضاحية للقانون المدني شرح لهذه الشروط:  
فمعنى كونه عدلاً أي: أميناً حسن السيرة، ومعنى كونه كفوفاً أي:  
قادراً على إدارة المال الذي في ولايته، والتصرف فيه.  
واشترط كونه بالغاً رشيداً غير محجور عليه بسبب من أسباب الحجر،  
لأن من فقد وصفاً من هذه الأوصاف لم يكن أهلاً للولاية على مال  
نفسه، ومن لا يكون أهلاً للولاية على مال نفسه لا يكون أهلاً للولاية  
على مال غيره بطريق الأولى.

وكذلك اشترط ألا يكون قد أشهر إفلاسه ما لم يرد له اعتباره، لأن  
من أشهر إفلاسه ولم يرد إليه اعتباره يخشى منه على المال الذي يكون  
تحت ولايته، فلا يمكن من الولاية عليه<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### ترتيب الأولياء<sup>(٢)</sup>

اختلف الفقهاء في ترتيب الولاية على الصغير على أقوال:  
القول الأول: قول الحنفية<sup>(٣)</sup> إلى أن الولاية المالية تثبت على الصغير  
للأب، ثم لوصيه، ثم لوصي وصيه، ثم لجده، ثم لوصي الجد، ثم  
لوصي وصيه، ثم للقاضي، ثم لوصي القاضي.

- (١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٠ - ١٢١) بتصرف.
- (٢) انظر: الموسوعة الفقهية (١٦١/٤٥)، الولاية النفسية والمالية على الصغير،  
تأليف: د. عبد العزيز الحمير، (ص ١٠٣ - ١١٦).
- (٣) انظر: المبسوط للسرخسي (٤٢/٢٥)، بدائع الصنائع للكاساني (١٥٥/٥)،  
حاشية ابن عابدين (٤٢٩/١٠).

وتعلييلهم في تقديم وصي الأب على الجد :

(١) أن شفقة وصي الأب فوق شفقة الجد، لأنه مرضي الأب، ومختاره، فكان خلف الأب في الشفقة، وخلف الشيء قائم مقامه كأنه هو<sup>(١)</sup>.

(٢) أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة مقام ولاية الأب<sup>(٢)</sup>.

(٣) لأن اختياره مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: قول المالكية والحنابلة<sup>(٤)</sup> أن الولاية المالية للأب، ثم لوصيه، ثم للقاضي، ثم وصيه، فلم يجعلوها للجد أصالة، وإن كان يصح أن يكون وصياً من قبل الأب أو القاضي. والتعليل في تأخير الجد:

(١) أن الجد يقاسمه الأخ في الميراث بخلاف الأب فيكون قاصراً عن الأب فلا يلحق به<sup>(٥)</sup>.

(٢) لأنه لا يدلي إلى الصغير بنفسه بل بواسطة الأب فلا تكون له الولاية على مال الصغير كالأخ<sup>(٦)</sup>.

القول الثالث: قول الشافعية<sup>(٧)</sup> أن الولاية للأب أولاً، ثم للجد، ثم لوصي من تأخر موته منهما، ثم للقاضي، ثم لمن يقيمه وصياً. لأن الجد عندهم ينزل منزلة الأب عند عدمه، لوجود الشفقة عنده على الابن كالأب، ولهذا ثبت له الولاية في التزويج، وكذلك ثبتت له الولاية في المال.

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٥/٥).

(٢) انظر: الهداية في شرح البداية للمرغيناني (٥٤٤/٣).

(٣) انظر: الهداية في شرح البداية للمرغيناني (٥٤٤/٣).

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي (٢٤٠/٨)، الروض المربع للبهوتي (٥٤٥/٦).

(٥) انظر: الذخيرة للقرافي (٢٤٠/٨).

(٦) انظر: كشف القناع للبهوتي (٣٨٤/٨).

(٧) انظر: مغني المحتاج للشرييني (١٧٣/٢ - ١٧٤).

وتقديم الأب على غيره أمر طبيعي لأنه أشفق الناس على أولاده، وأحرصهم على مصالحهم، وكان وصي الأب مقدماً لأن اختيار الأب مع وجود الجدد دليل على أنه أولى من الجدد، لأن الولاية تعتمد على الخبرة والأمانة والتجربة، أكثر من اعتمادها على الشفقة التي يتميز بها الجدد على الوصي.

ولأن إرادة الأب في تدبير شؤون أولاده محترمة في حال حياته، وكذلك في حال وفاته.

ونص القانون المدني على ترتيب الولاية على مال الصغير، ففي المادة (١١٠):

(١) ولاية مال الصغير لأبيه، ثم للوصي المختار من الأب، ثم للجد لأب، ثم للوصي الذي تعينه المحكمة، وذلك مراعاة ما تقضي به المادة (١١٢).

(٢) ولا يجوز للأب أو الجدد أن يتنحى بغير عذر مقبول.

وفي المذكرة الإيضاحية للقانون المدني شرح لهذه المادة:

وثبوت الولاية للأب وتقديمه على غيره فيها حكم متفق عليه في الفقه الإسلامي، ولأن الأب أقرب الناس إلى أولاده، وأرعاهم لمصالحهم، يهمه من أمرهم أكثر ما يهمه من أمر نفسه، وأما ثبوتها لوصيه المختار وتقديمه على الجدد، فقد أخذ من مذهب الحنفية والمالكية، لأن الأب إذا اختار وصياً مع وجود الجدد كان اختياره دليلاً على أنه يرى الوصي أصح من الجدد في رعاية مال أولاده، والتصرف فيه، وأما ثبوت الولاية للجد وتقديمه على الوصي الذي تعينه المحكمة، فقد أخذ من مذهب الحنفية والشافعية، إذ الجدد وافر الشفقة على أولاد أولاده فثبت له الولاية<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١١٩ - ١٢٠) بتصرف.

والذي في كتب الحنفية أن الوصي مقدم على الجد، وفي المذكرة الإيضاحية هناك تناقض بالنسبة لمذهب الحنفية حيث ذكرت أن مذهب الحنفية يقدم الوصي على الجد ثم ذكرت أن الجد يقدم على الوصي، والصحيح هو تقديم الوصي على الجد.

قال السرخسي في المبسوط:

"ووليّه أبوه ثم وصى الأب ثم الجد أب الأب ثم وصيه ثم القاضي أو وصي القاضي"<sup>(١)</sup>

قال ابن عابدين في حاشيته:

"الولاية في مال الصغير للأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه ولو بعد، فلومات الأب ولم يوص فالولاية لأبي الأب ثم وصيه ثم وصي وصيه فإن لم يكن فللقاضي ومنصوبه"<sup>(٢)</sup>

وفي الهداية شرح البداية للمرغيناني:

"قال (والوصي أحق بمال الصغير من الجد) وقال الشافعي رحمه الله: الجد أحق؛ لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه، ولنا أن بالايضاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معني فيقدم عليه كالأب نفسه، وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه"<sup>(٣)</sup>

وتنص المادة (١١٢) من القانون المدني الكويتي، على أن:

(١) إذا كان الصغير كويتيًّا، ولم تثبت الولاية على ماله لأبيه، أو للوصي المختار من أبيه أو لجدّه، فإن الوصاية على ماله تثبت لإدارة شؤون القصر، وفقاً لما يقضي به القانون، وذلك ما تعين له المحكمة وصياً آخر.

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٤٢/٢٥).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٢٩/١٠).

(٣) انظر: الهداية في شرح البداية للمرغيناني (٥٤٤/٣).

(٢) ويجوز للمحكمة في أي وقت وبناء على طلب أي ذي شأن أن تعين وصياً آخر بدلاً من إدارة شؤون القصر، إذا رأت في ذلك مصلحة القاصر.

وبذلك تكون المادة (١١٢) المشار إليها، قد تضمنت حكماً خاصاً خرجت به عن الحكم العام الذي ورد في المادة (١١٠) من القانون المدني الكويتي، حيث جعلت كما الفقرة الأولى منها الوصاية على مال الصغير لإدارة شؤون القصر إذا كان من الكويتيين، ولم يكن له أب، ولا وصي مختار للأب، ولا جد صحيح، وذلك ما لم تعين المحكمة له وصياً غيرها. وفي الفقرة الثانية من المادة (١١٢) نجد أنها تنص على إعطاء المحكمة سلطة تعيين الوصي - بناءً على طلب أي ذي شأن - الذي تراه بدلاً من إدارة شؤون القصر في أي وقت تشاء. ومتى رأت أن ذلك في مصلحة القاصر. وهذا ما يتوافق مع قانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ في شأن إدارة شؤون القصر<sup>(١)</sup>.

## المبحث الثاني

### تعريف الوصاية، وتعدد الأوصياء، والخلاف بينهم

#### المطلب الأول

#### تعريف الوصاية، والوصي

الوصاية: بكسر الواو من الوصية، وجمعها وصايا، وهي في اللغة: من الوصل، وسميت الوصية وصية لأن الميت لما أوصى وصل ما كان فيه أيام حياته إلى غيره<sup>(٢)</sup>.

وتطلق في اللغة أيضاً على معنى العهد، ففي لسان العرب: "أوصى الرجل ووصاه عهد إليه"<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢١ - ١٢٢) بتصريف.

(٢) انظر: المطلاع على أبواب المقنع، للبعلي (ص ٣٥٦).

(٣) انظر: لسان العرب لابن منظور مادة وصي.

والفعل من الوصية الإيصاء، وفي الشرع يأتي على استعمالين:  
الأول: يستعمل تارة باللام يقال: أوصى فلان لفلان بكذا بمعنى:  
ملكه له بعد موته.

والثاني: يستعمل أخرى بإلى يقال: فلان أوصى إلى فلان بمعنى  
جعله وصياً يتصرف في ماله وأطفاله بعد موته<sup>(١)</sup>.  
وعرف الحنفية الوصاية بأنها: طلب شيء من غيره ليفعله في غيبته  
حال حياته وبعد وفاته<sup>(٢)</sup>.

وعرف المالكية الوصاية بأنها: عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد  
موته<sup>(٣)</sup>.

وعند الشافعية تطلق على أمرين: التبرع المضاف لما بعد الموت،  
والعهد لمن يقوم بأولاده من بعده<sup>(٤)</sup>.  
وعرفها بعض الحنابلة بأنها: الأمر بالتصرف بعد الموت، والوصية  
بالمال: هي التبرع به بعد الموت<sup>(٥)</sup>.

وللرأد هنا وصي القاضي أو الحاكم، ووصي الأب.  
وأما وصي القاضي أو الحاكم: فهو الذي يعينه القاضي للإشراف  
على شؤون القصر المالية.

وأما الوصي المختار: فهو الذي يختاره الشخص في حياته قبل موته  
للنظر في تدبير شؤون القاصر المالية.  
وأما شروط الوصي في مقارضة لشروط الولي، والمتفق عليه منها:  
العقل والإسلام، وقد اختلفت اشتراط البلوغ، والذكورة، وقد سبق بيان  
الخلاف فيها.

(١) انظر: أنيس الفقهاء للقونوي (ص ١١١).

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٣٤٠/٩)، وأنيس الفقهاء للقونوي  
(ص ١١١).

(٣) انظر: منح الجليل لعليش (٥٠٣/٩).

(٤) انظر: مغني المحتاج للشرييني (٥٢/٣).

(٥) انظر: الإنصاف للمرداوي (١٨٣/٧).

وأما اشتراط البصر، وهل يصح أن يكون الوصي أعمى، فقد اختلف في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يصح أن يكون الوصي أعمى، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup>.  
قالوا:

- (١) لأنه يتمكن من التوكيل فيما لا يتمكن من مباشرته<sup>(٢)</sup>.
- (٢) ولأن الأعمى من أهل الائتمان فصح أن يكون وصياً<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الثاني تعدد الأوصياء والخلاف بينهم

يجوز تعدد الأوصياء، فإن الإيصاء قد يكون لواحد، وقد يكون لأكثر من واحد، وقد يكون في عقد واحد، كأن يقول: أوصيت فلان إلى فلان وفلان، أو في عقدين كأن يوصي إلى كل واحد على حدة بمفرده<sup>(٤)</sup>. وإذا تعدد الأوصياء، وكان الإيصاء مطلقاً عن أي وصف يفيد تخصيص التصرف ببعض الأمور دون بعض، أو تقييد تصرف الأوصياء بالانفراد أو الاجتماع، بأن قال: أوصيت إليكما بالنظر في شئون أطفالي مثلاً، فما حكم الانفراد بالتصرف في هذه الحالة؟ للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال<sup>(٥)</sup>:

(١) انظر: الفتاوى الهندي (١٣٨/٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٥٢/٤)، مغني المحتاج للشريبي (٩٨/٣)، كشف القناع للبهوتي (٣١٠/١٠).

(٢) انظر: مغني المحتاج للشريبي (٩٨/٣).

(٣) انظر: كشف القناع للبهوتي (٣١٠/١٠).

(٤) انظر: الوصاية في الفقه الإسلامي، تأليف: د. عبد الله رابعة، (ص ٧٨).

(٥) انظر: الموسوعة الفقهية (٢١٦/٧) و (١٧٦/٤٣)، مذكرة ولاية الدولة على أموال القاصرين وحكم زكاة أموالهم، بحث مقدم لمؤتمر الهيئة العامة لشؤون القصر، للدكتور محمد السيد الطبطبائي، (ص ٥ - ٧).

القول الأول: قول الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، منع أحد الوصيين من الانفراد بالتصرف في مال اليتيم، إلا أن الحنفية والشافعية استثنوا من ذلك بعض التصرفات، التي يجوز فيها لكل واحد من الوصيين الانفراد بها للضرورة، التي يترتب على تأخيرها ضرر على مال الصغير. قالوا: لأنها تصرفات عاجلة لا تحتل التأجيل، ولأنها لازمة لحفظ المال، ولأن اجتماع الرأي فيها متعذر، كتجهيز الميت وقضاء دينه، ورد المغصوب المعين، ورد الوديعة وغير ذلك<sup>(٤)</sup>.

القول الثاني: لكل واحد منهما التصرف مطلقاً، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية<sup>(٥)</sup>.

وتعليقه في هذا:

أن الوصاية سبيلها سبيل الولاية، وهي وصف شرعي لا يتجزأ فتبث لكل، كالأخوين في تزويج أختهما<sup>(٦)</sup>.

القول الثالث: المنع مطلقاً من التصرف، وأنه ليس لأحد الوصيين الانفراد بالتصرف في جميع الأشياء، وهذا مذهب الحنابلة<sup>(٧)</sup>.

وحجتهم في ذلك:

أن الموصي قد شرك بين الوصيين في النظر، فلم يكن لأحدهما الانفراد في التصرف، كالوكيلين، فإنه ليس لأحدهما أن يتصرف بدون الآخر، فكذلك الوصيان<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (١٠/٤١٣ - ٤١٥)، تبين الحقائق للزيلعي (٢٠٨/٦ - ٢٠٩).

(٢) انظر: منح الجليل لعليش (٥٨٤/٩).

(٣) انظر: مغني المحتاج للشرييني (١٠٢/٣).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين (١٠/٤١٣ - ٤١٥)، تبين الحقائق للزيلعي (٢٠٨/٦ - ٢٠٩)، مغني المحتاج للشرييني (١٠٢/٣).

(٥) انظر: تبين الحقائق للزيلعي (٢٠٨/٦).

(٦) انظر: تبين الحقائق للزيلعي (٢٠٨/٦ - ٢٠٩).

(٧) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤/٤٠٣)، الشرح الصغير وحاشية الصاوي (٢/٤٧٥)، المغني لابن قدامة (٨/٥٥٨ - ٥٥٩).

(٨) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤/٤٠٣)، الشرح الصغير وحاشية الصاوي (٢/٤٧٥)، المغني لابن قدامة (٨/٥٥٨ - ٥٥٩).



ونص القانون المدني الكويتي في مادته رقم (١١٩) على أن:  
"يجوز للأب أن يختار لصغيره أكثر من وصي، كما يجوز التعدد في الأوصياء المعيّنين من المحكمة، إذا اقتضته مصلحة الصغير."  
وفي المادة رقم (١٢٠) من القانون ذاته، نجد أن المشرع قد أكد على أن:

(١) إذا تعدد الأوصياء سواء كانوا مختارين أم معيّنين، فإنه لا يجوز لأحدهم الانفراد، إلا إذا كان الأب أو المحكمة على حسب الأحوال قد حدد لكل منهم اختصاصه.

(٢) ومع ذلك يكون لكل من الأوصياء المتعددين إجراء التصرفات اللازمة لحفظ مال الصغير، وتلك التي لا تحمل التأخير، كما يكون له إجراء التصرفات التي فيها نفع ظاهر للصغير.

وتعرضت هاتين المادتين لحالة ما إذا أوصى الأب على مال صغاره لأكثر من وصي، فإنه يجوز ذلك، وتنص المادة (١٢٠) في فقرتها الأولى للحكم في حالة تعدد الأوصياء المختارين أو المعيّنين، فتنص على أنه إذا تعدد الأوصياء وحدد الأب أو المحكمة لكل واحد اختصاصه، فإنه يجوز لكل وصي أن يتفرد بالتصرف في حدود ما خصص له، كأن يعهد إلى أحد الأوصياء القيام بشؤون الأراضي الزراعية، وإلى آخر بشؤون متجر أو مصنع، وإلى ثالث بشؤون المباني، وأما إذا لم يحدد الأب أو المحكمة لكل وصي اختصاصه فلا يجوز لأحدهم أن يتفرد بالتصرف في المال، بل لابد من اشتراكهم جميعاً فيه<sup>(١)</sup>.

وفي المادة (١٢١) من القانون المدني، نجد أنها تناول النص على أن:  
"إذا اختلف الأوصياء المتعددون، عند لزوم إجماعهم تولت المحكمة بناء على طلب أي منهم أو طلب إدارة شؤون القصر أو أي ذي شأن آخر حسم الأمر على نحو ما تراه محققاً مصلحة الصغير."

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٥).

وفي المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، نجدتها قد تناولت النص - في إطار تفسير حكم المادة (١٢١) من القانون المدني، على أن:  
"تعرضت المادة (١٢١) للحكم عند اختلاف الأوصياء المتعددين في شأن التصرفات التي يلزم اجتماع رأيهم فيها، فنصت على تفويض المحكمة البت في موضوع النزاع بما تراه محققاً لمصلحة الصغير، إذا طلب منها ذلك إدارة شؤون القصر، أو أي ذي شأن آخر"<sup>(١)</sup>.  
وإذا ما نظرنا إلى المادة (١٢٢) من القانون المدني، نجدتها تنص على أن:

"يجوز للمحكمة بناءً على طلب إدارة شؤون القصر أو أي ذي مصلحة أن تقيم للصغير وصياً خاصاً، وتحدد سلطته، ويتولى الولاية عليه في شأن معين كلما اقتضت ذلك مصلحته، ويجوز لها ذلك على الأخص:  
(أ) إذا تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة وليه الشرعي أو مصلحة زوجه أو مصلحة شخص يتولى الولاية على ماله.  
(ب) إذا تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصولهما أو فروعهما أو مع مصلحة شخص يتولى الولاية على ماله".  
وفي تفسير المذكرة الإيضاحية للقانون للمدني لحكم المادة (١٢٢) من القانون، نجدتها تؤكد على أن:

وتعرض المادة (١٢٢) للحالة التي تتطلب فيها مصلحة الصغير تعيين وصي خاص له، في صدد شأن معين من شؤونه، ليتولى الولاية عليه في هذا الشأن بدلاً من تكون له الولاية على كافة أمواله، قاضية بجواز ذلك للمحكمة، فكلما اقتضت مصلحة الصغير أن يكون له وصي خاص، وساغ للمحكمة أن تقيمه، بناء على طلب إدارة شؤون القصر أو أي ذي شأن..."<sup>(٢)</sup>

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٦).

(٢) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٦).

كما تناول القانون المدني النص على جواز نصب مشرف يقوم بالرقابة على تصرفات الوصي، ويحدد مهامه، ففي المادتين (١٢٣)، (١٢٤):

(١) إذا كانت الوصاية على مال الصغير لغير إدارة شؤون القصر جاز أن ينصب إلى جانب الوصي ولو كان مختاراً مشرف يتولى الرقابة على تصرفاته.

(٢) وإذا لم يختار الأب مشرفاً لصغيره جاز للمحكمة تعيينه إن كان لذلك مقتضى، ويعرض المشرف المختار من الأب على المحكمة لتعيينه.

(٣) وإذا كان الصغير كرتياً جاز للمحكمة أن تعهد بالإشراف لإدارة شؤون القصر.

(٤) ويلزم أن تتوافر في المشرف الشروط المطلوبة في الوصي.

يتولى المشرف الرقابة على تصرفات الوصي، وعليه أن يرفع إلى المحكمة كل أمر تقتضي مصلحة القاصر رفعه إليها.

وفي إطار شرح هاتين المادتين، جاءت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني لتنص على أن: <sup>(١)</sup>

ففي المادة (١٢٣) تعرضت لتعيين المشرف وهو: وهو الشخص الذي يعين لمراقبة أعمال الوصي وتصرفاته المتعلقة بالوصاية، دون أن يشترك معه في إجراءاتها.

ومهمة المشرف المراقبة على الوصي في إدارة مال الصغير وتصرفاته فيه، وأن يبلغ المحكمة كل أمر تقتضي المصلحة رفعه إليها، وليس للمشرف حق الاشتراك في الإدارة، ولا الانفراد بالتصرف فيما عدا الأمور التي خولها القانون له.

كما حدد القانون واجبات الوصي تجاه المشرف، ففي المادة (١٢٥):

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٦-١٢٧).

"على الوصي إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن تصرفاته في أموال الصغير، وتمكينه من الاطلاع على الأوراق والمستندات الخاصة بها".

### المطلب الثالث

#### اختيار الأب للوصي، وإجراءات ذلك

يجوز للأب أن يختار وصياً على مال أولاده، وهو ما يسمى بالوصي المختار وهو الذي يختاره الشخص في حياته قبل موته للنظر في تدبير شؤون القاصر المالية، ويذكر في كتب الفقه باسم "الموصى إليه"<sup>(١)</sup>.

وقد سبق بيان شروط الوصي، فلا يجوز للأب أن يوصي إلى من لم تتوفر فيه الشروط بأن كان غير عدل، أو ناقص الأهلية على ما سبق بيانه. وفي القانون المدني بيان لبعض الإجراءات المتعلقة باختيار الأب للوصي، ففي المادة (١١٣) نجد أنها تنص على أن:

(١) ولا يعتبر اختيار الأب وصياً لصغيره، إلا إذا جاءت في ورقة رسمية، أو في ورقة مصدق فيها على توقيع الأب، أو في ورقة مكتوبة بخط الأب ومهورة بإمضائه.

(٢) وللأب في أي وقت أن يعدل عن اختياره وصياً لصغيره، ويعتد بعدوله؛ ولو لم يأت في الشكل الذي رسمه القانون لحصول اختياره.

(٣) ويعرض الوصي الذي اختاره الأب لصغيره على المحكمة لتثيته. وفي تفسير المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في شأن المادة (١١٣)، يأتي النص على أن:

"تنظم المادة (١١٣) بفقراتها الثلاث الشكل الذي تلزم مراعاته للاعتداد باختيار الأب وصياً لصغيره، وحق الأب في الرجوع عن اختياره هذا الوصي، وتثيت المحكمة له، فتنص الفقرة الأولى على أنه يلزم

(١) انظر: الوصاية في الفقه الإسلامي، تأليف: د. عيد الله رباحة، (ص ٥٣ - ٥٥).

لاعتبار الشخص وصياً مختاراً أن يكون اختياره مثبتاً في ورقة رسمية، أو في ورقة عرفية مصدق فيها على توقيع الأب، أو في ورقة مكتوبة كلها بخط الأب موقعة بامضائه.

وهذه الفقرة مستوحاة من المادة (٢٨) من القانون المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال.

والهدف من اشتراط ذلك في تعيين الوصي المختار هو حسم المنازعات الخاصة بالإثبات، وحماية القصر عن يدعون الوصاية عليهم زوراً وبهتاناً، وهو أمر يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تدعو إلى المحافظة على مصالح الناس، وتسند الباب في وجه الكاذبين والزورين.

وقد أعطى المشروع في الفقرة الثانية للأب الحق في الرجوع عن اختيار الوصي، ولم يشترط في اعتبار الرجوع ما اشترطه في اختيار الوصي، وهو بهذا يمتاز عن القانون المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الذي تطلب لاعتبار الرجوع عن اختيار الوصي ما تطلبه لاعتباره وصياً؛ لأنه بهذا المسلك يسر طريق العدول عن اختيار الوصي، وفي هذا التيسير من مصلحة للصغير، فقد يختار الأب شخصاً للوصاية على أولاده، معتقداً أنه صالح لإدارة أموالهم والتصرف فيها وأمين على هذه الأموال، ثم يتبين بعد ذلك أنه على عكس ما كان يعتقد.

وقد استلزم المشروع في الفقرة الثالثة عرض اختيار الوصي على المحكمة لتشيته، وتبعاً لذلك يكون للمحكمة رفض الوصي المختار إذا وجدت أنه لا يتوافر فيه الشروط اللازمة في الوصي بوجه عام<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثالث

#### تصرفات الولي، والقيود عليها

الأصل الذي ينبثق منه أحكام التصرف في مال اليتيم هو قوله تعالى: (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَبْتُمْ إِنْ اللَّهُ

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٢ - ١٢٣).

عَزِيزٌ حَكِيمٌ<sup>(١)</sup>، والقاعدة في هذا الباب أن الولي لا يتصرف في مال اليتيم إلا بما فيه حظ له، وأما ما لا حظ فيه مثل التبرعات، كالهبة والصدقة ونحو ذلك فليس له التصرف في هذا، بل ليس التصرف فيما لا حظ فيه، لقوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ)<sup>(٢)</sup>، وقال تعالى: (وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ)<sup>(٣)</sup>.

ولقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا إضرار)<sup>(٤)</sup>، وفي هذه التصرفات إضرار بالصبي فوجب ألا يملكه.

تصرف الولي أو الوصي متوقف على اعتبار المصلحة، والتصرف بالأحظ في مال اليتيم، وقد نص القانون المدني في بيانه لسلطة الولي هذه القاعدة العامة، من خلال مادته رقم (١٢٧) على أن:

- (١) للولي أن يجري عن صغيره التصرفات النافعة له نفعاً محضاً.
- (٢) وإذا كان التبرع للصغير مقترناً بتكليف، فإنه لا يسوغ للولي قبوله عنه بغير إذن المحكمة.

وفي المذكرة الإيضاحية بشأن تفسير المادة المشار إليها، نجد أنها تنص على أن:

تعرض المادة (١٢٧) في فقرتها لبيان سلطة الولي في التصرفات التي يباشرها نيابة عن الصغير، فتبين الفقرة الأولى أو الولي سواء كان أباً أم جداً، له أن يباشر التصرفات النافعة نفعاً محضاً للصغير كقبول الهبة

(١) سورة البقرة آية: ٢٢٠.

(٢) سورة الأنعام آية: ١٥٢.

(٣) سورة النساء آية: ١٢٧.

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم (٢٣٤١)، وأحمد في المسند رقم (٢٨٦٥)، من حديث ابن عباس رضي الله عنه، وسنده ضعيف، وله شواهد عديدة من حديث عبادة بن الصامت، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، وعائشة، وغيرهم رضي الله عنهم، قال النووي: حديث حسن، وله طرق يقوي بعضها بعضاً، وكذا صححه بشواهد الألباني، انظر: إرواء الغليل (٤٠٨/٣).

الخالصة غير المقترنة بشرط ، أي العارية عن التزامات تحمل بها ، أما الهبة بشرط أي تلك المحملة بالتزامات معينة ، فإنه لا يجوز للولي بمقتضى الفقرة الثانية قبولها إلا بإذن من المحكمة وذلك لأن اقتران التبرع بالتزام قد يؤدي إلى ضياع منفعتها ، وجعله عبثاً على الصغير ، فكان من المفيد أن يجعل قبوله من الولي متوقفاً على إذن المحكمة ، حتى يمكنها التأكد من وجود المصلحة للصغير في قبول هذا التبرع أو رفضه ، وهذا احتياط أثر المشرع أن يضيفه على الصغير دون أن تأباه الشريعة الإسلامية<sup>(١)</sup>.

### المطلب الأول

#### بيع الولي وشراؤه لنفسه

اختلف الفقهاء في هذه المسألة ، هل يجوز للولي أن يبيع ويشترى من مال اليتيم لنفسه ؟ :

القول الأول : أنه ليس للولي أن يبيع ويشترى من مال اليتيم لنفسه ، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup> ، لكن استثنى الشافعية الجد ، واستثنى الحنابلة الأب .

وأدلتهم :

الدليل الأول : قول النبي صلى الله عليه وسلم : ( لا يشتري الوصي من مال اليتيم )<sup>(٣)</sup>.

الدليل الثاني : أن رجلاً من همدان جاء إلى ابن مسعود رضي الله عنه على فرس أبلق ، فقال : إن رجلاً أوصى إلي وترك يتيماً فأشترى هذا الفرس أو فرساً آخر من ماله ، فقال عبد الله : ( لا تشتري شيئاً من ماله ، ولا تستقرض شيئاً من ماله )<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٧ - ١٢٨).

(٢) انظر : مغني المحتاج للشربيني (٢/٢٢٨) ، والمبدع لابن مفلح (٤/٣٣٧).

(٣) قال ابن حجر في التلخيص الحبير : " لم أجده " (٤/١٨٥٥).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٩/٩٤) ، وسعيد بن منصور في سننه رقم

(٣٢٧) ، والبيهقي (٦/٢٨٥) ، واللفظ له ، وإسناده صحيح.

الدليل الثالث: لوجود التهمة بين الولي غير الأب أو الجد وبين المولى عليه، لأنه قد يطلب حظ نفسه<sup>(١)</sup>.

القول الثاني: أنه يجوز ذلك إذا زالت التهمة، بأن يزيد على ثمن المثل في الشراء، وينقص عنه في البيع، وهذا مذهب الحنفية<sup>(٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣)</sup>، ولكن استثنى أبو حنيفة: القاضي ووصيه فلا يملكان ذلك، وهذا القول رواية عن أحمد<sup>(٤)</sup> لكن قيده بشرطين:

الأول: أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء.

والثاني: أن يتولى النداء غيره.

واستدلوا بقوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ)<sup>(٥)</sup>.

ووجه الدلالة: أن تصرف الولي في مال اليتيم إذا كان فيه نفع ظاهر بأن يزيد في ثمن المثل من قربانه ماله بالتي هي أحسن<sup>(٦)</sup>.

وبالنظر إلى أحكام القانون المدني الكويت، نجد أنه منع بيع وتأجير الولي لنفسه أو أحد من أقاربه، حيث تتضمن المادة رقم (١٣٠) من القانون، النص على أن:

"ليس للولي بغير إذن المحكمة أن يبيع عقار الصغير أو محله التجاري أو أن يؤجره لنفسه أو لزوجه أو لأقارب أحدهما إلى الدرجة الثالثة".  
وبينت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المحكمة من هذا القيد ففيها أن: "الحكمة من تقرير هذا القيد ترجع إلى أن البيع أو الإيجار أو نحوهما

(١) انظر: المبدع لابن مفلح (٣٣٧/٤).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٣٢/٢٨)، تبين الحقائق للزليعي (٢١١/٦).

(٣) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (ص ٥٤٨)، الشرح الكبير للدردير (٤/٤٥٥).

(٤) انظر: الإنصاف مع الشرح الكبير (٣٧١/١٣).

(٥) سورة الأنعام آية: ١٥٢.

(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٣٦/٥).



إذا كان للولي أو لزوجه أو لأحد من أقاربهما من الدرجة الثالثة فإنه يخشى أن تكون فيه محاباة؛ فكان من مصلحة الصغير أن يؤخذ إذن المحكمة قبل الإقدام على التصرف؛ وذلك لتمكن المحكمة من التحقق من عدالة المقابل وانتفاء المحاباة، وهذا الحكم تقره الشريعة الإسلامية، فالشريعة لا تميز التصرفات التي يكون احتمال التهمة فيها قائما، ولهذا منعت شهادة الوالد لولده، وشهادة الرجل لزوجه، وبالعكس...<sup>(١)</sup>

### المطلب الثاني

#### المضاربة بمال اليتيم

القول الأول: مشروعية المضاربة بمال اليتيم، وأن للولي أن يبيع ويشترى في مال اليتيم، وأن يدفعه لغيره مضاربة، وهذا قول المذاهب الأربعة من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup>، ولكن اشترط الحنابلة<sup>(٣)</sup> لذلك شرطين:

الأول: أن لا يتجر به إلا في المواضع الآمنة.

الثاني: أن لا يدفعه إلا إلى الأمناء.

والأدلة على مشروعية المضاربة في مال اليتيم:

الدليل الأول: قوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ)<sup>(٤)</sup>.

فهذا نهى عن قربان مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن، وضده الأمر بالإصلاح في ماله، وجواز مقارنته بالتي هي أحسن، ويشمل ذلك المضاربة<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٩).

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٦٦/٢)، والبحر الرائق لابن نجيم (٤٦٨/٨)، الكافي لابن عبد البر (ص ٥٤٩)، روضة الطالبين (١٢٤/٥)، والمبدع لابن مفلح (٣٣٨/٤).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٣٣٩/٦)، الإنصاف مع الشرح الكبير (٣٧٦/١٣).

(٤) سورة الأنعام آية: ١٥٢.

(٥) انظر: الولاية النفسية والمالية على الصغير، تأليف: عبد العزيز الجمير، (ص ٣٢٣).

الدليل الثاني: حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما مرفوعاً: (من ولي يتيماً له فليتجر له، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة)<sup>(١)</sup>.  
الدليل الثالث: قول عمر رضي الله عنه أنه قال: (ابتغوا في أموال اليتامى لا تستغرقها الصدقة)<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة: أن فيه حث الخليفة الراشد عمر بن الخطاب على المضاربة والاتجار في أموال اليتامى وهذا يدل على مشروعية ذلك واستحبابه<sup>(٣)</sup>.

الدليل الرابع: أن ذلك أحظ للمولى عليه، لتكون نفقته من فاضله، وربحه، كما يفعل البالغ في ماله<sup>(٤)</sup>.

القول الثاني: عدم جواز المضاربة في مال اليتيم، روي عن الحسن البصري، وهو زواية عن الإمام أحمد<sup>(٥)</sup>.  
ودليل هذا القول: أن في المضاربة بمال اليتيم تعريضاً له للمخاطر، وأن خزنه أحفظ للمال<sup>(٦)</sup>.

---

(١) أخرجه الترمذي، أبواب الزكاة، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم، رقم (٦٤١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٧/٤)، وفي سننه المثني بن الصباح، وهو ضعيف، وضعف الترمذي الحديث، وكذا الألباني، انظر: إرواء الغليل (٢٥٨/٣).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٦٨/٤)، وابن أبي شيبة في المصنف (٢٤١/٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٧/٤)، قال البيهقي: "هذا إسناد صحيح، وله شواهد عن عمر رضي الله عنه".

(٣) انظر: الولاية النفسية والمالية على الصغير، تأليف: عبد العزيز الحمير، (ص ٣٢٤).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٣٣٩/٦).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٣٣٩/٦)، مذكرة الإفادة من مال اليتيم للدكتور خالد المشيقح، المطلب الثاني، المسألة الأولى.

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٣٣٩/٦)، وانظر مذكرة الإفادة من مال اليتيم للدكتور خالد المشيقح، المطلب الثاني، المسألة الأولى.

ونوقش هذا الاستدلال: أن في المضاربة بمال اليتيم حفظاً، وأن المضاربة مشروطة بما إذا لم تعرض مال اليتيم للخطر، وأن في خزنه سبب لأن تأكله الصدقة<sup>(١)</sup>.

ونص القانون المدني على هذه المسألة، ففي المادة رقم (١٢٨) منه، نجدتها تناول النص على أن:

(١) للولي أن يجري عن صغيره التصرفات التي يقتضيها حفظ أمواله وإدارتها واستثمارها.

وقد تضمنت هذه المادة بيان ما يملكه الولي من أعمال في مال الصغير، فأوضحت الفقرة الأولى أو الولي سواء كان أباً أم جداً له أن يجري أي تصرف يكون فيه حفظ لمال الصغير وتنميته، واستثماره، وإدارته<sup>(٢)</sup>.

وإجمالاً، يمنع القانون المدني الكويتي، الولي من التصرف في الأموال التي تجاوزت قيمتها مائتي ألف دينار، ففي المادة رقم (١٣١) نجدتها تنص على أن:

"لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة أن يتصرف في مال الصغير إذا تجاوزت قيمته مائتي ألف دينار".

فالمشروع يشترط هنا لجواز التصرف في مال الصغير إذا زادت قيمته مائتي ألف دينار، أخذ الإذن سلفاً من المحكمة قبل إجرائه.

والمقصود من وضع هذا القيد هو توفير أكبر قسط من الضمان لرعاية مصلحة المشمولين بالولاية وهو أمر لا تأباه الشريعة الإسلامية التي تحيط القاصر بكل ضروب الحياطة، وتنهى عن قربان ماله إلا بالتي هي أحسن<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر: مذكرة الإفادة من مال اليتيم للدكتور خالد المشيخ، المطلب الثاني، المسألة الأولى.

(٢) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٨).

(٣) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٩).

كذلك نص القانون المدني، على أن المال الذي حصل للصغير عن طريق التبرع أو الإرث إذا منع المورث أو المتبرع من التصرف فيه فإنه يمنع من التصرف فيه، ففي المادة رقم (١٣٢) من القانون المدني نجد أنها تتناول النص على أن:

"إذا كان المال قد آل إلى الصغير بطريق الميراث أو التبرع، واشترط المورث أو المتبرع عدم تصرف الولي فيه، فإنه لا يجوز لهذا الأخير إجراء التصرف الممنوع عليه، إلا عندما تقتضيه الضرورة، وبشرط إذن المحكمة".

فبينت هذه المادة حكما خاصا بالمال الذي يؤول إلى الصغير بطريق الميراث أو التبرع، والذي يشترط المورث أو المتبرع عدم تصرف الولي فيه، وهذا الحكم هو أن الولي ليس له أن يتصرف في هذا المال بأي نوع من أنواع التصرفات، ولا يستثنى من ذلك إلا التصرفات العاجلة التي يقتضيها حفظ المال كبيع الأشياء التي يخشى فسادها لو بقيت، ويشترط لإجراء هذه التصرفات الحصول على إذن المحكمة؛ للتحقق من ضرورة التصرف الذي يجريه الولي أو عدم ضرورته<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### أخذ جزء من ربح ماله

اختلف العلماء في استحقاق الولي جزءاً من ربح المال مقابل المضاربة:

القول الأول: أن ليس للولي أن يأخذ شيئاً من الربح، وله أن يعطي غيره ممن دفع له المال، وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: أنه يجوز للولي أن يأخذ لنفسه، وأن يعطي غيره، وهذا مذهب الحنفية<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٩ - ١٣٠).

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٥٤٩)، روضة الطالبين للنووي (١٢٤/٥)، المبدع لابن مفلح (٢٣٨/٤).

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٦٦/٢)، والفتاوى البزازية (٤٤٥/٦).

واستدلوا بقوله تعالى: (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ)<sup>(١)</sup>.

ونص القانون المدني على جواز أخذ ما مقابل على التصرفات التي يقوم بها الولي في مال الصغير، حيث أتت المادة رقم (١٢٩) من القانون المدني، لتنص على أن:

"للولي أن يجري في مال صغيره التصرفات بمقابل، مع مراعاة القيود المقررة في المواد التالية..."

فتعرض هذه المادة الحكم في التصرفات التي يجريها الولي في مال الصغير، والتي يكون لها مقابل كالبيع والشراء، والإيجار والاستئجار فتبين أن الولي له أن يجري هذه التصرفات على أن يراعي فيها القيود التي ذكرت بعد هذه المادة<sup>(٢)</sup>.

#### المطلب الرابع

#### تأجير مال اليتيم

يجوز للولي أن يأجر مال اليتيم إذا كان ذلك بأجرة المثل أو أكثر، أو أقل بما لا يتغابن فيه الناس<sup>(٣)</sup>، وإذا بلغ اليتيم أثناء مدة الإجارة فقد اختلف العلماء هل يفسخ العقد أم لا؟

القول الأول: أن الإجارة لا تفسخ، وهو قول الحنفية<sup>(٤)</sup>.

القول الثاني: أن الولي إذا أجر مال اليتيم فإذا كان المولى عليه سيبلغ في أثناء مدة الإجارة فإن الإجارة تفسخ حال بلوغه، وإلا فلا تفسخ، وهذا مذهب المالكية الشافعية والحنابلة<sup>(٥)</sup>.

(١) سورة النساء آية: ٦.

(٢) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٣/٥ - ١٥٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٢/٤)، نهاية المحتاج للرملي (٣١٨/٥)، الإنصاف مع الشرح الكبير (٣٤٧/١٤).

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٤/٥).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٢/٤)، نهاية المحتاج للرملي (٣١٨/٥)، الإنصاف مع الشرح الكبير (٣٤٧/١٤).

ونص القانون المدني على المنع من الإجارة مدة تتجاوز بلوغ الصغير، وقد أكدت المادة رقم (١٢٨) فقرة (٢) من القانون المدني على هذا، حيث تنص على أن:

"لا يجوز للولي تأجير مال الصغير لمدة تتجاوز بلوغه من الرشد بأكثر من سنة، إلا بعد إذن المحكمة".

وفي المذكرة الإيضاحية في شأن تفسير المادة المشار إليها نجد أنها تنص على أن: "ونصت الفقرة الثانية على منع الولي من تأجير مال الصغير، عقاراً كان أم منقولاً، ولمدة تستمر إلى ما بعد بلوغ الصغير من الرشد بأكثر من سنة بغير إذن المحكمة، فإن لم تتجاوز مدة الإجارة هذا المدى جاز للولي إجراؤها بدون إذن المحكمة"<sup>(١)</sup>.

#### المطلب الخامس

#### قرض مال اليتيم

اختلف العلماء في جواز قرض الولي مال اليتيم على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز قرض مال اليتيم إلا لضرورة، أو لمصلحة أو حاجة، مثل: أن يخاف عليه الهلاك والتلف مثل أن ينهب أو يتعرض للغرق ونحوه، وهذا قول الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup>. واستثنى الحنفية وبعض الشافعية: القاضي، فله قرضه مطلقاً. وأدلة هذا القول:

(١) قوله تعالى: (وَلَا تَقْرِبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ)<sup>(٣)</sup>.

(٢) ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنه أنه: (كان يستقرض من مال اليتيم)<sup>(٤)</sup>.

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٢٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاظمي (١٥٣/٥)، القوانين لابن جزي (ص ٣٢٧)، تكملة المجموع (٣٥٣/١٣)، الفروع لابن مفلح (٣١٩/٤).

(٣) سورة الأنعام آية: ١٥٢.

(٤) سبق تخريجه في المطلب الأول.

واحتج من استثنى القاضي: أن القاضي إقراضه ممن باب حفظ الدين فهو لا يقرض إلا للمليء يعلم أنه يحفظ المال ويرده<sup>(١)</sup>.  
القول الثاني: عدم جواز قرض مال اليتيم مطلقاً، وهو وجه عند الشافعية<sup>(٢)</sup>، ورواية عن الإمام أحمد<sup>(٣)</sup>.  
وأدلتهم في هذا:

الدليل الأول: ما ورد عن ابن مسعود رضي الله عنه: (لا تشتري شيئاً من مال اليتيم، ولا تستقرض شيئاً من ماله)<sup>(٤)</sup>.

الدليل الثاني: أن القرض إزالة للملك من غير عوض للحال<sup>(٥)</sup>، وهو معنى قولهم: القرض تبرع، والولي لا يملك التبرعات<sup>(٦)</sup>.

ونوقش: أن القرض ليس تبرعاً من كل وجه، بل يثبت بدله. ونص القانون المدني على عدم جواز قرض مال الصغير ولا

اقتراضه، ففي المادة (١٣٤) منه، نجدتها تتضمن النص على أن: "لا يجوز للولي إقراض مال الصغير ولا اقتراضه".

وقد أبانت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، في شأن تفسير المادة، أن:

"تبين المادة ١٣٤ أن الولي ليس له إقراض مال الصغير للغير؛ وليس له أيضاً اقتراض مال الصغير لنفسه، وذلك لأن الإقراض قد يؤدي إلى ضياع مال الصغير، لو كان المقرض مفلساً، أو مماطلا في أداء ما عليه من ديون.

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٣/٥).

(٢) انظر: روضة الطالبين للنووي (١٩١/٤).

(٣) انظر: الإنصاف مع الشرح الكبير (٣٧٨/١٣).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٣/٥).

(٦) انظر: مذكرة الإفادة من مال اليتيم، للدكتور خالد المشيقح، المبحث الثاني، المطلب الأول.

واقتراض الولي لمال الصغير يؤدي إلى تعطيل المال عن الاستثمار والتنمية، والولي مأمور شرعاً باستثمار مال الصغير وتنميته بكل ما يمكنه، عملاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: (اتجروا في مال اليتامى لا تأكلها الزكاة)، وحكم المادة ١٣٤ يتفق مع المنصوص عليه في مذهب الحنيفة<sup>(١)</sup>.

### المطلب السادس

#### رهن مال اليتيم

اتفق الفقهاء<sup>(٢)</sup> على جواز رهن مال الصغير بدين على الصغير نفسه، إذا كان في هذا مصلحة للصغير، وذكر الفقهاء عدة صور تأخذ حكم الجواز في هذه المسألة.

من ذلك لو استدان الولي لليتيم طعاماً أو كسوة فرهن في مقابل ذلك مالا لليتيم، فيجوز ذلك، لأن الرهن وثيقة للاستيفاء فيملكه من يملك حقيقة الإيفاء والاستيفاء<sup>(٣)</sup>.

وكذلك لو تاجر بمال اليتيم، وكان على اليتيم دين فرهن بعض ماله مقابل هذا الدين جاز ذلك لأن الرهن من توابع التجارة لأن التاجر يحتاج إليه ولأنه قضاء الدين وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه أيضاً<sup>(٤)</sup>.

ومن صور الرهن للمصلحة أن يشتري للطفل ما يساوي مائتين بمائة نسيتة ويرهن به ما يساوي مائة من ماله فيجوز لأنه إن لم يعرض تلف ففيه غبطة ظاهرة<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٣١).

(٢) انظر: تبين الحقائق للزيلعي (٢١٢/٦)، منح الجليل لعليش (٤١٩/٥)، روضة الطالبين للنووي (٦٢/٤)، كشاف القناع للبهوتي (٣٩٠/٨).

(٣) انظر: الميسوط للسرخسي (١٨٣/٢١).

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٤/٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين للنووي (٦٢/٤).



ويكون الرهن في هذه الحالة بشرط المصلحة لليتيم ، وأن يكون عند ثقة أمين<sup>(١)</sup>.

وأما إذا رهن الولي مال اليتيم لدين على الولي نفسه ، فإن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة على أقوال :

القول الأول : أنه يجوز للولي ، والوصي أن يرهن مالاً لليتيم ، بدين على الولي نفسه ، وهذا قول الحنفية<sup>(٢)</sup> وتعليل قولهم :

(١) أن عين المرهون تحت يد المرتهن فيصح التصرف فيه بالرهن ، إلا أنه إذا هلك يضمن مقدار ما صار مؤدياً من ذلك دين نفسه<sup>(٣)</sup>.

(٢) ولأن الرهن لا يخلو إما أن يجري مجرى الإيداع وإما أن يجري مجرى المبادلة والولي يملك كل واحد منهما<sup>(٤)</sup>.

القول الثاني : لا يصبح أن يرهن الولي في دين عليه ، وكذا الوصي مال الصغير ، وهذا قول المالكية<sup>(٥)</sup> ، واختار هذا القول وزفر من الحنفية<sup>(٦)</sup> والتعليل :

(١) لأنه لا يجوز أن يأخذ مال الصغير من غير حاجة<sup>(٧)</sup>.

القول الثالث : أنه يجوز للأب والجد أن يرهننا ويرتهنا بدين عليهما من مال الصغير ، ولا يجوز ذلك للوصي ، وهذا قول الحنابلة<sup>(٨)</sup>.

---

(١) انظر : روضة الطالبين للنووي (٦٢/٦) ، وكشاف القناع للبهوتي (٣٩٠/٨).

(٢) انظر : الهداية شرح البداية للمرغيناني (١٣٥/٤) ، بدائع الصنائع للكاتباني (١٥٤/٥).

(٣) انظر : بدائع الصنائع للكاتباني (١٥٤/٥).

(٤) انظر : الهداية شرح البداية للمرغيناني (١٣٥/٤) ، بدائع الصنائع للكاتباني (١٣٥/٦).

(٥) انظر : منح الجليل لعليش (٤١٩/٥) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٣٢/٣).

(٦) انظر : الهداية شرح العناية ، للعيني (٥١٢/١٢).

(٧) انظر : منح الجليل لعليش (٤١٩/٥).

(٨) انظر : كشاف القناع للبهوتي (٣٩٠/٨).

وفي القانون المدني وتحديدًا في مادته رقم (١٣٥)، يأتي النص على أن:

"لا يجوز للولي رهن مال الصغير إلا للدين على هذا الصغير نفسه".  
وفي المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، في شأن تفسير هذه المادة، نجدتها تؤكد على أن:

"وتنص المادة ١٣٥ على منع الولي من رهن مال الصغير إلا إذا كان الرهن في دين على الصغير نفسه، وأما إن كان الدين على الولي أو على شخص آخر فلا يجوز له أن يرهن مال الصغير في هذا الدين، ولا تملك المحكمة الإذن له بذلك، فهو منح مطلق، وذلك لأن الرهن يفضي إلى استيفاء الدين من المال المرهون، إذا لم يدفع الدين في الموعد المحدد للوفاء، ولا يجوز للولي أن يؤدي الدين الذي عليه أو على شخص آخر من مال الصغير، لأن فيه ضرراً محضاً للصغير، والولي لا يملك التصرف الذي يكون فيه ضرر محض للصغير، ومن ناحية أخرى فإن في إباحة رهن مال الصغير في الدين الذي يكون على الولي ما ييسر له الالتجاء إليه كلما في وقع في ضيق مال، فكان من المصلحة أن يجنب مال الصغير هذا الخطر"<sup>(١)</sup>

#### المطلب السابع

#### التبرع، والهبة من مال اليتيم

الهبة تنقسم إلى قسمين: هبة بعوض أو بثواب، وهبة بغير عوض،  
فأما الهبة بغير عوض فقد اتفق الفقهاء على أنه ليس للولي على مال اليتيم أن يهب بغير عوض<sup>(٢)</sup>.

لأن هذا من قربان مال اليتيم بغير التي هي أحسن.  
ولأن فيه إزالة للملكة من غير عوض فكان ضراراً محضاً<sup>(٣)</sup>.

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٣١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٣/٥)، حاشية الدسوقي (٣/٣٠٠)،

حاشية قليوبي (٣/٢٩٠)، كشف القناع للبهوتي (٨/٣٩٠).

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٣/٥).

وأما إذا كانت الهبة بعوض فقد اختلف الفقهاء هل يجوز للولي أن يهب من مال اليتيم بعوض ، أم أن ذلك غير جائز؟ على ثلاثة أقوال :  
القول الأول: لا يجوز للولي أن يهب من مال اليتيم بعوض ، وهذا قول الحنفية<sup>(١)</sup>.

والتعليل:

أن الهبة بعوض هبة ابتداء بدليل أن الملك فيها يقف على القبض ، وذلك من أحكام الهبة وإنما تصير معاوضة في الانتهاء وهو لا يملك الهبة ، فلم تتعقد هبته فلا يتصور أن تصير معاوضة بخلاف البيع لأنه معاوضة ابتداء وانتهاء وهو يملك المعاوضة<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني: قول المالكية أنه يفرق في هذا بين الأب والجد وبين الوصي ، فقالوا: يجوز للأب والجد الهبة بثواب من مال اليتيم ، ولا يجوز ذلك للوصي<sup>(٣)</sup>.

والتعليل:

أن الوصي لا يجوز له أن يهب من مال اليتيم للشواب بخلاف الأب لأن الهبة إذا فاتت بيد الموهوب إنما عليه القيمة ، والوصي لا يبيع بالقيمة بخلاف الأب فإنه يبيع بالقيمة<sup>(٤)</sup>.

القول الثالث: أن يجوز للولي مطلقا سواء الأب أو الجد أو الوصي أن يهب هبة بشرط الثواب من مال اليتيم ، وهذا قول محمد بن الحسن من الحنفية<sup>(٥)</sup> ، الشافعية<sup>(٦)</sup> ، والحنابلة<sup>(٧)</sup> ، والشافعية يقولون: إن شرط ثوابا معلوما في الهبة بغبطة جازت<sup>(٨)</sup> ، والحنابلة يقولون: بقدر قيمته فأكثر<sup>(٩)</sup>.

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٣/٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٣/٥).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٩٠/٣) ، حاشية الخرشى على مختصر خليل (٢٩٧/٥).

(٤) انظر: حاشية الخرشى على مختصر خليل (٢٩٧/٥).

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٣/٥).

(٦) انظر: أسنى المطالب للأنصاري (٢١٣/٢).

(٧) انظر: كشاف القناع للبهوتي (٣٩٠/٨).

(٨) انظر: أسنى المطالب للأنصاري (٢١٣/٢).

(٩) انظر: كشاف القناع للبهوتي (٣٩٠/٨).

وتعليهم:

- (١) أن الهبة إذا قيدت بثواب معلوم كانت بيعاً<sup>(١)</sup>.
  - (٢) أن الهبة بعوض معاوضة مال بمال فكان في معنى البيع؛ فملكها كما يملك البيع<sup>(٢)</sup>.
  - (٣) أن الهبة بأقل من قيمة الموهوب فيه محابة فيمنع الولي من ذلك<sup>(٣)</sup>.
- وفي القانون المدني نص في بيان سلطة الولي من خلال حكم المادة رقم (١٣٣) على أن:

- (١) لا يجوز للولي التبرع بمال الصغير
  - (٢) ومع ذلك إذا كان في مال الصغير سعة فإنه يجوز للولي أن يتبرع بمال الصغير بما لا يهبطه، إذا كان ذلك لغرض عائلي أو إنساني، وبشرط إذن المحكمة.
- وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، في شأن بيان تفسير هذه المادة، النص على أن:

"تضمنت المادة ١٣٣ بفقرتها الأولى حكماً عاماً في شأن التبرعات من مال الصغير، فقضت بمنع الولي من التبرع بشيء من ماله، ولكن الفقرة الثانية استثنت من ذلك التبرع لغرض عائلي، أو إنساني، كإنشاء مستشفى أو ملجأ، أو تقديم المساعدة لقريب مريض معوز، واشترطت لصحة هذا التبرع أن يكون في مال الصغير سعة تسمح بالتبرع، وأن يكون المال المتبرع به لا يؤثر على ثروته، وإستئذان المحكمة قبل التبرع"<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: أسنى المطالب للأنصاري (٢/٢١٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٥٣/٥).

(٣) انظر: كشاف القناع للبهوتي (٨/٣٩٠).

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٣٠).

المبحث الرابع  
العلاقة بين القانون المدني وقانون شؤون القصر  
المطلب الأول

التعريف بالهيئة العامة لشؤون القصر

الهيئة العامة لشؤون القصر هي مؤسسة حكومية لها شخصية اعتبارية، وميزانية ملحقة يشرف عليها وزير العدل.

وقد تأسست الهيئة العامة لشؤون القصر في غرة ربيع الأول عام ١٣٥٨ هجري، الموافق: ١٩٣٨/١٠/٢٢، ولقد جاءت نشأتها تجسيدا لفكرة إنسانية انفردت بها دولة الكويت من منطلق الحرص على القيم والمحافظة على ماله وتنشئته النشأة الصالحة السوية.

وقد صدر قانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٣ في شأن إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر، والذي تضمن ٢٦ مادة، تجدد مهام الهيئة وأعمالها، فالمادة (٢) من القانون جاءت لتنص على أن تتولى الهيئة<sup>(١)</sup>:

- (١) الوصاية على القصر من الكويتيين الذين لا ولي ولا وصي لهم وعلى الحمل المستكن الذي لا وصي له.
- (٢) القوامة على ناقصي الأهلية وفاقديها، والمفقودين، والغائبين من الكويتيين الذين لم تعين المحكمة قِيماً لإدارة أموالهم.
- (٣) الإشراف على تصرفات الأوصياء، والقامة الآخرين إذا عهدت إليها المحكمة بذلك.

(٤) إدارة أموال الأثلاث التي يوصي بها على يدها، أو التي تعين عليها. وتسعى الهيئة - كأصل عام - إلى تقديم أفضل الخدمات، والرعاية المتكاملة لكافة شرائح المستفيدين من خدماتها، ويأتي تعاون الهيئة مع ديوان متابعة الجهاز الإداري للدولة في برنامج "معدلات جودة الخدمة" لخطوة رائدة من الخطوات المستمر، والدؤوبة التي تبذلها الهيئة للارتقاء بخدماتها.

(١) انظر قانون الهيئة العامة لشؤون القصر (ص ٣).

## المطلب الثاني

الأعمال التي تقوم بها الهيئة بالنسبة لأموال القاصر.

### وإدارات الهيئة العامة

تقوم الهيئة العامة لشؤون القصر بعدة أعمال بالنسبة لرعاية شؤون القاصر ورعاية ماله، وقد تم تقسيم هذه الأعمال - وفقاً للهيكل التنظيمي للهيئة - على عدة إدارات متنوعة في مهامها واختصاصاتها، وهي:

- (١) إدارة الخدمة والمتابعة.
- (٢) إدارة الرعاية الاجتماعية.
- (٣) إدارة الشؤون القانونية.
- (٤) الإدارة العقارية.
- (٥) إدارة الموارد النقدية.
- (٦) إدارة الأوراق المالية.
- (٧) إدارة مالية القصر.
- (٨) إدارة خدمة ممتلكات القصر.
- (٩) إدارة إنشاء وصيانة المباني.
- (١٠) إدارة الشؤون الإدارية والمالية.
- (١١) مركز نظم المعلومات.
- (١٢) إدارة التطوير والتدريب.
- (١٣) إدارة العلاقات العامة والإعلام.

وإذا نظرنا في هذه الإدارات نجد أن الإدارة العقارية مثلاً تتولى الإشراف على الخدمات العقارية، والتي منها:

- (١) القيام بإجراء البيع والشراء لعقارات القصر المشمولين بالوصاية، وفق أفضل الأسعار وبعد أخذ موافقتهم.
- (٢) التنسيق مع بلدية الكويت قبل البيع تحسباً لثمين عقارات القصر، وحفظاً لأموالهم.

(٣) صرف مساعدات لصيانة وترميم عقارات القصر محدودى الدخل.  
(٤) إعفاء الهيئة بصفتها من الحصول على إذن من القضاء فى القسمة والاستدخال والتخارج والتصرف بىعا وشراء بمخصص القصر المشمولين بالوصاية، فى الوقت الذى لا يعطى القانون هذه الميزة للولى الطبعى سواء كان أباً أو جداً، وهو لا يعطى الوصى من الأفراد حسب ما ورد فى المواد (م، ص، م، ١٣٠، ١٣١، ١٣٢) من القانون المدنى.

(٥) العمل على إعفاء الأسر من تسديد أقساط القروض العقارية التى تمت على حياة عائل الأسرة.

(٦) تحصيل مستحقات التركة لدى الغير وسداد ديونها بعد التفاوض للتنازل عن بعضها لصالح القصر بالإضافة إلى رد أمانات التركات إلى أصحابها.

وفى إدارة الرعاية الاجتماعية نجد عدة خدمات متميزة منها:

(١) تعزيز الروابط الأسرية بين القصر وذويهم والرد على الشكاوى المقدمة بهذا الشأن وإزالة أسبابها.

(٢) متابعة المحجور عليهم والقيام بالزيارات الميدانية للتعرف على أوضاعهم والوقوف على أحوالهم الصحية والاجتماعية، وعمل البحوث اللازمة لحل مشاكلهم.

(٣) متابعة القصر المتواجدين بدور الرعاية الاجتماعية والتعاون مع تلك المؤسسات للتعرف على مشاكلهم ومحاولة حلها وتوفير القدر اللائق من الرعاية المالية والاجتماعية لهم.

(٤) محاولة ضبط وتنظيم مصاريف القصر من رصيدهم لدى الهيئة، وتوفير الرصيد للمتطلبات الضرورية والملحة والتقليل من تبذير الأموال عن طريق التوعية والإرشاد.

وفى إدارة الخدمات القانونية نجد عدة خدمات منها:

- (١) - الإعفاء من الرسوم والمصاريف القضائية طبقاً للقانون رقم ١٩٦١.
  - (٢) بحث حقوق والتزامات التركة، واستيفاء الحقوق بالطرق الودية أو عن طريق القضاء مع تمثيلهم أمام المحاكم، وإدارة الخبزاء دون أن يتحملوا أي مصاريف أو أتعاب.
  - (٣) حل المنازعات الإيجارية رضاء أو قضاء نيابة عن القصر دون مقابل.
  - (٤) إصدار قرارات الحجر على المحجور عليهم، والمفقودين.
- وفي المادة (٦) من قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر، نجد أنها قد تناولت النص على اختصاص مجلس إدارتها برسم السياسة العامة للهيئة والإشراف على تنفيذها وإصدار القرارات اللازمة لذلك وله على الأخص - من بين جملة أمور - المحافظة على أموال من تتولي الهيئة رعاية شئونهم الموجودة خارج البلاد وبيان كيفية إدارتها وندب من يلزم لذلك.

### المطلب الثالث

#### نص قانون الهيئة ونص القانون المدني وبيان العلاقة بينهما

في هذا المطلب سأوضح أوجه العلاقة بين القانون المدني فيما يتعلق بالولاية على مال التيمم، وبين قانون شؤون القصر، وذلك بذكر المواد التي تشير إلى ذلك والربط بينهما.

نص قانون الهيئة العامة لشؤون القصر:

#### مادة (١)

"تنشأ هيئة عامة لشؤون القصر تكون لها شخصية اعتبارية، وميزانية ملحقة، ويشرف عليها وزير العدل، وتسمى الهيئة العامة لشؤون القصر. ويكون لهذا الهيئة جميع الاختصاصات المخولة للوصي أو القيم أو المشرف، وعليها الواجبات المقررة عليهم حسب الأحوال طبقاً لأحكام القانون، والقانون المدني ما لم تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، فإن لم يوجد فيهما نص طبقت أحكام الشريعة الإسلامية".



ونص القانون المدني على ولاية إدارة شؤون القصر باعتبار الوصاية على أموالهم وإدارة شؤونها، ففي المادة ١٣٧ الفقرة ١ :  
"يكون للوصي ولو كان مختاراً من الأب الولاية على الصغير في نفس الحدود التي يرسمها القانون لإدارة شؤون القصر، باعتبار أن لها الوصاية أو القوامة على معدومي الأهلية وناقصيها".  
وفي المذكرة الإيضاحية للقانون المدني: "الوصي هو كل شخص منح الولاية على مال الصغير غير أبيه وجده لأبيه، وسلطة الوصي أضيق نطاقاً من سلطة الولي الشرعي، سواء كان مختاراً من قبل الأب، أم كان معيناً من قبل المحكمة المختصة، أم كان إدارة شؤون القصر"<sup>(١)</sup>.

**مادة (٢)**

"تتولى هذه الهيئة:

- أ - الوصاية على القصر من الكويتيين الذين لا ولي ولا وصي لهم، وعلى الحمل المستكن الذي لا وصي له.
- ب - القوامة على ناقصي الأهلية وفاقديها والمفقودين والغائبين من الكويتيين الذين لم تعين المحكمة قيماً لإدارة أموالهم.
- ج - الإشراف على تصرفات الأوصياء والقائمة الآخرين إذا عهدت إليها المحكمة بذلك.
- د - إدارة أموال الأثلاث التي يوصي بها على يدها أو التي تعين عليها".

وفي القانون المدني بيان لإدارة الهيئة العامة لشؤون القصر لأموال الصغار من الكويتيين في حالة لم يوجد له ولي أو وصي، ففي المادة ١١٢ الفقرة ١ و ٢:

إذا كان الصغير كويتياً ولم تثبت والولاية على ماله لأبيه، أو للوصي المختار من قبل أبيه أو لجدّه، فإن الوصاية على ماله تثبت لإدارة

---

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (ص ١٣٢).

شؤون القصر، وفقاً لما يقضي به القانون، وذلك ما تعين له المحكمة وصياً آخر.

ويجوز للمحكمة في أي وقت وبناء على طلب أي ذي شأن أن تعين وصياً آخر بدلا من شؤون القصر، إذا رأت في ذلك مصلحة القاصر.

#### مادة (٧)

مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٣٧/٣ من القانون المدني وسريانه على الوصي أيا كان، ولا يجوز للهيئة مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن مجلس الإدارة:

- أ - التصرف في العقار متى كان التصرف ناقلاً للملك أو مرتباً لحق عيني أصلي، أو تباعي أو تغييره أو نقله.
- ب - التصرف في المنقولات أو الحقوق الشخصية الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة العادية.
- ج - قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.
- د - استثمار الأموال وتصفيتها.
- هـ - القيام بالأعمال التجارية أو الصناعية أو الزراعية أو تصفيتها.
- و - إجارة العقارات لمدة أكثر من ثلاث سنوات أو لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد لأكثر من سنة.
- ز - تنفيذ التصرفات التي أبرمها المورث بعد التثبيت من أن المورث ملتزم بها.
- ح - الوفاء الاختياري بالالتزامات التي يثبت أنها على الشركة أو على المشمولين برعايتها.
- ط - تقرير النفقة اللازمة لمن تتولى رعاية شؤونهم ولن عليهم نفقتهم.
- ي - تقرير ما يصرف في إعداد السكن أو في تزويج من تتولى رعاية شؤونهم.
- ك - التنازل عن الحقوق أو التأمينات أو إضعافها.

ل - الصلح والتحكيم.

م - قسمة أموال القاصر بالتراضي.

وفيما عدا التصرفات المنصوص عليها في البنود (ج، و، ك) يجوز للمجلس أن يفوض المدير العام للهيئة أو أحد موظفيها الآخرين أو لجنة من اللجان التي يشكلها في بعض هذه الاختصاصات بقيود معينة أو بغير قيود.

وفي التطبيق أحكام المادة ١٣٧/٢ من القانون المدني تعتبر التصرفات المنصوص عليها في البند من (أ) إلى (م) السابقة هي التي يجب على الوصي - غير الهيئة العامة لشؤون القصر - الحصول على إذن من المحكمة قبل إجرائها".

وتشير هذه المادة إلى صلاحيات الهيئة العامة لشؤون القصر، وقد أشارت إلى عدم الإخلال بالمادة ١٣٧ من القانون المدني الفقرة ٣ التي تنص على: "في جميع الأحوال لا يكون للوصي سلطة تتجاوز سلطة الولي، على نحو ما يحدده القانون".

وفي المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، في شأن تفسير المادة المشار إليها، نجد أنها تناول النص على أن:

"فلسطة الوصي في ظل الشريعة الإسلامية أضيق نطاقاً من سلطة الولي الشرعي، لحكمة ظاهرة لا تخفي، فإذا كان ذلك فإنه لا ينبغي أن يكون للوصي في ظل القانون ولو كان هو إدارة شؤون القصر، من السلطات أكثر من تلك التي يخولها القانون للولي الشرعي، وعلى ذلك فإن سلطة الوصي أياً من كان تتحدد بالقيود التي يفرضها القانون على سلطة الولي الشرعي"<sup>(١)</sup>.

كما أشارت إلى الفقرة ٢ من المادة ١٣٧ وهي: "على أنه إذا كانت الوصاية لغير إدارة شؤون القصر وجب إذن المحكمة لإجراء كل التصرفات التي لا يخول القانون لمدير هذه الإدارة أن يتولاها وحده".

١ - انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ص ١٣٢ - ١٣٣.

### مادة (١١)

"يكون استثمار أموال القصر وناقصي الأهلية أو فاقديةها، وكذلك أموال الأثلاث وغيرها من الأموال التي تديرها الهيئة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ويجوز للهيئة بعد إذن مجلس إدارتها أن تقوم باستثمار حصة من الأموال باسمها وذلك بنسبة تسمح بتسليم من تزول صفتها عنهم جميع رؤوس أموالهم، وعلى أن توزع أرباح هذه المشروعات على المشمولين برعايتها بنسبة أرصدهم الثابتة بسجلاتها".

### مادة (١٣)

"على الورثة البالغين والشركاء في الأموال أن يخطروا مختار المنطقة خلال أسبوع بوفاة كل شخص توفي عن قصر أو حمل مستكن، وبانفصال هذا الحمل، وبوفاة الولي أو الوصي المختار أو بغياب أيهما، وعلى مختار المنطقة أن يبلغ ذلك إلى الهيئة العامة لشؤون القصر خلال أربعة وعشرين ساعة من وقت إبلاغه أو علمه بذلك".

### مادة (١٥)

لا يجوز لأي من الورثة البالغين أو شركاء المتوفى عن قصر أو حمل مستكن التصرف في أموال التركة أو المال المشترك اعتبارا من تاريخ الوفاة وحتى حصر الهيئة العامة لشؤون القصر لهذا الأموال، وعلى أن يتم ذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغ الهيئة بالوفاة ويقع باطلا كل تصرف يتم من جانبهم في هذه الفترة بغير إذن كتابي من الهيئة.

### مادة (١٧)

"إذا غاب الولي أو الوصي أو القيم أو حجر عليه أو أصبحت أموال القاصر أو الحمل المستكن أو المحجور عليه في خطر جاز للهيئة العامة لشؤون القصر أن تطلب من المحكمة المختصة عزله، ويجوز - بناء على طلب الهيئة - أن تعين المحكمة حارساً لإدارة الأموال.

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

وقد ورد في القانون المدني ما يشير إلى هذه المادة، ففي المادة ١١٤ من  
القانون المدني:

(١) إذا توافرت أسباب جدية يخشى معها الضرر على أموال الصغير من  
ولاية أبيه أو جده أو الوصي المختار، كان للمحكمة بناء على طلب  
إدارة شؤون القصر أو أي ذي شأن آخر أن تقيّد هذه الولاية أو  
تسلبها.

(٢) وللمحكمة أن تعزل الوصي المعين وتنصب آخر مكانه، إذا اقتضت  
ذلك مصلحة الصغير.

#### مادة (١٨)

"يجوز للمحكمة أن تعين وصياً للخصومة إذا ما تعارضت مصلحة  
ناقصي الأهلية مع مصلحة وليه أو وصيه أو القيم عليه أو مع مصلحة من  
يتولى الوصاية أو القوامة عليه".

وفي القانون المدني جاءت المادة رقم ١٢٢ منه لتنص على أن:

"يجوز للمحكمة بناء على طلب إدارة شؤون القصر أو أي ذي  
مصلحة أن تقيم للصغير وصياً خاصاً، تحدّد سلطته، ويتولى الولاية عليه  
في شأن معين، كلما اقتضت ذلك مصلحته، ويجوز لها ذلك على  
الأخص:

(١) إذا تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة وليه الشرعي أو مصلحة  
زوجه أو مصلحة شخص يتولى الولاية على ماله.

(٢) إذا تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصولهما أو فروعهما، أو مع مصلحة شخص يتولى الولاية على ماله".

#### مادة (١٩)

"مع عدم الإخلال بحكم المادة (٨٢١) من القانون المدني" تتولى الهيئة العامة لشؤون القصر إدارة الأموال المشتركة بناء على موافقة الشركاء على الشيوخ من غير المشمولين برعايتها أو بناء على قرار من المحكمة المختصة وتتقاضى في هذه الحالة نسبة (٥٪) من صافي عائد حصة غير المشمولين برعايتها.

ويسري على هذا المبلغ حكم المادة (٢٢) من هذا القانون.

ويجوز لكل من المحكمة المختصة ومجلس إدارة الهيئة أن يعهد بإدارة نصيب القاصر إلى أقربائه أو الشركاء في الملك من غير المشمولين برعاية الهيئة على أن يلتزمون بتقديم حساب سنوي عن ذلك".

#### مادة (٢٠)

"يجوز لمجلس إدارة الهيئة أن يأذن للصغير المميز عند بلوغه الثامنة عشرة من عمره بإدارة أمواله كلها أو بعضها إذا أنس منه القدرة على ذلك، وله أن يسحب هذا الإذن أو يقينه. ولا يشترط في الإذن أو سحبه أو تقييده أن يتم بإشهاد رسمي".

#### مادة (٢١)

"تنتهي وصاية الهيئة ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة إلا إذا رأت المحكمة استمرار الوصاية عليه بناء على طلب الهيئة أو

---

(١) وتنص المادة ٨٢١ من القانون المدني على أنه: "١- لأغلبية الشركاء على أساس قيمة الحصص أن تقوم بأعمال الإدارة المعتادة، ولها أن تعين من الشركاء أو من غيرهم مديراً يقوم بهذه الأعمال، ولها أن تضع نظاماً للإدارة. ٢- ويسري ما تتخذه الأغلبية على جميع الشركاء وخلفائهم وسواء كان الخلف عاماً أو خاصاً".

ذوي الشأن، وكذلك بوفاة القاصر أو بعودة الولاية الشرعية للأب كما تنتهي قوامة الهيئة بالنسبة للمجذور عليهم برفع الحجر عنهم. وعلى الهيئة تسليم الأموال إلى ذوي الشأن في مدة لا تتجاوز ستة أشهر بموجب محضر موقع عليه من المدير العام للهيئة أو من ينيبه لذلك، فإذا تخلف ذوو الشأن عن الاستلام خلال تلك المدة رغم دعوتهم لذلك رفعت الهيئة الأمر إلى المحكمة لتعيين حارس لتسلم تلك الأموال".

#### مادة (٢٢)

"لمجلس إدارة الهيئة أن يقرر اقتطاع نسبة لا تتجاوز (٥%) من صافي عائد استثمار الأموال التي تديرها على أن تخصص لما يعود بالنفع العام على كافة الأغراض التي أنشئت من أجلها".

#### مادة (٢٣)

"لا يجوز لأعضاء مجلس إدارة الهيئة العامة لشؤون القصر ولا للعاملين بها أن يشتروا أو يستأجروا مالا من أموال الذين تتولى الهيئة الوصاية أو القوامة عليهم أو الإشراف على الأوصياء أو القامة عليهم أو أموال الأثلاث التي تتولى إدارتها، ولا أن يبيعوها أو يؤجروها لها بهذه الصفة شيئا من أموالهم أو يقايضوها عليه سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، ولو كان بطريق المزاد العلني. ويقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة للفقرة السابقة".

### **الخاتمة**

وبعد نهاية البحث توصلت إلى النتائج التالية:

- (١) أن الدولة لها دور مهم في الولاية على أموال اليتيم، عن طريق القضاء، ولمصلحة راجحة وضع جهاز خاص يقوم بدور الولي، وله صلاحيات واسعة بحكم القانون المدني، وقيد برأي المحكمة في ذلك.
- (٢) هناك شروط خاصة لصلاحيات الولي واعتباره.

(٣) الأولياء لهم ترتيب معين، أولهم الأب، ثم الجد، على خلاف، ثم وصي الأب، ثم وصي الجد.

وتقوم إدارة شؤون القصر مقام الوصي في غياب الأب، والجد والوصي.

(٤) يجوز تعدد الأوصياء، وأن يكون لكل وصي أمر مختص به، ويمكن أن يقوموا بنفس الأمر.

(٥) إذا اختلف الأوصياء يوجد خلاف في تصرف الوصي على حدة، ويرجع القانون المدني عدم الانفراد بأمر حال الاختلاف.

(٦) للأب أن يختار وصياً لابنته على ماله، والقانون المدني نظم هذه العملية.

(٧) تصرفات الولي مقيدة لمصلحة الصغير، وسواء كان ذلك يباعاً أو شراءً أو إيجارةً أو مضاربةً أو هبة أو غيره، والقانون المدني نظم ذلك، وإدارة شؤون القصر تقوم بهذه الأعمال ومقيدة بقانونها الخاص والقانون المدني والمحكمة المختصة.

(٨) هناك علاقة بين القانون المدني وقانون شؤون القصر، فالقانون المدني يشير إلى إدارة شؤون القصر في المادة ١١٢ - ١١٤ - ١٢٢ - ١٣٧.

وقانون شؤون القصر يشير إلى المادة ١٣٧ - ٨٢١ من القانون المدني.

### التوصيات

(١) أوص بإضافة قانون شؤون القصر إلى المواد التي تدرس الولاية على مال اليتيم في كليات الشريعة والقانون.

(٢) أوص بوضع مذكرة تفسيرية لقانون شؤون القصر وبيان التقاطع مع القانون المدني في ذلك.



## قائمة لأهم المراجع

- ١ - إرواء الغليل، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية (١٩٨٥).
- ٢ - أسنى المطالب، تأليف: زكريا الأنصاري، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، (٢٠٠٠).
- ٣ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تأليف: علاء الدين علي بن سليمان المرادوي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، وطبعة أخرى مع الشرح الكبير والمقنع، بتحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، توزيع: وزارة الشؤون الإسلامية، في السعودية، (١٩٩٨).
- ٤ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف: زين الدين ابن نجيم الحنفي، الناشر: دار المعرفة، بيروت.
- ٥ - بدائع الصنائع، تأليف: علاء الدين الكاساني، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، (١٩٨٣).
- ٦ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف: عبد الله بن يوسف الزيلعي، الناشر: دار المعرفة، بيروت.
- ٧ - الجامع الكبير، تأليف: محمد بن عيسى الترمذي، الناشر: دار الغرب، بيروت، الطبعة الثانية (١٩٩٨).
- ٨ - حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، تأليف: محمد أمين بن عمر عابدين، الناشر: دار عالم الكتب، الرياض، (٢٠٠٣).
- ٩ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: محمد عرفة الدسوقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية.

- ١٠ - الذخيرة، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي،  
تحقيق: محمد بوخيزة، الناشر دار الغرب الإسلامي، بيروت،  
الطبعة الأولى، (١٩٩٤).
- ١١ - روضة الطالبين، تأليف: محيي الدين النووي، الناشر: المكتب  
الإسلامي، بيروت، (١٩٨٥).
- ١٢ - السنن الكبرى، تأليف: أحمد بن الحسين البيهقي، الطبعة  
الهندية تصوير: دار الفاروق الحديثة، القاهرة.
- ١٣ - شرح منتهى الإرادات، تأليف: منصور بن يونس البهوتي،  
الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى (٢٠٠٠).
- ١٤ - الفتاوى الهندية، تأليف: العلامة الشيخ نظام، الناشر: دار  
الفكر، الطبعة الثانية، (١٩٩١).
- ١٥ - القاموس المحيط، تأليف: مجد الدين الفيروز آبادي، الناشر:  
مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة، (٢٠٠٣).
- ١٦ - القانون المدني الكويتي، طبعة مجلس الوزراء، إدارة الفتوى  
والتشريع، الطبعة الثانية.
- ١٧ - قانون إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر، رقم ٦٧، لسنة ١٩٨٣.
- ١٨ - القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تأليف: محمد بن  
أحمد بن جزي الكلبي، الناشر: وزارة الأوقاف بدولة الكويت،  
الطبعة الأولى (٢٠١٠).
- ١٩ - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تأليف: يوسف بن عبد الله بن  
عبد البر القرطبي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة  
الأولى (١٩٨٧).
- ٢٠ - كشاف القناع على الإقناع، تأليف: منصور بن يونس البهوتي،  
الناشر: وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى  
(٢٠٠٧).

- ٢١ - المبدع في شرح المقنع، تأليف: برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح الجنبلي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة (٢٠٠٠).
- ٢٢ - المبسوط، تأليف: شمس الدين محمد بن أبي سهل السرخسي، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى (٢٠٠٠).
- ٢٣ - مذكرة الإفادة من مال اليتيم، تأليف: الدكتور خالد المشيقح.
- ٢٤ - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، طبعة مجلس الوزراء، إدارة الفتوى والتشريع.
- ٢٥ - المصنف، تأليف: أبو بكر ابن أبي شيبه، الناشر: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثانية (٢٠٠٦).
- ٢٦ - المصنف، تأليف: عبد الرزاق الصنعاني، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية (١٩٨٣).
- ٢٧ - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تأليف: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، الناشر: دار المعرفة، بيروت، الطبعة الرابعة (٢٠١٠).
- ٢٨ - المغني، تأليف: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الناشر: دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة السادسة (٢٠٠٧).
- ٢٩ - منح الجليل شرح مختصر سيدي خليل، للشيخ محمد عlish، الناشر: دار الفكر، بيروت، (١٩٨٩).
- ٣٠ - الموسوعة الفقهية الكويتية، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
- ٣١ - نهاية المحتاج، تأليف: شمس الدين الرملي، الناشر: دار الفكر، بيروت، (١٩٨٤).

- ٣٢ - الهداية في شرح بداية المبتدي، تأليف: برهان الدين علي بم عبد  
الجليل المرغيناني، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٣٣ - الوصاية في الفقه الإسلامي، تأليف: د. عبد الله محمد ربابعة،  
الناشر: دار النفائس، عمان، الطبعة الأولى (٢٠٠٩).
- ٣٤ - الولاية النفسية والمالية على الصغير، تأليف: د. عبد العزيز بن  
محمد بن سعد الحمير، الناشر: دار الصميعي، الرياض، الطبعة  
الأولى (٢٠١١).

### فهرس المواضيع

الصفحة	الموضوع
٦٥	المقدمة
٦٨	المبحث الأول: معنى الولاية، والولي، والوصي، واليتيم وشروطهم.
٦٨	المطلب الأول: معنى الولاية، والولي.
٦٩	المطلب الثاني: تعريف اليتيم، وبيان شروط الولي.
٦٩	الفرع الأول: تعريف اليتيم.
٦٩	الفرع الثاني: شروط ولي اليتيم.
٧١	المطلب الثالث: ترتيب الأولياء.
٧٥	المبحث الثاني: تعريف الوصاية، وتعدد الأوصياء، والخلاف بينهم.
٧٥	المطلب الأول: تعريف الوصاية، والوصي.
٧٧	المطلب الثاني: تعدد الأوصياء والخلاف بينهم.
٨٢	المطلب الثالث: اختيار الأب للوصي، وإجراءات ذلك.
٨٣	المبحث الثالث: تصرفات الولي، والقيود عليها.

الصفحة	الموضوع
٨٥	المطلب الأول: بيع الولي وشراؤه لنفسه.
٨٧	المطلب الثاني: المضاربة بمال اليتيم.
٩٠	المطلب الثالث: أخذ جزء من ربح ماله.
٩١	المطلب الرابع: تأجير مال اليتيم.
٩٢	المطلب الخامس: قرض مال اليتيم.
٩٤	المطلب السادس: رهن مال اليتيم.
٩٦	المطلب السابع: التبرع، والهبة من مال اليتيم.
٩٩	المبحث الرابع: العلاقة بين القانون المدني وقانون شؤون القصر.
٩٩	المطلب الأول: التعريف بالهيئة العامة لشؤون القصر.
١٠٠	المطلب الثاني: الأعمال التي تقوم بها الهيئة بالنسبة لأموال القاصر، وإدارات الهيئة العامة.
١٠٢	المطلب الثالث: نص قانون الهيئة ونص القانون المدني وبيان العلاقة بينهما.
١٠٩	الخاتمة.
١١٠	التوصيات.
١١١	قائمة لأهم المراجع.
١١٤	فهرس المواضيع.

---

---

**مستوليت حارس البناء في القانون الاماراتي  
مع إشارة للقانون المصري**

---

---

**الدكتور/ حافظ جعفر ابراهيم**

**مسئولية حارس البناء في القانون الاماراتي**  
**مع إشارة للقانون المصري**  
**اعداد/ الدكتور حافظ جعفر ابزاهيم**  
**استاذ القانون المدني المساعد بجامعة الشارقة**  
**دولة الامارات العربية المتحدة**

بسم الله الرحمن الرحيم

**مستخلص البحث:**

استعرض البحث المشكلات القانونية والعملية التي تثيرها مسؤولية حارس البناء، حيث وضح من خلال الدراسة بان مسؤولية حارس البناء تقوم على خطأ مفروض في جانبه، طبقاً لحكام القانون الاماراتي، كما ناقش البحث المفهوم القانوني للحارس وخلص الى ان القانون الاماراتي يأخذ بمعيار الحراسة الفعلية دون النظر للمركز القانوني، ومع ذلك يتردد الفقه في تحميل المستأجر المسؤولية عن التهدم ولئن قصر تجاه المؤجر في واجب التبليغ بما عساه ان يهدد سلامة البناء، ومن ناحية اخرى توصل البحث الى غياب المعالجات القانونية حال وقوع الضرر بسبب البناء ولكن دون تهدمه، فضلاً عن بروز مشكلات قانونية تتعلق بتحديد المسئول عن التعويض طالما نجح الحارس في نفي مسؤليته. باثبات خطأ الغير، بجانب ذلك خلص البحث الى وجود فراغ قانوني في حال قيام من يهدده خطر البناء باجراء التدابير الوقائية قبل الحصول على اذن المحكمة، وفي سبيل صناعة الحلول القانونية انتهى البحث الى عدة من مقترحات من بينها جعل المسؤولية عن ضمان الضرر الناجم عن تهدم البناء او بسببه بالاضافة الى اعطاء الحق للمتضرر في نيل التعويض بصفة مباشرة ممن ثبت له صفة الحارس حتى اذا استطاع نفي مسؤليته باثبات خطأ الغير، ثم يعود الاخير على من ثبت خطئه بالتعويض.

## **Abstract:**

This research deals with issues of law and issues of fact which rises meanwhile dealing with the custodian of bluiding liability in emiratian civil law. The study arrived to an important point related to the basis of custdian liability in emiratian law in which the liability is based on irrebuttable presumption on the side of the custodian. According to emiratian legislator view point, the owner of the bluiding or the custodian is liable for damages. resluting from collapse, if he or she could not avoid liability, by proving that the collapse was not his fault. The research concluded to an impressive point in which the legislator no longer focuses on traditional concept of collapse; instead, it adopts the stance of modern laws regarding liability for bluidings, according the mentioned laws, the issue is whether a bluiding, does not under the give circumstances suffices to meet the construction necessities thereby presents a danger for persons and things, in other words the owner is liable for unsafe condition of the bluiding. However, it will be very complicated if the damages resulting from the bluiding not due to collapse but due to lack of lighting which causes injury to pedstrains if they clashed to the unlighted bluiding, in this sceniario there is no remedies in emiratian civil law.

## **المقدمة**

شهدت دولة الامارات العربية المتحدة، في الاونة الاخيرة نمواً متزيداً في مجال الاستثمار العقاري، وازاء الرغبة الملحة من مواطني الدولة او غيرهم في تملك المباني، اضحت صناعة المنشآت العقارية قبلة للكثير من قاصدي جني الارباح، ومما لاشك فيه ان النمو العمراني يزخر بالعديد من الايجابيات وبصفة خاصة في دولة الامارات، سواء على صعيد الفرد او الدولة، وبالرغم من اتصاف البناء بأعلى المقاييس العالمية وحرص



الدولة على تحقيق بيئة عقارية آمنة غير ان الرغبة القوية في الطلب ، قد تؤدي الى زيادة المغروض على حساب مقتضيات المخططات العمرانية ، مما يؤدي الى بروز وحدات عقارية تفتقر الى المواصفات التي تضعها الدولة بشأن التعمير والبناء ، وبالمحصلة تكون النتيجة الحتمة ، اما انهيار تلك المباني بكاملها<sup>(١)</sup> أو تدهمها بصورة جزئية<sup>(٢)</sup> ، فضلا عن ذلك قد يحدث التهدم بسبب عدم مواءمة المباني بالرعاية من قبل ملاكها او المسؤولون عنها ، وفي كلتا الحالتين فان الضرر المتوقع في غاية الخطور سواء تعلق الامر بالاشخاص او بالخصائر المادية ، وقد اعطا المشرع الاماراتي أهمية كبيرة لمعالجة الاشكالات القانونية المرتبطة بالبناء والتعمير بصفة عامة<sup>(٣)</sup> ، ومسئولية حارس البناء بصفة خاصة ، فالمشرع أولى لهذه الأخيرة عناية خاصة ، عطفاً على جملة التعقيدات القانونية التي يثيرها تهدم البناء وبالاخص حيث كان المضرورة لا ترتبطه اي صفة تعاقدية مع حارس

(١) في عام ٢٠٠٩ اذاعت قناة العربية خير انهيار مبنى مكون من ثمانية طوابق وسط امانة دبي وبالتحديد في منطقة ديرة منطقة رمادي وادي حادث انهيار المبنى للوقوع ضحايا كما افاد الخبر ، منشور بتاريخ ، يلاحظ انه بالرغم من البيئة العقارية الآمنة في دولة الامارات العربية المتحدة الا ان الاخطاء واردة في أي مكان بالعالم ٢٠٠٧/٨/٧م

<https://youtu.be/rEbWUePEMOg>.

(٢) وفي حادثة اخرى سجل المصورين فيديو يوثق لحظة سقوط واجهة احد الابراج في دبي على شارع الشيخ زايد وقد تم نشر الفيديو بتاريخ ٢٠١٧/٢/٥ <https://youtu.be/rEbWUePEMOg> ، وهذا الحادث ليس سوى شاهد على امكانية حدوث المخاطر مهما كان الجهد المبذول من قبل الدولة في توفير اعلى المعايير والضوابط وهو امر معروف على مستوى العالم فيما يخص تمتع دولة الامارات بأفضل المنشآت على مستوى الوطن العربي ، بل على مستوى العالم.

(٣) عالج المشرع الاماراتي ضمن احكام المسؤولية العقدية المسائل المرتبطة بالبناء وجودته تحت فكرة ما يعرف بالمسؤولية العشرية. (انظر المادة من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٢) لسنة ١٩٨٥م) .

البناء، فعندئذ تظهر الحاجة لإيجاد المعالجات القانونية التي تزيل الضرر عن هذا الغير، ولم يغفل المشرع الإماراتي عن صناعة الحلول القانونية فيما يخص مجرد توقع حدوث الضرر، ومن أجل ذلك احتذى مثال بعض التقنيات الحديثة<sup>(١)</sup>، عندما اذن لمن يتهدده خطر التهدم، أن يلجأ للمحكمة بغرض الحصول على الترخيص باجراء الاصلاحات المستعجلة منعاً للضرر، ومهما يكن من امر الحلول القانونية التي تُعالج مسؤولية حارس البناء في القانون الاماراتي، غير ان الامر لا يخلو من ملاحظات يُصعب الالتفات عنها، إذ لا يزال الجدل قائماً حول المفهوم القانوني لصفة حارس البناء في بعض المناحي، ومن ناحية اخرى يلاحظ كذلك تردد الفقه في قراءة مصطلح "البناء"<sup>(٢)</sup> بشكل موسع، حيث ظل البعض<sup>(٣)</sup> يرى بأن التهدم الحاصل بسبب سقوط المصاعد لا تنطبق عليه احكام مسؤولية حارس البناء، ولذا ارتيأنا ان نقسم هذا البحث الى ثلاثة مباحث، نتناول في الاول منها المفهوم القانوني لحارس البناء، بينما نخصص الثاني لموجبات انعقاد مسؤولية حارس البناء، ثم خصصنا المبحث الاخير للاساس القانوني لمسئولية حارس البناء ووسائل التخلص منها.

(١) انظر في هذا المعني المادة ٢/١٧٧ من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ والمادة ٩٠ من قانون العقود والالتزامات المغربي الصادر في ١٩١٣م والمادة ٩٨ من القانون التونسي والمادة ٥٩ من قانون الالتزامات السويسري.

(٢) لازال الفقه يتمسك بقراءة ضيقة لمفهوم البناء، حيث ظل غالب الفقه يردد ذات العبارات المتوارثة عن اجيال الفقهاء، وقد ذهبت تلك النظرة التقليدية الى اعتبار البناء هو كل ما يتصل بالارض اتصال قرار، وهذا النظر لم يعد يتواءم مع الواقع في ظل وجود المباني المتحركة والتي يمكن ان تنقل من مكان لآخر، وقد يحدث الضرر كمحصلة لتهدم هذه المباني.

(٣) لمزيد من التفصيل انظر عدنان السزجان وعلى احمد صالح المهديوي ويوسف عينيدات، الموجز في شرح مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية الاتحادية، مكتبة الجامعة، الطبعة الاولى ٢٠١٥، ص ٢٥١.

لئن كانت المسؤولية عن تهدم البناء ، لقيت قدر<sup>(١)</sup> من الاجماع بين مختلف التشريعات في جوانبها المتعلقة بشروط قيامها، غير ان هذا الاجماع لم يكن على ذات النسق فيما يخص المفهوم القانوني لحارس البناء<sup>(٢)</sup> ولا بشأن تهدم البناء كأساس لتقرير الضمان<sup>(٣)</sup>، وحتى لو تجاوزنا عن ذلك تظهر لنا مسألة قانونية في غاية التعقيد وهي الفراغ القانوني الخاص بحالة الضرر الناشئ بسبب البناء دون تهدمه<sup>(٤)</sup>، إذ انه من المتصور أن يحصل الضرر دون التهدم ، فهل نطبق عندها الخاصة بالمسؤولية الشيعية؟ وإذا كان الامر كذلك لماذا ذهبت القوانين لوضع حد فاصل بين مسؤولية حارس البناء والمسؤولية عن خسارة الاشياء؟

(١) يلاحظ بأن قانون المعاملات المدنية الإماراتي عبر عن شروط انعقاد مسؤولية حارس البناء بطريقة مختلفة عن الوضع في القانون المصري والمغربي ، حيث هذين الاخيرين الى إيراد شروط على تطبيقات لشروط التي تنبني عليها المسؤولية، بينما اكتفى المشرع بالإشارة لقاعدة العامة دون إيراد الامثال ، وهذا النهج نؤيده لان الشروط المشار اليها في المادة ١٧٧/١ من القانون المدني المصري والمادة ٨٩ من قانون العقود والالتزامات المغربي وردت على سبيل المثال في تقديرنا .

(٢) نلاحظ مثلاً ان القانون الفرنسي في المادة ١٣٣٦ يقرر بأن مالك البناء دون غيره هو المسئول عن الضرر الناتج عن التهدم وفي ذات الوجة يقرر المشرع الجزائري في المادة ١٤٠ من القانون المدني الجزائري مسؤولة المالك دون غيره، بينما يحتف بالحال في القانون الإماراتي ونظيره المصري و المغربي ، حيث يعتبر حارس للبناء المالك او من يقوم مقامه.

(٣) على سبيل المثال نجد ان التقنيات الاوربية تميل لتوسع في مفهوم مصطلح البناء ، فليس البناء هو كل ما يتصل بالارض اتصال قرار، فالمباني المؤقتة والمتنقلة والمعارض التي تثبت لفترات محددها كلها تعبر ببناء بحسب هذا النظر .

(٤) خلافا للوضع السائد في التقنيات العربية والتقنين الفرنسي، نجد أن مسؤولية حارس البناء في القانون الانجليزي تقوم على الاساس الاهمال او التقصير في التزام يفرضه القانون، ولذلك فإنه يستوى في القانون الانجليزي ان يكون الضرر قد حدث بسبب تهدم البناء او بسبب البناء دون تهدمه .

## اهمية موضوع البحث:

نما لاشك فيه ان عملية البناء والتعمير تعتبر من اهم الالويات سواء بالنسبة للدولة او الافراد، فالمخططات العمرانية حاجة لا غنى عنها في مطلق الاحوال- بيد ان- هذه الاهمية تتقاطع في بعض الاحيان مع مصالح يكفل القانون حمايتها، ولهذا وضعت القوانين بنود تعالج هذه التقاطعات وبالاخص حيث كان الامر يتعلق بالضرر الحاصل للغير بسبب تهدم هذه المنشآت، وبالرغم من استقرار القانون الاماراتي بشأن ضمان الضرر عن التهدم الا ان الواقع العملي يفرز وقائع يصعب التعامل معها، دون امعان النظر في المقاصد التشريعية لهذه المسؤولية.

## فروض البحث: سنعالج من خلال هذا البحث الفروض الآتية:

- ١- عدم اتفاق التفتيات حول المفهوم القانوني لحارس البناء.
- ٢- سكوت المشرع الاماراتي عن تحديد المسئول عن تهدم البناء في حال تعدد الملاك.
- ٣- عدم وضوح الحلول القانونية في حال وقوع الضرر بسبب البناء دون تهدمه.
- ٤- سكوت المشرع الاماراتي عن فرضية قيام الذي يتهدده خطر تهدم البناء باجراء الاصلاحات قبل الحصول على اذن المحكمة في حالة الاستعجال.
- ٥- اختلاف الفكر القانوني حول تحديد مفهوم البناء والاجزاء المتصلة به.

## نطاق البحث:

يهتم هذا البحث بدراسة مسئلة حارس البناء في القانون الاماراتي المعاملات المدنية الاماراتي (٥) الصادرة في ١٩٨٥ م مع اشارات متناثرة لكل من القانون المدني المصري الصادر في ١٩٤٨ والقانون المغربي الصادر في ١٩١٣ والقانون المدني الجزائري الصادر في ١٩٧٠ فضلا عن بعض التأملات في القانون الفرنسي والانجليزي .

## منهج البحث:

نعمد في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على الوصف المنظم للحقائق والخصائص ذات الصلة ، بالمشكلة المحددة وتحليل المضمون بصورة علمية للمسائل ذات العلاقة في فروض البحث. **الدراسات السابقة:**

توجد الكثير من الدراسات والبحاث حول موضوع مسؤولية حارس البناء - غيران - هذه الدراسات لم تصنع الحلول القانونية المقتعة فيما يتعلق بالجوانب المذكورة في فروض البحث.

### المبحث الاول

#### المفهوم القانوني لحارس البناء

اهتم القانون الروماني بالمسؤولية عن تهدم البناء قبل قرون مضت ، وقد اخذ التقنين الفرنسي بهذا الاساس ، بينما تعود جذور هذه المسؤولية في التشريع الانجليزي للقانون العام (1) ، ومهما يكن من امر ، فإن الضرر الناشئ عن تهدم البناء كان ولا يزال مصدر لجذب اهتمام الفقه ، وذلك لما تشكله المباني من خطورة بالغة ، وبصفة خاصة اذا كان البناء معيب او قديم او أهملت صيانتته ، وقد مرت المسؤولية عن تهدم البناء بعدة مراحل ، حتى اصبحت بمرور الوقت تمثل جزء مهم في احكام المسؤولية المدنية ، فالضرر الناشئ عن التهدم لا يقتصر على المالك ، بل يتعداه الى الغير ؛ حيث تبدو امكانية وقوع الضرر حاضرة بالنسبة لعابري الطريق او القاطنين بالجوار ، متى حدث التهدم - عندئذ - تظهر حاجة ملحة ، لتحديد المسئول عن ضمان الضرر الواقع على الغير ، ويثير تهدم البناء مشكلات قانونية في غاية التعقيد ، إذ يصعب في بعض الأوقات ، تحديد الجهة او الشخص المسئول ، نظراً للتداخل الفاعلين في عملية التشيد ، فالمهندس والمقاول والمطور العقاري ومالك البناء او المتولي عليه

(1) Cees van dam, European tort law, 2th edition, oup oxford, 2013, p. 461

جميعهم في مرمى المسؤولية، وما يهمنا في هذا المقام تحديد المسئول من بين هؤلاء عن ضمان الضرر الحاصل للغير، كمنحصة لتهدم البناء، ويكاد الاجماع يتعقد هو معيار الحراسة كأساس لمناط المسؤولية، وعطفاً على ذلك ينبغي علينا البحث عن من تتوافر فيه صفة الحارس، حتى نُحمّله المسؤولية، وإذا كان اساس المسؤولية هو ثبوت الحراسة، فيصبح من الطبيعي ان نحدد المقصود بهذه الحراسة، ويقصد بها في هذا المقام الهيمنة أو السيطرة والقدرة على التصرف في امر البناء، إذ لا يستوي عدالة ان نلقي بالمسؤولية على كاهل من ليس السلطة القانونية في القيام بما يلزم من اصلاحات وترميمات لمنع سقوط البناء، ويلاحظ بأن السيطرة على البناء قد تكون قانونية أو فعلية، وبناء على ذلك فإن سلطة القانونية للحارس هي التي يدعمها القانون، ولكن هل يكفي ان تكون السلطة الفعلية لحارس البناء مرتكزة الى القانون وحده<sup>(١)</sup>، بمعنى ان يكون للشخص مجرد حق يمنحه القانون اياه في مباشرة مظاهر السلطة الفعلية، ولو لم تكن ممكنة من حيث الواقع، ام يلزم ان تكون السلطة متوفرة له فعلاً وواقعاً؟ ومن ناحية عكسية، اذا لزم ان تكون السلطة الفعلية لحارس البناء من حيث الواقع، فهل يكفي ذلك ام يتعين ان تكون هذه السلطة مستندة الى القانون؟ في واقع الامر كانت فكرة الحراسة في بديتها تتصل اتصالاً وثيقاً بالصفة القانونية للحارس، وبالنتيجة فإن المسؤولية ملقاة على عاتق الشخص الذي له الحق القانوني، في الرقابة على الشئ واستعماله والتسلط عليه، حتى لو كان ذلك غير متحقق من حيث الواقع - غير أن- مفهوم الحراسة ما لبث ان طرأت عليه تحولات، حيث اصبحت

(١) قرر المشرع الفرنسي المسؤولية على مالك البناء، وبالتالي يكون قد اخذ بمعيار الحراسة القانونية دون الفعلية وقد احتلدي قانون العقود والموجبات المغربي ذات المنوال، حيث قصرت المسؤولية على مالك البناء دون حازسه، انظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي الصادر بالقانون رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧ م، ص ٣١٧.

الحراسة الفعلية أو الواقعية هي مناط المسؤولية<sup>(١)</sup>، وتبعاً لذلك فإن حارس البناء، ليس بالضرورة ان يكون شخصاً تستند سلطته في الهيمنة

(١) هذا النظر يتحقق في حالة بائع العقار قبل تسليمه للمشتري وذلك بصرف النظر عن تمام انتقال الملكية للمشتري بتسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري، حيث يلاحظ هنا بأن البائع الذي لم يسلم العقار هو صاحب السيطرة الفعلية، من حيث الواقع، بينما المالك بحسب سند التسجيل هو المشتري، وعطفاً على ذلك فإن المسؤولية عن الضرر الناتج عن تهدم البناء تثبت لصاحب السيطرة والهيمنة الفعلية، وتفريعاً على ذلك فإن انعقاد البيع وانتقال حيازة العقار ليد المشتري قبل تمام عملية التسجيل تجعل المشتري في موضع السيطرة الفعلية وبالتالي يكون مسئولاً عن الحراسة، رغم عدم انتقال الملكية بالتسجيل، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الاماراتية في الطعن رقم (٢٠٩ لسنة ١٧ القضائية، باعتبار ان المشتري الذي تسلم الشيء المبيع حارساً عليه ولو كان البيع باطلاً أو قابلاً للإبطال أو موقوفاً فيه نقل الملكية، ما لم يقض القانون صراحة بغير ذلك)، ولكن اليس من الجائز ان يتم التسجيل ثم يبادر البائع لتسليم العقار فيرفض المشتري؟ ب اوجدت القوانين حلاً لهذه الفرضية حيث تنتهي مسؤولية البائع بخصوص التزامه بالتسليم، اما بالتسليم الحقيقي، واما بالتسليم الحكمي، متى انذر البائع المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع خلال مدة معقولة والا اعتبر متسلماً وان لم يفعل، لاشك ان الفرضية المذكورة، تضع المشتري بمثابة حارس للبناء اذا رفض تسلمه، اذ لا سبيل لتحميل البائع المسؤولية طالما أنه قد نفذ التزامه العقدي والقانوني فيما يخص التسليم، وهنا ينتقل الالتزام بالتسليم للمشتري، وتبعاً لذلك تنقل له الحراسة الفعلية، وأن لم يقم بذلك يسأل عن التصدير في حال سقوط البناء، حيث احدث ذلك ضرراً للغير، وذات الامر يمكن ملاحظته في حالة البائع عند استعمال حق الحبس، حيث يجوز للبائع ان يحبس العين المبيعة حتى يستوفي ماله عند المشتري اذا توافرت الشروط المعتبرة قانوناً لاستعمال هذا الحق، اما في حال توافر المتطلبات القانونية للحبس، فإن استعمال الحق يصبح امر مشروع، ومن ثم يثور التساؤل عن المسئول عن الضرر الناتج عن تهدم البناء المحبوس فهل هو المشتري؟ ام البائع؟ الاجابة عن ذلك تبدو في غاية الوضوح وذلك بالنظر لواجبات الحابس، إذ يتوجب على الحابس أن يبذل في المحافظة على البناء عناية الرجل المعتاد، وان يتعهد، بالصيانة والحفظ، وان يدفع النفقات اللازمة لاجراء الاصلاحات الضرورية، وان يمنع عنه كل =

والسيطرة الى القانون ، فالحراسة يمكن ان تحقق من الناحية القانونية فقط أو من الناحية الفعلية او من الناحية القانونية والفعلية في آن واحد، وذلك على نحو مايلي :

**اولاً/ السيطرة القانونية والفعلية:** ان يكون يكون للشخص اثناء انهيار البناء، السيطرة القانونية والفعلية في ذات الوقت ، وهذه الوضعية لا تثير أي اشكالات قانونية، من حيث تحميله المسؤولية لثبوت صفة الحارس على نحو قاطع ، ولاشك في كون ذلك هو الوضع الامثل والمألوف ، فالغالب ان تتفق السيطرة الفعلية مع القانون ، بمعنى ان يكون للشخص الحق القانوني في مباشرة السلطة على البناء ، وان يكون قادراً على مباشرة هذه السيطرة من الناحية الواقعية<sup>(١)</sup>، وبالنظر للقانون الاماراتي<sup>(٢)</sup> نلاحظ ان المالك أو المتولي على البناء هو الضمان للضرر، الذي يحدث للغير بسبب انهيار البناء كله أو بعضه ، ويفهم من ذلك أن صفة حارس البناء تثبت للشخص صاحب السلطة القانونية والقدرة على السيطرة من حيث الواقع ، بحيث يكون في مقدوره انشاء البناء والحفاظة عليه والعمل على القيام بالترميمات الدورية تفادياً لتداعي البناء، وبالتالي منع الاضرار بالغير.<sup>(٣)</sup>

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الاماراتية بأن: ( المسئول عن الضمان هو مالك البناء أو المتولي عليه.....دون المستأجر أو المستعير

- 
- = خطر يهدده بالهلاك ، يفهم من ذلك بأن الحابس تقع عليه مسئولية تعويض الغير في حال تسبب انهيار البناء وحادثه ضرر للغير ، هذه المسئولية مناطها توافر السيطرة المباشرة والفعلية للحابس على العين المحبوسة .
- (١) رمضان ابو السعود ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦م ، ص٤٣٦- ص٤٣٧- ص٤٣٨ .
- (٢) انظر المادة (٣١٥) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي لسنة ١٩٨٥م .
- (٣) عدنان سرحان وعلى المهداوي ، الموجز في شرح قانون المعاملات المدنية الاتحادي ، الطبعة الاولى ٢٠١٥م ، ص٢٤٩ .



لعدم ولاية هذين في النقص والازالة..... ولما كان من المقرر أن مالك البناء هو المطالب بتعهد ملكه وموالاته بأعمال الصيانة والترميم فإذا قصر في ذلك كان مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الغير بهذا التقصير، ولا يعفيه من المسؤولية أن تكون شركة الصيانة قد التزمت قبله ان تقوم باعمال الترميم والصيانة اللازمة للبناء إذ على المالك اخلاء مسؤوليته ازاء الغير أن يتحقق من قيام الشركة بما التزمت به في هذا الشأن.<sup>(١)</sup>

ويؤكد هذا الحكم بأن صفة الحارس، تثبت لمن له السيطرة الفعلية والقانونية في آن واحد<sup>(٢)</sup>، فالمالك<sup>(٣)</sup> أو المتولي على البناء يتمتع بكافة السلطات التي تخوله القيام بالاعمال الضرورية لمنع تهدم البناء، كما يتعين عليه الامتناع عن التصرفات المادية التي تلحق الضرر بالغير،

(١) مجموعة الاحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد المدنية والتجارية والعمالية والاحوال الشخصية، الجزء الثالث، ص ١٣٢٢.

(٢) جاء في المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥). مايلي: "المسئول عن الضمان هو مالك البناء ونظر الوقف ان كان البناء وقفا وولي اليتيم والقيم جاء في المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥).

(٣) بطبيعة الحال هذا المالك يستوي ان يكون شخصاً طبعياً او معنوياً، وليس بالضرورة ان يتولى المالك السيطرة الفعلية على البناء بنفسه، فالسيطرة الفعلية قد يمارسها المالك لحسابه او قد يمارسها الغير نيابة عن المالك، وبالنتيجة يمكن القول بان الحارس قد يباشر السيطرة الفعلية على البناء لحسابه او لحسابه غير، وهذا النظر اخذت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٦٤١ لسنة ٥٠ القضائية، حيث جاء في معرض حكمها مايلي: (مفاد نص المادة ١٧٧ من القانون المدني ان حارس البناء الذي يفترض الخطأ من جانبه هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تكون له السيطرة الفعلية على البناء بان يكون ملتزماً بصيانتة وترميمه وتلافي اسباب ضرره بالناس، فالمسئولية المنصوص عليها في تلك المادة تتعلق بهدم البناء كلياً أو جزئياً بغير تدخل انسان والاصل ان تكون الحراسة للمالك مالم يثبت انتقالها الى الغير بتصريف قانوني كالبيع والمقاوله). نقض مصري طعن رقم ١٦٤١ لسنة ٥٠ القضائية جلسة ٢٦ ابريل سنة ١٩٨٤ م.

والثابت ان حق الملكية يعطي صاحبه سلطات واسعة، من حيث الاستعمال والاستغلال والتصرف، ويقابل ذلك وجوب عدم استخدام تلك الصلاحيات بما يلحق الضرر بالغير، ومن جهة اخرى اوجب القانون على المالك ان يمضي قدماً في إتخاذ كافة الخطوات الإيجابية، توكياً للاضرار بالغير، اما حيث كان التهدم لا يلحق ضرر بالغير فلا تترتب عليه مسئولية، فالعبارة بتحقق الضرر أو بإمكانية تحققه، - غير أن- السيطرة الفعلية، قد لا يمارسها المالك بنفسه، كما في حال تفويض نائب قانوني يحل في مكان المالك<sup>(١)</sup>، كالوصي على القاصر او الذي يوكل عن

(١) قد يشار التساؤل عن تحديد من هو المسئول عن الحراسة في حال تعدد الشركاء، فالعقار المملوك على الشيوع، في الواقع تنعقد المسئولية فيما يخص منع تهدم البناء بالنسبة للشركاء مجتمعين، وبالاخص اذا كان العقار قيد الاستعمال من جميع الشركاء او مهمل دون استعمال من الجميع. ففي الحالتين يسأل الشركاء بالتضامن عن تعويض الضرر الذي يصيب الغير كنتيجة لتهدم البناء، ولكن اليس من الممكن ان يختص كل شريك من الشركاء بجزء مخصص بالعقار المملوك على الشيوع وفق مبدأ المداورة على اساس المهياة المكانية، وعندها فان المسئولية عن التهدم تكون على عاتق الشريك الذي وقع التهدم في الجزء المخصص له وفق الاتفاق ولايسأل بقية الشركاء، ذلك لكون الشريك المنتفع بهذا الجزء هو صاحب السيطرة الفعلية، ومن ناحية اخرى قد ينفرد أحد الشركاء على الشيوع باستعمال العقار والاستفادة منه اما بالاتفاق مع بقية الشركاء وفي هذه الفرضية العلاقة تكون محكومة بالاتفاق الحاصل بينهم بينما يظل جميع الشركاء مسئولين بقواعد المسئولية التقصيرية عن الضرر الذي يصيب الغير كمحصلة لتهدم البناء، ولكن قد يستفيد الشريك من العقار دون اتفاق بينه وبين الشركاء، عندئذ يكون هذا الشريك دون بقية الشركاء هو المسئول عن الحراسة، وبالتالي يقع عليه عبء صيانة البناء والحفاظة عليه من التهدم منعاً لتأذي الغير وان حدث ذلك لزمه التعويض دون باقي الشركاء، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١١٠ لسنة ٥٦ القضائية بأن: "الشريك صاحب السيطرة والهيمنة هو المسئول وحده عما يحدث من ضرر ويتحمل وحده نفقات اصلاح المال الشائع ولا يجوز له الرجوع بما انفق على الشريكين الآخرين لكونه المستفيد من المال =

طريق المالك نفسه، لإدارة المباني أو صيانتها أو القيم على المبنى، وفي ضوء ما قدمناه، فإن صفة الحارس، تثبت للصغير غير المميز وللمجنون ومن في حكمهم، وبالتالي فإن انعقاد المسؤولية بالنسبة لهؤلاء عن الأضرار التي يحدثها تهدم البناء، تقوم على ضمان الضرر الناجم عن تهدم البناء، وفي ذات السياق يعتبر متولى ريادة المباني الموقوفة حارساً عليها<sup>(١)</sup>، ومن ثم فإنه مسئول عن الضرر الحاصل كنتيجة لتهدمها،

=الشائع، والملاحظ أن القانون الإماراتي لم يتعرض لحالة تعدد الملاك، وبالتالي يثور التساؤل عن المسئول في هذه الفرضية، ونميل إلى اقتراح تقرير التضامن بين الملاك بنص صريح، يُرفع به الحرج عن المضرورة من تهدم البناء، وقد سبق للمشرع الإماراتي أن قرر ذات التضامن في حالة تعدد المسئولون عن الفعل الضار، ثم التفت عن ذلك عند تعدد المسئولون عن تهدم البناء وهو أمر لا نرى له مبرر. (انظر الطعن رقم ١١٠ لسنة ٥٦ قى القضائية جلسة ١٥ ديسمبر ١٩٨٥ م).

(١) يختلف القانون الجزائري بهذا الخصوص حيث نصت المادة ١٤٠/٢ من القانون المدني الجزائري على أن: "مالك البناء مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه، إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه" ويظهر من هذا النص بأن القانون الجزائري يختلف عن كل من القانون الإماراتي والمصري واللذان ينطآن المسؤولية بالحارس لا بالمالك، أما القانون الجزائري فيلقي بالمسئولية فقط على مالك البناء، وتبعاً لهذا النظر فإن النتائج التي تترتب تبدو معاكسة تماماً لما جرى عليه الفقه والقضاء في كل من دولة الإمارات ومصر، حيث يعتبر المالك بنظر القانون الجزائري هو صاحب السيطرة الفعلية على البناء ولو كان بين يدي المستأجر، ويعتبر بائع العقار قبل التسجيل عقد البيع هو المالك ولو انتقلت الحيازة إلى المشتري، لأن ملكية العقار لا تنتقل، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بعد التسجيل، ويعتبر مالكا للبناء من اشتراه واكمل اجراءات تسجيله، ولو كان عقد البيع معلقاً على شرط فاسخ أو مضافاً إلى أجل فاسخ، مادام الشرط لم يتحقق ومادام الأجل لم يخل، ويعتبر مالكا من يقيم منشآت على أرضه بمواد مملوكة للغير، كما يعتبر مالكا من يقيم منشآت على أرض الغير، سواء بحسن نية أو بسوء نية طالما أن صاحب الأرض لم يطلب إزالتها، والراهن للعقار رهناً حيازياً، هو المالك للعقار ولو انتقلت =

بالغير، وتقريرا على ذلك فإن صفة الحارس قد تثبت بجانب المالك لكل من:

**ثانياً/ المرتهن رهن حيازة أو العدل الذي يوضع بيده البناء المرهون:**  
(على المرتهن أن يحفظ المال المرهون رهنًا حيازياً بنفسه وأن يعنى به عناية الرجل المعتاد وهو مسئول عن هلاكه أو تعييه مالم يثبت ان ذلك يرجع إلى سبب لا يد له فيه)<sup>(١)</sup>، وفقاً لذلك يلتزم المرتهن، اذا تسلم البناء أن يتعهده بالرعاية والعمل على المحافظة عليه، وان يبذل عناية الرجل المعتاد في هذا الخصوص، ويكون مسئولاً عن تهدم البناء وتعييه إلا اذا قدم الدليل على ان ما حدث يرجع الى سبب لا يد له فيه، وبطبيعة الحال يتعين علينا ان نلاحظ بأن مسؤولية الدائن المرتهن بالنسبة للمباني تركز الى نص المادة ١٤٨٦ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، حيث يتوجب على الدائن المرتهن: (أن يؤدي النفقات اللازمة لإصلاح العقار المرهون وصاينته وما يستحق عنه من ضرائب وتكاليف على ان يخصم ذلك من غلة العقار أو من ثمنه عند بيعه وفقاً لمرتبة دينه)<sup>(٢)</sup>، وفي ضوء ذلك يلاحظ انه لا موجب لمسئولية المرتهن، مالم يتم تسجيل عقد الرهن في دائرة التسجيل العقاري، فالرهن الحيازي للعقار لا يعتد به الا بعد التسجيل، وترتيباً على ذلك فإن الراهن يظل هو المسئول عن الحراسة من الناحية القانونية لحين شهر الرهن بالسجل العقاري - بيد أن - التسجيل لا يكفي وحده

---

=حيازته للدائن المرتهن، ويظل هو المسئول عما يحدثه من ضرر، ولا يعتبر صاحب حق الانتفاع ولا صاحب حق الاستعمال ولا حق السكنى مالكين، بل المالك المسئول هو صاحب حق الرقبة، وهذا الاتجاه المعول به في القانون الجزائري نتاج تأثره بالقانون الفرنسي، حيث اكتفي الاخير بتحميل مالك البناء دون غيره المسؤولية وذلك ما قضت به المادة ١٣٣٦ من القانون المدني الفرنسي. (انظر المواد ٧٩٣، ٧٨٤، ٧٨٣ من القانون المدني الجزائري .

- (١) انظر المادة ١٤٧٢ من قانون المعاملات (٥) لسنة ١٩٨٥ م .
- (٢) انظر المادة ١٤٨٦ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ م .

لتأسيس مسؤولية المرتهن، إذ يتعين انتقال العقار المرهون لحيازة المرتهن، أي تكون له السيطرة الفعلية عليه - وعندها تكون - السيطرة متحققة للمرتهن، من حيث القانون ومن حيث الواقع في آن واحد، وبطبيعة الحال تكون مسؤوليته تولي البناء بالرعاية والحفاظة، وذلك من أجل منع الضرر الذي قد يسببه للغير، فالمسئولية تثقل كاهل المرتهن لكونه الحائز الفعلي، ولما كان المرتهن ملزم بالحفظ والصيانة، فهو كذلك ملزم بدفع نفقات الصيانة لكونها من مقتضيات واجباته، ومع ذلك له ان يسترد ما انفقته، من غلة العقار المرهون أو من ثمن العقار عند التنفيذ عليه، أو بالمطالبة بما انفق عند اقدم الراهن على تطهير العقار المرهون، بحيث تضاف التكاليف لمبلغ الدين المضمون بالرهن العقاري، ولكن اليس من المقبول ان تتساءل عن مدى التزام المرتهن بصيانة البناء محل الرهن؟ اليس البراهن هو المطالب بحفظ المرهون وعدم انقاص قيمته<sup>(١)</sup>؟ اليس من الممكن ان يعجز المرتهن عن اجراء الترميمات الضرورية لمنع سقوط البناء لكونها باهظة الثمن وتفوق قدراته المالية او ما يدره البناء من عائدات؟ في تقديرنا أن كل هذه التساؤلات لا تخلو من الفروض الواقعية، وبهذا الخصوص نرى ان واجب المرتهن يقتصر على مجرد المحافظة على البناء وليس عليه القيام بالصيانة الدورية او الترميمات الضرورية من اجل منع تهدمه<sup>(٢)</sup>، حيث يظل الراهن هو المسئول الاول والاخير، ذلك بحكم كونه

(١) انظر نص المادة ١٤٦٩ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ م.

(٢) يلاحظ بأن مسؤولية المرتهن لا تكون قائمة متى قدم الدليل على ان هلاك البناء سواء بصفة كلية أو جزئية لا يعود الى تقصيره وان التهدم حصل بسبب اجنبي لا يد له فيه، وعليه ان حدث تهدم البناء بسبب يعود لوجود عيب في البناء او لقدمه او لتقصير الراهن في اجراء الصيانة الضرورية، فإنه لا يسأل المرتهن، لانه التهدم حصل بسبب يتعلق بتقصير الراهن في واجباته، (انظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي، مرجع سابق، ص ١٠٢).

مسئول تجاه المرتهن بعدم انقاص البناء المرهون او تعييه<sup>(١)</sup>، وبطبيعة الحال يؤدي تهدم البناء كلياً او جزئياً الى تهديد تأمينات المرتهن وتقليل قيمة الضمان بالنسبة للدين المضمون بهذا البناء<sup>(٢)</sup>، وينبغي على ذلك ان مسئولية الحراسة بالاساس هي مسئولية المالك وليس المرتهن الحائز على البناء، ولكن اذا لم يكن البناء تحت السيطرة الفعلية للراهن، فكيف يمكننا تحميله المسئولية؟ في الواقع لا وجه للقول بإثقال كاهل الراهن بهكذا مسئولية، ما لم يضعه المرتهن موضع المقصر وذلك باخطاره بما عساه ان يهدد سلامة البناء ومثاته<sup>(٣)</sup>، عندئذ فقط تثبت صفة الحارس للراهن، اما حيث لم يقم المرتهن بالاخطار وحدث تهدم للبناء بسبب وجود عيب قديم، فإن المسئول بصفة مباشرة، عن جبر الضرر الذي يصيب الغير، هو الراهن وليس المرتهن، وبطبيعة الحال يحق للراهن الرجوع على المرتهن بقدر ما لحقه من ضرر، ذلك لكونه صاحب السيطرة القانونية المركزة على عقد الرهن وفي ذات الوقت هو الحائز الفعلي للبناء، ومن ثم يقع عليه واجب اخلاقي وقانوني مستمد من مقتضيات مبدأ وجوب تنفيذ العقود بحسن نية، بينما تاخذ الامور وضعاً عكسياً، اذا كان الراهن يعلم بإمكانية حدوث التهدم أو انه اخطر من قبل الغير الذي يهدده خطر التهدم، إذ يبقى الراهن مسئولاً عن ضمان الضرر الواقع على هذا الغير، ما دام انه يعلم بإمكانية حدوثه او انه قد اخطر من قبل الدائن او حتى من الغير، وطبقاً للقانون الاماراتي فإن الراهن مسئول عن المحافظة على المال المرهون، وهذا الواجب بحسب ما نعتقد ليس مقررراً لمصلحة المرتهن دون غيره، فالمحافظة على المال المرهون وبالاخص اذا كان المرهون من المباني

(١) انظر المادة ١٤٧٠ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

(٢) على احمد صالح المهدي، الموجز في شرح الحقوق العينية في قانون المعاملات المدنية، دار الامارات الحديثة للطباعة والنشر، ط ١٦٢٠١٦م، ص ٢١٧.

(٣) على احمد صالح المهدي، مرجع سابق، ص ٢٢٠ .

فإن المحافظة عليها ومنعها من التهدم الكلي أو الجزئي تكون مقررة كذلك لمصلحة كل من يتضرر من تداعي المباني.

ووتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة تمييز دبي: (بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مناط التزام الدائن المرتهن في الرهن الحيازي بالمحافظة على الشيء المرهون وبإخطار الراهن بما عساه أن يهدد الشيء المرهون من نقص في القيمة<sup>(١)</sup>).

لكن يبقى السؤال آخر، يتعلق بمسئولية المرتهن في المحافظة على البناء وخطار الراهن بما يهدده، وبالاخص اذا قرر المرتهن ان يتولى رعايته بواسطة امين يُعيّنه لهذا الغرض، فالمرتهن في هذه الحال يختار ان يعين الامين بمحض ارادته، وبالتالي يظل هو المسئول عن حراسة البناء والمحافظة عليه وهو المسئول عن هلاكه وتعيّبه ولكنه ملزم بذلك في حدود عناية الشخص المعتاد، ومن ثم يتوجب عليه القيام بكل الاصلاحات الضرورية لمنع تهدم البناء، ثم الرجوع على الراهن بما اتفق أو اخبار الراهن بضرورة التدخل للقيام بكافة الاصلاحات والترميمات الضرورية، تفادياً للاضرار بالغير، حيث لم يكن في مقدوره فعل ذلك، ولا يختلف ما قلناه في الحالة التي يتفق فيها الراهن والمرتهن على وضع البناء المرهون بيد عدل، حيث تصبح يد العدل كيد المرتهن<sup>(٢)</sup>.

**ثالثاً/ واضح العيب:** كذلك تثبت صفة الحارس لو اوضح اليد او الحائز على البناء بشرط ان يكون الحائز يعمل لحساب نفسه لا لحساب غيره، فالثابت ان الحيازة قد تمارس بواسطة شخص لمصلحة شخص آخر وعندها يكون المسئول عن المحافظة على البناء ومنع انهدامه توكياً للاضرار بالغير هو الحائز الفعلي سواء باشر الحيازة بنفسه أو بواسطة الغير، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الاماراتية بأن: (مسئولية حارس البناء تنعقد في

(١) الطعن رقم ١٠٦ لسنة القضائية ٢٠٠٥ صادر في العدد ١٦ سنة ٢٠٠٥ حقوق، ص ١٣٥٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي، مرجع سابق، ص ١٠١٧.

الأصل لمالك البناء وتنتقل الحراسة من المالك للدائن المرتهن رهن حيازة وواضع اليد الذي يعمل لحساب نفسه لا لحساب غيره)، ويلحظ بأن هذا القضاء لم يحدد لنا الأساس الذي تركز إليه الحيازة من حيث السند القانوني، فالحائز قد يستند إلى سبب صحيح وعندئذ تكون حيازته مرتكزة إلى القانون، وبالمقابل قد لا تركز تلك الحيازة لسند صحيح كما في حالة الاستيلاء على البناء بالغصب، حيث يثور التساؤل عن مدى وجوب الزام الحائز الفعلي بمسئولية منع تهدم البناء، وباعتقادنا ان الحائز الفعلي هو المسئول عن تهدم البناء مهما يكن الأساس الذي تركز عليه الحيازة، اذ لا مجال للقول بمسئولية الحائز القانوني لكونه فقد السيطرة الفعلية، وتبعاً لذلك فقد القدرة على تولى البناء بالرعاية والمحافظة عليه وبالتالي يكون في وضع يستحيل معه ان يتعهد به بالرعاية لأنه حُرِمَ من ذلك بفعل الحائز الفعلي، فالمقصود بالحارس هو الشخص صاحب البيمنة والسيطرة الفعلية<sup>(١)</sup>.

**رابعاً/ المنتفع بالبناء:** المقرر قانوناً ان حق الانتفاع يأذن لصاحبه بسلطتي الاستعمال والاستغلال، وعلى ذلك فإن حيازة البناء المنتفع به، تنتقل للمنتفع، ذلك لكون الحيازة من لوازم الانتفاع، وبطبيعة الحال تنتقل السيطرة الفعلية للمنتفع، ومع ذلك يظل مالك الرقبة هو صاحب السيطرة القانونية- وفي ذات الوقت- هو المسئول عن المحافظة على البناء المنتفع وصاينته الضرورية ليكون صالحاً للاستعمال او الاستغلال<sup>(٢)</sup>، وهذا يعني انه مسئولاً عن تهدم البناء سواءً امام المنتفع او

---

(١) يقرر القانون المغربي بأن المسئولية عن التهدم تلزم الحارس الحالي للعقار متى ما كان هنالك نزاع بشأن الملكية، وهذا يؤكد ما ذكرنا فيما يخص مسئولية الحارس الفعلي (انظر المادة ٨٩ من قانون العقود والالتزامات المغربي الصادر في ١٩١٣م).

(٢) احمد على صالح المهديوي، الوجيز في شرح احكام التسجيل العقاري بامارة الشارقة، مكتبة الجامعة احدى شركات نمو العلمية، ط١٧٠١٢م، ص٢٣٣ وما بعدها.



الغير في حال وقوع الضرر، بينما يلتزم المنتفع باجراء الاصلاحات الثانوية، اما بالنسبة للاصلاحات الجسيمة، فيتوجب على المنتفع اخطار مالك الرقبة بشأنها وبصفة خاصة اذا كان ذلك يتطلب تدخله بصفة عاجلة<sup>(١)</sup>، ويتفرع عن ذلك ان مسؤولية المنتفع هي مجرد التزام قانوني يفرض عليه تنبيه المالك، بكل ما يؤدي الى تداعي البناء، ولكن ما مصير الغير الذي يصيبه الضرر بسبب تهدم البناء المنتفع به؟ ومن هو المسؤول المباشر عن التعويض تجاه هذا الغير؟ ذكرنا حالاً بان مالك الرقبة هو المسؤول عن تهدم البناء ويترتب على ذلك مسؤولية مباشرة تجاه الغير، تطبيقاً لاحكام المادة ٣١٥ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، اما العلاقة بين المنتفع ومالك الرقبة فهي محكومة بمقتضى نص المادة ١٣٤٢ من ذات القانون، ووفقاً لهذا النص فإن تقصير المنتفع<sup>(٢)</sup> او تقاعسه عن تنبيه مالك حتى يمنع الضرر عن الغير يجعله مسؤولاً عن ضمان الضرر الذي يلحق المالك وذلك تطبيقاً لقاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار<sup>(٣)</sup>.

#### خامساً/ الفرق بين صاحب حق المساطحة والمستأجر والمستعير: عرف المشرع

الاماراتي حق المساطحة بأن: ( حق عيني يعطي صاحبه الحق في إقامة بناء او غراس على ارض الغير<sup>(٤)</sup>). بفهم من ذلك بأن حق المساطحة حق عيني، يأذن للمساطح بتشيد بناء، ومن ثم يكون المساطح مالكا للمبان

(١) المذكرة الإيضاحي لقانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥، مرجع سابق، ص ٩٥١- ص ٩٥٢- ص ٩٥٣.

(٢) يلاحظ ان بعض التقنينات الاروية تذهب الى تحميل الشخص الذي يستعمل البناء المسؤولية عن الضرر الناتج عن تدمره طالما كان واجب الصيانة على المستفيد ولم يفعل

Gert Bruggeremeier, modernising civil liability in Europe law, China, Brazil and Russia, texts and commentaries, Cambridge university press, 19 may 2011, p. 107

(٣) انظر المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي، ص ٩٥٢- ص ٩٥٣.

(٤) انظر المادة ١٣٥٣ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٢) لسنة ١٩٨٥ م.

التي اقامها على ارض الغير، حتى لو انتهت مدة المساطحة المتفق عليها بالعقد، وعندها يحق لمالك الرقبة ان يطلب من صاحب حق المساطحة بهدم البناء او يمتلك ما استحدثه بقيمته مستحق القلع. ان كان هدمه يضر بالعقار، اما اذا كان الهدم لا يضر فليس للمساطح ان يقيه بغير رضاء مالك (١) الرقبة، وبطبيعة الحال يكون المساطح هو المسئول عن تهدم المبان التي انشائها باعتباره صاحب السيطرة الفعلية، سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون، ويلاحظ بأن القانون اوجب على صاحب حق المساطحة ان يدفع الاجرة لمالك الارض في مقابل حق المساطحة - بيد أن - دفعه للاجرة لا يعني انه مستأجر أي صاحب حق شخصي، بل هو صاحب حق عيني، وبالنتيجة يتميز عن المستأجر في عدة مناحي اهمها أن سيطرته الفعلية على البناء المقام بالارض محل حق المساطحة لا تمر من خلال مالك الرقبة، وتفرعاً على ذلك يكون للمساطح السلطة المباشرة على البناء من حيث النقص والازالة والتعمير بينما لا يملك المستأجر هذا الحق (٢)، وعطفاً على ذلك يكون المساطح مسئول عن ضمان الضرر الذي يحصل للغير، كنتيجة لتهدم البناء، وذلك لثبوت صفة الحارس بحقه سواء من الناحية القانونية أو الفعلية.

ويختلف الحال بالنسبة للمستأجر، حيث انه غير مسئول عن واجب الصيانة الضرورية لمنع تهدم البناء، فالسيطرة الفعلية ليست للمستأجر، بل للمالك الرقبة، ومع ذلك قد يثور التساؤل عن مدى التزام المستأجر بخصوص الضرر الذي يحدثه تهدم البناء على اعتبار انه الحائز من الناحية الفعلية؟ في واقع الامر ليست حيازة المستأجر سوى حيازة عرضية ولا تتوافر فيها نية التملك، كما هي الحال بالنسب لواضع اليد بنية

(١) انظر المادة ٧٨٥ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

(٢) على احمد صالح المهدي، الموجز في شرح الحقوق العينية، مرجع سابق، ص ١٤٣

التملك<sup>(١)</sup>، ولما كان الأمر كذلك فإن مسؤولية المستأجر تقتصر ، على اخطار المؤجر بما عساه ان يهدد سلامة البناء ، وبالتالي تنتفي مسؤولية بمجرد تنبيه المالك ، وان لم يفعل ذلك كان مسئولاً عن ضمان الضرر الذي يلحق بالمؤجر على اساس الاخلال والتقصير في واجبه القانوني تجاه المؤجر<sup>(٢)</sup>، ويتعين علينا ان نلاحظ بأن واجب المستأجر، يقتصر على الامور التي يعلم بها او تلك التي يُبلغ بها من قبل الغير، اما بالنسبة للعيوب الخفية والتي تتطلب خبرة فنية فلا يلزم المستأجر بالتبليغ عنها<sup>(٣)</sup>، حيث تظل مسؤولية المالك منعقدة بشأنها، لكونه المسئول عن موالاة البناء بالرعاية وازالة عيوبه منعاً للاضرار بالغير<sup>(٤)</sup>، ويؤيد ذلك ما ذهب اليه

(١) Cees van dam, ibid, p. ٤٦٦ .

(٢) لم نلاحظ اشارة صريحة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي بهذا الخصوص - غير ان التزام المستأجر مستفاداً بالضرورة من واقع واجبه بالمحافظة على الشئ المؤجر والذي هو البناء في هذا السياق، إذ يتوجب عليه ان يبذل عناية الشخص العادي في صون البناء لكونه بمثابة امانة بيده، وليس بالضرورة ان يكون واجب المستأجر عملاً يقوم به من اجل حفظ البناء، بل قد يكون ذلك بتبليغ المؤجر بما عساه ان يهدد البناء المؤجر ، ويضمن المستأجر الضرر الناتج عن تقصيره في واجب تنبيه المالك اذا حصل تهدم للبناء، ومع ذلك نرى ان المالك هو المسئول المباشر عن تعويض الضرر الحاصل للغير، اذ لا عدالة في وضع المتضرر في موضع يُصعب عليه البحث عن المسئول عن ضمان الضرر الذي لحق به، وبطبيعة الحال لا يؤثر ذلك في حق المؤجر في الرجوع على المستأجر متى ثبت تعديه او تقصيره (انظر نص المادة ٧٧٦ / ١ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٢ لسنة ١٩٨٥م).

(٣) لسنة ١٩٨٥م انظر نص المادة ٧٧٢ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٢).

(٤) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٦٦ لسنة ٤٦ القضائية جلسة ٢ ديسمبر ١٩٨٠م بأن: (المقصود بمحارس البناء هو من تكون له السيطرة الفعلية علىه لحساب نفسه أو لحساب غيره، فالحراسة لا تنتقل بالاجارة أو حيازة المستأجر - لم لم يقض الاتفاق بغير ذلك - إذ ان المالك دون المستأجر هو المطالب بتعهد ملكه ومولاته باعمال الصيانة والترميم، واذا قصر كان =

المذكورة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي فيما يخص عدم ضمان المستأجر والمستعير للضرر الناجم عن تهدم البناء لعدم ولايتهما في النقص والازلة والتعمير<sup>(١)</sup>.

**خلاصة القول ان مالك البناء او المتولي عليه هو المسئول عن ضمان الضرر الذي يصيب الغير كمحصلة لتهدم البناء<sup>(٢)</sup>، وبحسب ما نعتقد يظل المالك مسئولاً تجاه الغير، حتى اذا قصر المستأجر في واجب التبليغ عن السبب الذي ادى للتهدم، فالالتزام بالصيانة الضرورية امر مفروض على المالك بموجب القانون ولا يعفيه من ذلك كون المستأجر لم يُخطره- ومع ذلك- يجوز له، الرجوع على المستأجر بالتعويض عن الضرر كجزءاً للتقصير في واجب الاخطار، وذلك تخريجاً على قاعدة**

---

=مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الغير بهذا التقصير، ومن ثم فلا يحق للطاعنة مالكة العقار أن تنفي مسئوليتها التقصيرية عن تهدم المقار واحداث الضرر بقيام العلاقة التعاقدية بينها وبين المستأجر- واذا كان ما نصت عليه المادة ٥٦٨ من القانون المدني من وجوب قيام المستأجر باخطار امؤجرة باجراء اعمال الصيانة لايسري على احوال المسئولية التقصيرية، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعي يكون على غير اساس). وفي اعتقادنا ان قرار محكمة النقض المصرية لا غبار عليه اجمالاً، غير انه لا يمكننا التسليم بعدم الزام المستأجر بواجب اخبار المؤجر عن كل ما عساه ان يهدد سلامة البناء، فواجب المستأجر لا يحتاج لاتفاق حيث ان مصدره نص القانون، وان التفت المستأجر عن ذلك يكون مقصراً في واجبه القانوني وعليه ان يتحمل نتائج تقصيره، ولذا فإن واجب المستأجر هنا ليس أساسه الحراسة على البناء لأن حيازته عرضية ولا تثبت له صفة الحارس، ولكن التزامه بالاخطار يجد اساسه في الالتزامات المفروضة عليه بقوة القانون.

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي، مرجع سابق ص ٣١٩.

(٢) "The liable person is primary the possessor of the ground of which the building or the structure stands wich usually be the owner; atenant is not apossessor and he can not be liable on the basis of building collpse".  
Cees van dam, European law, fourth edition, oxford university press ٢٠١٣, p. ٤٦٦

لا ضرر ولا ضرار، ولكن تبدو المشكلة قائمة في حال اقام المستاجر مبان اضافية، كما لو اضافة حائط او شرفة او مخزن، ثم تهدم هذا البناء، عندئذ يطرح على بساط البحث سؤال مهم، فحواء من المسئول عن الضرر الناتج عن تهدم المبان المضافة؟ في واقع الامر قد تحصل الاضافة باذن وموافقة المالك، وعندها يكون المالك هو المسئول عن ضمان الضرر المترتب على ذلك، ولكن قد يحدث المستاجر هذه الاضافة، دون الرجوع للمالك، وعندها يكون الاول هو المسئول عن ضمان الضرر المتحصل مما احدثه<sup>(١)</sup>، وقد اشار القانون الالماني لمسئولية الشخص في الحال انشاءه لبناء في ارض الغير<sup>(٢)</sup>، ونقتحج ان تنسئ المشرع الاماراتي استثناءً بقرر فيه مسئولية المستاجر حال تحقق الفرضية المتعلقة باقامة المستاجر منشآت دون اذن وموافقة المالك

**سادساً/مسئولية البائع عن الضرر الناتج عن تهدم البناء بسبب العيوب الخفية:** نصت المادة (١/٥٤٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على أنه: (يعتبر البيع منعقداً على اساس خلق المبيع من العيوب إلا ما جري العرف على التسامح فيه)،<sup>(٣)</sup>

وهذا يعني انه يتعين على البائع ان يسلم البناء المبيع خالياً من كل العيوب الخفية، والتي قد تؤدي لتهدمه، وهو بطبيعة الحال مسئول، عن ضمان الضرر حيث تهدم لهذا السبب مالم يكن قد اتفق مع المشتري على اعفائه من المسئولية او لكون المشتري علم بالعيوب الخفية ومع ذلك قبل البناء، ويلاحظ بأن مسئولية البائع ليست تجاه المشتري فحسب، بل تجاه الغير، وفي ضوء الاشارة السابقة، فإنه يجوز للمشتري ان يتخلص من

(١) انظر المادة ٧٧٨ / ١ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٢) لسنة ١٩٨٥ م.

(٢) Cees van dam. ibid, p. ٤٦٦.

(٣) انظر نص المادة (١/٥٤٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ م.

مستوليته تجاه الغير بإثبات خطأ الغير، حيث لنجح في تقديم الدليل على وجود العيب الخفي، وان كان وجه الرأي عندنا يميل الى تحميل المسئولية للمشتري تجاه الغير، ومن ثم يعود على البائع بالضمان<sup>(١)</sup>، اما اذا ظهر العيب في البناء قبل التسليم فالبيع غير لازم بحق المشتري، وبالتالي المسئول عن الضمان هو البائع<sup>(٢)</sup>.

سابعاً/ مسئولية المقاول اثناء تشييد البناء او اجراء الاصلاحات: أن مؤدى نص المادة ١/٨٨٠ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي أن مناط تضامن المهندس مع المقاول في تعويض صاحب العمل أن يحدث خلال عشر سنوات تهدم كلي او جزئي فيما شيده من مبان او ما اقامه من منشآت او عيب يهدد متانة وسلامة البناء، وبالنتيجة فإن المسئولية محسومة بكونها تعاقدية وتخضع لاحكام الضمان العشري<sup>(٣)</sup>، والذي يهمننا في هذا المقام

(١) من الممكن ان يتنازع البائع والمشتري بخصوص العيب نفسه، وبالتالي نرى ضرورة حفظ حقوق الغير بتحميل المشتري المسئولية ابتداءً عن التقصير في حال تهدم البناء، لكونه الحائز الفعلي في الوقت الذي حدث فيه التهدم، اليس في مقدور المشتري ان يتلافى الضرر الواقع على الغير بمجرد اصلاح العيب، ثم الرجوع على البائع بالضمان؟ في اعتقدنا ان المشتري هو المسئول عن صيانة البناء او اتخاذ ما يلزم من اجراءات لمنع الاضرار بالغير، وذلك كنتيجة طبيعية لحيازته للبناء المعيب، إذ يتوجب الانضغ الغير بين مطرقة البائع وسندان المشتري، فالغير ليست له صفة تعاقدية مع أي من الطرفين، بل يستمد حقه في المطالبة من التقصير في الواجب القانوني الذي يثقل كاهل حارس البناء.

(٢) عدنان سرحان، احكام البيع في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، مكتبة الجامعة، الطبعة الاولى ٢٠١٥م، ص ١٨٦.

(٣) إذ خص المشرع المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية كلا منهما باحكام تستقل بها عن الاخرى وجعل لكل من المسئوليتين في تقنينه موضعاً منفصلاً عن المسئولية الاخرى، فقيده افصح بذلك عن رغبته في اقامة نطاق محدد لاحكام المسئوليتين، وتبعاً لذلك اذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها وكان الضرر الذي اصاب احد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، فإنه يتعين الاخذ باحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه، باعتبار ان هذه الاحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة =

هو مسئولية المقاول اثناء تشييد المباني او اجراء الاصلاحات ، ذلك لكون السيطرة الفعلية اثناء التشيد تكون بيد المقاول لا بيد مالك البناء ، وعندها يثور التساؤل فيما يخص تحديد المسئول عن الضرر الحاصل للغير بسبب التهدم (١) ؟ ذكرنا في موضع سابق ، بأن مسؤولية حارس البناء ، ليس مناطها الملكية فحسب ، بل السيطرة الفعلية ، ومن ثم فإن هذه البيمنة تنتقل ليد المقاول اثناء فترة التشيد ، ذلك لما له من سلطة فعلية مباشرة في اجراء الاصلاحات الضرورية لمنع التهدم توكياً للاضرار بالغير ، وهذا النظر أكدته محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٦٤١ لسنة ٥٠ القضائية ، حيث جاء في معرض حكمها مايلي : أن نص المادة ١٧٧ من القانون المدني المصري جاء فيه : "حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداماً جزئياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه الى اهمال في الصيانة او قدم في البناء او عيب فيه مفاده ان حارس البناء الذي يفترض الخطأ في جانبه على مقتضى نص هذه المادة هو ذلك الشخص الطبيعي او المعنوي الذي تكون له السيطرة الفعلية على البناء ، بأن يكون ملتزماً بصيانة البناء وترميمه وتلافي اسباب اضراره بالناس ، فالمسئولية المنصوص عليها في تلك المادة تتعلق بتهدم البناء كلياً او

---

= بين الطرفين بسبب العقد ، سواء عند تنفيذة تنفيذاً صحيحاً او عند الإخلال بتنفيذه ، ولا يجوز الاخذ باحكام المسئولية التقصيرية التي لايرتبط فيها الضرور بعلاقة تعاقدية سابقة ، لما يترتب على الاخذ باحكام المسئولية التقصيرية في مقام العلاقة التعاقدية من اهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذها بما يخجل بالقوة الملزمة له .

(١) علينا ان نميز بين الضرر الناتج عن تهدم البناء والضرر الذي يحصل للغير كنتيجة لتقصير المقاول في اتخاذ واجب الحيطه والحذر ، فمثلا لو سقط حجر من اعلى البناء او مواد خرسانية تستعمل في التشيد ونتج عن ذلك اصابة احد المارة ، فعندئذ تقوم مسئولية المقاول ، ولكن ليس على اساس تهدم البناء ، بل على اساس تقصيره في واجبه القانوني المتمثل في وضع علامات او لفتات تحذيرية للمارة والتي عادة ما تحمل عبارة المبنى تحت التشيد .

جزئياً بغير تدخل انسان، والاصل ان تكون الحراسة لمالك البناء، مالم يثبت انتقالها الى الغير بصرف قانوني كالبيع أو المقاوله، وكان من المقرر في القوانين ان من يشترك في اعمال الهدم لايسأل الا عن خطئه الشخصي، فصاحب البناء لا يعتبر مسئول مدنيا عما يصيب الناس من الاضرار عن هدم البناء، بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة والمعقولة، اذا كان العمل جارياً تحت ملاحظته واشرافه الخاص، فاذا عهد به كله أو بعضه الى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل عادة تحت مسؤوليته، فان الاخير هو الذي يسأل عن نتائج خطئه، لما كان ذلك وكان ثابت مدونات الحكم المطعون فيه أن اعمال الترميمات في عقار المطعون ضدهم، كانت تجري تحت اشراف وملاحظة المقاول الذي قضى بادائه في جريمة قتل مورث الطاعنين خطأ وبمسئوليته المدنية قبلهم عن الحادث- وهو ما لا ينازع الطاعنون فيه- فإن الحكم المطعون فيه اذا خلص من ذلك الى ان الحراسة على العقار قد انتقلت للمقاول اثناء ترميمه وأنه يعد بمفرده عن حراسته ورتب ذلك انتفاء مسؤولية المطعون ضدهم- مالكي العقار- فإنه يكون قد اصاب صحيح القانون ويكون النعي عليه بهذين السببين على غير اساس<sup>(١)</sup>

ويتأمل المحاولة الجادة من قبل الفقه والقضاء، مجددا تميل نحو الاخذ بالتفسير الواسع لمفهوم الحراسة، ولاشك بأن التوقف عند هذه النقطة يعد من المسائل الجوهرية في انعقاد المسؤولية، حيث تقرر المسؤولية على الشخص بشوت صفة الحارس وتنتفي بعدم ثبوتها، كما لاحظنا بأن القضاء الاماراتي ويشاركه الفقه، لا يصبغ صفة الحارس بالمنسأجر أو بالمستعير، ويتوجب توخي الحذر عند الاخذ بهذا النظر، فالمستأجر قد يكون مسئولاً عن ما يحدثه انهدام البناء بصفته الحارس الفعلي اذا ما اقام

(١) نقض مصري الطعن رقم ١٦٤١ لسنة القضائية ٥٠ جلسة ٢٦ ابريل سنة ١٩٨٤ م.



بناء دون اذن المؤجر أو باذنه، لكونه المالك الفعلي لهذا البناء، ومن جهة اخرى وبالرغم من قناعتنا بالحيازة العرضية للمستأجر<sup>(١)</sup> والمستعير وانهما

(١) "يذهب البعض الى ان حراسة العين المؤجرة تثبت للمستأجر، وليس للمؤجر، ويسري هذا الحكم، سواء كانت العين المؤجرة منقولاً أو عقاراً، فمستأجر المنزل أو الشقة أو المتجر أو الجراج على سبيل المثال، يعتبر جارساً على العين المؤجرة ولكل مافيها، باستثناء الحالة التي التي يستعمل فيها المستأجر المباني تحت اشراف دقيق ومباشر من المؤجر - فعندئذ- تثبت الحراسة للمؤجر وذلك لانه من السيطرة الفعلية على المباني المستأجرة، اما اذا استعمل المستأجر المباني بعيداً عن رقابة واشراف المؤجر الدقيق والمباشر أو احد تابعيه، فعندها تثبت له الحراسة باعتباره صاحب السيطرة الفعلية، وبحسب هذا الرأي لا يؤثر في هذا الحكم كون المؤجر ملتزماً، بمقتضى عقد الايجار بصيانة البناء المؤجر، فالتزام المؤجر بمحذاته لا يكفي لرفع سيطرة المستأجر الفعلية عن المؤجر، بل يُعد ذلك مؤشراً على قيام تلك السيطرة، طالما ان جوهر هذا الالتزام يستهدف بالاساس تمكينه من الانتفاع الكامل بالمبنى، وتقريراً على ذلك فالمستأجر هو المسئول، في مواجهة الغير عن جبر الضرر الذي يحدثه تهدم البناء، باعتباره جارساً عليه، حتى لو كان الضرر ناتجاً عن اخلال المؤجر بالتزامه بالصيانة" اما فيما يخص وجه اعتقادنا، فإنه لا يستقيم القول بتحميل المستأجر عبء الضرر الحاصل بسبب اخلال المؤجر بالصيانة ويصفة خاصة اذا كان تهدم البناء حصل بسبب اهمال في الصيانة او عيب في البناء او لقدمه، إذ القول بذلك يؤدي الى افراغ مسؤولية المؤجر من مضمونها القانوني، = وذلك بتحميل المستأجر مسؤولية ليست مفروضة عليه قانوناً، واذا كانا نسلم بمحاذاة المستأجر للمبنى المؤجر- غير أن- هذه الحيازة ليست سوى حيازة عرضية، ثم انه ومن ناحية اخرى كيف يمكننا ان نحمل المستأجر المسؤولية عن تهدم البناء وبالاخص اذا كان استعماله للمباني تحت الاشراف المباشر والدقيق للمؤجر او احد تابعيه كما هي الحال بالنسبة للبيانات السكنية والتجارية الضخمة والتي يتولى الاشراف المباشر عليها المؤجر او احد تابعيه، ففي دولة الامارات على سبيل المثال، تتولى الشركات عملية الاشراف على الابراج السكنية المستأجرة، وهذه الشركات اما ان تكون مشرفة على المبنى باعتبارها مؤجرة او باعتبارها تابعة للمؤجر وفي =

لا يملكان حق النقص والإزالة، وكذلك قناعتنا بأن واجب الصيانة هو التزام يثقل كاهل المالك أو المتولي على البناء، بيد أن ذلك لا يدفع مسؤولية هؤلاء فيما يخص اخطار المالك أو المتولي<sup>(١)</sup> على البناء، بضرورة التدخل العاجل في كل ما يستدعي اجراء الاصلاحات الوقائية لمنع وقوع الضرر على الغير، ومن وجه آخر وضح لنا بأن صفة حارس البناء، تثبت لمن له السيطرة الواقعية وان لم تكن مستندة الى القانون، لذلك فإن تهدم البناء المخصوب لا تترتب عليه اية مسؤولية في مواجهة المالك أو المتولي عليه، مادام ان الغاصب هو المسيطر الفعلي، وبالمحصلة يكون الاخير مسئول عن جبر الضرر الذي يصيب الغير في حال سقوط البناء كلياً أو جزئياً، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الاماراتية في الطعن رقم ٢٥١ لسنة ٢١ القضائية بان: (لكن كان الاصل في الحراسة لمالك الشيء إلا انه اذا باشر شخص آخر خلافه السيطرة الفعلية على الشيء في الاستعمال والرقابة لحساب نفسه، فإن الحراسة تكون له دون مالك الشيء، سواء انتقلت اليه السيطرة الفعلية على الشيء بإرادة المالك أو دون

---

= كلا الحالتين، تكون السيطرة الفعلية للمؤجر أو تابعه، وحينها لا يمكن تحميل المستأجر المسؤولية، ومخلص من كل ذلك الى ان مسؤولية المستأجر لا تتجاوز التزامه بتبليغ المؤجر اذا كان يمارس السيطرة الفعلية بنفسه على المبنى أو تبليغ من يمارس تلك السيطرة نيابة عنه بما عساه ان يهدد سلامة ومثانة البناء، وبذلك تنتهي مسؤوليته، الا اذا كان المستأجر قد اقام مباني في العين المؤجرة وعندما يكون مسئولاً عن ما تحدثه من ضرر للغير. (انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات وغيرها من الاثماء الخطرة تأسيساً على حراستها، ج ١ تحديد الحراسة، القاهرة ١٩٩٧م، ص ٢٠٣ - ص ٢١٠).

(١) الا اذا ثبت ان ذلك الضرر الواقع، كان بسبب العقار سواء اكان من قبيل الاهمال في الصيانة أو قدم البناء أو وجود عيب فيه أو أي شيء خطر يمكن ان بالداخل ولم يعلمه به واخفاه عنه فادى بسبب ذلك الى الاضرار به قضت المحكمة العليا الاماراتية في الطعن رقم ٢٠١/٧٣م بأن: مالك العقار لا يسأل عما يحدث من ضرر.

ارادته<sup>(١)</sup>. وفي ذات السياق قضت محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٣ قضائية بأن: (حارس الشئ الذي يفترض الخطأ في جانبه، هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يكون له السيطرة الفعلية على الشئ قصداً واستقلالاً سواء استندت سيطرته الى حق مشروع او لم تستند، علماً بأن الاصل في الحراسة ان تكون للمالك مالم يثبت انتقالها الى غيره<sup>(٢)</sup>).

## المبحث الثاني

### مسئولية الحارس عن تهدم البناء وشروط انعقادها

استعرضنا في الاشارات السابقة مسألة مهمة للغاية وهي تحديد صفة حارس البناء، ورأينا ما لذلك من اهمية في تحديد الشخص المسئول عن جبر الضرر الحاصل للغير، بسبب تهدم البناء، ولئن كانت فكرة الحراسة هي مناط المسؤولية، إلا ان تحقق هذه الصفة لا يكفي بحد ذاته لتأسيس المسؤولية عن انهيار البناء، إذ يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية ان يكون الضرر متولد عن تهدم بناء، وحتى تهدم البناء قد لا يكفي لفرض المسؤولية على الحارس، مالم تحقق الموجبات القانونية التي يسأل في مداها الحارس عن الضرر الناجم عن التهدم سواء بصفة كلية أو جزئية، ولذا يتعين علينا ان نناقش الفكرتين تباعاً:

اولاً/ تحديد ماهية البناء:

بالرجوع الى احكام المادة ٣١٥ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، نلاحظ بأن المشرع لم يتناول تعريف محدد<sup>(٣)</sup>، لماهية

(١) انظر رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٤٣٦ - ص ٤٣٧.

(٢) انظر حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ١٤٧ لسنة القضائية ١٩٨٣ تاريخ الجلسة ١٤/٣/١٩٨٤.

(٣) بالنظر للمادة ١٧٧ من القانون المدني المصري يلاحظ بانها لم تضع تعريف محدد لماهية البناء شأنها شأن المادة ٣١٥ من من قانون المعاملات المدنية =

البناء، ونحن نميل الى تأييد هذا الوجه من النظر، فالغالب ان مسألة التعريف تعتبر من المسائل الخاضعة للاجتهادات الفقهية والقضائية، والقول بغير ذلك ينعكس سلباً على مرونة التفسير متى التزمت المحاكم نص القانون، وبداهة ان الشك لا يخامر العقل في ضرورة تحديد مفهوم البناء المقصود في سياق نص المادة ٣١٥ المشار اليها حالاً، والسبب في ذلك ان المسؤولية التقصيرية الناتجة عن تهدم البناء تقوم على شروط وموجبات، تختلف عن مسؤولية حراسة الاشياء، ولذا كانت المحاولات الفقهية والقضائية الجادة في سبيل وضع مفهوم دقيق ومحدد للبناء، وقيل (١) في ذلك "ان البناء هو كل ما شيد الانسان متصلاً بالارض اتصال قرار، بحيث يعتبر عقاراً بطبيعته، دون النظر لنوع المواد التي استعملت في انشائه (٢) ولا للغرض الذي من اجله شيد البناء ولا لكون البناء قد شيد فوق الارض او في باطنها"، وتبعاً لذلك يُعتبر من قبيل البناء كل ما كان في مرحلة التشيد، وليس بالضرورة ان يكون البناء مستديماً (٣) او يتصل

= الاماراتي - بيد ان - المشرع المغربي خالف هذا الوضع عندما حدد بدقة ما يدخل في مفهوم البناء، فالبناء بحسب القانون المغربي يشمل كل ما يهدم في العقار تهدم جزئي كالاشجار والالات المتحركة في البناء والتوابع الاخرى المعتبرة عقارات بالتخصيص، انظر المادة ٨٩ من قانون العقود والالتزامات المغربي الصادر في ظهير ٩ رمضان ١٩١٣ م.

(١) مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج ١، ط ٣، دار القلم، بيروت ١٩٧٤، ص ٥٠٢.

(٢) ولا يفوت الوصف المرغوب فيه للدلالة على البناء، مهما كانت المواد المستعملة في إقامته، إذ يستوي استخدم الخرسانة او الطين او الحديد او الخشب. (انظر عدنان سرحان وعلى احمد صالح المهداوي، مرجع سابق، ص ٢٥٠).

(٣) يستخدم الفقه في اوربا Bluiding and structure هذين المصطلحين للدلالة على البناء وهو استخدام دقيق للغاية، لكون البناء قد يشيد بغرض ان يكون متصلاً بالارض اتصال قرار، ولكن ما عاد هذا النظر الضيق يجد موطاء قدم في ظل الرغبة في توسيع مفهوم البناء فالمباني ليس بالضرورة ان تكون =

بالارض اتصال قرار<sup>(١)</sup>، حيث يدخل في مفهوم البناء المباني المؤقتة، التي تنشأ لغرض معين، ولفترة محدودة، ثم تزول بانتهاء الغرض منها، ومن ذلك المباني المؤقتة التي تنشأ لسكن العمال اثناء فترة تشيد المباني وكذلك الخيام المثبتة على الارض بقوائم حديدية، وبالمحلصة فإن كل الملحقات المتصلة بالبناء اتصالاً وثيقاً بحيث لا يمكن فصلها دون اتلاف البناء تعد بناءً، ويختلف مع البعض في كون المصاعد الكهربائية لا تدخل في مفهوم البناء، فالمقصود بالبناء في هذا السياق هو ليس البناء فحسب، بل الاجزاء المتصل به، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الاماراتية في الطعن رقم ٦٠٥ لسنة ٢٠٠٥ القضائية بأن: (المقصود بالبناء هو مجموعة من المواد مهما كان نوعها، شيدتها يد انسان وتتصل بالارض اتصال قرار، وتعتبر انابيب المياه بناء<sup>(٢)</sup>). وهذا القضاء يؤكد بصورة قاطعة، بأن كل ما يتصل بالبناء ويرصد لخدمته يعتبر بناءً مخصص لخدمة المبنى الرئيس، ولذا لا يمكننا التسليم بأن المصاعد ليست جزءاً من البناء، فالمصاعد اصبحت بالضرورة جزءاً لا يتجزأ من المباني سواء اكانت تجارية او سكنية وبصفة خاصة في البنايات ذات الطوابق المتعددة، فالمصعد لا يختلف عن السلم من حيث غايته، وبالمحلصة يصعب القول بان عقاد مسئولية الحارس عن ما يحدثه تهدم السلم او الدرج وعدم انعقادها عن ما يحدثه انهيار المصعد من اضرار، وبالاخص اذا وضعنا في الاعتبار ان مقدار الضرر المتوقع عند انهيار المصعد الكهربائي يفوق بكثير ما نتوقع حدوثه عند انهيار الدرج.

---

=متصلة بالارض اتصال قرار، ومثال ذلك المباني المؤقت التي تنشأ بطريق التركيب، ثم تنقل الى مكان آخر دون ان يترتب عليها تلف ومن ذلك سكنات العمال والمهندسين اثناء فترة تشيد مشروع معين.  
(١) Cees van dam, ibid, p.٤٦٥l.

(٢) الطعن رقم ٦٠٥ لسنة ٢٠٠٥ القضائية بتاريخ ١٨/١٠/٢٠٠٥ م.

وما يؤيد ذلك استقرار الاجتهادات القضائية على الاخذ بتفسير واسع  
لمفهوم اجزاء البناء<sup>(١)</sup>

ثانياً/ التهدم<sup>(٢)</sup> الكلي او الجزئي للبناء وتسببه في الحاق الضرر بالغير، كشرط  
لانعقاد المسؤولية:

لكي تنعقد مسؤولية حارس البناء، فيتعين أن يصاب الغير بالضرر،  
بسبب تداعي البناء<sup>(٣)</sup>، وعطفاً على ذلك فإن التهدم يحد ذاته لا يعد سبباً  
كافياً لانعقاد المسؤولية، إذ لا مسؤولية دون تحقق الضرر، أما اذا حدث  
الضرر، فليس بالضرورة ان يتهدم البناء بالكامل حتى تمضي لغايات  
التعويض، فالمعنى المراد هو التداعي الكلي او الجزئي، ولذلك لافرق ان  
يكون الضرر قد نتج عن التفكك الكامل للمبان، حيث كانت مما ينشأ  
بالتركيب، كالمبان الحديدية، او يكون بسبب انفصال الحديد عن  
الاسمنت كما هي الحال في البنائات الخرسانية، وقد يكون بانهيار الاخشاب  
التي يتكون منها البناء، فسقوط الشرفة أو انفجار انابيب مياه الصرف

(١) Caselaw reads collapse very broadly and includes to any part of" the construction of any movable or immovable element that is indissolubly connected to the constructions"

(٢) يلاحظ ان المشرع الاماراتي استخدم مصطلح انهيار البناء وليس تهدم البناء، ولما كان الانهيار قد يفيد التهدم الكلي، فإن الادق من حيث التعبير اللغوي والاصطلاحي ان يستخدم لفظ التهدم لانه يفيد التداعي الكلي او الجزئي، ويتدقيق النظر في محتوى نص ٣١٥، يفهم بان الضرر الناتج عن التهدم الكلي او الجزئي يوجب الضمان وقد كان المشرع المغربي اكثر دقة عندما استخدم مصطلحي الانهيار والتهدم كموجب للتعويض. (انظر المادة ٨٩ من قانون العقود والالتزامات المغربي لسنة ١٩١٣م).

(٣) يتعين ملاحظة مسألة هامة للغاية بخصوص التهدم، فالمعنى المقصود في هذا السياق هو تدهم البناء بغير تدخل انسان، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٦٤١ المشار اليه في موضع سابق بالمتن بان: مناط مسؤولية حارس البناء هدم البناء كلياً او جزئياً بغير تدخل انسان. (لمزيد من التفصيل انظر في ذات المعنى غدنان سرحان وعلى احمد صالح المهدي، مرجع سابق، ص ٢٥١).

الصحي أو انفجار انابيب مياه الشرب او سقوط خزان المياه من اعلى سطح البناية أو سقوط المصعد الكهربائي أو سقوط المكيفات المثبتة على جدار المبان أو تشقق<sup>(١)</sup> الجدران وسقوط اجزاء منها ، كل ذلك يدخل في مفهوم التهدم الجزئي ، الذي يكون الحارس مسئولاً عنه ، ويكاد الفقه يجمع على ضرورة تهدم البناء كشرط لانعقاد المسؤولية<sup>(٢)</sup> ، فالضرر الحاصل كنتيجة لتهدم هو الذي يضمنه الحارس تطبيقاً لاحكام المادة ٣١٥ من القانون الاماراتي ، وتقريراً على ذلك لا تنعقد مسؤولية حارس البناء اذا اصاب احد الجيران اثر انفتاح مفاجئ لشرفة المبنى بسبب عاصفة او بفعل شخص ، ولكن ليس من الجائز ان يحدث الضرر بسبب البناء دون ان يتهدم ؟ مثلاً ولو افترضنا جدلاً بأن شخص ما اصاب بالضرر نتيجة لاصطدامه بجدار عمود لاكثر من المسافة التي يسمح بها القانون ، أو حيث قصر المالك أو الحارس في وضع الانارة الكافية امام امام بوابة المبنى ، وتمخض عن ذلك اصطدام احد عابري الطريق باجزاء البناء مما تسببه له في الاذى؟ وبحسب السائد في غالب التقنيات ، فإن ضمان الضرر مرتبط بالتهدم ، ومن جانبنا نميل لمراجعة هذا النظر ، ذلك لأن الضرر الحاصل من البناء قد لا يكون بسبب التهدم ، فمثلاً لو تقاعس أو حارس البناء في واجبه القانوني ، المتمثل في الالتزام بعدم بناء جدار بما يخالف المسموح به في المثال الاول ، بينما قصر في التزامه القانوني بعدم وجود الانارة الكافية في المثال الثاني ، والملاحظ انه في الحالتين ، حدوث الضرر بصفة مباشرة بسبب البناء ، اما التقصير فكان مجرد سبب افضى لوقوع الضرر ، وتأسيساً على

- (١) تطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاردنية بان : (اذا كان التشقق في البناء عند تسليمه عادياً ولا يؤثر على متانة البناء. وان التشقق الذي حصل في السنة الاخيرة يعد عيباً يحتاج الى اصلاح ومعلوم ان هذا العيب والذي يؤثر على سلامة البناء يعتبر تهدم جزئي) انظر الطعن رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٤ قضائية .
- (٢) بحسب ما نعتقد ان اشتراط تهدم البناء كموجب للمسئولية هو تصور منقوص ، ذلك لكون التهدم مرتبط بتفصير مالك البناء او المتولي عليه في اجراء الصيانة وموالاته البناء بالرعاية ، لكن تفصير المالك قد لا يرتبط بعمليات الصيانة والاصلاح ، فالتقصير قد يكون بإنشاء مبان مخالفة ، فيحصل الضرر بسببها دون ان تنهار سواء بصفة كلية او جزئية.

ما تقدم فإن الضرر الذي يصيب الغير، قد يكون بسبب البناء دون تهدمه، وعند ما يتحمل الحارس المسؤولية متى كان متعبداً او مقصراً، وقد اكد القضاء الفرنسي هذا الوجه من النظر و"قضي بتطبيق احكام المادة ١٣٣٦ على الضرر الناجم عن سقوط بعض الحجارة من اعلى سقف بناء منحتي<sup>(١)</sup>" اما حيث كان الضرر ناتج عن خطأ المضرور نفسه دون تعدي او تقصير من جانب الحارس، فلا سبيل للقول بان عقاب مسؤوليته، وبالنظر للقانون الإنجليزي نلاحظ بأن المسؤولية عن الضرر الناجم عن تهدم البناء تقوم على اهمال المالك في الصيانة او الاصلاح وكذلك تقوم على تقصير في أي واجب او التزام قانوني مفروض عليه متى كان ذا صلة بالبناء<sup>(٢)</sup>، ويستفاد من ذلك انه اذا احدث مالك البناء تعلقاً يخالف القانون وتنتج عنها حجب الضوء والهواء عن جاره وتخصض عن ذلك ضرر، فالمالك مسئول عن ضمان الضرر الذي تسببه فيه بالتعليق، عليه نقترح ان يتبنى المشرع الاماراتي تعديلاً يقضي بان يكون مالك البناء او المتولي عليه مسئولاً عن ضمان الضرر الذي يحدث للغير كنتيجة لتهدم البناء او بسببه الا اذا ثبت عدم تعديه او تقصيره.

ثالثاً/ المعالجة الوقائية لمنع تهدم البناء:

احتلذي القانون الاماراتي مثال بعض التقيينات<sup>(٣)</sup> فقرر بين احكام المسؤولية عن البناء، قاعدة خاصة بشأن ما يتخذ من التدابير الوقائية التي لا

(١) Referred to by Cees van dam, ibid, p. ٤٦٣

(٢) Cees van dam, ibid, p.٤٦١-p٤٦٢

(٣) " The is liable for unsafe condition of the building.This includes unfinished constructions-workplaces-and parts of consructions.If, for example, a building burns down because of unsafe electrical cable or gas pipe, then this forms the basis of liability of the owner.However, arson doesnot fall under this meaning,nor do force majeure,e.g.lightning,earthquakes.ect".(Burggemeier,m odernsing civil liability law in Europe,China,Brazil and Russia:text and commentaries. Cambridge university press, ٢٠١١. p١٠٦. p١٠٧)



تنطوي على معنى التعويض، حيث يكفي ان يتحقق مجرد معنى التهديد بوقوع الضرر<sup>(١)</sup> لإعمال هذه القاعدة، كالبنائيات الآيلة للسقوط بسبب وجود تسريب في انابيب المياه او شروخ بالجدران او لعب ظاهر في التصميم، ومهما كانت الاسباب فإن المعنى المقصود في هذا السياق هو تحقق معنى التهديد بحدوث الضرر دون وقوعه فعلاً، ولمن يتهدده هذا الضرر ان يكلف المالك دون الحارس باتخاذ ما يلزم من تدابير لدرء الخطر، فإذا لم يستجب مالك البناء لهذا التكليف، جاز للمحكمة ان تأذن لمن يتهدده الضرر، ان يتخذ كل مايلزم من تدابير تحوطية توفيقاً لما قد يحدث من ضرر ويكون ذلك على حساب مالك البناء<sup>(٢)</sup>.

البادي لأول وهلة ان المشرع جعل عبء الصيانة الوقائية مقتصرأ على مالك البناء دون غيره، حيث تعرضت الفقرة الثانية من المادة ٣١٥ لمالك البناء ولم تأتي على ذكر متولي الرقابة، وهذا النظر معمول به في كل من القانون المصري والمغربي<sup>(٣)</sup>، وبحسب ما نعتقد فإن المشرع جعل المالك هو المسئول عن الصيانة الوقائية، باعتبار ان الاصل في الحراسة ان تكون للمالك دون غيره، وحتى اذا انتقلت الحراسة لغيره، فيكون ذلك مجرد استثناء من الاصل، كما ان اخطار المالك بضرورة التدخل العاجل لاجراء مايلزم منعاً لضرر يجعله في موضع التقصير، فاذا امتنع عن الاستجابة جاز

---

(١) بطبيعة الحال يتعين ان تكون الخشية من انهيار البناء، قائمة على اسباب معتبرة، فالامر لا يكون مجرد ظنون ومزاعم لا تستند الى اساس، بل يتوجب على المحكمة ان تلتفت عن كل الادعاءات المجردة من الدليل، وحتى يفرض ان الشخص المهدد بوقوع الضرر قام بالصيانة المستعجلة، ثم عرض الامر على المحكمة من اجل تحميل المالك ما اتفق، فعندها لا يزال الامر بيد المحكمة وهي بالضرورة تستعين في هذه الاحوال بمن له الخبرة الفنية في هذا المجال.

(٢) انظر المادة ٢/٣١٥ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٢) لسنة ١٩٨٥م.

(٣) انظر المادة ٩٠ من قانون العقود والالتزامات المغربي الصادر في ١٩١٣م - وكذلك المادة ١٧٧ / ٢ من القانون المدني المصري الصادر في ١٩٤٨م.

للمحكمة أن تاذن لمن يتهدهه الخطر، ان يقوم على نفقة المالك بكل ما هو ضروري لدرء وقوعه ، ومن جانبنا نرى بأنه يجوز للمهندس بالضرر، ان يجري الاصلاحات الضرورية، دون الحاجة الى تصريح من المحكمة، وبالاخص في حالات المستعجلة التي لا تحتمل التأخير، ثم تقدر المحكمة بعد ذلك توافر صفة الاستعجال ، و بناءً على ذلك اذا قام من يتهدهه الضرر باجراء الترميمات الضرورية لمنع سقوط البناء، دون اذن المحكمة عليه ان يقدم الدليل على توافر حالة الاستعجال التي منعت من اللجوء للمحكمة ابتداءً، وتفريعاً على ذلك ، نقترح ان يضيف المشرع الاماراتي فقرة تقضي بجواز اجراء الصيانة المستعجلة من قبل من يتهدهه الخطر دون اذن المحكمة في الحالات المستعجلة ثم اللجوء للمحكمة لا قناعها بتوافر حالة الاستعجال.

#### رابعاً / التعدي أو التقصير:

بعكس الوضع عما هو في بعض التقيينات<sup>(١)</sup> لم يتعرض المشرع الاماراتي ، لشروط مفصلة بشأن انعقاد المسؤولية عن تهدم البناء، إذ اكتفى بوضع قاعدة عامة دون إيراد الامثال، والقاعدة هي ثبوت التعدي أو التقصير المفروض في جانب الحارس ، وبالتالي يتحمل المسؤولية الناجمة عن التهدم مالم ينفي عدم تعديه او تقصيره<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر المادة ١/١٧٧ من القانون المدني المصري - وكذلك المادة ١٣٣٦ من القانون المدني الفرنسي كلاهما ذهب لتحديد شروط موجبة للمسؤولية وهي الاهمال في صيانة البناء او قدم البناء او وجود عيب فيه، وان كانا نعتقد بأن هذه الاسباب وردت على سبيل المثال وليس الحصر، مما يعني ان مهما يكن من امر التهدم فإن الحارس يسأل عن ضمان الضرر الناتج عن ذلك بغض النظر عن السبب الذي ادى لتهدم مالم يثبت عدم التعدي او التقصير المفروض في جانبه .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي ، مرجع سابق ، ص ٣١٩.

١- التعدي: المراد بالتعدي الا يكون للفاعل حق في اجراء الفعل الذي حصل منه الضرر، وقد يتعمد الشخص الفعل ولا يقصد الضرر ومع ذلك يتحقق الضرر كمحصلة غير مقصودة لفعله المتعمد، ويتفرع عن ذلك انه اذا كان الاضرار بالمباشرة، فعندئذ لا يشترط التعمد ولا التعدي، اما اذا كان الاضرار بالتسبب، فعندها يشترط التعمد او التعدي، وبحسب قواعد الفقه الاسلامي فإن: (المباشر ضامن ولم لم يتعمد) اما (التسبب لا يضمن الا بالتعمد والتعدي).

على ضوء ما سبق يكون الاضرار بالمباشرة اذا انصب فعل الإتلاف على الشيء نفسه ويسمى المحدث (فاعل مباشرة) ومثال ذلك اذا قام شخص بكسر شرفة منزل، ويكون الضرر واقعاً بالتسبب؛ باتيان فعل في شيء آخر فيفضي الى اتلاف الشيء مثلاً، كقطع سلك كهربائي معلق به مصباح وانكسر، فهذا الاتلاف للسلك الكهربائي بالمباشرة، اما الضرر الذي حصل للمصباح فيكون بالتسبب، اساس التفرقة بين المباشرة والتسبب أن المباشرة علة مستقلة بحد ذاتها وسبب للاضرار بذاته، ولذا لا يجوز اسقاط حكم المباشرة بداعي عدم التعمد او عدم التعدي، اما التسبب فليس بالعلة المستقلة ويلزم ان يقترن فيه الفعل بصفة التعمد أو التعدي حتى يترتب عليه الضمان<sup>(١)</sup>، ويتطبيق كل ما ذكر على تهدم البناء، فمخلص الى أنه يشترط لقيام مسؤولية مالك البناء او المتولي عليه، ان يكون متعدياً، ولكن كيف يكون ذلك؟ التعدي يكون باجراء مالك البناء أو المتولي بفعل ليس من حقه القيام به، فلو قام حارس البناء بتشييد مظلة خارجية، مخالفاً بذلك قيماً قانونياً يمنع تشيد هذه المظلة، ثم هبت رياح فسقطت المظلة على احد المارة، فتسبب له ذلك بكسر في يده، فعندئذ يكون الضمان للضرر هو الحارس بسبب التعدي، ولا يغير في وجه القول

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

كون الحارس لم يقصد الضرر، لأن التسبب ضامن بالتعمد أو التعدي، وذات الامر ينطبق في حال قام المالك أو من له السيطرة الفعلية بتشيد سياج للبنية، دون ان يكون له الحق في ذلك، او قام بتشيد شرفة بخلاف الحد المسموح به، ثم سقطت طائرة في السياج أو الشرفة فتضرر الغير من جراء سقوط السياج أو الشرفة، فالضمان يكون على حارس البناء، ويتعين علينا ملاحظة مسألة مهمة وهي ان التعدي في سياق نص المادة ١/٣١٥ من القانون الاماراتي يقصد به الفعل الايجابي الذي يتجاوز الحد القانوني المسموح به، ولا يشترط فيه توافر القصد أو النية، ولذلك فإن تحقق الضرر كافيًا بحد ذاته لتأسيس مسؤولية المتعدي عن الضمان دون القصد، وبالتالي يستوي ان يكون المتعدي شخص كامل الاهلية أو شخص غير مميز او معتوه او ذو غلقة<sup>(١)</sup>، إذ يترتب الضمان على هؤلاء لمجرد التعدي بالفعل<sup>(٢)</sup>.

## ٢. التقصير:

تتعقد مسؤولية حارس البناء في حال تقصيره في اداء واجبه القانوني وبالإخص اذا افضى ذلك الى وقوع ضرر بالغير، والتقصير في اعتقادنا يختلف عن التعدي، لكون التقصير قد يكون بالامتناع عن القيام بواجب قانوني او التزام ويكون مؤدى ذلك الحاق الضرر بالغير، وهي صورة سلبية للتقصير، اما الصورة الايجابية فتكون بقيام صاحب البناء بخطوات ايجابية ولكنه لا يفعل ذلك على الوجه الاكمل<sup>(٣)</sup>، وباستعراض الوضع

(١) يلاحظ بأن الفقه الاسلامي يركز على مسألة تعويض الضرر بغض النظر عن توافر الاهلية في شخص المتعدي، ففي ضمان الاموال على وجه الخصوص لا فرق بين العمد والخطأ وبين كامل الاهلية وعديم الاهلية او ناقص الاهلية، فالمسؤولية في الفقه الاسلامي تقوم على الضرر. (انظر المادة ٩١٦ من مجلة الاحكام العدلية).

(٢) انظر فوزي فيض الله، فصول من الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، ص ٤٥.

(٣) يذهب الفقه الاسلامي الى انه يستوي في التعدي ان يكون لمر ايجابياً: كالاتلاف او الاحراق، او امراً سلبياً: كالاتناع عن تقديم الدواء او الطعام للسجين او =

في التقنين المدني الاماراتي يظهر بأن المشرع قد اكتفى بذكر المبدأ العام وهو التقصير دون أن يجعل من منهجه أيراد تطبيقات (١) من شأنها التغيير والتبدل وبالاخص في ظل تغير المعايير والمفاهيم الخاصة بإنشاء البناء او تهدمه ، حيث تبقى المسائل الفنية بوجه دائم منوطة برأي اهل الخبرة في هذا الخصوص ، وتبعاً لذلك فإن تهدم البناء بسبب عيب في انشائه او لإهمال في الصيانة او لقدم البناء ، كلها مجرد تطبيقات لتقصير الحارس في القيام بواجبه او القيام به بصورة منقوصة ، وتأخذ الامور وضعاً عكسياً في القانون المصري ، حيث نص المشرع على حالات التقصير الموجبة لمسئولية الحارس عند تهدم البناء ، دون ان يتطرق لمصطلح التعدي ، كمعيار لتأسيس المسئولية عن الضرر المترتب على سقوط البناء .

نخلص من كل ذلك الى ان القانون الاماراتي لا يختلف عن نظيره المصري ، من حيث تحميل الحارس المسئولية كنتيجة لتقصيره في واجب مولاة البناء بالرعاية ، ومع ذلك نرى ان الاتجاه المعمول به في القانون الاماراتي يسمح بتوسيع فرص المتضررين من وراء تهدم البناء في نيل حظهم من التعويض ، وبصفة خاصة اذا وضعنا في الاعتبار المفهوم الواسع

---

= المحتاج حتى مات ، حيث يكون ذلك موجباً للضمان . (انظر وهبة الزحيلي : الفقه الاسلامي وادلته ، ج ٩ ، ط ٦ ، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠٠٨ م ، ص ٦٦٧ .

(١) تكفل القضاء الاماراتي ببيان هذه التطبيقات ، حيث جاء في معرض تناول المحكمة العليا الاماراتية لوقائع الطعن رقم ٦٠٥ لسنة ٢٠ قضائية : ولما كان من المقرر ان مالك البناء هو المطالب بتعهد البناء وموالاته باعمال الصيانة والترميم فإذا قصر في ذلك كان مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الغير بهذا التقصير ولا يعفيه من المسئولية ان تكون شركة الصيانة قد التزمت بأن تقوم باعمال الترميم والصيانة اللازمة للبناء إذ على المالك إخلاءً لمسئولته إزاء الغير أن يتحقق من قيام شركة الصيانة بما التزمت به في هذا الشأن "انظر الطعن رقم ٦٠٥ لسنة ٢٠ قضائية ، جلسة الاربعاء الموافق ١٨ أكتوبر سنة ٢٠٠٥ ، مجموعة الاحكام والمبادئ القانونية ، ص ١٣٢ .

لتعدي والذي يركز بصفة اساسية على فكرة الضرر دون ان يلقي بالأل لتوافر العنصر المعنوي بالنسبة للمتعدي بالفعل المفضي بالتسبب لوقوع الضرر.

### المبحث الثالث

#### الاساس القانوني لمسئولية حارس البناء ووسائل دفعها

رأينا حالاً الجوانب المتعلقة بشروط قيام مسئولية الحارس الناشئة عن تهدم البناء، كما لاحظنا بأن القانون الاماراتي لم يهتم بإيراد تطبيقات او شروط حتى يؤسس عليها هذه المسئولية، حيث اكتفى المشرع بالنص على القواعد العامة، وهي ان يصاب الغير بالضرر كنتيجة لتهدم البناء متى ما فشل حارس البناء في نفي تعديه او تقصيره، ولا يختلف الوضع في التقنين المصري، حيث تنعقد المسئولية متى كان الضرر هو محصلة لتهدم البناء، وبصفة خاصة اذا فشل المالك او حارس البناء، في اثبات ان الضرر لا يعود لاهمال في الصيانة او عيب في البناء او قدمه، لكن هل ثمة اتفاق بين التقنين حول الاساس الذي تنبني عليه هذه المسئولية؟ وهل الاساس الذي تنبني عليه مسئولية الحارس محل اجماع؟ وهل يمكن للحارس دفع مسئوليته؟ كل ذلك سنحاول الاجابة عنه من خلال استعراض الوضع في التقنين الاماراتي ومع الاشارة للوضع في التقنينات المقارنة :

#### اولاً/ الاساس القانوني لمسئولية حارس البناء :

يمضي بعض الفقه<sup>(١)</sup> الى ان الاساس الذي تقوم عليه مسئولية حارس البناء، هو خطأ مفترض في جانبه، ولكن هذا الافتراض قابل لإثبات العكس، لأن تهدم البناء ما هو الا قرينة قانونية بسيطة تدل على خطأ الحارس، لإهماله في اجراء الاصلاحات او الترميمات الضرورية أو

(١) رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٤٣٩ - كذلك انظر احمد حشمت ابوستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبدالله وهبة، مصر ١٩٤٥م، ص ٣١٠.

الصيانة الدورية والتي مؤداها منع سقوط البناء ، ويجوز للحارس وفق هذا النظر ان ينفي عن نفسه الخطأ بتقديم الدليل على ان البناء، لم يكن في حاجة الى اصلاحات أو تجديدات ، وان الانهدام لا يعود الى اهمال في الصيانة او الى عيب قديم في البناء ، كما يجوز للحارس وفقاً لهذا الرأي ان يقيم الدليل على انه يواظب على كل ما يلزم من تدخلات من شأنها ان تمنع تداعي البناء، فإن لم يفعل ، يكون تداعي البناء عائد لخطئه المفترض ، وبالنتيجة يصبح مسئولاً عن جبرر الضرر الواقع على الغير، مالم يقدم الدليل الذي ينفي علاقة السببية بين خطئه والضرر الناجم عن التهدم.

وخلافاً لرأي المتقدم انتهى القضاء المصري في الطعن رقم ٣٨٦٩ لسنة ٦١ القضائية الى أن مفاد نص المادة ١٧٧/١ من القانون المدني : ان مسئولية حارس البناء عن الضرر الناشئ عن تهدم البناء كلياً او جزئياً تقوم على خطأ مفترض في جانب الحارس لا يقبل إثبات العكس. وفي ذات السياق قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٦١٦ لسنة ٤٦ القضائية بأن: مسئولية حارس البناء تقوم على خطأ مفترض في جانب الحارس بإهمال صيانة البناء أو التجديد أو الإصلاح ، وهو خطأ لا يقبل إثبات العكس بإقامة الدليل على قيامه بالصيانة أو التجديد أو الإصلاح<sup>(١)</sup>. كما قضت ذات المحكمة في الطعن رقم ٢٣٤٨ لسنة القضائية ٥٣ بأن: مسئولية حارس البناء. قامها على خطأ مفترض في جانبه لا يقبل اثبات العكس.

(١) يذهب بعض الفقه الاماراتي الى خلاف هذا القضاء ، حيث يجوز للحارس وفقاً لهذا الوجه من النظر ان يتخلص من المسئولية ، متى قدم الدليل المقنع للمحكمة ، بانه قام بواجب الصيانة بما يقتضيه من العناية (انظر عدنان السرحان وعلي المهداوي، مرجع سابق ، ص ٢٥٢ .

ويتأمل اجتهادات محكمة النقض المصرية ، يظهر بأن المستقر في قضاء هذه المحكمة هو قيام مسئولية حارس البناء على خطأ مفروض في جانبه لا يقبل اثبات العكس ، فالخطأ المفروض في جانب الحارس ، ما هو الا قرينة قاطعة ، حيث لا يجوز للحارس دحضها بنفي الخطأ المفترض. وقد مضى القضاء الاماراتي الى ذات المبدأ ، حيث جاء في الطعن رقم ٦٠٥ لسنة ٢٠ القضاية ما يلي : "رتب القانون بمقتضى المادة ٣١٥ الضمان على مالك البناء أو المتولي عليه إلا اذا انتفى التعدي أو التقصير وذلك على اساس الخطأ المفروض"<sup>(١)</sup>

ويعكس النظر السابق ، يرى البعض ان مسئولية الحارس قد يكون مردها الى افتراض الخطأ الشخصي للحارس افتراضاً قابل لإثبات العكس ، كما يمكن ان تقوم مسئولية الحارس على اساس انه الضمان لخطأ الحراس السابقين للبناء ، وتبعاً لهذا الرأي فاذا لم يستطع الحارس نفي خطئه الشخصي ، فعندئذ يكون مسئولاً على اساس الخطأ المفترض ، اما اذا ما نجح في نفي الخطأ فيكون مسئولاً باعتباره ضامناً لأخطاء الحراس السابقين<sup>(٢)</sup>.

ويتدقيق النظر في هذا الرأي نلاحظ بأنه لا يتوافق مع المعمول به في القانون الاماراتي أو المصري ، حيث لا يجوز لحارس البناء في كلا القانونين ان يثبت عدم وقوع الخطأ من جانبه ، اما من حيث ضمان الحارس لخطأ غيره ، فهو قولٌ يتعارض مع احكام نص المادة ٣١٥ من القانون الاماراتي والمادة ١٧٧ من القانون المصري ، حيث اجازت هاتين المادتين لمالك البناء أو المتولي عليه ان يثبت عدم تعديه أو تقصيره في القيام بواجب الصيانة

(١) الطعن رقم ٦٠٥ لسنة ٢٠ القضاية ، مجموعة الاحكام والمبادئ القانونية ، الجزء ، ص ١٣٢٤ .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٢ ، ص ٢٨٣ .



والتجديد، وبالنتيجة اذا تمكن الحارس من دفع مسؤوليته، فعندئذ يكون الافتراض الثاني في اوهن حالاته.

وفي محاولة اخرى، انتهى البعض الى قيام مسؤولية الحارس على خطأ مفترض يتكون من شطرين، اما الاول فهو السبب انهدام البناء وهو قابل لإثبات العكس، اما الشطر الثاني فهو ان الاهمال في الصيانة او التجديد او الاصلاح المنسوب للحارس، وبالتالي فإن المسؤولية تقوم على اساس الخطأ المفترض افتراضاً لايقبل دحضه بالدليل العكسي<sup>(١)</sup>، ويبدو ان هذا الرأي هو الاقرب للإتجاه السائد في التقنين الاماراتي ونظيره المصري، حيث يفترض الخطأ في جانب الحارس بمقتضى نص المادة ١٧٧ من القانون المصري مالم يتم بتقديم الدليل على ان انهدام البناء لم يكن بسبب اهماله في الصيانة او قدم في البناء او عيب فيه، وقد عبر المشرع الاماراتي عن ذات الفكرة بقيام مسؤولية حارس البناء مالم يثبت عدم تعديه او تقصيره.

**خلاصة القول ان الخطأ المفترض<sup>(٢)</sup> في جانب الحارس الذي تقوم المسؤولية فحواه أن التعدي او التقصير او الاهمال في الصيانة او قدم البناء او وجود عيب فيه هو امرٌ منسوب للحارس ولا يجوز اثبات عكس هذا الافتراض، بينما يجوز اثبات عدم التعدي او التقصير، أي السبب الذي ادى لتهدم البناء.**

---

(١) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، ط المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت: لبنان، ١٩٩٨، بند ٧٢١.

(٢) يلاحظ ان القانون الفرنسي لا يجعل المضرور في وضع افضل في حال تهدم البناء، حيث تنص المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي على مسؤولية مالك البناء عن الضرر الحاصل بسبب تهدمه، ولكن يشترط ان يثبت المضرور بان التهدم يعود لاهمال في الصيانة او لقدم البناء او لوجود عيب فيه، ولا شك ان المشرع الاماراتي ونظيره المصري وضع المضرور في وضع افضل عندما نقل عبء الاثبات على عاتق حارس البناء.

## ثانياً / اسباب انتفاء مسؤولية الحارس:

ان الخطأ المفروض في جانب الحارس لا يعني في مطلق الاحوال عدم إمكانية تفادي المسؤولية، حيث نص القانون الاماراتي على جواز التخلص من ضمان الضرر متي كان مالك البناء او المتولي عليه قادراً على اثبات عدم تعديه أو تقصيره<sup>(١)</sup>، ولكن ماهو المطلوب لنفي المسؤولية، وفق ما ذكرنا فإن الخطأ المفروض في جانب الحارس، يعني عدم جواز نفي كون الاهمال او التعدي او التقصير منسوب اليه، وعليه يكون بنفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر، ومثال ذلك إثبات القوة القاهرة او خطأ الغير أو خطأ المضرور<sup>(٢)</sup>، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٨٦٩ لسنة ٦١ القضائية : بأن مسؤولية حارس البناء - قيامها على خطأ مفترض في جانبه لا يقبل اثبات العكس - وانتفاؤها بنفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر - وسبيل ذلك - إثبات القوة القاهرة او خطأ الغير او خطأ المضرور نفسه<sup>(٣)</sup>. كما قضت ذات المحكمة في الطعن ٦١٦ لسنة ٤٦ القضائية والمشر اليها في موضع سابق، "بأن مسؤولية حارس البناء تقوم قانوناً عند تدهم البناء كلياً او جزئياً وهي تستند الى خطأ مفترض في جانب الحارس بإهمال صيانة البناء او التجديد او الاصلاح وهو خطأ لا يقبل اثبات العكس، وان كانت المسؤولية تنتفي بنفي السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الضرر، بإثبات ان وقوع

(١) حيث جاء في المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي مايلي: وقد روي تقرير الضمان الا اذا ثبت عدم التعدي او التقصير وبعبارة اخرى اذا كان الضرر بسبب لا يكن التحرز منه (انظر المذكرة الايضاحية، مرجع سابق، ٣١٩).

(٢) أحمد حشمت اب ستيت، مرجع سابق، ص ٣١٠.

(٣) نقض مصري الطعن رقم ٣٨٦٩ لسنة القضائية ٦١.

التهدم ولو كان جزئياً لا يرجع الى اهمال في الصيانة او قدم في البناء او عيب فيه وإنما يرجع الى قوة قاهرة او خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه<sup>(١)</sup>"

كما ذهب القضاء الاماراتي الى تقرير ذات المبدأ، وان كانت المحكمة العليا الاماراتية قد عبرت عن الفكرة بصيغة اخرى، حيث جاء في الطعن رقم ٦٠٥ لسنة ٢٠٠٥ القضائية ان: "الضمان مقرر على مالك البناء أو المتولي عليه، إلا اذا ثبت عدم التعدي أو التقصير، وبعبارة اخرى اذا كان الضرر بسبب لا يمكن التحرز منه" ولكن ما المقصود بعبارة "سبب لا يمكن التحرز منه"<sup>(٢)</sup> بحسب ما نعتقد المقصود هو ذات الاسباب التي اشار اليها القضاء المصري، وبالتالي يجوز للمالك او من ينوب عنه هدم قرينة الخطأ المفترض في جانبه، حيث استطاع على سبيل المثال ان يبرهن للمحكمة بأن التهدم حدث بسبب زلازل، او انه يرجع الى خطأ المضرور نفسه، كما لو انحرف سلوك المضرور عن معيار الرجل العادي وجلس على شرفة في حالة لا تسمح له بذلك، ثم حدث الانهيار، ولا يستطيع حارس البناء في تقديرنا ان ينفي مسؤوليته لمجرد اثبات خطأ الغير، فالحارس ضمان للضرر الذي يحدث كنتيجة للتهدم البناء حتى لو كان السبب يعود للمالك السابق او المستأجر، اما حيث كان التهدم راجع لعيب في التصميم او التشيد، فينبغي ابتداءً تحميل الحارس التعويض، ومن بعد ذلك يحق له الرجوع بالتعويض على المهندس او المقاول متى اقام الدليل على خطأ أي منهما<sup>(٣)</sup>.

(١) نقص مصري ٦١٦ لسنة القضائية ٤٦ .

(٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٦٠٥ لسنة القضائية ٢٠٠٥ مشار اليها في موضع سابق.

(٣) وقد ذكرنا في موضع سابق بأن تحميل الحارس مسؤولية الضمان، لايعني عدم قدرته على الرجوع بما ادى متى اثبت بان التهدم يعود لعيب من جانب المقاول او المهندس، وهذا النظر نرى فيه انصافاً للمضرور، لكون الاخير لا ترتطه أي =

## الختامة

في ختام هذا البحث يمكن ابداء الملاحظات والمقترحات الآتية:

### أولاً : الملاحظات .

- ١- اتجاه التقنيات الحديثة والاحتياجات القضائية نحو التوسع في تحديد المفهوم القانوني لحارس البناء.
- ٢- زوال فكرة التمسك بتهدم البناء كاساس لقيام مسئولية الحارس، إذ يكفي مجرد التهديد بمخاطر التهدم.
- ٣- عدم الاشارة للمعالجة القانونية في حال قام المهدد بمخاطر تهدم البناء دون الحصول على اذن المحكمة.
- ٤- عدم الاشارة للمعالجة القانونية في حال حدوث الضرر بسبب البناء دون تهلّمه.
- ٥- عدم الاشارة لتحديد صفة الحارس في حال وحوادث نزاع بشأن الحيازة امام المحكمة.
- ٦- عدم وضوح مسئولية المستاجر في حال تهدم البناء مع وجود تقصير في جانبه بعدم ابلاغ المالك بما عساه ان يهدد سلامة العين المؤجرة.
- ٧- عدم وضع حلول قانونية في حال استطاع الحارس ان ينفي المسئولية بإثبات خطأ الغير وبالاخص فيما يتعلق بالمسئول المباشر امام المتضرر، هل هو الحارس وله حق الرجوع على من ثبت خطئه ام هو الغير المتسبب في الخطأ.

---

=صفة تعاقدية = مع الحارس او غيره، ولا نرى انصافاً في جعله في موقف معقدة للغاية وبالاخص حيث نجح المالك في نفي مسئوليته بإثبات خطأ الغير، فعندها يدور النزاع بين المضرور وهذا الغير مما يترتب عليه الحاق الاذي به مرتين، الاولى عندما اصيب بالضرر، اما الثانية فبتعطله عن نيل التعويض.

٨- عدم وجود اشارة في القانون الاماراتي لمن يتحمل المسؤولية الناشئة عن تهدم البناء تجاه الغير في حال تعدد الملاك او من يقوم مقاهم.

### ثانياً: المقترحات

١- نقترح ان يتبنى المشرع الاماراتي نص يقضي بمايلي: اذا تعدد المسؤولون عن الضرر الناشئ عن تهدم البناء يكون كل منهم مسئول بقدر حصته.

٢- نقترح تعديل الفقرة الاولى من المادة ٣١٥ من قانون المعاملات المدنية لتقرأ كمايلي: الضرر الذي يحدثه للغير انهيار البناء كله او بعضه او الذي يحدث بسبب البناء يضمنه مالك البناء او المتولي عليه الا اذا ثبت عدم تعديه او تقصيره.

٣- كما نقترح اضافة فقرة جديدة لنص المادة ٣١٥ تقرأ كمايلي: اذا قام من يهدده خطر من البناء باجراء ما يلزم من تدابير وقائية لدرء الخطر في حال امتناع المالك دون الحصول اذن المحكمة، فيتعين عليه اثبات حالة الاستعجال التي حالت دون اللجوء للمحكمة.

٤- نقترح اضافة فقرة جديدة لنص المادة ٣١٥ من القانون الاماراتي تقضي بمسؤولية المستأجر عن تهدم المباني التي اقامها باذن المؤجر او بدون اذنه.

٥- نقترح اضافة فقرة تقضي بحق المتضرر في نيل حظه من التعويض ممن تثبت له صفة الحارس وان استطاع الاخير نفي المسؤولية عن نفسه بإثبات خطأ الغير، وبحق للحارس الرجوع على من ثبت خطئه بالتعويض.

## المصادر والمراجع

### أولاً: المراجع العربية

١. احمد على صالح المهدي، الوجيز في شرح احكام التسجيل العقاري بامارة الشارقة، مكتبة الجامعة احدي شركات نمو العلمية، ط ١٢٠١٧ م .
٢. رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٤٣٩- كذلك انظر احمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٤٥ م .
٣. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، ط المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت: لبنان، ١٩٩٨، بند ٧٢١.
٤. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.
٥. عدنان السرحان وعلى احمد صالح المهدي ويوسف عبيدات، الموجز في شرح مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، مكتبة الجامعة، الطبعة الاولى ٢٠١٥.
٦. عدنان سرحان، احكام البيع في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، مكتبة الجامعة، الطبعة الاولى ٢٠١٥ م، ص ١٨٦.
٧. على احمد صالح المهدي، الموجز في شرح الحقوق العينية في قانون المعاملات المدنية، دار الامارات الحديثة للطباعة والنشر، ط ٢٠١٦ م .
٨. فوزي فيض الله، فصول من الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت .
٩. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج ١، ط ٣، دار القلم، بيروت ١٩٧٤.

## ثانياً: المراجع الأجنبية:

1. Cees van dam, European law, fourth edition, oxford university press 2013
2. Gert Bruggemeier, modernising civil liability in Europe law, China, Brazil and Russia, texts and commentaries, Cambridge university press, 19 may 2011.

## ثالثاً: القوانين والمذكرات الايضاحية.

١. قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٢). لسنة ١٩٨٥ م
٢. القانون المدني المصري الصادر في سنة ١٩٤٨ م
٣. قانون العقود والالتزامات المغربي الصادر في ١٩١٣ م.
٤. القانون المدني الجزائري الصادر في سنة ١٩٧٠ م
٥. المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧ م

---

---

**الإطار القانوني للعقد المرن  
لإنشاء البرمجيات**

---

---

**دكتور/ سامح عبد الواحد التهامي**



## الإطار القانوني للعقد المرن

### لإنشاء البرمجيات

دكتور/ سامح عبد الواحد التهامي

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق

جامعة الزقازيق

بسم الله الرحمن الرحيم

### المقدمة

عقود إنشاء البرمجيات هي عقود يتم إبرامها بين مبرمج وأحد العملاء لإنشاء برنامج يتوافق مع احتياجات هذا العميل، فمثلاً إذا كان العميل منشأةً طبيةً فإنه يطلب إنشاء برنامج لإدارة العمل الطبي بالمنشأة، وإذا كان العميل محامياً فإنه يطلب إنشاء برنامج لإدارة مكتب المحاماة.

والأصل أن يتم إبرام هذا العقد في صورته التقليدية بشكل جامد بحيث يتم تحديد التزامات كل طرف بطريقة مسبقة في العقد، فتحدد التزامات المبرمج في إنشاء برنامج محدد المواصفات وتسليمه في وقت محدد، والتزام العميل بدفع مبلغ نقدي محدد في العقد.

عزف المبرمجون عن إبرام عقد إنشاء البرمجيات بشكله التقليدي؛ لأنهم وجدوا أن هذا العقد قد أثر سلباً على إنشاء البرمجيات؛ وذلك لأن المبرمج يهتم بضغط النفقات على حساب الجودة في إطار السعر المحدد سلفاً في العقد، وأن أي تعديل في السعر أثناء القيام بخطوات إنشاء البرنامج تحتاج إلى اتفاق بين العميل والمبرمج لتعديل العقد مما يحتاج لمفاوضات ووقت كبير، وقد لا يوافق العميل مما يؤدي لخسارة المبرمج أو وقف العمل في

البرنامج. ١

1- Nathalie Lopez SAUSSIÉ, La contractualisation agile, une affaire de bon sens!, JDN, 4 Feb 2009. =

وقد يري المبرمج أثناء القيام بإنشاء البرنامج أن هذا البرنامج يحتاج لوقت أكثر مما هو متفق عليه نتيجة للصعوبات التقنية التي لم يتصورها أثناء إبرام العقد مما يضطره للتفاوض مع العميل لتعديل الجدول الزمني في العقد، وهو ما يخضع لإرادة العميل الذي قد لا يوافق علي ذلك، مما يهدد إنشاء البرنامج بالفشل.

كما أن أي تعديل يراه العميل في مواصفات البرنامج أثناء إنشائه أو في الجدول الزمني أو التكلفة يحتاج لاتفاق مع المبرمج ومفاوضات قد تطول أو تقصر، وقد لا يوافق عليها المبرمج، فالخبرة أظهرت أن تعبير العميل عن احتياجاته في البرنامج أثناء إبرام العقد تكون غالباً غير كافية وأنه يفاجأ باحتياجات أخرى في البرنامج تظهر له أثناء الإنشاء، مما يؤدي لوجوب التفاوض مع المبرمج لتعديل العقد وإضافة هذه المواصفات، وهذا قد يؤدي لخلافات مع المبرمج في حالة عدم الموافقة علي التعديلات.

---

=- Robert MARTIN, Agile Software Development, Principles, Patterns, and Practices, Ed Prentice Hall, 2006, P31.

- 1- Georges CARON, Agile: quel impact pour les entreprises clientes? ICT Journal, juillet – août 2013, P 35-36.
- Paul H. ARNE, New Developments in an Agile World: Drafting Software Development Agreements, SciTech Lawyer Journal, Vol. 10 Issue. 3, spring 2014.
- 2- Stewart JAMES, Agile projects: Does your contract cover off these five points?, CIO Insights Journal, the date of publishing : 21 March 2012.
- Georges CARON, Agile: quel impact pour les entreprises clientes?, Art Préc.
- Jens COLDEWEY, Contracting Agile Projects, Executive Update, Vol. 7, N°. 17(2006).
- Susan ATKINSON & Gabrielle BENEFIELD, The Curse of the ChangeControl Mechanism, Computers=

هذه السليبات السابقة أدت إلي فشل كثير من مشروعات إنشاء البرمجيات المعتمدة علي العقد في شكله التقليدي الثابت ، مما حدا بخبراء البرمجيات للجزم بأن عقد إنشاء البرمجيات بهذا الشكل غير متوافق مع واقع تكنولوجيا البرمجيات ، وقام المبرمجون بإدخال بعض المرونة في هذه العقود مما أدي علي وجود شكل جديد لعقد إنشاء البرمجيات هو العقد المرن.١

### أولاً- أهمية البحث:

يقوم العقد المرن علي فلسفة أن طبيعة العمل في إنشاء البرمجيات تحتاج لمرونة أكبر في العلاقة بين المبرمج والعميل بحيث يكون التعاون المستمر بينهما أهم من التفاوض المبدي علي مجموعة من الشروط الثابتة التي يتم

---

=& Law magazine of SCL, VOL. 22 ISSUE 1, APRIL/MAY 2011, P 1-6.

- Benjamin BALTRER, Towards a More Agile Government, The Public Contract Law Journal, Vol. 41, N° 1, p. 149, Fall 2011.

1- Aurelie MAGNIEZ, Répondre aux difficultés de la contractualisation Agile, IT-expert Magazine, 02 Jan 2013.

- Guillaume FESSIER, Méthodologie: l'agilité au secours du forfait, Art disponible sur: [www.businesslab.com](http://www.businesslab.com), la date de mise en ligne est: 20 Dec 2012.

- Jens COLDEWEY, Contracting Agile Projects, Op.cit.

- R.L. GLASS, Agile versus Traditional: Make Love not War, Cutter IT Journal, 2001. Vol. 14, No. 12(December): p. 12-18.

عانى المبرمجون من العقود التقليدية لإنشاء البرمجيات ؛ حيث كانوا يروا أن العقد في شكله التقليدي هو عقد جامد يهتم بعقاب من أخل بالتزامه دون أن يهتم باتمام البرنامج بشكل يرضي الطرفين ، ولذلك كانوا دائماً يسألون رجال القانون عن بديل لهذا العقد يمكن الاعتماد عليه.

- Jens COLDEWEY, Contracting Agile Projects, Op.cit.=

صياغتها في العقد، فبدلاً من ذلك يتم وضع مواصفات عامة للبرنامج المطلوب في العقد وترك التفاصيل ليتم الاتفاق عليها بعد ذلك وتحديثها من آن لآخر.١

فالعقد المرن يقوم على أساس إطار لتحديد مواصفات عامة للبرنامج المطلوب دون المواصفات التفصيلية، ولا يتم تحديد مدة معينة يتم تسليم البرنامج فيها، ولا يتم تحديد المقابل النقدي بشكل ثابت وإنما النص على أن المقابل سيتحدد وفقاً للعمل المطلوب لإنجاز البرنامج. ٢

ويتم تقسيم العمل في البرنامج إلى عدة مراحل بحيث يكون كل من الطرفين ملتزمين بالجلوس سوياً قبل بداية كل مرحلة للاتفاق على ماسيتم عمله في المرحلة المقبلة، وتقييم ماتم في المرحلة السابقة من حيث مدى قبوله من قبل العميل، بحيث يقرر العميل البدء في المرحلة القادمة أو وقف العمل في البرنامج. ٣

---

= وأوضحت أحد الاحصائيات الصادرة في عام ٢٠١١، أن ٢٩ ٪ من مشروعات إنشاء البرمجيات المعتمدة على العقود التقليدية قد فشلت في مقابل ٩ ٪ من المشروعات المعتمدة على العقد المرن.

See: The Standish Group International, The Chaos Manifesto, 2011, P 25, On the internet at: [http://www.versionone.com/assets/img/files/ChaosManifest\\_2011.pdf](http://www.versionone.com/assets/img/files/ChaosManifest_2011.pdf)

- 1- Roya BEHNSIA, Avoiding Complexity: An Agile Manifesto for Lawyers, ABA Journal, 15 Nov 2011.
- Benjamin BALTRER, Towards a More Agile Government, Op.cit.
- Robert MARTIN, Agile Software Development, Op.cit, P31.
- 2- Jean-Pierre VICKOFF, Une solution agile au problème contractuel des Changements, Chronique, JDN, 26 Dec 2012.
- 3 - Jens COLDEWEY, Contracting Agile Projects, Op.cit.

في مقابل ذلك يتم النص في العقد علي حق العميل في التحلل من العقد بالإرادة المنفردة في أي وقت إذا وجد أنه غير قادر علي دفع المقابل المطلوب وفقاً لتطورات العمل أو أن إنجاز البرنامج لم يتم في الوقت المرضي له ، أو أن البرنامج لن يكون بالموصفات التي تصورها ، المهم أن العميل إذا قرر التحلل من العقد وجب عليه أن يتحمل نفقات العمل الذي قام به المبرمج حتي لحظة التحلل من العقد.١

وقد أصبح هذا العقد المرن هو العقد المفضل لدى المبرمجين لتنظيم علاقاتهم مع العملاء ؛ لأنه يعطيهم قدراً أكبر من الحرية عند إنشاء البرنامج ، كما أنه أصبح عقداً مفضلاً للعملاء ؛ لأنه يعطيهم رقابة على عمل المبرمج طيلة مراحل العقد وقدرة على التحلل من العقد قبل إتمام البرنامج دون خسارة كبيرة.٢

- 1- Mike CONRADI, How to be agile lawyers, Art on the internet at: [www.agiliste.fr](http://www.agiliste.fr), the date of publishing is: 18 February 2013.
- 2- Joel RAMSEY, Contracting for agile software development, Art on the internet at: [www.lexology.com](http://www.lexology.com), the date of publishing is: 8 JUNE 2012.
- Callum SINCLAIR, How to guide your lawyers in brokering agile software contracts, Computer Weekly, 23 October 2012, P.15.
- Nathalie Lopez SAUSSIER, La contractualisation agile, Art Préc.
- Susan ATKINSON & Gabrielle BENEFIELD, The Curse of the Change Control Mechanism, Op.cit.

أوضحت نتائج أحد الاستبيانات - التي تمت في أواخر عام ٢٠١٣ - أن ٨٨٪ من المبرمجين في أمريكا الشمالية وأوروبا يلجأوا للعقود المرنة في علاقاتهم مع عملائهم لإنشاء البرمجيات.

Eighth Annual State of Agile Development Survey, conducted by VersionOne, 2014, on line at: [www.versionone.com/pdf/2013-state-of-agile-survey.pdf](http://www.versionone.com/pdf/2013-state-of-agile-survey.pdf).

## ثانياً - مشكلة البحث:

بما لا شك فيه أن العقد المرن قد يصطدم مع مفهوم العقد في القانون المدني المصري، فمفهوم العقد الثابت هو المفهوم الذي يأخذه القانون المدني المصري؛ حيث يتم تحديد التزامات المتعاقدين بشكل محدد في العقد بحيث يلتزم كل متعاقد بتنفيذ التزامه وفقاً لما تم الاتفاق عليه. وقد يصطدم العقد المرن مع القواعد العامة للعقد في القانون المدني وذلك في النواحي الآتية:

أولاً: عدم تعيين محل العقد بشكل دقيق في العقد.

ثانياً: عدم تحديد المدة التي يجب أن يقوم المبرمج فيها بتسليم البرنامج.

ثالثاً: عدم تحديد التزامات الطرفين علي وجه الدقة وإنما مجرد تحديد عام لها.

رابعاً: النص علي حق العميل في التحلل من العقد في أي وقت.

ومن ناحية ثانية؛ فقد تصطدم بعض شروط هذا العقد مع القواعد المنظمة لحق المؤلف في قانون حماية الملكية الفكرية المصري.

بالإضافة إلى ذلك؛ فما تكييف هذا العقد وما الآثار المترتبة عليه وما مسؤولية طرفيه في ضوء عدم تحديد خصائص البرنامج أو المدة أو المقابل النقدي؟

## ثالثاً - منهج البحث:

سنقوم في هذه الدراسة بتطبيق القواعد العامة في نظرية الالتزامات والواردة في القانون المدني المصري علي العقد المرن لإنشاء البرمجيات حتي نري مدى توافق هذا العقد مع هذه القواعد من عدمه، ومدى صحة الشروط الواردة فيه، ومدى الزامه للطرفين.

كما سنحاول أن نبحث عن تكييف لهذا العقد في ضوء قواعد القانون المدني حتي نحدد التزامات الطرفين والمسؤولية العقدية لكل منهما في حالة الإخلال بالتزامه.

## رابعاً - خطة البحث:

حتى نتناول الإطار القانوني للعقود المرنة لإنشاء البرمجيات فإننا سوف نقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى:

**الفصل الأول:** ماهية العقد المرن لإنشاء البرمجيات.

**الفصل الثاني:** مدى صحة شروط العقد المرن لإنشاء البرمجيات.

**الفصل الثالث:** آثار العقد المرن لإنشاء البرمجيات.

### الفصل الأول

#### ماهية العقد المرن لإنشاء البرمجيات

**تمهيد وتقسيم:**

العقد المرن هو شكل جديد من أشكال العلاقة العقدية بين المبرمج والعميل لإنشاء برنامج، ويهدف هذا الشكل إلي ربط بنود العقد بالواقع الذي يتم فيه إنشاء البرنامج، بحيث يتم تطوير شروط العقد بشكل يتلاءم مع تطورات مراحل إنشاء البرنامج.

ويختلف هذا العقد عن الشكل التقليدي لعقود إنشاء البرمجيات التي يتم فيها تحديد مواصفات البرنامج بشكل دقيق ومدة العمل والمقابل النقدي، بحيث يلتزم كل طرف بالتزاماته المحددة سلفاً دون أي قدرة علي تعديل الالتزام إلا باتفاق لاحق.

سنقوم في هذا الفصل بتحديد المقصود بالعقد المرن لإنشاء البرمجيات بصورة أكثر تفصيلاً، ثم نحاول وضع تكييف قانوني له، حتى نستطيع أن نستنتج آثار هذا العقد وفقاً للتكييف المحدد.

وبناءً علي ذلك فسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى:

**المبحث الأول:** المقصود بالعقد.

**المبحث الثاني:** تكييف العقد.

### المبحث الأول

#### المقصود بالعقد

حتى نحدد المقصود بالعقد المرن لإنشاء البرمجيات فيجب أن نضع تعريفاً لهذا العقد ثم نحدد خصائصه.

سوف نتناول كلاً من تعريف العقد وخصائصه كلاً في مطلب مستقل.

## المطلب الأول تعريف العقد

يمكن القول أنه لا يوجد تعريف محدد للعقد المرن لإنشاء البرمجيات، ولكن توجد إجتهاادات فقهيه لوضع مفهوم لهذا العقد. فيرى رأي في الفقه أن العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو شكل جديد لعلاقة تعاقدية بين المبرمج والعميل تتركز على ربط العقد بواقع إنشاء البرمجيات وباحتياجات العميل في البرنامج، وتعزيز التفاعل بين المتعاقدين بهدف وضع شروط متوافقه مع طبيعة العمل في مجال تكنولوجيا المعلومات.١

ويرى رأي آخر في الفقه أن العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو صورة جديدة لإدارة مشروع إنشاء برنامج، ومن أهم خصائصه القدرة على التكيف مع التغيير، والتوصل للاحتياجات الحقيقية للعميل من البرنامج.٢

- 1- Stéphane Leriche & Eléonore Varet, Contrats informatiques - Méthodologie Agile et contrats de développement - Révolution ou adaptation?, Art on the internet at: <http://www.twobirds.com>, the date of publishing : 15 May 2012.
- Jean-Pierre VICKOFF, Une solution agile au problème contractuel des Changements, Chronique, JDN, 26 Dec 2012.
- 2- M.Camille PLANAT, Aspects juridiques de la contractualisation agile, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 à finalité professionnelle « Droit de la propriété intellectuelle et des nouvelles technologies », mention « droit économique et des affaires », Fac de droit et de science politique - IUP Management et Gestion des Entreprises, Univ de Nice Sophia-Antipolis, Novembre 2012, P9.



ويرى رأي آخر أن العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو عقد يهتم بوضع إطار للتعاون بين المبرمج والعميل بهدف إنشاء برنامج دون أن يهتم بالنص على تفاصيل هذا البرنامج. ١.

ويرى رأي آخر أن العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو آلية جديدة لبناء علاقة بين المبرمج والعميل تقوم على التفاعل الدائم بينهما بهدف إنشاء برنامج يلبي احتياجات العميل. ٢.

ويرى رأي آخر أن العقد المرن بصفة عامة هو اتفاق على وسيلة تحقيق النتيجة وليس اتفاق على النتيجة ذاتها. ٣.

ويرى رأي آخر أن العقد المرنبصفة عامة هو عقد يقوم على التعاون بين المتعاقدين لإنشاء منتج يأخذ في الاعتبار احتياجات العميل. ٤.

ويرى رأي آخر أن العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو عقد يهدف لإقامة الثقة بين العميل والمبرمج على أساس التعاون الدائم بينهم لإنجاز برنامج يحقق متطلبات العميل. ٥.

يمكن القول أن العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو صورة من صور عقد إعداد مصنف بناءً على طلب ولكن بشروط مرنة لطرفيه، والمصنف المطلوب إعداده في هذا العقد هو برنامج يعمل بطريقة معينة ليلبي حاجة للعميل.

- 1- Kent J MCDONALD, Create a vendor contract while keeping agile, Art on the internet at: [www.techwell.com](http://www.techwell.com), the date of publishing is: 17 may 2013.
- 2- Joel RAMSEY, Contracting for agile software development, op.cit.
- 3- Jens COLDEWEY, Contracting Agile Projects, op.cit.
- 4- Véronique Messenger ROTA, Vers les methods agiles, Eyrolles, 2ème éd, 2009, P 42.
- 5- Magali BLAISE et autres, Le Contrat de Services IT agile: Livre blanc, Etude publié par itSMF FRANCE, 27 SEP 2013, P14.

وعقد إعداد مصنف بناءً على طلب هو العقد الذي يبرم بين طالب إعداد المصنف والمؤلف المبدع يلتزم بمقتضاه الطرف الثاني أن يبدع وينشأ علي وجه الاستقلال المصنف محل التعاقد مقابل أجر يلتزم به الطرف الأول.

## المطلب الثاني

### خصائص العقد

يتميز العقد المرن لإنشاء البرمجيات بعدة خصائص، هذه الخصائص هي التي توضح خصوصية هذا العقد وفي ذات الوقت تمثل بنوده وشروطه، ويمكن القول أن هذه الخصائص هي:

**أولاً- العقد لا يتضمن تفاصيل العقود عليه:**

فيقوم العقد المرن على أساس وضع إطار للتعاون المستقبلي بين المبرمج والعميل لإنشاء البرنامج دون وضع التفاصيل الدقيقة لهذا البرنامج في هذا الإطار، بحيث يتم الاتفاق عليها في إطار التعاون المستمر عند كل مرحلة من مراحل التنفيذ.

فلا يتم النص في العقد على التفاصيل الدقيقة للبرنامج المراد إنشاؤه وإنما يتم النص فقط على خصائص عامة لهذا البرنامج ودرجة جودة معينه، ويتم النص على التفاصيل الدقيقة من خلال الاتفاق بين الطرفين بعد انتهاء كل مرحلة وقبل بداية مرحلة جديدة من مراحل الإنشاء.

١- حسن حسين البراوي، المصنفات بالتعاقد: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٠.

2- Malcolm BURROWS, Agile software development contracts, Article available at: [www.dundaslawyers.com.au](http://www.dundaslawyers.com.au), 15 DEC 2012.

- Aurelie MAGNIEZ, Répondre aux difficultés de la contractualisation Agile, Art Préc.

- Susan ATKINSON & Gabrielle BENEFIELD, The Curse of the Change Control Mechanism, Op.cit.

3- Nathalie Lopez SAUSSIÉ, La contractualisation agile, Art Préc.

ولا يتم تحديد مدة معينة لإججاز البرنامج المطلوب وإنما يتم النص في العقد على أن البرنامج سيتم تسليمه فور الانتهاء منه.١  
كما لا يتم النص في العقد على المقابل الواجب دفعه من قبل العميل، وإنما يتم النص في العقد على أن العميل ملتزم بدفع مقابل ساعات العمل التي قام بها المبرمج في سبيل إججاز البرنامج المطلوب، ولكن يتم تحديد مقابل كل ساعة عمل يشغلها المبرمج فعلا.٢  
ويتم النص فقط في العقد على أن المبرمج ملتزم بتسليم برنامج خال من العيوب ومتوافق مع محضر مواصفات البرنامج التي يقبلها العميل بعد انتهاء إنشاء البرنامج.٣  
ثانياً - عقد تعاوني:

يوصف هذا العقد بأنه عقد تعاوني، حيث يتعاون المبرمج والعميل لإنشاء برنامج يحقق احتياجات العميل، ويظهر التعاون في كل مرحلة من مراحل تنفيذ البرنامج، بحيث يتم الاتفاق قبل بداية المرحلة على ماسيتم فيها بالتعاون بينهما، ويتم النص في العقد على التزام كل طرف بالتعاون

- 
- = Susan ATKINSON & Gabrielle BENEFIELD, The Curse of the Change Control Mechanism, Op.cit.
- Stuart van RIJ, Legal insight: The wrong development contract, CIO magazine, 22 April 2014.
  - 1- Michel PASOTTI, Méthodes agiles: contrats fragiles!, JDN, 17 Juin 2013.
  - 2- Alistair MAUGHAN, Contracting for Agile: You can't be too flexible, Art on the internet at: <http://www.cio.co.uk>, the date of publishing is: 21 Jun 2011.
  - Malcolm BURROWS, Agile software development contracts, Op.cit.
  - 3- Ian Edwards & Roger Bickerstaf & Alexander Duisberg, Contractingfor Agile software development projects, September 2012, On the internet at: [www.twobirds.com](http://www.twobirds.com).

مع الطرف الآخر فى سبيل إنشاء البرنامج المطلوب، بحيث لا يستطيع المبرمج أن يعمل مستقلاً تماماً دون الرجوع للعميل فى كل مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج، وسبب ذلك هو عدم النص فى العقد على كل تفاصيل البرنامج الذى سيتم إنشاؤه مما أوجب إدخال العميل فى مراحل إنشاء العقد حتى يعبر عن احتياجاته من البرنامج ويتأكد من تنفيذها. ١

فالمبرمج والعميل فى العقد يضعان آليات التعاون بينهما فى سبيل تحقيق الهدف وهو إنشاء البرنامج، وبالتالي يتم النص فى العقد على آليات التعاون مثل الأوقات التى يتم الاجتماع فيها لمناقشة ماتم تحقيقه ومتطلبات المرحلة القادمة من مراحل الإنشاء. ٢

فبتفقا فى العقد على تقسيم العمل فى البرنامج لعدة مراحل بحيث يكون الطرفان ملتزمين بالالتقاء بعد نهاية كل مرحلة لتقييم ماتم فى هذه المرحلة والاتفاق على ما سيتم من عمل فى المرحلة القادمة، بحيث يستطيع العميل تحديد وقف العمل نهائياً فى البرنامج والتحلل من العقد أو الانتقال للمرحلة القادمة. ٣

هذه المراحل التى يتم تقسيم العمل إليها قد تكون مراحل زمنية، أى الاتفاق على اللقاء كل أسبوع مثلاً لتقييم ماتم من عمل والاتفاق على ما

- 1- Michel PASOTTI, Méthodes agiles, Art Préc.
  - Nathalie Lopez SAUSSIER, La contractualisation agile, Art Préc.
- 2- Nathalie Lopez SAUSSIER, La contractualisation agile, Art Préc.
  - Paul H. ARNE, New Developments in an Agile World, Op.cit.
  - Magali BLAISE et autres, Le Contrat de Services IT agile, Op.cit, P15.
- 3- Jens COLDEWEY, Contracting Agile Projects, op.cit.
  - Susan ATKINSON & Gabrielle BENEFIELD, The Curse of the Change Control Mechanism, Op.cit.

سيتم إنجازها في الأسبوع القادم ، أو الاتفاق على أن تعتمد المراحل على الانتهاء من عمل معين بحيث ترتبط كل مرحلة بعمل معين.١

ثالثاً - عقد تراكمي:

يعتبر هذا العقد عقداً تراكمياً حيث إن العقد يتم بوضع إطار عام ثم الاتفاق اللاحق على التفاصيل في عدة مراحل متتالية، أي أن التكوين النهائي للعقد يتكون من تراكم عدة اتفاقات متتالية بين المبرمج والعميل على تفاصيل البرنامج.٢

فهذا العقد متطور، حيث تتطور بنوده وشروطه بالاتفاق بين العميل والمبرمج على حسب واقع العمل في إنشاء البرنامج، حيث يتم الاتفاق في العقد على مراحل العمل التي تقتضى قيام المبرمج والعميل بالجلوس سوياً بعد انتهاء كل مرحلة لاستعراض نتائج العمل في المرحلة المنقضية والاتفاق على ما سيتم في المرحلة التالية، ومدة إنجاز هذه المرحلة الجديدة، وبالتالي يستطيع العميل بعد انتهاء كل مرحلة أن يقرر التحلل من العقد أو الانتقال للمرحلة التالية.٣

رابعاً - للعميل حق التحلل من العقد:

يكون من حق العميل التحلل من العقد في نهاية أي مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج في حالة عدم الاتفاق على المواصفات المطلوبة في المرحلة القادمة، أو عدم رضا العميل عما تم في المرحلة الفائتة، بشرط

- 1- Robert MARTIN, Agile Software Development, Op.cit, P32- 39.
- 2- Ray BJORKLUND, Why agile development contracts flop, Washington Business Journal, 24 Feb 2014.
- 3- Stewart JAMES, Agile projects: Does your contract cover off these fivepoints?, Op,cit.
- Georges CARON, Agile: quel impact pour les entreprises clientes?, Art Préc.
- Benjamin BALTRER, Towards a More Agile Government, Op.cit.

الوفاء للمبرمج بمقابل الأعمال التي قام بها ، ويكون من حق العميل الاحتفاظ بما قام به المبرمج من أعمال في البرنامج حتى لحظة التحلل من العقد.١

#### خامساً - التنازل عن الجانب المالي لحقوق المؤلف:

يتم النص في العقد على تنازل المبرمج للعميل على الجانب المالي لحقوق الملكية الفكرية في البرنامج.٢

### المبحث الثاني تكييف العقد

ذكرنا سابقاً أن العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو أسلوب جديد لصياغة علاقة عقدية بين المبرمج والعميل ، هذه العلاقة تقوم على التعاون بينهم بهدف إنشاء برنامج يلبي احتياجات العميل.

بما لا شك فيه أن هذه الخصائص المميزة للعقد المرن سوف تؤثر في تكييف هذا العقد ؛ لأن محاولة البحث عن عقد مسمى ينطبق على هذه العلاقة العقدية سترتبط بهذه الخصائص المميزة له.

تكييف هذه العلاقة العقدية هو أمر هام لأنه يساعدنا في تحديد القواعد القانونية القابلة للتطبيق عليه ، كما أن هذا التكييف يساعدنا في تحديد آثار هذا العقد.

يرى الرأي الغالب في الفقه أن عقد إنشاء البرمجيات في شكله التقليدي هو صورة من صور عقد إعداد مصنف بناء على طلب الذي

- 1- Stéphane Leriche & Eléonore Varet, Contrats informatiques - Méthodologie Agile et contrats de développement - Révolution ou adaptation?, Art Préc.
- M.Camille PLANAT, Aspects juridiques de la contractualisation agile, Op.cit, P15.
- Aurelie MAGNIEZ, Répondre aux difficultés de la contractualisation Agile, Art Préc:
- 2- Malcolm BURROWS, Agile software development contracts, Op.cit.

يعتبر عقد مقاوله ؛ وذلك لأن المبرمج فى هذا العقد يعمل على وجه الاستقلال لإنشاء برنامج يلبى احتياجات العميل لقاء مقابل نقدي يحصل عليه من هذا العميل ١.

- 1- Hubert BITAN, Droit des contrats informatiques et pratique expertale, éd Lamy, 2007, P 174.
  - Frédérique TOUBOL, Le logiciel: Analyse juridique, éd feduci, L.G.D.J, Paris, 1998, P.117.
  - Jérôme HUET, La modification du droit sous l'influence de l'informatique: aspects de droit privé, JCPI, 1983, 3095, n° 27.
  - Philippe le TOURNEAU, «Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels », J.C.P.G, 1982, I, 3078.
  - Etienne MONTERO, Les contrats de l'informatique et de l'internet, éd LARCIER, Bruxelles, 2005, P 70.
  - Hubert BITAN, Contrats et litiges en informatique: la délivrance du logiciel, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Fac de droit et de science politique, 1996, P 88 et S.
  - Gilles BERTIN et Isabelle de LAMBERTERIE et C. BERTIN, La protection du logiciel: enjeux juridiques et économiques, L.G.D.J, Paris, 1985, P55.
  - Jérôme HUET et Herbert MAISL, Droit de l'informatique et des télécommunications: droit privé, droit public: état des questions, textes et jurisprudence, études et commentaires, éd Litec, 1989, P440.
  - Séverine Le LOAME, Sylvie BLANCO, Management de l'innovation, éd Pearson France, 2012, P 332.
  - Mohammed YOUSSEF, Le contrat de commande dans les propriétés intellectuelle, Mémoire de Master II Recherche Propriété Intellectuelle & Nouvelles Technologies, L'INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES LA FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES ,L'UNIVERSITE AIX MARSEILLE III (PAUL CEZANNE), 2009, P 9.
- حسن حسين البراوي، المصنفات بالتعاقد، مرجع سابق، ص ٢٣.

من ناحية ثانية فإن الأعمال التي ترد عليها المقاوله من الممكن أن تكون أعمالاً مادية، ومن الممكن أن تكون أعمالاً ذهنية. ١.

وقد نصت المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري على أن عقد المقاوله هو (عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر).

فهل يعتبر العقد المرن لإنشاء البرمجيات عقد مقاوله؟

المشكلة الرئيسة تتمثل في أن التزام كل طرف في العقد المرن بالتعاون مع الطرف الآخر هو التزام جوهرى في العقد بحيث لا يستطيع المبرمج أن يعطل مستقلاً دون الرجوع للعميل في كل مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج، وهو ما يختلف عن وضع المقاول في عقد المقاوله الذى يعمل مستقلاً دون الرجوع لرب العمل في كل مرحلة من مراحل التنفيذ. ٢

فحتي يكون العقد عقد مقاوله، فإن المبرمج يجب أن تكون له استقلالية في القيام بعمله حتى يتم إسباغ صفة المقاول عليه، وحتي يكون كذلك يجب أن يكون قادراً على اتخاذ القرارات فيما يتعلق بالقيام بالعمل  
موضوع العقد. ٣

---

= - مدحت محمد محمود عبد العال، الالتزامات الناشئة عن تقديم برامج المعلومات: المقاوله - البيع - الإيجار: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠١، ص ١٥.

١- عبد الرزاق السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: الجزء السابع: المجلد الأول: العقود الواردة على العمل: المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩، ص ٥٨ - ٥٩، فقرة ٢٩.

- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاوله، دار النهضة العربية، ١٩٦٢، ص ٣٢.

2- M.Camille PLANAT, Aspects juridiques de la contractualisation agile, Op.cit, P 22-23.

3- Ibid, P 22.



فالمعيار الذي يميز عقد المقاول هو أن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهم، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل. ١.

فهل الالتزام بالتعاون الواقع على عاتق المبرمج يتنافى مع الاستقلال في العمل الذي يميز عقد المقاول؟

نرى من جانبنا أنه لا يوجد تعارض بين الالتزام بالتعاون واستقلالية المقاول، فاستقلالية المقاول تتمثل في العمل الفني الذي يقوم به ولا يفهمه الطرف الآخر في العقد ولا يستطيع أن يقوم به وهو ما يتوافر في عقد إنشاء البرمجيات، لأن المبرمج مستقل من الناحية الفنية في القيام بعمل البرمجة وهو عمل فني معقد، أما التزامه بالتعاون فهو مجرد التزامه بالرجوع للعميل قبل بداية كل مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج لعرض ماتم في المرحلة السابقة وما سوف يقوم به في المرحلة القادمة، دون أن يكون من حق العميل التدخل في تفاصيل العمل الفني للمبرمج أثناء قيام المبرمج بعمله؛ لأن هذا العمل المعقد لا يفهمه العميل أصلاً.

كما أن المبرمج لا يخضع لإدارة العميل وإشرافه، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهم، فالتعاون بين المبرمج والعميل لا يعني عمل المبرمج تحت إدارة أو إشراف العميل، ومن ثم لا يعتبر المبرمج تابعاً للعميل.

وبالتالي فالالتزام بالتعاون لا يتنافى عن العقد المرن لإنشاء البرمجيات تكييفه بأنه عقد مقاول؛ لأن التعاون يكون في بداية كل مرحلة من مراحل الإنشاء فقط، ولا يعني التعاون تبعية المبرمج للعميل الملتزم بالتعاون معه. ٢.

---

١ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: العقود الواردة على العمل: المقاول والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص ١١، فقرة ٤.

2- Louis BOURDEAU, Les incidences juridiques de la méthode agile, Art desponible sur: [www.brt-avocats.com](http://www.brt-avocats.com), La date de mise en ligne est: 25 mai 2013.

## الفصل الثاني

### مدى صحة شروط العقد المرن لإنشاء البرمجيات

تمهيد وتقسيم:

تناولنا في الفصل الأول خصائص العقد المرن لإنشاء البرمجيات ووجدنا أنه عقد لا يتم النص فيه على المواصفات التفصيلية المطلوبة في البرنامج المطلوب إنشاؤه، وإنما يتم وضع إطار عام فقط لهذا البرنامج. وكذلك الأمر بالنسبة للمقابل الذي يحصل عليه المبرمج، فلا يتم النص عليه صراحة في العقد، وإنما يتم النص في العقد على أن العميل ملتزم بدفع مقابل ساعات العمل التي قام بها المبرمج في سبيل إنجاز البرنامج المطلوب، ويتم تحديد مقابل كل ساعة عمل يشتغلها المبرمج فعلاً.

فضلاً عن ذلك فلا يتم النص على المدة الواجب إنشاء البرنامج خلالها، وترك ذلك حسب العمل المطلوب لإنشاء البرنامج. بالإضافة إلى ذلك فيتم النص في العقد على حق العميل في التحلل من العقد بإرادته المنفردة في أي وقت يشاء بشرط التزامه بدفع المقابل النقدي للعمل الذي قام به المبرمج حتى لحظة التحلل وتنازل المبرمج له عن أعمال البرمجة التي قام بها حتى لحظة التحلل من العقد. مما لا شك فيه أن هذه الشروط السابقة هي شروط غريبة عن الشكل التقليدي لعقود إنشاء البرمجيات، مما يثير التساؤل بمدى صحة هذه الشروط من عدمه.

حتى نبحت مدى صحة هذه الشروط فسوف نقوم بتطبيق القواعد العامة في القانون المدني على هذه الشروط لثرى مدى صحتها من عدمه. وبناءً على ذلك فسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى:

**المبحث الأول: محل العقد.**

**المبحث الثاني: مدة العقد.**

**المبحث الثالث: التحلل من العقد.**

## المبحث الأول

### محل العقد

أحد المشاكل الرئيسية للعقد المرن هو عدم تحديد محل التزامات الطرفين بصورة تفصيلية في العقد، فالبرنامج لا يُحدد بصورة تفصيلية وإنما يُحدد بصورة عامة، والمقابل الذي يلتزم به العميل لا يُحدد إطلاقاً وإنما يتم النص على أن هذا المقابل سيُحدد بناءً على ساعات العمل الفعلية للمبرمج.<sup>١</sup>

فيما يتعلق بعقد المقاولة فمحلّه مزدوج، فهو بالنسبة إلى التزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته، وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل الأجر الذي تعهد بدفعه للمقاول.<sup>٢</sup>

سنتناول محل العقد من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتناول في المطلب الأول محل التزام المبرمج وسنتناول في المطلب الثاني محل التزام العميل.

### المطلب الأول

#### محل التزام المبرمج

محل التزام المبرمج هو البرنامج المطلوب إنجازه، وهذا البرنامج لا يتم تحديد مواصفاته بالتفصيل في العقد، وإنما يتم تحديد مواصفات عامة له كأن يتم النص على أن البرنامج هو برنامج لإدارة مستشفى، وذلك دون تحديد المواصفات الدقيقة له والتي يتم الاتفاق عليها في كل مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج.

---

1- Louis BOURDEAU, Les incidences juridiques de la méthode agile, Art Préc.

٢- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: العقود الواردة على العمل: المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص ٥٥، فقرة ٢٦.

فيتم النص في العقد على أن المبرمج ملتزم بتسليم برنامج خال من العيوب ومتوافق مع محضر مواصفات البرنامج التي يقبلها العميل بعد انتهاء إنشاء البرنامج.١

وبالرجوع لقواعد تعيين العمل كمحل لعقد المقاولة، فنجد أنه لم ترد فيه قواعد خاصة بعقد المقاولة، وبالتالي يجب الرجوع للقواعد العامة في تعيين محل الالتزام والواردة في نص المادة ١٣٣ من القانون المدني، والتي تقضي بأن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين. فإذا التزم شخص بأن يقوم بعملٍ وجب أن يكون ماالتزم به معيناً، أو وجب على الأقل أن يكون قابلاً للتعيين، وقابليته للتعيين ترجع إلى ظروف العقد، وظروف التعاقد وملابساته يصح أن يُستخلص منها العناصر اللازمة لتعيين المحل. ٢

ويمكن القول أن محل التزام المبرمج في العقد المرن هو القيام بإنشاء برنامج محدد بصفة عامة وسيتم تحديد مواصفاته الدقيقة بالتعاون بين المبرمج والعميل في كل مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج، وبالتالي فمحل التزام المبرمج قابل للتعيين؛ وذلك لأن العقد قد نص على آلية تعيين المحل تعييناً دقيقاً وتفصيلاً بعد أن نص على هذا المحل بطريقة عامة غير مفصلة. ٣

---

1- Ian Edwards & Roger Bickerstaf & Alexander Duisberg, Contractingfor Agile software development projects, Op.cit.

٢- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٣٣، فقرة ١٤٢.

- عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات: المصادر- الأحكام- الإثبات، دار النهضة العربية بالقاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٢٠، فقرة ٧٥.

- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات: المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٣٣٤.

3- Louis BOURDEAU, Les incidences juridiques de la méthode agile, Art Préc.

وبالتالى فطريقة تعيين محل التزام المبرمج فى العقد المرن لإنشاء البرمجيات تتوافق مع القواعد العامة لتعيين المحل فى القانون المدنى.

## المطلب الثانى

### محل التزام العميل

بالرجوع للقواعد الخاصة بالأجر فى عقد المقاولة - باعتباره محل التزام رب العمل فى هذا العقد - فنجد أنه يجب أن يكون موجوداً، إلا أنه لا يشترط أن يحدده المتعاقدان فى العقد؛ وذلك لأنه فى حالة عدم تحديده من قبل المتعاقدين فإن القانون تكفل بتحديده حيث نصت المادة ٦٥٩ من القانون المدنى على أنه إذا لم يُحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاولة.

وبالتالى فإن عدم تعيين المتعاقدين لمقدار الأجر فى عقد المقاولة يؤدى إلى تعيين هذا المقدار بناءً على قيمة العمل الذى أتمه المقاول وماتكبده من نفقات فى إنجازها، ويعين القاضى مقدار الأجر مسترشداً بهذين العنصرين، ويسترشد بوجه خاص بالعرف الجارى فى الصنعة فى تحديد قيمة العمل ١.

وبالرجوع للعقد المرن لإنشاء البرمجيات سنجد أن المقابل النقدي الذى يلتزم العميل بالوفاء به للمبرمج لا يتم تحديد مقداره فى العقد، وإنما يتم النص على أن هذا المقابل سيتحدد مقداره على أساس عدد الساعات الفعلية التى عملها المبرمج لإنجاز البرنامج، ويتم تحديد مقابل الساعه الواحده فى العقد.

إذاً يمكن القول أن محل التزام العميل فى العقد المرن هو التزام قابل للتعيين، وذلك لأن العقد قد نص على آلية تعيين الأجر فى المستقبل بأن

---

١ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد: العقود الواردة على العمل: المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص ١٥٨، فقرة ٩٠.

نص على المعيار أو الأساس الذي يُعتمد عليه في تعيين مقدار أجر المبرمج. ١.

وبالتالي فطريقة تعيين الأجر في العقد المرن لإنشاء البرمجيات تتوافق مع القواعد العامة في تعيين محل الالتزام ومع القواعد الخاصة بالأجر في عقد المقاولة.

ونخلص إلى أن تعيين محل التزامات المبرمج والعميل في العقد المرن لإنشاء البرمجيات تتوافق مع قواعد تعيين المحل في القانون المدني.

### المبحث الثاني

#### مدة العقد

لا يتم الاتفاق على مدة معينة لإجراز البرنامج في العقد المرن لإنشاء البرمجيات، وإنما يتم النص على التزام المبرمج بالمدد التي يتم الاتفاق عليها بعد ذلك قبل بداية كل مرحلة من مراحل إنشاء المشروع.

فقبل بداية كل مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج، يتفق العميل والمبرمج على العمل الذي سيتم في المرحلة المقبلة ومدة إجراز هذه المرحلة. فهل عدم الاتفاق على مدة معينة في العقد لإنشاء البرنامج يخل بهذا العقد أم لا؟ أي هل تعتبر المدة عنصر جوهري من عناصر عقود إنشاء البرمجيات؟

حيث إننا إنتهينا إلى أن العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو عقد مقاولة، فإنه يجب البحث عما إذا كانت المدة عنصراً جوهرياً من عناصر عقد المقاولة أم لا.

الواقع أن المدة ليست عنصراً جوهرياً في عقد المقاولة، وليس لها من الأهمية في هذا العقد، فقد يبرم العقد دون الاتفاق على مدة لإجراز العمل المطلوب، وقد يقترن العقد بمدة معينة لإجراز العمل يتفق عليها الأطراف. ٢.

1- Louis BOURDEAU, Les incidences juridiques de la méthode agile, Art Préc.

١- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: العقود الواردة على العمل: المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص ٢٣٥، فقرة ١٣٤.

فالعقد المفاوضة ليس عقداً زمنياً؛ لأن وجود الزمن في العقد ليس عنصراً  
جوهرياً بل يُعد عنصراً عرضياً لا يكفي لاعتبار العقد عقداً زمنياً. ١  
فالعقد المفاوضة إذا لا يُشترط فيه النص على مدة معينة لإنجاز العمل محل  
التزام المفاوض، أي أن هذا العقد لا يُشترط اقترانه بـ مدة معينة، ويترتب على  
ذلك أن عقود إنشاء البرمجيات لا يُشترط أن يتم النص فيها على مدة معينة  
لإنشاء البرنامج، ويكون عدم النص على مدة معينة لإنشاء البرنامج في  
العقود المرنة لإنشاء البرمجيات ليس فيه أية مخالفة للقواعد الخاصة بعقد  
المفاوضة في القانون المدني.

### المبحث الثالث

#### التحلل من العقد

أحد أهم خصائص العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو قدرة العميل على  
التحلل من العقد في أي وقت يريد؛ بحيث إن العميل يستطيع إيقاف  
العمل في البرنامج بشرط تعويض المبرمج عما أنفق في إنشاء البرنامج  
حتى لحظة التحلل من العقد، ولا يستطيع المبرمج أن يعترض على ذلك.  
ويعد هذا الحق المقرر للعميل هو نتيجة طبيعية لعدم التزام المبرمج نفسه  
بإعداد محدد لتسليم البرنامج أو مواصفات معينة للبرنامج المطلوب إنشاؤه،  
فيكون من العدل السماح للعميل بالتحلل من العقد عند أي مرحلة من  
مراحل التنفيذ إذا لم يوافق على العمل المطلوب، فهذا الشرط هو الذي  
يحقق التوازن في العقد. ٢

ولكن يتم النص في العقد المرن على تنازل المبرمج عما يكون قد أنجزه  
من أعمال برمجية في البرنامج في حالة تحلل العميل من العقد ودفع مقابل  
هذا العمل للمبرمج.

١- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، عقد المفاوضة في التشريع المصري والمقارن،  
منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٨، فقرة ١٤.

2- Louis BOURDEAU, Les incidences juridiques de la  
méthode agile, Art Préc.

ويلاحظ أن هذا الشرط قد يتصادم مع القواعد العامة للعقود، ومع قواعد حماية حق المؤلف في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية باعتبار أن برنامج الكمبيوتر هو مصنف خاضع للحماية بموجب قواعد حماية حق المؤلف.

حتى نتناول مدى صحة هذا الشرط سنقسم هذا البحث إلى مطلبين سنتناول في المطلب الأول مدى صحة الشرط وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، وستتناول في المطلب الثاني مدى صحة هذا الشرط وفقاً لقواعد حماية حق المؤلف.

### المطلب الأول

#### مدى صحة الشرط وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني

يشور التساؤل حول مدى صحة الشرط الذي يعطى العميل الحق في التحلل من العقد بإرادته المنفردة في أية مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج. للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نرجع للقواعد الخاصة بعقد المقاولة باعتبار أنه التكييف القانوني للعقد المرن لإنشاء البرمجيات كما ذكرنا سابقاً، وفقاً للمادة ٦٦٣ من القانون المدني؛ فإن لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاولة ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

ويتبين من نص المادة ٦٦٣ أن لرب العمل في عقد المقاولة أن يتحلل من العقد بإرادته المنفردة دون إبداء سبب معين، على أن يعرض المقاول على ما تكلفه من نفقات وما فاتته من كسب، ونلاحظ أن نص المادة ألزم رب العمل بدفع تعويض كامل للمقاول، وهو ما أصاب المقاول من خسارة وما فاتته من كسب.١

١- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: العقود الواردة على العمل: المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص ٢٤٢ - ٢٤٣، فقرة ١٣٨.



وبالتالي فإن النص في العقد المرن لإنشاء البرمجيات على حق العميل في التحلل من العقد - عند نهاية أية مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج - هو نص صحيح يتوافق مع المادة ٦٦٣ من القانون المدني. ولكن نلاحظ أن نص المادة ٦٦٣ تلزم رب العمل في حالة التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة بتعويض المقاول عما أنفقه من مصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما فاته من كسب، بينما الشرط في العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو أن العميل يعرض المبرمج عما أنفقه من مصروفات وأنجزه من أعمال دون أن يعرضه عما فاته من كسب، فهل هذا الشرط صحيح فيما يتعلق بعدم النص على ذلك؟ أم أنه يجوز للمبرمج بعد ذلك أن يطالب العميل بالتعويض عما فاته من كسب إعمالاً لنص المادة ٦٦٣؟

الثابت أن نص المادة ٦٦٣ ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالف القاعدة الواردة بنص هذه المادة في كل من شطريها، فيجوز الاتفاق على عدم جواز تحلل رب العمل من العقد بإرادته المنفردة، ويجوز الاتفاق أيضاً على أن يكون لرب العمل التحلل من عقد المقاولة دون أن يدفع أي تعويض للمقاول أو أن يدفع تعويضاً كاملاً بل يقتصر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول.١

وبالتالي فالنص في العقد المرن لإنشاء البرمجيات على اقتصار تعويض العميل للمبرمج على ما أصابه من خسارة دون ما فاته من كسب هو شرط صحيح، وبالتالي لا يحق للمبرمج بعد ذلك المطالبة بتعويضه عما فاته من كسب.

### المطلب الثاني

#### مدي صحة الشرط وفقاً لقواعد حماية حق المؤلف

يثور التساؤل عما إذا قام العميل بالتحلل من العقد، فهل يجوز أن يتنازل له المبرمج عن حقوق المؤلف فيما تم من عمل في البرنامج؟ وهل يحق للعميل في هذه الحالة أن يطلب من مبرمج آخر تكملة هذا العمل؟

١ - المرجع سابق، ص ٢٤٧، فقرة ١٣٩.

فدائماً ما يتم الاتفاق في العقد المرن على تنازل المبرمج للعميل عما تم إنجازه في البرنامج من أعمال البرمجة حتى اللحظة التي أعلن فيها العميل عن التحلل من العقد، وذلك مقابل دفع العميل لكل تكلفة العمل التي تمت حتى انتهاء هذه المرحلة ١.

فهل هذا الشرط يعد شرطاً صحيحاً أم لا في ضوء القواعد الخاصة بحماية حق المؤلف المنصوص عليها في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري ٢٢؟

أعتقد أن الإجابة هنا تتوقف على مدى إمكانية إسباغ صفة المصنف على أعمال البرمجة التي انتهى منها المبرمج عند المرحلة التي تم فيها التحلل من العقد من قبل العميل.

حتى نجيب عن هذه التساؤلات؛ فسوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث سنتناول في الفرع الأول مدى اعتبار أعمال البرمجة مصنفاً، ونتناول في الفرع الثاني محاولة وضع حل للإشكالية القانونية.

### الفرع الأول

#### مدى اعتبار أعمال البرمجة مصنفاً

تم تعريف برنامج الكمبيوتر في الفقرة (ح) من المادة (١) من اللائحة التنفيذية للكتاب الثالث من قانون حماية الملكية الفكرية<sup>٢</sup> بأنه مجموعة الأوامر والتعليمات المعبر عنها بأية لغة أو رمز أو إشارة، والتي تتخذ أي شكل من الأشكال، ويمكن استخدامها بطريق مباشر أو غير

---

1- Ian Edwards & Roger Bickerstaf & Alexander Duisberg, Contractingfor Agile software development projects, Op.cit.

٢- قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ (مكرر) في ٢ يونيو سنة ٢٠٠٢.

٣- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٩٧ لسنة ٢٠٠٥ بإصدار اللائحة التنفيذية للكتاب الثالث من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، الجريدة الرسمية، العدد ١٢ (مكرر) الصادر في ٢٩ مارس ٢٠٠٥.

مباشر في حاسب آلي لأداء وظيفة أو تحقيق نتيجة، سواء كانت هذه الأوامر والتعليمات في شكلها الأصلي أو في أي شكل آخر تظهر فيه من خلال الحاسب الآلي).

وهذا التعريف يتميز بالدقة والشمول؛ لأنه تعريف واسع حيث عرف البرنامج بأنه الأوامر الموجهة للكمبيوتر بشكل مباشر أو غير مباشر، كما أن البرنامج يتمتع بالحماية سواء ظهرت التعليمات على الكمبيوتر بشكلها الأصلي أو بأي شكل تطبيقي آخر. ١

وقد أخضع قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ برامج الكمبيوتر لقواعد حماية حق المؤلف، حيث نص عليها في الكتاب الثالث الخاص بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

فالمشرع قد نص صراحة في المادة ١٤٠ من قانون حماية الملكية الفكرية على أن برامج الكمبيوتر هي مصنوعات يحمى القانون حقوق مؤلفيها (المبرمجين)، وبالتالي فهي تخضع لقواعد حماية حق المؤلف.

وقد عرف قانون الملكية الفكرية المصري المصنف في المادة ١٣٨ منه بأنه (كل عمل مبتكر أدبي أو فني أو علمي أيا كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه).

ونظراً لكون عنصر الابتكار هو أهم عنصر من عناصر المصنف، فقد عرفه المشرع في ذات المادة، حيث ذكر أن الابتكار هو (الطابع الإبداعي الذي يسبغ الأصالة على المصنف).

والأصالة تعبر عن الجهد الذهني المبذول من المؤلف ووسيلة التعبير التي يظهر فيها المصنف في شكله النهائي. ٢

---

١ - محمد حسن عبدالله، حقوق الملكية الفكرية: الأحكام الأساسية، الآفاق المشرقة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١، ص ٢٦١-٢٦٢.

٢ - سعيد سعد عبد السلام، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٤.

فالمعلومة التي تُطرح في برنامج الكمبيوتر، وإن كانت في ذاتها شيئاً غير مادي إلا أنها تعطى مبرمج الكمبيوتر الحق في الحماية، طالما أن هذه المعلومة قد تميزت بالجدة والابتكار. ١

فالبرنامج هو مصنف يتم التعبير فيه عن الأفكار بطريقة مختلفة عن المصنفات الأخرى، حيث يتم التعبير عن الفكرة بلغة البرمجة، فالبرنامج هو نتاج عمل ذهني من قبل المبرمج. ٢

ولذلك نرى أن المبرمج إذا قام ببعض أعمال البرمجة في البرنامج، فإن هذه الأعمال تستأهل الحماية القانونية طالما كان يتوافر فيها الطابع الإبداعي، فمثلاً إذا كان من المفترض أن يقوم البرنامج بعدة وظائف واستطاع المبرمج أن يقوم ببعض أعمال البرمجة التي تؤدي لقيام البرنامج بوظيفة واحدة؛ ثم تحلل العمل من العقد، فإن ما قام به المبرمج هو عمل إبداعي يستأهل الحماية المقررة للمصنف.

وبالتالي فأعمال البرمجة التي يقوم بها المبرمج تعد مصنفات خاضعة للحماية حتى ولو لم تكتمل لتأخذ شكل برنامج كامل إذا توافر فيها طابع الإبداع، وكانت تمثل جزءاً مهماً من البرنامج، فهذه الأعمال، وإن كانت لا تعد برنامجاً كاملاً إلا أنها تساهم في بناء البرنامج بالإضافة للأعمال التي سيقوم بها المبرمج الآخر الذي سيعهد له العميل بإكمال هذا البرنامج. وبالتالي يتمتع المبرمج بحقوق المؤلف المادية والأدبية على أعمال البرمجة التي قام بها حتى لحظة التحلل من العقد، طالما كانت تتميز بالأصالة، وكانت ذات أهمية في بناء البرنامج.

---

١ - محمد عبد الظاهر حسين، الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر المعلوماتية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٢.

2- Raphael MARICHEZ, La protection juridique du logiciel en droit français est-elle suffisante?, Art disponible sur: [www.developpez.com](http://www.developpez.com), La date de mise en ligne est: 15/01/2008.

## الفرع الثاني وضع حل للإشكالية القانونية

انتهينا إلى أن أعمال البرمجة التي يقوم بها المبرمج في البرنامج حتى التحلل من العقد قد تعد مصنفاً يخضع للحماية القانونية، وبالتالي فشروط العقد يجب أن تراعى حقوق المؤلف الأدبية على هذه الأعمال.

المشكلة أنه يتم النص في العقد المرن على حق العميل في تملك ما قام به المبرمج من أعمال البرمجة حتى المرحلة التي يتحلل فيها العميل من العقد على أن يدفع العميل مقابل هذه الأعمال.

وهذا الشرط يعد شرطاً عادلاً باعتبار أن العميل هو الذى كلف المبرمج بالقيام بهذا البرنامج لمصلحته ودفع له مقابل الأعمال التى قام بها حتى تم التحلل من العقد بمعرفة.

ففى حالة إكمال مبرمج آخر للبرنامج فإنه من الممكن عدم نسبة البرنامج للمبرمج الأول الذى ساهم فيه، وهو ما يتعارض مع حق المؤلف فى نسبة المصنف إليه.

كما أنه ستثور إشكالية حول مدى قدرة المبرمج الأول فى منع المبرمج الثانى من تعديل ما قام به من أعمال برمجة، فمن الممكن أن يقوم المبرمج الثانى بالتعديل فى الأعمال التى قام بها المبرمج الأول حتى يستطيع إكمال البرنامج.

وفقاً للمادة ١٤٣ من قانون حماية الملكية الفكرية، فإن المؤلف وخلفه العام يتمتع على المصنف بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل عنها، ووفقاً لنص المادة ١٤٥ يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل تصرف يرد على أي من الحقوق الأدبية.

وبالتالى من الممكن أن يشوب البطلان الشرط الوارد فى العقد المرن والخاص بحق العميل فى تملك ما قام به المبرمج من أعمال حتى لحظة التحلل من العقد، مع أنه شرط عادل كما ذكرنا سابقاً.

## أولاً: الحق في أبوة المصنف:

هذا الحق هو حق بديهي لأنه يمثل الرابط بين المؤلف ومصنفه، حيث يحق للمؤلف أن ينسب المصنف إليه، فعند طرح المصنف للجمهور يحق للمؤلف أن يذكر اسمه على كل نسخ المصنف، كما يحق له أن ينشر اسمه باسم مستعار أو أن يبقيه مَغْفلاً.١

كما أنه إذا قام أحد الأشخاص بالاقتباس من أحد المصنفات، فإنه يلتزم بالإشارة إلى اسم المؤلف وكذلك اسم المصنف، وإلا كان معتدياً على الحق الأدبي للمؤلف بما يترتب على ذلك من توقيع العقوبات المقررة في القانون عليه.٢

فالشرط المنصوص عليه في العقد المرن - بحق العميل في إسناد هذه الأعمال لمبرمج آخر لتكتملتها دون النص على التزام العميل بنسبة البرنامج في شكله النهائي للمبرمج الأول مع المبرمج الثاني - يشوبه البطلان لمخالفته لنص المادة ١٤٣ و١٤٥ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية.

وبالتالي يجب النص في العقد المرن لإنشاء البرمجيات على أن العميل ملتزم بنسبة البرنامج بعد اكتماله لكل من المبرمج الأول وأي مبرمج آخر سوف يقوم بتكملة هذا البرنامج في حالة التحلل من العقد المرن مع المبرمج الأول حتى لا يكون هذا الشرط باطلاً.

وبهذه الصيغة يتفادى العميل والمبرمج بطلان هذا الشرط، وفي ذات الوقت يحترما حق المبرمج الأول في نسبة ما قام به من أعمال برمجة إليه.

---

١- محمد خليل يوسف أبو بكر، حق المؤلف في القانون: دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ٥٢.

٢- حسن جميعي، القانون المصري لحماية حقوق الملكية الفكرية: سماته الرئيسية ومدى توافقه والمعايير الدولية، ورقة عمل مقدمة إلى الاجتماع المشترك بين الويبو وجامعة الدول العربية حول الملكية الفكرية لممثلي الصحافة والإعلام، القاهرة، ٢٣ و ٢٤ مايو ٢٠٠٥.

## ثانياً: الحق في احترام المصنف:

وفقاً للمادة ١٤٣ فإن المؤلف يكون له الحق في منع تعديل المصنف تعديلاً يُعتبر تشويهاً أو تحريفاً له.

فكيف يمكن للمبرمج أن يمنع الغميل من تعديل أعمال البرمجة تعديلاً يُعتبر تشويهاً أو تحريفاً لها، في حين أن المبرمج لا يستطيع أن يراقب التعديلات التي تتم من قبل المبرمج الآخر الذي سيستعين به العميل.

فالشروط المنصوص عليه في العقد المرن هو حق العميل في تملك ما يقوم به المبرمج من أعمال البرمجة حتى لحظة تحلله من العقد، وحقه في أن يعهد لمبرمج آخر بإكمال هذه الأعمال حتى تصل لأن تكون برنامجاً كاملاً.

ومن البديهي أن المبرمج الثاني قد يقوم ببعض التعديلات في أعمال البرمجة التي قام بها المبرمج الأول حتى يستطيع أن يبني عليها ويكمل بناء البرنامج دون أن يكون من حق المبرمج الأول أن يعترض على ذلك وفقاً لنص العقد.

فهل هذا الشرط يكون باطلاً في هذا الشق الذي يمنع المبرمج الأول من الاعتراض على تعديل أعمال البرمجة التي قام بها؟

وفقاً لصريح نص المادة ١٤٣ و ١٤٥؛ فإن هذا الشرط يكون باطلاً في حرمانه المبرمج الأول من الاعتراض على أي تعديل يحدث في أعمال البرمجة التي قام بها من قبل المبرمج الثاني.

ولكن كيف نحكم ببطالان هذا الشرط والعمل هو الذي كلف المبرمج بالقيام بهذه البرمجة بناءً على طلبه وتم التراضي بينهم على ذلك، فكيف يحق للمبرمج الأول بعد ذلك أن يمنع العميل من إكمال البرنامج بالرغم من أنه قد أخذ مقابل ما قام به من أعمال البرمجة.

إذا رجعنا إلى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الفرنسي؛ سنجد أن المادة ٢/٦/١٢٢ قد أجازت لمبرمج البرنامج أن يرخص لأي شخص بأن يقوم بعمل تعديلات أو تحديثات على هذا البرنامج، ونصت المادة

١/١/٧/١٢١ ، على أنه لا يحق لمبرمج البرنامج في هذه الحالة أن يعترض على التعديلات التي سيقوم بها المرخص له إلا إذا كان هذا التعديل يمس شرف أو اعتبار المبرمج ، أو تم النص في عقد الترخيص على حق المبرمج في هذا الاعتراض.

فقد وضع المشرع الفرنسي بذلك قواعد خاصة لحقوق المؤلف في مجال البرمجيات باعتبار أن البرمجيات هي مصنوعات لها طبيعة خاصة ، واستطاع المشرع الفرنسي بذلك أن يضمن بعض المرونة على الحقوق الأدبية لمبرمج البرنامج بعكس الحقوق الأدبية للمؤلف بصفة عامة.

وبالتالي يكون الشرط المنصوص عليه في العقد المرن - الذي يعطى العميل الحق في تعديل أعمال البرمجة إذا تحلل من العقد دون اعتراض المبرمج - هو شرط صحيح وفقاً لأحكام قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي.

ويظل هذا الشرط باطلاً وفقاً لأحكام قانون حماية الملكية الفكرية المصري ، باعتبار أن الحق في الاعتراض على تعديل المصنف هو حق أدبي أبدي لا يقبل التنازل عنه ، وأي تنازل يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

### الفصل الثالث

#### آثار العقد المرن لإنشاء البرمجيات

تمهيد وتقسيم:

تتمثل آثار العقد في الالتزامات المترتبة على هذا العقد على عاتق طرفيه ، وبالتالي فآثار العقد المرن لإنشاء البرمجيات تتمثل في التزامات المبرمج والعميل.

---

1- 'LOI n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF, n°178 du 3 août 2006, P 11529, texte n° 1.



من ناحية أخرى يجب تحديد صور المسؤولية العقدية التي قد تترتب على أي من طرفيه في حالة إخلاله بالتزامه في ظل طبيعة هذا العقد المرن الذي يفترق للتحديد الدقيق لشروطه.

سنتناول آثار العقد من خلال تقسيم هذا الفصل إلى:

**المبحث الأول:** الالتزامات الناشئة عن العقد.

**المبحث الثاني:** المسؤولية العقدية.

### **المبحث الأول**

#### **الالتزامات الناشئة عن العقد**

العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو عقد ملزم للجانبين؛ حيث يترتب عليها التزامات على عاتق كل طرف من أطراف العقد وهما المبرمج والعميل.

سنتناول التزامات كل طرف من أطراف العقد في مطلب مستقل.

### **المطلب الأول**

#### **التزامات المبرمج**

يترتب على العقد المرن لإنشاء البرمجيات التزامات متعددة سنتناولها في الفروع الآتية:

### **الفرع الأول**

#### **إنشاء البرنامج**

الالتزام الجوهرى الذى يقع على عاتق المبرمج هو إنشاء البرنامج المتفق عليه وفقاً لاحتياجات العميل.

وقد ذكرنا سابقاً أنه لا يتم تحديد مواصفات معينة للبرنامج، وإنما يتم تحديد إطار عام له؛ بحيث يكون المبرمج ملتزماً بأن يبذل أقصى ما يمكن لتحقيق احتياجات العميل فى البرنامج المطلوب والتي سيعبر عنها فى كل مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج<sup>١</sup>.

---

1- M.Camille PLANAT, Aspects juridiques de la contractualisation agile, Op.cit, P 13.

ولذلك فالالتزام المبرمج الجوهري في العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو التزام بمحاولة إنشاء برنامج وليس التزام بإنشاء برنامج، باعتبار أن الطرفين في العقد لم يتفقا على التزام بإنشاء برنامج معين ولكن اتفقا على آلية للتعاون بينهما لتحقيق هدف وهو إنشاء برنامج يحقق احتياجات العميل. ١.

وبناءً على ذلك فإن التزام المبرمج في العقد المرن هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة؛ لأن طبيعة هذا الالتزام لا تتوافق مع طبيعة العقد المرن الذي يلقى على المبرمج التزاماً بالتعاون مع العميل في كل مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج ولا يلقى عليه التزاماً بإنشاء البرنامج. ٢. كما أن الالتزام بتحقيق نتيجة يقتضي الالتزام بإنجاز العمل في وقت معين، وهو لا يتوافر في العقد المرن لأنه لا يتضمن وقتاً معيناً لتسليم البرنامج من المبرمج للعميل. ٣.

- 1- M.Camille PLANAT, Aspects juridiques de la contractualisation agile, Op.cit, P١٥.
  - Jean-Pierre GASNIER, La Méthode Agile ou le choix d'une collaboration contractuelle entre les parties, Art disponible sur: <http://www.citedulogiciel.com/2-economie/politique/avis-dexpert-elaboration-de-contrat.html>, La date de acces est: 4 june 2014.
- 2- Stéphane Leriche & Eléonore Varet, Contrats informatiques - Méthodologie Agile et contrats de développement - Révolution ou adaptation?, Art preci.
  - M.Camille PLANAT, Aspects juridiques de la contractualisation agile, Op.cit, P15.
  - Magali BLAISE et autres, Le Contrat de Services IT agile, Op.cit, P1٨.
- 3- Stéphane Leriche & Eléonore Varet, Contrats informatiques - Méthodologie Agile et contrats de développement - Révolution ou adaptation?, Art preci.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن وجود التزام على الطرفين فى العقد للتعاون لإنجاز العمل المطلوب، وعدم وجود ميعاد محدد لإنجاز هذا العمل، يؤدى إلى عدم وجود التزام بتحقيق نتيجة على عاتق أي طرف وإنما التزام ببذل عناية.١

فالمبرمج ملتزم بالتعاون مع العميل فى العقد المرن بحيث يلتزم بالالتقاء معه بعد انتهاء كل مرحلة لتقييم ماتم فيها والاتفاق على المرحلة الجديدة من مراحل الإنشاء؛ وبالتالي فالالتزام بالمبرمج هو التزام ببذل عناية وليس بالتزام بتحقيق نتيجة.٢

ولا يتعارض ذلك مع تكييف هذا العقد باعتباره عقد مقاوله، لأن الالتزام بإنجاز العمل فى عقد المقاوله إما أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً ببذل عناية على حسب طبيعة العقد، فعقد العلاج الطبي هو عقد مقاوله رغم أن التزام الطبيب بالعلاج هو التزام ببذل عناية.٣

وبالتالى يلتزم المبرمج ببذل عناية الرجل المعتاد فى التعاون مع العميل فى سبيل محاولة تحقيق البرنامج المطلوب، فيلتزم بالتفاوض فى كل مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج ومحاولة الوصول لاتفاق مع العميل على مواصفات كل مرحلة، وما يجب أن يتم فيها من عمل، وفى كل ذلك يحكمه معيار الرجل المعتاد؛ أي مبرمج يعمل فى نفس المجال.

---

1- Cass.Com, 5 avril 2011, N° de pourvoi: 09-71756, Non-publié au bulletin, disponible sur: <http://www.Legifrance.gouv.fr>.

2 - Magali BLAISE et autres, Le Contrat de Services IT agile, Op.cit, P1٨.

٣- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد: العقود الواردة على العمل: المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص ٦٧، فقرة ٣٨.

## الفرع الثاني التنازل عن حقوق المؤلف

يلتزم المبرمج من ناحية أخرى بالتنازل للعميل عن حقوقه كمؤلف للبرنامج الذي تم إنشاؤه، بحيث يستطيع العميل أن يستخدم هذا البرنامج أو يستغله مالياً، ويتم النص صراحة في العقد على ذلك. ١. والمقصود من هذا التنازل هو تنازل المبرمج للعميل عن حقوقه المالية في البرنامج دون أن يخل ذلك بحقوقه الأدبية، باعتبار أن البرنامج هو مصنف للمبرمج عليه حقوق مالية وأدبية، فالحقوق الأدبية لا تقبل التنازل عنها.

أما الحقوق المالية فيجوز التنازل عنها مقابل المبلغ المالي الذي يدفعه العميل للمبرمج بشرط التقييد بما نصت عليه المادة ١٤٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، حيث نصت على: (للمؤلف أن ينقل إلى الغير كل أو بعض حقوقه المالية المبينة في هذا القانون. ويشترط لانعقاد التصرف أن يكون مكتوباً، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محالاً للتصرف مع بيان مدها والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه.) وبالتالي فالشرط الخاص بتنازل المبرمج عن حقوقه المالية في البرنامج يجب أن يكون مذكوراً صراحة في العقد، ويتحدد فيه البرنامج صراحة ومدة استغلال العميل له ومكان الاستغلال.

وهذا ما يتم النص عليه صراحة في العقد المرن لإنشاء البرمجيات، حيث يتم النص على حق العميل في استعمال البرنامج داخل المنشأة الخاصة به لإدارة العمل بالمنشأة.

إلا أنه في العقد المرن يتم النص على حق العميل في استغلال البرنامج بدون النص على مدة معينة، وهذا يتعارض مع نص المادة ١٤٩ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري فهل يعد الشرط باطلاً؟

1- M.Camille PLANAT, Aspects juridiques de la contractualisation agile, Op.cit, P١٦.

نرى أن عدم النص على مدة استغلال العميل للبرنامج يترتب عليه بطلان شرط تنازل المبرمج عن حقوقه المالية بطلاناً مطلقاً؛ وذلك لأن المادة ١٤٩ اشترطت لانعقاد التصرف أن تحدد مدة استغلال المصنف بجانب مكانه ومداه والغرض منه، وأن يكون مكتوباً.

والمشكلة هنا هي أن العميل عندما عهد للمبرمج بإعداد هذا البرنامج، فإنه لا يتصور أن يستخدم البرنامج لمدة معينة، وإنما يريد أن يمتلك هذا البرنامج ويستخدمه في إدارة منشأته بدون حد أقصى للمدة.

وهذه من أحد النقاط التي يتصادم فيها قانون حماية حقوق الملكية الفكرية مع المصنف الذي يتم إعداده بناءً على طلب.

كذلك يعطي قانون الملكية الفكرية الحق للمؤلف في سحب مصنفه من التداول، فوفقاً للمادة ١٤٤ من قانون الملكية الفكرية المصري، فإنه يحق للمؤلف أن يطلب من المحكمة الابتدائية سحب المصنف من التداول، وذلك إذا طرأت أسباب جديّة أو لإدخال تعديلات عليه.

ويثور التساؤل حول مدى إمكانية ممارسة مبرمج البرنامج لهذا الحق، فالبرنامج الذي يقوم المبرمج بتسليمه للعميل هو نتاج تعاقد بينهم، وليس من العدل أن يكون من حق المبرمج سحب البرنامج بعد أن اعتمد العميل عليه في إدارة منشأته.

فوفقاً للقانون المصري سيظل من حق المبرمج سحب البرنامج بعد تسليمه للعميل بشرط الحصول على إذن من المحكمة الابتدائية.

ولكن يلاحظ هنا أن المادة ٢/١/٧/١٢١ من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي قد قضت بأن مبرمج البرنامج لا يحق له أن يسحب البرنامج من التداول إلا إذا تم النص على ذلك صراحة في العقد الخاص بترخيص استخدام هذا البرنامج.

أي أن قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي قد استثنى برمجيات الكمبيوتر من إمكانية قيام المؤلف بسحبها من التداول، إلا إذا تم النص

صراحة على ذلك، وهذا يتماشى مع الواقع، إذ إنه من الصعب عملياً سحب البرنامج من التداول بعد أن يكون قد تم نسخه على العديد من أجهزة الكمبيوتر.

وبالتالي فوفقاً للقانون الفرنسي؛ فلا يكون من حق مبرمج البرنامج في العقد المرن لإنشاء البرمجيات أن يسحبه من العميل بعد تسليمه إياه.

ولم يرد مثل هذا النص في قانون حماية الملكية الفكرية المصرية؛ لأن هذا القانون لم يضع قواعد خاصة تحكم البرمجيات، وإنما أخضعها لذات القواعد التي تحكم المصنفات بصفة عامة، بعكس الحال في القانون الفرنسي الذي وضع تنظيمًا خاصاً للبرمجيات بجانب التنظيم العام للمصنفات نظراً للطبيعة الخاصة للبرمجيات.

ولذلك من الفقه من يرى أنه يجب تعديل المادة ١٤٤ من قانون الملكية الفكرية المصرية، بحيث تستثنى برامج الحاسب الآلي من حق سحب المصنف من التداول، بحيث لا يسمح لمبرمج برنامج الحاسب الآلي بسحبه إلا إذا كان في استمرار البرنامج ما يضر بسمعة وشرف المبرمج.١

وفي رأيي أن هذا الرأي صحيح؛ لأنه لا يتناسب مع برامج الحاسب الآلي بصفه عامه أن يكون للمبرمج أن يسحبه من التداول كلما طرأ له أن يقوم بتعديلات جوهرية عليه، فهذا صعب من الناحية العملية.

من ناحية أخرى يرى رأي في الفقه أنه لا يمكن أن تعطى للمؤلف في مجال المصنفات التي تتم بناء على طلب الحق في سحب مصنفه من التداول، لأن ذلك يتعارض مع التزامه في العقد.٢

فلا يتصور أن يلتزم المبرمج في عقد إنشاء البرمجيات بتسليم برنامج للعميل ثم يقوم بسحبه منه بعد ذلك، كما لا يتصور بصفة عامة أن

١- شحاته غريب شلقامى، الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٢٣.

٢- حسن حسين البراوى، المصنفات بالتعاقد، مرجع سابق، ص ٨٩.

يقوم المؤلف بعمل مصنف للعميل بناءً على طلبه ثم يسجبه منه بعد ذلك. ١.

من ناحية ثالثة؛ فقد ذكرنا سابقاً أن قانون الملكية الفكرية المصري يعطى للمؤلف الحق في الاعتراض على أي تعديل يطرأ على المصنف إذا كان فيه تشويه أو تحريف له، واعتبر ذلك حق أدى لا يجوز التنازل عنه وأي تنازل عنه يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

والواقع أن العقد المرن لإنشاء البرمجيات يتم النص فيه على حق العميل في القيام بأية تعديلات أو تحديثات في المستقبل دون أن يكون للمبرمج الحق في الاعتراض على ذلك، وهذا الشرط يعد شرطاً باطلاً بطلاناً مطلقاً وفقاً لأحكام قانون حماية الملكية الفكرية المصري، بالرغم من أنه يعد شرطاً عادلاً؛ لأن من حق العميل أن يقوم بأية تعديلات أو تحديثات على البرنامج الذي يعتمد عليه في إدارة منشأته ليتلاءم مع التطورات التي حدثت بتلك المنشأة.

وهذا الشرط يعد شرطاً صحيحاً - كما ذكرنا سابقاً - وفقاً لقانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي؛ الذي لم يعط المبرمج الحق في الاعتراض على التعديلات أو التحديثات التي يقوم بها المرخص له بذلك طالما أن هذه التعديلات لا تمثل أي اعتداء على شرف أو اعتبار المبرمج.

### الفرع الثالث

#### الالتزام بالتعاون

يلتزم المبرمج بالتعاون مع العميل في سبيل إنشاء البرنامج المطلوب، فالالتزام بالتعاون هو التزام جوهرى فى العقود المرنة، وبالتالي يجب على المبرمج التعاون مع العميل لتلبية احتياجاته فى البرنامج المطلوب إنشاؤه، فيجب على المبرمج أن يطلع العميل على ماتم من عمل بعد انتهاء كل مرحلة من المراحل المتفق عليها لتقييم ماتم من عمل، وللاتفاق على

1- Mohammed YOUSSEF, Le contrat de commande dans les propriétés intellectuelle, Op.cit, P 19.

ما سيتم في المرحلة القادمة حتى يحدد العميل موقفه من الاستمرار أو إيقاف العمل في البرنامج والتحلل من العقد.١

وإذا كان المبرمج غير ملتزم بمواصفات محددة للبرنامج في بداية العقد، إلا أن ما يتم الاتفاق عليه قبل بداية كل مرحلة يلتزم المبرمج بالقيام به، فإذا اتفق على العمل في البرنامج بطريقة معينة خلال المرحلة الجديدة، فإن المبرمج يلتزم بذلك.٢

فالمبرمج باعتباره مقاولاً ملتزم بإنجاز البرنامج وفق المتفق عليه في العقد، وحيث إنه لا يوجد في العقد اتفاق على مواصفات معينة للبرنامج، فالمقاول سيلتزم في كل مرحلة بما يتم الاتفاق عليه من مواصفات للبرنامج قبل بداية هذه المرحلة، حيث إن المواصفات المتفق عليها في كل مرحلة تمثل في مجموعها مواصفات البرنامج المطلوب والتي يجب أن يلتزم بها المبرمج.

ونرى أن التزام المبرمج عند إبرام العقد مبدئياً هو التزام ببذل عناية وهو التزامه بالتعاون مع العميل في كل مرحلة من مراحل البرنامج للاتفاق على ما سيتم من عمل في هذه المرحلة، إلا أنه بعد الاتفاق في بداية المرحلة على العمل المطلوب فيها، وما يجب تحقيقه من مواصفات في هذا العمل، فإن التزام المبرمج يصبح التزاماً بتحقيق نتيجة بالنسبة لهذه المرحلة فقط، ويظل الالتزام العام هو التزام ببذل عناية.

وبالتالي لا يبرأ المبرمج من التزامه إلا إذا حقق المطلوب منه في كل مرحلة وفقاً لما اتفق عليه قبل بداية هذه المرحلة.

- 1- Nathalie Lopez SAUSSIER, La contractualisation agile, Art Préc.
- 2- Alex ADAMOPOULOS, Must-Haves for Agile Contracts, Art on the internet at: [www.emergn.com](http://www.emergn.com), the date of publishing is: 21August 2012.



وإذا تم الاتفاق بين المبرمج والعميل قبل بداية مرحلة جديدة من مراحل إنشاء البرنامج على مدة معينة يجب إنجاز هذه المرحلة فيها، فإن المبرمج يلتزم بإنجاز هذه المرحلة في هذه المدة المتفق عليها.١  
والالتزام بالتعاون يقتضى الإعلام من قبل المبرمج للعميل فى كل مرحلة من مراحل تنفيذ البرنامج، لأن المبرمج يمتلك المعلومات الفنية التى لا يعلمها العميل.٢

### الفرع الرابع الالتزام بالتسليم

يلتزم المبرمج بتسليم البرنامج للعميل بعد إنجازه، وهذا يقتضى أن يكون العميل والمبرمج قد أنجزوا كل مراحل إنشاء البرنامج، بحيث اتفقا قبل بداية كل مرحلة ونفذ المبرمج المرحلة الإنشائية طبقاً لما تم الاتفاق عليه.

فطالما أنجز المبرمج البرنامج طبقاً لمراحل الإنشاء أصبح ملتزماً بنتيجة وهى تسليم البرنامج للعميل بعد انتهاء المدة المتفق عليها للمرحلة الأخيرة لمراحل الإنشاء.

والتسليم فى عقد المقاوله يكون بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن رب العمل من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق.٣

- 1- Ian Edwards & Roger Bickerstaf & Alexander Duisberg, Contractingfor Agile software development projects, Op.cit.
- 2- M.Camille PLANAT, Aspects juridiques de la contractualisation agile, Op.cit, P 16.

٣- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد: العقود الواردة على العمل: المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص ٨٩، فقرة ٤٩.

فتسليم المبرمج البرنامج للعميل يقتضي أن يضع المبرمج هذا البرنامج تحت تصرف العميل فى المنشأة التى سيعمل بها هذا البرنامج بحيث يستطيع العميل تشغيل هذا البرنامج والانتفاع به فى إدارة المنشأة. فتسليم البرنامج يقتضي قيام المبرمج بتحميله على شبكة الحاسبات الآلية الموجودة بمنشأة العميل بحيث يعمل البرنامج على هذه الحواسيب، فإذا كان البرنامج لإدارة مستشفى مثلاً، فيجب على المبرمج أن يحمل البرنامج على شبكة الحواسيب الآلية بالمستشفى ويتأكد من عمل البرنامج عليها.

ولذلك غالباً ما يتم النص فى العقد على التزام المبرمج بتدريب العاملين فى منشأة العميل على كيفية استخدام هذا البرنامج كجزء من التزامه بتسليم البرنامج خاصة إذا كان هذا البرنامج يتسم ببعض التعقيد. وقد يهلك البرنامج بعد انتهاء المبرمج من إنشائه وقبل تسليمه للعميل، كأن يصيبه فيروس معلوماتي أثناء وجوده على الكمبيوتر الخاص بالمبرمج، فعلى من تقع تبعة هلاك البرنامج فى هذه الحالة؟ يجب الرجوع هنا إلى نص المادة ٥٣ من القانون المدنى والتى تحدد تبعة هلاك الشئ قبل تسليمه من المفاوض لرب العمل؛ وتطبيق نص المادة، يمكن القول بوجود حالتين:

١- إذا هلك البرنامج قبل تسليمه للعميل، فإن المبرمج يتحمل تبعة هلاك البرنامج ولا يحق له أن يطالب العميل بأجر عن العمل الذى قام به.

٢- إذا أعذر المبرمج العميل بتسليم البرنامج، ولم يتسلم العميل البرنامج رغم ذلك، فإن تبعة الهلاك تقع على عاتق العميل، ويجب عليه أن يوفى للمبرمج بأجر العمل الذى قام به.

## الفرع الخامس الالتزام بالسرية

يقع على عاتق المبرمج التزام بسرية المعلومات التي يطلع عليها والخاصة بالعميل وأشركته ؛ لأن المبرمج يطلع على كثير من المعلومات الخاصة بالعميل حتى يتسنى له أن يقوم بإنشاء برنامج يحقق احتياجات هذا العميل ؛ وبالتالي يجب على المبرمج أن يحافظ على سرية هذه المعلومات التي اطلع عليها ولا يفشيها للغير.١

## المطلب الثاني التزامات العميل

حتى نتناول الالتزامات التي تترتب على العقد المرن في ذمة العميل ؛ فسوف نقوم بتقسيم هذا المطلب للفروع الآتية :

## الفرع الأول الالتزام بالتعاون

يلتزم العميل بالتعاون مع المبرمج في سبيل إنجاز البرنامج المطلوب ، والالتزام بالتعاون هو أحد أهم الالتزامات التي يلقيها العقد المرن على عاتق طرفيه ، حيث يلتزم العميل بأن يوفر للمبرمج كل احتياجاته التي تمنع من تأخر إنجاز البرنامج ، وأن يوفر الوسائل اللازمة له لإنجاز البرنامج وخاصة الدخول لمكان عمل العميل والإطلاع على المستندات الخاصة بالعميل ، والتي تسمح بإنجاز البرنامج وفقاً لمتطلبات العميل.٢

---

١ - مدحت محمد محمود عبد العال ، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات ، مرجع سابق ، ص ٧٣ .

2- M.Camille PLANAT, Aspects juridiques de la contractualisation agile, Op.cit, P18.

- Nathalie Lopez SAUSSIER, La contractualisation agile, Art Préc.

فيجب على العميل أن يلتقى مع المبرمج عند انتهاء كل مرحلة وقبل بداية المرحلة الجديدة للتفاوض والاتفاق على العمل الذي سيقوم به المبرمج في المرحلة الجديدة ومدة هذه المرحلة.

ويلتزم العميل أيضاً بتقديم المعلومات اللازمة التي يحتاجها المبرمج والتي تساعده في إنجاز البرنامج المطلوب مثل المعلومات الخاصة بالنشاط التجاري للمؤسسة الخاصة بالعميل والتي يتم عمل البرنامج لإدارتها. ١. فتعاون العميل مع المبرمج في كل مرحلة من مراحل الإنشاء من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق العميل في العقد المرن لإنشاء البرمجيات.

### الفرع الثاني

#### الالتزام بتسليم البرنامج

نصت المادة ٦٥٥ من القانون المدني على أنه متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسليمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات.

فيلتزم العميل بتسليم البرنامج بعد الانتهاء منه طالما تم وفقاً للمواصفات التي تم الاتفاق عليها سواء في الإطار العام المنصوص عليه في العقد، أو المواصفات التفصيلية التي تم الاتفاق عليها لاحقاً في كل مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج، ويتم ذلك عادة بعد قيام العميل باختبار البرنامج للتأكد من مطابقته لما تم الاتفاق عليه. ٢.

ووفقاً لذلك فإن العميل ملتزم بالسماح للمبرمج بالدخول على شبكة الحاسبات الآلية الداخلية بالمنشأة حتى يقوم بتحميل البرنامج وتشغيله على هذه الشبكة، فيكون بذلك قد تسلم البرنامج.

ووفقاً لنص المادة ٦٥٥ ، فإن رب العمل إذا امتنع بدون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته لذلك بإنذار رسمي ، أعتبر أن العمل قد سلم إليه.

- 1- Jens COLDEWEY, Contracting Agile Projects, op.cit.
- 2- M.Camille PLANAT, Aspects juridiques de la contractualisation agile, Op.cit, P1٨.

فإذا امتنع العميل عن تسلم البرنامج بدون سبب مشروع جاز للمبرمج أن يندره رسمياً بالاستلام فإذا استمر في الامتناع أعتبر أنه قد تسلم البرنامج، وتقع عليه تبعه الهلاك إن أصيب البرنامج بفيروس خارج عن إرادة المبرمج كما ذكرنا سابقاً.

### الفرع الثالث

#### الوفاء بالمقابل النقدي

الالتزام الرئيس الذي يقع على عاتق العميل هو الوفاء بالمقابل النقدي المتفق عليه، وهو المقابل الذي يتوافق مع العمل الذي قام به المبرمج، وهو أمر غير ثابت يؤدي لعدم القدرة على تحديد المقابل النقدي مقدماً في العقد، لأن المقابل النقدي سيعتمد على العمل الذي تم القيام به فعلاً. فيلتزم العميل بعد نهاية كل مرحلة بالوفاء بمقابل العمل الذي قام به المبرمج في هذه المرحلة وفقاً للمقابل النقدي لساعة العمل المتفق عليها في العقد، فيقوم العميل بالوفاء بمقابل مجموع ساعات العمل الذي قام به المبرمج.

ويلتزم العميل بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه في كل مرحلة من مراحل التنفيذ، حتى ولو اتخذ قراراً بالتحلل من العقد، وبالتالي فيلتزم بدفع المقابل النقدي للعمل الذي قام به المبرمج في المرحلة التي تم الاتفاق عليها حتى ولو قرر التحلل من العقد بعد هذه المرحلة ١.

### الفرع الرابع

#### احترام أبوة المبرمج على مصنفه

يلتزم العميل بأن يذكر اسم المبرمج على البرنامج، وذلك احتراماً لأبوة المؤلف على مصنفه، باعتبار أن ذلك حق أدبي للمؤلف يجب أن يتم احترامه في المصنفات التي تتم بالتعاقد ٢.

- 1- Alex ADAMOPOULOS, Must-Haves for Agile Contracts, Op.cit.
- Robert MARTIN, Agile Software Development, Op.cit, p 39.
- 2- Mohammed YOUSSEF, Le contrat de commande dans les propriétés intellectuelle, Op.cit, P 18.

فيظل اسم المبرمج موجوداً على البرنامج حتى ولو قام العميل في المستقبل بعمل تعديلات على البرنامج بمساعدة مبرمج آخر، فالنسخة المعدلة يجب أن تحمل اسم المبرمج الأول والمبرمج الثاني.

### المبحث الثاني

#### المسؤولية العقدية

المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالالتزام العقدي أيا كانت صورة هذا الإخلال، وحتى يكون المتعاقد مسؤولاً مسؤولية عقدية فيجب أن تتحقق أركان المسؤولية الثلاث وهي الخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية. ١

يسهل في التعاقد التقليدي إقامة مسؤولية أي طرف في العقد؛ لأن التزامات كل طرف محددة على وجه الدقة، وذلك بإثبات إخلال المتعاقد بالتزامه الوارد في العقد، أما في العقد المرن فالأمر مختلف لعدم التحديد الدقيق لالتزامات الطرفين، وبالتالي فإسناد الخطأ العقدي لأي متعاقد يكون فيه بعض الصعوبة مما يصعب من إقامة المسؤولية العقدية. ٢

فالمبرمج غير ملتزم بمواصفات معينة للبرنامج أو وقت معين لتسليم البرنامج فيه، وكذلك الحال فإن العميل غير ملتزم بدفع مقابل معين مما يصعب معه إقامة المسؤولية العقدية. ٣

سنقوم في هذا المبحث ببحث مدي إمكانية إقامة المسؤولية العقدية للمبرمج والعميل في العقد المرن لإنشاء البرمجيات، وذلك في ضوء الالتزامات الواقعة على عاتق كل منهم - والسابق ذكرها - وذلك في مطلبين مستقلين.

- ١ - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ٢٠٠٠، ص ١٦٨، بدون ناشر.
- 2- Ross JOHNSTON & Hayley MILLER, Agile software development contracts: would your it contracts pass a fitness test?, Information technology law news letter, the date of publishing : 10 july 2013.
- 3- Alistair MAUGHAN, Contracting for Agile, Op.cit.

## المطلب الأول المسؤولية العقدية للمبرمج

كيف يمكن إقامة المسؤولية العقدية للمبرمج في حين أنه غير ملزم بتحقيق نتيجة معينة؟

هل يكون المبرمج مخطئاً إذا لم ينجز البرنامج المطلوب؟  
فالمخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد أياً كان سبب عدم التنفيذ، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمدته أو عن إهماله.  
ويجب التمييز في صدد الخطأ العقدي بين الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية، فإذا تعلق الأمر بالالتزام بتحقيق غاية، فإن تنفيذ الالتزام لا يتم إلا بتحقيق الغاية، فإذا لم تتحقق هذه الغاية بقي الالتزام دون تنفيذ وتوافر الخطأ العقدي. ٢

أما الالتزام ببذل عناية فهو التزام لا يوجب على المدين تحقيق نتيجة معينة، بل يلزمه فحسب بأن يبذل قدراً معيناً من العناية للوصول إلى غرض معين، فالمدين لا يأخذ على عاتقه تحقيق نتيجة معينة يبتغيها الدائن، وإنما يتعهد بمجرد بذل عناية الشخص المعتاد للوصول إلى هذه النتيجة، سواء تحققت بالفعل أو لم تتحقق، فإذا بذل المدين هذا القدر من العناية فحسبه ذلك، ولا عليه بعد ذلك إذا لم يتحقق الغرض المقصود. ٣

- ١ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩، ص ٧٣٥، فقرة ٤٢٧.
- ٢ - توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ٣٠٨.
- عبد الودود يحيى، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ١٨٤، فقرة ١١٨.
- ٣ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٣٩٥ - ٣٩٦.
- عبد الودود يحيى، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ١٨٤، فقرة ١١٨.

وذكرنا سابقاً أن المبرمج ملتزم ببذل عناية وهو أن يتعاون مع العميل في سبيل إنشاء البرنامج المنصوص عليه في العقد.

فيكون المبرمج مرتكباً خطأ عقدي إذا رفض التفاوض مع العميل قبل كل مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج بحيث يرفض التقابل مع العميل مطلقاً أو يتقابل معه ويتفاوض، ولكن يضع العراقيل أمام الاتفاق على المرحلة القادمة ومواصفات العمل بها.

ولكن ذكرنا سابقاً أن المبرمج ملتزم بتحقيق نتيجة وهي إتمام العمل المتفق عليه في كل مرحلة ووفقاً للمواصفات التي تم الاتفاق عليها؛ وبالتالي يكون المبرمج مرتكباً خطأ عقدي إن هو لم ينجز العمل وفقاً لما هو متفق عليه في بداية هذه المرحلة وفي التوقيت المحدد في الاتفاق، ووفقاً للمواصفات التي تم الاتفاق عليها.

فإذا أثبت العميل إصابته بضرر جراء خطأ المبرمج، فإن المبرمج يلتزم بتعويض العميل عن هذا الضرر، فيستطيع العميل إثبات الضرر المادي المتمثل في خسارة الوقت نتيجة رفض المبرمج التفاوض معه أو تعنته لإفشال الوصول لاتفاق مرحلي.

كما يستطيع العميل إثبات الخسارة المالية الناتجة عن خطأ المبرمج في عدم تنفيذ العمل المتفق عليه قبل بداية مرحلة الإنشاء مما تسبب في إنهاء البرنامج كله.

والجدير بالذكر أن العميل من حقه المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الخطأ العقدي للمبرمج حتى لو استخدم العميل حقه في التحلل من عقد المقاوله، فقيام العميل بالتحلل من العقد بعد خطأ المبرمج لا يمنع العميل من المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء هذا الخطأ العقدي.

ويعتبر المبرمج مرتكباً خطأ عقدي في حالة عدم التقيد بالمدة المتفق عليها قبل كل مرحلة لإيجاز هذه المرحلة من مراحل إنشاء المشروع.١

1- Ian Edwards & Roger Bickerstaf & Alexander Duisberg, Contracting for Agile software development projects, Op.cit.



ويعتبر المبرمج مرتكباً لخطأ عقدي إذا لم يتم تسليم البرنامج بعد الانتهاء منه على الوجه المتفق عليه في المرحلة الأخيرة من مراحل الإنشاء، وكذلك إذا تأخر في تسليمه عن الميعاد المتفق عليه في هذه المرحلة الأخيرة.

وكذلك يعد مرتكباً لخطأ عقدي إذا قام بتسليمه تسليماً معيماً بأن لم يتم بتحميله على الشبكة الداخلية لمنشأة العميل كلها بل حمله على جزء منها فقط دون الجزء الآخر.

ويعتد المبرمج مرتكباً لخطأ عقدي إذا قام بإفشاء أسرار منشأة رب العمل، لأن الالتزام بالسرية هو التزام عقدي يكون منصوصاً عليه في العقد المرن لإنشاء البرمجيات.

### المطلب الثاني

#### المسؤولية العقدية للعميل

ذكرنا سابقاً أن العميل ملتزم بالتعاون مع المبرمج في سبيل إنجاز البرنامج، فيعد العميل مرتكباً لخطأ عقدي إذا رفض التقابل مع المبرمج بعد إنتهاء كل مرحلة لتقييم العمل السابق والتفاوض على العمل في المرحلة الجديدة، أو إذا تعنت مع المبرمج لتعطيل التوصل لهذا الاتفاق.

كذلك يعد العميل مرتكباً لخطأ عقدي إذا لم يقدم للمبرمج المعلومات والمستندات اللازمة لإنشاء البرنامج، فالمبرمج في حاجة لهذه المعلومات حتي يستطيع إنشاء برنامج يلبي حاجات العميل.

ويحق للمبرمج أن يطالب بالتعويض إذا أثبت أنه قد أصيب بضرر جراء هذه الأخطاء التي ارتكبها العميل؛ كأن يصاب بخسارة مالية نتيجة توقفه عن إنشاء البرنامج.

كذلك يعد العميل مرتكباً لخطأ عقدي إذا لم يتم بتسلم البرنامج كأن يمنع المبرمج من الدخول على شبكة الحاسبات الآلية بالمنشأة الخاصة به لتحميل البرنامج وتشغيله.

فيكون من حق المبرمج المطالبة بالتعويض عن أي ضرر يلحق به جراء عدم تسلم العميل للبرنامج بعد انتهاء المبرمج من إنشائه. ويعد العميل مرتكباً لخطأ عقدي إذا تأخر في الوفاء بالمقابل النقدي بعد انتهاء كل مرحلة من مراحل الإنشاء، ويحق للمبرمج المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي قد يصيبه جراء هذا التأخير.

### الختام

تناولت الدراسة التي بين دفتي البحث موضوع (الإطار القانوني للعقود المرنة لإنشاء البرمجيات)، وسوف نستعرض ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

#### أولاً- النتائج:

- ١- العقد المرن لإنشاء البرمجيات هو صورة من صور عقد إعداد مصنف بناءً على طلب ولكن بشروط مرنة لطرفيه، ويتم تكييف هذا العقد بأنه عقد مقاولة.
- ٢- طريقة تعيين محل التزامات المبرمج والعميل في العقد المرن لإنشاء البرمجيات تتوافق مع قواعد تعيين المحل في القانون المدني المصري.
- ٣- عدم النص على مدة معينة لإنشاء البرنامج في العقود المرنة لإنشاء البرمجيات ليس فيه أية مخالفة للقواعد الخاصة بعقد المقاول في القانون المدني لأن المدة ليست عنصراً جوهرياً في عقد المقاول.
- ٤- النص في العقد المرن لإنشاء البرمجيات على حق العميل في التحلل من العقد - عند نهاية أية مرحلة من مراحل إنشاء البرنامج - هو نص صحيح يتوافق مع القواعد الخاصة بعقد المقاول في القانون المدني المصري.
- ٥- الشرط المنصوص عليه في العقد المرن - بحق العميل في حالة التحلل من العقد في إسناد أعمال البرمجة لمبرمج آخر لتكتملها دون

النص على التزام العميل بنسبة البرنامج في شكله النهائي للمبرمج الأول مع المبرمج الثاني - يشوبه البطلان لمخالفته لنص المادة ١٤٣ و ١٤٥ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

٦- الشرط المنصوص عليه في العقد المرن - الذى يعطى العميل الحق في تعديل البرنامج دون اعتراض المبرمج - هو شرط صحيح وفقاً لأحكام قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي.

ويظل هذا الشرط باطلاً وفقاً لأحكام قانون حماية الملكية الفكرية المصري، باعتبار أن الحق في الاعتراض على تعديل المصنف هو حق أدبى أبدي لا يقبل التنازل عنه، وأي تنازل يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

٧- الشرط الوارد في العقد المرن بتنازل المبرمج للعميل عن حقوقه المالية في البرنامج الذى تم إعداده دون تحديد مدة لهذا التنازل هو شرط باطل بطلاناً مطلقاً.

٨- وفقاً لقانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصريكون من حق المبرمج سحب البرنامج بعد تسليمه للعميل بشرط الحصول على إذن من المحكمة الابتدائية، وذلك بعكس قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي الذى لا يعطى للمبرمج الحق في أن يسحب البرنامج من التداول إلا إذا تم النص على ذلك صراحة فى العقد الخاص بترخيص استخدام هذا البرنامج.

### ثانياً - التوصيات:

بعد أن انتهينا من هذه الدراسة، فإننا نوصي بالآتي :-

١- أن يضع المشرع المصري فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية تنظيمياً للمصنفات التى تتم بناءً على طلب؛ بحيث يتم الاعتراف للعميل بالحق فى تعديل المصنف بعد ذلك دون حاجة للرجوع للمؤلف باعتبار أن العميل هو الذى كلف المؤلف بإعداد هذا

المصنف فى عقد سابق وألا يشترط فى التنازل عن الحقوق المالية النص على مدة معينة لهذا التنازل وإنما يكون بدون مدة.

- ٢- أن يضع المشرع المصري- على غرار المشرع الفرنسي- بعض القواعد الخاصة ببرامج الحاسب الآلى فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية بحيث لا يسمح للمبرمج بسحب البرنامج من التداول إلا إذا تم النص على ذلك صراحة فى عقد ترخيص استخدام هذا البرنامج. وألا يكون للمبرمج الحق فى الاعتراض على تعديل برنامج الحاسب الآلى طالما أنه هو الذى رخص للغير بتعديل البرنامج أو تحديثه، مالم يكن فى هذا التعديل مساساً بشرف أو اعتبار المبرمج.
- ٣- النص فى العقد المرن لإنشاء البرمجيات على التزام العميل بنسبة البرنامج للمبرمج الأول وأي مبرمج آخر يقوم بالمساهمة فى هذا البرنامج؛ وذلك فى حالة تحلل العميل من العقد، حتى يتم احترام حق المبرمج فى نسبة المصنف له، باعتبار أنه حق أدبى لا يقبل التنازل.

### قائمة المراجع

#### أولاً- باللغة العربية:

- أنور سلطان، الموجز فى النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٥.
- توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
- حسن جميعي، القانون المصري لحماية حقوق الملكية الفكرية: سماته الرئيسية ومدى توافقه والمعايير الدولية، ورقة عمل مقدمة إلى الاجتماع المشترك بين الويبو وجامعة الدول العربية حول الملكية الفكرية لممثلى الصحافة والإعلام، القاهرة، ٢٣ و ٢٤ مايو ٢٠٠٥.
- حسن حسين البراوى، المصنفات بالتعاقد: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات: المصادر الإرادية للالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- سعيد سعد عبد السلام، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ٢٠٠٠، بدون ناشر.
- شحاته غريب شلقامى، الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: الجزء السابع: المجلد الأول: العقود الواردة على العمل: المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩.
- عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات: المصادر - الأحكام - الإثبات، دار النهضة العربية بالقاهرة، بدون سنة نشر.
- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاوله فى التشريع المصرى والمقارن، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٢.
- محمد حسن عبدالله، حقوق الملكية الفكرية: الأحكام الأساسية، الآفاق المشرقة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١.
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.
- محمد خليل يوسف أبو بكر، حق المؤلف فى القانون: دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.

- محمد عبد الظاهر حسين، الاتجاهات الحديثة فى حماية برامج الكمبيوتر المعلوماتية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاوله، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٢.
- مدحت محمد محمود عبد العال، الالتزامات الناشئة عن تقديم برامج المعلومات: المقاوله - البيع - الإيجار: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠١.

### ثانياً - باللغة الإنجليزية:

- Alex ADAMOPOULOS, Must-Haves for Agile Contracts, Art on the internet at: [www.emergn.com](http://www.emergn.com), the date of publishing is: 21 August 2012.
- Alistair MAUGHAN, Contracting for Agile: You can't be too flexible, Art on the internet at: <http://www.cio.co.uk>, the date of publishing is: 21 Jun 2011.
- Benjamin BALTRER, Towards a More Agile Government, The Public Contract Law Journal, Vol. 41, N°. 1, Fall 2011, p. 149.
- Callum SINCLAIR, How to guide your lawyers in brokering agile software contracts, Computer Weekly, 23 October 2012.
- Ian Edwards & Roger Bickerstaf & Alexander Duisberg, Contracting for Agile software development projects, September 2012, On the internet at: [www.twobirds.com](http://www.twobirds.com).
- Jens COLDEWEY, Contracting Agile Projects, Executive Update, Vol. 7, N°. 17(2006).
- Joel RAMSEY, Contracting for agile software development, Art on the internet at: [www.lexology.com](http://www.lexology.com), the date of publishing is: 8 JUNE 2012.

- **Kent J MCDONALD**, Create a vendor contract while keeping agile, Art on the internet at: [www.techwell.com](http://www.techwell.com), the date of publishing is: 17 may 2013.
- **Malcolm BURROWS**, Agile software development contracts, Article available at: [www.dundaslawyers.com.au](http://www.dundaslawyers.com.au), 15 DEC 2012.
- **Mike CONRADI**, How to be agile lawyers, Art on the internet at: [www.agiliste.fr](http://www.agiliste.fr), the date of publishing is: 18 February 2013.
- **Paul H. ARNE**, New Developments in an Agile World: Drafting Software Development Agreements, SciTech Lawyer Journal, Vol. 10 Issue. 3, spring 2014.
- **R.L. GLASS**, Agile versus Traditional: Make Love not War, Cutter IT Journal, 2001. Vol. 14, No. 12(December): p. 12-18.
- **Ray BJORKLUND**, Why agile development contracts flop, Washington Business Journal, 24 Feb 2014.
- **Robert MARTIN**, Agile Software Development, Principles, Patterns, and Practices, Ed Prentice Hall, 2006.
- **Ross JOHNSTON & Hayley MILLER**, Agile software development contracts: would your it contracts pass a fitness test?, Information technology law news letter, the date of publishing : 10 july 2013.
- **Roya BEHNIA**, Avoiding Complexity: An Agile Manifesto for Lawyers, ABA Journal, 15 Nov 2011.
- **Stewart JAMES**, Agile projects: Does your contract cover off these five points?, CIO Insights Journal, the date of publishing : 21 March 2012.
- **Stuart van RIJ**, Legal insight: The wrong development contract, CIO magazine, 22 April 2014.
- **Susan ATKINSON & Gabrielle BENEFIELD**, The Curse of the Change Control Mechanism, Computers & Law magazine of SCL, VOL. 22 ISSUE 1, APRIL/MAY 2011, P 1-6.

## ثالثاً - باللغة الفرنسية:

- Aurelie MAGNIEZ, Répondre aux difficultés de la contractualisation Agile, IT-expert Magazine, 02 Jan 2013.
- Etienne MONTERO, Les contrats de l'informatique et de l'internet, éd LARCIER, Bruxelles, 2005.
- Frédérique TOUBOL, Le logiciel: Analyse juridique, éd feduci, L.G.D.J, Paris, 1998.
- Georges CARON, Agile: quel impact pour les entreprises clientes? ICT Journal, juillet – août 2013.
- Gilles BERTIN et Isabelle de LAMBERTERIE et C. BERTIN, La protection du logiciel: enjeux juridiques et économiques, L.G.D.J, Paris, 1985.
- Guillaume FESSIER, Méthodologie: l'agilité au secours du forfait, Art disponible sur: [www.businesslab.com](http://www.businesslab.com), la date de mise en ligne est: 20 Dec 2012.
- Hubert BITAN, Contrats et litiges en informatique: la délivrance du logiciel, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Fac de droit et de science politique, 1996.
- Hubert BITAN, Droit des contrats informatiques et pratique expertale, éd Lamy, 2007.
- Jean-Pierre GASNIER, La Méthode Agile ou le choix d'une collaboration contractuelle entre les parties, Art disponible sur: <http://www.citedulogiciel.com>, La date de acces est: 4 june 2014.
- Jean-Pierre VICKOFF, Une solution agile au problème contractuel des Changements, Chronique, JDN, 26 Dec 2012.
- Jérôme HUET et Herbert MAISL, Droit de l'informatique et des télécommunications: droit privé, droit public: état des questions, textes et jurisprudence, études et commentairés, éd Litec, 1989.



- Jérôme HUET, La modification du droit sous l'influence de l'informatique: aspects de droit privé, JCPI, 1983, 3095, n° 27.
- Louis BOURDEAU, Les incidences juridiques de la méthode agile, Art disponible sur: [www.brt-avocats.com](http://www.brt-avocats.com), La date de mise en ligne est: 25 mai 2013.
- M.Camille PLANAT, Aspects juridiques de la contractualisation agile, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master 2 à finalité professionnelle « Droit de la propriété intellectuelle et des nouvelles technologies », mention « droit économique et des affaires », Fac de droit et de science politique - IUP Management et Gestion des Entreprises, Univ de Nice Sophia-Antipolis, Novembre 2012.
- Magali BLAISE et autres, Le Contrat de Services IT agile: Livre blanc, Etude publié par itSMF FRANCE, 27 SEP 2013.
- Michel PASOTTI, Méthodes agiles: contrats fragiles!, JDN, 17 Juin 2013.
- Mohammed YOUSSEF, Le contrat de commande dans les propriétés intellectuelle, Mémoire de Master II Recherche Propriété Intellectuelle & Nouvelles Technologies, L'INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES, LA FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES, L'UNIVERSITE AIX MARSEILLE III (PAUL CEZANNE), 2009.
- Nathalie Lopez SAUSSIER, La contractualisation agile, une affaire de bon sens!, JDN, 4 Feb 2009.
- Philippe le TOURNEAU, «Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels », J.C.P.G, 1982, I, 3078.
- Raphael MARICHEZ, La protection juridique du logiciel en droit français est-elle suffisante?, Art disponible sur: [www.developpez.com](http://www.developpez.com), La date de mise en ligne est: 15/01/2008.

- Séverine Le LOAME, Sylvie BLANCO, Management de l'innovation, éd Pearson France, 2012.
- Stéphane Leriche & Eléonore Varet, Contrats informatiques - Méthodologie Agile et contrats de développement - Révolution ou adaptation?, Art on the internet at: <http://www.twobirds.com>, the date of publishing : 15 May 2012.
- Véronique Messenger ROTA, Vers les methods agiles, Eyrolles, 2ème éd, 2009.

#### رابعاً - التشريعات:

##### أ- تشريعات مصرية:

- قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ (مكرر) في ٢ يونيو سنة ٢٠٠٢.

- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٩٧ لسنة ٢٠٠٥ بإصدار اللائحة التنفيذية للكتاب الثالث من قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، الجريدة الرسمية، العدد ١٢ (مكرر) الصادر في ٢٩ مارس ٢٠٠٥.

##### ب- تشريعات فرنسية:

- - LOI n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF, n°178 du 3 août 2006, P 11529, texte n° 1.

##### خامساً - أحكام القضاء:

- - Cass.Com, 5 avril 2011, N° de pourvoi: 09-71756, Non-publié au bulletin, disponible sur: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

## قائمة المختصرات

American Bar Association.	ABA
Alinéa.	Al
Article.	Art
Bulletin des arrêts de la cour de cassation.	Bull
Bulletin de la cour de cassation (chambre civile).	Bull.Civ
Cour de cassation (chambre commerciale).	Cass.Com
Chambre.	Ch
Chronique.	Chron
Commentaire.	Comm
Recueil Dalloz.	D
Diplôme d'études supérieures spécialisées	DESS
Document.	Doc
Doctrine.	doctr
Edition.	éd
Et autres.	et al
a publication of the Agile Project Management Advisory Service	Executive Update
Faculté.	Fac
février	Fév
february	feb
Au même endroit.	Ibid
The IT service management forum.	itSMF
Janvier.	Jan
La Semaine Juridique Edition Générale.	JCPG
La Semaine Juridique édition notariale et immobilière.	JCPI
Journal du net.	JDN
Journal officiel des lois et décrets.	JORF
Librairie générale de droit et de jurisprudence.(un éditeur juridique français)	L.G.D.J
Novembre.	Nov
Numéro.	N°
Octobre.	Oct
Ouvrage précité.	Op.cit
Page.	P
Précédent.	Préc
La Revue de droit de l'Université de Sherbrooke.	R.D.U.S
Revue.	RDSM
	Rev

<b>Revue juridique Themis.</b>	<b>R.J.T</b>
<b>La Revue trimestrielle de droit civil.</b>	<b>RTD civ</b>
<b>Suivant.</b>	<b>S</b>
<b>The Society for Computers and Law.</b>	<b>SCL</b>
<b>Section.</b>	<b>Sec</b>
<b>Septembre</b>	<b>sept</b>
<b>Tome.</b>	<b>T</b>
<b>Université.</b>	<b>Univ</b>
<b>Volume.</b>	<b>Vol</b>
صفحة	ص

---

---

*Effect of International Commercial  
Arbitration on Civil Law Considering the  
Interaction between the Common Law and the  
Civil Law in Practicing the taking of Evidences  
and the standard of Proof*

---

---

*Dr. Thafar M. Alhajri*  
الدكتور/ ظفر محمد الهاجري

---

---

***Effect of International Commercial  
Arbitration on Civil Law Considering the  
Interaction between the Common Law and the Civil  
Law in Practicing the taking of Evidences and the  
standard of Proof***

***Dr. Thafar M. Alhajri***

***الدكتور/ ظفر محمد الهاجري***

***Saad Al-Abdullah Academy for Security  
Sciences, Department of Law, Kuwait***

---

---

***Abstract***

This paper is an attempt to highlight the impact of international commercial arbitration in view of the development of its rules and regulations in civil legal jurisdictions. For the intentions of this paper, this term has been used in the context of arbitration practice and procedures that are applied to resolve commercial disputes involving parties from different backgrounds. This paper will further explore the effect of international commercial arbitration practice by considering practical demonstrations of its impact on civil law countries. This paper will also compare between the civil law and common law by discussing the topic of taking evidences and the standard of proof in international commercial arbitration.

***Keywords***

**Arbitration, International Commercial Arbitration, Civil laws, Common law, Legal traditions, international Chamber of Commerce, Evidence, Standard of Proof.**

## *Introduction*

Amongst the most efficient modes of dispute resolution, arbitration is acknowledged as one of the most convenient mode of resolving commercial contentions. In the purview of international commercial arbitration, the disputes in question mostly occur in between commercial entities that belong to different countries<sup>1</sup>. This diversity of background implies that in most of the disputes, the parties involved would be from different cultures, history, languages and lifestyles. Apart from these general characteristics, they have different legal systems where different methods and practices exist for the resolution of disputes. Civil law and Common law are amongst the most common legal systems that exist around the world. Countries like Germany, Italy, France, and other European and Northern African countries follow civil law systems, whereas common law jurisdictions are those whose legal systems have been historically influenced by the British Common-Wealth Empire. There are significant historical, legislative, and administrative differences that exist between civil and common law legal systems<sup>2</sup>. Disputes can occur in between any two or more contracting parties dealing at local or international setups. Complex legal issues arise mostly when the parties in dispute belong to different countries where different laws are applied. Particularly when the parties

- 
- 1 Dulhame, (2015), International Commercial Arbitration Legal Definition. Retrieved From: <Http://Www.Duhaime.Org/LegalDictionary/Internationalcommercialarbitration.aspx>.
  - 2 Ali, Shahla F., and Tom Ginsburg. "International Commercial Arbitration In Asia." Juris Publishers, (2013).

belong to the jurisdictions that follow different histories, it becomes more complex to resolve such disputes. It is due to these complexities that attempts have been made to reconcile the differences between the two systems<sup>1</sup>. The foremost inclination of this paper will be to highlight the rules and procedures of international commercial arbitration that strike on the civil law systems, applying holistic approach. This is in addition to concentrating on the method of taking evidences in international commercial arbitration according to the civil law and common law, and what is the standard of proof applied in both the civil law and common law.

### 1. *Global Arbitration*

The arbitration rules pertaining to international commercial disputes have been formulated by international organizations such as International Chamber of Commerce (ICC), International Code of Arbitration (ICA), and many other organizations like International and Regional bar associations<sup>2</sup>. It is interesting to note that the framework and development of these rules have been novel to this world for the fact that they do not originate from traditional legal systems like the ones tracing their background from Common or Civil law traditions. It is due to this reason that concerns about the compatibility of these rules and guidelines with common and civil legal systems have been crucial. On the other hand, it is also important to analyze that identification of legal nature of these rules

- 
1. Elsing, Siegfried H, and John M. Townsend. "Bridging The Common Law-Civil Law Divide in Arbitration" *Arbitration International* 18, No. 1 (2002).
  2. Varady, Tibor, John J. Barceló, And Arthur Taylor Von Mehren. *International Commercial Arbitration*. Thomson West, (2003).



is further complicated because they also vary from jurisdictions to jurisdictions, depending on the local practices. It is on the basis of local legal traditions and administration of countries that such rules get modified in practice. Proponents in favor of international commercial arbitration suggest that the inherent framework of these arbitration rules is novel to the global legal perspective and possesses room to counter differences of legal traditions. However, in practice, it is submitted that these arbitration rules are highly influenced by the two most common legal systems of the world. In this regard, we may consider the example of civil law practice whereby oral testimonies are not encouraged as a matter of policy. The influence of civil legal procedures can also be experienced in arbitration practices that take place within such countries, most prominently in the arena of trademarks, internet concerns and the establishment of new corporations<sup>1</sup>.

In all, it may be considered that arbitration rules and processes have been formulated by the policies and procedures which were pre-dominantly influenced by civil and common law jurisdictions. In other words, it is doubtful whether their formulation is based on novel culture of legal format<sup>2</sup>.

## 2. *International Commercial Arbitration*

Underlying reason behind popularity of arbitration is the downside experienced in court litigations around the world. Until now, no precise

- 
- 1 Frakman, Leon E. "From The Medieval Law Merchant To E-Merchant Law." *University Of Toronto Law Journal* (2003)
  - 2 Weisbrod, Carol. *Emblems Of Pluralism: Cultural Differences and The State.* ( Princeton University Press, 2009) p.38-110.

definition has been brought forward to exhaustively define the term if 'international commercial arbitration'. However, the composition of this term does not make it difficult to predict the underlying concept of this terminology. As an alternative medium to resolve disputes, it allows the disputants to resolve their disputes without getting into the hassle of stringent court procedures. Major advantage of arbitration over court litigation is that it involves an informal, consensual and speedy process of hearings after which the arbitrator issues an award based on the findings presented before him/her<sup>1</sup>. In this regard, the rules and regulations prescribed by the New York convention leaves it for the signatory states to select the matters which would fall within the definition of 'commercial'. Such discretionary mode of implementation may give rise to uncertainty over the said issue; however, in practice this has proved to be of least concern because of the universal acknowledgement and consensus of the concept and idea of this terminology<sup>2</sup>. However, certain problematic conditions may still arise; one such instance would be the applicability of anti-trust concerns which are compatible to be referred to international arbitration that, in some civil countries may not be possible.

- 
- 1 Newman, Lawrence W., and Richard D. Hill. *Leading Arbitrators' Guide To International Arbitration*, (3rd ed, Juris Publishing, Inc., 2014).
  - 2 Wolff, Reinmar, Christian Borris, Bernd Ehle, Todd J. Fox, Rudolf Hennecke, Angela Kölbl, Christoph Liebscher, David Quinke, Maxi Scherer, And Stephan Wilske. *New York Convention*. München, 2012.

### **3.1 Historical Perspective**

The rules and regulations pertaining to arbitration have been in process of evolution since quite a long time. Several countries have acceded to the international conventions and protocols which have been framed to govern the aspect of international commercial arbitration. This segment of arbitration appears to be of increasing importance, particularly in the context of its practice in the areas of international finances and construction disputes<sup>1</sup>. It may not be possible to predict the ultimate impact of arbitration into the local legal frameworks of signatory countries. This informal yet private form of dispute resolution can be helpful in disputes of different natures involving employment, family, commercial and other labor issues. Previously, the development of laws pertaining to arbitration was a local matter due to which countries used to adopt their local legal traditions in administration of arbitration processes<sup>2</sup>. Due to this historical mode of development at local level, there existed glaring differences in the rules and procedures of local arbitration in Common law, Civil law, Islamic and Chinese jurisprudence. In common law countries like the United Kingdom and other former colonies; the arbitration practice is regarded as an extension of legal system which helps to lessen the burden of cases from the courts of law.

With this brief about historical context of development of arbitration rules, this segment of paper will further explore the development of rules and regulations pertaining to international commercial

---

1 Moses, Margaret L. *The Principles And Practice Of International Commercial Arbitration*. (2nd ed, Cambridge University Press, 2012) p 1-16.

2 Ibid No.9

arbitration at international level. The very idea of preparing international regulations related to commercial arbitration emerged during 1920-1925 from the European countries<sup>1</sup>. At that time, several difficulties existed in relation to the development of regulatory frameworks of commercial arbitration in international context, predominant reason being the differing legal systems operating around the globe. In 1923, due to such complexities of legal frameworks, Geneva Protocol of Arbitration Clauses was adopted by countries from Europe and other regions<sup>2</sup>. This protocol was widely welcomed and accepted by multiple numbers of signatories, and the framework of its guidelines proved to be of imminent success. During the same time, it was felt that certain regulations should be formulated in order to facilitate the global enforcement and recognition of foreign arbitration awards. In this regard, Geneva Convention for Execution of Foreign Arbitration Awards was formulated by the year 1927<sup>3</sup>. Like its predecessors, this convention also proved to be very successful, as many countries welcomed its provisions by integrating them with their local laws.

In the same manner, the need of an international organization to govern the said subject was felt. Following this reason in 1922, the International Chamber of Commerce was brought into global picture whose very first contribution was to formulation of

- 
- 1 Born, Gary. International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, (2nd ed, Kluwer Law International, United States, 2001), p 35-36.
  - 2 Miller, David Hunter. The Geneva Protocol. New York, 1925.
  - 3 Quigley, Leonard V. "Convention On Foreign Arbitral Awards." American Bar Association Journal (1972): 821- 826.

rules in 1923. Despite the establishment of international organization alongside international conventions and protocols, there remained a gap to govern the procedures at international arena with uniformity and consistency. In this regard, several deliberations were held to propose the consensual procedural rules to govern international arbitration proceedings such that it would be acceptable for all countries. In order to fulfill this purpose, 1938 Amsterdam Rules were brought forward. The underlying idea behind these rules was to provide certain guidelines related to framework of arbitration tribunal as well as its constitution with respect to its powers. It further established the office of Chairman Committee of the committee, which was proposed by the association of Commercial Arbitration of International Law. Subsequently, another draft pertaining to arbitration rules and regulations was consolidated and proposed by the International Institute for Unification of Private law (UNITROIT). Due to the outbreak of war in the European region, these efforts were halted.

As it can be observed from the foregoing historical events, the proper development of regulations and rules pertaining to arbitration had started during the time between the two world wars. At the same time, it can also be observed that most of these developments were confined to the western European region, with practically no involvement of other countries of the world.

### *3.2 Present Perspective*

Although the convention declared in 1927 could initially be regarded as successful to some extent, its practicality proved to be short-lived. Amongst its persistent problems, one was that the disputant who sought to enforce an international arbitration award

were under the duty to prove the facts and conditions on the basis of which it was awarded. This could only be made possible by getting it recognized from the country where it was awarded. It was due to this reason, need was felt to upgrade the laws and regulations pertaining to the international commercial arbitration. In this regard, the Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitration Awards, also known as the New York Convention of 1958 was signed. Besides consolidating the two previous instruments related to arbitration, the New York Convention brought certain amendments in the arbitration regulations and procedures<sup>1</sup>.

In a nutshell, the Convention of New York entails the duty on the local courts of signatory countries to acknowledge and enforce international arbitral award. Nonetheless, a number of exceptions have also been ordained therein. As the provisions of the said convention put the burden of enforcement on the local judiciary, most of the time it is the foreign party who seeks to enforce an arbitral award against a local corporation. In this regard, this legal proposition entails the obligation on the local courts to adjudicate against their local companies, thereby minimizing the element of bias on their part. After the convention of 1958, more and more countries acceded to be part of it. In this way, the arbitration guidelines pertaining to commercial disputes became widely acceptable around the globe. Its success can be ascertained from the fact that by the end of twentieth century, approximately 135 countries have become signatories to this convention<sup>2</sup>. The European Convention of International Commercial Arbitration

- 
- 1 Kaufmann-Kohler, Habrielle. "Globalization Of Arbitral Procedure." *Vand. J. Transnat'l L.* 36 (2003): 1313.
  - 2 Yves Dezalay & Bryant G. Garth, *Dealing In Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of A Transnational Legal Order* ( The University of Chicago Press, United Ststes,1996) p43-44.

was concluded three years after the New York Convention. This was the first international instrument bearing the name of 'international' in its title. This convention led to the establishment of arbitration culture in international commercial context. According to the outline of this convention, the member states were authorized to frame their local laws in order to regulate the matters concerning international arbitrations. At the same time, it also placed an obligation on the local courts to take into account the international economic affairs in cases in which one or more foreign disputants were involved. Later on, more advancement was made to refine the arbitration processes.

In 1966, the United Nations Economic Commission for Europe and the United Nations Commission for Asia and Far East jointly adopted the Arbitration Rules. Later in 1976, United Nations Commission on International Trade Law adopted the Arbitration Rules<sup>1</sup>. These rules were also endorsed by AALCC, the Asian-African Legal Consultative Committee. The two ends of influential countries of that time, i.e. the United States of America and the Soviet Union started their negotiations with respect to harmonization of international commercial arbitration rules and procedures. Because of their influence across the globe, the rules and regulations adopted by these two were regarded as widely acceptable. Since the arbitration rules adopted by UNCITRAL concentrated more on ad hoc arbitration proceedings, there remained a space for the private party arbitrations. These rules further enshrined that the provisions of the said rules would prevail over the mutual intention of disputing

---

1 Honnold, John. "The United Nations Commission on International Trade Law: Mission And Methods." *The American Journal Of Comparative Law* (1979): 201-211.

parties<sup>1</sup>. It was after these Arbitration Rules by UNCITRAL that Model laws were formulated by the mid of 1980s. These laws were important because they did not merely extend the prevalent guidelines about arbitration process, but also provided certain guidelines with respect to the available discretionary powers of the disputants. Due to its comprehensive approach, it was apprehended that these laws would be popular amongst developing countries; nonetheless, Canada was the first country to adopt them<sup>2</sup>. By the end of 2005, these model laws were adopted by more than thirty nine countries including many developed countries like the U.S, Canada, Singapore, Japan, Germany, Spain, and many others. Profound focus of these model laws was to regulate the governance aspect of international commercial arbitration.

The matter of governance of international commercial arbitration is regulated by the international organizations and institutes such as the International Chamber of Commerce (ICC)<sup>3</sup>. Apart from the International Chamber of Commerce, there are other such international organizations that have been working in the same direction, such as the American Arbitration Association (AAA), International Centre for Dispute Resolution, Hong Kong and Singapore International Arbitration Centre. All these arbitration centers have adopted the rules of UNCITRAL to

- 
- 1 Caron, David D., And Lee M. Caplan. *The Uncitral Arbitration Rules: A Commentary*. (Oxford University Press, United Kingdom, 2013) pp 7-24, 1008-1011.
  - 2 Hoellering, Michael F. "The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration." *The International Lawyer* (1986): 327-339.
  - 3 Derains, Yves. "International Chamber Of Commerce Arbitration." *Pace L. Rev.*5 (1984)



regulate international commercial arbitration disputes. Use of Terms of Reference is amongst the most salient features of the guidelines of International Chamber of Commerce. This term of reference is basically a sum-up of issues and claims involved in dispute alongside the details of arbitration procedure. Parties to the disputes are mostly asked to sign these terms of reference before the commencement of arbitration process<sup>1</sup>.

### ***2.3 Customary Practice in Civil law***

As discussed earlier, the international regulations of arbitration framework have had different impact on civil and common legal systems. Legal systems are important for the fact that they underline the roots of its institutional patterns<sup>2</sup>. Understanding of this subject also helps elaborating the legal norms, practices and doctrines of that particular jurisdiction. Broadly stating, these legal traditions are also regarded on the basis of Eastern and Western contexts<sup>3</sup>. This generality disregards the very difference of legal system that exists within each of it. For instance, there are both Civil and Common legal regimes that exist within the western end, having considerable differences between one another<sup>4</sup>. The practice of international commercial

- 
- 1 Barin, Babak; Little, Andrew; Pepper, Randy (2006). *The Osler Guide to Commercial Arbitration In Canada, The Netherlands*: Kluwer Law International
  - 2 Glendon, Mary Ann, Michael Wallace Gordon, Christopher Osakwe, And Christopher Osakwe. *Comparative Legal Traditions in A Nutshell*. West, 2012.
  - 3 Harold J. Berman, *Law And Revolution: The Formation Of The Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, (1983)
  - 4 J.M. Kelly, *A Short History Of Western Legal Theory* (New York: Oxford Un. Press, 1997).

arbitration depends on the local legal systems whereby the international rules are enacted. These international rules and regulations are enacted locally in the form of code or statutes, backed by scholarly writings or case laws. These practices are also affected by the influence of regional bodies, for example the European Union or South Asian Association for Regional Corporation (SAARC). International legal cultures are often projected as being the integration of multiple states adopted by international bodies like the World Trade Organization. The rules and regulations governing the international commercial arbitration are the amalgamation of common and civil law traditions which have been formulated and unified by the international bodies like the International Chamber of Commerce. In the same manner, traces of civil legal systems can also be witnessed in the arbitration practices in Latin America, China and Japan.

### *3.4 Example of a Civil law Country*

To show the impact of international commercial arbitration in civil legal system, the insight explanation of French legal system will be taken into account. Because of its liberal laws and regulations, France has become a well known hub for international commercial arbitration. It is also famous because of the presence of International Chamber of Commerce<sup>1</sup>. Code of Civil procedure of France entails most of the provisions related to arbitration. This civil procedure code is further divided into Code of Judicial Organization and the Civil Code. In the 1980s, France adopted certain legislative instruments (decree) which were its first

---

1 Rouche, Jean, And Gerald H. Pointon, Eds. French Arbitration Law and Practice. (Kluwer Law International, 2003).

modern regulations about international commercial arbitration. This instrument basically differentiated between international and local arbitration processes and appeared to be more liberal for international arbitration practices. In the same line, French courts have been lenient and liberal to interpret the arbitration clauses. Followed by the number of judgments pertaining to arbitration, new legislative code was enacted in 2011 which enshrined the legal principles previously settled in different landmark judgments. This new legislative framework further encourages the acceptance of international arbitration rules within France, making it one of the most arbitration friendly countries in the world. When comparing with other regulatory instruments pertaining to arbitration, rules adopted by France are much more liberal than others.

### *3. Effect on Civil Laws*

The rules and guidelines formulated by International Chamber of Commerce leave it at the prudence of the disputants to determine about the factors to be taken into account with respect to the arbitration proceedings. They also have a choice to decide at what forum and place they would wish to proceed with the arbitration. In all, they are entitled to decide the course of dealing with regard to their international commercial arbitration according to their needs and choices.

Apart from this, all the international associations dealing with the international commercial arbitration provide their own rules and regulations for arbitration proceedings. For example, non-institutional arbitrations were restricted to few arbitration centers of British Columbian region initially. However, this has now become a common practice and facilitates the

disputants in making selection of the rules and regulations that they wish to apply for their dispute resolution<sup>1</sup>. Although the International Chamber of Commerce provides guidelines about arbitration process, these guidelines are not exhaustive when compared to statutes and codes enacted in different countries. Statutory guidelines with respect to the said topic are mostly inflexible and exhaustive. Guidelines of International Chamber of Commerce suggest that for the parties to invoke arbitration, a formal request needs to be submitted to the chamber bearing the detail of disputes, followed by a response from the defending party<sup>2</sup>. In addition to these requirements, another documents needs to be submitted which entails the terms of reference of the arbitrator, which has to be signed by the parties to dispute. This document is very much similar to the pre-trial order, which can be observed in court procedures of most common law jurisdictions<sup>3</sup>. After the submission of this ToR, the process involves the submission of details of the case by all disputants to the arbitrator. Depending on the background of the parties, the arbitrator chooses the language for arbitration proceedings. The number of arbitrator in the panel depends on the complexity of case; therefore, it varies from case to case. In case of arbitration whereby the disputants have mutually agreed on the names and number of arbitrators, their

---

1 Trakman, Leon E. " " Legal Traditions" And International Commercial Arbitration." Am. Rev. Int'l Arb. 17 (2006): 1-615.

2 Ibid No.25

3 Hulbert, Richard W. "Arbitral Procedure and The Preclusive Effect Of Awards In International Commercial Arbitration." Int'l Tax & Bus. Law. 7 (1989)

mutual agreement prevails over all other guiding principles. Unless authorized by the parties concerned, the arbitrator should not be the one who belongs to the home country of any of the parties in dispute. Underlying reason behind such practice is to avoid the possibility of any prejudice that may take place if one of the disputants and arbitrator share common backgrounds. In such arbitrations that require three arbitrators, two of the total three are appointed by the International Chamber of Commerce after the nomination by the disputing parties<sup>1</sup>. Code of ethics prescribed by the International Chamber of Commerce provides that the arbitrator must be unbiased and must disclose before the disputing parties the possible conflict of interest. In case where any of the disputing parties is not satisfied about the independence of arbitrator over the matter in question, the ICC rules prescribe a remedy for them to submit their grievance. Upon commencement of arbitration proceedings, there are lesser chances for parties to delay the process, and each disputant is provided with a fair chance to present the facts and evidences for their case. Based on these facts and evidences, the arbitrators are obliged to resolve the dispute in due course in least possible time. Because arbitration in an informal process of dispute resolution, arbitrators are not authorized to propel the disputing parties to produce evidences. At the same time, they have the authority to record negative inference against the party that shows least interest in resolution of dispute.

---

1 Grierson, Jacob, Annet Van Hooft, And Jeffrey Waincymer. "Arbitrating Under The 2012 Icc Rules: An Introductory User's Guide." Business Law Review (2012).

In addition to this, the rules of International Chamber of Commerce also authorize the arbitrator to play the role of a friendly negotiator to facilitate compromise between the disputing parties. In order to play the role of such mediator, they are obliged to take into account the universal equitable principles to ensure that justice is served. This only occurs when the disputing parties are interested to entrust the arbitrator to perform the role of negotiator as well. Apart from this, the powers of the arbitrator are confined to adjudicate on the matter, with arbitral award backed by the prevalent laws and regulations. At some instances, the option of judicial review is not available once the arbitrator issues the award<sup>1</sup>.

All the countries that are signatory to the New York convention of 1958 (the Convention on the Effect of International Awards) are under a legal obligation to recognize the international commercial arbitration awards in their local jurisdictions respectively. In this manner, the convention of New York facilitates the disputing parties to enforce the arbitral awards awarded in their favor within the signatory countries. In order to enforce these awards, the party seeking its enforcement should supply the local courts with a certified copy of arbitral award alongside the consent document of both disputants. When there is a difference in official language used in arbitration proceedings and the country where its enforcement is intended, then a translated copy of award needs to be submitted to the court of law.

Impact on laws and legal framework of countries can be seen from these developments. It can also be observed that with increasing number of rules and regulations, more options have been created for the

---

1 Ibid No.28

parties to govern the resolution of their disputes as per their conveniences. Keeping in mind the historical approach of dispute resolution through courts, the disputing parties would have to follow the rigid and stringent court procedures and practices. The process of dispute resolution by way of arbitration has been implemented in many civil and common law countries due to its apparent benefits over court litigation. The process of arbitration curbs hostility by encouraging informal communication between the disputing parties. The advantage of arbitration proceedings in civil legal system also includes the avoidance of inflexibility of court procedures in civil disputes. Arbitration processes involve further benefits over court litigations in civil law systems; most common of which are confidentiality and cost effectiveness of the process. Due to its informal approach, arbitration proceedings are considered to be less time consuming as opposed to the court processes. In addition to all this, formal complexities of procedural and evidential laws are not strictly applied in arbitration proceedings; therefore, the disputing parties have lesser possibilities to delay the proceedings<sup>1</sup>. It also gives the liberty to the disputing parties to avoid publicity of their disputes. In this manner, the recent developments in international commercial arbitration have affected the framework and processes of dispute resolution in civil law countries.

#### *4. Taking evidences and the standard of proof in international commercial arbitration*

One of the main features of international commercial arbitration is the independence of the

---

1 Jan, Mohammad Naqib Ishan. "The Role Of Arbitration In The Resolution Of International Commercial Disputes." *Iium Law Journal* 22, No. 2 (2014)

arbitration parties in determining the arbitration procedures. The majority of arbitration legislations comprise an extensive area for the arbitration parties in the method of determining the rules of submission of evidences compared with the few provisions addressing directly the taking evidences through the arbitration panels such as the Arbitration Rules of International Chamber of Commerce (ICC Rules), the American Arbitration Association Commercial Arbitration Rules (AAA Rules), the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Rules) and the London Court of International Arbitration (LCIA Rules). In international commercial arbitration, "[t]he primary objective of the proceedings is to establish the relevant facts, i.e., to reconstruct the past to the extent necessary to adjudicate on the issues or the claims made".<sup>1</sup>

Therefore, evidence is the primary objective which assists the arbitration panel to reach the truth.

International arbitration is a legal mechanism and unofficial judicial procedure generally for final and binding settlement of disputes. Evidences are one of the fundamental pillars required by the arbitration panels to settle the disputes between the arbitration parties. However, most of the arbitration rules do not include detailed rules illustrating how to manage the taking evidences. Hence, the International Bar Association (IBA), endeavoured to lay down practical, effective and fair rules for submission of evidences in international

---

1 Matti Kurkela and Hannes Snellman, Due Process in International Commercial Arbitration (Oceana Publication, Inc., New York, 2005), P 123.



arbitration.<sup>1</sup> Therefore, the arbitration parties and the arbitration panels may administer and regulate the arbitration procedures according to IBA Rules in connection with the taking evidences completely or partially.<sup>2</sup> However, the arbitration parties may also disregard such rules.<sup>3</sup> Therefore, the UNICTRAL Arbitration Rules of 1976 stipulate that “the Arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered”.<sup>4</sup> In their endeavours to reach the truth, international arbitrators do not bind themselves with the technical rules of evidence, but are primary concerned with establishing the facts.

#### *4.1 Freedom of the arbitration parties to take evidences*

Among the most fundamental features of international arbitration is the principle of independence of the international arbitration parties. Therefore, the principle of arbitration independence exists and is acknowledged in all the modern arbitration legislations and arbitration rules.<sup>5</sup>

- 
- 1 Ashford, P , The IBA Rules on the taking of Evidence in International Arbitration (Cambridge University Press, 2013) p. 2.
  - 2 Article 1(2) of the IBA rules.
  - 3 Phillip Capper, International Arbitration: A Hand Book, 3rd edn (London: Informa Professional, 2004), p. 99.
  - 4 UNCITRAL Arbitration Rules 1976 Article 25.
  - 5 Article 28(1) of the UNCITRAL Model Law, s. 46(1) of the English Arbitration Act, s. 105(1) of German Civil Procedure Act (“ZPO”), Article 35(1) of the UNCITRAL Rules Article 35(1), Article 21(1) of the ICC Rules, Article 22(3) LCIA Rules.

The arbitration parties enjoy the freedom to determine the rules applicable on the dispute procedures and subject matter, arbitration venue, number of arbitrators and determining the arbitrators and the arbitration content.<sup>1</sup> Therefore, the arbitration parties play a fundamental role in determining the method of management of the arbitration procedures and exclude the legal rules which may be undesirable for them.<sup>2</sup>

Thus, all the major arbitration laws and arbitration rules give the arbitration parties the right to determine the arbitration procedures in the dispute, where article 19 of the UNICTRAL Model Law stipulates the following:

1- Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

2- Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.<sup>3</sup>

Further, article 7 (1) of New York Convention stipulates this right: "The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in

---

1 Lew, JDM, Mistelis, A and Kroll, S M, Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law International, 2003) p. 413.

2 Carbonneau, T E, The Law and Practice of Arbitration (3rd ed, Juris Net, 2009) p 41.

3 The position in England is covered by s. 34 (1) of the Arbitration Act 1996.

accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place."

The authority given to the arbitral tribunal includes the authority to accept any evident relevant to the subject of the case, its significance and weight. Article 25 (6) of the UNICTRAL Arbitration Rules of 1976 stipulates that: "the arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered".<sup>1</sup>

As the arbitration parties enjoy the freedom to agree on the submission of documents or evaluate the evidence by an expert, it is evident that the freedom of the arbitration parties may extend to the issue of the taking evidences and its evidential means.<sup>2</sup>

Further, articles 22 and 24 of the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (ICC Rules) and articles 20 (2) and 22 (1) F of the Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration (LCIA Rules) stipulate that the arbitral tribunal has the authority over the arbitration procedures, and that the tribunal has the authority to determine the admissibility and weight of the evidences. There are also restrictions

---

1. Provisions with similar effect are found in the English Arbitration Act, s. 34, the French Code of Civil Procedure art. 1460; the Netherlands Arbitration Act art. 1039(5).

2. Lew, JDM, Mistelis, A and Kroll, SM, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer, Law International, 2003) p 558; Poudret, JF, Besson, S, Berti, S V and Ponti, A *Comparative Law of International Arbitration* (Thomson, Sweet & Maxwell, 2007) p 500-501.

imposed on the admission of evidences, whether they are written or verbal evidences.<sup>1</sup>

Despite the above, the selection of the arbitration parties of a country as an arbitration venue does not necessarily mean that the procedural law or the court law is the law of this country in which the arbitration procedures are conducted.<sup>2</sup>

Hence, it is confirmed that the arbitration parties may agree in advance or during the progress of the arbitration procedures on matters relevant to the submission of evidences based on the witness statements and the experts evidences, as well as all matters relevant to the submission of documentary evidences.

#### *4.2 Restrictions imposed on the principle of Autonomy of the arbitration parties*

The significance of the technical rules for evidences is underlined by forming a part of the procedural laws of any country in which the arbitration hearings are held. Therefore, according to the New York Convention,<sup>3</sup> the field may be allowed to revoke the judgment passed in the event the arbitration procedures were not according to the law of the arbitration venue. This should consider the principle of equality between the arbitration parties, whereby no party is given an advantage at the account of the other party and the principle of equal opportunities, which is a guarantee of

---

1 . Article 9(2) of the IBA Rules.

2 Dallah v Bank Mellat [1986] Q. B. 441; (1986)1 All E.R. 239.

3 United Nations Convention for the Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards (New York, UN, 1958) (New York Convention) art. V(1) (d).

the right of each party to present his case and take the adequate to recite the details of his case.<sup>1</sup> Therefore, the arbitration parties' selection of the arbitration venue necessitates automatically the implementation of the local procedures law.<sup>2</sup> This is because the explicit selection of the court by the arbitration parties is understood explicitly that there is an intention to settle their dispute according to the procedural law of the elected court.<sup>3</sup>

Article (18) of the UNCITRAL Model Law stipulates that the arbitration parties shall be treated on equal grounds, and that each party has the full opportunity to present his case. This is attributed to the principle of fairness and justice,<sup>4</sup> as well as the similar provisions in the New York Convention.<sup>5</sup> Further, article 1 (1) of the IBA Rules stipulates that these rules are applicable in connection with the taking evidences, unless these rules contradict with any binding clause of the clauses of the law elected by the arbitration parties or the arbitral tribunal for its implementation on the dispute subject case.

In implementation of the above, we find that clause 43 of the English arbitration law in connection with the

- 
- 1 Binder, P, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* ( Sweet & Maxwell, 2010) p. 278.
  - 2 Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration: Law and Practice*, (2nd rev. edn, The Hague: Kluwer Law International, 2001) p 476.
  - 3 Lord Diplock in *Compagnie Tunisienne de Navigation S. A. v Compagnie d'Armement Maritime S. A.* [1971] A. C. 572 at 604; [1970] 3 W. L. R.
  - 4 Lew, Mistelis, Kroll, *supra* n 7, p 558.
  - 5 Article V (1) (b).

attendance of the witnesses is a binding provision and related to the matter of submission and admission of evidences. Therefore, any of the arbitration parties may request to secure the presence of witnesses in front of the arbitral tribunal to present an oral testimony or submit any of the material evidences, after requesting the permission from the arbitral tribunal or according to the agreement between the arbitration parties.<sup>1</sup> Despite this, there are those who observe that the binding rules contradict with the principle of independence of the arbitration parties and their right to select the procedural and substantive rules applicable on their case.<sup>2</sup>

#### *4.3 General Procedures for Taking Evidences in the Common law and Civil law*

There are number of disagreements between the common law and civil law systems. In the countries which apply the civil law systems, we find that judges play a more effective role in the administration of the litigation procedures and gathering of evidences. On the contrary, in the countries which deal with the common law (such as the United Kingdom), we find that the authority to gather and submit evidences is always in the hands of the arbitration parties. Therefore, we will highlight the general features of the procedures and the

---

1 According to subsection 43(3) (a) of the English Arbitration Act 1996, the witness must be in the United Kingdom. The arbitral Proceedings must be conducted in English and Wales or Northern Ireland.

2 Goode, R "The Role of the Lex Loci Arbitri" [2001] International Commercial Arbitration 17 International Arbitration, page 172.

method of obtaining evidences in the common law and civil law.

#### 4.3.1 *Common law*

In countries which deal with the common law, for example the United Kingdom, we find that litigation is divided into two major parts, whether the matter is related to local issues or international issues.

The first stage is the pre-trial stage, which comprises the stage of the instructions, submission of documents and submission of the pleadings.

The second stage is the most significant stage, which is the trial stage, i.e. the establishment of the litigation, which permits the arbitration parties to present their case fully and verbally to the court.

The pre-trial stage in the Supreme English Court starts with the mere notification of the other party with the summons. The summons include a statement of the case or forwarding it after a period of up to fourteen days. The defendant shall submit his defence after twenty eight days of the date of being notified with the summons.<sup>1</sup>

The pleadings shall only mention the material facts and shall be in an adequate manner and not in excessive details.<sup>2</sup> The memoranda lodged with the English

---

1 Paolo Michele Patocchi, Ian L. Meakin, "Procedure and the taking of evidence in international commercial arbitration: the interaction of civil law and common law procedures" 1996, *International Business Law Journal*, 885.

2 RSC Ord 18 rr7, 8, 12 and 13.

Supreme Court should be in line with the internal system of the supreme court (RSC).<sup>1</sup>

In the UK which deals according to the common law, we find that the authority of gathering and submitting evidences is almost confined to the hands of the arbitration parties. In return, we do not find any comparison procedure in the countries working according to the civil law system, where the judges have a more effective role in the administration of the litigation procedures and gathering of evidences.<sup>2</sup> Therefore, we find in the UK that lawyers are the ones who prepare the witnesses, examine and cross-examine them in the hearing sessions. Further, the appointment of expert witnesses is by the arbitration parties or the court may appoint an independent expert according to the request of any of the arbitration parties.

The pre-trial stage in the English procedure, represented in submitting the documents and exchange of written briefs, is merely a preparation for the most significant event in the entire procedure, which is the trial. Therefore, all the evidences are submitted in front of the court, where the parties present everything considered relevant to the subject matter, read or plead it in front of the judge. On the contrary, in the countries which apply the civil law, the hearing sessions are held throughout the procedure duration.<sup>3</sup>

In the countries which deal according to the common law such as the UK, although the court participated in the preparatory procedures, the

---

1 Paolo Michele Patocchi, Ian L. Meakin, supra n 52.

2 Ekin Omeroglu, "Taking Evidence in International Arbitration" 2015, Coventry Law Journal, 5.

3 Paolo Michele Patocchi, Ian L. Meakin, supra n 52.



arbitration parties in the hearing session shall present their case since the beginning, including the presentation of the witness testimonies. The lawyer of the plaintiff and defendant presents an opening statement, followed by submitting their presentation of their case and their evidences. At the end, the defendant submits his closing defence, followed the last response of the plaintiff. Mostly, the court passes the judgment immediately, unless it deems that there is a need to postpone for completing the pleading.<sup>1</sup>

In the English law, the judge does not intervene in the trial, as mostly he plays a neutral role. He does not regard the objections which are not raised by the other party. Further, he considers the other party as waived the claims which continue to be undisputed.<sup>2</sup>

#### *4.3.2 Civil Law*

As we already stated, the common law procedures are distinguished in the pre-trial and trial stages. The civil law distinguishes between the exchange of written memoranda and the gathering of evidences, which are the basis of the civil procedures.<sup>3</sup>

After the submission of the case statement, a reconciliation hearing is held, which represents the first stage. The practical effect of the reconciliation hearing differs from one country to the other within the civil law systems. This procedure is considered as formal in the Switzerland. On the contrary in Zurich, the

---

1 Ibid.

2 Borris, *Common Law and Civil Law: Fundamental Differences and their Impact on Arbitration*, Arbitration, May 1994, p. 79.

3 Paolo Michele Patocchi, Ian L. Meakin, *supra* n 52.

reconciliation hearing is considered as a procedure to test the strength of the case of each party and giving the field for an attempt to narrow the scope of the dispute. In this case, the parties should be ready to negotiate. Without prejudice, the judge may express his opinion in the case. Further, the judge may work to reach a settlement between the case parties by holding a meeting between them.<sup>1</sup>

The second stage, which is the essence of the procedures, is represented in the exchange of written briefs. According to the civil law, the fundamental element in the procedures is the presentation of the documents and contents of written briefs between the dispute parties. According to the nature of these briefs, the court takes its first impression. The civil procedures code determines the requirements which should exist usually in the written briefs. The written briefs determine the specific objective of the case. These briefs should include a detailed summary of the facts, enclosed with a list of all the documents to be relied upon.<sup>2</sup> Then, this stage of the procedures will end, and will result in specific effects on the progress of the case. First, the last brief of each party should include its witnesses and claims relevant to the expert witness intended to be appointed. Second, after ending the exchange of briefs, the arbitration parties are not entitled to change the assistance requests stated in their last briefs.

The third stage is obtaining the evidences in the court hearing. The court hears the parties and then the court examines the witnesses by itself or by the dispute

---

1 Ibid.

2 Ibid.

parties lawyers. The witness expert is appointed by the court.

The fourth stage is after lodging the final briefs, verbal pleading and examining the dispute parties, witness and expert witness. Then, the court schedules the subject matter for judgment.

The last stage is the judgment stage. This judgment is worded according to the traditions of the civil law in a language and method which is objective and non subjective.<sup>1</sup>

It is noted that the procedures in the civil law is that the judge plays a much bigger role than in the common law. Further, the trial procedures in the civil law are more organized compared to the common law, as they are carried out in a stage by stage process.

## 5. *Evidentiary means*

### 5.1 *Documentary evidence*

Documentary evidences are considered as the most significance evidence in the international commercial arbitration.<sup>2</sup> This is attributed to the international commercial arbitral tribunals' implementation of the best evidence rule, which depends on weighing the

---

1 Ibid.

2 Bühler, M and Dorgan, C "Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration - Novel or Tested Standards?" [2000] Journal of International Arbitration 17, pages 1, 4.

evidence more than the extent of its admissibility.<sup>1</sup> This is because the commercial internal arbitration depends generally on evidences and the written witness statements more than relying on oral statements.<sup>2</sup> This may be attributed to the excessive concern of the arbitrators' desire to evaluate the credibility of the witnesses.<sup>3</sup> The expression "document" includes any form of statements which may be inferred through a written, visual or head text; for example emails exchanged between the arbitration parties, faxes, writings, minutes of meetings and protocols.<sup>4</sup> The IBA Rules of Evidence are the only rules which defined the document, contrary to others, as they defined the document as:

**Document:** "means a writing, communication, picture, drawing, program or data of any kind, whether recorded or maintained on paper or by "electronic, audio, visual or any other means."

The general rule is that the arbitration parties disclose these documents which they intend to rely upon, by depositing these documents during their lodging of their initial written summons or briefs.<sup>5</sup> the lawyers have the freedom to submit the summons in the form they deem suitable, unless the arbitrators order

---

1 Redfern, A, Hunter, M, Blackaby, N and Partasides, C Law and Practice of International Commercial Arbitration (Sweet & Maxwell, 2004), page 298.

2 Pietrowski, "Evidence in International Arbitration" (2006) 22(3) Arbitration International 373, 391.

3 G.B. Born, International Commercial Arbitration, Vols 1 and 2 (The Hague: Kluwer Law International, 2009), p.1827.

4 Lew, Mistelis, Kröll, supra n 37.

5 Pietrowski, supra n 65, 373, 392.

the arbitration parties to follow a specific method. It is determined that there is no specific procedure for submission of documents in evidences.<sup>1</sup> Therefore, the question of the admissibility of documents is usually left to the assessment of the court tribunal. Nevertheless, article 3 (1) of the IBA Rules of Evidence requests each of the arbitration parties explicitly to submit all the documents relevant to the subject of the case.<sup>2</sup> According to article (1) 3, the arbitration parties or their lawyers should submit the evidence they intend to rely upon within the time specified by the arbitral tribunal. Further, it is assumed that the arbitration parties submit undisputed documentary evidences to the arbitral tribunal.<sup>3</sup>

There is a big difference between the civil law and the common law in the matters related to the methods of submitting documentary evidences in the international arbitration procedures.<sup>4</sup> In the common law, the disclosure of documents is a general duty, and therefore the arbitration parties may find a means of disclosing the documents in the other party's custody, which include all the documents, whether in favour of one of the arbitration parties or not. In the civil law system, the applicant should prove the existence of the documents required to be disclosed with the other party

- 
- 1 G.M.V. Mehren and C.T. Salomon, "Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide" (2003) 20(3) *Journal of International Arbitration*, 285, 287.
  - 2 It can be found in the main Institutional rule, E.g. Article 25 (1, 2). Of the ICC Rules and Article 15(6) of the LCIA Rules.
  - 3 G.M.V. Mehren and C.T. Salomon, *supra* n 69.
  - 4 Rubino-Sammartano, *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd rev. edn (2001), p 670.

and their contents. Such documents should be those which each of the arbitration parties intend to rely upon.<sup>1</sup>

In implementation of the above, article 1460 (3) of the French Code of Civil Procedure stipulates that the arbitrator may mandate one of the litigants to submit the documents and evidences in his possession. Clause (7) of the American Federal Arbitration Law stipulates that arbitrators may summon any person in writing to appear in front of them as a witness and to bring with him in an appropriate manner any book, document, paper, register or any material evidence in the case. The English Arbitration Act gives the arbitral tribunals the authority to determine which documents should be disclosed and in which stage of the arbitration stages.

Although the language of a number of the institutional rules may be unclear in the obligatory disclosure of the documents, whereby article 24 (3) of the UNISTRAL Rules and article (21) of the American Arbitration Association Rules that the arbitral tribunal may instruct the arbitration parties to disclose and uncover the documents in their custody, the reason for which is attributed to its adoption of the common law.<sup>2</sup>

Therefore the IBA Rules presented a mechanism in connection with submitting the evidences, in an attempt to reconcile between the common law approach and the civil law approach. Article 3 (2) of the American Arbitration Association stipulates that the request to submit the documents should be submitted to each of the arbitral tribunal and the arbitration parties.

---

1 Ekin Omeroglu, *supra* n 55.

2 LCIA, Arbitration Rules 1988 art. 22(1).

Article 3 (3) of the American Arbitration Association's rules stipulates in connection with taking evidences that the request to submit the documents should contain the disclosure of such documents and identify such documents.

Article 2 of the IBA Rules requests the arbitrator to consult with the arbitration parties in an early stage to address the issues relevant to the timing and method of submitting and accepting the evidences. Further, article 3 permits the arbitration party to request the documents relevant to the case subject matter. Article (3) of IBA rules also permit the arbitrators to consult with the arbitration parties to appoint independent and neutral experts to audit the documents to identify the extent of suitability of disclosing or objecting them.

However, in general, the arbitral tribunals lack the authority to command the submission of documents in custody of one of the arbitration parties, until and when such documents are relevant to the case subject matter.<sup>1</sup> Although this matter is criticized as arbitration is a form of justice which requires a sufficient amount of evidences and information in order to be established.<sup>2</sup>

It is also noted that International Accountants Association's Rules, although it adopted the common law rules relevant to the method reaching the truth by all the appropriate means, nevertheless it prefers to follow the approach of the civil law system.<sup>3</sup>

- 1 Redfern, A, Hunter, M, Blackaby, N and Partasides, C, supra n 64.
- 2 Webster, TH, "Obtaining Evidence from Third Parties in International Arbitration" [2001] 17 Arbitration International 2, p 146.
- 3 Mauro Rubino- Sammartano, supra n 46, p 670.

## ***E-Documents:***

Those concerned with arbitration, who include the judges, counsellors and information technology experts, met in the Sedona Conference in 2002 to discuss the issue of disclosure of electronic documents in the litigation context.

They reached the principles of Sedona on the disclosure of e-documents issued in 2004 and 2007.<sup>1</sup> Therefore, the electronically saved information are considered as the latest and biggest challenges in international commercial arbitration process, as most of the commercial companies and corporations keep many of their data electronically. Therefore, many institutions such as the Chartered Institute of Arbitrators, the International Chamber of Commerce (ICC), the American Arbitration Association (AAA) and the International Institute of Conflict Prevention and Resolution (CPR)<sup>2</sup> were forced to facilitate the process of disclosure. Facilitating the process of using such electronic documents in the arbitration procedures is by holding an early meeting between the arbitration parties to lay down a mechanism for unifying the basic words, method, scope and way of searching for the electronic documents. It is observed that the IBA Rules in article (2) pointed to the significance of early meeting and at the right time for the arbitration parties and the arbitrator and invite each other to consult on the method of taking fair procedures to disclose and submit evidences.

---

1 David Howell, "Development in Electronic Disclosure in International Arbitration (2009) 3(2) Dispute Resolution International 151-168.

2 Ibid.



## 5.2 Witness Testimony

The main factor in the hearing sessions and investigation of evidences is the examination of the witnesses, and therefore the arbitration procedures should determine who and in what form it is possible to hear a person and examine him as a witness. The giving of a testimony does not preclude the existence of a relationship between the witnesses and the arbitration parties, whether they are their employees or involved in the dispute.<sup>1</sup> In the international commercial arbitration, any person, including the arbitration parties and their lawyer, are permitted generally to present their statements as witnesses.<sup>2</sup>

In international arbitration, the method through which the witnesses are interrogated tend to borrow factors from each of the civil law and the traditions of the common law. Despite this, we find that in some countries which adopt the civil law (such as France and Germany) there is a ban against accepting one of the arbitration parties as a witness.<sup>3</sup> Further, the arbitral tribunal has the authority to evaluate the witness evidences and control their examination. The arbitral

---

1 Laurent Lévy, "Testimonies in the contemporary practice: witness statements and cross-examination", in *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium, Reports of the International Colloquium of CEPANI (Brussels: Bruylant, 2005)*, pp.107–131 at 112.

2 *Libananco Holdings Co Ltd v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8.

3 Poudret, J F, Besson, S; Berti, S V and Ponti, A *Comparative Law of International Arbitration* (Thomson, Sweet & Maxwell, 2007), p. 557; Turner, P and Mohtashami, R A *Guide to The LCIA Arbitration Rules* (Oxford University Press, 2009), page 134.

tribunal may raise questions to the witnesses. However, mostly it is permitted to interrogate the witnesses by the legal representative of the litigant party.<sup>1</sup> Article 4 (2) of the IBA Rules stipulates that any person may be a witness, including the arbitration parties, their officials or employees or representatives. It is noted that in many arbitration cases, the basic witnesses are the employees, because they are the persons who most informed of the case facts.<sup>2</sup>

Witness statements are either written statement or oral statement. The oral statement is applicable in the countries which adopted the common law system, and are less significant in the civil law countries. The documentary evidence in the countries which adopt the civil law (such as France) is the main evidence. For this purpose, the plaintiff and defendant submit the documents which support their claims. The ICC rules stipulate that the arbitrator is entitled to decide the dispute according to the relevant documents. In *Dalmia Dairy Industries Limited (India) v. National Bank of Pakistan*,<sup>3</sup> professor Lalive refused to hear the parties on the basis that it would have been possible for him to decide the case properly according to the documents alone. In the ICC case No.1512, the arbitrator observed that the case may be decided pursuant to the documents submitted by the arbitration parties without hearing the oral evidence.<sup>4</sup>

---

1 Pietrowski, supra n 65 at 394-395.

2 Ashford, P, supra n 32, p 99.

3 [1978] 2 LIyd's Rep 223.

4 Magnum, Y. W. *NG Evidence in Arbitration*(VDM Verlag Dr. Müller, 2009),p. 33-35.

As for the matter of examining the witnesses, the procedure in the international arbitration may be governed by foreign practice, where the witnesses may be examined and cross examined according to the common law practices in most of the European jurisdictions, particularly France and Switzerland, provided the arbitration parties agree on the issue of examining the witnesses, or this is carried out according to a procedural order issued by the arbitration panel after consultation with the arbitration parties. However, the oral testimony may not be necessary from the viewpoint of the court or requested from the litigant party. On the contrary, the written testimony may include alone sufficient information which may support the efficiency of the judicial procedures and reduce the period of deliberating the case.<sup>1</sup>

The rules of the laws of a number of the civil law countries ban with various degrees in terms of intensity (including France, Germany, Italy and Belgium) communicating with or meeting the witnesses by the arbitration parties before giving their testimonies in the hearing session. This is considered by the court as a breach of the judicial sovereignty. In the international commercial arbitration, regardless of the situation in the national procedure, it is well acknowledged that the witnesses may be met. Therefore, the arbitrator shall ensure that such matters are clear at an early stage of the procedures to guarantee that the arbitration parties receive fair treatment in their preparation for their cases.

---

1 Oetiker, C "Witnesses before the International Arbitral Tribunal' [2007] 25 ASA Bulletin 2, p 254; Born, G, International Arbitration: Law and Practice (Kluwer Law International, 2012), p 168.

In *Azinianetal v. United Mexican States*,<sup>1</sup> the arbitral tribunal permitted the plaintiff to meet the defendant's witnesses and observed that it is permitted to conduct this matter. This is confirmed by article 20 (5) of the LCIA Rules and article 25 (2) of the Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules) which permit meeting with the witnesses.

According to article 8 (1) of the IBA Rules, one of the arbitration parties or the arbitral tribunal may request the witness of the facts or the expert appointed by the parties or arbitral tribunal to be present personally to give his testimony in the hearing session to investigate the evidences. Usually, this happens when the testimony of one of the witnesses who presented a written testimony does not conform with the witness testimony who are actually present in the hearing session.<sup>2</sup> The court may hear her witness by using technological means such as the videoconference instead of being present in the hearing session. The arbitral tribunal does not regard the testimony of the witness who gave a written testimony if he refuses to present his testimony in the hearing session.<sup>3</sup> This confirms with the provision of article 4 (7.8) of the IBA Rules.

### *5.3 Expert Evidence*

If the arbitral tribunal does not possess the required technical experience, then the arbitral tribunal may use

- 
- 1 ICSID Case No. ARB (AF) 97/2; O' Malley, *ND Rules of Evidence in International Arbitration* (1st ed, Informa Law from Routledge, 2012) p 115.
  - 2 Kühner, D "The Revised IBA Rules on the Taking of Evidence international Arbitration" [2010] 27 *Journal of International Arbitration* 6, p 674.
  - 3 Moses, Margaret L. *Supra* n 9, p 185.

the opinion of experts. This evidence may take the form of giving a testimony or submitting reports or information. It is accustomed that these evidences assist the arbitral tribunal in evaluating the case which requires a specialized knowledge in technology, constructions, engineering, oil and gas.<sup>1</sup>

Experts are either appointed by the arbitration parties or appointed by the arbitral tribunal. Article 5 and 6 of the IBA Rules stipulate the obtaining of evidences from expert witnesses who may be appointed by the arbitral tribunal or the arbitration parties. Article (29) of the UNCITRAL Arbitration Rules stipulate the details of how to obtain evidence from experts appointed by the arbitral tribunal. In the countries which adopt the civil law, the experts are appointed by the arbitral tribunal to assist it in evaluating the case.

Therefore, the experts appointed by the arbitration parties work to assist the arbitration parties in the preparation for the hearing sessions, investigation of the evidences and presenting their case in the appropriate manner. Therefore, the expert appointed by the arbitration parties shall submit the "expert report" which is a written statement presented by the expert.<sup>2</sup> This report shall include the name of the expert, his address, qualifications, experience and training, and a statement of his independence from the arbitration parties, a description of the methods, evidences, and information used in his working method, the results

---

1 Moses, Margaret L, Ibid, Lew, JDM, Mistelis, A and Kroll, S M, supra 37, p 575, Pietrowski, supra n 65, 373, 396.

2 Article 5 (1) of the IBA Rules.

reached and his signature of the same, with the identification of the date and place.<sup>1</sup> Further, the arbitral tribunal may request meeting of the experts appointed by the arbitration parties to discuss the issues set forth in their reports before submitting them to the arbitral tribunal, in order to reach an agreement between them.<sup>2</sup>

In many instances, the arbitral tribunal hires experts to assist in evaluate the case, as they enjoy experience and know-how in technical matters which the arbitral tribunal does not possess.<sup>3</sup> Mostly, this is preferable in many legal systems.<sup>4</sup> The expert appointed by the arbitral tribunal is a person or firm appointed by the arbitral tribunal to submit a report to it on specific cases determined by the arbitral tribunal. Therefore, before appointment of the expert, the arbitral tribunal shall consult with the arbitration parties in connection with his name and qualifications, and confirm on the absence of conflict of interests with the arbitration parties and their legal consultants.<sup>5</sup> Further, the expert appointed by the arbitral tribunal may claim the arbitration parties to submit information or documents which are fundamentally relevant to the case for inspection. In the event of non compliance on part of any party with cooperation, the expert shall write the same in his report.<sup>6</sup> As for the content of the report

---

1 Article 5 (2) of the IBA Rules.

2 Article 5 (4) of the IBA Rules.

3 Oetiker, C, supra n 87, p 245.

4 S. 37 of the English Arbitration Act, Article 25(4) of the ICC Rules Art, Articl 21 of the LCIA Rules, Article 29 of the UNCITRAL Rules; Article 27 of the swiss Rules.

5 Article 6 of the IBA Rules.

6 Article 6(3) of the IBA Rules.

submitted by the expert appointed by the arbitral tribunal, it is the same content of the report submitted by the expert appointed by the arbitration parties.<sup>1</sup>

## ***6. Burden of Proof Standard in International Commercial Arbitration***

In the civil law jurisdictions, the burden of proof is considered as a substantive matter. In the countries which adopt the common law (UK), the burden of proof constitutes a part of the proof law classified as being descriptive instead of the substantive law.<sup>2</sup> According to article 24 91) of the UNCITRAL Arbitration Rules, the general rule is that the burden of proof is borne by the plaintiff in the facts claimed by him, and the burden of proof is borne by the defendant in connection with the defence submitted by him.

Whereas the main arbitration laws did not lay down any clause indicating on whom the burden of proof falls, therefore the role of the international arbitration is manifested here in identifying who shoulders the burden of proof, which is a matter relevant to the substantive or procedural law. Therefore, in the event of the arbitrator's violation in his implementation of the burden of proof of an explicit or implicit provision, then his decision will be disregarded in light of the corresponding provisions in many the national arbitration laws and in light of Article VI of the New York Convention of 1958.

Similarly, the wrong implementation of the burden of proof contradicts with the substantive law which

---

1. Article 6(4) of the IBA Rules.

2. Keane, *The Modern Law of Evidence*, (2nd ed, Butterworth, United Kingdom, 1989), p 1.

governs the dispute. By reference to the 1980 EU Convention of 1980, in connection with the applicable law on the contractual obligations (Roma Agreement) article 14 (1):

“The law governing the contract under this Convention applies to the extent that it contains, in the law of contract, rules which raise presumptions of law or determine the burden of proof”

Whereas Reiner argues that the applied burden of proof is always governed by the applicable law on the dispute subject matter.<sup>1</sup>

Dicey<sup>2</sup> notes that the problem arises in two cases: the first case is in the event of whether the court law provision in connection with the burden of proof is substantive but the provision of the law for the case reasons is procedural, it is natural that the rule relevant to the burden of proof is inapplicable. The second case is whether the provision of the court law is procedural and the provision of the case subject matter in connection with the burden of proof is substantive. This leads to a conflict in the rules. Mark Huleatt observes that this does not represent any problem in arbitration. In the first case, the arbitrator should search for direction in the procedural law in the substantive law country. In the second case, the arbitrator should apply the substantive law provision.<sup>3</sup>

- 
- 1 A. Reiner et al. “The Standards and Burden of Proof in International Arbitration” (1994) 10 Arb. Int’l 317.
  - 2 Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, (12th ed, Sweet & Maxwell, 1993) p 179.
  - 3 Mark Huleatt-James, “The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and some Issues relating to their Determination and Application”, 1997, *Arbitration* 273.



In the countries which adopt the common law traditions, we find that article 34 of the English Arbitration Act of 1996 stipulates that in the procedural and proof matters:

(1) it shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter.

(2) procedural and evidential matters include:

(f) whether to apply strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material (oral, written or other) sought to be tendered on any matters of fact or opinion.

Contrary to this English approach, the French law confined the thinking in the burden of proof matter to the case of whether the judge has doubt that the party shouldered with the burden of proof shall not succeed. In Germany, article 261 of the German Criminal Procedure Code stipulates the following:

“the court shall decide on the result of the evidence taken according to free conviction gained from the hearing as whole”

Further, article 286 of the Civil Procedures Code stipulates the following:

“The court shall decide in consideration of the whole contents of the proceeding, the results of the evidence taken and according to its free conviction whether an alleged fact shall be considered true or untrue. Within the judgment the court shall indicate the conductive reasons for its opinion.”

It is observed that the burden of proof in the criminal and civil law are the same.

In Scotland, as applicable in the UK, there are standards for proof relevant to the criminal law and others applied on the civil law. Despite this, the balance of probabilities may differ from one case to the other, as per the effects resulting from them, as in the case of proof and weighing of the evidences in the forgery case in a civil case is more than what is required to proof breach of the contract.

In Italy, the standard of proof differs from that applicable in the common law. There are two types of binding evidences such as confession and freedom of proof. Therefore, the court's decision should be in line with the results of such evidences. In the event its decision is contradicting with such evidences, then its decision shall be subject to objection.

In the standard of proof from the viewpoint of Islamic Laws in criminal cases, doubt is always interpreted for the interest of the defendant. The standard of proof requires confirmation and certainty in proof. As in the civil cases, the rule is: the evidence is borne by the party claiming it and the oath for the party who denies. The burden of proof is shouldered by the plaintiff. As for the defendant, he has to swear the oath in front of the complainant's failure to submit convincing evidences.

Therefore, the relationship between the burden of proof and the arbitration procedures is as noted by Lorenzen that the burden of proof should be determined by the applicable substantive law, even if a number of the legal systems are not as such. Lorenzen discussed the following:

'... the statement that courts should enforce foreign substantive rights but not foreign procedural laws has no justifiable basis if the so-called procedural law would normally affect the outcome of the litigation.'<sup>1</sup>

In the role of the international courts in proving the facts of the case, Sandifer observes that: '... are generally not content to rest a decision simply upon the ground of a failure by a party to maintain the burden of proof resting upon him. If a party fails to bring forward satisfactory proof, tribunals in practice customarily exercise the discretion usually vested in them by requiring a further production of evidence by one or both parties or by appointing experts to make appropriate inquiries or making researches on their own initiative.'<sup>2</sup>

In specific facts in which the ordinary allocation of the burden of proof will lead to an unfair result, the judges in each of the common law countries and civil law intervene to lay down guideline principles which are the basis for handling these specific facts.

An example of this is in the English law (one of the common law countries) where is the doctrine of (the matter clarifies itself), in the event the thing is under the administration of the defendant, and that the incident cannot occur in the even the management applies reasonable care, then the burden of proof is transferred from the plaintiff to the defendant.<sup>3</sup> Similarly in the

---

1 Lorenzen, Selected Articles on the Conflict of Laws (1947) p 134.

2 SANDIFER, D., Evidence Before International Tribunals, revised edition, University Press of Virginia, 1975, p. 131.

3 Scott v. London & St. Katherine Docks Co. (1865) 3 H. & C. 596, 159 Eng. Rep. 665.

German law, the law discharges the plaintiff in the products case from the burden of proving that the producing country has acted with negligence, as the details of the production process are only known to the producing company. Therefore, the law transfers the burden of proof from the plaintiff to the defendant.<sup>1</sup> In the English law, there was a case presented by the plaintiff in which he claimed the defendant to hand over to him precious stones in his custody. As the defendant refused to hand over the precious stones, the plaintiff brought a number of precious stones of a size and value equivalent to them, and thus the judge transferred the burden of proof to the defendant and issued an instruction to the jury that if the defendant does not present the precious stones, it is assumed that their value is estimated on the basis of the best quality.<sup>2</sup> In parallel form with the German Law, the court may carry out a free evaluation of the evidence, if the plaintiff fails to submit the evidence due to a reason attributed to the defendant who deliberately concealed or destroyed the evidence. Then, the court here transfers the burden of proof from the plaintiff to the defendant and accepts the claim in favour of the plaintiff on the basis of the intuitive evidence.<sup>3</sup>

## 7. Conclusion

This paper has attempted to highlight the impact of international commercial arbitration in civil legal system. In this regard, attempts have been made to elaborate the practical and theoretical context of applicability of arbitration rules and their governances

---

1 Case BGH NJW 1969, p. 269.

2 *Armory v. Delamirie*, (1722) 1 Stra 505.

3 *Beweisvereitelung* BGH NJW 1986, p. 59.

in different legal systems. In order to give a holistic view of the subject, an insight of a civil law country has been presented in the aforementioned paragraphs. In the light of the above information, it may be construed that practice and procedures of international commercial arbitration varies depending on the legal norms of a particular civil law country. It is possible to conclude that most of the international commercial legislations and the institutional arbitration rules comprise a clause permitting the arbitration parties the freedom to determine the rules of taking evidences. Further, the arbitral tribunal controls the arbitration procedures and has the authority to determine the admissibility and significance of the evidences. In light of the difference between the legal systems in the common law and the civil law are not equivalent. As there is a support of the concept of freedom of the parties in the international commercial arbitration field, there is a need for compliance during the progress of the court with any binding or implicit rules for the procedures with full knowledge of the contract law systems.

### *References*

- Ali, Shahla F., and Tom Ginsburg. "International Commercial Arbitration In Asia." *Juris Publishers*, (2013).
- Ashford, P. , *The IBA Rules on the taking of Evidence in International Arbitration* (Cambridge University Press, 2013)
- Barin, Babak; Little, Andrew; Pepper, Randy (2006). *The Osler Guide to Commercial Arbitration In Canada, The Netherlands: Kluwer Law International.*

- Binder, P, **International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions** ( Sweet & Maxwell, 2010).
- Born, Gary. **International Commercial Arbitration: Commentary and Materials**, ( 2nd ed, Kluwer Law International, United States,2001).
- Borris, **Common Law and Civil Law: Fundamental Differences and their Impact on Arbitration**, Arbitration, May 1994.
- Bühler, M and Dorgan, C "Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration - Novel or Tested Standards?" [2000] *Journal of International Arbitration* 17.
- Carbonneau, T E, **The Law and Practice of Arbitration** (3<sup>rd</sup> ed, Juris Net, 2009) p 41.
- Caron, David D., And Lee M. Caplan. **The Uncitral Arbitration Rules: A Commentary**. (Oxford University Press, United Kingdom, 2013).
- David Howell, "Development in Electronic Disclosure in International Arbitration (2009) 3(2) *Dispute Resolution International*.
- Derains, Yves. "International Chamber Of Commerce Arbitration." *Pace L. Rev.*5 (1984)
- Dicey and Morris, **The conflict of Laws**, (12<sup>th</sup> ed, Sweet & Maxwell, 1993).
- Dulhame, (2015), **International Commercial Arbitration Legal Definition**. Retrieved From: [Http://Www.Duhaime.Org/Legaldictionary/I/Internationalcommercialarbitration.aspx](http://www.duhaime.org/legaldictionary/I/InternationalCommercialArbitration.aspx).
- Ekin Omeroglu,"Taking Evidence in International Arbitration" 2015, *Coventry Law Journal*, 5.

- Elsing, Siegfried H, and John M. Townsend. "Bridging The Common Law-Civil Law Divide in Arbitration" *Arbitration International* 18, No. 1 (2002)
- G.B. Born, *International Commercial Arbitration, Vols 1 and 2 (The Hague: Kluwer Law International, 2009).*
- G.M.V. Mehren and C.T. Salomon, "Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide" (2003) 20(3) *Journal of International Arbitration*, 285, 287.
- Glendon, Mary Ann, Michael Wallace Gordon, Christopher Osakwe, and Christopher Osakwe, *Comparative Legal Traditions in A Nutshell.* (West, 2012).
- Goode, R "The Role of the *Lex Loci Arbitri*" [2001] *International Commercial Arbitration* 17 *Arbitration International*.
- Grierson, Jacob, Annet Van Hooft, And Jeffrey Waincymer. "Arbitrating Under the 2012 Icc Rules: An Introductory User's Guide." *Business Law Review* (2012).
- Harold J. Berman, *Law And Revolution: The Formation Of The Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, (1983).
- Hoellering, Michael F. "The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration." *The International Lawyer* (1986): 327-339.
- Honnold, John. "The United Nations Commission on International Trade Law: Mission And Methods." *The American Journal Of Comparative Law* (1979): 201-211.

- Hulbert, Richard W. "Arbitral Procedure and The Preclusive Effect Of Awards in International Commercial Arbitration." *Int'l Tax & Bus. Law.* 7 (1989).
- O' Malley, ND Rules of Evidence in International Arbitration (1<sup>st</sup> ed, Informa Law from Routledge, 2012).
- J.M. Kelly, A Short History Of Western Legal Theory (New York: Oxford Un. Press, 1997).
- Jan, Mohammad Naqib Ishan. "The Role Of Arbitration In The Resolution Of International Commercial Disputes." *Iium Law Journal* 22, No. 2 (2014).
- Kaufmann-Kohler, Habrielle. "Globalization Of Arbitral Procedure." *Vand. J. Transnat'l L.* 36 (2003): 1313.
- Keane, *The Modren Law of Evidence*,( 2<sup>nd</sup> ed, Butterworth, United Kingdom,1989).
- Kühner, D "The Revised IBA Rules on the Taking of Evidence international Arbitration" [2010] 27 *Journal of International Arbitration* 6.
- *Laurent Lévy, "Testimonies in the contemporary practice: witness statements and cross-examination", in Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium, Reports of the International Colloquium of CEPANI (Brussels: Bruylant, 2005), pp.107-131 at 112.*
- Lew, JDM, Mistelis, A and Kroll, S M, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2003).
- Lorenzen, Selected Articles on the Conflict of Laws (1947).



- **Magnum, Y. W. NG, Evidence in Arbitration**(VDM Verlag Dr. Müller, 2009).
- **Mark. Huleatt-James, "The Laws and Rules Applicable to Evidence in International Commercial Arbitrations, and some Issues relating to their Determination and Application", 1997, Arbitration 273.**
- **Matti Kurkela and Hannes Snellman, Due Process in International Commercial Arbitration** (Oceana Publication, Inc., New York, 2005).
- **Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration: Law and Practice*, (2<sup>nd</sup> rev. edn, The Hague: Kluwer Law International, 2001).**
- **Miller, David Hunter. *The Geneva Protocol*. (New York, 1925).**
- **Moses, Margaret L. *The Principles And Practice Of International Commercial Arbitration*.(2<sup>nd</sup> ed, Cambridge University Press, 2012).**
- **Newman, Lawrence W., and Richard D. Hill. *Leading Arbitrators' Guide To International Arbitration*, (3<sup>rd</sup> ed, Juris Publishing, Inc., 2014).**
- **Oetiker, C "Witnesses before the International Arbitral Tribunal" [2007] 25 *ASA Bulletin* 2, p 254; Born, G, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International, 2012).**
- **Paolo Michele Patocchi, Ian L. Meakin, "Procedure and the Taking of Evidence in International commercial arbitration: the interaction of civil law and common law procedures" 1996, International Business Law Journal. 885.**
- **Phillip Capper, International Arbitration: A Hand Book, 3<sup>rd</sup> edn (London: Informa Professional, 2004).**

- Pietrowski, "Evidence in International Arbitration" (2006) 22(3) *Arbitration International* 373, 391.
- Poudret, J F, Besson, S, Berti, S V and Ponti, A *Comparative Law of International Arbitration* (Thomson, Sweet & Maxwell, 2007).
- Turner, P and Mohtashami, R *A Guide to The LCIA Arbitration Rules* (Oxford University Press, 2009).
- Quigley, Leonard V. "Convention On Foreign Arbitral Awards." *American Bar Association Journal* (1972): 821-826.
- Redfern, A, Hunter, M, Blackaby, N and Partasides, C *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Sweet & Maxwell, 2004).
- Rouche, Jean, And Gerald H. Pointon, Eds. *French Arbitration Law and Practice*. (Kluwer Law International, 2003).
- Rubino-Sammartano, *International Arbitration: Law and Practice*, 2<sup>nd</sup> rev. edn (2001).
- SANDIFER, D., *Evidence before International Tribunals*, revised edition, University Press of Virginia, 1975.
- Trakman, Leon E. "' Legal Traditions" And International Commercial Arbitration." *Am. Rev. Int'l Arb.* 17 (2006): 1-615.
- Trakman, Leon E. "From The Medieval Law Merchant To E-Merchant Law." *University Of Toronto Law Journal* (2003)
- Varady, Tibor, John J.. Barceló, And Arthur Taylor Von Mehren. *International Commercial Arbitration*. Thomson West, (2003).

- Webster, TH, "Obtaining Evidence from Third Parties in International Arbitration" [2001] 17 *Arbitration International* 2, p 146.
- Weisbrod, Carol. *Emblems Of Pluralism: Cultural Differences and The State.* ( Princeton University Press, 2009) p.38-110.
- Wolff, Reinmar, Christian Borris, Bernd Ehle, Todd J. Fox, Rudolf Hennecke, Angela Kölbl, Christoph Liebscher, David Quinke, Maxi Scherer, And Stephan Wilske. *New York Convention.* München, 2012.
- Yves Dezalay & Bryant G. Garth, *Dealing In Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of A Transnational Legal Order* ( The University of Chicago Press, United Ststes,1996) p43-44.
- Reiner et al. "The Standards and Burden of Proof in International Arbitration" (1994) 10 *Arb. Int'I* 317.

مسؤولية الناقل الجوي الدولي  
في عقود نقل الركاب وفقاً للقانونين  
الإماراتي و الكويتي و الاتفاقيات الدولية

دكتورة / إيمان نابوش  
كلية القانون - جامعة الشارقة  
الإمارات العربية المتحدة

دكتور/محمد حسام الدين  
كلية القانون - جامعة صحار  
سلطنة عمان

مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الثاني

٢٠١٧

## مقدمة الدراسة

أولاً: فكرة عامة عن موضوع الدراسة:

يعد القانون الجوي حديث النشأة سريع التكوين، وذلك مقارنة مع غيره من فروع القانون الخاص، وبالأخص قانون التجارة البحرية الذي يعود للقرن التاسع الميلادي. فالطائرة تقنية حديثة استلزمت قواعد قانونية جديدة وتشريعات جوية ظهرت أول مرة عندما أطلقت الولايات المتحدة الأمريكية طائراتها ليبدأ بعدها وتحديداً في سنة ١٩٢٩ التشريع في القانون الجوي الخاص<sup>(١)</sup>.

ويعد استخدام اصطلاح القانون الجوي، لأول مرة عندما أنشئت في باريس عام ١٩٠٩ المدرسة العليا للطيران. ولقد بقيت هذه التسمية، رغم ما وجه إليها من انتقادات، عنواناً لمعظم المؤلفات والمجلات القانونية المتخصصة في هذا المجال اللهم إلا إذا استثنينا بعض كتابات الفقه الإيطالي التي تميل إلى اعتناق اصطلاح، "قانون الطيران" كتسمية لهذا الفرع من القانون<sup>(٢)</sup>.

هذا وتعد مسؤولية الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب، من أهم موضوعات القانون الجوي وأكثرها إثارة للمشاكل والاختلافات فقهاً وقضاءً، ولما كانت مسؤولية الناقل الجوي من أهم موضوعات القانون الجوي فإن تحديد هذه المسؤولية يعد حجر الزاوية فيها. ولأهمية هذا الموضوع لم تكتف الدول بمعالجة مسؤولية الناقل الجوي الدولي بما فيه تحديد هذه المسؤولية في قوانينها الداخلية، بل إن هذه الأهمية فرضت على المجتمع الدولي اللجوء إلى تنظيم هذه المسؤولية وتحديدتها على المستوى الدولي منذ بداية ظهور النقل الجوي، وذلك من خلال إبرام اتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩ التي حددت مسؤولية الناقل الجوي الدولي في مواجهة المتضررين بحدود قصوى معينة سواء في نقل الركاب أو الأشياء.

إلا أنه قبل انعقاد اتفاقية وارسو كانت هناك اتجاهات متباينة في شأن الأسس التي يمكن الارتكاز عليها لتحديد مسؤولية الناقل الجوي، بحيث ذهبت بعض القوانين إلى تأسيس هذه المسؤولية على أساس تعاقدية بينما ذهبت طائفة أخرى من القوانين إلى تأسيس هذه المسؤولية على فكرة الخطأ التقصيري بصفة عامة، وأخيراً ذهبت طائفة أخرى إلى تأسيس المسؤولية على فكرة المخاطر وتحمل التبعية<sup>(٣)</sup>.

(١) د/ موسى طالب حسن، القانون الجوي الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة ٢٠١، ص ١١.

(2) – Max Litvine, *Précis élémentaire de Droit Aéroen*, Bruxelles, Etablissement Emitt Bruylant, 1953, P. 15, No. 1, André Henry-Couëannier, *Éléments Créateurs du Droit Aérien*, Per orbem, 1929, P. 3.

AMBROSINI. وجدير بالذكر الذي أوعز بهذه التسمية للفقهاء الإيطاليين هو العلامة

(٣) د/ محبوب، محمد الطاكي، وروشام، الطاكي، الاعفاءات القانونية والاتفاقية لمسؤولية الناقل الجوي. سنة ٢٠٠٦، الموقع الإلكتروني ([www://.justice.gov.ma](http://www.justice.gov.ma)) ، جلسة بتاريخ ١٢/١٢/٢٠١٠ الساعة ٨ مساءً.

وكانت الخطوة الأولى لعقد اتفاقية دولية توحد قواعد المسؤولية عن النقل الجوي هي مبادرة فرنسية من الرئيس بوانكاريه، ولكن ذلك عام ١٩٢٤ قدمت في نفس الوقت الذي قدم فيه إلى البرلمان الفرنسي مشروع القانون الجوي الداخلي لفرنسا. وقدمت فرنسا إلى المؤتمر الدولي الذي عقد لهذا الغرض عام ١٩٢٥ مشروع اتفاقية، حيث شكل المؤتمر لجنة لدراسته مكونة من خبراء قانونيين جويين، وانتهت هذه الدراسة إلى إبرام اتفاقية وارسو للنقل الجوي الدولي في ١٢ أكتوبر ١٩٢٩ ودخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ ابتداء من ١٣ فبراير ١٩٣٣. (٤)

ولابد من الإشارة هنا إلى أن نشاط الطيران المدني الدولي يخضع لأحكام اتفاقية الطيران المدني (اتفاقية شيكاغو ١٩٤٤)، وتقوم منظمة الطيران المدني الدولي (الأيكاو) وهي منظمة متخصصة تابعة للأمم المتحدة، بموجب هذه الاتفاقية بوضع الحدود الدنيا من القواعد القياسية و أساليب العمل الموصى بها للطيران المدني الدولي، وتتوزع هذه القواعد وأساليب العمل الموصى بها في ١٨ ملحقاً لاتفاقية شيكاغو، و مع ذلك تبقى كل دولة على حدة هي المسؤولة عن تنظيم نشاط الطيران المدني فيها، ولكنه يجب أن تأخذ بعين الاعتبار متطلبات اتفاقية الطيران المدني الدولي والحدود الدنيا للقواعد القياسية وأساليب العمل الموصى بها الموضوعة من قبل الأيكاو. (٥)

ومسؤولية الناقل الجوي هي مسؤولية شخصية قائمة على أساس الخطأ، إلا أن الخطأ مفترض، ذلك أن الراكب غير ملزم بإثبات خطأ الناقل، بل فقط إثبات حصول ضرر أثناء النقل الجوي، ليفترض عندها الخطأ في جانب الناقل، إلا أن هذا مجرد افتراض بحيث يبقى لهذا الناقل الحق في دفع المسؤولية عنه وذلك بنفي الخطأ عنه، بمعنى إثبات أن الضرر الذي حصل للمسافر لا يعزى إلى خطأ ناتج منه أو من أحد تابعيه، بل إلى سبب آخر وأنه استحالة عليه اتخاذها. (٦)

هذا وقد ورد في المادة (٢٠) من معاهدة فارسوفيا (لا يكون الناقل مسؤولاً إذا أثبت أنه هو وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر، أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها). ويلاحظ من خلال هذه المادة أنه إذا كان من السهل على المسافر أو مستعملي الطائرة إثبات أمرين أنه حصل ضرر، وأن هذا الضرر قد حصل خلال النقل الجوي، فإنه على الجانب الآخر يلاحظ أيضاً أن هذه المادة قد منحت الناقل الجوي نفس التسهيلات في دفع المسؤولية عنه التي من شأنها أن تجعل من تلك التسهيلات التي منحت للمسافر ولمستعملي الطائرة غير ذي جدوى وعديمة الأثر والأهمية. (٧)

ثانياً: إشكالية الدراسة:

(٤) د/ أحمد عبد الفضيل، القانون الخاص الجوي، سنة ١٩٩٩، المنصورة، لا يوجد دار نشر، ص ١٠.

(٥) دليل مراقبة سلامة الطائرات الأجنبية الصادر عن الهيئة العربية للطيران المدني، جامعة الدولة العربية ٢٠٠٦.

(٦) د/ بكور مختار، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المغربي، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، المغرب، سنة

١٩٨٩، ص ١٠٣.

(٧) اتفاقية فارسوفيا التي وقعت في أكتوبر ١٩٢٩، ودخلت حيز التنفيذ في ١٣ فبراير ١٩٣٣. (7)

تكمن مشكلة الدراسة فيما يتعلق بمسؤولية الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب، بتشعب الآراء التي قيلت بشأن الأساس القانوني لهذه المسؤولية وطبيعتها، حيث تختلف طبيعة هذه المسؤولية من نظام لآخر، والمشكلة الأخرى هي انه في بعض الدول لا يوجد تشريع خاص في النقل الجوي، لذلك فهي تلجأ إلى تطبيق القواعد العامة في المسؤولية على تشريع خاص في النقل الجوي، لذلك فهي تلجأ إلى تطبيق القواعد العامة في المسؤولية على هذا النوع من النقل، وهذا يتنافى مع طبيعة هذا النقل لأن نوعية مخاطر النقل البري أو النقل البحري تختلف عن نوعية مخاطر النقل الجوي.

إن حادثة واحدة في النقل الجوي وما تؤدي إليه من خسائر في الطائرة والأرواح قد تؤدي إلى إفلاس شركة الطيران وحتى بالنسبة إلى التي توجد فيها قوانين نقل جوي، فإن المشكلة لازالت باقية بسبب اختلاف هذه القوانين، فيما يتعلق بتباين الأسباب التي تؤدي إلى قيام مسؤولية الناقل الجوي والأساس القانوني لهذه المسؤولية، فبعضهم أقامها على الأساس القانوني لهذه المسؤولية، والبعض الآخر أقامها على أساس تحمل التبعة، وبعضهم أقامها على أساس الخطأ المفترض، كما تكمن مشكلة الناقل الجوي أيضا في أن معظم أسباب حدوث كوارث النقل الجوي تكون مجهولة، مما يعني صعوبة إثبات مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الحاصل، مما يضع عبئا ثقيلا على المتضرر طالب التعويض في إثبات مسؤولية الناقل، وقد انعكس هذا الاختلاف في أساس مسؤولية الناقل الجوي في اتفاقيات النقل الجوي أيضا وهذا ما عقد المشكلة أكثر.

ثالثاً: هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على مسألة الوضع القانوني لمسؤولية الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب، وفقا للقانونيين الكويتي والإماراتي والاتفاقيات الدولية، من خلال التعرف على ماهية النقل الجوي والمفاهيم المرتبطة به، كذلك التعرف على الطبيعة القانونية لهذا النوع من النقل لمعرفة الإشكاليات القانونية المتعلقة بمسؤولية الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب، وفقا للقانونيين الكويتي والإماراتي والاتفاقيات الدولية.

كما تهدف هذه الدراسة أيضا إلى معرفة حالات قيام المسؤولية وأساسها القانوني وحالات الإعفاء منها، ودعوى المسؤولية وموقف التشريع الإماراتي والكويتي والاتفاقيات الدولية منها، وكذلك الفقه والقضاء من هذه الأمور، حيث يمكن من خلالها تقديم توصيات تحقق الغرض والهدف من هذه الأمور، حيث يمكن من خلالها توصيات تحقق الغرض والهدف من هذه الدراسة.

رابعاً: أهمية الدراسة:

تكتسب هذه الدراسة أهميتها من أنها تعد إحدى الدراسات القانونية الحديثة التي تتعلق بالنقل الجوي الذي يتصف بتطور مستمر وسريع، مما يتطلب أيضا أن تتطور القواعد التي تحكمه بنفس سرعة التطور الحاصل فيه، وتتخصص هذه الدراسة في نطاق محدود منه يتعلق بالوضع القانوني لمسؤولية الناقل الجوي

الدولي في عقد نقل الركاب، وأن الدراسات المقدمة في هذا المجال ليست كافية، وبالتالي فإن أهمية هذه الدراسة تكمن في تناولها للمفاهيم المتعلقة بهذا الوضع الموضوع، حيث تثير مسألة تحديد مسؤولية الناقل الجوي بعض الإشكاليات التي أدت بالدول إلى البحث المستمر لإيجاد حلول لهذه الإشكاليات، وبما أن هذا النوع من النقل هو نقل دولي فإن الإشكاليات التي يثيره والحلول الموضوعية له تهم دول العالم أجمع. خامساً: حدود الدراسة:

يحدد وقت الدراسة بالفترة التي يكون فيها القانونان الإماراتي والكويتي اللذان يحكمان مسؤولية الناقل الجوي في عقد نقل الركاب نافذين خلال فترة إعداد هذا البحث، وكذلك الاتفاقيات الدولية بهذا الخصوص، أما من حيث المكان والمجال فهما الطيران الجوي المدني والقضاء، هذا وتقتصر حدود هذه الدراسة على بيان المسؤولية المدنية للناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب، لذلك يخرج من حدود المسؤولية الجزائية.

سادساً: محددات الدراسة:

لا توجد أية قيود تحد من تعميم نتائج هذا البحث في الإمارات و الكويت وباقي الدول العربية.

سابعاً: خطة البحث:

تنقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول، يتناول **الفصل الأول** من الدراسة ماهية **عقد النقل الجوي الدولي للركاب**، وفيه مبحثان، نتناول في المبحث الأول بيان مفهوم عقد النقل الجوي الدولي للركاب من حيث تعريفه وخصائصه ووثائقه، في حين نتناول المبحث الثاني: **آثار عقد النقل الجوي الدولي للركاب**، أما بالنسبة للفصل الثاني: من الدراسة فنتناول فيه بيان قيام المسؤولية المدنية للناقل الجوي الدولي للركاب، وفيه ثلاث مباحث، نتناول في الأول: بيان أساس وطبيعة المسؤولية، وفي الثاني: حالات قيام مسؤولية الناقل الجوي الدولي، وأخيراً في الثالث: تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي، ويبحث **الفصل الثالث: في بيان الآثار المترتبة على قيام المسؤولية المدنية للناقل الجوي الدولي**، وفيه مبحثان، نتناول في المبحث الأول: بيان دعوى المسؤولية، في حين يبحث المبحث الثاني: في الجزء المدني المترتب على قيام تلك المسؤولية. وأخيراً نتناول الخاتمة والنتائج والتوصيات التي خرجت بها الدراسة.

ثامناً: منهجية الدراسة:

اعتمدت هذه الدراسة على أسلوب البحث النوعي المقارن لقانون النقل الجوي الإماراتي والكويتي والقوانين ذات العلاقة والاتفاقيات الدولية، وكذلك تحليل الأحكام القضائية، وأيضاً تحليل آراء الفقه القانوني بشأن المسائل المثارة في الدراسة.

## الفصل الأول

### ماهية عقد النقل الجوي الدولي للركاب



يعرف هذا النوع من النقل بكونه ذلك الذى يتجاوز تنفيذ الحدود الإقليمية الدولية الواحدة. ويشير هذا النقل صعوبات جمة من حيث تحديد القانون الذى يحكمه، وذلك نظراً لتغير النظام القانونى الذى قد يخص له النقل كلما عبرت وسيلته حدود دولة إلى دولة أخرى. لذا كان من الضرورى توحيد القواعد القانونية المنظمة لهذا النوع من النقل للقضاء على ما يترتب على هذا التغير من تعدد الأنظمة القانونية التى قد تحكمه، وعلى ما يؤدى إليه هذا التعدد من تنازع بينها، وقد تم هذا التوحيد بمقتضى اتفاقية وارسو فى شأن النقل الجوى الدولى الموقعة فى الثانى عشر من أكتوبر عام ١٩٢٩ والتى أصبحت واجبة النفاذ من الثالث عشر من فبراير عام ١٩٣٣<sup>(٨)</sup>.

ولقد تطلبت اتفاقية وارسو شروطاً معينة فى النقل ليخضع لأحكامها. فإن تخلفت كل أو بعض هذه الشروط خرج النقل من نطاق تطبيقها ولحقته إما قواعد القانون الداخلى، وإما قواعد القانون الوطنى الذى تشير إليه قاعدة الإسناد فى قانون القاضى المعروض عليه النزاع. ومع ذلك، قد يستجمع النقل الشروط المقررة فى الاتفاقية لكنه، لاعتبارات معينة قدرها واضعو الاتفاقية، لا يخضع لأحكامها.

ولما كانت اتفاقية وارسو قد عدلت أكثر من مرة بمجموعة من البروتوكولات، أصبح بعضها سارى المفعول، ولم ينفذ بعضها الآخر على المستوى الدولى لعدم تصديق العدد اللازم من الدول عليها، ثم حلت محلها اتفاقية أخرى أصبحت سارية المفعول على المستوى الدولى وهى اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩، اقتضى المنطق التطرق لبيان شروط تطبيق البروتوكولات وهذه الاتفاقية على النقل الجوى المطلوب تنظيمه بقواعدها، والتصدى لمشكلة التنازع التى قد تنشور بين البروتوكولات المشار إليها والاتفاقية الجديدة لعام ١٩٩٩ وبين الاتفاقية الأصلية.

وعقد النقل الجوى لا يختلف عن العقود الأخرى إلا من حيث الوسيلة التى يتم بها تنفيذه، فقد حددت ٢٧٢ من قانون التجارة الإماراتى رقم (١٨) لسنة ١٩٨٣ المقصود بالنقل بشكل عام بقولها: عقد النقل عقد يلتزم الناقل بمقتضاه مقابل اجر بأن يقوم بوسائطه الخاصة بنقل شخص أو شيء من مكان إلى آخر.

أما المادة (١٦١) فى قانون التجارة الكويتى رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ فقد حددت المقصود بعقد النقل بقولها انه:

١- عقد النقل اتفاق يلتزم بموجبه الناقل بأن يقوم بنقل شيء أو شخص إلى جهة معينة مقابل اجر معين.

---

د/ محمد فريد العرينى، القانون الجوى، النقل الجوى الدولى والداخلى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة (8) ٢٠١١، ص ٧٢، ٧٣، فقرة ١٦.

٢- ويتم عقد النقل بمجرد الاتفاق إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على تأخيره إلى وقت التسليم.

٣- ويجوز إثبات العقد بجميع الطرق.

ونلاحظ أن كلا القانونين يركز على انتقال شخص أو شيء من موضع إلى آخر، وهو الهيكل الذي يستند عليه العقد. وفي هذا الفصل سنبحث مفهوم عقد النقل الجوي الدولي للركاب، وكذلك بيان المقصود بالنقل الجوي و الالتزامات المترتبة على هذا العقد.

**لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:**

**المبحث الأول: مفهوم عقد النقل الجوي الدولي للركاب.**

**المبحث الثاني: تحديد المقصود بالنقل الجوي وبيان الالتزامات المترتبة على عقد النقل الجوي الدولي للركاب.**

## المبحث الأول

### مفهوم عقد النقل الجوي الدولي للركاب

إن بيان مفهوم عقد النقل الجوي الدولي للركاب يتطلب بيان تعريفه وخصائصه و وثائقه، ولذلك سنبحث هذا المبحث في ثلاثة مطالب تبعا:

## المطلب الأول

### تعريف عقد النقل الجوي الدولي

لقد تعددت وجهات النظر في تعريف عقد النقل الجوي الدولي، إلا أن جميع هذه التعريفات كانت تنتهي إلى إعطاء معنى واحد له، بمعنى أن اختلاف وجهات النظر كانت شكلية في اللفظ وليست موضوعية. وعليه فقد عرف جانب من الفقه القانوني عقد النقل الجوي بأنه: "الاتفاق الذي يبرم بين من يرغب بالسفر، أو مرسل البضاعة، وبين الناقل الجوي، حيث يتعهد هذا الأخير بمقتضاه بنقل المسافر و أمتعه او نقل البضاعة عبر الجو من مكان القيام إلى المكان المحدد بالعقد، وذلك مقابل أجر يدفعه الراغب بالسفر، أو مرسل البضاعة"<sup>(9)</sup>.

---

د/ رضوان أبو زيد، القانون الجوي، قانون الطيران المدني، دار الفكر العربي، لا يوجد مكان للنشر، الطبعة الرابعة، (9)

سنة ١٩٩٤، ص ٤٨.

وعرفه جانب آخر من الفقه القانوني بأنه "الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص يسمى الناقل في مواجهة شخص آخر يدعى المسافر أو الشاحن بنقله مع أمتعته، أو بنقل بضاعته من مكان إلى آخر خلال مدة معينة بوساطة الطائرة في مقابل أجر محدد"<sup>(١٠)</sup>.

وعرفه بعضهم الآخر بأنه: "عقد بمقتضاه يلزم شخص و يسمى الناقل الجوي بنقل شخص آخر يسمى المسافر أو بنقل بضاعة لشخص يعرف بالشاحن أو المرسل إلى مكان آخر جواً بواسطة طائرة مقابل التزام متلقي الخدمة بالوفاء بأجر محدد"<sup>(١١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### خصائص عقد النقل الجوي:

يتميز عقد النقل الجوي الدولي للركاب بأنه: عقد رضائي، كما أنه عقد من عقود الإذعان، و هو عقد تجاري. وسنبحث هذه الخصائص في ثلاثة فروع.

#### الفرع الأول

#### عقد النقل الجوي عقد رضائي

يعد عقد النقل الجوي من العقود الرضائية التي تتم بمجرد تلاقي القبول و الإيجاب، شرط أن يكون الرضا صادراً عن إرادة حرة واعية خالية من العيوب التي تشوبها، ولا يشترط في عقد النقل سوى أن يرد محله على نقل الأشخاص أو البضائع<sup>(١٢)</sup>، و قد نصت المادة (١٦١) من قانون التجارة الكويتي على الرضائية صراحة، وذلك بنصها على أنه: "يتم عقد النقل.... بمجرد الاتفاق". وكذلك نصت المادة (٢٧٥) فقرة (١) من قانون التجارة الإماراتي على أنه: يتم عقد النقل وعقد الوكالة بالعمولة للنقل بمجرد اقتتران الإيجاب بالقبول إلا إذا اتفق الطرفان على تأخيرها إلى وقت التسليم ويجوز إثبات العقد بكل طرق الإثبات. ومن هذين النصين يتضح أن كلا القانونين يعدان عقد النقل ينعقد بمجرد تلاقي القبول و الإيجاب معاً.

ولا يشترط في العقد شكل معين، لأنه ليس من العقود الشكلية التي تتعقد إلا بالكتابة، وبالتالي فإن دور الوثائق التي يحررها الناقل الجوي - سواء أكانت الوثيقة تذكرة سفر أم استمارة للأمتعة أم خطاباً للنقل - تنحصر فقط في إثبات وجود العقد و مضمونه وقد نصت اتفاقيه وارسو على هذه في المواد التالية: ٢/٣، ٢/٤، ٢/٥، ١/١١، حيث تعد تذكرة السفر أو استمارة الأمتعة أو خطاب النقل حجة على إبرام العقد، و على شروطه حتى يقوم دليل عكس ذلك، وبالتالي يترتب على عدم وجود هذا المستند، أو ضياعه، أو عدم صحته، أو عدم التأثير على انعقاد العقد و خضوعه لأحكام الاتفاقية. وقد قضت

محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص ٧.. (10)

د/ هانى محمد دويدار، قانون الطيران، دار الجامعية للنشر، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٠، ص ١٥٦، هامش ١. (11)

محكمة النقض المصرية، نقض مدنى ١٩ يونيو ١٩٦٩، س ٢٠، ١٤، ص ١٠٧. (12)

محكمة النقض المصرية بأن عدم وجود تذكرة السفر، أو عدم انتظامها، أو ضياعها لا يؤثر على قيام العقد أو صحته، وبالتالي يخضع لأحكام اتفاقية وارسو<sup>(١٣)</sup>.

وليس هناك ما يمنع من اشتراط ألا ينعقد العقد، إلا إذا سلم الناقل التذكرة للمسافر، أو سلم المرسل البضاعة للناقل الجوي، وبهذا يفقد عقد النقل الجوي الطابع الرضائي له، و ليس هناك ما يمنع أن يكون للعقد شكل معين متفق عليه من قبل الطرفين.

وبما أن عقد النقل ينعقد بمجرد تلاقي قبول المسافر أو المرسل مع إيجاب الناقل الجوي، و بمعنى معاكس: يكون للمسافر أو المرسل الحق في رفض تكوين العقد إذا كان إيجاب الناقل الجوي لا يتماشى مع مصلحته. ولا يقدح في كونه من العقود الرضائية التزام الشاحن بتسليم البضاعة أو الأمتعة المراد نقلها إلى الناقل أو أحد تابعيه، أو التزام المسافر بأن يضع نفسه تحت تصرفه، فهو ليس من العقود العينية، إذ إن تسليم البضاعة أو الأمتعة ليس شرطاً لانعقاد العقد، وإنما لتمكين الناقل من البدء في تنفيذ أحد الالتزامات التي يلقيها عقد النقل على كاهله، و هو الالتزام بنقل البضاعة من مكان إلى آخر، ولا يتصور تنفيذ مثل هذا الالتزام إلا إذا كان الناقل في وضع يتمكن معه من حيازة البضاعة مادياً و حراستها تمهيداً لنقلها<sup>(١٤)</sup>،

والأصل في عقود النقل أن الناقل يعتبر في حالة إيجاب عام بحيث لا ينعقد العقد إلا إذا جاء قبول المسافر أو شاحن البضاعة مطابقاً مع هذا الإيجاب وشروطه. فإن تحقق هذا التطابق، فلا يجوز للناقل، بحسب الأصل، أن يرفض إبرام عقد النقل وإلا عد متعسفاً ومخلاً بمبدأ المساواة بين الأفراد أمام المرفق العام.

ولا شك في اتفاق هذا الحل مع المصلحة العامة، إذ لا ينبغي - أيّاً كان الأمر - أن تترك للناقل حرية رفض طلب الشاحن أو المسافر طالما أنه قد أبدى استعداداً لدفع الأجرة وتنفيذ سائر شروط النقل. ولكننا مع ذلك، نتردد في اعتبار أن هناك إيجاباً عاماً مستمراً من جانب الناقل: إذ الأمر لا يخرج عن أن يكون من جانبه دعوة علنية إلى التعاقد، ولا يتحدد الإيجاب بسائر شروطه وتفصيله إلا عندما تتحدد رغبة المتعاقد الآخر في عقد بعينه. وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ من تقنين التجارة الجديد عندما نصت على أن تسلم الناقل الشيء محل النقل بعد قبولاً منه للإيجاب الصادر من المرسل<sup>(١٥)</sup>.

وأقرب إلى الحقيقة في نظرنا، أن نرى على عاتق الناقل التزاماً قانونياً بالتعاقد مع من يتقدم إليه من طلاب عقد النقل. هذا الالتزام القانوني قد يكون مصدره الامتياز الممنوح من جهات الإدارة التي لها

(١٣) طعن رقم ٧٤٩ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٢٠/٣/١٩٨٥.

انظر رودبير (١٩٧٧)، قانون النقل البري والبحري، ص ٣٢٣. (14)

انظر في ذلك، نص المادة ٢١٠ من التقنين التجاري الجديد المصري. (15)

حق الرقابة والإشراف. وقد يكون مصدرها الاحتكار الفعلى الذى يتمتع به الناقل. وقد انحاز المشرع فى قانون التجارة الجديد، إلى هذا الرأى فى حالة الناقل المحتكر عندما نص فى المادة ٢١٢ منه على أنه " إذا كان الناقل محتكراً نوعاً من النقل أو استثمار خطوط نقل معينة، التزم بقبول كل ما يقدم إليه من طلبات النقل إلا إذا كان الطلب مخالفاً للشروط المقررة أو تعذر على الناقل تنفيذه لأسباب لا شأن له ولا لتابعيه فى إحداثها<sup>(١٦)</sup>.

وأياً كان الأمر، فقد أجازت اتفاقية وارسو، اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩، وشرط الإيانات، للنقل أن يرفض التعاقد. فالمادة ٣٣ من الاتفاقية وكذلك المادة ٢٧ من اتفاقية مونتريال، تنص على أنه " ليس فى أحكام هذه الاتفاقية ما يمنع الناقل من رفض إبرام عقد النقل أو من وضع قواعد لا تتعارض مع نصوص هذه الاتفاقية". كما تنص المادة السادسة من الشروط العامة للإيانات على أن "لناقلين الاحتفاظ بالحق فى رفض إبرام عقد النقل دون إبداء أسباب". ولكن ما هو المغزى الحقيقى لهذين النصين؟ يرى أحد الفقهاء عدم الالتفات كلية إلى نص المادة السادسة من الشروط العامة للإيانات لأنه، على حد تعبيره، "نص ساذج ليس له أى معنى أو نطاق قانونى". أما المادة ٣٣ من الاتفاقية فدورها يقتصر، فى اعتقاده على نفي الصفة الملزمة من الإيجاب المقدم من الناقل لجمهور المستفيدين من خدمة النقل<sup>(١٧)</sup>.

ويرى فقيه آخر ونحن نشاطره الرأى، أن النصين السالفين يغيران من وضع الناقل الجوى بحيث يعتبر فى حالة دعوة عامة للتعاقد، وليس فى حالة إيجاب عام موجه إلى أشخاص غير معينين. فإن تقدم المسافر أو الشاحن طالباً للتعاقد، فإنه يكون فى حالة إيجاب موجه إلى الناقل لا ينعقد به العقد إلا إذا قبله هذا الأخير<sup>(١٨)</sup>.

### الفرع الثانى

#### طابع الإذعان فى عقد النقل

الإذعان مفاده الرضوخ لشروط العقد المحددة سلفاً دون أن يكون الطرف المذعن دور فيها فهو لا يناقش شروط العقد و يعتبر عقد النقل الجوى من عقود الإذعان إذ إن شركات الطيران تعرض شروطها المطبوعة على الكافة ولا تقبل مناقشة فيها، و لذلك يكون القبول فى هذه الحالة إذعاناً.

انظر ، د/ على البارودى، د/ محمد فريد العرينى، القانون التجارى، الجزء الثانى، العقود التجارية- عمليات البنوك (16) وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٦٨، ١٦٩ فقرة ١٣١.

رودبير، قانون النقل، النقل البرى والجوى، ١٩٧٧، ص ٣٢٧، فقرة ٢٧٧. (17)

د/ محمد فريد العرينى، المرجع السابق، ص ١٣٣. (18)

ويعدّ عقد النقل الجوي شأنه في ذلك شأن عقود النقل الأخرى من عقود الإذعان<sup>(١٩)</sup>. ذلك أن شركات النقل الجوي، على حد تعبير محكمة استئناف القاهرة تعرض شروطها المطبوعة على الكافة و هي شروط واحدة ولا تقبل المناقشة فيها.

فلا يسع الراكب إلا أن يقبل... تلك الشروط... حتى لا يحرم نفسه من استعمال مرفق من المرافق العامة، ولا بد له من التنقل و السفر، ولذلك يكون القبول في هذه الحالة إذعاناً<sup>(٢٠)</sup>.

واعتبار عقد النقل من عقود الإذعان لا يجرده مع ذلك من طبيعته الرضائية، صحيح من الممكن القول إن الإذعان لا يفيد الرضا، لأن الرضا بالعقد يعني مناقشة شروطه مناقشة يترجم نتائجها ما توصل إليه الأطراف من اتفاق، أما الإذعان فمفاده الرضوخ لشروط العقد المحددة دون أن يكون للإرادة من دور غير الاحتجاج على قسوة ما خضعت له من قانون سلفاً. ففي هذا العقد يوجد عيب دائم من عيوب الرضا تفضحه طبيعة العقد نفسه، بل إن مثل هذا التصرف القانوني ليس من العقد في شيء ولا يعدو أن يكون في حقيقة الأمر تجسيداً لسلطة خاصة تفرض على إرادة الطرف المذعن التسليم بها، فإذا ما أفصح ذلك الطرف عن إرادته بقبوله للعقد فإنه يكون مكرهاً على ذلك الإذعان.

فعدم المساواة، كما يقول العلامة جورج ريبير أمر حتمي، ومن الإنصاف أن تجد المزايا التي يحصل عليها أحد المتعاقدين مصدرها فيمت يظهره من صفات أثناء معاملاته القانونية<sup>(٢١)</sup>. فعدم المساواة هذه ليست بذاتها هي التي تجعل العقد مشكوكاً فيه، ولكنه الإجحاف المحتمل الذي قد ينشأ عنها، ذلك الإجحاف الذي ينبغي على المشرع الحيلولة دون حدوثه عن طريق تقييد الحرية التعاقدية إذا كان من شأنها أن تؤدي إلى استغلال الأقوياء للضعفاء.

ولقد قيّد المشرع هذه الحرية بالفعل، بغية الحيلولة دون تعسف الناقلين بالمستفيدين من خدمة النقل، عندما نص في المادة (٢٣) من اتفاقية وارسو على بطلان شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية أو النزول بالتعويض عن الحد المقرر فيها و اعتبرها كأن لم تكن.

وكذلك عندما ألزم الناقل بتزويد المسافر بذاكرة سفر مشتملة على بيانات تنبيهه إلى خضوع رحلته لاتفاقية وارسو التي تضع حداً أقصى للتعويض المستحق، حتى يتخذ المسافر الاحتياطات اللازمة إما بالعدول عن السفر و إما بإبرام تأمين على الحياة.

انظر رودبير، المرجع السابق، ص ٣٢٧. (19)

استئناف القاهرة، ٢١ مايو ١٩٥٧، مجلة قضايا الحكومة، عدد ٤، ص ١٩٦. (20)

د/ محمود أحمد الكندري، النظام القانوني للنقل الجوي الدولي وفقاً لاتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩، الكويت، دون دار (21) نشر، سنة ٢٠٠٠، ص ١٤٥.

كما أن القضاء يعمل جاهداً على الحد من الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد النقل، وذلك إما بإبطالها، وإما بتفسير العبارات الغامضة تفسيراً لا يضر بمصلحة الطرف المدّعن، على خلاف الأصل العام في العقود الذي يقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدّين، أي الناقل في عقد النقل<sup>(٢٢)</sup>.

### الصفة التجارية لعقد النقل الجوي

النقل الجوي يعد عملاً تجارياً متى بوشر على وجه المقابلة. إذ إن النقل الجوي لا يختلف عن غيره من أنواع النقل الأخرى إلا في وسيلة تنفيذه، ذلك أن القانون التجاري قد أضفى الصفة التجارية على كل مقابلة أو عمل متعلق بالنقل براً أو بحراً.

و يعد النقل تجارياً دائماً بالنسبة للناقل متى زواله على سبيل الاحتراف، أما بالنسبة لشاحن البضاعة أو المسافر فلا يكون العمل تجارياً إلا إذا كان تاجراً و كان النقل بمناسبة تجارته. وتتص المادة الخامسة من القانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ على أنه: " تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأمر الآتية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته:

- ١- معاملات البنوك
- ٢- الحساب الجاري
- ٣- الصرف و المبادلات المالية.
- ٤- الوكالة التجارية و السمسرة.
- ٥- الكمبيالات و السندات لأمر، و الشيكات.
- ٦- تأسيس الشركات و بيع أو شراء أسهها و سنداتها.
- ٧- المخازن العممة و الرهون المترتبة علو الأموال المودعة بها.
- ٨- استخراج المعادن و الزيوت و قطع الأحجار و غيرها من موارد الثروة الطبيعية.
- ٩- المحلات المعدة للجمهور، كالملاعب العامة و دور السينما و الفنادق و المطاعم و محلات البيع بالمزايدة.
- ١٠- توزيع الماء و الكهرباء و الغاز، وإجراء المخابرات البريدية و البرقية و الهاتفية.

---

تتص المادة ٢/١٥١ من القانون المدني المصري على انه لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود (22) الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدّعن.

وانظر أيضاً، نقض مصرى، ٣١ ديسمبر ١٩٧٠، س ٢١، ٢٤، ص ١٣٠٥.

وراجع أيضاً:

Trib. Roma, 11 Juill, 1978 (1988) 13 Air Law 20-4-5.

١١- النقل برّاً و بحراً و جواً.

١٢- .....

ولا خلاف على تجارية مشروع النقل أياً كانت وسيلته، أو مكان تنفيذه، أو ملحه، و على ذلك فالنقل الجوي يعد عملاً تجارياً متى اتخذ شكل المشروع، وهو يعد عملاً تجارياً بصرف النظر عن شخص القائم به، فرداً كان أم شركة أم شخصاً من أشخاص القانون العام.

وقد نصت المادة (٥) من قانون التجارة الإماراتى رقم (١٢) لسنة ١٩٨٣ على ما يلي:  
"تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية:

٦ - ويدخل في ذلك جميع الأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية والجوية:

أ- ( إنشاء السفن والطائرات أو بيعها أو شراؤها أو تأجيرها أو استئجارها أو إصلاحها أو صيانتها والال والجوئرساليات البحرية والجوية بما في ذلك النقل البحري.

ب- (بيع أو شراء مهمات أو أدوات أو مواد السفن أو الطائرات أو تموينها.

ج- (أعمال الشحن والتفريغ.

د- (والجوية القروض البحرية.

هـ (التجارية عقود استخدام الربانبة.

وكما حرص القضاء المصرى العادى والإدارى على تأكيد نفس المعنى فقضى بأن نقل الأشخاص أو البضائع بطريق السكك الحديدية أو السيارات العامة عمل تجارى بطبيعته طبقاً لنص المادة الثانية من التقنين التجارى"<sup>(٢٣)</sup>.

ويترتب على اعتبار النقل تجارياً ذات الآثار المترتبة على اعتبار العمل تجارياً من حيث الاختصاص القضائى، و ضمانات تنفيذ الالتزام و الإثبات.

### المطلب الثالث

#### وثائق عقد النقل الجوي الدولي للركاب

يلتزم الناقل بتسليم ذوى الشأن وثائق النقل التى نصت عليها كل من اتفاقية وارسو ومونتريال وخصتها بتنظيم متكامل، وهى تذكرة السفر واستمارة الأمتعة بالنسبة لنقل الركاب، وسنفرذ لكل من هذه المستندات فرعين مستقلين.

#### الفرع الأول

#### تذكرة السفر

نقض مدنى ، ٢٢ مارس ١٩٥٦، محاماة ، س ٣٧، عدد ٢٤ رقم ٢٣ ص ٤٤٧، نقض مدنى، ٢٩ يونيو ١٩٦٧، (23) س ١٨، ٣٤، ص ١٤٠٣، محكمة الاستئناف الأخرية، ٢ أغسطس ١٩٢٣، محاماه ، س ٢٤ عدد ٢ رقم ٩٧.



## Billet de Passage

وسوف نتناول في هذا الفرع البيانات الإلزامية والجزاء على تخلفها في كل من اتفاقية وارسو، واتفاقية مونتريال، وبروتوكول لاهاى وبروتوكول جواتيمالا سيتي، بالإضافة إلى شكل تذكرة السفر.

### (١) البيانات الإلزامية في اتفاقية وارسو والجزاء على تخلفها:

تلزم اتفاقية وارسو الناقل الجوي باستخراج تذكرة سفر للراكب وتسليمها إليه، وبفي الناقل بهذا الالتزام، ومن ثم فلا مسئولية عليه تجاه المسافر، لو قام بتسليم التذكرة لممثل هذا الأخير أو لمن ابتاعها لحسابه، أو بتسليمها لممثل المجموعة التي تنتوي السفر وذلك في الرحلات الجماعية<sup>(٢٤)</sup>.

ويجب، وفقاً لنص المادة الثالثة فقرة أولى من الاتفاقية، أن تشمل تذكرة السفر على البيانات

الآتية:

أ) مكان وتاريخ إصدارها. والحكمة من هذا البيان واضحة، وهي تحديد مكان المنشأة التي تولت عن الناقل إبرام العقد وإصدار التذكرة. وهذا التحديد يفيد في تعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع طبقاً للمادة ٢٨ من الاتفاقية.

ب) نقطتا القيام أو الوصول. وفائدة هذا البيان لا تخفى، إذ من شأنه توضيح ما إذا كان النقل داخلياً أو دولياً، وما إذا كانت اتفاقية وارسو هي المطبقة، أم القانون الداخلي، أم القانون الوطني التي تشير إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضى المختص بنظر النزاع.

ج) المحطات المنصوص عليها مع الاحتفاظ للناقل بحقه في النص على مكان تعديلها عند الضرورة وذلك دون أن يؤدي هذا التعديل إلى زوال الصفة الدولية للنقل. وهذا البيان يبرز نقاط الرسو الجوي المتفق عليها بين أطراف عقد النقل بحيث لو تم تعديلها من قبل الناقل، أو لم تهبط فيها الطائرة لسبب أو لآخر فلا يؤثر ذلك على الصفة الدولية للنقل. لأن العبرة في تحديد هذه الصفة، وعلى ماسلف من البيان، بما تم الاتفاق عليه وليس بما تم تنفيذه بالفعل. كما أن هذا البيان، متى أدرج في تذكرة السفر، يمنع من مساءلة النقال في مواجهة المسافر إن هو قام بتغيير خط سير الطائرة، إذ يفترض علم المسافر بهذا البيان ويسلطات الناقل بشأنه.

د) أسم وعنوان الناقل أو الناقلين. ويفيد هذا البيان في تعيين الشخص المسئول الذى يقاضيه المضرور.

هـ) النص على أن النقل يخضع لنظام المسئولية المقرر في هذه الاتفاقية. ولهذا البيان أهمية قصوى لأنه ينبه الراكب إلى خضوع النقل، الذى يزعم القيام به، لأحكام الاتفاقية التي تحدد التعويض، فى حالة استحقاقه، بحد أقصى لا يجوز تخطيه، فيتخذ الراكب على ضوءه ما يراه مناسباً لحماية

(24) N.Y. sup. Ct. 1947, 190 misc. 974, N.Y. sup. ct. opp. 1979, 1 avi. 14.911, (1949)

U.S. Av. E. 168.

سلامته ومصالحه إما بالعدول عن السفر وإما بإبرام تأمين يضمن له ما يقصر الحد الأقصى من تعويضه.

وتقرر الاتفاقية جزاءً رادعاً في حالة عدم وفاء الناقل بالتزامه بإصدار تذكرة سفر وتسليمها لصاحب الشأن، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة على أنه ليس " للناقل أن يتمسك بأحكام هذه الاتفاقية التي تعفيه من المسؤولية أو تحد منها إذا قبل ركباً لم تسلم إليه تذكر سفر".

## (٢) البيانات الإلزامية في بروتوكول لاهاي وجزء تخلفها:

لقد عدل بروتوكول لاهاي البيانات الواجب ذكرها في تذكرة السفر وحصرها في ثلاثة فقط ، هي:

( أ ) ذكر نقطتي القيام والوصول.

( ب ) إذا وقعت نقطتي القيام والوصول في إقليم نفس الدولة المتعاقدة وكان هناك محطة رسو جوى أو أكثر في إقليم دولة أخرى، وجب احدى هذه المحطات.

والغرض من هذين البيانيين هو لفت نظر الراكب إلى الصفة الدولية للنقل الجوى وما يترتب على ذلك من تطبيق أحكام الاتفاقية المعدلة بالبروتوكول عليه.

( ج ) في حالة قيام المسافرين برحلة تقع فيها نقطة الوصول أو أحد محطات الرسو الجوى في دولة أخرى غير دولة القيام، التنبيه بأنه النقل قد تنظمه اتفاقية وارسو التي تضع حداً أقصى للتعويض المستحق في حالة الوفاة أو الإصابة بأذى بدنى. وحكمة هذا البيان هي حث الراكب، إذا ما قدر أن مبلغ التعويض المستحق لا يتناسب مع الضرر الذى قد يصبه ، على اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة ذلك إما بالعدول عن السفر جواً وإما بعقد تأمين على حياته<sup>(٢٥)</sup>.

كما عدل البروتوكول، أيضاً، الجزاء الذى قرره اتفاقية وارسو، فنص على حرمان الناقل من التمسك بالحد الأقصى للتعويض إذا رفض نقل الركاب دون تزويده بتذكرة السفر أو إذا لم تشتمل هذه التذكرة ، فى حالة إصدارها، على البيان الثالث الخاص بلفت نظر المسافر إلى أن النقل قد يخضع لأحكام الاتفاقية<sup>(٢٦)</sup>.

والحكمة من اشتراط قبول الناقل نقل المسافر دون تذكرة، لتوقيع الجزاء المشار إليه، هي عدم إعمال ذلك الجزاء فى حالة المسافر خلسة، أى بدون رضا الناقل، إذ لا يجوز للشخص أن يفيد من فعله غير المشروع<sup>(٢٧)</sup>.

## (٣) البيانات الإلزامية فى بروتوكول جواتيمالا سیتی:

(25) المادة رقم ٣ فقرة ١ من البروتوكول.

(26) المادة رقم ٣ فقرة ٢ من البروتوكول.

(27) انظر فى ذلك، دى چوجلار، الجزء الأول، ١٩٨، فقرة ٢٥٥٩، ص ١٠٣٩.

نص البروتوكول، الذي لم ينفذ بعد على المستوى الدولي، على أنه في نقل الركاب يجب تسليم مستند نقل فردي أو جماعي متضمناً:

أ) بيان نقطتي القيام والوصول.

ب) وإذا وقعت نقطتا القيام والوصول في إقليم طرف سام متعاقد واحد وكان منصوصاً على وجود محطة توقف أو أكثر في إقليم دولة أخرى، فبيان أحد تلك المحطات.

ولقد ألغى البروتوكول الجزاء على عدم إصدار تذكرة سفر على الإطلاق أو عدم اشتغالها على أى من البيانات الإلزامية المتطلبية<sup>(٢٨)</sup>. وهذا أمر منطقي لأن المسؤولية فيه عن نقل الركاب ومسئولية موضوعية، ولأن التعويض الذي قرره لا يمكن تجاوزه.

(٤) البيانات الإلزامية في اتفاقية مونتريال ١٩٩٩:

ولم تخرج البيانات التي تطلبها الاتفاقية الجديدة لعام ١٩٩٩ عن تلك التي قررها بروتوكول جواتيمالا، حيث نصت المادة ١/٣ منها على أنه " في حالة نقل الركاب ، يتعين تسليم مستند نقل فردي أو جماعي يتضـاعى من مـايلى: (أ) بيان نقطتى المغادرة والمقصد النهائى. ب) بيان نقطة واحدة على الأقل من نقاط التوقف إذا كانت نقطتا المغارة والمقصد النهائى واقعتين فى إقليم دولة طرف واحدة وذلك إذا كانت هناك نقطة توقف أو نقاط توقف متفق عليها واقعة فى إقليم دولة أخرى، كما ألغت الاتفاقية بدورها الجزاء المترتب على تخلف وبنقة السفر (مادة ٥/٣).

(٥) شكل تذكرة السفر:

لم تفرض اتفاقية وارسو، أو بروتوكولاتها المعدلة، وكذلك اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩، نموذجاً معيناً لتذكرة السفر يتبعه عند إصدارها. ومن ثم ، إذا سلم الناقل ورقة عادية إلى الراكب مشتملة على البيانات التي تنبئه إلى الصفة الدولية للنقل وخضوعه للمسئولية المحددة التي قررتها الاتفاقية فإنه يكون قد أوفى بالتزامه بإصدار تذكرة السفر. وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا فى ألمانيا الاتحادية التي تطلبها الاتفاقية يعتبر بمثابة تذكرة سفر صحيحة بالنسبة للمسافرين الواردة أسماؤهم به<sup>(٢٩)</sup>.

أما إذا لم يتضمن الخطاب البيانات المشار إليها فلا تكون بصدد تذكرة سفر على الإطلاق. وعليه، قضى بأن بطاقة الصعود إلى الطائرة لا تعتبر من قبيل تذكرة السفر لعدم اشتغالها على البيانات المتطلبية<sup>(٣٠)</sup>. بل هي مجرد إجراء إدارى الغرض منه تنظيم وتسهيل خدمة النقل<sup>(٣١)</sup>، وقضى، أيضاً، بعدم

(28) راجع فى ذلك المادة رقم "٢" فقرة "١" أمن البروتوكول.

(29) Cour Sup. D'Allemagne, 2 Avr. 1974, B.G.H.Z. Vol 52, P. 194.

أشارت إليه: د/ رفعت فخرى، الوجيز ... مقدمات - أغراض الملاحة .. ص ٨٨ هامش ١.

(30) Dist C.T. E.D. Pennsylvania 1997, 1977, 14 Avi. 18. 212.

اعتبار بطاقة العضوية فى أندية الطيران من قبيل تذكرة السفر لتخلف البيانات الإلزامية التى تطلبها الاتفاقية<sup>(٣٢)</sup>.

ونظراً لأن شركات الطيران تستخدم الآن العقول الإلكترونية ونظم المعلومات، لتسهيل تعاملاتها مع جمهور المستفيدين فى أندية الطيران من قبيل تذكرة السفر لتخلف البيانات الإلزامية التى تطلبها الاتفاقية<sup>(٣٣)</sup>. ونظراً لأن شركات الطيران تستخدم العقول الإلكترونية ونظم المعلومات لتسهيل تعاملات مع جمهور المستفيدين من خدمة النقل التى تقدمها، فقد أجاز بروتوكول جواتيمالا للنقل أن يستخدم أى وسيلة تتولى تسجيل البيانات التى يجب أن يشتمل عليها مستند النقل لتحل محل تسليم تذكرة السفر سواء كانت فردية أم جماعية. ولقد أخذت الاتفاقية الجديدة بهذا الحكم مادة (٢/٣).

### (٥) لغة التذكرة

ويثور التساؤل عما إذا كان الناقل الجوى يلتزم بتحرير تذكرة السفر بلغة الراكب أو على الأقل بلغة يفهمها، وبكتابتها بحروف ذات خصائص معينة من عدمه.

ونظراً لعدم تصور واضعى الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات المعدلة لها لهذه المشكلة، فلقد جاءت جميعها ، خلواً من أى إشارة إليها. ومن ثم يتعين الرجوع إلى القوانين الوطنية لتلمس الحلول التى ينبغى تطبيقها. وفى فرنسا أصدر المشرع قانون ٣١ ديسمبر لعام ١٩٧٥ الذى يحتم استعمال اللغة الفرنسية فى تحرير العقود المبرمة فى فرنسا والتى يكون محلها تقديم خدمة، ولما كان النقل يعتبر من قبيل الخدمات، فقد قضت محكمة باريس، بحكمها الصادر فى الثامن من فبراير عام ١٩٧٨، بضرورة تحرير تذكرة السفر المسلمة إلى راكب فرنسى، والصادرة من شركة طيران أجنبية فى باريس باللغة الفرنسية حتى يتسنى له أن يقف على النظام القانونى الذى سيحكم العلاقة بينه وبين الناقل، ويتخذ، ما يترأى له ذلك، الاحتياطات اللازمة فى هذا الشأن<sup>(٣٤)</sup>، وكان الدافعة وراء إصدار هذا الحكم هو حماية جمهور المستفيدين وإتاحة الفرصة لهم لاتخاذ الإجراءات الكفيلة بحماية مصالحهم. ولم يسلك القضاء الألمانى أو اليونانى<sup>(٣٥)</sup>، مسلك القضاء الفرنسى، وذهب إلى أنه لا أهمية للغة التى تحرر بها بيانات تذكرة السفر

(31) Paris, 13 Nov. 1963, Bull, Transp. 1963, 830.

(32) Rouen, 10 Juin 1970, R.F.D.A. 1971, 81

(33) انظر نص المادة رقم ٢ فقرى ٢ من البروتوكول.

(34) Londgericht Kôin, 30 Nov 1961, II Dirittom 1966, 78.

(35) X and Y vs. Olympic Air ways, HIGH Court, of Greece 1979 1 Air Law 259 Citée par Diederiks-Verschoor, An introduction to Air Law. P. 50, Note 20; Dist CT. S.D.N.Y. 29 march 1982 17. Avi. 17. 569.

أن الأمر كذلك فلا أهمية للغة التذكرة وإلا حيث ترى المحكمة أنه لا يوجد نص يحتم كتابة التذكرة بلغة معينة. وطالما تعين على شركة الطيران كتابة التذكرة بجميع لغات العالم، وهذه هى الاستحالة بعينها. انظر كذلك لنفس المحكمة: 16 Avi. 18. 367 حكم صادر فى ١٩/١/١٩٨٢ منشور فى

حتى ولو كان المسافر يجهلها. ولا يعنى هذا الموقف من قبل المحاكم الألمانية واليونانية أنها تفسر اتفاقية وارسو على نحو مخالف لتفسير القضاء الفرنسى لها، كل ما يعنيه هو عدم وجود قانون متشابه لقانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ فى كل من الدولتين.

ولعل القضاء الفرنسى يكون مصدر إلهام للقضاء المصرى وبالتبعية القضاء الكويتى والإماراتى وهو بصدد حمايته للإنسان أثناء استخدامه للطائرة وسيلة للتنقل والسفر، خاصة وأن دستور عام ١٩٧١ ينص على اللغة العربية هى لغة الدولة الرسمية، وهذا هو الاتجاه الذى سار عليه كل من المشرع الإماراتى والكويتى.

أما فيما يتعلق بكتابة بيانات تذكرة السفر بحروف ذات خصائص معينة، فلم تتعرض الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات المعدلة لها أو القوانين الوطنية لهذا الأمر. لكن المنطق يقتضى أن تكون هذه الحروف مقروءة حتى تؤدى التذكرة وظيفتها فى تبصير المسافرين بالصفة الدولية للنقل وبشروط العقد وخضوعه لأحكام هذه الاتفاقيات التى تضع حداً أقصى للتعويض المستحق حتى يكونوا على بينة من أمرهم قبل القيام بالرحلة.

ولقد ألزم اتفاق مونتريال لعام ١٩٦٦، المعقود بين شركات الطيران الأعضاء فى الاتحاد الدولى للنقل الجوى بين هيئة الطيران المدنى الأمريكية، الشركات الأطراف فيه كتابة البيان، الذى ينبه الراكب إلى التعويض المحدد، بحروف كبيرة " بنط ١٠" وبمداد ذى لون مختلف عن لون الورقة الذى يحتويه وذلك على: ١- تذكرة السفر، ٢- على ورقة توضع داخل حافظة التذكرة، ٣- وعلى الغلاف الخارجى لهذه الحافظة.

ولقد سارت الاتفاقية الجديدة لعام ١٩٩٩ فى نفس الاتجاه ، فنص فى الفقرة الرابعة من مادتها الثالثة بأن "يعطى الراكب إشعاراً كتابياً يفيد بأنه فى الحالات التى تنطبق عليها هذه الاتفاقية فإنها تحكم وقد تحد من مسئولية الناقلين عن الوفاة أو الإصابة ...".

ومما تجدر ملاحظته، أخيراً، أن ذكر اسم الراكب لم يرد فى البيانات الإلزامية لتذكرة السفر التى تطلبتها كل من اتفاقية وارسو والبروتوكولات المعدلة لها واتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ مما يجعل على الاعتقاد بعدم وجود ما يمنع من إصدار تذكرة سفر قابلة للتداول. لكن سرعات ما يزول هذا الاعتقاد إذا ما عرفنا أن الشروط العامة للاتحاد الدولى للنقل الجوى (الإياتا) تحظر إصدار تذكرة قابلة للتحويل وتشتترط أن تكون أسمية ولا شك لدينا فى صحة هذا الشرط، لأنه لا يخالف أى نص فى الاتفاقية أو القوانين الوطنية باعتبار أن كلا منها قد أغفل معالجة هذا الأمر

## الفرع الثانى

### إستمارة نقل الأمتعة

## Bulletin de Bagages

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أن المسافر له أمتعة ولييان ذلك، سوف نقوم بعرض، التفرقة بين الأمتعة المسجلة وغير المسجلة، وبيان استمارة الأمتعة فى اتفاقية وارسو وبروتوكول لاهاي وجواثيمالاستى. وأخيراً اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩، وكل ذلك فى النقاط التالية:

### (١) التفرقة بين الأمتعة المسجلة وغير المسجلة:

الأمتعة على نوعين: أمتعة تكون بصحة الراكب ويحتفظ بحراستها وحيازتها، ويطلق عليها أسم "حقائب اليد" وأمتعة بصحبة الراكب ولكنه يتخلص من حراستها بتسليمها إلى الناقل ويطلق عليها اسم "الأمتعة المسجلة"، وإذا لم تكن هذه الأخيرة بصحبة الراكب وتم شحنها فإنها تعتبر من البضاعة، وليس من الأمتعة المسجلة وتخضع بالتالى للقواعد الخاصة بنقل البضاعة وهذا ليس موضوع بحثنا. ولقد اهتمت الاتفاقية والبروتوكولات المعدلة لها، وكذلك اتفاقية مونتريال، بالأمتعة المسجلة فقط وهى بصدد تنظيم وثائق النقل، وأوجب على الناقل إصدار استمارة أمتعة تحتوى على بيانات معينة.

### (٢) بيانات استمارة الأمتعة فى اتفاقية وارسو:

- ألزمت الاتفاقية الناقل بإصدار استمارة الأمتعة فى نسختين إحداها تسلم للراكب والأخرى يحتفظ بها الناقل<sup>(٣٦)</sup>، ونصت على البيانات الإلزامية التى يجب أن تشمل عليها الاستمارة المشار إليها وهى:
- أ ( مكان وتاريخ إصدارها: ويفيد هذا البيان فى تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، فى حالة قيامه، بالتطبيق لنص المادة ٢٨ من الاتفاقية.
- ب) نقطتا القيام والوصول: وحكمة هذا البيان واضحة إذ بواسطته يمكن معرفة ما إذا كان النقل دولياً من عدمه.
- ج) أسم وعنوان الناقل أو الناقلين، ويساعد هذا البيان على تحديد الشخص المسئول أمام الراكب.
- د) رقم تذكرة السفر: وفائدة هذا البيان لا تتكرر، إذ أن وجوده فى استمارة الأمتعة قرينة على أن هذه الأخيرة خاصة بحامل التذكرة.
- هـ) النص على أن يكون تسليم الأمتعة إلى حامل الاستمارة. وتظهر هذه الفائدة أن البيان عند عملية التسليم فى ميناء الوصول حيث لا يتم إلا إلى حامل تلك الاستمارة.
- و) عدد الطرود ووزنها: ووفقاً لهذا البيان يتم تقدير التعويض المستحق فى حالة هلاك أو ضياع أو تلف الأمتعة، إذ التعويض يحسب على أساس الوزن بالكيلو جرام.
- ز) مقدار القيمة المبينة فى الإقرار والتطبيق لأحكام الفقرة الثانية فى المادة ٢٢، الخاصة بمقدار التعويض المستحق وحده الأقصى ويفيد هذا البيان فى كون القيمة المبينة فيه تعتبر تعويضاً اتفاقياً يستبدل بالتعويض القانونى الذى حددته الاتفاقية.

أنظر نص المادة رقم ٤ / ١، ٢ من الاتفاقية. (36)

(د) النص على أن النقل يخضع لنظام المسؤولية المقرر في هذه الاتفاقية. والغرض من هذا البيان هو تنبيه صاحب الشأن إلى أنه لن يتصل، في حالة مسؤولية الناقل عن هلاك الأمتعة المسجلة أو تسلمها أو فبتدبير أمر ويتخذ ما يراه كفيلاً بحماية حقوقه إما بعمل إعلان بقيمة الأمتعة وإما بإبرام تأمين على هذه الأمتعة بقيمتها الحقيقية<sup>(٣٧)</sup>.

ورببت هذه الاتفاقية جزاءً رادعاً على قبول الناقل لأمتعة لم يسلم عنها استمارة، أو إذا كانت هذه الأخيرة، في حالة تسليمها، لا تتضمن البيانات المنصوص عليها في الحروف د، و، ح السابق ذكرها. ويتمثل هذا الجزاء في حرمان الناقل من التمسك بأحكام الاتفاقية التي تعفيه من المسؤولية أو تحد منها<sup>(٣٨)</sup>.

هذا وينبغي تسليم الإستمارة إلى الراكب نفسه. لكن لا يوجد ثم ما يمنع من تسليمها إلى ممثل عنه في حالة الرحلات الجماعية<sup>(٣٩)</sup>. ولا يشترط، أيضاً، أن تكون الاستمارة منفصلة عن تذكرة السفر، بل يمكن أن تكون مندمجة فيها. وعليه قضى بصحة تسليم استمارة الأمتعة من جانب الناقل إذا كانت هذه الاستمارة مندمجة في تذكرة راكب آخر مصاحب لصاحب الأمتعة<sup>(٤٠)</sup>.

### (٣) البيانات في بروتوكول لاهاي:

عُد البروتوكول في البيانات الواجب توافرها في استمارة الأمتعة، فنص على أنه " في نقل الأمتعة المسجلة إذا لم تكن هناك استمارة مقترنة بتذكرة سفر مطابقة لما جاء بالمادة الثالثة فقرة أولى من البروتوكول، أو لم ينص عليها في هذه التذكرة، يجب على الناقل تسليم استمارة تحتوى على البيانات التالية:

أ) نقطتا القيام والوصول.

ب) بيان أحد نقاط الرسو الجوى إذا وقعت نقطتا القيام والوصول في إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة ويكون هناك رسو جوى أو أكثر في إقليم دولة أخرى.

ج) إذا اشتمل النقل على نقطة وصول نهائية أو على رسو في غير بلد القيام، ذكر بيان ينبه إلى أن النقل قد يخضع لأحكام الاتفاقية التي تحدد مسؤولية الناقل في حالة ضياع الأمتعة أو تلفها<sup>(٤١)</sup>.

(37) المادة رقم ٣/٤ من الاتفاقية.

(38) المادة رقم ٤/٤ من الاتفاقية.

(39) حكم محكمة استئناف نيويورك في قضية روس ضد شركة طيران بان أمريكان سالف الذكر.

(40) رفعت فخرى الوجيز - مقدمات أغراض الملاحه. Trib. Frank Furtm 15 Nov 1974. أنظر في ذلك:

...، ص ٢٩١، هامش ٢.

(41) المادة رقم ١/٤ من البروتوكول.

وبهذا التعديل يكون البروتوكول قد خفف من الشكليات التي تطلبتها اتفاقية وارسو، وقصر البيانات على تلك التي تنبئ إلى الصفة الدولية للنقل وإمكانية خضوعه للاتفاقية التي تضع حداً أقصى للتعويض، واستبعدت البيانات الخاصة بالأمثلة ذاتها من حيث عددها ووزنها.

كما عدل البروتوكول من الجزاء على مخالفة أحكامه المتعلقة باستمارة الأمثلة، فحرم الناقل من التمسك بالأحكام التي تحد التعويض المستحق بحد أقصى إذا لم يتم بتسليم استمارة الأمثلة، أو إذا لم يضمنها التنبيه بإمكانية خضوع الناقل لأحكام الاتفاقية التي تحدد المسؤولية في حالة هلاك أو ضياع أو تلف الأمثلة المذكورة<sup>(٤٢)</sup>.

#### (٤) بيانات الاستمارة في بروتوكول جواتيمالا سيتي:

أبقى بروتوكول جواتيمالا سيتي، الذي لم يدخل بعد حيز النفاذ ولم تصدق بعض الدول العربية على البيانين الأول والثاني الذي أوجب بروتوكول لاهاي اشتمال الاستمارة عليهما، لكنه حذف البيان الثالث الخاص بالتنبيه بإمكانية خضوع الدول للاتفاقية<sup>(٤٣)</sup>.

لكنه أضاف حكماً جديداً، يتمشى مع استخدام شركات الطيران للعقود الإلكترونية ونظم المعلوماتية، مفاده جواز استخدام أى وسيلة أخرى، تحل محل تسليم استمارة الأمثلة، تتولى تسجيل البيانين الخاصين بنقطة القيام والوصول ونقطة الرسو الجوي في حالة وقوع نقطة الوصول في نفس دولة القيام الطرف السامي المتعاقد في البروتوكول.

وأخيراً ألغى البروتوكول الجزاء المترتب على تخلف استمارة نقل الأمثلة أو عدم انتظامها.

#### (٥) بيانات الاستمارة في اتفاقية مونتريال ١٩٩٩:

أما الاتفاقية الجديدة فقد اكتفت الفقرة الثالثة من مادتها الثالثة بالنص على أنه: " على الناقل أن يسلم الراكب بطاقة تعريف عن كل قطعة من الأمثلة المسجلة"، مع إعطائه إشعاراً كتابياً ينبئ إلى إمكان تطبيق الاتفاقية بما تتضمنه في الحد من مسؤولية الناقل عن تلف الأمثلة أو ضياعها أو تعييبها وكذلك عن التأخير في إيصالها (مادة ٤/٣). كما ألغت كذلك الجزاء المترتب على تخلف هذه البطاقة (مادة ٥/٣).

### المبحث الثاني

#### آثار عقد النقل الجوي الدولي للركاب

يولد عقد النقل الجوي الدولي للركاب بمجرد إبرامه التزامات متبادلة في ذمة كل من طرفيه: الناقل من جهة، و الراكب من جهة أخرى، ولكن قبل أن تبين الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، لا بد من بيان المقصود بالناقل الجوي.

(42) المادة رقم ٢/٤ من البروتوكول.

(43) المادة رقم ٣ فقرة ١، ٢، ٣ من بروتوكول جواتيمالا.



وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

**المطلب الأول:** تحديد المقصود بالناقل الجوي.

**المطلب الثاني:** الالتزامات المترتبة على عقد النقل الجوي الدولي للركاب.

**المطلب الأول**

تحديد المقصود بالناقل الجوي

عندما يبرم الناقل الجوي الدولي بنفسه عقد النقل الجوي للركاب، فإن ذلك لا يشير إلى صعوبة جهة تحديد الالتزامات المترتبة على عاتقه تجاه الراكب. لكن في الواقع العملي أن الأمور تسير ببساطة ووضوح لجهة تحديد هوية الناقل خاصة عندما يتم النقل بواسطة وكالات النقل، أو من قبل مستأجر الطائرة، أو في حالات تعدد الناقلين في النقل المتتابع. أولاً: وكلاء النقل: الناقل المتعاقد والناقل الفعلي:

إن وكلاء النقل في الحالة التي يتفقون فيها مع الراكب على نقله جواً، يلتزمون تجاهه مباشرة كمتعاقدين أصليين<sup>(٤٤)</sup>. لكن في الحقيقة ليسوا هم الذين سينفذون فعلاً عملية النقل الجوي، بل إن الذي سينهض بهذه المهمة هم موكلوهم من شركات و مؤسسات الطيران الذين يعدون الناقلين الفعليين.

هذا و لم تضع اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ تعريفاً للناقل الجوي الدولي، إلا أن اتفاقية جوادالاهارا لعام ١٩٦١ فرقت بين "الناقل المتعاقد" و "الناقل الفعلي"، فعرفت المادة الأولى (فقرة ب) الناقل المتعاقد بأنه: "كل شخص يكون طرفاً في عقد خاضع لاتفاقية وارسو ومبرماً مع الراكب أو المرسل أو أي شخص يعمل لحساب الراكب أو المرسل". أما الفقرة (ج) من المادة ذاتها فعرفت الناقل الفعلي بأنه: "شخص آخر غير الناقل المتعاقد يقوم بمقتضى الإذن من الناقل المتعاقد بكل النقل المشار إليه في الفقرة ب أو جزء منه، و لكن ليس بالنسبة لهذا الجزء ناقلاً متتابعاً بالمعنى المقصود في اتفاقية وارسو".

ثانياً: تأجير الطائرات:

تلجأ بعض شركات الطيران في زحمة مواسم و مناسبات معينة إلى الاستعانة بشركات طيران أخرى عن طريق استئجار بعض طائراتها لتتمكن من تنفيذ عقود النقل التي أبرمتها مع الراكب، فهنا يثار السؤال: من الذي يعد الناقل الجوي بالنسبة لهؤلاء الراكب و تنهض بالتالي مسؤوليته، شركة الطيران المؤجرة، أم الشركة المستأجرة؟

**للإجابة عن هذا السؤال، يفرق الفقه القانوني بين نوعين من إيجار الطائرات هما:**

١- إيجار الطائرة عارية: وفي هذه الحالة يعمل المستأجر على تزويد الطائرة بطاقم ملاحها الذي يكون تابعاً له و مسؤولاً عن نتائج ما يحدثه من أضرار للراكب وغيرهم، كما يتحمل المستأجر تكاليف تشغيل و صيانة الطائرة و التأمين عليها<sup>(٤٥)</sup>.

(٤٤) د/ محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص ٢٥٠، د/ الكندري، مرجع سابق، ١٥٦.

وعليه، فإن المستأجر هو الذي يكتسب صفة الناقل الجوي المسؤول في علاقته بالركاب، أما المؤجر للطائرة فلا تتعدى صفته أكثر من كونه طرفاً في علاقة إجاريه بينه و بين المستأجر للطائرة و يتقاضى منه بدل الإيجار<sup>(٤٦)</sup>.

٢- إيجار الطائرة مجهزة: بموجب هذا العقد يلتزم المالك المؤجر بأن يضع تحت تصرف المستأجر طائرة لمدة معينة مع طاقمها الذي يبقى تابعاً له و يعمل تحت رقابته و إشرافه، وبالتالي يكون مسؤولاً عن أفعالهم وما يلحقونه من أضرار بالركاب طبقاً لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه<sup>(٤٧)</sup>.

٣- وطبقاً لاتفاقية جوادالاهارا فيعد ناقلاً فعلياً، أما المستأجر للطائرة فهو الذي يستغل الطائرة خلال فترة الإيجار فيبرم عقود النقل مع الركاب و تكون الأجرة عند ذلك ملكاً خالصاً له، وبالتالي فإنه يعد الناقل المتعاقد مع الركاب، و يكون هو المالك المؤجر متضامنين في المسؤولية تجاه الركاب<sup>(٤٨)</sup>.  
ثالثاً: النقل المتتابع:

تنص المادة الأولى من اتفاقية وارسو (فقرتها الثالثة) بأنه: "يعد النقل الذي يتولاه عدد من الناقلين بطريق الجو على التتابع عن تطبيق هذه الاتفاقية، نقلاً واحداً إذا نظر إليه الطرفان على أنه عملية واحدة، تم الاتفاق بشأنه في صورة عقد واحد أم سلسلة من العقود.

ولا تفقد صفته الدولية ضرورة تنفيذ أحد العقود أو بعضها تنفيذاً كاملاً في إقليم خاضع لسيادة طرف واحد متعاقد". فالنقل الجوي المتتابع هو الذي يقوم به عدد من الناقلين الجويين على خطوط جوية مختلفة على طائراتهم بالتتابع<sup>(٤٩)</sup>.

**والسؤال الذي يطرح هنا:** ما المركز القانوني لكل من الناقلين المتتابعين الذين اشتركوا في عملية نقل الركاب، وبالتالي ما مسؤولياتهم؟

لقد أجابت المادة (٣٠) من اتفاقية وارسو على هذا السؤال، فبالنسبة لنقل الركاب فإنه لا يحق للراكب الرجوع إلى الناقل الذي وقع الحادث أو التأخير في رحلة النقل التي تولاهما ما لم يكن الناقل الأول التزم على اتفاق صريح، قد أخذ على عاتقه تحمل المسؤولية عن الرحلة بأكملها

#### المطلب الثاني

الالتزامات المترتبة على عقد النقل الجوي للركاب

(٤٥) الكندري، مرجع سابق، ص ١٦٠.

رضوان، مرجع سابق، ص ٢٤٨. (46)

عبد الفضيل أحمد، مرجع سابق، ص ١٥٨. (47)

العريني، مرجع سابق، ص ٢٤٦. (48)

العريني، مرجع سابق، ص ٢٤٦. د/ عدلى خالد، عقد النقل الجوي، منشأة المعارف، الإس (49) (49)

كندرية، سنة ٢٠٠٠، ص ١٠٢.

يرتب عقد النقل الجوي، بمجرد انعقاده، التزامات متبادلة على عاتق طرفيه: الناقل، من ناحية، والراكب من ناحية أخرى، وعلى ذلك سوف نعرض للالتزامات الناشئة عن كل منهما، كل في فرع على حده.

## الفرع الأول

### التزامات الناقل الجوي الدولي

هناك مجموعة من الالتزامات يتحمل بها الناقل الجوي في مواجهة جمهور المسافرين تنشأ عن عقد النقل أو تعتبر من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، ويمكن إيجاز هذه الالتزامات فيما يلي:  
أولاً: التزام الناقل الجوي بإعداد طائرة صالحة للملاحة الجوية:

يفرض القانون على الناقل الجوي إعداد طائرة صالحة فنيا وكذلك الالتزام بصيانتها وصيانة محركاتها ومعدات وأجهزتها، وذلك طبقاً لدليل الصيانة الذي تعتمد عليه سلطات الطيران في الدول طبقاً للمعايير العالمية، والقواعد التي تقرها في هذا الخصوص، ونظراً لأن الالتزام بصيانة الطائرة هو الذي يؤكد استمرارية صلاحيتها للملاحة الجوية، فلقد فرض القانون نوعاً من التفطيش على الطائرات.

#### ١- التزام الناقل الجوي الدولي بصيانة الطائرة:

نص المشرع الكويتي بموجب المرسوم الأميري الصادر في ٢٤ إبريل ١٩٦٣ بتشكيل مجلس أعلى للطيران المدني وبما له من اختصاص في التفطيش على الطائرات ومدى صلاحيتها، وكذلك جاء في نصوص المواد (٣٥، ٣١، ٣٠) من قانون الطيران المدني الإماراتي رقم (٢٠) لسنة ١٩٩١ حيث اهتم المشرع الإماراتي اهتماماً شديداً بصيانة سلامة الطائرات

وكذلك جاء في الباب الخامس مادة ٣٢ من القانون سالف الذكر صلاحية الطائرات للنقل الجوي التجاري أو الأعمال الجوية، ويتطلب ألا يقوم الناقل الجوي بتشغيل الطائرات في النقل (الجوي التجاري أو الأشغال الجوية) إلا إذا تمت صيانة الطائرة بما في ذلك محركاتها ومعدات وأجهزتها طبقاً لدليل الصيانة المعتمد من سلطات الطيران المدني والقواعد التي تضعها بهذا الخصوص<sup>(٥٠)</sup>.

ويلتزم قائد أية طائرة تعمل في رحلات النقل الجوي التجاري، أو في مجال الأشغال الجوية، بتدوين البيانات الخاصة بصلاحية الطائرة أثناء رحلتها وذلك على النموذج المخصص لذلك وطبقاً للقواعد التي تقرها سلطات الطيران المدني.

كما يتعين على الناقل الجوي الاحتفاظ بوثائق وشهادات الصلاحية حتى بعد انتهاء مدتها، ولا يمكنه التصرف في شأنها إلا بعد التصريح له بذلك من سلطات الطيران المدني.

---

د/ محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص ١٧٢. (50)

ويتولى صيانة الطائرات الأفراد الحائزون على الأجازات الخاصة بصيانة هياكل الطائرات ومحركاتها أي صيانة الطائرات من طرازات متعددة، وذلك من أجل النهوض بالواجبات والمسؤوليات الممنوحة لحاملي الأجازات بعد التأكد من قدرتهم على إتقانها.

ويمكن لسلطات الطيران المدني اعتماد المؤسسات الوطنية أو الأجنبية التي تقوم بأعمال صيانة وعمرة الطائرات المسجلة في الكويت أو متعلقاتها، ويتعين أن تقوم سلطات الطيران المدني باعتماد أعمال الصيانة والعمرة التي تتم لدى هذه المؤسسات، وفي كل الأحوال، يتعين لحصول الاعتماد تقديم كل التسهيلات من مستندات وإجراءات تفتيشية على نفقة طالب الاعتماد وذلك للتأكد من كفاءة وإتمام هذه الأعمال.

على أنه يجوز لسلطات الطيران المدني وقف أو إنهاء اعتماد أية مؤسسة وطنية أو أجنبية تتولى صيانة الطائرات المسجلة في الإمارات إذا ما تبين لها انخفاض مستوى كفاءتها الفنية، أو إذا رفضت هذه المؤسسة السماح لمفتشي الطيران المدني من القيام بدورهم في التفتيش الدوري أو الفجائي الذي تقررته هذه السلطات.

## ٢- التفتيش على الطائرات للتحقق من صلاحيتها للطيران:

جاء المشرع الكويتي بموجب المرسوم الأميري الصادر في ٢٤ إبريل ١٩٦٣ بتشكيل مجلس أعلى للطيران المدني وبما له من اختصاص في التفتيش على الطائرات ومدى صلاحيتها، وكذلك نص قانون الطيران المدني الإماراتي رقم ٢٠ لسنة ١٩٩١ في المادة رقم (٣٥) حيث أجاز القانون لسلطات الطيران المدني القيام أو طلب تفتيش الطائرة أو إجراء اختبارات أو القيام بالطيران لغرض الاختبار كلما رأى أن ذلك ضروري للتحقق من صلاحية الطائرة أو أي من أجهزتها أو معداتها ويكون لممثل هذه السلطة حق الدخول في أي وقت إلى أي مكان لمباشرة أية من هذه الأعمال، ويتحمل المستثمر أية تكاليف تتطلبها تلك الإجراءات.

ثانياً: التزام الناقل الجوي الدولي بضمان سلامة الراكب أثناء عملية النقل:

يقع على عاتق الناقل الجوي، الالتزام بضمان سلامة المسافر أثناء فترة النقل الجوي ونقله إلى المكان الذي يقصده دون تأخير، ولقد عالجت الاتفاقية وبروتوكولاتها المعدلة، وكذلك اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩، هذه الالتزامين في نص المادة (١٧) من اتفاقية وارسو على أن: "يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي يقع في حالة وفاة أو جرح أو أي أذى بدني آخر يلحق بالراكب إذا كانت الحادثة التي تولد منها الضرر قد وقعت على متن الطائرة أو في أثناء أية عملية من عمليات صعود الركاب ونزولهم".

يقصد بالالتزام بضمان السلامة أن يلتزم الناقل بتوصيل المسافر إلى نقطة الوصول المنفق عليها سليماً معافى ومصدر هذا الالتزام في القانون الكويتي والقانون الإماراتي هو عقد النقل المنفق عليه ما بين المسافر والناقل الجوي، بينما نجد مصدر هذا الالتزام في القانون الأمريكي هو القانون الأمريكي أي

القانون مباشرة، وهذا أدى إلى الاختلاف في تحديد الالتزام، وفي طبيعة النظام القانوني الذي تخضع له مسؤولية الناقل الجوي<sup>(51)</sup>.

فتكييف التزام الناقل الجوي في كل من القانونيين الكويتي والإماراتي بضمان سلامة المسافر هو التزام عقدي بتحقيق نتيجة، فإذا لم تتحقق النتيجة انشغلت ذمة الناقل دون حاجة إلى إثبات المتضرر وقوع الخطأ من الناقل الجوي، ولا يستطيع الناقل التخلص من هذه المسؤولية، إلا إذا أثبت الناقل أن الضرر الذي أصاب المسافر قد نتج عن قوة قاهرة لا دخل لإرادته بها، أو من الضرور نفسه، أو عن فعل غيره.

ولقد نصت المادة السابعة عشر من اتفاقية وارسو التي مد المشرع الكويتي والإماراتي نطاق تطبيقها لتتوسط على النقل الجوي في هاتين الدولتين على هذا الالتزام، ولكنها لم تعتقق أيًا من التصويرين السابقين لهذا الالتزام، وإنما أخذت بحل توفيق مؤداه اعتباره هذا الالتزام التزاما ببذل عناية مع نقل عبء الإثبات إلى الناقل بحيث يفترض وقوع خطأ من جانبه يستوجب مسؤوليته بمجرد إصابة الراكب أو وفاته حتى يقيم الدليل على العكس، ويكون ذلك عن طريق إثبات أنه هو - أي الناقل - وتابعيه قد اتخذوا كل الاحتياطات الضرورية لتوقي الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها<sup>(52)</sup>.

فطبيعة الالتزام لها أهمية قصوى تظهر بجلاء عند إقامة الدليل على انشغال ذمة الناقل بالمسؤولية، وعند قيام هذا الأخير بمحاولة دفعها والتحلل منها. ولقد تلاشت هذه الأهمية في ظل النظام الذي وضعته اتفاقية وارسو لحكم مسؤولية الناقل الجوي، نظرا لأن الراكب لا يلتزم وفقا لهذا النظام بإثبات وقوع خطأ من جانب الناقل، كما أن هذا الأخير لا يلتزم بالتصل من مسؤوليته بإقامة الدليل على القوة القاهرة. وأيا ما كان الأمر، ستفقد هذه المسألة كل أهمية لها إذا ما دخل بروتوكول جواتيمالا حيز التنفيذ، نظرا لأن مسؤولية مادية أساسها الخطر لا الخطأ.

## الفرع الثاني

### التزامات الركاب (المسافرين)

وفي مقابل الالتزامات التي يتحملها الناقل توجد التزامات على المسافرين يتعين عليه الوفاء بها. وتتمثل هذه الالتزامات فيما يلي:

**أولاً: يلتزم المسافر بدفع أجرة النقل:** وهذا هو الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتقه. ولم تزود اتفاقية وارسو، أو اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩، الناقل بأى دعوى قبل المسافر فى حالة عدم قيام الأخير بدفع أجرة النقل. ومن ثم يرجع فى تنظيم هذا الأمر إلى القانون الوطنى الواجب التطبيق. وطبقاً للمادة ٢٦٢ من قانون التجارة المصرى الذى احتذى حذوه المشرع الإماراتى وكذلك الكويتى للناقل حبس أمتعة

رضى، عيسى، غسان، مرجع سابق، ص ٩٢. (51)

د/ محمد فريد العرينى، المرجع السابق، ص ١٧٢. (52)

الراكب ضماناً لأجرة النقل وغيرها من المبالغ المستحقة بسبب النقل. وللناقل امتياز على الثمن الناتج من التنفيذ على هذه الأمتعة لاستيفاء جميع المبالغ المستحقة له بسبب النقل. ويتبع في هذا الشأن إجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً، وإذا أخطأ الناقل وزود المسافر بتذكرة سفر بقيمة أقل من قيمتها الحقيقية، فيمتنع عليه مطالبة هذا الأخير بما تبقى من فرق القيمة إلا إذا أقام الدليل على سوء نية المسافر بإثبات أنه كان عالماً بما وقع من خطأ في حساب قيمة التذكرة<sup>(53)</sup>.

وتختص المادة الثالثة فقرة أولى من الشروط العامة للإيانات، "الشروط العامة لنقل الركاب، بعدم إمكانية إصدار تذكرة سفر إلا إذا تم دفع قيمتها كاملة كما حددتها منظمة الإيانات، كما يحتفظ الناقل بالحق في رفض نقل أى مسافر لا يكون حائزاً لتذكرة سفر قانونية"<sup>(54)</sup>.

**ثانياً: ونظراً لأن تذكرة السفر لا تعطى للمسافر الحق في الانتقال عن طريق الجو بطريقة تلقائية إلا إذا قام بحجز مكان له على الطائرة، فيتعين عليه إذاً أن يؤمن بهذا الالتزام، ولقد نصت الشروط العامة للإيانات "شروط نقل الركاب" على ذلك صراحة بقولها: "لا يضمن الناقل أن يضع تحت تصرف المسافر مقعداً محدد في الطائرة مالم يكن هناك اتفاق خاص على ذلك"<sup>(55)</sup>. والحكمة من تقرير هذا الالتزام على عاتق المسافر ترجع إلى ضيق الأمكنة بالطائرة، وارتباط كل طائرة بحمولة معينة لا يمكن تجاوزها حرصاً على سلامة الرحلة الجوية. ومن ثم، قضى إذا أصر أحد الركاب على الصعود إلى الطائرة، رغم عدم قيامه بحجز مقعد له على متنها ورغم أولوية ركاب آخرين عليه، فلا جناح على الناقل إن هو قام بإجباره على مغادرة الطائرة ولا يلتزم في مواجهته بالتعويض.**

**ثالثاً: ويلتزم المسافر، كذلك باحترام تعليمات الناقل الجوى التي تحتم عليه ضرورة التواجد في مطار القيام في الميعاد المحدد له وفقاً لجداول مواعيده تمهيداً للإقلاع، وأيضاً بمراعاة اللوائح الإدارية ولوائح الضبط والصحة والجمارك، فإن خالف الركاب هذه التعليمات كان للناقل أن يرحل دون انتظار. ولا مسؤولية عليه في هذه الحالة حتى ولو أدى الرحيل إلى الإضرار بالراكب. ذلك أن المصلحة الجماعية في بدء الرحلة الجوية في موعدها أولى بالرعاية من مصلحة راكب واحد مهمل<sup>(56)</sup>.**

**رابعاً: وبعد انتشار حوادث الإرهاب وخطف الطائرات أصبح المسافر ملتزماً بالخضو لإجراءات التفتيش الذاتى التى تقوم بها سلطات المطار قبل السماح له بالتوجه للطائرة. وتنص المادة ل ٢٨٢ - ٨ من تقنين الطيران المدنى الفرنسى على أنه " لرجال البوليس القضائى، فى النقل الداخلى، ومتى**

(53) Trib. Roma, 30 maggio 1967, diritto aereo 1868, 164, Cass. 2 Juin 1987, Bull, Transp. 1987 P. 509, R.T.D.C. 1988, 118 note J. mestre.

(54) R.G.A.E. 1967. 201.

(55) Paviot. La pssager aérien, R.G.A.E. 1970, 175.

(56) Trib. Internat. Tanger, 8 nov 1954 R.F.D.A. 1955. 200. Trib com. Seine 5 nov. 1962, R.F.D.A. 1963 105; Paris, 23 Janv. 1981 R.F.D.A. 1981, 227.

اقتضت ذلك سلامة الرحلة، تفتيش الركاب والأمتعة والبضائع والطرود البريدية، ويكون بالتعاون مع رجال الجمارك، في الرحلات الدولية، مباشرة هذا الإجراء بالنسبة للأمتعة والأشخاص الذين يتأهبون للصعود إلى الطائرة".

وإذا كانت عمليات التفتيش في فرنسا، وكذلك مصر، والإمارات والكويت من اختصاص البوليس، فإنها في الولايات المتحدة الأمريكية، واعتباراً من يناير عام ١٩٧٣، من اختصاص شركات الطيران التي يتعين عليها أن تقوم، وبانتظام بتفتيش حقائب اليد التي يحملها المسافرون ويحتفظون بحراستها على متن الطائرة وبإخضاعهم لأجهزة الكشف الإلكتروني<sup>(٥٧)</sup>.

## لفصل الثاني

### قيام المسؤولية المدنية للناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب

تطورت مسؤولية الناقل الجوي الدولي وذلك لحتمية التأثير المباشر لما تتمتع به أداة هذا الناقل (الطائرة) فنظراً لحدائثة صنعها، واستثمارها بسرعة لم تتيسر من قبلها لمركبة برية أو مائية، وانطوائها على خطورة لا يمكن إغفالها، اتسمت مسؤولية الناقل بعدة تطورات حتى تتواءم مع التقنية الحديثة والمستمرة في صناعة الطيران وكذلك نشأت التزامات عدة نتيجة لهذا التطور ولطبيعة العمل الجوي، وقد مر النقل الجوي بمراحل عدة. وللحديث عن المسؤولية المدنية للناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب، لا بد لنا من بيان أساس وطبيعة مسؤولية في ظل الاتفاقيات الدولية مع بيان موقف القانونيين الإماراتي والكويتي من ذلك، وأيضاً لا بد من بيان حالات قيام تلك المسؤولية، وكذلك بيان تحديد مسؤوليته.

وعليه، سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، هي:

**المبحث الأول:** أساس وطبيعة المسؤولية المدنية للناقل الجوي الدولي للركاب.

**المبحث الثاني:** حالات قيام المسؤولية المدنية للناقل الجوي الدولي للركاب.

**المبحث الثالث:** تحديد المسؤولية المدنية للناقل الجوي الدولي للركاب.

## المبحث الأول

### أساس وطبيعة المسؤولية المدنية للناقل الجوي الدولي للركاب

تحتل مسؤولية الناقل الجوي الصدارة بين موضوعات النقل الجوي، نظراً لما لها من أهمية بالغة في العمل ولما تثيره من منازعات عديدة أمام القضاء وقيام المسؤولية بسبب الإخلال بالالتزام، عقدياً كان أم غير عقدي ولا تختلف أركان مسؤولية الناقل الجوي عن أركان المسؤولية المدنية بوجه عام، إذ يجب أن يكون الناقل قد ارتكب خطأ سبب ضرراً للغير<sup>(٥٨)</sup>.

رى جوجار، المرجع السابق، ١٩٨٩، ص ١٠٦٠، فقرة ٢٥٨٨. (57)

د/ محمد فريد العريني، القانون الجوي (الملاحة الجوية والنقل الجوي)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة (58)

١٩٩٨، ص ٣٧٣.

ولقد كان أساس هذه المسؤولية وطبيعتها يختلف من دولة وأخرى ولم يكن هناك تشريع خاص بالنقل الجوي، فكانت المحاكم تطبق على قضايا المسؤولية الخاصة بالنقل الجوي القواعد العامة في القانون وبموجبها يتم تعويض الشخص عن الأضرار التي تصيبه من جراء خطأ الناقل وفي حالة وفاة الشخص ينتقل حق المطالبة بالتعويض إلى ورثته. فنجد في بعض الدول مثل فرنسا لم يكن هناك تشريع خاص بالنقل الجوي لذلك كان يطبق على قضايا المسؤولية القاعدة العامة في التقنين المدني والتجاري وبهذا تكون مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية عقدية أساسها الخطأ المفترض فعند إقامة الدليل على نشوء الالتزام تتعد بموجبه مسؤولية الناقل باستثناء السبب الأجنبي والقوة القاهرة. وفي فرنسا صدر تشريع الملاحاة الجوية الفرنسي في مايو ١٩٢٤ (٥٩).

أما في البلاد التي ينتمي نظامها القانوني إلى العائلة الأنكلوسكسونية، فلا يوجد تشريع منظم لمسؤولية الناقل الجوي الأمر الذي اضطرت المحاكم فيه إلى تطبيق مبادئ الشريعة العامة *common law*. ويتوقف أساس المسؤولية على صفة الناقل وعلى موضوع النقل، فإذا كان الناقل من طائفة الـ *common carrier* وهو الشخص الذي يتعهد بالنقل لقاء مقابل تلبية جميع طلبات النقل التي تقدم لنقل البضاعة، وقد عد الناقل في كل من القانونين الإنجليزي والأمريكي مؤمنا للبضاعة ولا يجوز له التخلص من المسؤولية إلا في أحوال معينة مذكورة على سبيل الحصر (٦٠).

أما إذا كان الأمر متعلقا بنقل الأشخاص فإن مسؤولية الناقل تعتبر مسؤولية تقصيرية أساسها الإهمال الذي يتعين على الراكب إقامة الدليل عليه، والعلة في اعتبار مسؤولية ناقل الأشخاص في كل من القانونين الإنجليزي والأمريكي من قبيل المسؤولية التقصيرية ترجع إلى أن التزام الناقل بضمان سلامة الراكب لا تولد عن عقد النقل وإنما تنشأ عن القانون مباشرة.

وبجانب هذه القوانين التي أسست مسؤولية الناقل الجوي على الخطأ سواء أكان هذا الخطأ مفترضا أو واجب الإثبات، وجدت قوانين أخرى أقامت هذه المسؤولية على فكرة الخطر وجعلت بذلك الناقل مسؤولا مسؤولية موضوعية عن الأضرار التي تلحق بالمتعاملين معه حتى ولو لم يثبت أي خطأ في جانبه.

ولم يقتصر الاختلاف على أساس المسؤولية وطبيعتها، بل تعداها إلى مداها. ففي القانون الإنجليزي كان الناقل سواء انتسب إلى طائفة الـ *common carrier* أو طائفة *private carrier* يتمتع بحرية مطلقة في التعاقد فكان له وفقا لهذا القانون الحق في تحديد مسؤوليته بمبلغ معين من النقود، بل وكذلك في اشتراط الإعفاء من المسؤولية إعفاء مطلقا. أما القانون الأمريكي فقد حرم شروط الإعفاء من المسؤولية لمخالفتها للنظام العام ولكنه أباح تحديد التعويض بشرط أن يكون عادلا ومعقولا. وفي فرنسا

---

(59) موسى طالب حسين، القانون الجوي الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠٠٢، ص ١٣٥

د/ محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص ٣٧٣. (60)



أباح تشريع الملاحة الجوية الصادر في الحادي والثلاثين من مايو ١٩٢٤ الشروط الخاصة بتحديد التعويض وبعض شروط الإعفاء من المسؤولية كشروط الإعفاء من المسؤولية بسبب المخاطر الجوية والأخطاء الملاحية، ولكنه أبطل شروط الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية للناقل الجوي<sup>(٦١)</sup>.

وعلى هذا الأساس كان أساس مسؤولية الناقل الجوي وطبيعتها تختلف من دولة لأخرى تبعاً لاختلاف الأنظمة القانونية حيث لم يكن هناك تشريع خاص بالنقل الجوي ينظم مسؤولية الناقل الجوي الدولي، ولهذا كانت المحاكم تطبق على النزاع المعروف عليها القواعد العامة في القوانين الداخلية، ويتعدد الأنظمة الداخلية التي تحكم مسؤولية الناقل الجوي فقد تنازعت وجهات النظر، إذ برزت وجهات النظر المختلفة التي تمثلت في الاتجاهات الثلاث التالية:

#### الاتجاه الأول:

يمثل دول القانون الأنكلوسكسوني حيث تطبق محاكم هذه الدول مبادئ الشريعة العامة على الناقل الجوي وأن أساس المسؤولية هنا يتوقف على صفة الناقل الجوي، فإذا كان من طائفة النقل الخاص "وهو من يتولى نقل الأشخاص والبضائع بناء على اتفاق خاص في كل حالة على حدة دون وجود أدنى التزام عليه بقبول النقل فلا تقوم مسؤوليته إلا إذا وقع إهمال منه وأثبت المتضرر ذلك"، أما إذا كان الناقل من طائفة النقل العام "وهو الشخص الذي يتعهد لقاء أجر بتلبيته جميع طلبات النقل التي تقدم له دون تمييز بين بعضها بعضاً، فهنا يجب التفرقة بين ما إذا كان الأمر هو نقل أشخاص الذي يعد مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية تقصيرية والتي تقوم على الإهمال وعلى المسافر إقامة الدليل على إهمال الناقل الجوي والعلّة في ذلك أن التزام الناقل بضمان سلامة المسافر تنشأ عن القانون مباشرة وليس عن عقد النقل وبين ما إذا كان محل العقد نقل البضاعة فهنا يعد الناقل مؤمناً للبضاعة (التزام بتحقيق نتيجة) ولا يجوز التخلص من المسؤولية إلا في صور مذكورة على سبيل الحصر<sup>(٦٢)</sup>.

#### الاتجاه الثاني:

يمثل سويسرا وبعض الدول التي تتجه نهجها وذهب هذا الاتجاه إلى بناء مسؤولية الناقل الجوي على أساس فكرة المخاطر وتحمل التبعة وهو ما يعرف بالأساس الموضوعي، ومعناه أن يكون الناقل الجوي مسؤولاً وبقوة القانون عن الضرر الذي يلحق بالمسافر أو المرسل ولكن يقع على عاتق المتضرر إثبات حدوث الضرر وعلاقة السببية بينه وبين نشاط الناقل<sup>(٦٣)</sup>.

#### الاتجاه الثالث:

يمثل بعض الدول اللاتينية التي انتهجت طريق تطبيق القواعد العامة في التقنين المدني والأحكام الخاصة بالنقل الجوي حيث تعد مسؤولية الناقل مسؤولية عقدية أساسها الخطأ المفترض، ويقع على عاتق

د/ محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص ٣٧٤. (61)

د/ محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ٣٧٥. (62)

الكندري، مرجع سابق، ص ١٩٤. (63)

الناقل الجوي التزام بسلامة المسافر أو البضاعة وهو التزام بتحقيق نتيجة، فإذا أخل الناقل بهذا الالتزام انعقدت مسؤوليته ولا يستطيع التخلص منها إلا بإثبات أن الضرر الذي أصاب المسافر أو البضاعة يعود لسبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه أو بفعل المسافر أو راجعا لطبيعة البضاعة، وكل ما يجب على المسافر أو المرسل عمله هو إثبات نشوء الالتزام في ذمة الناقل الجوي وعدم قيام هذا الأخير بتنفيذه<sup>(٦٤)</sup>. وعلى ذلك دعت الحاجة إلى إصدار تشريع يوحد تلك الاتجاهات المتعلقة بأحكام المسؤولية بين تلك الدول ولا جدال في أن السمة الغالبة لقواعد القانون الجوي هي السمة الدولية، فمشاكل هذا القانون وحلولها تتميز بالصبغة الدولية، كما هو الحال في القانون البحري. فالنقل الجوي يكون في الغالب دوليا، والطائرة معدة بطبيعتها لقطع المسافات الطويلة نظرا لسرعتها الهائلة التي تمكنها من عبور الحدود الجغرافية بين الدول في وقت قياسي بالنسبة لوسائل النقل الأخرى. وينظر إلى الطائرة على أنها - بحق - أداة اتصال دولي وقاري، وهي أداة تخلق الروابط القانونية بين الدول والقارات، ولا غرابة في ذلك أن يكون التنظيم القانوني لشؤون الطيران على الساحة الدولية قد ظهر قبل التشريعات الداخلية في دول عديدة<sup>(٦٥)</sup>.

ولقد أدت وحدة المشاكل الناشئة عن استخدام الطائرة إلى اتجاه المجتمع الدولي إلى وضع معاهدات دولية تنظم حركتها ونشاطها وما يترتب عنها من وقائع أو علاقات قانونية. واتجهت معظم الدول إلى تبني أحكام هذه المعاهدات وإدخالها كما هي في قوانينها الوضعية، ويؤدي هذا الاتجاه إلى القضاء على ظاهرة ازدواج القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وقامت دول أخرى بسن قوانين تتفق والمبادئ التي تتضمنها المعاهدات الدولية.

إن الإتجاه هو توحيد قواعد القانون الجوي على المستوى الدولي، وقد تم ذلك بصورة لم تصل إليها بقية فروع القانون، بل لقد أكد كثير من الفقهاء على أن يكون توحيد القانون الجوي مصحوبا بإنشاء هيئة قضائية دولية تتولى تفسير قواعد المعاهدات الدولية لإزالة التعارض بين التفسيرات التي تصدرها محاكم الدول المختلفة.

وكانت من أولى المعاهدات الدولية اتفاقية وارسو عام ١٩٢٩ التي تعد هي والاتفاقيات المعدلة لها والبروتوكولات الملحق بها التشريع الدولي فيما يخص النقل الجوي ثم توالى الاتفاقيات لإزالة التعارض بين التفسيرات التي تصدرها محاكم الدول المختلفة باعتبار أن النقل الجوي يتسم بالطابع الدولي، فمتى عبرت الطائرة حدود دولة إلى دولة أخرى وجدت نفسها بأنها تخضع لنفس القوانين. ولقد تحقق ذلك

---

ريضى، عيسى غسان (٢٠١١)، مسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الضرر الواقع على الأشخاص وأمتعتهم - دراسة (64)

مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ٨٠ .

د/ محمد فريد العرينى، مرجع سابق، ص ٣٧٦. (65)

بمقتضى اتفاقية وارسو الموقعة في ١٢ أكتوبر ١٩٢٩ والتي أصبحت واجبة النفاذ في ١٣ فبراير ١٩٣٣<sup>(٦٦)</sup>.

وبعد هذه المقدمة، سنتناول بيان أساس وطبيعة المسؤولية المدنية للناقل الجوي الدولي للركاب في ستة مطالب تباعا.

#### المطلب الأول:

أساس وطبيعة مسؤولية الناقل الجوي الدولي وفقا لاتفاقية وارسو عام ١٩٢٩ وقد قضت هذه الاتفاقية على الاختلاف والتباين بين الأنظمة القانونية الحاكمة لمسؤولية الناقل الجوي<sup>(٦٧)</sup>. فوضعت لهذه المسؤولية نظاماً موحداً تهدف من ورائه إلى إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة للناقلين الجويين من ناحية، ولمستعملي الطائرة من ناحية أخرى. ويتركز هذا النظام على ثلاثة مبادئ هي:

**أولاً:** تقوم مسؤولية الناقل الجوي على أساس الخطأ المفترض، بمعنى أن المسافر أو الشاحن لا يلزم بإقامة الدليل على وجود خطأ من أي نوع كان من جانب الناقل. ولا يستطيع هذا الأخير التحلل من مسؤوليته إلا إذا أثبت أنه هو وتابعيه قد اتخذوا كافة الاحتياطات الضرورية لتجنب وقوع الضرر، أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها، أو أن الضرور كان قد تسبب أو أسهم بخطئه في إحداث الضرر. ولقد روعي في هذه القاعدة مصلحة الركاب والشاحنين (المواد ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠، ٢١) من الاتفاقية.

**ثانياً:** مراعاة لمصلحة الناقلين، خففت الاتفاقية من حدة قرينة الخطأ عن طريق تحديدها للتعويض الذي يلتزم به الناقل في مواجهة كل راكب بمبلغ ١٢٥ ألف فرنك بوانكاريه وبمبلغ ٢٥٠ فرنك بوانكاريه عن كل كيلو جرام من البضائع أو الأمتعة المسجلة (المادة 22 من الاتفاقية).

**ثالثاً:** وحتى لا يتمكن الناقل من التهرب من المسؤولية عن طريق الإعفاء منها أو تحديدها بمبلغ بسيط، أبطلت الاتفاقية بطلانا مطلقا الشروط التي تهدف إلى إعفاء الناقل من المسؤولية وتلك التي ترمي إلى وضع حد للتعويض أقل من الحد الذي قرره (المادة 23).

ولا يستفيد من هذا النظام إلا الناقل حسن النية، أما إذا ثبت سوء نيته امتنع عليه الاستفادة من الحد الأقصى للتعويض الذي وضعت الاتفاقية، وامتنع عليه كذلك التمسك بالإعفاء من المسؤولية عن طريق إقامة الدليل على أنه هو وتابعوه قد اتخذوا كافة الاحتياطات الضرورية لتجنب وقوع الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها.

**وتعتبر اتفاقية الناقل سيء النية في حالتين:**

شفيق محسن: محاضرات في القانون الجوي، دار النهضة العربية، ص ٥٧. (66)

(67) رضوان أبو زيد، ١٩٩٤، القانون الجوي الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، ص ٧.

أولاً: إذا ثبت أن الضرر كان راجعاً إلى غشه أو إلى خطأ جسيم من جانبه يعد وفقاً لقانون المحكمة المختصة بنظر النزاع، مساوياً للغش (المادة ٢٥) (٦٨).

ثانياً: إذا لم تحمل الطائرة وثائق السفر، أو إذا لم تشتمل في حالة وجودها على البيانات الإلزامية التي حددتها الاتفاقية (المواد ٣، ٤، ٩) وقد انضمت الإمارات العربية المتحدة بموجب المرسوم الاتحادي رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ إلى معاهدة وارسو وكذلك انضمت دولة الكويت بموجب القانون بشأن الموافقة على انضمام دولة الكويت (٦٩) إلى معاهدة وارسو لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي وبرتوكول تعديلها لعام ١٩٥٥ والمعاهدة المكملة لها لعام ١٩٦١ إلى معاهدة وارسو، وجاء ذلك في نص المادة الأولى التي نصت على ما يلي: "ووافق على انضمام دولة الكويت إلى كل من المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في مدينة وارسو بتاريخ ١٢ أكتوبر ١٩٢٩، وبرتوكول تعديلها الموقع في مدينة لاهاي بتاريخ ٢٨ سبتمبر عام ١٩٥٥، والمعاهدة المكملة لها الموقعة في جوادا لاخارا بالمكسيك بتاريخ ١٨ سبتمبر عام ١٩٦١ والمرفقة نصوصها جميعاً بهذا القانون".

ومع ذلك فإن هذه الاتفاقية لم تسلم من الانتقادات، فقد عاب عليها بعضهم إنها لم تحدد المقصود بالضرر، وما إذا كان يشمل الضرر المباشر وغير المباشر والضرر المعنوي، الأمر الذي أدى إلى تفاوت كبير في التطبيق. فبينما تمتنع بعض المحاكم عن الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي باستثناء حالة الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عن الناقل أو تابعيه، فإن المحاكم الأخرى لم تتردد عن الحكم بالتعويض حتى عن الضرر الناجم عن الصدمة العصبية التي تصيب الركاب من جراء عمليات القرصنة الجوية وحالة الرعب والقلق التي يعيشونها تحت وطأة الإرهاب والتهديد خلال احتجازهم كرهائن في الطائرة المختطفة أو في أي مكان آخر على البقاء فيها (٧٠).

كما عاب أحد الكتاب على الاتفاقية استعمالها كلمة (حادثه accident) عند تقريرها مسؤولية الناقل في نقل الركاب (مادة ١٧)، واستعمالها كلمة (واقعة event) عند الكلام على مسؤوليته عن الضرر الذي يصيب الأمتعة المسجلة والبضائع، بدلاً من الاقتصار في الحالتين على استعمال الكلمة الثانية (واقعة) الأوسع معنى من الأولى (حادثه)، بالإضافة لما يحققه ذلك من توحيد لمصطلحات الاتفاقية. إلا أن هذا الاختلاف في العبارات لم يخلق في الواقع إشكالا في التطبيق العملي، نظراً لاتجاه الفقه والقضاء عموماً إلى استبعاد المعنى الفني الضيق لكلمة (الحادثه) وتفسير المادة (١٧) من الاتفاقية تفسيراً واسعاً لصالح المتضررين (٧١).

(٦٨) د/ محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص ٣٧٧.

(٦٩) قانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٥ نشر بالعدد رقم ١٠٣٧ - الكويت بتاريخ ٢٩ يونيو ١٩٧٥.

(٧٠) انظر شفيق محسن، مرجع سابق، ص ٥٨.

د/ موسى طالب حسن، المرجع السابق، ص ١٤٤ (71)

## المطلب الثاني

أساس وطبيعة مسؤولية الناقل الجوي الدولي وفقاً لأحكام بروتوكول لاهاي لعام ١٩٥٥

إن نظام المسؤولية الذي جاءت به اتفاقية وارسو يعد ضماناً لمصالح الناقلين الجويين إذ تحددت مسؤوليتهم بمبلغ يقل عن تلك المبالغ التي يتكبدها ضحايا وسائل النقل الجوي فعلاً في الوقت الذي تناقشت فيه الأخطار الجوية بسبب تطور التكنولوجيا في مجال الطيران<sup>(٧٢)</sup>.

وقد تم تعديل اتفاقية وارسو في بروتوكول لاهاي إلا أنه بقيت مصالح الناقلين الجويين تغلب على مصالح المسافرين أو المرسلين ، حيث بقي الخطأ المفترض هو أساس المسؤولية في البروتوكول ، على الرغم من اقتراح الوفد الهولندي - آنذاك - صيغة بديلة للمادة (٢٠) والتي تقيم المسؤولية على أساس الخطأ الموضوعي ، وكانت الصيغة كما يلي: "لا يكون الناقل مسؤولاً إذا لم يحصل الضرر بسبب خطئه أو خطأ أحد تابعيه". وقد أيدت عدة وفود هذه الصيغة ، ولا سيما الوفد الفرنسي ، وحجتهم كانت على أساس أن مفهوم الخطأ أصبح واضحاً بما فيه الكفاية ، وسوء أكان ذلك في بلاد القانون اللاتيني أم في بلاد القانون الأنكلوسكسوني ، ولا يتمكن الناقل من إعفاء نفسه من المسؤولية عن الضرر الناجم عن الحادث ، إلا إذا أثبت أنه لم يرتكب هو ولا أحد تابعيه أي خطأ ولكن لم تحظ هذه الصيغة المقترحة بموافقة بقية الوفود لا سيما الوفد الأمريكي، فظلت المادة (٢٠) على حالها دون تعديل ، وبقي الخطأ المفترض هو أساس المسؤولية<sup>(٧٣)</sup>.

وقد أجاز البروتوكول - في المادة الثانية عشرة منه - للناقل الجوي أن يشترط إعفاء نفسه من المسؤولية في حالة ضياع البضاعة أو أي ضرر يلحق بها بسبب عيب ناشئ عن طبيعة البضاعة المنقولة أو من عيب ذاتي بها ، كما جاء البروتوكول بأحكام جديدة وضعت تعريفاً ضيقاً للخطأ المساوي للغش ، كما أنه قام بتخفيف الجزاءات الموقعة على الناقل الجوي سيء النية ، فقصرها على حرمانه من التمسك بالحد الأقصى للتعويض الذي حددته الاتفاقية ، وأباح له الحق في الإعفاء من المسؤولية عن طريق إثبات اتخاذ الإجراءات الضرورية لتلافي وقوع الضرر ، مل هذا لم يكن إلا انتصاراً للناقلين الجويين على حساب المسافرين أو المرسلين.

## المطلب الثالث

أساس وطبيعة مسؤولية الناقل الجوي الدولي وفقاً لاتفاق مونتريال لعام ١٩٦٦<sup>(٧٤)</sup>

رغم رفع الحد الأقصى للتعويض في بروتوكول لاهاي عام ١٩٥٥ ، لم تقتنع الولايات المتحدة

د/ رضى عيسى غسان، المرجع السابق، ص ٨٣. (72)

المرجع السابق، ص ٨٤. (73)

للاطلاع على تفاصيل الأعمال التحضيرية انظر تقرير مؤتمر البيئة الدولية للطيران المدني الخاص بتعديل حدود مسؤولية الناقل الجوي الواردة باتفاقية وارسو وبروتوكول لاهاي. (74)

الأمريكية بهذا التعديل، فرفضت الانضمام إلى البروتوكول، وبدأت توجه انتقاداتها إلى البروتوكول المعدل لاتفاقية وارسو، فأعلنت في نوفمبر سنة ١٩٦٥ انسحابها من اتفاقية وارسو ١٩٢٩ مستندة في ذلك على حجية الطبيعة القانونية للمسؤولية و الحد الأقصى للتعويض<sup>(٧٥)</sup>.

ونتيجة لانسحاب الولايات المتحدة الأمريكية من اتفاقية وارسو سارع الاتحاد الدولي للنقل الجوي (الأياتا)، والمنظمة الدولية للطيران مختلف الدول بالتوقيع على اتفاق هيئة الطيران المدني الأمريكية لتحقيق ما تصبو إليه الولايات الأمريكية من حماية سلامة المسافرين وتعويضهم تعويضا عادلا ، وبالفعل وقعت ثلاث و عشرون شركة طيران أجنبية على اتفاق عقد في مونتريال وأصبح واجب التنفيذ في ١٦ مايو عام ١٩٦٦<sup>(٧٦)</sup>.

وحققت الولايات المتحدة الأمريكية ما تصبو إليه ، حيث أتى اتفاق مونتريال بأحكام جعلت مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية موضوعية مبناها فكرة المخاطر وتحمل التبعة<sup>(٧٧)</sup>.

ومعنى هذا أن الناقل يسأل بقوة القانون عن الأضرار التي تصيب المسافر أي أنه يسأل بصفة مطلقة عن تعويض الأضرار التي تلحق بالمسافر ، ولا يستطيع الهروب من المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر كان بفعل المضرور، وقد نص هذا الاتفاق على الحد الأقصى للتعويض الذي يلزم به الناقل تجاه كل مسافر بمبلغ ٧٥ ألف دولار أمريكي على أن يخفض إلى ٥٨ ألف دولار أمريكي إذا كانت مصروفات التقاضي والأتعاب دفعت في الدولة التي رفعت بها الدعوى<sup>(٧٨)</sup>.

ويشترط لتطبيق هذا الاتفاق والذي قصد أصلا منه حماية رعايا الولايات المتحدة الأمريكية أن يكون النقل دوليا وفق اتفاقية وارسو ، وأن تكون أحد نقاط القيام أو الوصول أو الرسو واقعة على أرض الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(٧٩)</sup>.

وتعرض هذا الاتفاق إلى مجموعة من الانتقادات لكن هذه الانتقادات ليست موجهة له بسبب قلب طبيعة المسؤولية إلى مسؤولية موضوعية مبناها فكرة المخاطر وتحمل التبعة ، لأن التشريعات الدولية الحديثة بدأت تتبنى هذا الاتجاه بل أن هذه الانتقادات استندت إلى كيفية إمكان هدم تشريع دولي موحد موقع من عشرات الدول لإرضاء دولة واحدة وهي الولايات المتحدة الأمريكية وبعض مؤسسات الطيران ، وبهذا أصبحت طبيعة مسؤولية الناقل الجوي تختلف باختلاف نقاط المغادرة أو الوصول أو الهبوط ، حتى ولو كانت الطائرة في رحلة واحدة ، فتعد مسؤولية موضوعية إذا كانت إحدى نقاط مغادرة الطائرة أو

---

د/ حفيظة السيد الحداد، القانون الجوي، ص١٤٣، بدون دار نشر. نقلا عن رضى، عيسى غسان. (75)

د/ رضى عيسى غسان، المرجع السابق، ص٨٤. (76)

حيث نص في مادته الثانية على أن: لا يستطيع الناقل الجوي أن يدفع مسؤوليته بأية وسيلة تقرها المادة ٢٠ من اتفاقية (77) وارسو.

د/ محمد فريد العرينى، المرجع السابق، ص٣٧٩ (78)

سليمان، فرج السيد، المرجع السابق، ص٢٠٦ (79)

وصولها أو هبوطها في أراضي الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(٨٠)</sup>. فمثلا إذا كانت رحلة جوية من دبي إلى نيويورك عبر القاهرة ، فإن مسؤولية الناقل الجوي تجاه المسافرين من دبي إلى القاهرة مسؤولية عقدية قوامها الخطأ المفترض ، وعندما تتجه الطائرة إلى مدينة نيويورك تكون مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية موضوعية مبناها فكرة المخاطر و تحمل التبعة.

#### المطلب الرابع

أساس و طبيعة مسؤولية الناقل الجوي الدولي وفقا

لأحكام بروتوكول جواتيمالا ستي لعام ١٩٧١

نظرا لما يؤدي إليه اتفاق مونتريال من نتائج غريبة ، بالتفاوت بين قيمة التعويض إذا كانت الرحلة تبدأ أو تنتهي على أرض الولايات المتحدة الأمريكية من عدمه، فقد نادى الفقهاء و الهيئات المهتمة بشؤون الملاحة الجوية الدولية بضرورة عقد مؤتمر دولي يهدف إلى تذييل العقوبات التي نجمت عن التعارض بين أحكام هذا الاتفاق ، و قواعد اتفاقية وارسو ، وبالفعل عرضت هذه المشكلة على اللجنة القانونية في المنظمة الدولية للطيران المدني "الأيكاو" والذي كان أمامها أن تختار بين أمرين بينهما درجة كبيرة من التفاوت. الأمر الأول هو الإبقاء على طبيعة مسؤولية الناقل الجوي كما جاءت بها اتفاقية وارسو ، والتي أبقى عليها بروتوكول لاهاي المعدل لاتفاقية " أي مسؤولية عقدية مبناها الخطأ المفترض " مع رفع الحد الأقصى للتعويض، وأما الأمر الثاني فهو جعل هذه المسؤولية مسؤولية موضوعية مع وضع حد أقصى للتعويض لا يمكن تجاوزه.

ولوضع حل للمشكلة التي أثارها اتفاق مونتريال وافقت اللجنة القانونية في الأيكاو على الحل الوسط الذي جاء به وفد نيوزيلاند<sup>(٨١)</sup>، وهذا الحل أجمعت عليه الوفود الباقية ، وعقدوا مؤتمرا دوليا في مدينة جواتيمالا عام ١٩٧١ و صدر عنه وثيقة دولية تعرف باسم: "البروتوكول المعدل لاتفاقية وارسو الموقع بمدينة جواتيمالا ستي في الثامن من مارس عام ١٩٧١" <sup>(٨٢)</sup>.

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أن اتفاقية مونتريال قد أخلت بمبدأ مساواة الأفراد أمام المرافق العامة، ولما ينطوي عليه من مساس بسيادة الدول الأطراف في اتفاقية وارسو، فقد نادى الفقهاء والهيئات المهتمة بشؤون الملاحة الجوية الدولية بضرورة عقد مؤتمر دولي يهدف إلى تذييل العقوبات التي نجمت عن التعارض بين أحكام هذا الاتفاق وقواعد اتفاقية وارسو. ولقد تم انعقاد هذا المؤتمر في مدينة جواتيمالا، وحددت وثيقة دولية تعرف بأسم "البروتوكول المعدل لاتفاقية وارسو الموقع بمدينة جواتيمالا في

(٨٠) أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص ٦-٧.

أبو زيد رضوان، تطور طبيعة ومدى مسؤولية الناقل الجوي، ص ٨. (81)

عادل محمد خير (٢٠٠١)، مسؤولية الناقل الجوي، الطبعة الأولى، ص ٦٨، دون دار نشر. (82)

الثامن من ماس عام ١٩٧١<sup>(٨٣)</sup>.

وبالنسبة لأساس مسؤولية الناقل الجوي فقد فرق بروتوكول جواتيمالا ستي بين الأمور الثانية:

١- فيما يختص بتعديل المادة (١٧) من اتفاقية وارسو ، فقد أصبحت مسؤولية الناقل الجوي عن وفاة المسافرين أو إصابته بجروح أو أي أذى بدني ، مسؤولية موضوعية مبنية على فكرة المخاطر وتحمل التبعة ، بمعنى أن مسؤولية الناقل تتعقد بمجرد وقوع الضرر للمسافر ، حتى ولو لم يقع أي خطأ من جانبه ، ولا يستطيع الناقل الفكاك من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر قد تسبب أو أسهم بخطئه في إحداث الضرر (المادة ٤/١ من البروتوكول ) وهذا التعديل يشمل أيضا أمتعة المسافرين التي يتحمل الناقل الجوي نقلها مع المسافرين (المادة ٤/١ من البروتوكول). ويستطيع الناقل التخلص من مسؤوليته عن الأمتعة إذا أثبت أن هلاك أو تلف الأمتعة يعود إلى طبيعتها أو لسبب ذاتي بها<sup>(٨٤)</sup>.

٢- فيما يتعلق بالمادة (١٩) من اتفاقية وارسو ، بقيت مسؤولية الناقل الجوي كما هي دون تعديل ، وهي خاصة بتأخير المسافرين أو تأخير أمتعته ، وهي مسؤولية مبنية على الخطأ المفترض ، حيث يعد الناقل مسؤولاً عن الضرر الناجم عن التأخير ، إلا إذا تمكن من إثبات اتخاذ كل الاحتياطات و الإجراءات الضرورية لتفادي التأخير (المادة ٦٥/١).

٣. بقيت مسؤولية الناقل الجوي -أيضا- دون تعديل فيما يخص البضائع ، سواء أكان بالحقاق ضرر بها - حسب المادة ١٨/١ من اتفاقية وارسو، وهي كما قلنا مسؤولية مبنية على الخطأ المفترض<sup>(٨٥)</sup>. ومن حيث الحد الأقصى للتعويض الذي يلتزم به الناقل، فرق البروتوكول بين الحالات الآتية:

١- فيما يتعلق بالحوادث التي تصيب الركاب، يلتزم الناقل في مواجهة كل راكب بدفع مبلغ ١.٥٠٠.٠٠٠ فرنك.

٢- فيما يتعلق بضرر التأخير في مجال نقل الركاب، يلتزم الناقل بدفع مبلغ لا يتجاوز ٦٢٥٠٠ فرنك لكل راكب.

٣- وفيما يتعلق بنقل الأمتعة، حدد البروتوكول مسؤولية الناقل الجوي عن الهلاك والتلف والضياع والتأخير بمبلغ ١٥ ألف فرنك.

٤- بالنسبة لنقل البضاعة تحدد المسؤولية بمبلغ ٢٥٠ فرنك عن كل كيلو جرام. فضلاً عن ذلك، فقد استحدثت البروتوكول حكماً جديداً مؤداه الترخيص لكل دولة بأن تضع نظاماً

---

(83) Mankiewicz, the 1971 Protocol of warsow (1972 amend the 1929 38 J. A.L.C. P.

519) Guatemala City to further. Convention

(84) عادل محمد خير، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٨٥) حيث نصت المادة (٦/٢) من بروتوكول جواتيمالا على انه لا يعد الناقل مسؤول عن هلاك البضاعة أو تلفها أو تأخير وصولها، إذا ثبت انه وتابعه اتخذوا كل التدابير اللازمة لتلافى هذه الأضرار أو كان يستحيل عليهم توقعها.



خاصاً للتعويض الإضافى يطبق فى إقليمها علاوة على الحد الأقصى للتعويض المنصوص عليه (مادة ١٤ أ).

هذا ولم ينص البروتوكول على حرمان الناقل من التمسك بالحد الأقصى للتعويض إلا بالنسبة لنقل البضائع.

#### المطلب الخامس

أساس و طبيعة مسؤولية الناقل الجوي الدولي وفقا لاتفاقية مونترال لعام ١٩٩٩ صحيح أن اتفاقية مونترال لعام ١٩٦٦ قد جعلت من مسؤولية الناقل الجوي الدولي مسؤولية موضوعية في كل حالات الضرر الذي يلحق بالركاب أو أمتعتهم متى كانت نقطة القيام أو الوصول أو وجود أي مرسى جوي في أرضي أمريكية ، وصحيح أن بروتوكول جواتيمالا سيتي لعام ١٩٧١ الذي لم يدخل حيز التنفيذ حتى تاريخه قد أقر مسؤولية الناقل الجوي على أنها مسؤولية موضوعية قائمة على أساس الحظ وتحمل التبعة بالنسبة للأضرار البدنية للركاب و أمتعتهم ، وصحيح أيضا أن بروتوكول مونترال لعام ١٩٧٥ قد مّد مسؤولية الناقل الجوي الموضوعية وجعلها لا تشمل فقط الأضرار التي تلحق بأجسام الركاب أمتعتهم بل كذلك الأضرار التي تلحق بالبضائع المنقولة للشاحنين ، إلا أنه و على الرغم من كل ذلك ، لا تستطيع القول بأن أساس و طبيعة مسؤولية الناقل الجوي قد توحدت ومن هنا جاءت المبادرة إلى عقد مؤتمر دولي يهدف إلى توحيد الأحكام المتعلقة بالنقل الجوي الدولي فكانت اتفاقية مونترال لعام ١٩٩٩ .

أولاً: طبيعة مسؤولية الناقل الجوي تجاه الركاب في اتفاقية مونترال لعام ١٩٩٩ :

نصت المادة (١٧) من الاتفاقية المذكورة على أن: " يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ في حالة وفاة الراكب أو تعرضه لإصابة جسيمة ". كما قررت المادة (٢١) من نفس الاتفاقية ما يلي:

١- فيما يتعلق بالأضرار المنصوص عليها في المادة (١٧) والتي لا تتجاوز قيمتها (١٠٠٠٠٠٠) وحدة حقوق سحب خاصة عن كل راكب ، لا يجوز للناقل أن ينفي مسؤوليته أو أن يحد منها.

٢- فيما يتعلق بالأضرار المنصوص عليها في المادة (١٧) والتي تتجاوز قيمتها (١٠٠٠٠٠٠) وحدة حقوق سحب خاص عن كل راكب ، لا يكون الناقل مسؤولاً إذا أثبت ما يلي:

أ- " أن هذا الضرر لم ينشأ عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الناقل أو تابعيه أو وكلائه.

ب- أو أن هذا الضرر قد نشأ فعلا عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من جانب الغير ". يستفاد من هذه النصوص أن الاتفاقية أقرت بشكل عام مبدأ المسؤولية الموضوعية للناقل الجوي الدولي ، ولكنها خرجت على هذا المبدأ فيما لو تجاوز مبلغ التعويض عن الأضرار (١٠٠٠٠٠٠) وحدة حقوق سحب خاصة ، إذ جعلت مسؤولية الناقل في هذه الحالة مسؤولية شخصية قوامها الخطأ

المفترض<sup>(٨٦)</sup>.

ثانياً: طبيعة مسؤولية الناقل الجوي الدولي عن أمتعة الركاب وفقاً لاتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩: نصت المادة (١٧/٢) من الاتفاقية المذكورة على أن: " الناقل يكون مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ في حالة تلف الأمتعة المسجلة أو ضياعها أو يعيبها.. أما الأمتعة الشخصية فإن الناقل يكون مسؤولاً فيما لو كان الضرر ناتجاً عن خطئه أو خطأ تابعيه أو وكلائه". وهذا يعني أن الاتفاقية قد أقامت مسؤولية الناقل الجوي الدولي الموضوعية بالنسبة للأمتعة المسجلة، أما الأمتعة غير المسجلة أو التي يحتفظ بها المسافر، فإن مسؤولية الناقل عنها هي مسؤولية شخصية تقوم على الخطأ المفترض من جانبه وعلى الضرورة إثباته.

### المبحث الثاني

#### حالات قيام مسؤولية الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب

يسأل الناقل الجوي طبقاً للأحكام الخاصة بمسؤوليته عن أي ضرر يصيب الركاب حيث أن أهم ما يرتبه عقد النقل الجوي هو الالتزام بضمان سلامة الركاب.

كما يفرض عقد النقل على عاتق الناقل الجوي التزاماً باحترام مواعيد النقل، كما تتشغل ذمة النقل الجوي بالتعويض عن الأضرار التي تلحق المسافرين نتيجة لعمليات القرصنة الجوية. وعلى هذا فإن مسؤولية الناقل الجوي الدولي تجاه الركاب تقوم في حالات ثلاث هي: مسؤوليته عن سلامة الركاب، ومسؤوليته عن التأخير، ومسؤوليته عن عمليات القرصنة الجوية. و سوف نتناولها في ثلاث مطالبات تباعاً.

### المطلب الأول

#### مسؤولية الناقل الجوي عن سلامة الركاب

نصت المادة (١٧) من اتفاقية وارسو على أن يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن الضرر الذي يقع في حالة وفاة أو جرح أو أي أذى بدني آخر يلحق الركاب إذا كانت الحادثة التي تولد منها الضرر قد وقعت على متن الطائرة أو في أثناء أية عملية من عمليات صعود الركاب ونزولهم. و المقصود هنا " بالالتزام بضمان السلامة " أن يلتزم الناقل الجوي بتوصيل المسافر إلى نقطة الوصول المتفق عليها سليماً معافى<sup>(٨٧)</sup> ومصدر الالتزام في القانون الإماراتي والكويتي هو عقد النقل المتفق عليه. فالالتزام الناقل الجوي في كل من القانونين الكويتي والإماراتي بضمان سلامة الركاب هو التزام عقدي بتحقيق غاية و إذا لم تتحقق النتيجة فتتشغل ذمة الناقل ودون ما حاجة إلى إثبات وقوع الخطأ.

الكندري، مرجع سابق، ص ١٨٨. (86)

د/ محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص ٢٠٥. (87)

واتفاقية وارسو أخذت بأمر آخر مؤداه اعتبار هذا الالتزام التزاما ببذل عناية مع نقل عبء الإثبات إلى الناقل الجوي فيفترض وقوع الخطأ في جانبه حتى يقوم الدليل على العكس ويكون ذلك بأن يثبت الناقل أنه اتخذ كافة الاحتياطات الضرورية لتوقي الضرر ، وأيا كان الأمر فلقد أصبحت مسؤولية نقل الراكب بمقتضى بروتوكول جواتيمالا الموقع سنة ١٩٧١ مسؤولية مادية أساسها الخطر المفترض ، وعليه سنبحث شروط قيام مسؤولية الناقل الجوي الدولي في اتفاقية وارسو ، وعلى النحو الآتي:

تنص المادتان (١٩,١٧) من اتفاقية وارسو عن مسؤولية الناقل الجوي الدولي في نقل الأشخاص، ولقد عدل بروتوكول جواتيمالا المادة (١٧) فنصت هذه الاتفاقية على مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر في حالة وفاة الراكب أو إصابته بأي أذى متى وقع الحادث على متن الطائرة أو أثناء عمليات صعود و نزول الراكب ، ويتضح من هذا النص ضرورة توافر شروط ثلاثة لقيام مسؤولية الناقل الجوي هي:

١- أن يكون الإخلال بضمان السلامة نشأ عن حادث.

٢- أن يقع الحادث في فترة زمنية معينة.

٣- أن يترتب عليه ضرر أصاب الراكب.

الشرط الأول: أن يكون الإخلال بضمان السلامة نشأ عن حادث:

لم تحدد اتفاقية وارسو المقصود بالحادث ، ولكن الفقه عرف الحادث بأنه: كل واقعة فجائية ناجمة عن عملية النقل ومرتبطة به حيث أن أصلها يعود إلى استغلال الطائرة وعلى هذا فلا يسأل الناقل الجوي عن الأضرار الناجمة عن اعتداء راكب على آخر لأن واقعة الاعتداء لم تنجم عن عملية النقل وليست متصلة بعملية الاستغلال الجوي<sup>(٨٨)</sup>. لكن البروتوكول الموقع في مونتريال سنة ١٩٦٦ وبروتوكول جواتيمالا الموقع عام ١٩٧١ جعل الحادث كل الأسباب المؤدية للضرر سواء كانت ناجمة عن عملية النقل أم عن غيرها وسواء كانت مرتبطة باستغلال الطائرة أو غير مرتبطة به، وعليه فيعتبر النقل الجوي مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي تلحق بالراكب اذا قام أحد الراكب بتغيير مسار الطائرة والهبوط في غير محطة الوصول<sup>(٨٩)</sup>.

الشرط الثاني: وقوع الحادث في فترة زمنية معينة:

تبدأ مسؤولية الناقل من وقت بدء الناقل الجوي في تنفيذ الالتزامات التي يترتبها عقد النقل في ذمته. ونصت الاتفاقية على ضرورة وقوع الحادث على متن الطائرة أو أثناء صعود أو نزول الراكب فالفترة الزمنية تشمل المرحلة التي تحلق فيها الطائرة وتشمل عمليات الصعود والنزول<sup>(٩٠)</sup>.

(٨٨) د/ وفاء جلال محمددين، دروس في القانون الجوي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ١٩٩٢، ص ٢٨٧.

محمود مختار بريرى، قانون الطيران وقت السلم، دار الفكر العربية، سنة ١٩٨٥، ص ١١٣. (89)

محمود سمير الشرفاوى، محاضرات في القانون الجوي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٩، ص ٩١. (90)

وعلى هذا فيسأل الناقل الجوي منذ اللحظة التي يصبح فيها الراكب تحت إمرة الناقل الجوي أو تابعيه بالقاعة المعدة لتجمع المسافرين بمطار القيام للتوجه للطائرة ولا تنتهي المعدة لنقله، ويستمر هذا الالتزام طالما كان الراكب على متن الطائرة ولا تنتهي مساءلة الناقل الجوي إلى لحظة تخلص الراكب من وصاية الناقل الجوي بدخوله مباني مطار الوصول، وعلى هذا فلا يسأل الناقل الجوي عما يصيب الراكب بسبب حادث حصل خارج نطاق هذه الفترة كما لو أن الحادث حدث أثناء انتقال الراكب من مكاتب النقل الموجودة بوسط المدينة إلى المطار بواسطة العربات التي يخصصها الناقل الجوي لهذا الغرض أو اذا أصيب أثناء تجوله في في ردهات مطار القيام أو الوصول طالما لم يكن موجودا تحت إمرة الناقل لأن هذه المباني ليست ملكا لشركات النقل الجوي وللمسافرين مطلق الحرية أثناء وجودهم بها ولكن تتعدّد مسؤوليته وفقا للقواعد العامة في القانون المدني والتجاري.

وبهذا قضت محكمة استئناف ليون الغرفة الأولى بقرارها الصادر في ١٠/٢/١٩٧٦ حيث تعرض الراكب إلى أذى لتزحلقه بسبب وجود سداد قنينة شراب، لمقاة على أرضية صالة مطار أورلي وقبل أن يدخل الراكب إلى صالة المغادرين حيث يفترض بدء وصاية الناقل أو أحد تابعيه واستندت المحكمة في قرارها هذا لابعاد المسؤولية عن الشركة بقولها ولو كان المدعي حاملا بطاقة المغادرة، فان شركة الطيران غير مسؤولة عن ادارة المطار ولا يدخل في التزاماتها تنظيف أرضيته وأبنيته وبذلك لا يعد هذا الحادث داخلا في نطاق مسؤولية شركة الطيران<sup>(٩١)</sup>.

الشرط الثالث: الضرر الذي يصيب الراكب:

لا تتعدّد المسؤولية إلا إذا لحق الضرر بالراكب، ولما كانت مسؤولية الناقل الجوي في القانونين الكويتي و الإماراتي هي مسؤولية عقدية ومن ثم فلا تعويض إلا عن الأضرار المتوقعة إلا إذا كان الضرر يرجع إلى غش الناقل أو خطئه الجسيم، ففي هذه الحالة يلتزم بتعويض جميع الأضرار التي لحقت بالراكب متوقعة أو غير متوقعة، مادية أو أدبية.

ولم تشر المادة (١٧) من الاتفاقية إلى الضرر النفسي، أي الأذى النفسي والأذى المعنوي، مكتفية بالإشارة إلى الأضرار المتمثلة في وفاة الراكب أو إصابته بجروح أو أي أذى بدني آخر دون أن يرد ذكر الضرر العصبي أو الضرر المعنوي.

وقد تطرق ممثل اليونان في اجتماع لاهاي إلى الضرر عند إشارته إليه بقوله: "إن المادة (١٧) لم تنص على الضرر العصبي الذي يلحق بالراكب من جراء إثارة أعصابه بسبب ما يحصل له من مخاوف، ولو أنه لم يصب أذى جسماني، فاقترح إضافة مثل هذا المعنى على المادة المذكورة، غير أن اقتراحه لم يلق قبولا. ومع ذلك يجب أن نفسر المادة بحيث تشمل هذا الضرر أيضا، وأن سبب عدم درج المقترح المذكور يمكن أن نفسر بأن الطائرات آنذاك لم تكن تتعرض لأعمال الاختطاف وحجز الركاب وتعرضهم

---

مشار إليه في المجلة الفرنسية للقانون الجوى (١٩٧٦)، ص ٢٦٥. (91)

للصدّات العصبيّة وما يلاقونه من آلام نفسيّة من جرّاء احتجازهم كرهائن. وأثيرت المسألة ثانية عند انعقاد مؤتمر لاهاي ١٩٥٥، أي فيما إذا أدخلت هذه الأضرار في مفهوم المادة (١٧) أم أنها تبقى خارجة عنها باعتبارها لا تنص عليها وكذلك المادة (٢٣١) من القانون الكويتي حيث ورد فيها ما يلي<sup>(٩٢)</sup>:

**يتناول التعويض عن العمل غير المشروع الضرر، ولو كان أدبيا.**

ويشمل الضرر الأدبي على الأخص ما يلحق الشخص من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المالي. كما يشمل الضرر الأدبي كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن و الأسى وما يفقده من عاطفة أحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه.

ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن الوفاة الا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية.

يثار التساؤل هنا حول مدة مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الذي يلحق الراكب نتيجة الأزمات النفسية أو الصدمات العصبيّة التي تصيبه من جرّاء اختطاف الطائرة. فيطالب الراكب الناقل الجوي بالتعويض استنادا إلى نص المادة (١٧) من اتفاقية وارسو حيث جاء بعبارة أي أذى بدني آخر لأنها تتسع لاحتواء كافة صور الأذى الذي تلحق الراكب جسديّة كانت أو نفسيّة أو عصبيّة أو عقلية أم أنها قاصرة فقط على حالة الأذى الجسماني وحده. هناك اتجاه يرى مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار النفسية والعصبيّة التي تلحق الراكب بصورة مستقلة عن الأضرار الجسديّة بينما يرى الاتجاه الآخر عكس ذلك ويرفض المسؤولية الناقل الجوي عن هذه الأضرار الجسديّة فهناك تفسير موسع وآخر عكسه<sup>(٩٣)</sup>.  
أولاً: التفسير الموسع للأضرار النفسية:

هذا التفسير يرى مساءلة الناقل الجوي عن الآلام النفسية و الاضطرابات العصبيّة التي يتعرض لها الراكب ولو لم تقترن أو تترتب على إيذاءات جسمانية، وهذا التفسير الواسع لعبارة "الأذى البدني" الوارد بنص المادة (١٧) من الاتفاقية يتمشى مع ما كشف عنه التقدم العلمي من وجود ارتباط وثيق بين جسد الإنسان والجهاز العصبي والنفسي ومدى تأثر كل منهما بالآخر وتأثيره فيه على نحو يصعب معه الفصل بينهما. وذلك على أساس انه ليس في عبارات المادة ذاتها أو الأعمال التحضيرية للاتفاقية ما يستبعد بعض حالات الضرر من المسؤولية فعبارة الأذى البدني يمكن تفسيرها على أنها تشمل الأضرار النفسية، إذ إن دراسات علم وظائف الأعضاء قد كشفت عن ارتباط النفس بالبدن وتأثر كل منهما الآخر.

القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ / ١٩٨٠، نشر بالعدد ١٢٢٥ الكويت ٥ يناير ١٩٨١. (92)

انظر هذه اتجاهات في: خالد، عدلى أمير، المرجع السابق، ص ٦٦. (93)

وعند تفسير عبارات المادة (١٧) نرى أن هذه الاتفاقية إنما هي حصيلة عملية موازنة وتوفيق بين النظم القانونية المختلفة على أسس معقولة ومقبولة بين الدول جميعا وذلك بقصد القضاء على التضارب والخلاف بين النظم القانونية الوطنية المختلفة، وعلى هذا فتفسير هذا النص يرجع فيه إلى عناصر الاتفاقية الذاتية وخاصة على ضوء موضوعها والغرض منها والظروف التي صاحبت وضعها و الأعمال التحضيرية ومراحل إعدادها. وكذلك يتعين ونحن بصدد تفسير هذه المادة أن نطرح جانبا المعنى الحرفي أو المعتاد للألفاظ والعبارات المستخدمة، بل يتعين البحث عن المضمون القانوني الذي قصده واضعوا الاتفاقية.

وهذا التفسير الموسع هو الأكثر اتفاقا مع الأسس التي تقوم عليها الاتفاقية وأغراضها، والقول بغير ذلك يؤدي إلى أن الناقل الجوي لن يكون مسؤولا طبقا لأحكام المسؤولية عن الأضرار النفسية وذلك مما يجعل للراكب مساءلة الناقل عن هذه الأضرار وفقا لقانون الوطني، ويترتب على ذلك أن يكون الناقل مسؤولا عن الأذى الجسماني في الحدود المقررة في الاتفاقية ثم يسأل عن الأذى البدني طبقا للاتفاقية والآخر عن الأذى النفسي. ان الأخذ بالتفسير الواسع يحقق الانسجام والتوافق بين النصوص الاتفاقية المختلفة وهذا التفسير الواسع هو ما أكدته بروتوكول جواتيمالا سيتي ١٩٧٢ وأخذت به الاتفاقيات الدولية الأخرى.

ثانياً: التفسير الضيق للأضرار النفسية:

يرى أصحاب هذه التفسير رفض المسؤولية عن الأضرار النفسية على أساس أن نص الاتفاقية يتكلم عن الجرح أو أذى بدني آخر ولفظ بدني الوارد بالنص ينصرف الأذى الجسماني وحده، وقد سارت الأحكام على أساس أن الغاية من تفسير الاتفاقية إنما يكمن في إعطاء الألفاظ التي اتفق عليها واضعوها المعنى الذي قصدوه في ضوء الظروف التي أبرمت في ظلها الاتفاقية، وأن إضافة لفظ بدني إلى كلمة أذى يستبعد الآلام و الاضطرابات متى اقترنت بأذى بدني ومتى كانت نتيجة مباشرة له، إذ تعد في هذه الحالة من قبيل الأضرار الحاصلة في حالة أي أذى بدني يلحق الراكب ويسأل عنه الناقل طبقا للمادة (١٧) من الاتفاقية، وعلى العكس من ذلك إذا تترتبت الأضرار الجسمانية نتيجة الآلام النفسية أو الاضطرابات العصبية فلا محل للتعويض عن الأضرار البدنية أو النفسية في هذه الحالة<sup>(٩٤)</sup>.

### المطلب الثاني

#### مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير

من أهم العناصر النقل الجوي "كسب وقت" والتي تنفرد به الطائرة ويقع على عاتق الناقل الجوي التزام بالنقل في الميعاد المحدد، وتقوم مسؤوليته إذا ما أخل بتنفيذ هذا الالتزام على نحو يلحق الضرر

---

د/ رفعت أبدير، مدى مسؤولية الناقل الجوي وفقا لاتفاقية وارسو عن الأضرار التي تلحق بالراكب جراء اختطاف (94)

الطائرات، سنة ١٩٨٣، ص ١٨.

بالمسافر أو الشاحن. وهذا الالتزام وفقاً للقانونين الكويتي والإماراتي يعد التزاماً بتحقيق نتيجة، فبمجرد عدم حصول النتيجة والتي تتمثل في توصيل المسافر أو البضاعة إلى مكان الوصول في الميعاد المتفق عليه، تتعدّد مسؤولية الناقل الجوي إلا إذا أقام الدليل على أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا دخل لإرادته في حدوثه<sup>(٩٥)</sup>.

والالتزام بتحقيق النتيجة يكون في حالة الاتفاق سلفاً على تنفيذ النقل في ميعاد محدد، ولكن إذا تخلف في مثل هذا الاتفاق فينقلب الالتزام إلى التزام ببذل عناية أي التزام الناقل بالنقل في الميعاد المعقول. وهنا يتعين على المضرور إثبات أن عدم التنفيذ في الميعاد المعقول يرجع إلى خطأ الناقل. هذا ونصت اتفاقية وارسو على مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار المترتبة على التأخير في نقل الركاب والأمتعة والبضاعة، ولقيام المسؤولية يشترط ثلاثة شروط هي:

• التأخير عن الميعاد

• حدوث التأثير في فترة زمنية معينة

• الضرر

الشرط الأول: التأخير عن الميعاد:

التأخير يعني مجاوزة الميعاد إذا كانت هناك مدة محددة سلفاً لتنفيذ عملية النقل، ورغم وضوح هذه المبدأ إلا أنه أثار صعوبات ترجع إلى عاملين:  
أولهما: أن الاتفاقية لم تضع معياراً يمكن على ضوئه تحديد المقصود بالتأخير الذي يؤدي إلى مساءلة الناقل الجوي.

وثانيهما: أن مبدأ المسؤولية عن التأخير لقي معارضة شديدة من الناقلين الجويين والاتحاد الدولي لمؤمني شركات الطيران بحجة أنه يؤدي إلى عرقلة الملحة الجوية ويعرضها للخطر، إذ أن تلك الملاحاة مرتبهة بظروف مختلفة ليس في إمكان الناقل الجوي السيطرة عليها كالظروف الخاصة بالجو، فقد تسمح بالطيران أو لا تسمح، وكالظروف الخاصة بقدرة الطائرة على حمل البضائع<sup>(٩٦)</sup>.

ولقد ظهر أثر هذه المعارضة على الشروط التي تدرجها شركات الطيران والتي تقضي بأنه ليس هناك اشتراط على إتمام النقل في مدة محددة، وبأن الساعات الرحيل والوصول المبينة في الجداول مواعيد الناقلين أو في أي وثائق أخرى لا تعتبر جزءاً من عقد النقل فما هي الا مؤشر تقريبي لمتوسط الوقت التي تستغرقه عملية النقل. وأدت هذه الصعوبات إلى أن صار مبدأ المسؤولية عن التأخير مركزاً للصراع بين المصالح المتباعدة لمستعملي الطائرة والناقل الجوي في دفع أقل تعويض ممكن.

د/ فاروق أحمد زاهر، تحديد مسؤولية الناقل وفقاً للنظام الفاروسوفى، جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٥، ص ٣٥٥. (٩٥)

د/ عدلى أمير خالد، أحكام مسؤولية الناقل الجوي، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٠، ص ٦٦ (٩٦)

ولقد ظهرت محاولات لغرض توفيق بين هذه المصالح المتعارضة فذهبت إلى صحة شروط عقد النقل التي تقضي بعدم التزام النقل الجوي بميعاد محدد للنقل، وأن المواعيد المحددة في جداول مواعيد الناقلين لا تعتبر جزءاً من عقد النقل وإنما مجرد مؤشر تقريبي لمتوسط الوقت الذي يستغرقه النقل، وإعفاء الناقل من المسؤولية عن التأخير طالما أن المضرور لم يقدم الدليل على أن التأخير يرجع إلى خطأ جسيم من جانب الناقل الجوي.

الشرط الثاني: حدوث التأثير في فترة زمنية معينة:

إذا حصل التأخير أثناء فترة النقل الجوي فيسأل الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية وارسو وإن كان خارجها فيسأل طبقاً لقواعد الإسناد في قانون المحكمة المختصة بالفصل في النزاع<sup>(٩٧)</sup>.

وهناك نظريتان لتحديد فترة النقل الجوي هما: ١- نظرية جوديس، ٢- نظرية موريس ليموان.

أولاً: نظرية جوديس<sup>(٩٨)</sup>:

قصر جوديس فترة النقل الجوي على المدة الزمنية التي تبدأ في السريان منذ اللحظة التي تنتهي فيها الطائرة للإقلاع من مطار القيام وتنتهي بالهبوط على أرض مطار الوصول.

وهذه النظرية يكاد يجمع الفقه على استبعادها لأنها تجعل مبدأ المسؤولية عن التأخير من قبيل اللغو لأن قصر فترة النقل الجوي على تلك الفترة التي تكون فيها الطائرة في الجو يجعل من العسير على مستعملي الطائرة إقامة دليل على وقوع التأخير أثناء تلك الفترة. هذا فضلاً عن أن معظم حالات التأخير تتحقق قبل أقلاع الطائرة من مطار القيام أو بعد هبوطها في مطار الوصول.

ثانياً: نظرية موريس ليموان<sup>(٩٩)</sup>:

حددت فترة النقل الجوي التي يقع التأخير خلالها بأنها ذات الفترة الخاصة بمسؤولية الناقل الجوي عن هلاك أو ضياع البضاعة. وتقوم هذه النظرية على أساس أنه طالما يترتب على التأخير ضرر من نفس نوع الأضرار التي تصيب البضاعة فإن المنطق يعطي لفترة النقل الجوي الخاصة بالتأخير نفس المعنى الذي أعطى لفترة النقل الخاصة بالمحافظة على البضاعة. وهذه النظرية وإن كانت تسير المنطق بالنسبة للتأخير في نقل البضاعة، إلا أنها لا تتفق في حالة التأخير بنقل الركاب.

ويسأل الناقل الجوي وفقاً للاتفاقية عن التأخير في نقل البضائع متى وقع هذا التأخير خلال الفترة التي تتواجد فيها البضاعة في حراسة الناقل.

كما يسأل الناقل وفقاً لاتفاقية وارسو عن التأخير في نقل الركاب إذا حدث التأخير أثناء الفترة الزمنية التي تمتد بين لحظة مغادرة الراكب تحت أمر الناقل القاعة المعدة لتجميع المسافرين بمطار القيام

د/ محمد موسى دياب، فكرة الخطأ في اتفاقية وارسو، دار النهضة العربية، القاهرة سنة ١٩٨٦، ص ١٢٢. (97)

انظر بخصوص هذه النظرية: الكندري، مرجع سابق، ص ١٩٦-٢٠٠. (98)

انظر بخصوص هذه النظرية: الكندري، مرجع سابق، ص ٢٠١-٢٠٣. (99)



للتوجه إلى الطائرة المعدة لنقله وحتى لحظة تخلصه من وصاية الناقل الجوي بدخول مباني مطار الوصول.

الشرط الثالث: الضرر الناشئ عن التأخير:

لكي يسأل الناقل عن التأخير لا بد وأن ينشأ عن التأخير ضرر يصيب الراكب أو يلحق البضاعة، ولم توضح الاتفاقية المقصود بالضرر أو نوعه، والرأي مستقر على الرجوع إلى القوانين الوطنية.

### المطلب الثالث

#### مسؤولية الناقل الجوي عن عمليات القرصنة الجوية

لقد صار النقل الجوي في أواخر الستينات عرضة لمحاولات اختطاف الطائرات وللاعتداءات التي تقع على الركاب داخل المطارات، مما دعا الكثير من الدول العمل على تأمين الملاحة الجوية الدولية، فأبرمت اتفاقية لاهاي سنة ١٩٧٠ الخاصة بقمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات، ثم اتفاقية مونتريال سنة ١٩٧١ والخاصة بقمع الأفعال غير المشروعة الموجهة ضد أمن الطيران المدني. ولقد ظلت مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تلحق الركاب من جراء أعمال القرصنة الجوية خاضعة لذات المبادئ والنصوص الواردة باتفاقية وارسو سنة ١٩٢٩ وتعديلاتها السارية، وهذه الاتفاقية لم تتصدى لأعمال القرصنة الخاصة باختطاف الطائرات والاعتداءات التي تقع على الركاب.

ولقد ثار التساؤل حول مدى اعتبار عملية اختطاف الطائرة من قبيل الحادث في مفهوم اتفاقية وارسو، وحول نطاق "عمليات الصعود والهبوط" بالنسبة لأعمال العنف التي ترتكب داخل مباني المطار والركاب بصدد انجاز رحيلهم أو بعد وصولهم. وفي هذا الصدد نصت المادة (١٧) من اتفاقية وارسو على مسؤولية الناقل عن الضرر الحاصل في حالة الوفاة أو الجرح أو أذى بدني آخر متى وقع الحادث الذي نجم عنه الضرر على متن أو في أثناء عملية الصعود أو الهبوط.

واتفاقية وارسو لم تحدد المقصود "بالحادث" واختلف الرأي في تحديد المقصود بأحداث فقصره رأي على الحالة التي تتعطل فيها الطائرة ويصاب الركاب أو الطاقم أو الغير، بينما يراه رأي آخر بأنه واقعة فجائية مستقلة عن إرادة الناقل الجوي وتابعيه. ويرى رأي أنه يتعين لاعتبار الواقعة حادثاً أن تكون ناجمة عن النقل ومرتبطة به من حيث أصلها باستغلال الطائرة. وأطلق وصف الحادث على كل واقعة يترتب عليها المساس مباشرة بشخص الراكب.

وأثير السؤال حول القرصنة الجوية هل تعد من قبيل الحادث؟ أي هل تعد واقعة اختطاف الطائرة "حادثاً"؟ ليس في اتفاقية وارسو ما يسمح بقصر الحادث على العطل الفني أو الخلل الميكانيكي للطائرة أثناء الرحلة مما يعتبر معه أنه عملية القرصنة الجوية "حادثاً"، فالحادث يشمل كل واقعة فجائية غير متوقعة ومستقلة عن إرادة الناقل وتابعيه وتخل بالسير المعتاد للرحلة الجوية. وهذا يعني تحمل الشركات النقل الجوي وحدها لهذه المخاطر لقدرتها على السيطرة عليها ولأنها أقوى على تحمل التبعة.

هذا ويتعين معاصرة الحادث لفترة لنقل الجوي أي ان يقع الحادث على متن الطائرة أو أثناء عملية الصعود أو عملية الهبوط. ولما كانت الاتفاقية لم تحدد المقصود بهذه العبارات فاعتبر أحد كتاب المسؤولية الناقل تمتد فيما بين قيام الطائرة من مطار الإقلاع وهبوطها في مطار الوصول وتنتهي مسؤولية الناقل بمجرد خروج الراكب من الطائرة وابتعاد عنها<sup>(١٠٠)</sup>.

أما المقصود بعمليات الصعود والهبوط فإنها تنحصر في عمليات الصعود والهبوط إلى الفترة التي يتواجد فيها الراكب في حصن المطار باعتباره المكان الذي تحف به المخاطر الطيران المرتبطة بنشأة الطائرة وتشغيلها، أما عندما يكون الراكب داخل مباني المطار فإنه يكون بمنأى عن هذه المخاطر وبالتالي يكون خارج نطاق عمليات الصعود والهبوط ولا يسأل الناقل عما يصيب الراكب في هذه الحالة، وعلى العكس من ذلك فإن توسيع نطاق عمليات الصعود و الهبوط يؤدي إلى توسيع مسؤولية الناقل إلى الاعتداءات الإرهابية تعد في هذه الحالة من مخاطر الطيران.

هذا والأعمال التحضيرية للاتفاقية تدل على استبعاد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تلحق الركاب داخل مباني المطار. ولما كان الراكب لا يتعرض للمخاطر اللصيقة بالنقل الجوي الا وهو على متن الطائرة أو في مجال استخدامها وجب حصر "عمليات الناقلين الجويين ومصالح المتعاقدين معهم - ومبدأ المسؤولية المحدودة للناقل الجوي وذلك بوضع حد أقصى للتعويض الذي يتلزم الناقل الجوي بدفعه، ولكن هذا الحد الأقصى للتعويض يحرم على الناقل التمسك به إذا ثبتت سوء نيته، حيث نصت الاتفاقية في مثل هذه الحالة على عدم الاستفادة التي تقضي بإعفائه من المسؤولية أو التخفيف منها، بمعنى آخر تصبح مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية غير محددة بحد أقصى من التعويض. وسنبحث هذا المطلب ضمن أربعة فروع

### الفرع الأول

مبدأ تحديد التعويض في اتفاقية وارسو<sup>(١٠١)</sup>

قررت اتفاقية وارسو وضع حد أقصى للتعويض لا يلتزم الناقل بأكثر منه في مواجهة المضرور، وقصرت الاستفادة من التعويض المحدد على الناقل حسن النية. كما قررت إلغاء الشروط التي يضعها الناقل بقصد إعفائه من المسؤولية أو تخفيف التعويض عن حده الأقصى.

### الفرع الثاني

---

(١٠٠) د/ عدلى الأمير خالد، المرجع السابق، ص ٨٣

د/ عدلى الأمير خالد، المرجع السابق، ص ٩٠. (101)

## مبررات تحديد التعويض

أولاً: إن ازدهار النقل الجوي واستمراره لن يتحقق إذا ما التزم الناقل بتعويض كل الضرر لاستحالة قيامه مقدماً بحساب المخاطر التي قد يتعرض لها مشروعه. فهو لا يعرض مقدماً قيمة البضائع أو جملة المبالغ التي سيدفعها كتعويض للمضروبين من الركاب ذلك أن قيمة التعويض تتوقف على عوامل كثيرة كالمركز الاجتماعي للمسافر، وظروف إصابته، فإذا ما كان التعويض محددًا فيمكن للناقل أن يعلم مقدماً الحد الأقصى لمبلغ التعويض الذي قد يحكم به عليه فيكون من الميسور حساب المخاطر التي يتعرض لها وإبرام التأمين عليها.

ثانياً: إن الحوادث التي تتعرض لها الطائرات كثيراً ما تؤدي إلى هلاك ما بداخلها جميعاً، فإذا انعقدت مسؤوليته عن تعويض كل الضرر أدى ذلك إلى إفلاس الناقل وشل حركة الملاحة، فهو مسؤول عن تعويض الركاب والبضائع وطاقم الطائرة فضلاً عن هلاك الطائرة ذاتها، لذلك كان من الضروري تحديد التعويض وليس هذا بدعة فقد عرف ذلك القانون البحري.

وضعت الاتفاقية حداً أقصى للتعويض عن الأضرار التي تلحق بالركاب والبضائع في مجال الركاب، فالمسؤولية قبل كل راكب محددة بمبلغ ١٢٥ ألف فرنك. أما الأمتعة المجلة والبضائع فحددت المسؤولية بمبلغ ٢٥٠ فرنك عن كل كيلو جرام. أما حقائب اليد فحددت المسؤولية عنها بخمسة آلاف فرنك راكب.

ويقصد بالفرنك في هذا المقام الفرنك الذهب، وتكون هذه المبالغ قابلة للتحويل إلى عملة وطنية، وهذا التقدير ليس جزافياً وإنما هو بمثابة حد أقصى لما يدفعه الناقل الجوي من تعويض بحيث إذا ثبت أن قيمة الضرر أدنى من هذا الحد فلا يستحق المضرور إلا التعويض المساوي لهذه القيمة، فشرط الحصول على الحد الأقصى هو أن يكون الضرر مساوياً له أو أكبر منه دون مجاوزة الحد الأقصى المقرر في الاتفاقية.

## الفرع الثالث

### الحد الأقصى للتعويض في بروتوكول لاهاي سنة ١٩٥٥

بعد أن مضى وقت طويل على الاتفاقية الموقعة في سنة ١٩٢٩ فقد أصبح التعويض غير متناسب مع ارتفاع مستوى المعيشة والأسعار مما دعا إلى تعديل الاتفاقية بمقتضى بروتوكول لاهاي سنة ١٩٥٥ فرفع الحد الأقصى للتعويض عن إصابة الركاب إلى مبلغ ٢٥٠ ألف فرنك. ولم يعدل الحد الأقصى للتعويض في مجال نقل البضائع والأمتعة المسجلة ولكنه جعل الأساس الذي يتخذ لحساب الحد الأقصى للتعويض هو الوزن الكلي للطرود اللاحق به بالضرر دون غيرها من الطرود الأخرى، إلا إذا كان

من شأن الضرر الجزئي الانتقاص من قيمة الطرود كلها فعندئذ يتم الحساب على أساس الوزن الكلي لجميع هذه الطرود مما لحقة الضرر وما انتقصت قيمته.

وبموجب بروتوكول لاهاي ألغيت المادة (٢٢) من المعاهدة حيث جاء نص المادة الحادية عشر من بروتوكول لاهاي.

#### الفرع الرابع

الحد الأقصى للتعويض في اتفاق مونتريال سنة ١٩٦٦

على الرغم من رفع التعويض بموجب اتفاقية لاهاي إلا أن أمريكا رفضت التصديق على هذا البروتوكول بحجة أن مقدار التعويض يتنافى مع آدمية الإنسان وكرامته، وصرحت برغبتها بالانسحاب من اتفاقية وارسو مما دعا الاتحاد الدولي للنقل الجوي بضرورة توقيع اتفاق مع هيئة الطيران المدني الأمريكي، وقد تم ذلك وعدل هذا الاتفاق أساس المسؤولية فوضع حداً أقصى للتعويض لكل راكب بمبلغ ٧٥ ألف دولار، ولكنه لم يتعرض لنقل البضاعة والأمتعة<sup>(١٠٢)</sup>.

#### المطلب الثاني

حالات إعفاء الناقل الجوي الدولي من المسؤولية في عقد نقل الركاب

تنص المادة (٢١) من اتفاقية وارسو على أنه: "إذا أثبت الناقل الجوي أن خطأ الشخص المصاب هو الذي تسبب عنه الضرر أو ساعد على وقوعه، فللمحكمة تطبيقاً لأحكام قانونها الخاص أن تستبعد مسؤولية الناقل أو تخففها".

ولقد صدر بروتوكول لاهاي وألغى المادة (٢١) من الاتفاقية سالفة الذكر واستبدلها بنص المادة (٧) من بروتوكول لاهاي والتي جرى نصها كالآتي: "تلغى المادة (٢١) من المعاهدة ويستبدل بها النص الآتي: إذا أثبت الناقل أن الشخص الذي يطالب بالتعويض هو الذي تسبب في إحداث الضرر أو شارك فيه بإهماله أو خطئه أو امتناعه، فيعفى الناقل من مسؤوليته قبل هذا الشخص كلياً أو جزئياً بنسبة ما سببه من هذا الإهمال أو الخطأ أو الامتناع عن الضرر أو بمقدار ما يكون قد شارك فيه"<sup>(١٠٣)</sup>.

ونجد في هذه الحالة أنه يعفى الناقل الجوي من المسؤولية ولكن لا يجوز الاتفاق على الإعفاء، وقد قررت اتفاقية وارسو في المادة (٢٣) منا بأن كل شرط يهدف إلى إعفاء الناقل من المسؤولية أو وضع حد أدنى من الحد المعين بالاتفاقية يكون باطلاً وكأن لم يكن.

(١٠٢) د/ عدلى الأمير خالد، المرجع السابق، ص ٩٠.

(١٠٣) العرينى، وفاء جلال، المرجع السابق، ص ٤٤٥.

فببطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً، وقد استثنى بروتوكول لاهاي من حكم البطلان الشروط المتعلقة بالضياع أو الضرر الناتج عن طبيعة البضاعة أو عيب ذاتي فيها.

واتفاقيات المسؤولية هي "اتفاقات يقصد بها تعديل أحكام المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد، أو المتولدة عن إتيان فعل غير مشروع، إما برفع المسؤولية عن المدين فيمتنع ترتب آثارها في ذمته، رغم توفر جميع عناصرها، ولا يلتزم من ثم هذا الأخير بدفع تعويض إلى الدائن؛ وإما بتخفيف المسؤولية مع بقائها على عاتق المدين، فيتضاءل أثرها قبله ولا يلتزم بالتالي إلا بدفع تعويض جزئي؛ وإما بإنقاص المدة التي يجوز فيها للدائن رفع دعوى المسؤولية عليه". فاتفاقات المسؤولية على هذا النحو هي تلك التي يقصد بها تنظيم آثار المسؤولية على غير الوجه الذي نظمت عليه في القانون<sup>(١٠٤)</sup>.

ولا يصح الخلط بين اتفاقات رفع المسؤولية وتلك التي تتعلق بتحديد مضمون العقد بحذف التزام ناشئ عنه أو بتخفيفه. فموضوع الاتفاقات ليس إعفاء المدين من التزامه أو تخفيفه عنه، بل يظل المدين رغم وجود اتفاق الإعفاء من المسؤولية مثقلاً بهذا الالتزام، ويجب عليه الوفاء به. وينحصر أثر الاتفاق في أن المدين إذا لم ينفذ التزامه لا يكون مسؤولاً قبل الدائن عن عدم تنفيذه، أو بعبارة أخرى لا يلتزم بتعويض هذا الأخير عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم التنفيذ. أما في اتفاقات تحديد مضمون العقد بحذف التزام أو بتخفيفه، فإن العاقد لا يكون ملزماً على الإطلاق بهذا الالتزام المحذوف، أو فيما جاوز حدود الالتزام المخفف، ولا يعلق أثر له في ذمته.

وإذا كان المبدأ في الاتفاقية هو بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، فلا يقتصر هذا البطلان على الشروط التي تهدف إلى ذلك بطريق مباشر، بل يمتد أيضاً ليطول كل شرط يهدف بطريق غير مباشر إلى مثل هذا الإعفاء أو التخفيف، وهو ما يتحقق بالانتقاص من الحقوق التي تقرها الاتفاقية للمضرة في سبيل تعويض ما يلحقه من ضرر.

وعلى هذا النحو يجب أن تعتبر باطلة شروط تقصير مواعيد الاحتجاج أو مدة سقوط أو تقادم الدعوى، وشروط نقل عبء الإثبات بوضعه على عاتق الراكب أو المرسل بدلاً من الناقل، إذ يحمل ذلك معنى التحايل على ما تقرره الاتفاقية من بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية نظراً لتعذر قيام الراكب أو المرسل بمثل هذا الإثبات.

ولكن يخرج عن نطاق البطلان المقرر في الاتفاقية الشروط التي تهدف إلى تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن طريق وضع حدود للتعويض أعلى من الحدود الواردة في المادة (٢٢)، وذلك لأن من هذه الشروط لا تتناقض مع المبادئ الواردة في نص المادة (٢٣) من الاتفاقية. ولكن تقدير صحة هذه الشروط يترك للقانون الوطني الواجب التطبيق.

(١٠٤) د/ عدلى الأمير خالد، المرجع السابق، ص ١٠٧

كذلك يخرج عن نطاق هذا البطلان كل اتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو النزول عن الحد الأدنى المقرر في المادة، ويكون معقول بعد وقوع الضرر، ذلك لأن البطلان الذي قرره الاتفاقية لا ينصرف إلا إلى الاتفاقات السابقة على وقوع الضرر، ويستفاد ذلك من نص المادة الثانية والثلاثين منها التي تقضي بأن: "تكون باطلة جميع شروط عقد النقل وجميع الاتفاقات الخاصة السابقة على وقوع الضرر إذا خالف الأطراف المتعاقدون بمقتضاها قواعد هذه الاتفاقية، إما بتعيين القانون الواجب التطبيق أو بتعديل قواعد الاختصاص".

كون عقد النقل من عقود الإذعان، على ما سلف بيانه وحماية للطرف الضعيف فيه، وهو الراكب أو الشاحن، يتدخل المشروع لرفع الشروط التعسفية التي لا يستطيع المستفيد من خدمة النقل رفضها وإلا حرم نفسه من التنقل. ولا يعتد بالصفة التعسفية لهذه الشروط إلا عند إبرام العقد وقبل حدوث الضرر، لأن ذلك هو الوقت الذي يحتاج فيه المسافر أو الشاحن إلى خدمات النقل، أما إذا وضعت هذه الشروط بعد وقوع الضرر فلا شبهة في الأمر لكون المتعاقد مع الناقل في موقف يسمح له برفضها<sup>(١٠٥)</sup>.

غير أن هذه الاتفاقات المعقودة بعد وقوع الضرر تخضع من حيث تقرير صحتها إلى حكم القانون الوطني الواجب التطبيق. وفي حالة مطالبة أي شخص آخر - بخلاف المسافر - بالتعويض المستحق لهذا المسافر بسبب وفاته أو إصابته، فيعفى الناقل أيضاً من مسؤوليته كلياً أو جزئياً إلى المدى الذي يستطيع فيه إثبات أن الضرر كان سببه خطأ أو إهمالاً أو امتناع المسافر أو مشاركته فيه<sup>(١٠٦)</sup>.

---

(١٠٥) العريني، وفاء جلال، المرجع السابق، ص ٤٤٦

(١٠٦) د/ عدلى الأمير خالد، المرجع السابق، ص ١٠٧.

## الفصل الثالث

### الآثار المترتبة على قيام المسؤولية المدنية للناقل

#### الجوي الدولي للركاب

حققت اتفاقية وارسو سنة ١٩٢٩ وتعديلاتها اللاحقة - ولو في بعض المسائل - تنظيمًا جوهرياً في الأحكام الموضوعية لمسؤولية الناقل الجوي الدولي، ومحافظة على هذه المسائل نظمت الاتفاقية الأحكام الإجرائية لمسؤولية الناقل الجوي، فكما هو معروف تختلف القواعد الإجرائية ليس فقط من نظام قانون لنظام آخر، بل إن القواعد الإجرائية تتفاوت من دولة لأخرى ولو أنهما ينتميان إلى نظام قانوني واحد.

فالناقل الجوي قد يخفق في الالتزامات الملقاة على عاتقه مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقدين معه، ولا شك في أن هذا الأخير سيلجأ إلى القضاء لاقتضاء التعويض عن الضرر الذي أصابه. ولهذا فلا يكفي وجود أحكام موضوعية تنظم مسؤولية الناقل الجوي، بل لا بد من وجود أحكام إجرائية تيسر له إجراءات التقاضي.

وحفاظاً على حقوق المتعاقد نظمت اتفاقية وارسو الأحكام الإجرائية بمسؤولية الناقل الجوي الدولي وعالجت بها أحكام دعوى مسؤولية الناقل الجوي الدول وعليه، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين هما:

**المبحث الأول:** دعوى المسؤولية على الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب.

**المبحث الثاني:** الجزاء المدني المترتب على قيام مسؤولية الناقل الجوي الدولي للركاب.

المبحث الأول

دعوى المسؤولية على الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب

لقد اهتمت النظم القانونية بتنظيم دعوى المسؤولية التي ترفع ضد الناقل الجوي عندما لا ينفذ التزامه الذي ألقاه عليه عقد النقل ويتولد عن هذا ضرر لمستعمل الطائرة فيلجأ المضرور برفع دعوى أمام القضاء مطالباً بالتعويض لجبر ما لحقه من ضرر.

ولغرض الوقوف على هذا الموضوع بكافة جوانبه سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب.

#### المطلب الأول

أطراف دعوى المسؤولية على الناقل الجوي الدولي

أطراف الدعوى هما المدعي، والمدعي عليه دائماً هو الناقل، أما المدعي فهو الراكب.

## الفرع الأول

### المدعي

المدعي في دعوى المسؤولية هو المتضرر، والمتضرر يختلف باختلاف نوع عملية النقل الجوي، فيكون المتضرر هو المسافر في نقل الأشخاص وأمتعتهم ويكون ورثته في حالة وفاته. وإذا كان المتضرر في نقل الأشخاص وأمتعتهم هو المسافر فمن حقه تحريك دعوى المسؤولية على الناقل الجوي، وفي حالة وفاته ينتقل هذا الحق إلى ورثته؛ بمعنى هل يمكن لورثة المسافر المتوفى رفع دعوى على الناقل الجوي؟ فالأمر واضح في القانونين الكويتي والإماراتي، فوفقاً للقواعد العامة في هذين القانونين يكون لكل من أصابه ضرر لحق به رفع دعوى لجبر ما أصابه من ضرر، وبما أن الورثة هم المتضررون من جراء وفاة مورثهم فمن حقهم تحريك دعوى ضد الفاعل، ولكن أساس المسؤولية يتحدد وفقاً لمصدر الحق الذي يطالبون فيه، فإذا رفع الورثة دعوى مسؤولية ضد المدعى عليه يطالبون بها بحق مورثهم في التعويض، فتكون المسؤولية في مثل هذه الحالة مسؤولية عقدية لوجود عقد يربط ما بين المدين والدائن (المتضرر)، أما إذا كانوا يطالبون بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم شخصياً فتكون المسؤولية تقصيرية<sup>(١٠٧)</sup>.

أما اتفاقية وارسو فلقد التزمت الصمت واكتفت بالإحالة إلى القانون الوطني لتحديد الأشخاص الذين يرثون المسافر المتوفى، وبالتالي هم الذين من حقهم رفع دعوى المسؤولية ضد الناقل الجوي. ويكون المدعي هو كل من أصابه ضرر سواء كان الراكب أم ورثته أم الغير حيث جرى نص المادة (٢٤) من اتفاقية وارسو على النحو الآتي: "لا يجوز رفع دعوى المسؤولية في أية صورة كانت في الحالات المنوه عنها في المادتين (١٨) و (١٩) إلا وفقاً للأوضاع وفي الحدود المقررة في هذه الاتفاقية. وتسري أيضاً أحكام الفقرة السابقة على الحالات المنوه عنها في المادة السابعة عشر دون إخلال بتحديد الأشخاص الذين لهم حق التقاضي ولا بحقوق كل منهم".

ولقد صدر بروتوكول جواتيمالا وحذف المادة (٢٤) واستبدل بها النص الآتي: المادة التاسعة - تحذف المادة (٢٤) من المعاهد ويستبدل بها النص الآتي:

"١- لا يجوز رفع دعوى المسؤولية في أية صورة كانت في حالة نقل البضائع إلا وفقاً للشروط وفي الحدود المقررة في هذه المعاهدة.

٢- لا يجوز رفع دعوى المسؤولية في أية صورة كانت في حالات نقل المسافرين والأمتعة بالتطبيق لأحكام هذه المعاهدة أو بسبب عقد أو عمل غير مشروع إلا وفقاً للشروط وفي الحدود المقررة في هذه

---

وتتحقق المسؤولية التقصيرية إذا أخل شخص بما فرضه القانون من التزام بعدم الإضرار بالآخرين، أنور سلطان (107)

المرجع السابق، ص ٢٨٥.



المعاهدة وذلك دون إخلال بتحديد الأشخاص الذين لهم حق التقاضي ولا بحقوق كل منهم، وتشكل حدود المسؤولية المذكورة الحدود القصوى التي لا يجوز تجاوزها مهما كانت الظروف المسببة للمسؤولية". وعلى هذا ففي حالة نقل الركاب فإن الحق في رفع الدعوى يكون لكل من أصابه ضرر سواء كان الركاب نفسه أو ورثته أو الغير، ودعوى الراكب عن الضرر الذي أصابه هي دعوى تنتقل إلى الورثة مع التركة، أما دعوى الورثة عن الضرر الشخصي الذي أصابهم من جراء وفاة مورثهم فهي دعوى تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية.

ولما كانت اتفاقية وارسو أحالت بشأن رفع الدعوى في حالة وفاة المسافر إلى القانون الوطني، ولكن الاتفاقية نصت على أنه في حالة رفع الدعوى فتكون وفقاً للأوضاع وفي الحدود المقررة في هذه الاتفاقية (المادة ٢٤ من الاتفاقية). وهذا ما نص عليه بروتوكول جواتيمالا المعدل للاتفاقية بقوله: "أنه في نقل الأشخاص وأمتعهم فإن كل دعوى ترفع على الناقل أياً كان سببها سواء طبقاً للاتفاقية أو بسبب عقد أو عمل غير مشروع أو لأي سبب آخر فتباشر بالشروط وفي الحدود المقررة للتعويض في الاتفاقية ولا يجوز تجاوزها مهما كانت الظروف التي تؤسس عليها مسؤولية الناقل".

#### الفرع الثاني

#### المدعى عليه

المدعى عليه، هو الذي تقام ضده دعوى المسؤولية، ومن الطبيعي أن يكون الناقل الجوي هو المدعى عليه في دعوى المسؤولية. والأصل أن ترفع دعوى المسؤولية على الناقل الجوي نفسه إلا أنه حسب المادة (٢٧) من الاتفاقية يمكن رفع دعوى المسؤولية على ورثته في حالة وفاته، إذ تنص على أنه: " في حالة وفاة المدين تقام دعوى المسؤولية في الحدود المقررة في هذه المعاهدة ضد من يخلفونه". وهذا الحكم أقرته الاتفاقية لحماية للمتضررين في حالة وفاة الناقل الجوي؛ إذ تقضي بعض القوانين بسقوط دعوى المسؤولية إذا توفي المسؤول<sup>(١٠٨)</sup>.

وهناك بعض حالات نود أن نوضح المدعى عليه فيها:

#### ١ - الناقلون المتتابعون:

على من ترفع دعوى المسؤولية في النقل الجوي المتتابع؟

النقل الجوي المتتابع هو الذي يتم خلال خطوط جوية مختلفة ويتولاه بمقتضى عقد واحد أو عدة عقود عدد من الناقلين على طائراتهم بالتتابع<sup>(١٠٩)</sup>.

لقد تضمنت اتفاقية وارسو أحكاماً خاصة بمسؤولية الناقلين المتتابعين في حالة نقل الأشخاص ونقل البضائع والأمتعة.

د/ محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص ٢٥٢. (108)

د/ عدلى الأمير خالد، المرجع السابق، ص ٩٩. (109)

وتنص المادة ٢/٣٠ من اتفاقية وارسو على أنه: "... لا يجوز للركاب أو لمن يخلفه الرجوع إلا على الناقل الذي وقعت الحادثة أو التأخير في مرحلة النقل التي تولاها، وذلك ما لم يكن الناقل الأول بناءً على مشاركة صريحة، قد أمن على المسؤولية عن الرحلة برمتها".

يتضح من نص المادة السابقة أن الأصل في رفع دعوى المسؤولية لا يكون إلا على الناقل الذي وقعت الحادثة أو التأخير في مرحلة النقل التي يتولاها، ولكن يمكن رفع دعوى المسؤولية على الناقل الأول - ولو تحقق الضرر في مرحلة تولاها ناقل لاحق له - إذا كان بناءً على مشاركة صريحة قد تحمل المسؤولية عن الرحلة كلها<sup>(١١٠)</sup>.

## ٢ - الناقل المتعاقد والناقل الفعلي:

لم يكن قبل توقيع اتفاقية جوادا لآخارا- المكملة لاتفاقية وارسو - يوجد تعريف محدد للناقل الجوي، فقد وضعت اتفاقية جوادا لآخارا في مادتها الأولى تعريفاً للناقل الجوي، وقد ميزت أثناء تعريفها للناقل الجوي بين الناقل المتعاقد وبين الناقل الفعلي، وفيما يلي تعريف كل منهما<sup>(١١١)</sup>.

حددت اتفاقية جوادا لآخارا كل من الناقل المتعاقد والفعلي حيث جرى نص المادة الأولى في فقرتها ب، ج على النحو الآتي:

(ب) يقصد بعبارة الناقل المتعاقد أي شخص يكون طرفاً في عقد نقل خاضع لاتفاقية وارسو ومبرم مع راكب أو شاحن أو أي شخص يعمل لحساب الراكب أو الشاحن.

(ج) يقصد بعبارة الناقل الفعلي شخص آخر غير الناقل المتعاقد يقوم بمقتضى تصريح من الناقل المتعاقد بكل عملية النقل المشار إليها في الفقرة (ب) أو بجزء منها ولكنه لا يعتبر بالنسبة لهذا الجزء من العملية ناقلاً بالتتابع بالمعنى المقصود في اتفاقية وارسو، ويعتبر هذا التصريح قائماً ما لم يثبت عكس ذلك".

وعلى ذلك فهو أي شخص آخر غير الناقل المتعاقد يقوم بناءً على تصريح من الناقل المتعاقد أو بجزء منها، ولا يعد بالنسبة لهذا الجزء ناقلاً متتابعاً بالمعنى الوارد باتفاقية وارسو، ويفترض وجود هذا الإذن إلى أن يثبت العكس (المادة ١، اتفاقية جوادا لآخارا) ذلك أن الناقل المتتابع يعد طرفاً في العقد بالنسبة للجزء الذي يتولى تنفيذه، في حين أن الناقل الفعلي لا يعد بأي حال طرفاً في عقد النقل الجوي الذي يقوم بتنفيذه، وعندما يقوم بالنقل ناقلون فعليون وناقلون متعاقدون نصت الاتفاقية على أنه يجوز إقامة دعوى المسؤولية فيما يتعلق بالنقل الذي يقوم به الناقل الفعلي إما على الناقل الفعلي أو الناقل

رضوان، المرجع السابق، ص ٤٠٨، محمدين، جلال دروس، المرجع السابق، ص ٣٠٥. (110)

بريري، محمود مختار، المرجع السابق، ص ١٥٤، وفي حالة نقل الراكب لاتسرى أحكام وارسو إلا على مرحلة (111) النقل الجوي، ويتعين على المدعى إثبات أن الضرر تحقق في هذه المرحلة، المادة (١٨) من اتفاقية وارسو.

المتعاقد، أو على كل منهما متضامنين أو منفصلين وفقاً لما يختاره المدعي، وإذا أقيمت الدعوى على أيهما بمفرده جاز له أن يطلب ضم الآخر إلى هذه الدعوى.

وقانون محكمة النزاع هو الذي ينظم أثر هذا الضم والإجراءات الخاصة به. ويلاحظ أن الأحكام الخاصة بتحديد أطراف دعوى المسؤولية الواردة باتفاقية وارسو لم يرد عليها أي تغيير عند تعديل الاتفاقية بمقتضى بروتوكول لاهاي سنة ١٩٥٥ وجواتيمالا سنة ١٩٧١.

### المطلب الثاني

#### إجراءات رفع دعوى المسؤولية على الناقل الجوي الدولي

إذ تنص المادة الثامنة والعشرون الفقرة الأولى من اتفاقية وارسو على أن:

"١- يقيم المدعي دعوى المسؤولية في إقليم أحد الأطراف الساميين المتعاقدين، وفقاً لما يختاره: إما أمام محكمة موطن الناقل أو محكمة المركز الرئيسي لنشاطه، أو محكمة الجهة التي يكون فيها منشأة تولت عنه إبرام العقد بمعرفتها<sup>(١١٢)</sup>، وإما أمام محكمة جهة الوصول.

٢- تخضع إجراءات الدعوى لقانون المحكمة التي تتولى نظر الدعوى".

يشترط نص المادة السابقة على المدعي (المتضرر) أن يرفع دعوى المسؤولية أمام محكمة تقع في إقليم إحدى الدول الأطراف في اتفاقية وارسو<sup>(١١٣)</sup>، ولا شك أن لهذا الحكم أهمية بالغة حيث تنقيد وتلتزم الدولة المثار أمامها النزاع بأحكام الاتفاقية؛ لأنها طرف بالاتفاقية<sup>(١١٤)</sup>.

وهذا بدوره يحقق التوازن الذي قصدته الاتفاقية ما بين مصالح الناقل الجوي ومصالح المتعاقد

معه.

و من النص السابق يتضح أن اتفاقية وارسو خولت للمدعي (المتضرر) خياراً بين إحدى ثلاث محاكم ليرفع الدعوى أمامها وهي: محكمة موطن الناقل، أو المركز الرئيسي لنشاطه، أو لمحكمة الجهة التي يكون للناقل فيها منشأة تولت عنه إبرام عقد النقل الجوي، وإما محكمة جهة الوصول، ولكن هل نص المادة يحدد المحكمة المختصة دولياً فقط أو أنه يحدد المحكمة المختصة دولياً ومحلياً؟

اختلفت آراء الفقهاء في جوابهم عن هذا السؤال فمنهم من قال: إن نص المادة ١/٢٨ يحدد المحكمة المختصة دولياً ومحلياً بنظر دعوى المسؤولية<sup>(١١٥)</sup>، ومنهم من قال: إن نص المادة 1/28 يكتفي بتحديد المحاكم المختصة دولياً بدعوى المسؤولية دون ان يحدد الاختصاص المحلي لمحاكم الدول

---

(112) ويشترط لانعقاد الاختصاص لهذه المحكمة وجود شرطين: الأول أن يكون الناقل في دائرة المحكمة المنشأة، والثاني أن تكون منشأة الناقل هي التي تولت إبرام عقد النقل الجوي. فخرى، رفعت، الوجيز، المرجع السابق، ص ٢٦٥-٢٦٦.

(113) الحداد، حفيظة، المرجع السابق، ص ١٦٠

(114) العرينى، محمد فريد، محمدين، وفاء جلال، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

(115) انظر هذه الآراء في: دويدار، هانى، المرجع السابق، ص ٤٤٥، رفعت الوجيز، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

المختصة بنظر دعوى المسؤولية<sup>(١١٦)</sup>، والرأي المرجح حسب رأي الباحثة هو الاتجاه الأول هو أنه يجب تفسير نصوص اتفاقية وارسو على نحو يؤدي إلى توحيد أحكامها، والثاني لأن النص يسمح بتحديد الاختصاص المحلي للمحاكم بمجرد تطبيقه، مما يؤدي إلى تلافي التباين في أحكام القوانين الداخلية.

ولا شك أن تعدد الاختيارات أمام المتضرر (المدعي) لمكان رفع الدعوى لها أهميتها، فمن ناحية أولى: قانون المحكمة المعروض عليها النزاع هو ينظم إجراءات التقاضي، ومن ناحية ثانية: يحدد أيضا قانون المحكمة المنظور أمامها النزاع أثر خطأ المتضرر على مسؤولية الناقل الجوي، ومن ناحية ثالثة: يبين قانون المحكمة المعروض عليها النزاع قواعد احتساب مدة سقوط الدعوى، ومن ناحية أخيرة: في حالة رفع دعوى على الناقل الفعلي أو على الناقل المتعاقد، وأراد أن يدخل أحدهما الآخر في الدعوى؛ فان قانون محكمة النزاع هو الذي ينظم أثر الإدخال والإجراءات الخاصة به<sup>(١١٧)</sup>.

فللمدعي إضافة إلى رفع دعواه أمامه موطن الناقل الجوي أو المركز الرئيسي لنشاطه<sup>(١١٨)</sup>، أن يرفع دعواه أمام المحكمة التي تقع في دائرتها منشأة لناقل قامت بإبرام عقد النقل الجوي نيابة عنه، وهذا به تيسير على المتضرر؛ لأنه غالبا ما يبرم عقد النقل الجوي في أقرب منشأة يسكن بها<sup>(١١٩)</sup>، ولكن هل يعده المكتب السياحي الذي أبرم عقد النقل الجوي منشأة كما في نص المادة (٢٨)، وبالتالي هل يمكن رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة مكانيا؟ ترى الباحثة أن المقصود بنص المادة ١/٢٨ أن يقع في دائرة المحكمة فرع من فروع مؤسسة النقل، وفي نفس الوقت يكون هذا المكتب هو محل إبرام العقد ويراعى أنه يكفي أن يكون للناقل مكتب في الدولة التي أبرم فيها العقد ولا يشترط أن يتحد محل إبرام العقد ومكتب الناقل في مدينة واحدة<sup>(١٢٠)</sup>. وأخيرا للمدعي رفع دعواه أمام محكمة جهة وصول الطائرة، وعليه لا تعد محكمة مكان تسليم البضاعة إذا تعهد الناقل بتوصيلها إلى محل إقامة المرسل إليه هي المختصة بنظر دعوى المسؤولية؛ لأن نص المادة يشير إلى جهة وصول الطائرة<sup>(١٢١)</sup>.

وتعد أحكام الاختصاص الواردة بالمادة (٢٨) من النظام العام، فيبطل أي شرط اتفق عليه أطراف عقد النقل الجوي يعدل أو يخالف هذه الأحكام ما دام أنه كان سابقا لوقوع الضرر، لا بل حتى شرط الاختصاص على اختصاص محكمة واحدة من بين المحاكم التي عينتها هذه المادة يعد باطلا<sup>(١٢٢)</sup>. وعلى

---

انظر هذه الآراء في: كبيره، حسن، المرجع السابق، ص ٥٧. (116)

المادة السابعة من اتفاقية جوادا لاخار، ١٩٦١. (117)

في تحديد مفهوم الموطن، دويدار، هاني، المرجع السابق، ص ٤٤٥. (118)

رضوان، فايز نعيم، محاضرات في قانون الطيران التجاري، المرجع السابق، ٢٢٥. (119)

سليمان، فرج سيد، المرجع السابق، ص ٢٣٣. (120)

العريني، محمد فريد، محمدين، وفاء جلال، المرجع السابق، ص ٢٤٨. (121)

خالد، عدلى الأمير، المرجع السابق، ص ١٠٦. (122)

الرغم من بطلان الشرط المخالف لأحكام الاختصاص يبقى عقد النقل الجوي طبقاً لروح المادتين ( ٢٣ ) و (٣٢) صحيحاً خاضعاً لأحكام اتفاقية وارسو<sup>(١٢٣)</sup>.

وان كان في تعدد المحاكم المختصة بنظر الدعوى مصلحة للمدعي، فإنها تعطيه فرصة للتحايل على القانون ؛ إذ قد ترفع دعوى المسؤولية أمام جميع هذه المحاكم، وهذه الحالة تحصل في حالة رفع أقارب المسافرين المتضرر دعاوى يطالبون فيها الناقل الجوي بالتعويض عما لحقهم من ضرر من وفاة مسافريهم، وهذا الأمر لم تعالجه اتفاقية وارسو ولا شك به إجحافاً على الناقل.

ولم يعد بروتوكول لاهاي نص المادة (٢٨) سالفة الذكر، أما اتفاقية جوادا لآخارا ١٩٦١ فأضافت محكمة أخرى يستطيع المدعي إقامة دعوى المسؤولية أمامها، إذ تنص المادة الثامنة من الاتفاقية على أن: "تقام دعوى المسؤولية المنوه إليه في المادة السابقة وفقاً لأحكام المادة (٢٨) من اتفاقية وارسو، وإمام المحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامة الناقل الفعلي أو المركز الرئيسي لمؤسسته". يتضح من هذه المادة أنها تجيز للمدعي رفع دعوى المسؤولية على الناقل الفعلي أمام المحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامة الناقل الفعلي أو المركز الرئيسي لمؤسسته.

وقد أضاف بروتوكول جواتيمالاستي الموقع عام ١٩٧١ فقرة جديدة للمادة (٢٨) من اتفاقية وارسو مفادها: أنه يجوز للمدعي رفع دعوى المسؤولية أمام المحكمة التي توجد في دائرتها مؤسسه الناقل الجوي إذا كان للمسافر موطن، أو يقيم بصفة دائمة على إقليم نفس الدولة المتعاقدة التي تقع تلك المؤسسة فيها، ولكن هذه المؤسسة مقصورة على نقل الأشخاص والأمتعة.

### المطلب الثالث

#### رفع الدعوى المقامة على الناقل الجوي الدولي وسقوطها

سوف نعالج حالات رفع الدعوى على الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب في فرعين:

#### الفرع الأول

#### رفع الدعوى المقامة على الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب

نصت المادة (١٧) مع اتفاقية وارسو على أن يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن الضرر الذي يقع في حالة وفاة أو جرح أو أذى بدني آخر يلحق الراكب إذا كانت الحادثة التي تولد من الضرر الذي يقع في حالة وفاة أو جرح أو أذى بدني آخر يلحق الراكب إذا كانت الحادثة التي تولد منها الضرر قد وقعت على متن الطائرة أو في أثناء أية عملية من عمليات صعود الركاب ونزولهم. والمقصود هنا بالالتزام بضمان السلامة أن يلتزم الناقل الجوي بتوصيل المسافرين إلى نقطة الوصول المتفق عليها سليماً

الاسيوطي، ثروت، المرجع السابق، ص ٧٥٩. (123)

معافى<sup>(١٢٤)</sup> إلا إذا لم تتحقق النتيجة فتتسغل ذمة الناقل ودون ما حاجة إلى إثبات وقوع الخطأ. ولا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت الناقل أن الضرر نشأ عن قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو عن فعل الغير. الناقل الجوي طبقاً للأحكام الخاصة باتفاقية وارسو مسؤول عن أي ضرر يصيب المسافر أو أن تتلف البضاعة أو تهلك حيث أن أهم ما يرتبه عقد النقل الجوي على عاتق الناقل الجوي هو الالتزام بضمان سلامة المسافرين والمحافظة على البضاعة، ولذلك فإن أحكام مسؤوليه الناقل الجوي ترتب عيه التزاماً، فالناقل الجوي قد يخفق في الالتزامات الملقاة على عاتقه مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقدين معه، ولا شك في أن هذا الأخير سيلجأ إلى القضاء لاقتضاء التعويض عن الضرر الذي أصابه، ولهذا فلا يكفي وجود أحكام موضوعية تنظم مسؤولية الناقل الجوي، بل لا بد من وجود أحكام إجرائية تسير له إجراءات التقاضي.

وحفاظاً على حقوق المتعاقدين نظمت اتفاقية وارسو الأحكام الإجرائية بمسؤولية الناقل الجوي الدولي وعالجت بها أحكام دعوى مسؤولية الناقل الجوي الدولي.

ونص على ذلك قانون التجارة الكويتي السالف ذكره في المادة (208) حيث جاء النص فيها على: "يسأل الناقل الجوي عن الضرر الذي يحدث في حالة وفاة الراكب أو إصابته بجروح أو بأي ضرر بدني آخر إذا وقع الحادث الذي أدى إلى ضرر على متن الطائرة أو في أثناء أي عملية من عمليات صعود الركاب ونزولهم". وكذلك المادة (٢١٠) نصت على: "يسأل الناقل الجوي عن الضرر الذي يترتب على التأخير في وصول الراكب أو الامتعة أو البضائع".

#### الفرع الثاني

سقوط الدعوى المقامة على الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب

لقد حرصت الأنظمة القانونية على مراعاة مصلحة الناقل، وعدم ترك دعاوى المسؤولية طويلاً على عاتق الناقل الجوي بما تحتويه من إرهاب وجسامة وحتى لا تتعطل وترتبك أعماله فمكنت الناقل من أمور فاعله يستطيع بها أن يدفع دعوى المسؤولية التي ترفع ضده بأن مكنته من الدفع بسقوط دعوى المسؤولية وتقدمها، وكذلك الدفع بعدم قبول الدعوى. وجاء نص المادة (٢٢٠) من قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ على: "يسقط الحق في رفع دعوى المسؤولية على الناقل الجوي بمرور سنتين من يوم بلوغ الطائرة جهة الوصول أو من اليوم الذي كان يجب أن تصل فيه أو من يوم وقف النقل".

١- تقادم دعوى المسؤولية في خلال سنتين اعتباراً من تاريخ بلوغ الطائرة جهة الوصول أو من اليوم الذي كان يتعين وصول الطائرة فيه أو من تاريخ وقف النقل وإلا سقط الحق في رفع الدعوى  
٢- ويعين قانون محكمة النزاع طريقة احتساب المدة المشار إليها."

د/ محمد فريد العرينى ، المرجع السابق، ص ١٨٧. (124)

ونصت الاتفاقية في المادة ١/٢٩ على وجوب رفع دعوى المسؤولية خلال سنتين اعتباراً من تاريخ بلوغ الطائرة جهة الوصول أو من اليوم الذي كان يتعين وصول الطائرة فيه أو من تاريخ وقف النقل وإلا سقط الحق في رفعها. وحددت هذه المادة أنه بعد مرور سنتين من تاريخ بلوغ الطائرة ميناء الوصول أو اليوم الذي كان يتعين وصولها فيه أو من تاريخ وقف النقل. إذا رفعت الدعوى بعد هذه المدة فيستطيع الناقل أن يدفع بسقوط الحق في رفعها، وثار خلاف فقهي حول التكييف القانوني لهذه الفترة هل هي فترة سقوط أم تقادم؟ فإذا اعتبرت المدة تقادم فيسري عليها إذن أحكام الوقف والانقطاع.

ولكن ما جرى عليه العمل هو اعتبار المدة مدة سقوط وليست تقادماً ومن ثم فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع ذلك أن الاتفاقية استعملت لفظ سقوط ولم تستعمل لفظ تقادم.

وهذا طريق احتساب المدة المذكورة يعينها قانون محكمة النزاع عملاً بالمادة ٢/٢٩ من الاتفاقية، وينطبق حكم هذا النص على نقل البضائع والأمتعة والركاب.

#### المبحث الثاني

#### الجزاء المدني المترتب على قيام مسؤولية الناقل الجوي الدولي للركاب

التعويض هو الأثر المترتب على توافر أركان المسؤولية المدنية بحق الناقل الجوي الدولي للركاب المتمثلة في الخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية، والغرض من التعويض هو جبر الضرر الذي المتضرر<sup>(١٢٥)</sup>. لذا يجب أن يكون التعويض على قدر الضرر، وهو بالفعل ما تنص عليه القواعد العامة للمسؤولية<sup>(١٢٦)</sup>. وكذلك تنص المادة (٢٠٨) من قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ على: "يسأل الناقل الجوي عن الضرر الذي يحدث في حالة وفاة الراكب أو إصابته بجروح أو بأي ضرر بدني آخر إذا وقع الحادث الذي أدى إلى ضرر على متن الطائرة أو في أثناء أي عملية من عمليات صعود الركاب ونزولهم وسأبحث التعويض في فرعين:

#### الفرع الأول

#### التعويض بموجب اتفاقية وارسو وتعديلاتها

تقضي الاتفاقية لسنة ١٩٢٩ في مادتها ١/٢٢ بأن مسؤولية الناقل الجوي تجاه الراكب محددة بمبلغ 125 ألف فرنك فرنسي ذهب، وتقضي فقرتها الثانية على أن مسؤوليته في نقل البضائع والأمتعة المسجلة محددة بمبلغ ٢٥٠ فرنك ذهب لكل كيلو جرام، ثم جاء بروتوكول لاهاي سنة ١٩٥٥ فجعل التعويض ٢٥٠ فرنس ذهب فرنسي لكل راكب، وأبقى على نفس مقدار التعويض بالنسبة للأمتعة اليدوية الشخصية التي يحتفظ الراكب بحياتها أثناء الرحلة الجوية.

الشامى، محمد حسين (١٩٩٠)، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، ص ٥٢٦ (125)

بما ان مسؤولية الناقل هذه مسؤولية عقدية فيجب التنويه الى ان التعويض لا يكون الا عن الضرر المتوقع. (126)

وبالرغم من الزيادة التي حصلت في بروتوكول لاهاي بالنسبة للركاب فإن الولايات المتحدة الأمريكية لم تقتنع بها، واعتبرتها ضئيلة بالنسبة للركاب الأمريكي، وكان هذا سببا في عقد اتفاق مونتريال سنة ١٩٦٦ وبموجبه تم رفع المبلغ ٧٥٠٠٠ دولار شامل كافة المصروفات، في حالة وفاة الراكب أو إصابته بأذى، وينطبق هذا الاتفاق على كل نقل جوي يخضع لاتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩ ولكن يجب أن يكون إقلاع الطائرة من أي مكان في أمريكا أو محطة الهبوط تقع في أي نقطة فيها، ولم يتعرض الاتفاق إلى مبالغ التعويض عن مسؤولية الناقل الجوي بالنسبة لأمتعه الراكب الشخصية، وكذلك بالنسبة للبضائع والأمتعة المسجلة. فهذا وضع غريب وشاذ، فمبلغ التعويض يختلف حسبما يطبقه القاضي، فهو تعويض قليل إذا ما طبق الاتفاقية الأصلية ويتضاعف إذا ما طبق تعديل لاهاي، وهو تعويض أكثر مما تقدم ذكره إذا ما طبق اتفاق مونتريال، والذي يجب أن يطبقه عندما تقلع أن تهبط الطائرة في أي بقعة من بقاع الولايات المتحدة الأمريكية، فكان هذا الوضع هو من أسباب المناداة بإعادة النظر في كل الاتفاقيات إلى أن تم وضع بروتوكول جواتيمالا ستي سنة ١٩٧١ فرفع مبلغ التعويض بمقدار ٤٥٠ ألف فرنك فرنسي بالنسبة للأضرار التي تصيب الراكب، ووضع تعويضا خاصا عن التأخير بمقدار ٦٢٥٠٠ فرنك لكل راكب، كما رفع مبلغ التعويض بالنسبة للأمتعة الشخصية للراكب إلى ١٥٠٠٠ فرنك، واحتفظ بمبلغ التعويض المقرر في الاتفاقية الأصلية في نقل البضائع والأمتعة المسجلة وهو ٢٥٠ فرنك ع كل كيلو جرام. ولمواجهة تقلبات أسعار الصرف تم وضع بروتوكول جواتيمالا لسنة ١٩٧٥ وبموجبه تم حساب المبالغ المذكورة آنفا بحقوق السحب الخاصة، فصار التعويض عن الاضرار التي تصيب الراكب هو ١٠٠٠.٠٠٠ وحدة من حقوق السحب الخاصة، و ٤١٥٠ من حقوق السحب الخاصة عن التأخير، و ١٠٠٠ وحدة من حقوق السحب الخاصة لأمتعة الشخصية، و ١٧ وحدة سحب خاصة عن كل كيلو جرام بالنسبة للبضائع والأمتعة المسجلة.

### الفرع الثاني

التعويض بموجب بروتوكول جواتيمالا ستي لعام ١٩٧١

هناك قواعد جديدة جاء بها بروتوكول جواتيمالا ستي لعام ١٩٧١ أصبحت تسري علو مسؤولية

الناقل الجوي لم تكن موجودة سابقا وهي:

- ١- تم رفع سقف مبلغ التعويض بالنسبة لمسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الذي يصيب الراكب في حالة الوفاة أو الضرر البدني.
- ٢- تم تمييز التعويض عن الضرر المتمثل في التأخير، والذي لم يكن موجودا في السابق، حيث يخضع كسائر الأضرار الأخرى إلى نفس السقف الموجود في الاتفاقية، أما الآن فبموجب البروتوكول صار سقفا محددًا لهذا الضرر.
- ٣- تم تقليص نطاق المسؤولية غير المحدودة للناقل الجوي في نقل الركاب وأمتعتهم الشخصية، فلا يجوز تجاوز الحد الأعلى المنصوص عليه، ولو في حالة ثبوت غش الناقل أو خطئه الجسيم، لان



البروتوكول اعتمد هنا المسؤولية الموضوعية التي لا تستند إلى فكرة الخطأ المفترض ولم يستثن عن تلك المسؤولية إلا حالتين هما:

- أ- إذا ما اثبت الناقل أن الحالة الصحية للراكب كانت هي السبب في الوفاة أو الضرر البدني الذي حصل له، أما إذا كانت مساهمة هذه الحالة في إحداث الضرر مساهمة بسيطة، فإن المسؤولية الموضوعية هي التي تسري على الناقل الجوي حينئذ.
- ب- الخطأ العائد للراكب، إذا كان هو السبب في إحداث الضرر أو أسهم مساهمة ليست بسيطة، وجاءت هذه القاعدة استجابة لقانون دول الانكلوسكسوني.

٤- إن اتفاقية وارسو تتناول المسؤولية العقدية للناقل الجوي الدولي، ويكفي لذلك الإشارة إلى عنوان الاتفاقية ذاتها، لذا كانت المحاولات مستمرة من المدعيين من أجل الالتفاف على هذه الاتفاقية من خلال إقامتهم دعاوى التعويض القائمة على أساس المسؤولية التقصيرية للناقل الجوي، فجاء البروتوكول لكي يمنع كمثل هذه الدعاوى، واستنادا إلى مادته 1/24 والتي تضمنت بأن كل دعوى مسؤولية بصرف النظر عن طبيعتها لا تكون إلا ضمن الشروط والحدود المنصوص عليها في هذه الاتفاقية.

#### الخاتمة

يعد النقل بشكل عام عصب الحياة بالنسبة لشعوب العالم أجمع، فعن طريقه ينتقل الأشخاص وتنتقل البضائع، وهو وسيلة الارتباط بين دول العالم، ويقاس تقدم الدول بمدى تقدم النقل فيها، إذا كان هذا الكلام ينطبق على كل أنواع النقل بشكل عام فإن النقل الجوي له خصوصية خاصة كونه يتميز بالسرعة ويتصف بالدولية وتعتريه كثير من المخاطر، لذلك أصبح محط اهتمام الدول والمنظمات العالمية من أجل تنظيمه مما يقلل من مخاطرة وحل مشاكل تنازع القوانين فيه، وبما ان دراستنا بالنسبة لهذا النوع من النقب تقتصر على دراسة مسؤولية الناقل الجوي بالنسبة لعقد نقل الركاب، وبعد استعراض هذا الموضوع من خلال فصول هذه الدراسة ومباحثها ومطالبها وفروعها توصلنا إلى النتائج والتوصيات التالية:

#### النتائج

- ١- تبين لنا ان أساس المسؤولية في كل من اتفاقية وارسو والقانونين الكويتي والإماراتي هو الخطأ المفترض من الناقل الجوي، ولكنه خطأ قابل لإثبات العكس.
- ٢- أن عبء الإثبات يقع على عاتق الناقل الجوي في دفع مسؤوليته، وذلك بأن يثبت خطأ الراكب الجسيم أو غشه.

٣- أن التعويض الذي حدده اتفاق مونتريال سنة ١٩٦٦ لا زال غير عادل بالنسبة للوفاة، وهذا بخلاف اتفاق مونتريال لسنة ١٩٩٩ الذي وسع من مسؤولية الناقل الجوي الدولي بأن شمل مسؤوليته تجاه الأمتعة

٤- لم يكن واضحا في ظل اتفاقية وارسو ما إذا كان تعويض الراكب يشمل الضرر الأدبي والنفسي، علاوة على الضرر المادي، حيث كان هذا الموضوع محل خلاف وتفسير مختلف من قبل المحاكم.

## التوصيات

- ١- أوصي أن تكون مسؤولية الناقل على أساس تحمل التبعة، أو كما يقال الغنم بالغرم كون الطائرة آلة ميكانيكية تستعمل في ظروف خطيرة، أي أن تقام مسؤولية الناقل الجوي على أساس المسؤولية من قبل الشيء.
- ٢- أوصي أن لا يشمل التعويض الضرر البدني والأدبي والنفسي علاوة على الأضرار المادية إزالة أي لبس بهذا الخصوص.
- ٣- أوصي بصرف تعويض مبدئي مناسب في حالة وقوع الحادث لحين الفصل في الدعوى المقامة، ويكون لمضروور الخيار إما عدم المضيء قدام في رفع الدعوى ويكون التعويض المبدئي كافيا له، أو خيار إتمام الدعوى والمضيء قدام فيها، وذلك للأتفاق عليها.
- ٤- أوصي أن يتعدد الاختصاص في دعوى المسؤولية لمحكمة دولة الإقلاع أو موطن مستعملي الطائرة بجانب الاختصاص الذي أشارت إليه اتفاقية وارسو حتى لو كانت هناك رحلات متتالية (ترانزيت) حتى نصل إلى موطن المضروور بصرف النظر عن مركز أعمال الناقل الجوي أو موطنه وذلك تيسيرا على المضروور ونظرا لأنه الطرف الضعيف الذي يستحق الرعاية.

## قائمة المراجع

أولاً: الكتب القانونية العامة المتخصصة:

- ١- الأسيوطي، ثروت أنيس (1966)، مسؤولية الناقل الجوي، دار النهضة العربية.
- ٢- بريري، محمود مختار (1985)، قانون الطيران وقت السلم، دار الفكر العربية.
- ٣- بكور، مختار (1989)، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المغربي، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، المغرب.
- ٤- البنا، يحيى (1992)، أثر الارهاب بالدول على مسؤولية الناقل الجوي، جامعة الاسكندرية.
- ٥- خالد، عدلي أمير (2000)، أحكام مسؤولية الناقل الجوي، دار منشأة المعارف للنشر.
- ٦- دياب، محمد موسى (1986)، فكرة الخطأ في اتفاقية فارسوفي، دار النهضة العربية.
- ٧- راضي، عيسى غسان (2008)، مسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الضرر الواقع على الاشخاص وأمتعتهم / دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن.
- ٨- رضوان أبو زيد (1994)، القانون الجوي (قانون الطيران المدني)، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي.
- ٩- سليمان، فرج سيد، قانون الطيران المدني، دون دار النشر.
- ١٠- شامي، محمد حسين (1990)، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية.
- ١١- الشرقاوي، محمود سمير (1989)، محاضرات في القانون الجوي، دار النهضة العربية.

- ١٢- شفيق، محسن، محاضرات في القانون الجوي، دار النهضة العربية (لم ينشر).
- ١٣- عثمان، عبدالحكيم (1983)، التزام السلامة في النقل الجوي، (دون دار نشر).
- ١٤- 15. عريني، محمد فريد، محمددين، جلال وفاء، (1998)، القانون الجوي (الملاحه الجوية والنقل الجوي)، دار المطبوعات الجامعية.
- ١٥- محمد، أحمد عبد الفضل (دون سنة نشر)، القانون الخاص الجوي، مكتبة دار الجلاء.
- ١٦- محمد، خير عادل (2001)، مسؤولية الناقل الجوي، الطبعة الأولى (دون دار نشر).
- ١٧- محمددين، جلال وفاء (1992)، دروس في القانون الجوي، دار المطبوعات الجامعية.
- ١٨- مقبل، طه عبدالقادر أحمد، (2002)، تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة صنعاء، صنعاء/ اليمن.
- ١٩- موسى، طالب حسن، (2010)، القانون الجوي الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن. ثانياً: الرسائل والابحاث والمقالات العلمية:
- ١- أبابير، رفعت (1983)، مدى مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية وارسو عن الاضرار التي تلحق بالركاب جراء اختطاف الطائرات وأعمال العنف التي تقع داخل المطارات، مقال.
- ٢- رضوان، فايز نعيم (1999)، محاضرات في قانون الطيران التجاري، الطبعة الثانية (دون دار نشر).
- ٣- زاهر، فاروق احمد (1985)، تحديد مسؤولية الناقل الجوي وفقاً للنظام الفارسوفي، رسالة دكتوراه ن جامعة القاهرة.
- ٤- طاهر، حاج قويدر (2004)، الحماية القانونية لسلامة الطيران المدني الدولي رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر.
- ٥- كيره، حسن، مسؤولية الناقل الجوي في اتفاقية فارسوفيا وبروتوكول لاهاي المعدل لها، مجلة كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العددان الأول والثاني، السنة الثامنة 1958-1959، مقال.
- ٦- محبوبي محمد، وروشام، الطاكي (2006)، الإعفاءات القانونية والاتفاقية لمسؤولية الناقل الجوي، منشوره على الموقع الالكتروني <http://www.justice.gov.ma> تم الدخول إلى الموقع بتاريخ 12/12/2010.

#### ثالثاً: القوانين:

- ١- قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٨٣.
- ٢- قانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980.
- ٣- قانون الطيران المدني الإماراتي رقم (٢٠) لسنة ١٩٩١.

- ٤- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.
- ٥- القانون المدني الكويتي (67) لسنة 1980.
- رابعاً: الاتفاقيات الدولية:
  - اتفاقية شيكاغو المدني الدولي الممضاة في 7 ديسمبر 1944.
  - اتفاقية وارسو التي وقعت في اكتوبر 1929، والتي ادخلت حيز التنفيذ في 13 فبراير 1933.
  - اتفاقية طوكيو المتعلقة بالجرائم والأفعال الأخرى المرتبطة على متن الطائرات الموقعة في 14 سبتمبر 1963.
  - اتفاقية لاهاي لقمع الاستيلاء غير القانوني على الطائرات الموقعة في 16 ديسمبر 1970.
  - اتفاقية مونتريال لقمع الأعمال غير المشروعة ضد سلامة الطيران المدني الموقعة في 23 سبتمبر 1971.
  - اتفاقية مونتريال لسنة 1999 م الخاصة بتعديل اتفاق مونتريال لسنة 1971م.

#### الملخص باللغة العربية

إن استغلال الإنسان للجو - كأى نشاط يقوم به - قد يثير المسؤولية، فالناقل الجوي أو احد تابعيه عند تنفيذه لعقد النقل الجوي قد يخل بالتزامه الذي يفرضه عليه عقد النقل، مما يؤدي إلى إصابة المتقاعد

معه بضرر، فمن هنا بدأ المجتمع الدولي يشعر بأهمية معالجة موضوع مسؤولية الناقل الجوي خاصة وأن طبيعة عملية النقل الجوي لها تأثير على طبيعة مسؤولية الناقل الجوي.

والاتفاقيات الدولية التي وضعها المشرع الدولي تنظم مسؤولية الناقل الجوي، ولكن هذه المسؤولية تبقى موضوعاً تدور من حوله النقاشات، و السبب في ذلك التطورات التي تحيط بالأشخاص، فما كان مقبولاً بالأمس لم يعد مقبولاً اليوم، و ما هو موجود حالياً من الصعب أن يكون في الغد مستساغاً.

و لقد أتى المشرع الدولي بحلول دولية تنظم أحكام النقل الجوي الدولي، و تماشياً مع التقدم التكنولوجي و الوضع الاقتصادي و الاجتماعي عدل المشرع الدولي هذه الأحكام، وذلك بتوقيع اتفاقيات و بروتوكولات تنص على تعديل الأحكام السابقة للنقل الجوي الدولي، ولكن أحكام مسؤولية الناقل الجوي - الأصلية المعدلة - انحازت إلى جانب الناقل الجوي ضد المتعاقد، ومن هذا المنطلق رأينا بحث مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الذي يلحق بالمتعاقد في عقد نقل الركاب.

وقد توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج و التوصيات التي تم تثبيتها في الخاتمة ضمن الفصل

الخامس من هذه الدراسة.

---

---

**النظام القانوني لأعوان القضاء  
(دراسة في قانون المرافعات المصري والمقارن)**

---

---

**دكتور / حسام أحمد العطار**

**النظام القانوني لأعوان القضاء**  
**(دراسة في قانون المرافعات المصري والمقارن)**  
**دكتور / حسام أحمد العطار**  
**مدرس بقسم قانون المرافعات بحقوق عين شمس**

بسم الله الرحمن الرحيم

**مقدمة**

يقوم النظام القضائي في مصر وفي غيرها من الدول على القضاة؛ إذ هم من يتحمل عبء تحقيق العدالة وتيسير مرفق القضاء<sup>(١)</sup>. ومع ذلك فإن هذا العبء لا يتولاه القضاة وحدهم وإنما يعاونهم فيه طوائف تعرف بأعوان القضاة ومنهم النيابة العامة التي تلعب دوراً بالغ الأهمية في تحقيق الفاعلية للقانون وحماية المجتمع بأسره والمساهمة في إقرار النظام العام<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع الأستاذ الدكتور أحمد مسلم في أصول المرافعات - التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، طبعة ١٩٦٠ - ١٩٦١ ص ١١٣ رقم ١٣٠، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، الطبعة الرابعة ٢٠٠٤، دار النهضة العربية ص ٢١٦. وأيضاً راجع لذات المؤلف رسالته للدكتوراه بعنوان النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه بجامعة عين شمس ١٩٦٧ ص ٥٥١ هامش رقم (١)، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد هندي في قانون المرافعات المدنية والتجارية طبعة ٢٠٠٣، دار الجامعة الجديدة ص ٤٩، رقم ١٦، وكذلك:

Robin C.A. White; the English legal System in action. 3<sup>rd</sup> Edition. Oxford. P. 12.

(٢) راجع في الإشارة إلى دور النيابة العامة كعون من أعوان القضاء الأستاذ الدكتور رمزي سيف في الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية ١٩٦٠، ص ٩٠ رقم ٧٠. الناشر دار النهضة العربية، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة سنة ٢٠٠٠، الناشر دار النهضة العربية ص ١٥٣ رقم ٦٩. وانظر كذلك محمد حامد فهمي في المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٤٠ ص ١٨٠ بند ١٨١ =



وإلى جانب النيابة العامة يوجد أعوان للقضاة وإن اختلفت تسميتهم أو تنوعت المهام المسندة لكل منهم؛ لذا وجد في نظامنا القضائي المصري الكتبة والمحضرون والمترجمون وهم من العاملين في المحاكم كما يوجد أيضاً الخبراء والمحامون وهم من أعوان القضاة وإن لم يكونوا من العاملين بالمحاكم<sup>(١)</sup>.

وَمَا لَا رَيْبَ فِيهِ أَنَّ أَعْوَانَ الْقَضَاءِ هُمُ أَعْوَانَ الْقَضَاةِ فِي عَمَلِهِمْ الْقَضَائِيِّ وَهُمُ سِنْدُ الْقَاضِي فِي كَافَةِ الْمَحَاكِمِ، وَالثَّابِتُ قِيَامُ النِّظَامِ الْقَضَائِيِّ عَلَى مَجْمُوعَةٍ مِنَ الْمَحَاكِمِ بَعْضُهَا فَوْقَ بَعْضٍ، وَتَعَدُّ كُلُّ مَحْكَمَةٍ وَحَدَّةً قَضَائِيَّةً وَإِدَارِيَّةً مُمْتِيزَةً، كَمَا وَأَنَّ لِكُلِّ مَحْكَمَةٍ مَقْرَأً ثَابِتاً وَاسْتِخْصَاصاً مَكَانِيّاً مَعْلُوماً، وَهُوَ اسْتِخْصَاصٌ ثَابِتٌ نَسْبِيّاً، كَمَا تَعَدُّ كُلُّ مَحْكَمَةٍ وَحَدَّةً قَضَائِيَّةً مِنْ حَيْثُ مَوْظِفِيَّهَا مَنْ يِعَاوَنُونَ الْقَضَاةَ بِالمَحْكَمَةِ، كَمَا تَقُومُ أَعْمَالُ إِجْرَائِيَّةٍ تَسْتَوْجِبُ التَّعَاوُنَ فِيمَا بَيْنَهُمْ بَغْيَةً أَدَاءَ المَحْكَمَةِ لِرِسَالَتِهَا أَوْ وِظَافَتِهَا، وَخَاصِيَّةً هُوَلاءَ جَمِيعاً كَوْنَهُمْ مِنْ ذَوِي الكِفَاةَاتِ الخَاصَّةِ بِحَيْثُ لَا يَتِمَكَّنُ عَامَّةُ الأَفْرَادِ فِي المَجْتَمَعِ مِنْ أَدَاءِ عَمَلِهِمْ إِلا إِذَا كَانَتْ لَدَيْهِمْ هَذِهِ الكِفَاةُ والخِبْرَةُ والعِلْمُ وَالْفَنُ الَّذِي يَنْتَمِي إِلَيْهِ كُلُّ عَوْنٍ مِنْ أَعْوَانَ الْقَضَاةِ، وَيُوجَدُ فِي كُلِّ مَحْكَمَةٍ - فَضْلاً عَنِ الْقَضَاةِ مَنْ يَتَكُونُ مِنْهُمُ البَيْتَةُ الْقَضَائِيَّةُ - عِدَدٌ مِنَ الكِتَابِ هُمْ فِي "قَلَمِ الكِتَابِ" وَعِدَدٌ مِنَ المَوْظِفِينَ الأَخْرِينَ مَنْ يَطْلُقُ عَلَيْهِمْ "قَلَمُ

- وراجع كذلك في الفقه الفرنسي:

Gérard Couchez; Procédure civile. 10<sup>e</sup> édition. Sirey. P. 95.  
No. 125.

وانظر أيضاً الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية طبعة ٢٠٠٧ بدون اسم ناشر. ص ٤٤١ وما بعدها. وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة ٢٠٠٩، ص ٢٢١.

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد طبعة ١٩٨٠ الناشر دار الفكر العربي ص ٢٥٧. كذلك:

B. U. R; Histoire des avocates en France. 1988.

المحضرين<sup>(١)</sup>، ويلحق بكل محكمة فرع للنيابة العامة فيه ما يسمى بالقلم الجنائي للكتاب، ويلحق بالمحكمة عدد من المترجمين ومكتب لجدول الخبراء، ومن أعوان القاضي من يدخل في تشكيل المحكمة كالكتاب أو عضو النيابة أحياناً كما تستعين المحكمة عند انعقاد مجلسها بالمترجمين أو الخبراء<sup>(٢)</sup>.

وطبقاً لقانون المرافعات المصري تنص المادة ٢٥ منه على أنه "يجب أن يحضر مع القاضي في الجلسات وفي جميع إجراءات الإثبات كاتب يحرر المحضر ويوقعه مع القاضي وإلا كان العمل باطلاً، ومفاد هذا النص أن الكاتب في المحكمة يدخل في تشكيلها سواء أكانت الدائرة من قاض فرد أم كانت مشكلة من عدد من القضاة"<sup>(٣)</sup>. ويستوي في هذا المقام أن تكون المحكمة قد انعقدت في مجلس القضاء أو انعقدت خارجه<sup>(٤)</sup>. وغني عن البيان أن وظيفة قلم الكتاب لا تنحصر في تحرير المحاضر، وإنما يعهد إليه بمهام أخرى مثل تحصيل الرسوم القضائية، وقيد الدعاوى، وحفظ الأوراق وغير ذلك من مهام، بل إن قلم الكتاب يعد مركزاً احتياطياً للخصوم يعلنون فيه بالأوراق والإجراءات القضائية، ومن المعتاد أن ينقسم قلم الكتاب في

---

(١) راجع الدكتور وجدي راغب فهمي والدكتور سيد أحمد محمود والدكتور سيد أبو سريع في مبادئ المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى ٢٠٠٥ ص ٢٥٣، وراجع أيضاً الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، طبعة ٢٠٠٥، بدون اسم ناشر ص ١٠٦، ١٠٧، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور عبد الحميد أبو هيف في المرافعات المدنية والتجارية ١٩٢١ مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر ص ٢١٥ نبذة ٢٣٤.

(٢) انظر: Gérard Cornu et Jean Foyer; Procédure civile. Presse universitaires de France p. 254 ets.

(٣) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٢٩٢. وانظر كذلك: Gérard Couchez; op. cit. p. 110. No. 145.

(٤) وانظر في الإشارة إلى بعض المهام الأخرى التي يسندها القانون الفرنسي للمحضرين: الأستاذ "بيروت" في المجلة الفصلية للقانون المدني: Perrot; Rev. trim. Dr. civ. 1979. 663.

المحكمة إلى قسمين هم كتبة القسم المدني وهم تابعون لكبير الكتاب ورئيس المحكمة، وقسم للقلم الجنائي يتبعون رئيس القلم الجنائي ورئيس النيابة في المحكمة.

ويعد المحضرون من أعوان القضاة وهم رجال الإعلان والتنفيذ القضائي<sup>(١)</sup>؛ لذا يختلف عملهم عن عمل الكاتب؛ إذ هم من يتولون إعلان الأوراق القضائية بصفة رسمية بين الخصوم، وهم من أسند إليهم القانون تنفيذ الأحكام القضائية، إذ يجب أن يعلن كل إعلان أو التنبيه أو الإخبار أو التبليغ أو التنفيذ بواسطة المحضرين، وبالمثل أسند إليهم القانون إجراء التنفيذ بناء على طلب ذي الشأن<sup>(٢)</sup>.

ويوجب المشرع أن يلحق بكل محكمة عدد كاف من المترجمين وحكمة وجودهم ترجع إلى أن اللغة العربية هي لغة المحاكم لذا فقد يقتضي الحال الاستعانة بهم لسماع أقوال من لا يعرف اللغة العربية أو لترجمة الأوراق المحررة بغيرها. خاصة وأن المترجمين يباشرون أعمال تعيين القاضي على أداء مهمته<sup>(٣)</sup>. كما وأن الاستعانة بالمترجم حق من حقوق الإنسان لذا

(١) راجع الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٢٢٢، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود، في أصول التقاضي، طبعة ٢٠٠٥، بدون اسم ناشر، ص ١٠٦، ١٠٧. وانظر أيضاً: Gérard Cornu et Jean Foyer; op. cit. p. 254.

(٢) ومن المقرر في النظام الإجمالي المصري أن المحضرين هم طائفة من أعوان القضاة ويوجد في كل محكمة ابتدائية قلم يسمى قلم المحضرين وتوجد له فروع في المحاكم الجزئية، ويتكون قلم المحضرين من موظفين تابعين لوزارة العدل، وينظم قانون السلطة القضائية مسائل تعيينهم ونظام ترقيةهم والقواعد المتبعة بشأن تأديبهم، وذلك في نطاق المواد ١٤٨، ١٥٥، ١٥٨، ١٦٩ منه، وهذا وكانت المادة ٦ من قانون المرافعات قد نصت على أن كل إعلان أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين.

(٣) راجع الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، سابق الإشارة إليه ص ٤٧٤، وانظر كذلك الأستاذة الدكتورة أمينة النمر في مرجعها، قوانين المرافعات، الكتاب الأول ص ٩٦، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد هندي في مرجعه: قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة =

جاء في المادة ٤١ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة والذي بدأ في النفاذ في ٢٣ مارس ١٩٧٦ النص على أنه من حق أي إنسان أن "يزود مجاناً بمترجم إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة"، كما ورد في المادة ١٦ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان في ٢٣ مايو ٢٠٠٤ أنه من حق كل إنسان أن يحاكم حضورياً أمام قاضيه الطبيعي وحقه في الدفاع عن نفسه شخصياً أو بواسطة محام يختاره بنفسه والاستعانة مجاناً بمحام يدافع عنه إذا تعذر عليه القيام بذلك بنفسه أو إذا اقتضت مصلحة العدالة ذلك وحقه إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم لغة المحكمة في الاستعانة بمترجم من دون مقابل<sup>(١)</sup>. وبالمثل ورد في المادة ٧ من الاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب والمعاملة لسنة ١٩٨٩ أنه يتم زيارة أماكن الاحتجاز بمعرفة عضوين من أعضاء اللجنة ويجوز للجنة عند الضرورة أن تستعين بخبراء أو مترجمين وأيضاً ورد في المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في ٤ نوفمبر ١٩٥٠ أنه لكل شخص عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته مساعدته بمترجم مجاناً إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة

---

٢٠٠٣، ص ٤٧ نبذة ١٥، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور نبيل عمر في قانون المرافعات، ١٩٩٣، ص ٤٢ وما بعدها، وانظر كذلك الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في: مبادئ القضاء المدني، سابق الإشارة إليه ص ٢٥٤، وراجع كذلك الأستاذ الدكتور أحمد مسلم في: أصول المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ١١٤.

(١) وتنص المادة الثانية من دستورنا المصري الصادر عام ٢٠١٤ على أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية لمصر، راجع في الإشارة إلى أن المترجمين في المحاكم هم أيضاً من أعوان القضاة المادة ٤/١٣٨ من قانون السلطة القضائية. وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في مرجعه: التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية طبعة ٢٠٠٨/٢٠٠٩ بدون اسم ناشر ص ٦٧، وانظر في الإشارة إلى أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية.

المستعملة في المحكمة<sup>(١)</sup>. كما جاء في المبدأ رقم ١٤ من مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز في ٩ يناير ١٩٨٨ أن "لكل شخص لا يفهم أو يتكلم على نحو كاف اللغة التي تستخدمها السلطات المسؤولة عن القبض عليه أو احتجازه أو سجنه الحق في أن يبلغ على وجه السرعة وبلغة يفهمها أسباب الاحتجاز وأن يحصل دون مقابل عند الضرورة على مساعدة مترجم شفوي فيما يتصل بالإجراءات القانونية".

وإذا كان ما تقدم هو عرض موجز لأعوان القضاة في ظل نظامنا الإجرائي المصري، فإن نظام أعوان القضاة هو نظام شائع في نظام المرافعات الفرنسي، لذا قال الأستاذ Gérard Couchez أن نظام أعوان القضاة ممن يطلق عليهم تسمية les Auxiliaires de la justice هو نظام مقتضاه الاستعانة بأشخاص يخدمون العدالة ويؤدون دوراً مؤثراً في القضية وهم يتعاونون مع القضاة في أداء مهمتهم وهؤلاء هم المحامون وأموروا القضاة والأعوان الآخرين في تحقيق العدالة:

Un Certain nombre de personnes sont au service des plaideurs, Coopèrent avec les magistrats au service public de la justice. Pour présenter Ces personnes, il Sera distingué entre les avocats, les officiers ministeriels, et les autres auxiliaire de la justice<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع في الإشارة إلى دواعي الاستعانة بالمترجم الأستاذ الدكتور عبد الباسط جمبجي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٢٩٣.

(٢) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 98 وفي هذا المعنى راجع أيضا: René Morel; Traité élémentaire de procédure civile; Deuxième édition. P. 155 No. 162.

وحيث يشير "موريل" إلى أنه إلى جانب القضاة تقتضي العدالة أعوان للقضاة بحيث يعهد إليهم بتسهيل أداء هذه المهمة للقضاة وأيضاً للمتقاضين لأن أيا منهم لا يسعه أن يباشر بعض الأعمال المادية ولا تتبع مهمة تنفيذ الأحكام. وراجع أيضاً في الإشارة إلى هذه الاعتبارات: Jean Larguier; Procédure Civile; op. cit. p.21.

ويعتبر المحامون من أعوان القضاة حتى لقد قيل بأنهم عماد القضاء وسناده ولئن كان على القضاة مشقة في البحث للمقارنة والترجيح، فإن على المحامين مشقة كبرى في البحث والإبداع والإبداء والتأسيس، إن عناء المحامين أشد في أحوال كثيرة من عناء القاضي لأن المبدع غير المرجح<sup>(١)</sup> ولا يختلف دور المحامي كعون للقاضي في النظام الإجرائي المصري عنه في الفرنسي، فالمحامي له دور المساعدة فضلا عما يؤديه من دور في تمثيل موكله.

Outre sa fonction traditionnelle d' assistance, l' avocat exerce la fonction de représentation de son client<sup>(٢)</sup>.

= وانظر كذلك:

Jean Vincent et Serge Guinchard; Procédure Civile, 22<sup>e</sup> édition. Précis Dalloz. P. 362 No. 471.

(١) راجع في الإشارة إلى نظام المحاماة في فرنسا:

B. Sur, Histoire des avocats en France. Dalloz 1998.

وراجع أيضا في الإشارة إلى دور المحامي في النظام الأمريكي:

Beth Walston - Dunham; Introduction to law. Third Edition.

وحيث الإشارة إلى أن المحامي في النظام الإجرائي الأمريكي لا يؤدي فحسب دور المدافع أو الممثل لموكله في القضايا وإنما هو أيضا يمثل حلقة الاتصال بين المحكمة وبين السلطات التشريعية والتنفيذية، راجع ص ٤٨٩.

(٢) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 105

وانظر كذلك في الإشارة إلى الدور المسند للمحامي في الكتابات الفرنسية:

Daucé; l' avocat dans la littérature française - the. Lettres. Rennes, 1947.

وتجدر الإشارة إلى المبادئ الأصولية التي تحكم مهنة المحاماة في الولايات المتحدة الأمريكية حيث يشير Beth W. Dunham أن على المحامي أن يراعي الأمانة في عمله وأن يحافظ على أسرار موكله: Lawyers have the duty to maintain the confidentiality of client Communications فإن على المحامين الالتزام بأداء العمل بإتقان: lawyers have the duty to act competently، كما وأن عليهم التزام بعدم تمثيل مصالح متعارضة: lawyers have the duty to avoid Conflicts of interest. بأن يؤديوا عملهم باستقلال independent professional judgment.=

ويشير الأستاذ "كوشيه" إلى أن المساعدة التي يتقدم بها المحامي قد تكون أيضاً بإبداء المشورة أو مساعدة موكله في تحرير العقود أو الحلول محلهم في التوقيع على الأوراق العرفية، أما فيما يتعلق بمهمة المحامي في تمثيل الخصم أمام المحكمة فقد يكون ذلك أمام محاكم الدرجة الأولى بينما يقتصر تمثيل الخصوم على المحامين أمام المحاكم الكلية<sup>(١)</sup>.

وفي النظام الإجرائي الفرنسي يعتبر "المأمور القضائي" أيضاً من أعوان القضاء les officiers ministériels ويعرف الأستاذ "كوشيه" صفة وعمل المأمور المذكور بأنه من يجري تكليفه وفقاً للقانون لإنجاز أعمال معينة لا يجوز أن يباشرها غيره.

**L' officier ministériel est titulaire d' une charge, il s' ensuit qu' il bénéficie du monopole. D' une profession avec pour contrepartie, l' obligation l' exercer pour ceux qui le lui demandent<sup>(٢)</sup>**

كذلك كان يدخل في معاوني القضاة في النظام الإجرائي الفرنسي من يسمون "وكلاء الدعاوى" أمام محاكم الاستئناف les avoués près Cours d' Appel وقد نظم المشرع أحكام هؤلاء بموجب القانون الذي صدر في ٢ نوفمبر ١٩٤٥، وتلى هذا القانون تعديلات متتالية كان منها ما تضمنه قانون ١٩ ديسمبر ١٩٤٥ وقانون ٢٦ يوليو ١٩٧٨ وقانون ٢١ ديسمبر ١٩٩٠، والمرسوم بقانون رقم ٩٣ - ٣٦٢ الصادر في ١٦ مارس ١٩٩٣، وكان القانون الفرنسي يوجب في هؤلاء الوكلاء شروطاً تتصل بالجنسية الفرنسية أو الانتماء إلى إحدى دول الاتحاد الأوروبي كما يوجب شروطاً تتصل بحسن السير والسلوك والتكوين العلمي القانوني، ويباشر

= راجع في الإشارة إلى ذلك وإلى الالتزامات الأدبية للمحامي:

Beth W. Dunham; Introductions to law. P. 499

(١) انظر "كوشيه" في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١٠٥.

(٢) وتجدر الإشارة إلى ما يقرره الأستاذان Gérard Cornu et Jean Foyer

من أن وجود اختلاف بين المأمور القضائي وبين المأمور الإداري.. راجع:

Gérard Cornu et Jean Foyer; op. cit. p. 261.

هؤلاء الوكلاء مأمورياتهم أمام المحاكم الاستئنافية وتضمهم إدارة مستقلة في كل محكمة كما يجمعهم تنظيم قومي، وهم ليسوا بموظفين عموميين وإنما من أصحاب الأعمال الحرة ويباشرون أعمالهم فرادى أو من خلال شركات أو جمعيات.

وفيما يتعلق بالمهام الموكولة إلى وكلاء الدعاوى أمام محاكم الاستئناف فإن عملهم هو تمثيل الخصوم في محاكم الاستئناف وهم "وكلاء في الخصومة" ولهم حق المرافعة عن الخصوم، ويقول الأستاذ "كوشيه" إن لهؤلاء الوكلاء ذات الخصائص التي تميز المحامين لو كانت الدعاوى منظورة أمام المحاكم الابتدائية، ومع ذلك فإن اختصاصهم المكاني مقيد بمكان المحكمة إذ لا يمارس أحد منهم العمل المنوط به خارجها:

Leur mandat présente les même Caractères que celui de l' avocat qui représente son client devant le tribunal de grande instance<sup>(١)</sup>.

وفي النظام الإجرائي الفرنسي يعد المحامون أمام مجلس الدولة أو أمام محكمة النقض عوفاً من أعوان القضاة<sup>(٢)</sup>، ولقد درج النظام السائد في فرنسا على ذلك منذ ١٨١٧ وما تلى ذلك من تعديلات كالتقانون الصادر في ٢٨

---

(١) راجع الأستاذ "كوشيه" في مرجعه السابق الإشارة إليه، وجديز بالاعتبار أن المشرع الفرنسي قد ألغى نظام وكلاء الدعاوى اعتباراً من أول يناير ٢٠١٢.

(٢) وفي النظام الإجرائي الفرنسي يتطلب المشرع فيمن يكون محامياً أمام محاكم مجلس الدولة وأمام محكمة النقض شروطاً معينة إذ يجب أن يكون فرنسي الجنسية أو من رعايا دولة من دول الاتحاد الأوروبي كما يجب أن تتوافر فيه شروط حسن السير والسلوك وشروط تتعلق بتكوينه العلمي إذ يجب أن يكون حاصلًا على ليسانس في القانون وأن يحصل على شهادة تدريب على أعمال المحاماة كما يجب أن يكون قد أمضى علاوة على ذلك مدة عام في القيد في قائمة التأهيل للعمل أمام محاكم مجلس الدولة ومحكمة النقض مع اجتياز الاختبار اللازم لمزاولة هذا العمل.. راجع:

Gérard Couchez; op. cit. p. 110 No. 144.

وانظر أيضاً: Gérard Cornu et Jean Foyer; op. cit. p. 252.



أكتوبر ١٨٥٠ وحتى القانون رقم ٩٠ - ١٢٥٨ الذي صدر في ٣١ ديسمبر ١٩٥٠ ، ويشترط فيمن يكون محامياً أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة أن يكون متمتعاً بالجنسية الفرنسية أو أحد رعايا دولة من دول الاتحاد الأوروبي كما يجب أن يتمتع بشروط خاصة بحسن السير والسلوك والقيّد من الجدول المعد لذلك فضلاً عن التكوين القانوني.

كذلك يعد المحضرون من أعوان القضاة في فرنسا ، ولقد نظم المشرع أحكامهم منذ القانون الصادر في ٢ نوفمبر ١٩٤٥ وتلاه عدة تعديلات في المرسوم بقانون رقم ٩٢ - ١٤٤٨ الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٩٢<sup>(١)</sup>.

ويشترط المشرع الفرنسي فيمن يكون محضراً **Les Huissiers de**

(١) ومن المعلوم أن المشرع المصري قد أناط بالمحضرين ذات الاختصاصات المقررة لهم في النظام الإجرائي الفرنسي ، كما أشارت المادة ١٣٩ من قانون السلطة القضائية إلى وظيفة المحضر ، وبموجب المادة ٢٧٩ مرافعات معدلة بالقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٧ فقد قرر المشرع أنه يعين في وظيفة معاون قضائي للتنفيذ من يكون منهم حاصلًا على ليسانس في الحقوق. راجع في الإشارة إلى هذا الاستحداث الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط ، سابق الإشارة إليه ص ٢٢٢.

كذلك يسند المشرع للمحضر ذات الاختصاصات المنوطة به في غالبية التشريعات الإجرائية المقارنة ، ومن ذلك مثلاً ما جاء في المادة السادسة من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لسنة ١٩٨٨ والتي أشار فيها المشرع إلى أن كل تبليغ يكون بواسطة المحضرين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وعلى من يتولى التبليغ أن يدرج بياناً بكيفية وقوع التبليغ مذيلاً باسمه وتوقيعه ، وبموجب الفقرة الثالثة من المادة ٦ من ذات القانون فإنه يجوز تبليغ الأوراق القضائية بواسطة شركة خاصة واحدة أو أكثر يعتمدها مجلس الوزراء بناء على تنسيب من وزير العدل ، ويصنر لهذا الغرض نظام خاص لتمكين تلك الشركة من القيام بأعمالها ومراقبة أداؤها وفق أحكام هذا القانون.. ويعتبر محضراً بالمعنى المقصود في هذا القانون موظف الشركة الذي يتولى عملية التبليغ.

وفي النظام الإجرائي الليبي كان المشرع بموجب القانون الذي صدر في ١٩٥٣/١/٢٨ ينص في المادة ٧ منه على أن كل إعلان أو تنبيه أو إخبار أو تبليغ أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين.

justice يتمتع بالجنسية الفرنسية واستيفاء متطلبات خاصة تتعلق بالتكوين القانوني maîtrise en droit en principe<sup>(١)</sup>.

ولا يعد المحضر من الموظفين العموميين وإنما من أصحاب المهن الحرة ويضمهم تكوين قانوني جماعي في هيئة لجان في المقاطعات ولجنة قومية.. وللمحضرين مهام معينة، إذ هم من يتولى الإعلان للأوراق القضائية وهم من يباشرون تنفيذ الأحكام، ومنهم من يطلق عليهم "محضري حفظ النظام" أثناء الجلسة:

**Certains huissiers, dits 'puissiers audienciers', sont chargé du service intérieur des tribunaux et en particulier de la police des audience<sup>(٢)</sup>.**

ويعد الكتبة les Greffiers من أعوان القضاة إذ يوجد قلم للكتاب في محكمة النقض الفرنسية وفي محاكم الاستئناف والمحاكم الكلية والمحاكم الابتدائية وهؤلاء جميعاً من الموظفين العموميين وليسوا من أصحاب المهن الحرة qui sont des fonctionnaires ويرأس الكتاب في كل محكمة كبير الكتاب وهو من له عليهم إشراف إداري وقانوني، ويوجب قانون المرافعات الفرنسي حضور الكاتب دائماً أثناء الجلسة كما يجب حضوره مع القاضي عند مباشرته أي إجراء مقرر قانوناً.

**Les greffiers doivent assister les magistrats a l' audience et dans tous les Cas prévue par la loi<sup>(٣)</sup>.**

ويعد كبير الكتاب هو الرئيس الأعلى وهو من يملك سلطة على

- 
- (١) راجع في الإشارة إلى هذه الشروط "كوشيه" في مرجعه السابق الإشارة إليه.  
(٢) راجع: "كوشيه" في المرجع السابق، الموضوع السابق، وحيث يشير الفقيه إلى أن الاختصاص المهود للمحضرين يقتصر على النطاق المكاني بحيث إنه لا يجوز لهم مباشرة عمل يدخل في اختصاص محضرين آخرين في محكمة أخرى، كذلك فإن عملهم جماعي ويجوز أن يحل أحدهم محل الآخر في مباشرة العمل.  
وراجع في الإشارة إلى اختصاصات المحضرين في فرنسا:  
Gérard Cornu et Foyer; op. cit. p. 254.  
(٣) راجع "كوشيه" في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١١١.

جميع الكتاب وهو من يباشر توزيع العمل بينهم ومتابعتهم في أعمالهم وهو من يقدر مصاريف ورسوم الدعاوى ويوقع على الإيصالات الدالة على السداد.

### خطة الدراسة:

نرى تقسيم الدراسة في هذا البحث إلى فصلين نعالج في أولهما مفهوم العمل القضائي بين القاضي وأعوانه، ونعالج في ثانيهما التنظيم القانوني للمحاكم بين أداء القاضي لعمله ومباشرة أعوانه لمهامهم، وسوف نتناول في الفصل الأول طبيعة العمل القضائي الذي يباشره القاضي ونطاق هذا العمل ومدى حاجة القاضي للأعوان ومركزهم القانوني، وفي مبحث أول نعرض لمفهوم مساعدة المحامي للقاضي في تحقيق العدالة والتمثيل الفني للخصوم، كما نعرض لطبيعة عمل كتبة المحاكم كأعوان للقضاة وللمتقاضين، وكذلك نتجه بالدراسة لعمل المحضرين باعتبارهم من أعوان القضاة، وفي مبحث ثان ندرس دور المترجم في معاونة القاضي وتيسير الأداء الأمثل للعدالة حيث تلقى الضوء على دواعي الاحتياج للمترجم في ظل مبدأ "اللغة العربية اللغة الرسمية للمحاكم" باعتباره من المبادئ المقررة في الدستور المصري الذي صدر في عام ٢٠١٤ وما قبله من دساتير، وأيضاً باعتباره من المبادئ المقررة في القوانين الإجرائية المصرية والمقارنة، كما تلقى الضوء في مطلب ثان على عمل المترجم باعتباره أحد موظفي المحكمة، أما في المبحث الثالث فإننا ندرس عمل الخبراء باعتبارهم من أعوان القضاة ومعاونة الخصوم في استجلاء حقيقة وقائع النزاع، ونعرض في هذا المقام للتكليف القانوني لرأي الخبير باعتباره رأياً استشارياً غير ملزم للقاضي، وندرس أيضاً علاقة الخبير بالقاضي وبالخصوم، ونتجه بعد ذلك إلى دراسة الصلة بين عمل الخبير ومدى معاونته للقاضي في ظل القاعدة الأصولية التي تقضي بأن القاضي لا يقضي بعلمه الشخصي، كما ندرس في هذا المبحث اتجاه المشرع الإجرائي الفرنسي الذي اتجه مؤخراً إلى التوسع في إمكانية لجوء القاضي إلى الخبير، كذلك نتناول الدراسة في هذا المبحث بيان العلاقة بين

نظام القاضي الفرد ونظام جماعية القضاة وبين استغاثة الخبير، ثم ندرس في هذا المبحث مدى تأثير تكوين الدوائر القضائية بقضاة من الهيئة القضائية وقضاة من خارجها بالاستغاثة بالخبراء - وندرس أيضاً موقف قانون المرافعات الإنجليزي من الخبير كغون من أعوان القضاة.

وفي الفصل الثاني من هذه الدراسة نعالج التنظيم القانوني للمحاكم بين أداء القاضي لعمله ومباشرة أعوانه لمهامهم.. حيث نخصص المبحث الأول لعلاقة القاضي وأعوانه بموضوع القضية وفي هذا المبحث نتكلم في ارتباط عمل معاوني القضاة بالعمل في المحاكم ونبحث في نظام قلم الكتاب ومعاوني القضاة بين محكمة النقض ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والجزئية في النظام الإجرائي المصري حيث نلقي الضوء على محكمة النقض المصرية ودور قلم الكتاب فيها، كما نتناول الوضع القانوني لقلم الكتاب في المحاكم الجزئية ثم المحاكم الاستئنافية، كذلك نعرض بالدراسة للنظام القانوني للمحاكم الفرنسية ودور معاوني القضاة فيها حيث نتكلم عن المحاكم المدنية العادية في النظام الإجرائي الفرنسي وتعرض للمحاكم الكلية في فرنسا وكذلك النظام القانوني للمحاكم الاستئنافية الفرنسية، كذلك ننصرف بالدراسة إلى المحاكم المدنية المتخصصة في فرنسا، حيث نلقي الضوء على المحاكم التجارية والمجالس العمالية ومحاكم الضمان الاجتماعي ومحاكم الإيجارات.

وفي المبحث الثاني من الفصل الثاني تنصب الدراسة على أعوان القضاة في النظام الإجرائي الفرنسي حيث نتناول بالدراسة طوائف معاوني القضاة في النظام القضائي الفرنسي، وندرس الكتبة كمعاونين للقضاة في المحاكم الفرنسية، كما نعرض لمساعدتي القضاة والقائمين بتوفيق الأوضاع، كما نعرض لنظام المأمور القضائي ووكلاء الدعاوى، وهذا النظام الأخير هو ما توقف العمل به اعتباراً من أول يناير عام ٢٠١٢ رغم شيوعه في فرنسا حتى قبل نظام الثورة الفرنسية، وقد بدأ المشروع في الإلغاء التدريجي

نظام وكلاء الدعاوى إذ تقلصت صلاحيتهم وأسندت إلى المحامين في تطورات متتالية لنظام المحاماة الفرنسي، وإن اقتصر نظام وكلاء الدعاوى عليهم أمام محاكم الاستئناف.. إلى أن انتهى تماماً من أول يناير ٢٠١٢، ومع ذلك ولأنه كان مرحلة طويلة من نظام معاوني القضاة، فقد رأينا أن تشمل دراستنا في النظام القانوني لكتابة المحاكم والمحضرين والمترجمين والخبراء كدراسة مقارنة.

وأخيراً نعرض للخاتمة اللازمة لإلقاء الضوء على الدراسة.

وعلى ذلك ننصرف إلى الدراسة على النحو الآتي:

**تقسيم الدراسة:**

**المقدمة:**

**الفصل الأول: العمل القضائي بين القاضي وأعوانه.**

**المبحث الأول: مزاولة القاضي لعمله القضائي وحاجته للأعوان.**

**المطلب الأول: مساعدة المحامي للقاضي في تحقيق العدالة والتمثيل الفني للخصوم.**

**المطلب الثاني: كنية المحاكم كأعوان للقاضي والمتقاضين.**

**المطلب الثالث: المحضرون من أعوان القضاة.**

**المبحث الثاني: دور المترجمين في معاونة القاضي وتيسير الأداء الأمثل لعدالة القضاء.**

**المطلب الأول: دواعي الاحتياج للمترجم في ظل مبدأ "اللغة العربية اللغة الرسمية للمحاكم".**

**المطلب الثاني: المترجم أحد موظفي المحكمة.**

**المبحث الثالث: الخبراء كعون من أعوان القضاة والخصوم في القضايا.**

**المطلب الأول: الرأي الاستشاري للخبير يبرر صفته كعون للقاضي.**

**المطلب الثاني: علاقة الخبير بالقاضي والخصوم.**

**المطلب الثالث: استعانة القاضي بالخبير تأكيد لقاعدة: القاضي لا يقضي بعلمه الشخصي.**

**المطلب الرابع:** توسع المشرع الفرنسي في إمكانية لجوء القاضي إلى الخبير.  
**المطلب الخامس:** عدم تأثر نظام القاضي الفردي أو جماعية القضاة في الاستعانة بالخبير.

**المطلب السادس:** مدى تأثير تكوين الدوائر القضائية بقضاة من الهيئة القضائية وقضاة من خارجها بالاستعانة بالخبراء.

**المطلب السابع:** موقف قانون المرافعات الإنجليزي من الخبير كعون من أعوان القضاة.

**الفصل الثاني:** التنظيم القانوني للمحاكم بين أداء القاضي لعمله ومباشرة أعوانه لمهامهم.

**المبحث الأول:** علاقة القاضي وأعوانه بموضوع القضية.

**المطلب الأول:** ارتباط عمل معاوني القضاء بالعمل في المحاكم.

**المطلب الثاني:** قلم الكتاب ومعاوني القضاة بين محكمة النقض ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والجزئية في النظام الإجرائي المصري.

**أولاً:** محكمة النقض المصرية ودور قلم الكتاب فيها.

**ثانياً:** المحاكم الجزئية.

**ثالثاً:** المحاكم الابتدائية.

**رابعاً:** محاكم الاستئناف.

**المطلب الثالث:** المحاكم الفرنسية ودور معاوني القضاة فيها.

**الفرع الأول:** المحاكم المدنية العادية في النظام الإجرائي الفرنسي.

**أولاً:** المحاكم الكلية في فرنسا

**ثانياً:** المحاكم الاستئنافية الفرنسية.

**الفرع الثاني:** المحاكم المدنية المتخصصة في فرنسا.

**أولاً:** المحاكم التجارية.

**ثانياً:** محاكم المجالس العمالية.

**ثالثاً:** محاكم الضمان الاجتماعي.

رابعاً: محاكم الإيجارات.

المبحث الثاني: أعوان القضاء في النظام الإجرائي الفرنسي.

المطلب الأول: طوائف معاوني القضاة في النظام الإجرائي الفرنسي.

المطلب الثاني: الكتبة كمعاونين للقضاة في المحاكم الفرنسية.

المطلب الثالث: المحضرين كمعاونين للقضاة في المحاكم الفرنسية.

المطلب الرابع: مساعداو القضاة والقائمون بتوفيق الأوضاع.

المطلب الخامس: المأمور القضائي ووكلاء الدعاوى les officiers ministériés et les avoués près les Cours d' appel.

## الفصل الأول

### العمل القضائي بين القاضي وأعوانه

كثيراً ما تعرض الفقهاء في فقه المرافعات المصري والمقارن بالدراسة والبحث لشخص القاضي وهو يتولى الوظيفة القضائية ويأشر منصب القضاء في المحاكم بمختلف أنواعها<sup>(١)</sup>. وهو وإن كان من يأشر هذه المهمة إلا

(١) وفيما يتعلق بالدور الذي يؤديه القاضي عند نظر الدعوى فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كنا إزاء نظام قضائي قائم على التداعي المباشر بين الأفراد وهو ما يسمى بالنظام الاتهامي أو كنا إزاء نظام تنقيبي، وفي النظام الاتهامي *procédure dite accusatoire* يؤدي الخصوم دوراً بالغ الأهمية إذ هم من يوجهون الدعوى وتكون الخصومة ملك لهم ومن ثم فإنهم من يناط بهم مهمة الإثبات، وفي هذا النظام تغدو الخصومة كمنارزة بين أطرافها *présente comme un duel* ويكون للقاضي دور ضئيل للغاية أو هو بالأحرى يقف موقفاً سلبياً بين الخصوم، أما في النظام التنقيبي يكون للقاضي دور إيجابي لأن الخصومة تستوجب تحقيق المصلحة العامة، راجع في هذا المعنى الأستاذ "كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي حيث يقول بأن:

C' est l' importance du rôle joué le juge dans le déroulement de l' instance, dans la recherche des preuves. Dans ce système, l' accent est mis sur le fait que la justice est un service public, que la marche de d' instance doit donc dépendre, non du bon vouloir des parties, mais des initiatives du juge.

راجع: Gérard Couchez. Procédure civile. Cours élémentaire Driot economie. 10<sup>e</sup> Edition. P. 171 No 227.=

أنه يجب أن يكون له أعوان يطلق عليهم "أعوان القضاة" *les auxiliaries de la justice* وهم طوائف من الموظفين أو غير الموظفين ينصرف عملهم إلى معاونة القضاة وهم أيضاً يباشرون خدمة للمتقاضين في أعمالهم القضائية<sup>(١)</sup>. ولا ريب في أن وجود هذه الفئة من الأعوان أو الطوائف إنما يسر العمل القضائي للقاضي والمتقاضين في وقت واحد<sup>(٢)</sup>. لذا حق في الفقه وفي القانون المصري والمقارن تسميتهم بالأعوان، إنهم أعوان القضاء وهم طوائف مغينة يندرج فيهم المحامون والكتبة والمحضرون والمترجمون والخبراء<sup>(٣)</sup>.

---

= وانظر أيضاً: G. Bolard; les principes directeurs du procès de droit positif depuis Henri Motulsky. J. C. P. 1993. I. 3693.

(١) ويقول الأستاذ "جيرار كوشيه" في هذا الصدد أنه إلى جانب القاضي الذي يتفرد بمباشرة الفصل في الدعاوى يوجد بعض الأشخاص الآخرين لمعاونة القاضي وهم يؤدون في هذا المجال خدمة عامة للعدالة:

Un Certain nombre de personnes sont au service des plaideurs, Coopèrent avec les magistrats au service public de la justice.

راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 98 No. 130

(٢) ويعد المحامون من الأعوان ممن يباشرون عملهم في مجال معاونة المتقاضين. راجع:

Benabent; Avocats: premières vues sur la nouvelle profession"; J. C. P. 1991. I. 3499.

(٣) انظر في الإشارة إلى هذا المعنى الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط في قانون القضاء المدني طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية ص ٢٢١ رقم ١٣٢، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور وجدي زاغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، الطبعة الرابعة ٢٠٠٤، الناشر دار النهضة العربية، ص ٢٤٧، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور عبد الحميد أبو هيف في المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، طبعة ١٩٢١ ص ٢١٢، وما بعدها رقم ٢٣٢، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور رمزي سيف في مؤلفه الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية ١٩٦٠، الناشر دار النهضة العربية، ص ١٠١، رقم ٧٨ وما بعدها.



## المبحث الأول

### مزاولة القاضي لعمله القضائي وحاجته للأعوان

لا يختلط عمل القاضي بعمل أعوانه، إذ القاضي هو من يتولى منصب القضاء بغض النظر عن درجته أو عن نوع المحكمة التي يباشر عمله في مجلس القضاء الجالس فيها<sup>(١)</sup>. وقد أوجب قانون السلطة القضائية فيمن يكون قاضياً من يكون متمتعاً بالجنسية المصرية وأن يكون متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة والأقل سنه عن ثلاثين سنة وأن يكون حاصلاً على إجازة الحقوق وألا يكون قد حكم عليه من المحاكم أو مجالس التأديب لأمر مخل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره وأن يكون محمود السيرة وحسن السمعة<sup>(٢)</sup>. وقد اشترط المشرع شروطاً خاصة فيمن يكون قاضياً من الفئة (أ) أو من الفئة (ب) أو من رؤساء المحاكم من الفئة (أ) أو الفئة (ب) والقضاة بمحاكم الاستئناف ومحكمة النقض، ويستوي أن يكون القاضي قد تولى منصبه أمام جهة من جهات القضاء العادي أو الإداري وأياً ما كانت درجة التقاضي أي سواء أكانت المحكمة من محاكم الدرجة الأولى أو محاكم الدرجة الثانية أو من محاكم النقض<sup>(٣)</sup>. كذلك يستوي في هذا المقام

(١) راجع في هذا المعنى وفي الإشارة إلى أنواع القضاة في الولايات المتحدة الأمريكية Beth Walston - Dunham; Introduction to law. Fremont, Nebraska; third Edition. p. 486.

وراجع في الإشارة إلى هذا المعنى:

René Morel; Traité élémentaire de procédure civile, Deuxième édition; p. 121 No 122.

(٢) انظر الأستاذ الدكتور عزمي عبد الفتاح في الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، قانون القضاء المدني الكويتي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، الناشر مؤسسة دار الكتب ص ٥٠ وما بعدها. وراجع أيضاً الدكتور محمد عبد الجواد محمد في شرح قانون المرافعات المدنية السوداني، الجزء الأول، النظام القضائي، الاختصاص، إجراءات التقاضي، طبعة ١٩٦٨ بدون اسم ناشر، ص ٤٧، فقرة ٣٦ وما بعدها.

(٣) وجدّير بالذكر أن المشرع المصري كان قد أصدر القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه: تستبدل كلمة "قاضي" بكلمة =

أن تكون سلطاته باعتباره قاضي موضوع أم قاضي وقتي ، وموody ذلك في مختلف الأحوال أن القاضي هو صاحب السلطة القضائية وهو المكلف بتطبيق القانون وهو من يوليه المشرع هذه الصلاحية المسماة بسلطة القضاء ، أو هو الشخص المكلف بحسم ما يثار من نزاع بين الأفراد وفقاً للقانون أو لقواعد العدالة<sup>(١)</sup>.

ومن خصائص القاضي ما أوجبه القانون - قانون السلطة القضائية في المادة ٧١ منه - على القضاة من أداء اليمين قبل اشتغالهم بوظائفهم ويكون الحلف بالقسم " بالله العظيم أن يحكم بين الناس بالعدل وأن يحترم القانون " ، ويكون أداء رئيس محكمة النقض لليمين أمام رئيس الجمهورية بينما يكون أداء اليمين بالنسبة لرجال القضاء الآخرين أمام مجلس القضاء الأعلى ، ومن خصائص القاضي أيضاً ما فرضه عليهم المشرع من عدم جواز القيام بأي عمل تجاري كما أنه لا يجوز لأي منهم القيام بأي عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته<sup>(٢)</sup>. كذلك من خصائصه أيضاً ما ورد في

---

=مستشار أينما وردت في قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، والجداول الملحقه به أو في قانون آخر بالنسبة لرجال القضاء الخاضعين لهذا القانون.

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في مؤلفه "التقاضي بقضية وبدون قضية" ، في المواد المدنية والتجارية ، طبعة ٢٠٠٩ ، بدون اسم ناشر ص ٦٠ ، وراجع الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، طبعة ٢٠٠٧ بدون اسم ناشر ، ص ٤٠١ وما بعدها. وانظر كذلك الأستاذ الدكتور أحمد هندي في مرجعه : قانون المرافعات المدنية والتجارية ، طبعة ٢٠٠٣ ، الناشر دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ، ص ٤٧ رقم ١٥ وما بعدها ، وكذلك محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي في قواعد المرافعات ، الجزء الأول ، طبعة ١٩٥٧ ، ص ١٣٨ ، وانظر أيضاً الأستاذ الدكتور نبيل عمر في قانون المرافعات طبعة ١٩٩٣ ص ٤٢ ، ٤٣.

(٢) وتمشياً مع ذلك انظر "جيرار كوشيه" في المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٨٩ حيث يوضح أنه :

Un magistrat du corps judiciaire ne peut en principe exercer que sa fonction de magistrat.

المادة ٧٣ من قانون السلطة القضائية من عدم "إبداء الآراء السياسية" أو الاشتغال بالعمل السياسي كما لم يميز المشرع لأي منهم الترشيح لانتخابات السلطة التشريعية أو الهيئات الإقليمية أو التنظيمات السياسية.

ويتميز القضاء بخاصية الاستقلال وهي ضمانه كبرى قصد بها ضمان حيديتهم ومن ثم فهم غير قابلين للعزل، ولقد صرح المشرع في المادة ٦٧ من قانون السلطة القضائية بذلك حيث ورد فيها الإشارة إلى أن: رجال القضاء والنيابة العامة - عدا معاوني النيابة - غير قابلين للعزل، ولا ينقل قاض بمحكمة التقص إلى محاكم الاستئناف أو النيابة العامة إلا برضائهم، ويقول الفقهاء بالإجماع بأن المشرع إذ صاغ هذا القيد وأكده فقد ساير بذلك ذات الضمانة المقررة في القوانين الإجرائية المقارنة<sup>(١)</sup>، والهدف من ذلك إشاعة الطمأنينة والثقة بين القضاة والمتقاضين وحسن سير العدالة، وهكذا تحظر كافة التشريعات عزل القاضي أو وقفه أو إحالته إلى المعاش أو نقله إلا في الحدود المنظمة قانوناً<sup>(٢)</sup>.. وفي سبيل الإمعان في كفالة استقلال القضاة فقد

---

(١) وتأكيداً لذلك نص الدستور الفرنسي في الفقرة الرابعة من المادة ٦٤ منه - وهو الدستور الصادر في ٤ أكتوبر ١٩٥٨ - على أن القضاة غير قابلين للعزل *les magistrates du siege sont immovibles* كما ورد في الدستور الفرنسي أيضا النص على أن القاضي لا ينقل إلا برضاه *le magistrat du siege ne peut recevoir sans son consentement une affectation nouvelle, même en avancement* وفي هذا المقام يشير الأستاذ "جيرار كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي إلى أن السلطة التنفيذية لا تملك معاقبة القاضي عما يصدره من أحكام *un magistrat du siege ne puisse faire l' objet de sanctions sur la seule decision du G. Couchez; op. cit. p. 88. No 116* - راجع: 117.

(٢) وتأكيداً لذلك ورد في المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية والمعتمدة بقراري الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٩ نوفمبر ١٩٨٥ أنه تكفل كل دولة استقلال السلطة القضائية وينص على ذلك في الدستور أو القوانين الداخلية ومن واجبات جميع المؤسسات الحكومية وغيرها من المؤسسات احترام ومراعاة استقلال السلطة القضائية، كما ورد في ذات المبادئ أنه يتمتع القضاة سواء =

أنشأ المشرع المصري بموجب القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ مجلس أعلى للهيئات القضائية يتولى الإشراف على الهيئات القضائية والتنسيق بينها<sup>(١)</sup>. ولقد ورد النص على هذا المجلس في المادة ١٧٣ من دستور عام ١٩٧١ وقد أعاد القانون تنظيم هذا المجلس بموجب القانون ٣٥ لسنة ١٩٨٤ وفيه أورد

= أكانوا معينين أو منتخبين بضمان بقائهم في منصبهم إلى حين بلوغهم سن التقاعد الإلزامية أو انتهاء الفترة المقررة لتوليهم المنصب حيثما يكون معمولا بذلك.. ولا يكون القضاة عرضة للإيقاف أو العزل إلا لدواعي عدم القدرة أو دواعي السلوك الذي يجعلهم غير لائقين لأداء مهامهم.

(١) وكان المشرع المصري قد أنشأ بموجب القانون ٤٣ لسنة ١٩٦٥ مجلس القضاء الأعلى وكان يشكل من سبعة أعضاء برئاسة رئيس محكمة النقض وأقدم نائبين من نواب رئيس محكمة النقض ورئيس محكمة استئناف القاهرة ورئيس محكمة استئناف الإسكندرية والنائب العام ورئيس محكمة القاهرة الابتدائية، وقد ألغى هذا المجلس بإنشاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية بموجب القانون ٨٢ لسنة ١٩٦٩ ونص في المادة الثالثة من هذا القانون على أن يرأس المجلس الأعلى للهيئات القضائية رئيس الجمهورية ويشكل من وزير العدل نائبا لرئيس المجلس وعضوية رئيس المحكمة العليا ورئيس محكمة النقض ورئيس مجلس الدولة، ورئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام ورئيس إدارة قضايا الحكومة ومدير النيابة الإدارية وأقدم نواب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة القاهرة الابتدائية، ولرئيس الجمهورية الحق في أن يعين بالمجلس عضوين ممن سبق لهم العمل بالهيئات القضائية في وظيفة مستشار أو ما يعادلها على الأقل ويكون تعيينهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، وفي الفقه المصري رأي طالب بضرورة عودة مجلس القضاء الأعلى حتى لا تكون رئاسة مجلس القضاء لرئيس الجمهورية، وكذلك استبعاد أن تكون رئاسة المجلس لوزير العدل لأنه عضو في السلطة التنفيذية، راجع في ذلك الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٠، الناشر دار النهضة العربية، ص ١٢٠، ويلاحظ أنه بموجب القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ عدل المشرع عن المجلس الأعلى للهيئات القضائية حيث إنشأ مجلس القضاء الأعلى برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية رئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام، وأقدم اثنين من نواب رئيس محكمة النقض وأقدم اثنين من رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى، وبموجب المادة ٧٧ مكررا ٢ فقرة ٢ من القانون الأخير أوجب المشرع أخذ رأي المجلس في مشروعات القوانين المتعلقة بالقضاء والنيابة العامة.

المشروع تشكيل مجلس القضاء الأعلى برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية كل من رئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام وأقدم اثنين من نواب رئيس محكمة النقض وأقدم اثنين من رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى، ويختص هذا المجلس بنظر كل ما يتعلق بتعيين وترقية ونقل وندب وإعارة رجال القضاء والنيابة العامة، وكذلك سائر شئونهم على النحو المبين في قانون السلطة القضائية<sup>(١)</sup>.

ولما كانت مزاوله القضاء من أسمى صور الولاية لذا أحاط المشروع القضاة بضوابط قانونية توجب توقيهم وتحول من الخط من مكانتهم أو الإخلال بهيبتهم لذا حث المشروع في المادة ١٨٦ من قانون العقوبات على أطراف القضية وممثليهم مخاطبة القاضي بالاحترام الكافي، وبموجب المادة ١٠٤ مرافعات صرح المشروع بأن ضبط الجلسة وإدارتها منوطان برئيسها، وله في سبيل ذلك ومع مراعاة أحكام قانون المحاماة أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها، فإن لم يمثل وتمادى كان للمحكمة أن تحكم على الفور بحبسه أربعاً وعشرين ساعة أو بتغريمه، ويكون حكمها بذلك نهائياً، وقررت المادة ١٠٧ من قانون المرافعات للمحكمة أن تحاكم من تقع منه أثناء انعقادها جنحة تعد على هيئتها أو على أحد أعضائها أو أحد العاملين بالمحكمة وتحكم عليه فوراً بالعقوبة<sup>(٢)</sup>.

ويوجب المشروع على القضاة مراعاة واجبات والتزامات قانونية،

- 
- (١) وتأكيداً لذلك ورد في المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية الصادرة عن الأمم المتحدة عام ١٩٨٥ أنه يتعين أن يكون من يقع عليهم الاختيار لشغل الوظائف القضائية أفراداً من ذوي النزاهة والكفاءة والحاصلين على تدريب أو مؤهلات مناسبة في القانون.. ويعتبر إسناد القضايا إلى القضاة ضمن إطار المحكمة التي ينتمون إليها مسألة داخلية تخص الإدارة القضائية.
- (٢) وجددير بالذكر أن المشروع قد أوجب في قانون المحاماة على المحامي أن يلتزم نحو المحكمة بمخاطبتها بالتوقيع اللازم وأن يعمل على أن تكون علاقته باعتباره عوناً لها قائمة على التعاون والاحترام المتبادل.

فالقاضي لا يصح أن يكون حكماً وخصماً في نفس الوقت<sup>(١)</sup>. وهو لا يقضي بعلمه الشخصي<sup>(٢)</sup>. وهو ملتزم بعدم إفشاء سرية المداولات<sup>(٣)</sup>، وهو لا يجوز أن يباشر الوكالة عن أحد الخصوم في الحضور أو المرافعة سواء أكان ذلك بالمشافهة أو بالكتابة أو بالإفتاء.

ولما كانت مهمة القاضي مهمة شاقة يتعذر عليه أن يباشرها هو بنفسه

(١) وتأكيداً لذلك قال الأستاذ "جيرار كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي أن هناك حالات تجعل القاضي غير صالح لنظر القضايا ومن هذه الأسباب ما هو عام ومنها ما هو خاص ببعض القضايا، فالقاضي لا يمكن أن يكون مدعياً أو مدعى عليه في قضية منظورة أمامه، وهو لا يجوز له أن يمثل أحد الخصوم أو أن يترافع عنه، كذلك لا يجوز له الفصل في قضية شخص والديه أو أبنائه أو زوجته أو أقاربه، وقد نظم المشرع الفرنسي حالات رد القضاة في المواد من ٣٤١ حتى ٣٥٥ من قانون المرافعات الفرنسي

*..Certaines de ces incapacités sont générales, en ce sens qu'elles jouent pour tout procès; c'est ainsi qu'un magistrat ne saurait plaider ou Consulter. D'autre sont simplement relative; Elles ne jouent qu'à l'occasion d'un procès déterminé*

راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 90 No. 118.

(٢) انظر الأستاذ الدكتور نبيل إسماعيل عمر في بحثه بعنوان: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات ١٩٨٩، الناشئ منشأة المعارف بالإسكندرية، وراجع أيضاً الدكتور سامح السيد جاد في بحثه بعنوان "القضاء بالعلم الخاص للقانون، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد بجامعة القاهرة عام ١٩٨١، وانظر كذلك الدكتور هشام علي صادق في بحثه في سبب الدعوى الممتنع على القاضي تعديله، بحث منشور في مجلة المحاماة عدد ١٩٧٠.

(٣) ووفقاً للمادة ١٦٦ فقرة أولى من قانون المرافعات أوجب المشرع أن تتم المداولة سراً بين القضاة الذين سمعوا المرافعة مجتمعين.. ومن ثم لا يجوز أن تحضرها النيابة العامة ولا كاتب الجلسة، راجع الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في مؤلفه "أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، طبعة ٢٠٠٥، ص ٧١٩، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٧١٢، وحيث يشير إلى أنه "إذا أخل أحد القضاة بهذه السرية بأن أفشى أسرار المناقشة التي دارت بين القضاة بشأن الحكم الواجب إصداره في الدعوى تعرض للمساءلة التأديبية".

لذا درجت جميع القوانين الإجرائية المقارنة على مساعدة القضاة بأعوان وهؤلاء منهم من هو من الموظفين العموميين ومنهم من يكون من مهنة حرة والغاية التي تجمع هؤلاء جميعاً هي مساعدة القضاة ومشاركتهم في إقامة العدالة، وينصرف جل اهتمامهم بمعاونة القضاة كما ينصرف اهتمامهم بمساعدة أطراف القضية<sup>(١)</sup>. ولقد عين المشرع من يكون من معاوني القضاة وأورد دورهم ونظم أحكامهم وأضفى هذه الصفة على الكتبة والمحضرين والنيابة العامة، كما يعد منهم الخبراء والمترجمون أو المحامون وهذه الفئات الأخيرة هم أصحاب مهنة محددة تعين القضاة على أداء العدالة بما لديهم من علم وفن<sup>(٢)</sup>. وهم في هذا المقام يسهمون في مساعدة الأطراف في تسيير الدعوى عند تعثرهم أو قصور خبرتهم وقدراتهم عن الأداء الأمثل للخصومة وتحقيق العدالة المنشودة.

### المطلب الأول

#### مساعدة المحامي للقاضي في تحقيق العدالة

#### والتمثيل الفني للخصوم

يعد المحامون من معاوني القضاة ولهم دور في مباشرة تمثيل الخصم. ومساندته من خلال المرافعات الشفوية والمكتوبة، ويتحقق التمثيل القانوني لهم بموجب التوكيل ولقد حرص المشرع على النص في المادة الأولى من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣. على التذكير بمهمة مساعدة المحامي للقاضي حيث جاء فيها أن "المحاماة مهنة حرة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وفي تأكيد سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحريةهم، ويمارس مهنة المحاماة المحامون وحدهم في استقلال ولا

(١) انظر:

Jean larguier; Procédure civile, Droit Judiciaire privé:  
Douzième édition. P. 25 ets.

(٢) انظر:

Jean Vincent et Serge Guinchard; Procédure civile, 22e  
édition précis Dalloz. P. 782 No 1222 ets.

سلطان عليهم في ذلك إلا ضمائرهم وأحكام القانون<sup>(١)</sup>. وفي سبيل تحديد مجالات المساعدة القانونية التي يؤديها المحامي كمعاون للقضاة ومساندة أطراف الخصومة ورد في المادة ٤. من قانون المحاماة النص على أنه لا يجوز لغير المحامين مزاولة أعمال المحاماة<sup>(٢)</sup>. ويعد من أعمال المحاماة الحضور عن ذوي الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي وجهات التحقيق الجنائي والإداري ودوائر الشرطة

(١) وتأكيداً لذلك جاء في المبادئ الأساسية بشأن دور المحامين في مؤتمر هافانا في ٧ سبتمبر ١٩٩٠ والمعتمدة من الأمم المتحدة أن لكل شخص الحق في طلب المساعدة من محام يختاره بنفسه لحماية حقوقه وإثباتها والدفاع عنه، وجاء في المادة ١٣ من ذات المبادئ أنه تتضمن واجبات المحامين نحو موكلهم إسداء المشورة للموكلين فيما يتعلق بحقوقهم والتزاماتهم القانونية ومساعدة الموكلين بشتى الطرق الملائمة واتخاذ الإجراءات القانونية لحماية مصالحهم ومساعدة موكلهم أمام المحاكم بمختلف أنواعها، وتكفل الدولة للمحامين القدرة على أداء جميع وظائفهم المهنية، ومن واجب السلطات المختصة أن تضمن للمحامين إمكانية الاطلاع على المعلومات والملفات والوثائق المناسبة التي في حوزتها أو تحت تصرفها وذلك لفترة تكفي لتمكينهم من تقديم مساعدة قانونية فعالة لموكلهم، وينبغي تأمين هذا الاطلاع في غضون أقصر مهلة ملائمة وتكفل الدولة وتحترم سرية جميع الاتصالات والمشاورات التي تجري بين المحامين وموكلهم في إطار علاقاتهم المهنية.

(٢) ويتفق هذا النص مع ما يجذر منه الأستاذان Beth Walston – Dunham في الولايات المتحدة الأمريكية حيث يوضح الفقيهان أن ممارسة مهنة المحاماة – بل وأيضا الاشتغال بالقانون – بدون ترخيص قد باتت من الظواهر الشائعة في الولايات المتحدة في الآونة الأخيرة. وهي مما تستوجب المسؤولية الجنائية، ولقد تشدد القضاء الأمريكي في قضية CPA بشأن من أعطى استشارة قانونية في شأن المسائل الضريبية دون أن يكون مرخصاً له بذلك:

Practicing law without a license; When an individual undertakes the practice of law without a license to do so, a statutory violation occurs and criminal proceedings may be instituted, in recent years, there has been an increasing awareness of this issue as certain professions have begun to cross over.

راجع: Beth Walston – Dunham; Introduction to law third Edition. Fremont, Nebraska. P. 490.



والدفاع عنهم في الدعاوى التي ترفع منهم أو عليهم والقيام بأعمال المرافعات والإجراءات القضائية المتصلة بذلك ، وإبداء الرأي والمشورة القانونية فيما يطلب من المحامي وصياغة العقود واتخاذ الإجراءات اللازمة لشهرها أو توثيقها ، وتعد أيضاً من أعمال المحاماة بالنسبة لمحامي الإدارات القانونية في الجهات المنصوص عليها في قانون المحاماة فحص الشكاوى وإجراء التحقيقات الإدارية وصياغة اللوائح والقرارات الداخلية لهذه الجهات<sup>(١)</sup>.. ويشترط قانون المحاماة - بموجب م ١٣ - للقيّد في الجدول العام للمحامين التمتع بالجنسية المصرية والتمتع بالأهلية المدنية الكاملة وأن يكون المتقدم للقيّد حائزاً على شهادة الحقوق من إحدى كليات الحقوق في الجامعات المصرية أو شهادة من إحدى الجامعات الأجنبية ، ولا يكون قد سبق إدانته بحكم نهائي في جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو بعقوبة جنائية ما لم يكن قد رد إليه اعتباره وأن يكون محمود السيرة حسن السمعة أهلاً للاحترام الواجب للمهنة.. الخ<sup>(٢)</sup>.

(١) ومن المتبع في فقه المرافعات أن عمل المحامي ينصرف في المقام الأول للدفاع عن الخصوم أمام القضاء ويستوي في هذا المقام أن تكون المحكمة مدنية أو جنائية وإن كانت الاستعانة بالمحامي واجبة في بعض الدعاوى الجنائية مثل الجنائيات وأمام محكمة النقض ، أما في الدعاوى المدنية فإن الاستعانة بالمحامي بالنسبة للتوقيع على صحف الدعاوى والطعون وطلبات أوامر الأداء وذلك عدا بعض الدعاوى والطلبات أمام المحكمة الجزئية ، وأيضاً الدعوى أمام محكمة النقض لأن المشرع لم يجر للخصوم أن يحضروا بأنفسهم أمامها بدون محام معهم ، كما أوجب المشرع أن تكون صحيفة الطعن والمذكرات وحوافظ المستندات المودعة باسم الخصم موقعة من محاميه المقبول للمرافعة أمام محكمة النقض ، هذا ومن الجدير بالذكر أن القانون يوجب قيد المحامين في نقابة للمحامين وهم أساساً أصحاب مهنة حرة وإن كان منهم من يمثل الحكومة أمام القضاء محامون موظفون بهيئة قضايا الدولة ، كما وأن محامي الهيئات العامة وشركات قطاع الأعمال العام هم من يمثلون جهة عملهم أمام المحاكم.

(٢) وبالمثل أقر المشرع للمحامي بضمانات أوضحها في قانون المحاماة حيث أوجب على المحاكم وسائر الجهات التي يحضر أمامها المحامي معاملته بالاحترام الواجب =

ولما كان المحامي عون من أعوان القضاة لذا أوجب قانون المحاماة على المحامي أن يلتزم في سلوكه المهني والشخصي بمبادئ الشرف والاستقامة والنزاهة وأن يقوم بجميع الواجبات التي يفرضها عليه القانون<sup>(١)</sup>. ويلتزم المحامي بأن يدافع عن المصالح التي تعهد إليه بكفاية وأن يبذل في ذلك غاية جهده وعنايته. ولا يجوز له التكوّص عن الدفاع عن متهم في دعوى جنائية إلا إذا استشعر أنه لن يستطيع بسبب ظروفه أو ملائسات الدعوى أن يؤدي واجب الدفاع فيها بأمانة وكفاية - وبموجب المادة ٦٤ من قانون المحاماة فإن على المحامي تقديم المساعدات القضائية للمواطنين غير القادرين وغيرهم في الحالات التي ينص عليها قانون المحاماة، وعليه أن يؤدي واجبه عن بندب بنفس العناية التي يبذلها إذا كان موكلًا، ولا يجوز للمحكمة التي يتولى الدفاع أمامها تنحيته وعليه أن يستمر في الحضور حتى تقبل تنحيه وتعيين غيره، وبمقتضى المادة ٦٧ من قانون المحاماة فإن على المحامي أن يراعي في مخاطبته المحاكم عند انعقادها أن يكون ذلك بالتوقير اللازم وأن يعمل على أن تكون علاقته بأعضاء الهيئات القضائية قائمة على التعاون والاحترام المتبادل.

### المطلب الثاني

#### كتابة المحاكم كأعوان للقاضي والمتقاضين

يعتد كتابة المحاكم من معاوني القضاء، وهم موظفون عموميون شأنهم في ذلك شأن المحضرين وأعضاء النيابة العامة، ويتنظم كتابة المحكمة

---

للمهنة، والمحامي غير مسئول عما يورده في مرافعته الشفهية أو في مذكرته المكتوبة مما يستلزمه حق الدفاع، ولقد أوجب قانون المحاماة كفالة الاحترام الواجب للمحامي لذا يعاقب كل من تعدى على مجام أو أهانه بالإشارة أو بالقول أو بالتهديد أثناء قيامه بأعمال مهنته أو بسببها والعقوبة المقررة هي ذات العقوبة المقررة لمن يرتكب هذه الجريمة ضد أحد أعضاء هيئة المحكمة.

(١) لذا قيل وبحق أن على المحامي أن يلتزم في سلوكه المهني والشخصي بمبادئ الشرف والاستقامة والنزاهة ويتقي ما يشينه ويحط من قدره، فيحظر عليه أن يتخذ في مزاوله مهنته وسائل الدعاية أو الترغيب أو استخدام الوسطاء أو الإيحاء بأي نفوذ أو صلة حقيقية... راجع الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ١٧٠، رقم ٨٢.

في قلم الكتاب، وقد أناط بهم المشرع مهمة مساعدة القاضي في أعمال حفظ النسخ الأصلية للأوامر والأحكام<sup>(١)</sup>. ولقد أشارت المادة ١٨٠ من قانون المرافعات على أنه يسوغ إعطاء صورة بسيطة من نسخة الحكم الأصلية لمن يطلبها ولو لم يكن له شأن في الدعوى وذلك بعد دفع الرسم المستحق وبموجب المادة ١٨١ مرافعات تختم صورة الحكم التي يكون التنفيذ بموجبها بخاتم المحكمة ويوقعها الكاتب بعد أن يزيلها بالصيغة التنفيذية ولا تسلم إلا للخصم الذي تعود عليه المنفعة من تنفيذ الحكم ولا تسلم له إلا إذا كان الحكم جائزاً تنفيذه، ويوجب المشرع في المادة ٦ من قانون المرافعات أن يكون كل إعلان أو تنفيذ بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة<sup>(٢)</sup>.

- (١) راجع في هذا المعنى الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٢٢١ وحيث يشير إلى أن القاضي يعاونه بعض الأشخاص في أدائه لمهمته ومنهم الكتبة مع الإشارة إلى أنه يوجد قلم للكتاب في محكمة النقض وكل محكمة من محاكم الاستئناف وفي كل محكمة ابتدائية كما يوجد قلم للكتاب في كل محكمة جزئية ويساعد الكتاب القضاة في عملهم وهم عنصر في تشكيل المحكمة كما وأن قلم الكتاب يقوم بأعمال باعتباره ممثلاً للمحكمة مثل تلقي صحف الدعاوى والعرائض وتقدير الرسوم القضائية وتحصيلها وإعطاء صور للأحكام والأوامر سواء ما كان منها عادياً أو من الصور التنفيذية.. راجع أيضاً الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، الطبعة الرابعة ٢٠٠٤ الناشر دار النهضة العربية ص ٢٥٣، وما بعدها، وانظر كذلك الأستاذ الدكتور عزمي عبد الفتاح في الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، الناشر مؤسسة دار الكتب ص ١٤٩ حيث يوضح دور قلم الكتاب في الأعمال الإجرائية إذ تتولى هذه الإدارة تلقي الطلبات القضائية وتقوم بقيدها وتقدير الرسوم وتعيين تاريخ الجلسة، وتسليم أصل الصحيفة وصورها لمندوب الإعلان فضلاً عما هو متبع في قانون المرافعات الكويتي من أن إدارة الكتاب هي التي تتلقى تقارير رد القضاة مع رفع هذه التقارير لرئيس المحكمة.. إلخ.
- (٢) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في مرجعه أصول التقاضي، طبعة ٢٠٠٥ بدون اسم ناشر ص ١٠٥، وحيث يشير إلى الدور الذي يؤديه قلم الكتاب في مساعدة القاضي إذ من وظائف هذا القلم حفظ النسخ =

ويعهد المشرع لقلم الكتاب مهام تظهر معنى مساعدة القاضي في عمله ، ولذلك يقوم قلم الكتاب بالاطلاع على الأوراق القضائية وتلقي المراسلات وإعداد ملفات القضايا وقيد الدعاوى ؛ لذا نصت المادة ٦٣ من قانون المرافعات على أن ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة - ما لم ينص القانون على غير ذلك. وبموجب المادة ٦٥ منه يتولى قلم الكتاب قيد الدعوى ومراجعة الأوراق المصاحبة لها ، وهذه الأوراق هي الأوراق الدالة على سداد الرسوم المقررة قانوناً أو إعفاء المدعي منها ومطابقة صور صحيفة الدعوى مع الأصل بقدر عدد المدعى عليهم فضلاً عن احتفاظ القلم بصورتين من الأصل<sup>(١)</sup>.

=الأصلية للأوامر والأحكام وتسليم الصور البسيطة والتنفيذية لهذه القرارات لذوي الشأن وللمحكوم عليهم فضلاً عن أن هذا القلم هو المنوط به إعداد ملف القضية وقيد الدعاوى فضلاً عن اعتبار قلم الكتاب موطناً يصح الإعلان فيه أو منه في بعض الحالات مع الإشارة إلى أن ما يجره الكاتب في تدوينه لمحضر الجلسة يعد من المحررات الرسمية ، والكاتب كأنه شاهد عام لذا فإنه يحكي ما يدور بأمانة في الجلسة ، ويجب على الكاتب أن يكون محايداً لذا لا يجب أن يكون زوجاً أو قريباً أو صهراً حتى الدرجة الرابعة لأحد الخصوم ، والألا يكون وكيلاً عن الخصم في الحضور أو المرافعة سواء أكان ذلك شفاهة أو بالكتابة أو بالإفتاء ولو كانت الدعوى المقامة أمام المحكمة غير تلك التابع لها وإلا كان العمل باطلاً.

(١) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى اختلاف الدور الذي يؤديه قلم الكتاب في نظامنا القضائي المصري عما هو متبع في بعض النظم القضائية المقارنة.. ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً قال الأستاذان Beth Walston – Dunham بأن مهام مباشرة العمل القضائي في المحاكم موزعة فيما بين القاضي ومعاونيه ، وفي النظام الأمريكي يباشر العمل القضائي عديد من القضاة من فئات مختلفة إذ منهم القضاة القائمون بالبحث القانوني للقضية court clerks والقضاة المعاونة legal assistants والقضاة المتخصصون في النظر في أعمال السكرتارية Legal Secretaries وقضاة الحفاظ على النظام ، ولقد تطور الجانب الإداري في معظم المحاكم الأمريكية منذ مطلع القرن العشرين بسبب ازدياد عدد السكان وتنوع أدوات التكنولوجيا والاتصالات والتنقل :

Initially, the legal professions consisted primarily of judges and lawyers, Today, they consist of several types of judges,=

وكذلك على قلم الكتاب أن يراجع الأوراق والمكاتبات والمستندات المؤيدة للدعوى أو الصور المقدمة فيها، ويكون تقديم هذه المستندات والصور تحت مسؤولية المدعي وكذلك الأمر بشأن ما يركن إليه المدعي من أدلة لإثبات دعواه<sup>(١)</sup>. كما يناط بقلم الكتاب قيد المذكرة الشارحة للدعوى وإثبات إقرار المدعي باشتغال صحيفة الدعوى على شرح كامل لها كما يثبت القلم صورة من المذكرة أو الإقرار بقدر المدعى عليهم. وفي جميع الأحوال يتولى قلم الكتاب إثبات تاريخ طلب القيد وإذا رأى عدم قيد صحيفة الدعوى لعدم استيفاء المستندات والأوراق قام بعرض الأمر على قاضي الأمور

---

=court clerks, law clerks, court officers, paralegals, legal assistants, legal investigators, legal secretaries, and general accounting and clerical staff..."

راجع: Beth Walston - Dunham; Introduction to law third Edition. P. 486.

لذا لم يعد من المتبع تبني الأسلوب البدائي في قيد أوراق الدعوى في السكرتارية بحيث يتاح للخصوم الاطلاع عليها، إذ غدا من المتبع نقل المحررات التي يتضمنها دوسيه القضية عبر أجهزة الكمبيوتر إلى الأطراف من خلال قلم أو سكرتارية قيد الأوراق القضائية بحيث يتاح للأطراف العلم بها والاطلاع عليها قبل المواجهة.. لقد أضحت من المتاح إعلام الخصوم بالإجراءات والأوراق عبر النت والكمبيوتر وأجهزة الفاكس والتليفون وعادة ما تكون شبكة الربط قائمة بين الأطراف في الدعوى وبين المحكمة وفي هذا المجال يقتصر دور سكرتارية المحكمة على مجرد تحديد ميعاد الجلسة وإعلام الخصوم بها عبر التليفون أو الإيميل والفاكس.

The clerk or an assistant to the judge would then establish a time for a hearing and notify all parties by telephone, mail, or electronic transmission, such as a fax. Some law firms even have a direct Communication system set up between their own Computer and the Courts' Computer

راجع: Beth Walston - Dunham. P. 486

(١) وبما لا ريب فيه أن التقرير بإبداع المدعي أدلة الإثبات عند قيد الدعوى في قلم الكتاب فيه تأكيد على مبدأ تركيز الخصومة والاقتصاد في النفقات حتى يتمكن القضاء من بلوغ غايته في الفصل في الدعوى بدون تأخير.. راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، سابق الإشارة إليه ص ٣٨٣.

الوقتية ليفصل فيه فوراً إما بتكليف قلم الكتاب بقتيد الدعوى أو بتكليف طالب قيدها باستيفاء ما نقص ، وذلك بعد سماع أقواله ورأي قلم الكتاب - فإذا قيدت صحيفة الدعوى تنفيذاً لأمر القاضي - اعتبرت مقيدة من تاريخ تقديم القيد<sup>(١)</sup>. وترجع العلة في عدم إسناد الفصل في أمر عدم استيفاء المستندات والأوراق المطلوبة لقلم الكتاب إلى أنها مسألة فنية تتعلق بالقانون وقلم الكتاب معاون للقاضي ، ومن ثم ليس للمعاون أن يباشر اختصاص القاضي وهو الأصل.

كذلك تظهر صفة المعاونة المنوطة بقلم الكتاب فيما قرره المشرع في قانون المرافعات من قيام قلم الكتاب عقب قيد صحيفة الدعوى وما هو مرفق بها من أوراق يارسال كتاب موصى عليه بعلم الوصول خلال الثلاثة أيام التالية للقيد للمدعى عليه على أن يكون مرفقاً به صورة من صحيفة الدعوى ومن المذكرة الشارحة أو الإقرار ، يخطر فيه بقتيد الدعوى واسم المدعي وطلباته والجلسة المحددة لنظرها ويدعوه للاطلاع على ملف الدعوى وتقديم مستنداته ومذكرة بدفاعه<sup>(٢)</sup>.

(١) وفي ذلك ما يعزز القول بأن مبدأ اشتراك أعوان القضاء يعد من المبادئ أو الأسس الكبرى الحاكمة لنظامنا القضائي في مصر ، إذ المشرع قد جعل الاستعانة ببعض أعوان القضاء إجبارياً بما يعني تزويد القاضي بالمساعدة اللازمة للقيام بعمله وتحقيق ضمانات العدالة ، راجع في هذا المعنى الأستاذ الدكتور رمزي سيف في الوسيط ، سابق الإشارة إليه ص ٩٢ ، ٩٣ فقرة ٦٧ ، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٣٨٢.

(٢) وتقرب الإجراءات المتبعة في هذا المجال في قانون المرافعات المصري لما هو مقرر في قانون المرافعات الفرنسي ذلك أن المشرع الفرنسي يضع ضوابط في شأن العمل الإجرائي اللازم لقيد الدعوى لدى المحكمة حيث يجب أن تكون المطالبة مكتوبة باللغة الفرنسية وأن تكون من أصل وعدة صور وأن تعدد الصور بقدر عدد الأشخاص المراد لهم العلم ، ويقول الأستاذ "كوشيه" أن صحيفة الدعوى يجب أن يراعى فيها القواعد التقليدية اللازمة في أوراق المحضرين *il est classique d'insister sur les règles applicables aux actes des Hussiers* ومن ثم فإنه بموجب المادة ٦٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي يجب أن تتضمن =

ولما كان قلم الكتاب عوناً للقاضي وللخصوم معاً إذ يباشر هذا القلم مهمة قيد صحف الدعاوى ومستنداتها والمكاتبة للمدعى عليه بما يخطره بقيد الدعوى واسم المدعي وطلباته والجلسة المحددة ودعوته للاطلاع وتقديم المستندات والمذكرة بالدفاع، فقد أظهرت المادة ٦٥ من قانون المرافعات وجهاً آخر للمعاونة لأطراف الخصومة، إذ بموجب هذه المادة يكون على المدعى عليه في جميع الدعاوى - عدا المستعجلة والتي أنقص الحضور فيها - أن يودع في ذات القلم "قلم الكتاب" مذكرة بدفاعه يرفق بها مستنداته أو صوراً منها - تحت مسؤوليته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل<sup>(١)</sup>.

ولقد عهد المشرع في قانون المرافعات مهمة قيد الدعوى في هذا القلم - قلم الكتاب - في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت في حضور المدعي أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها وعلى قلم الكتاب في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم

---

= صحيفة الدعوى بيانات التاريخ من حيث اليوم والشهر والسنة، وتتبدى أهمية التاريخ عندما يستوجب المشرع اتخاذ الإجراء في ميعاد معين، ويجب أن تتضمن الصحيفة البيانات بالطالب من حيث اسمه وما إذا كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً والوظيفة أو المهنة والمعلن إليه كذلك فضلاً عن التوقيع وتوقيع المحضر، وإذا كانت ورقة المحضرين من الأوراق اللازم إعلانها فقد حدد المشرع بيانات المعلن إليه بموجب النص.. وبعد الإعلان la notification هو الوسيلة المتبعة في إعلان الأوراق القضائية وأوراق المحضرين، كما أورد المشرع الفرنسي في المادة ٦٥١/١ فقرة أولى من قانون المرافعات تدل على الإخطار الذي يتولاه المحضر لإعلام الخصم في الدعوى يسمى بالإعلان، وبعد الإعلان الوسيلة المعتادة la notification en la forme ordinaire بينما يجيز المشرع الإعلان بوسائل أخرى كالبريد ويوجب المشرع الفرنسي ألا يتم الإعلان في أوقات معينة حيث ورد في المادة ٦٦٤ أن الإعلان بصحيفة الدعوى لا يكون جائزاً بعد التاسعة مساءً وقبل السادسة صباحاً. راجع "كوشيه" في المرجع السابق ص ١٣٦ وما بعدها.

(١) راجع الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٧، ص ٧٢٦ وما بعدها.

أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه<sup>(١)</sup>. هذا وإن أجازت المادة ٦٧ مرافعات - في غير دعاوى الاسترداد وإشكالات التنفيذ - أن يسلم للمدعي - متى طلب ذلك - أصل الصحيفة وصورها ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعي ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب<sup>(٢)</sup>. وإذا تقدم المدعي بصحيفة دعواه إلى قلم الكتاب، وقام بسداد الرسوم المطلوبة ما لم يكن قد حصل على قرار بالإعفاء منها فقد أوجب المشرع على قلم الكتاب إثبات تاريخ تقديمها في الصفحة ويتولى القلم تحديد الجلسة المخصصة لنظر الدعوى مع مراعاة المواعيد المقررة قانوناً وفقاً لظروف العمل وعدد القضايا والدوائر بالحكمة، ويثبت تاريخ الجلسة في الصحيفة في حضور المدعي أو من يمثله حتى يتسنى له العلم بالجلسة المحددة<sup>(٣)</sup>.

(١) وفي قانون المرافعات الكويتي أوضح المشرع في المادة ٤٧ منه دور إدارة الكتاب بعد إيداع المدعي لصحيفة دعواه إذ يجب على هذه الإدارة أن تثبت في حضور المدعي أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى وتنشئ إدارة الكتاب ملفاً للقضية يودع فيه كافة الأوراق المتعلقة بالدعوى.. وتعتبر الدعوى مرفوعة من تاريخ إيداع الصحيفة في قلم الكتاب ولو كانت المحكمة غير مختصة. وفي هذا التاريخ تبدأ الخصومة وإن كان هناك من يرى انعقاد الخصومة عند الإعلان بصحيفة الدعوى.. راجع الأستاذ الدكتور عزمي عيد الفتح في الوسيط، سابق الإشارة إليه، ص ٤٠٩.

(٢) وفي هذا المجال يشير الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة إلى أنه عند تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم الكتاب يجب على هذا القلم أن يسلم في اليوم التالي إلى قلم المحضرين أصل الصحيفة وصورها لإعلانها ورد الأصل إليه، وهذا لا يمنع صاحب الشأن من متابعة الإجراءات مع المحضر كلما اقتضى الأمر، والأصل أنه من حق طالب الإعلان الاطلاع في أي وقت على أصل الإعلان، راجع الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٧٣٠.

(٣) ومن الملاحظ أن المشرع وإن أوجب على قلم الكتاب قيد الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت في حضور المدعي أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى إلا أن وجوب قيد الدعوى في تاريخ تقديمها يعد ميعاد تنظيمي لا يترتب على فواته سقوط إمكانية القيد أو بطلانه إذا تم =



ويعد قيد الدعوى من جانب قلم الكتاب توثيقاً لها إذ يجب أن يعطي لها رقماً مسلسلاً بجدول القضايا بالمحكمة ويفرد لها ملفاً ويثبت بياناتها في السجل مع الإشارة فيه إلى ملخص البيانات التي تتضمنها الدعوى من حيث الأطراف والموضوع وتاريخ القيد ويثبت للقضية رقماً يشار به إليها وهو رقم القيد الذي تجري الاستعانة به في أي وقت فيما بعد، وإذا طرأ تعديل على هذا الرقم وجب الإشارة في الملف والسجل إلى الرقم الجديد وذكر الرقم القديم<sup>(١)</sup>. وتعتبر عملية القيد مرآة صادقة لكل تطور يطرأ على القضية ومن ذلك مثلاً الدائرة التي أخلت إليها إذا كان هناك ثمة إحالة أو ما طرأ على القضية من إيقاف أو تأجيل<sup>(٢)</sup>.

= ذلك في يوم تال.. وفي كل الأحوال يقوم قلم الكتاب بإفراد ملف خاص بالدعوى ويعطي لها رقماً مسلسلاً حسب ترتيبها في الجدول العام للقضايا بالمحكمة، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مذكرات في إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، طبعة ١٩٨٧، ١٩٨٨ بدون اسم ناشر، ص ١٣٤، ١٣٥.

(١) وهذه القواعد الإجرائية هي المعمول بها في معظم قوانين المرافعات المقارنة، لذا فإنه وفقاً لقانون المرافعات اللبناني على المدعي أن يودع في قلم الكتاب الاستدعاء والاستحضار مع تقديم الأصل ونسخة يحتفظ بها المدعي بقدر عدد المدعى عليهم، ويرفع المدعي نسخة المستندات المؤيدة أو نسخ منها مطابقة للأصل أو ملحقها بقدر عدد المدعى عليهم.. ويقوم الكاتب في حالة القيام بإيداع الأوراق على هذا النحو بقيد الدعوى في سجل خاص يسمى بالجدول ويعطي للدعوى رقماً مسلسلاً يثبت على نسخة المدعي والنسخ المعدة للمدعى عليهم، ويعتبر استلام المدعي للنسخة الخاصة به وعليها رقم الجدول دليلاً على استلام الكاتب للعدد اللازم من نسخ الأوراق المطلوبة. ويقوم الكاتب بعد الإيداع بإعداد ملف الدعوى يضع عليه الرقم المدرج في الجدول ويشتمل هذا الملف على بيان إجمالي للأوراق المودعة وأعمال المحاكمة والقرارات التي تصدر في الدعوى... راجع الأستاذة الدكتورة أمينة النمر في أصول المحاكمات المدنية، الناشر الدار الجامعية، طبعة ١٩٨٨، ص ١٥٨ وما بعدها.

(٢) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور أحمد مسلم في أصول المرافعات، التنظيم القضائي، طبعة ١٩٦١ بدون اسم ناشر ص ١١٦ =

ولقيد الدعوى في قلم الكتاب آثار قانونية هامة لذا ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات أنه يجب التمييز بين الآثار التي تترتب على مجرد رفع الدعوى أو المطالبة القضائية مثل قطع التقادم وسريان الفوائد والتزام من

ومن الملاحظ أن يوجد في كل محكمة قسم لقلم الكتاب المدني وقسم للنيابات أو القلم الجنائي وهم يتبعون رئيس القلم الجنائي ثم رئيس النيابة بالمحكمة، هذا ويعوجب التعليمات العامة للنيابات فإنه يجب أن يفرد لكل مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ملف خاص من الملفات المعدة لقضايا الأحوال الشخصية (في المال) ويوضح عليه رقم القضية بالجدول وتستوفي جميع البيانات على الملف من واقع أوراق المادة ويبين نصيب كل قاصر على حدة ثم تعلق الأوراق على الملف أولاً بأول بعد ترقيمها بأرقام مسلسلية بحسب تاريخ ورودها.. كذلك فإنه في مسائل الأحوال الشخصية يتولى قلم الكتاب إعلان الأشخاص الذين يدعون إلى الجلسات المحددة أو للتحقيق ويكون إرسال الأوراق المطلوب إعلانها إلى أفراد القوات المسلحة عن طريق رؤساء النيابات كل في دائرة اختصاصه، وتعلن الأوراق المطلوب إعلانها للخارج ابتداء إلى النيابة العامة ويتم تحصيل الأمانة المقررة. وتتولى النيابة العامة إرسالها إلى مكتب المحامي العام لإرسالها لوزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية إلى المعلن إليه.

كذلك يقوم قلم كتاب محاكم الأحوال الشخصية بتقيد يومية الجلسات وبقيد في هذا الدفتر القضايا المحدد لها جلسات بأرقامها وسنيها بالجدول واسم صاحبها وتخصص صفحة أو أكثر لكل جلسة ويدون بدفتر يومية الجلسات ساعة الافتتاح وانتهاء الجلسة وأسماء أعضاء هيئة المحكمة وتعرض في نهاية الجلسة على القاضي أو رئيس المحكمة للتوقيع عليها.. ويجب على كبير الكتاب أو رئيس القلم أن يراجع عدد الأحكام والقرارات المبينة بأخر كل جلسة في دفتر اليومية على رول النيابة، كما يجب على كاتب الجلسة أن يقدم للمحكمة قبل انعقاد الجلسة كشفاً بالجلسات المقبلة وعدد القضايا في كل جلسة لمراعاة التأجيل على مقتضاه.. أما بالنسبة لمحاضر الجلسات فيجب أن يحرر محضر الجلسة بمعرفة كاتب الجلسة ويجب أن يشتمل كل محضر على بيان تاريخ الجلسة وأسماء أعضاء هيئة المحكمة وعضو النيابة وكاتب الجلسة ورقم القضية وفي أثناء الجلسة يثبت كاتب الجلسة أسماء الحاضرين وصفاتهم وتواريخ وأرقام التوكيلات وإذا دفتت الرسوم أثناء الجلسة فعلى الكاتب إثباتها في محضر الجلسة لتوريدها في نفس اليوم ويؤشر من كاتب التحصيل بتاريخ ورقم التوريد على المحضر، وفي نهاية الجلسة يوقع على محضر الجلسة القاضي والكاتب.

تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات وهذه تترتب من وقت إيداع المدعي لصحيفة دعواه قلم الكتاب، ومن تلك التي تترتب على إعلان صحيفة الدعوى، كما هو الشأن في تحديد الوقت الذي يزول فيه حسن نية الحائز وفقاً للمادة ٩٦٦ من القانون المدني، وهذه لا يكفي تحققها مجرد إيداع الصحيفة قلم الكتاب.

ومؤدى القيد إذن أن تنقطع مدة التقادم الذي يسري لمصلحة المدعى عليه، وتنقطع المدة ولو قيدت الدعوى في قلم كتاب محكمة غير مختصة<sup>(١)</sup>. كذلك يحقق القيد ما نصت عليه المادة ٢٢٦ من القانون المدني من سريان الفوائد التأخيرية للدين من تاريخ المطالبة القضائية بها، ما لم تكن سارية من تاريخ آخر بناء على اتفاق أو عرف، كذلك يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى ولو كان حسن النية (إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ١٨٥ من القانون المدني) كما يترتب على قيد الدعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي إلى انتقال الحق في التعويض إلى الورثة وفقاً للمادة ١/٢٢٢ من القانون المدني - كذلك يترتب على القيد بقلم الكتاب أن تحدد المطالبة من حيث نطاقها إذ يتكون للخصومة عناصر المحل والسبب والأشخاص، ويكون من شأنه أن يثبت الاختصاص للمحكمة وكذلك تتحرك سلطة القاضي بالنسبة للمطالبة ويكون ملزماً بالفضل فيه<sup>(٢)</sup>.

وفي قلم الكتاب يكون للخصوم الاطلاع على الأوراق وإعلان

---

(١) راجع الأستاذ الدكتور فتحى والى فى الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٤٣٦، ٤٣٧.

(٢) ويترتب على القيد أيضاً بدء الخصومة ومن ثم فإنه إذا رفعت الدعوى نفسها أمام محكمة أخرى جاز الدفع بالإحالة لسبق رفع الدعوى، كما يترتب أيضاً أن يصبح الحق المطالب به منازعاً فيه وعليه فإنه لا يجوز للقضاء ولا لأعضاء النيابة أو المحامين أو كتبة المحاكم والمحضرين الذين تجري المطالبة أمام المحكمة التي يعملون بدائرتها شراء هذا الحق.

القرارات القضائية للأطراف أو أحدهم، ومن مهام قلم الكتاب ما قرره المشرع في المادة ٩٢ من قانون المرافعات من أنه في جميع الأحوال التي ينص فيها القانون على تدخل النيابة العامة، يجب على قلم الكتاب إخبار النيابة كتابة بمجرد قيد الدعوى<sup>(١)</sup>. كذلك فإنه إذا حكمت المحكمة في الحالات المعينة قانوناً بإحالة الدعوى فإن عليها أن تحدد للخصوم الجلسة التي يحضرون فيها أمام المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى وعلى قلم الكتاب إخبار الغائبين من الخصوم بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول.

ولقلم الكتاب دور هام في مجال رد القضاة إذ يحصل الرد بتقرير يكتب بقلم كتاب المحكمة التي يتبعها القاضي المطلوب رده يوقعه الطالب نفسه أو وكيله المفوض فيه بتوكيل خاص، وعلى طالب الرد عند تقديمه للتقرير أن يدفع الكفالة المعينة في المادة ١٥٣ مرافعات ويجب على قلم الكتاب تحديد جلسة في موعد لا يتجاوز سبعة أيام من تاريخ تقديم الطلب وإذا كان الرد واقعاً في حق قاضي جلس أول مرة لسماع الدعوى بحضور الخصوم جاز الرد بمذكرة تسلم لكاتب الجلسة وعلى طالب الرد تأييد الطلب بقلم الكتاب في اليوم نفسه أو في اليوم التالي وإلا سقط الحق فيه. ويتولى رئيس المحكمة المختصة بطلب الرد تعيين الدائرة التي تنظر الطلب وتحديد الجلسة التي ينظر فيها.. ويقوم قلم الكتاب المختص بإخطار باقي الخصوم في الدعوى الأصلية بالجلسة المحددة لنظر طلب الرد<sup>(٢)</sup>.

- 
- (١) راجع الأستاذ الدكتور فتحي والي في المرجع السابق الموضوع السابق.
- (٢) كذلك يؤدي قلم الكتاب - دوراً هاماً في مجال تقدير الرسوم في الدعاوى، إذ بموجب المادة ١٦١ من تعليمات وزارة العدل يقوم هذا القلم بتقدير الرسوم ويقدر كبير الكتاب أو رئيس القلم الرسوم على الطلبات والصور والشهادات والملخصات، وعلى كاتب التحصيل توريد الرسوم المقدرة في نفس اليوم الذي حصل فيه التقدير مع ذكر تاريخ ورقم قسيمة التحصيل، ولا يقبل توريد مبالغ مؤشر عليها بتاريخ سابق إلا بعد التأشير من كبير الكتاب أو رئيس القلم بالتاريخ الجديد بقبول التوريد.

وفي الأوامر على العرائض يؤدي قلم الكتاب أيضاً دوراً في معاونة القاضي وطالب الأمر معاً إذ قرر المشرع في المادة ١٩٦ من قانون المرافعات أنه يجب على قلم الكتاب تسليم طالب الأمر النسخة الثانية من عريضته مكتوباً عليها صورة الأمر وذلك في اليوم التالي لصدوره على الأكثر.. كما يؤدي قلم الكتاب دور المعاونة في قيد الطعن بالاستئناف ولا يقبل القلم صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت إيداع الكفالة حيث قررت المادة ٢٣٠ من قانون المرافعات أن يكون رفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى<sup>(١)</sup>. وأوجب المشرع على قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف أن يطلب ضم ملف الدعوى الابتدائية في اليوم التالي الذي يرفع فيه الاستئناف.. وعلى قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم أن يرسل ملف الدعوى

(١) وفيما يتعلق بدور قلم الكتاب في مجال حجز ما للمدين لدى الغير ورد في تعليمات وزارة العدل في المادة ١٧٣ أنه عند ذلك يتعين اتخاذ الإجراءات التالية (أ) التحري من جهة الإدارة الواقع في دائرتها العقار المملوك للمدين عن أسماء المستأجرين وقيمة الإيجاز أو أي مال آخر للمدين تحت يد الغير. (ب) بورود التحري ترسل الأوراق لقلم المحضرين لإعلان المحجوز لديه على أن تكون مشتملة على (ج) صورة الحكم أو السند الرسمي الذي يوقع الحجز بمقتضاه و(د) بيان أصل المبلغ المحجوز من أجله ورسوم التنفيذ والمصاريف و(هـ) نهي المحجوز لديه عن الوفاء بما في يده إلى المحجوز عليه أو تسليمه إياه وتكليف المحجوز لديه بالتقرير بما في ذمته خلال خمسة عشر يوماً والتحقق من أنه قد تم إبلاغ الحجز إلى المحجوز عليه بنفس ورقة الحجز بعد إعلانها إلى المحجوز لديه خلال ثمانية الأيام التالية لإعلانه إلى المحجوز لديه وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن. وفي مجال المطالبة بالديون المتعذر تحصيلها من المدينين والباقية لحساب الديون المستحقة للحكومة أو لحساب العهد تحت التحصيل تقيد هذه الديون في دفتر الديون المتعذر تحصيلها وذلك إذا لم يتم تحصيلها خلال المدة المقررة لسقوط الحق بالتقادم وفي حالة تعذر التحصيل ترفع مذكرة تفصيلية لرئيس النيابة بالتحريات والإجراءات التي اتخذت بشأن المطالبة ليأمر بالكف عن المطالبة مؤقتاً أو باتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى وتقييد المطالبة بدفتر المتعذر تحصيله.

خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ طلبه وينقصر هذا الميعاد إلى ثلاثة أيام في الدعاوى المستعجلة.

وفي التماس إعادة النظر أناط المشرع بقلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم قيد الالتماس بصحيفة تودع في القلم ولا يقبل القلم صحيفة الالتماس إذا لم تصحب بما يثبت إيداع الكفالة - كذلك الأمر بشأن الطعن بالنقض إذ قرر المشرع في المادة ٢٥٣ مرافعات أن يرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض، وعلى الطاعن أن يودع قلم كتاب المحكمة وقت تقديم الصحيفة صوراً منها بقدر غدد المطعون ضدهم وصورة لقلم الكتاب وسند توكيل المحامي الموكل في الطعن ومذكرة شارحة لأسباب طعنه<sup>(١)</sup>. وعلى قلم كتاب محكمة النقض أن يطلب خلال يومين من إيداع صحيفة الطعن به أو وصولها إليه ضم ملف القضية بجميع مفرداتها وعلى قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم أن يرسل الملف خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ طلبه، ويقيد قلم الكتاب بمحكمة النقض الطعن في يوم تقديم الصحيفة أو وصولها إليه في السجل الخاص بذلك وعليه في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى قلم الكتاب.

(١) وفيما يتعلق بدور قلم الكتاب في الطعن في الأحكام الجنائية فقد أوجبت تعليمات وزارة العدل على القلم أن يؤشر على صحيفة المعارضة قبل تقدير الرسوم وعلى كاتب الجلسة التأشير أمام القضية في الجدول وعلى كاتب الجلسة تسليم أصل صحيفة المعارضة وصورها للموظف المختص بالقيود في دفتر الأوراق المعلن لقيدها وإرسالها للإعلان وعلى كاتب الجلسة ضم ملف القضية الأصلي لملف المعارضة، وفي الاستئناف على كاتب الجلسة أن ينشئ ملفاً للقضية الاستئنافية مبنياً عليه رقم القضية وسنتها وأسماء الخصوم.. إلخ وعلى قلم الكتاب أن يقوم بإرسال ملفات القضايا المستأنفة بمجرد طلبها، وعلى الكاتب بعد الفصل في الاستئناف أن يعيد ملف القضية المستأنفة إلى محكمة أول درجة مع إرسال إخطار بما تم في الاستئناف.

ويسند المشرع في قانون المرافعات وقانون الإثبات لقلم الكتاب مهام أخرى منها ما نصت عليه المادة ٥ من قانون الإثبات حيث قررت أن الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لا يلزم تسيبها ما لم تتضمن قضاء قطعياً، ويجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات وإلا كان العمل باطلاً<sup>(١)</sup>.. ويكون الإعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين، وفي المادة الثامنة من قانون الإثبات فإن على القاضي المنتدب إذا أحال القضية على المحكمة لأي سبب أن يعين لها أقرب جلسة مع إعلان الغائب من الخصوم بتاريخ الجلسة بواسطة قلم الكتاب.. وفي مجال المعاينة كوسيلة من وسائل الإثبات قرر المشرع في المادة ١٣٢ من قانون الإثبات أنه للمحكمة أو لمن تندبه من قضاتها حال الانتقال تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ولها وللقاضي المنتدب سماع من يرى سماعه من الشهود وتكون دعوة هؤلاء للحضور بطلب ولو شفويًا من كاتب المحكمة<sup>(٢)</sup>.. وفي شأن الشهود قررت المادة ٧٧ من قانون الإثبات أنه إذا رفض الشهود الحضور إجابة لدعوة الخصم أو المحكمة، وجب على الخصم أو قلم الكتاب حسب الأحوال تكليفهم الحضور لأداء الشهادة قبل التاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة، وفي المادة ١٢ من قانون

---

(١) راجع في هذا المعنى الأستاذ الدكتور أحمد السيد صباوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٦٥٢، وحيث يشير إلى أنه إذا أحال القاضي المنتدب القضية على المحكمة لأي سبب وجب عليه أن يعين لها أقرب جلسة مع إعلان الغائب من الخصوم بتاريخ الجلسة بواسطة قلم الكتاب.

(٢) وبموجب المادة ١٣٢ من قانون الإثبات فإن للمحكمة أو لمن تندبه من قضاتها حال الانتقال للمعاينة تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ولها وللقاضي المنتدب سماع من يرى سماعه من الشهود، وتكون دعوى هؤلاء للحضور بطلب ولو شفويًا من كاتب المحكمة.. كذلك أوجبت الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من قانون الإثبات على المحكمة أو القاضي الذي يندب لإجرائها أن يحرر عنها محضراً يبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بها وإلا كان العمل باطلاً، وليس للقاضي أن يحرر هذا المحضر بنفسه إنما عن طريق الكاتب.

المرافعات أوجب القانون على الخصم تعيين موطن مختار فإذا لم يفعل أو كان بيانه ناقصاً أو غير صحيح، جاز إعلانه في قلم كتاب المحكمة بجميع الأوراق التي يصح إعلانه بها في الموطن المختار<sup>(١)</sup>.. وبالمثل قررت المادة ٢٥ مرافعات أن يحضر مع القاضي وجوباً في الجلسات وفي جميع إجراءات الإثبات كاتب محرر المحضر ويوقعه مع القاضي وإلا كان العمل باطلاً<sup>(٢)</sup>.

(١) ومن الجدير بالذكر أن الأصل أن تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه وغالباً ما يجري الإعلان في موطن المعلن إليه ويوجب المشرع أن تسلم صورة الإعلان في الموطن الحقيقي للمعلن إليه، والموطن الحقيقي للمعلن إليه هو موطنه العام، أو موطنه الخاص أو موطنه المختار، والموطن العام هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ويجوز الإعلان فيه دائماً ولو وجد للشخص موطن خاص أو موطن مختار على أنه لا يصح الإعلان في الموطن العام إذا كان تحديد الموطن المختار قصد به مصلحة الطرفين معاً أو مصلحة المعلن إليه فحسب.. أما الموطن المختار فهو الذي يتخذ لتنفيذ عمل قانوني معين ويكون موطناً لكل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك الإعلان القضائي.. والأصل أن يخضع تحديد الموطن المختار لإرادة واختيار الشخص وأحياناً يوجب المشرع اتخاذ موطن مختار، وبموجب المادة ١٢ من قانون المرافعات قرر المشرع جزاءً خاصاً على عدم تعيين موطن مختار أو إذا كان بيانه على نحو غير صحيح في الحالات التي يجب فيها قانوناً اتخاذ هذا الموطن حيث أوضح أنه يصح الإعلان في قلم الكتاب بجميع الأوراق التي كان يصح إعلانه بها في الموطن المختار.. انظر في ذلك بمزيد من الشرح والإيضاح والتفصيل الأستاذ الدكتور وجدي راغب في مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، الناشر دار النهضة العربية، ص ٤٢٨.

(٢) وغالباً ما تسند قوانين المرافعات للكاتب هذه المهمة. فمثلاً في قانون المرافعات اللبناني يقوم كاتب المحكمة بإعداد قائمة بالقضايا التي تعرض في كل جلسة مرتبة بحسب أرقامها المتسلسلة والساعات المعنية لنظرها وتعرض هذه القائمة على رئيس المحكمة وتعلق صورتها في اللوحة المعدة لذلك على باب المحكمة قبل افتتاح الجلسة ويجب تبليغ الخصوم بموعد الجلسة قبل حلوله بمدة ثلاثة أيام على الأقل.. وفي الموعد المحدد لنظر الدعوى ينادي المباشر عن الخصوم، ويجب أن يكون لكل محاكمة كاتب وهو من يسطر المحضر ويوقع عليه مع رئيس الدائرة على أن يذكر فيه ساعة افتتاح الجلسة وساعة اختتامها واسم القضاة واسم الخصوم ووكلائهم ويذكر في المحضر ما حدث في الجلسة ويدون الكاتب=



و بموجب قانون السلطة القضائية يوجد في كل محكمة مكتب يسمى قلم الكتاب يتكون من كبير الأمناء ورؤساء الأقسام وأمناء السر والكتاب، ويعتبر الكاتب موظفاً عاماً وهو عنصر أصيل في تشكيل المحكمة لذا لا صحة لانعقاد الجلسة بدون الكاتب وهو من يحرر المحضر - محضر الجلسة - ويوقع عليه مع القاضي وبعد باطلاً كل عمل يصدر في غيبة الكاتب، ويقوم الكاتب بتحرير مسودة الحكم الأصلية والتوقيع عليه كما وأنه من يوقع على صور الحكم الذي يجري التنفيذ بمقتضاه<sup>(١)</sup>.. ويعد محضر الجلسة بمثابة التدوين لها وعلى الكاتب أن يحرر محضراً للجلسة يدون فيه كافة وقائعها خاصة ما تأمر به المحكمة لتدوينه من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم، ويعد قلم الكتاب محلاً احتياطياً للخصوم يعلنون فيه بالأوراق والإجراءات القضائية، كما قرر المشرع في القانون التجاري استخدام قلم الكتاب مركزاً لشهر النظم المالية للزوجية ومشارطتها وشهر شركات التضامن والتوصية.

= ما يقره به رئيس الجلسة، ويعد هذا المحضر من الأوراق الرسمية ومن ثم يعد التدوين في المحضر تزويراً في محررات رسمية، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذة الدكتور أمينة النمر في أصول المحاكمات المدنية، طبعة ١٩٨٨، الناشر الدار الجامعية ص ٢٦٩، ٢٧٠.

(١) وفي مجال الإجراءات الجنائية نصت المادة ٧٣ من هذا القانون على أنه: "يستصبح قاضي التحقيق في جميع إجراءاته كاتباً من كتاب المحكمة يوقع معه المحاضر، وتحفظ هذه المحاضر مع الأوامر وباقي الأوراق في قلم كتاب المحكمة"، وترجع العلة في ذلك إلى الحاجة إلى التدوين كون الكتابة الوسيلة المثلى للوضوح والبيان وتحديد ما تم اتخاذه من إجراءات، واستصحاب الكاتب شرط في التحقيق الابتدائي مثلما هو مطلب أثناء جلسات المحاكمة، ولقد رد الفقهاء لزوم التدوين بمعرفة كاتب مختص لأن المحقق أو القاضي يجب أن يتفرغ كل منهما لعمله الفني ومن ثم يجب ألا يشغل بالتدوين وهو عمل مادي، ومن المسلم به أنه يجب أن يكون الكاتب مختصاً إذ ذلك ما عناه المشرع حينما استوجب أن يكون الكاتب من كتاب المحكمة، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني في شرح.. سابق الإشارة إليه ص ٥٢٣ رقم ٥٥٦ وما بعدها.

ويعد محضر الجلسة المدون من الكاتب من الأوراق الرسمية لذا لا يمكن دحض ما جاء به إلا بالطعن بالتزوير، كما يعد كاتب الجلسة شاهداً على ما أثبت في محضر الجلسة<sup>(١)</sup>.

وبالنظر لأهمية عمل كتبة المحاكم فقد خصهم المشرع بضرورة الحياد في شأن تدوين الجلسات لذا أوجبت المادة ٢٦ مرافعات ألا يكون الكاتب زوجاً أو قريباً أو صهراً حتى الدرجة الرابعة لأحد الخصوم وهو لا يكون وكيلاً عن أحد الخصوم في الحضور أو المرافعة سواء شفاهية أو بالكتابة أو بالإفتاء حتى ولو كانت الدعوى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع لها<sup>(٢)</sup> وإلا كان العمل باطلاً، ويجوز له ذلك عمّن يمثله قانوناً أو زوجه أو أصوله أو فروعهم إلى الدرجة الثانية وبالنظر لطبيعة عمل الكاتب فإنه إن أخل بواجباته كان عرضة للمسئولية الإجرائية والإدارية والجنائية بحسب الأحوال.

### المطلب الثالث

#### المحضرون من أعوان القضاة

يعد المحضرون من أعوان القضاة وهم طائفة من الموظفين مهمتهم إعلان أوراق المرافعات والقيام بإجراء التنفيذ ويوجد قلم للمحضرين في كل محكمة ابتدائية وتوجد له فروع بالمحاكم الجزئية<sup>(٣)</sup>. والمحضرون موظفون

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في مؤلفه: التقاضي بقضية وبدون قضية سابق الإشارة إليه ص ٦٣ وحيث يشير سيادته في هذا المقام إلى أن السكرتير يعتبر كأنه شاهد عام لأنه يحكي بأمانة ما يحدث في الجلسة في محضر رسمي.

(٢) راجع المادة ٨١ من قانون المرافعات حيث ورد فيها النص على أنه لا يجوز لأحد القضاة وللنائب العام ولا لأحد من وكلائه ولا لأحد من العاملين بالمحاكم أن يكون وكيلاً عن الخصوم في الحضور أو المرافعة سواء أكان بالمشافهة أم بالكتابة أم بالإفتاء ولو كانت الدعوى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع هو لها وإلا كان العمل باطلاً.

(٣) والأصل أنه يجب على المحضرين تحرير إعلان الأعمال الجزئية وإجراء التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية وتحقيق الخنزير. راجع الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٦٣.

تابعون لوزارة العدل، وقد نظم المشرع في قانون السلطة القضائية أحكام تعيينهم وترقيتهم وتأديبهم.

ويباشر المحضرون مهام عديدة إذ عهد إليهم المشرع في قانون المرافعات بمهمة الإعلان والتنفيذ حيث ورد في المادة السادسة النص على أن كل إعلان أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة ويقوم الخصوم أو وكلاؤهم بتوجيه الإجراءات وتقديم أوراقها للمحضرين لإعلانها أو تنفيذها، ولا يسأل المحضرون إلا عن خطئهم في القيام بوظائفهم.

ويستند قانون المرافعات للمحضر دوراً في المراجعة الظاهرية لأوراق الإعلان لذا فإن للمحضر إذا تراءى له وجه للامتناع عن الإعلان، كما لو تبين له اشتغال الورقة على بيانات مخالفة للنظام العام أو الآداب أو أنه قد شابها غموض أو تجهيل أو غير ذلك مما يتعذر معه إعلانها فإنه يجب عليه عرض الأمر فوراً على قاضي الأمور الوقتية ليأمر بعد سماع طالب الإعلان بإعلان الورقة أو بعدم إعلانها أو بما يرى إدخاله عليها من تغيير، وللطالب أن يتظلم من هذا الأمر إلى المحكمة الابتدائية في غرفة المشورة لتفصل نهائياً في التظلم بعد سماع المحضر والطالب<sup>(١)</sup>.

(١) وغني عن البيان أن أوراق المحضرين تعد من أوراق المرافعات، ويقصد بهذه الأوراق الأخيرة الأوراق المتضمنة لإجراءات المرافعات سواء أكانت هذه الإجراءات مما يتخذ قبل رفع الدعوى كالإعلانات أو التنبيهات أو ما كان منها مما تقوم به الخصومة ذاتها، وخاصة أوراق المرافعات أنها أوراق شكلية بما يعني أنه يجب أن يجري تحريرها على نحو معين وأن تشتمل على بيانات معينة، كذلك فهي أوراق رسمية، وتتوزع أوراق المحضرين باعتبارها من أوراق المرافعات ويدخل فيها مثلاً أوراق التكليف بالحضور، وهي تلك الأوراق التي تستهدف دعوة الخصم للحضور أمام المحكمة لسماع الحكم في الطلبات ومن ذلك ضحف افتتاح الدعوى وضحف الطعن بالاستئناف، ومن أوراق المحضرين أيضاً الإبلاغات والتنبيهات والإعلانات التي تهدف إلى إعلام شخص ما بأمر معين أو نهي عن أمر ما ومنها إعلانات الشهود والإعلانات المسماة بالإنداز على يد=

## ونظراً لتقدير المشرع للدور الذي يؤديه المحضر في الأوراق التي يقوم

=المحضر، كذلك يدخل في هذه الأوراق أوراق التنفيذ ومنها مثلاً محاضر حجز المقول أو بيعه.

والأصل في أوراق المحضرين أن يقوم المحضر بتحريرها بنفسه بناء على ما يقدمه له ذو الشأن بموجب الأوراق المكتوبة أو ما يقررونه له شفاهة، ويجري تحرير أوراق المحضرين بأصل وعدد من الصور بقدر عدد الأشخاص المراد إعلانهم أو التنبيه عليهم، ويجب أن تتوافر في أوراق المحضرين بيانات معينة منها ما هو ثابت ومنها ما هو لازم لاستيفاء الغرض منها، ومن البيانات الثابتة البيان المتعلق بتحديد تاريخ الإعلان وأيضاً بيانات المعلن، وتعد هذه البيانات كلاً واحداً يكمل بعضها البعض وإذا كان المعلن يعمل لغيره نائباً عن الغير فإنه يجب أن تشمل الورقة اسم المعلن ولقبه ووظيفته وموطنه، وإذا كان الإعلان بناء على طلب ممثل لشخص معنوي فإنه يجب ذكر الشخص وذكر صفة من يمثله. كذلك يجب أن تتضمن أوراق المحضر بيانات المحضر أي اسمه والمحكمة التي يعمل بها وأيضاً توقيع المحضر، وفيما يتعلق ببيان اسم المحضر فإنه لا يشترط أن يرد في مكان معين وإن كان يلزم أن يكون توقيع المحضر في آخر الورقة، ويجب في أوراق المحضر أن تتضمن بيانات المعلن إليه من حيث اسمه ولقبه ومهنته وموطنه وإذا لم يكن له موطن معلوم وقت الإعلان فيصح الإعلان في آخر موطن كان له، كذلك يجب أن تتضمن الورقة اسم من سلمت إليه صورة الورقة وتوقيع على الأصل أو إثبات امتناعه وسببه وأخيراً يجب أن تتضمن الورقة بيان الموضوع الذي تتعلق به، لذا إذا كانت الورقة هي صحيفة للدعوى يجب إظهار الموضوع وكذلك الأمر لو كانت الورقة صحيفة معارضة أو استئناف أو ورقة لحجز ما للمدين لدى الغير، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور رمزي سيف في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٤٥٧ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التقاضي، سابق الإشارة إليه ص ٤٣٨ وما بعدها، وانظر أيضاً محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي في قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الثاني ص ٩ وما بعدها، وانظر أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٤٥٣ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور عبد المنعم الشرقاوي في شرح المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٥٠ بند ٢٠٢، وراجع أيضاً أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة العاشرة بند ٣٧٢ ص ٤٩٤، وراجع أيضاً محمد حامد فهمي في المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٤٠ بند ٣٩٢ ص ٩٣٥.

بإعلانها فقد أوجبت المادة ٩ من قانون المرافعات أن تشتمل الأوراق على بيان اسم المحضر والمحكمة التي يعمل بها فضلاً عن توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة، كما وضع المشرع ما يتخذه المحضر من إجراءات تخص مباشرة الإعلان، لذا فهو يسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه ويجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي يبينها القانون، وإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار<sup>(١)</sup>. ومن أعمال المحضر في الإعلان أنه إذا لم يجد من يصح تسليم الورقة إليه أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة، فقد وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العبدية أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال وذلك بعد توقيعه على الأصل بالاستلام، وعلى المحضر خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتاباً مسجلاً مرفقاً به صورة أخرى من الورقة، يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة<sup>(٢)</sup>.

والمحضر هو من يقوم بتسليم صورة الإعلان المتعلق بالدولة ومديري المصالح المختصة والمحافظين أو من يقوم مقامهم فيما عدا صحف الدعاوى

(١) وكانت محكمة النقض المصرية قد حكمت في حكم لها في ١٩٣٥/٤/٨ - نقض مدني - المحاماة ٤١٨ أنه إذا ذهب المحضر إلى الموطن الذي يصح الإعلان فيه ووجده مغلقاً، فعليه لضمان وصول الإعلان الذهاب إلى الموطن الآخر قبل اتخاذ الإجراءات التي يجب اتباعها في حالة الغلق.

(٢) ويراعى ما وردت الإشارة إليه في المادة ٢١٣ من قانون المرافعات من أن الأحكام تعلن إلى المحكوم عليه لشخصه أو في موطنه الأصلي، كما وأن إعلان الحكم أو السند التنفيذي للمدين والتنبية عليه بالوفاء وإن كان من الإجراءات التي أوجب اتخاذها وإلا كان الإجراء باطلاً إلا أن البطلان المقرر في هذا المجال ليس من النظام العام.

وصحف الطعون والأحكام إلى هيئة قضايا الدولة أو فروعها<sup>(١)</sup>. وهو أيضاً من يقوم بتسليم الإعلان في شأن الشركات التجارية في مركز إدارة الشركة لأحد الشركاء المتضامنين وهو من يباشر إعلان الشركات الأجنبية التي لها فرع أو وكيل في مصر وهو من يباشر إعلان أفراد القوات المسلحة والمسجونين ومخارة السفن التجارية.

وعلى كل حال فإن عمل المحضر الأساسي يتمثل في إعلان الأوراق القضائية وإجراء التنفيذ القضائي والحجوز التحفظية ويقومون بها تحت إشراف قاضي التنفيذ، وقد أوجب القانون أن يعين لكل محكمة ابتدائية كبيراً للمحضرين ومعه عدد كاف منهم ويكون الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية بتحديد محل عمل المحضرين ونقلهم وندبهم، ومع ذلك فإن المشرع لم يقرر تواجد للمحضرين بهيئة قلم في محاكم الاستئناف أو النقض لذا يتولى مهمة الإعلانات القضائية محضرو المحكمة الجزئية التي يقع مكان الإعلان في دائرتها.

ويتكون قلم المحضرين في المحكمة دائرة الاختصاص بطوائف معينة إذ منهم محضرو القضاء وهم من يسند إليهم إعلان الأوراق القضائية وإعداد هذه الأوراق واتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري وهم المنوط بهم تكليف الخصوم بالحضور في مسائل اليمين (بموجب المادة ١٢٤ من قانون الإثبات) ومن المحضرين طائفة محضري الجلسة وهم من يكلفون لمباشرة مهام معينة أثناء انعقاد الجلسة مثل المناداة على القضايا بالأرقام وأسماء الخصوم وفقاً للروول ومنهم من يباشر ضبط الجلسة تحت إشراف رئيسها ومن المحضرين

(١) وقد يحدث أن ينتقل المحضر إلى موطن المعلن إليه إلا أنه لا يجده أو لم يجد أحداً من يصح تسليم الإعلان إليهم أو إذا وجدهم غير أنهم امتنعوا عن تسليم الإعلان، وفي هذه الحال أوجب القانون على المحضر أن ينتقل إلى جهة الإدارة وهي القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد ويتم التسليم إلى مأمور القسم أو المركز أو من يقوم مقامه، أما إذا امتنعت جهة الإدارة عن تسليم صورة الإعلان فإن على المحضر أن يقوم بتسليمها إلى النيابة.

طائفة محضري المعاينة وهم من يسند إليهم مهمة إجراء المعاينة والإثبات للحالة إما بناء على توكيل من المحكمة أو بموجب إنابة أو بناء على طلب أحد من الخصوم<sup>(١)</sup>.

ويعد المحضر عوناً من أعوان قاضي التنفيذ ويباشر المحضر عمله في هذا المجال تحت إشراف ورقابة قاضي التنفيذ، ومن الفقهاء في مجال التنفيذ من يصف عمل المحضر في هذا المقام بأنه العمود الفقري لأعمال التنفيذ برمتها، لذا فقد أسند إليه المشرع في قانون المرافعات مهمة لصق إعلان التنفيذ بالمحكمة، وأسند إليه تكليف أحد رجال الإدارة بالمنطقة بحراسة الأشياء المحجوزة مؤقتاً.

وبموجب المادة ٢٧٩ مرافعات "يجري التنفيذ بوساطة المحضرين، وهم ملزمون بإجرائه بناء على طلب ذوي الشأن متى سلمهم السند التنفيذي"<sup>(٢)</sup>. وإذا امتنع المحضر عن القيام بأي إجراء من إجراءات التنفيذ

---

(١) راجع الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، سابق الإشارة إليه ص ٤٧٣، ٤٧٤، وانظر أيضاً الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في مؤلفه: التقاضي بقضية وبدون قضية، سابق الإشارة إليه ص ٦٣.

ويلاحظ أن هناك رأي في الفقه يرى أن المحضر يباشر عمله باعتباره وكيلاً عن الخصوم ويتربط على ذلك أنه يحق للخصم أن يوكل أحد المحضرين عنه لمباشرة العمل المسند إليه، ولا يتقيد الخصم في هذا المجال من قيد سوى ضرورة مراعاة الاختصاص المكاني، ومع ذلك فإن الرأي الغالب لا يرى المحضر وكيلاً عن الخصوم لأنه موظف عام وهو يباشر عمله بموجب القانون وبناء عليه وشأن المحضر في ذلك شأن القاضي إذا لجأ الأشخاص إليه للفصل في القضايا لا يعني أنه قد أصبح وكيلاً عنهم، ويتربط على ذلك أن المحضر إذا باشر عمله وأحدث بذلك ضرراً ما بسبب خطئه، فإن الخصم الذي طلب الإعلان أو التنفيذ من المحضر لا يسأل بموجب قواعد مسئولية المتبوع عن فعل التابع، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور فتحي والي في مؤلفه الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٢٢٢، ٢٢٣.

(٢) ومن الجدير بالذكر أن المشرع قد نظم في القانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ اختصاصات =

كان لصاحب الشأن أن يرفع الأمر بعريضة إلى قاضي التنفيذ<sup>(١)</sup>. وقد أراد  
المشروع أن يكفل الحماية الكافية للمحضر عند مباشرته لأعمال التنفيذ،  
لذا فإنه إذا وقعت مقاومة أو تعد على المحضر وجب عليه أن يتخذ جميع

=معينة لإدارة التنفيذ إذ ورد في المادة الأولى من هذا القانون أنه: تستبدل عبارة  
"إدارة التنفيذ" بعبارة "قاضي التنفيذ" الواردة كعنوان للفصل الأول من الباب الأول  
من الكتاب الثاني من قانون المرافعات المدنية والتجارية وفي المواد ٣٥٦، ٣٥٨،  
٣٦٥، ٣٦٧، ٣٧٦، ٣٧٩، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٨، ٤٨٢، ٤٨٣ من ذات  
القانون وعبارة "معاون التنفيذ ومعاوني التنفيذ بكلمتي المحضر والمحضرين أينما  
وردت أي منهما في الكتاب الثاني.. وبموجب المادة ٢٧٤ يجري التنفيذ تحت إشراف  
إدارة التنفيذ تشأ بمقر كل محكمة ابتدائية ويجوز بقرار من وزير العدل إنشاء فروع  
لها بدائرة محكمة جزئية ويرأس إدارة التنفيذ قاض بمحكمة الاستئناف، يعاونه عدد  
كاف من قضاتها يتدبهم وزير العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى وقضاة من  
المحاكم الابتدائية بدرجة رئيس محكمة على الأقل، تختارهم الجمعية العامة  
للمحكمة، ويلحق بالإدارة عدد كاف من معاوني التنفيذ والموظفين يحدد بقرار من  
وزير العدل قواعد اختيارهم وتنظيم شئونهم ومدير إدارة التنفيذ أو من يعاونه من  
قضاتها إصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ ويكون التظلم من هذه القرارات  
والأوامر بعريضة ترفع لمدير إدارة التنفيذ ويعتبر القرار الصادر منه في التظلم نهائياً.  
وبموجب المادة ٢٧٩ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧  
يجري التنفيذ بواسطة معاوني التنفيذ، وهم ملزمون بناء على طلب ذي الشأن  
نمى سلم السند التنفيذي لإدارة التنفيذ، فإذا امتنع معاون التنفيذ عن القيام بأي  
إجراء من إجراءات التنفيذ كان لصاحب الشأن أن يرفع الأمر بعريضة إلى مدير  
إدارة التنفيذ.

(١) ولا يجوز للمحضر أن يباشر التنفيذ إلا إذا وجد السند التنفيذي لأنه الوسيلة الوحيدة  
التي اعتبرها القانون مؤكدة لوجود الحق لصاحبه، ولقد حدد المشروع السندات  
التفيذية على سبيل الحصر وهي حسبما ورد في المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات  
الأحكام والأوامر والمحرمات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم أو  
مجالس الصلح والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة، ويجب أن يكون  
السند التنفيذي مشتملاً على الصيغة التنفيذية أي صيغة التنفيذ إذ يجب وضع الصيغة  
قبل مباشرة التنفيذ، ولقد قرر المشروع ذلك في المادة ٢٨٦ مرافعات حيث أوضح أنه  
لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون إلا بموجب صورة من السند  
التفيذي عليها صيغة التنفيذ.



الوسائل التحفظية وأن يطلب معونة القوة العامة أو السلطة العامة ،  
و بموجب المادة ١٣٣ من قانون العقوبات فإن كل من أهان بالإشارة أو  
القول أو التهديد موظفاً عاماً - والمحضر موظف عام - أو أحد رجال  
الضبط أو أي إنسان مكلف بخدمة عمومية أثناء تأدية وظيفته أو بسببها  
يعاقب بعقوبة الجنحة ، كذلك فإنه بموجب المادة ١٣٦ من قانون العقوبات  
فإن كل من تعدى على أحد الموظفين العموميين - ومنهم المحضرون - أو  
رجال الضبط أو أي إنسان مكلف بخدمة عمومية أو قاومه بالقوة أو العنف  
أثناء تأدية وظيفته أو بسبب تأديتها يعاقب بالحبس ، كما جاء في المادة ١٣٧  
من القانون أنه يعاقب بعقوبة الجنائية كل من استعمل القوة أو العنف أو  
التهديد مع موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ليحمله بغير حق  
على أداء عمل من أعمال وظيفته أو على امتناع عنه<sup>(١)</sup>.

والأصل أن يتقيد المحضر بدائرة اختصاصه الجغرافي بالمحكمة التابع  
لها وإلا كان عمله باطلاً ، ويلحق المحضرون بدائرة الاختصاص المكاني  
للمحكمة الابتدائية ، ويرأس المحضرين كبير المحضرين وفي دوائر المحاكم  
الجزئية يوجد المحضرون الأول ويعين محضر أول بالمحكمة الجزئية من أمضى  
في وظيفة محضر للتنفيذ مدة سنتين على الأقل<sup>(٢)</sup>.

(١) ويراعى في هذا المقام ما وردت الإشارة إليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٧٩ من  
قانون المرافعات التي نص فيها المشرع على أنه : إذا وقعت مقاومة أو تعد على  
معاون التنفيذ ، وجب عليه أن يتخذ جميع الوسائل التحفظية ، وله في سبيل  
ذلك - بعد عرض الأمر على مدير إدارة التنفيذ - أن يطلب معونة القوة  
والسلطة المحلية.

(٢) وإذا كان المحضر هو من يباشر التنفيذ إذا وجد السند التنفيذي المشتمل على  
الصيغة التنفيذية ، فإن الأوامر على العرائض تنفذ تنفيذاً معجلاً بقوة القانون إذا  
كانت صادرة بدون كفالة.. وبموجب الفقرة الثانية من المادة ١٩٧ - المعدلة  
بموجب القانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ فإن التظلم من الأمر على عريضة يكون  
بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة خلال عشرة أيام من تاريخ صدور  
الأمر بالرفض أو من تاريخ البدء في تنفيذ الأمر أو إعلانه بحسبه الأحوال.

ويأشر المحضر أعمال عدة في التنفيذ فهو من يعين بموجب المادة ٣٦٤ مرافعات حارس على المنقولات المحجوزة لدى المدين<sup>(١)</sup>، وله أن يعين بموجب المادة ٣٨٧ مرافعات خبيراً لتقدير قيمة الأشياء غير المقومة، وله أن يمتنع عن اتخاذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ إعمالاً للمادة ٢٧٩ مرافعات ويعكس الامتناع عن الإعلان يخضع المحضر في امتناعه لرقابة مدير إدارة التنفيذ بناء على عريضة ترفع إليه من ذوي الشأن، وبموجب المادة ٣١٢ مرافعات فإن للمحضر أن يوقف التنفيذ أو أن يمضي فيه على سبيل الاحتياط دون أن يتمه إذا تقدم الخصم إليه بإشكال وقتي في التنفيذ، ولا يجوز للمحضر في هذه الحال - حالة الإشكال الوقتي - أن يتم إجراءات التنفيذ قبل أن يصدر القاضي حكمه في الإشكال الذي ترتب عليه وقف التنفيذ، على أنه يجوز للمحضر أن يجري تفتيش المدين لتوقيع

(١) وبموجب المادة ٣٦١ من قانون المرافعات فإن الأشياء تصبح محجوزة بمجرد ذكرها في محضر الحجز ولو لم يعين عليها حارس وبموجب المادة ٣٦٣ من القانون فإنه يجب على المحضر عقب إقفال محضر الحجز مباشرة أن يلصق على باب المكان الذي وجد به الأشياء المحجوزة وعلى باب العمدة أو الشيخ أو المقر الإداري التابع له المكان وفي اللوحة المعدة لذلك بمحكمة المواد الجزئية إعلانات موقعا عليها منه يبين فيها يوم البيع وساعته ونوع الأشياء المحجوزة ووصفها بالإجمال، ويذكر حصول ذلك في محضر يلحق بمحضر الحجز، وبموجب المادة ٣٦٤ من القانون يعين المحضر حارساً على الأشياء المحجوزة ويختار هو هذا الحارس إذا لم يأت الحاجز أو المحجوز عليه بشخص مقدر، ويجب تعيين المحجوز عليه إذا طلب ذلك إلا إذا خيف التبيد وكان لذلك أسباب معقولة تذكر في المحضر، ولا يجوز أن يكون الحارس ممن يعملون في خدمة الحاجز أو المحضر ولا أن يكون زوجاً أو قريباً أو صهراً لأيهما إلى الدرجة الرابعة. وإذا لم يجد المحضر في مكان الحجز من يقبل الحراسة وكان المدين حاضراً كلفه بالحراسة، ولا يعتد برفضه إياها، أما إذا لم يكن حاضراً وجب على المحضر أن يتخذ جميع التدابير الممكنة للمحافظة على الأشياء المحجوزة وأن يرفع الأمر على الفور لقاضي التنفيذ ليأمر إما بنقلها وإبداعها عند أمين يقبل الحراسة يختاره الحاجز أو المحضر وإما بتكليف أحد رجال الإدارة بالمنطقة بالحراسة مؤقتاً.

الحجز على ما في جيبه بعد الحصول على إذن بذلك من قاضي التنفيذ. وإذا كان الأصل أن يجري التنفيذ المباشر وغير المباشر بواسطة المحضر وهو ملزم بإجرائه في مواعيده بناء على طلب ذي الشأن إذا سلمه السند التنفيذي وبدون الرجوع إلى القاضي للحصول على الإذن بذلك، على أنه توجد حالات استثنائية يتطلب فيها المشرع حصول المحضر على إذن سابق من قاضي التنفيذ، ومن ذلك مثلاً أنه لا يجوز إجراء أي إعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً ولا بعد الساعة الثامنة مساءً ولا في أيام العطلة الرسمية إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من قاضي الأمور الوقتية.

على أن المشرع وإن أناط التنفيذ للمحضر وخصه باختصاصات واسعة فيه إلا أنه لا ينبغي الاعتقاد بانفراد المحضر بكافة مسائل التنفيذ، إذ المشرع ينظر دائماً للمحضر باعتباره من أعوان القضاة. لذا أوجب المشرع أن يقيد طلب التنفيذ في الجدول الخاص بذلك بإدارة التنفيذ ويودع في ملف ويعرض على مدير إدارة التنفيذ أو أي من قضاتها في نهاية كل مرحلة من مراحلها ويثبت به ما يصدره من قرارات وأوامر، وما يصدره قاضي التنفيذ من أحكام. على أن المشرع وإن حرص على مباشرة المحضر للتنفيذ في مختلف مجالاته، فإنه مع ذلك سلب بعض مجالات الاختصاص به من المحضر حيث أسنده إلى شخص آخر كمندوب الحجز الإداري أو إسناد مرحلة من مراحل التنفيذ لقلم كتاب المحكمة في شأن نشر البيع في الصحف أو إجراء القاضي ذاته للمزايدة واعتماد العطاء وفقاً لنصوص المواد ٤٣٥، ٤٣٧، ٤٣٩ من قانون المرافعات<sup>(١)</sup>.

(١) إذ بموجب المادة ٤٣٥ من قانون المرافعات: يتولى قاضي التنفيذ في اليوم المعين للبيع إجراء المزايدة بناء على طلب من يباشر التنفيذ أو المدين أو الحائز أو الكفيل العيني أو أي دائن أصبح طرفاً في الإجراءات، وبمقتضى المادة ٤٣٧ من ذات القانون: تبدأ المزايدة في جلسة البيع بمناذرة المحضر على الثمن الأساسي والمصاريف. ويعين القاضي قبل بدء المزايدة مقادير التدرج في العروض في كل حالة بخصوصها مراعيًا في ذلك مقدار الثمن الأساسي.

وفي مجال التنفيذ تتفاوت سلطات المحضر بين التقييد والتقدير فهو مقيد بوجود استلام السند التنفيذي وطلب التنفيذ ومقيد كذلك بقيده في الجدول المعد لذلك ومقيد في وجوب عرض ما تم تنفيذه عقب كل إجراء على إدارة التنفيذ وهو مقيد بوجود مراعاة المواعيد الإجرائية حيث يجب ألا يجري التنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً ولا بعد الساعة الثامنة مساءً وفي أيام العطلة الرسمية إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من قاضي الأمور الوقتية<sup>(١)</sup>. كذلك فإنه مقيد بعدم جواز بيع المنقول إلا بعد مضي

(١) ويوجب المشرع في المادة ١/٢٧٩ من قانون المرافعات قيام معاون التنفيذ بالتنفيذ إذا سلم إليه السند التنفيذي الذي تقدم به طالب التنفيذ لإدارة التنفيذ، فإن امتنع كان لصاحب الشأن أن يرفع الأمر بعريضة إلى مدير إدارة التنفيذ وهو من يتولى الفصل في مبررات امتناع معاون التنفيذ ويصدر إليه الأمر بالقيام بالتنفيذ إذا وجد أن امتناعه لا مبرر له، كذلك أوجب المشرع على معاون التنفيذ أن يراعي القواعد القانونية والإجراءات المقررة قانوناً حال قيامه بالتنفيذ ومن ذلك مثلاً ما قرره المشرع في المادة ٣٧٦ من قانون المرافعات من مواعيد يجب مراعاتها من حيث الانقضاء قبل مباشرة بيع المنقول، ومن ذلك أيضاً ما هو مقرر في المادة ٧ من قانون المرافعات المعدلة بموجب القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ حيث ورد فيها أنه: لا يجوز إجراء أي إعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً ولا بعد الساعة الثامنة مساءً ولا في أيام العطلة الرسمية، إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من قاضي الأمور الوقتية، راجع في الإشارة إلى ذلك المستشار الدكتور فتحي محمد أنور عزت في قضاء التنفيذ أمام إدارة التنفيذ والحلول العملية للأحكام والقرارات التنفيذية الوقتية والموضوعية، الناشر دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٨ ص ٤٢.

كذلك فإن من حالات السلطة المقيدة للمحضر "معاون التنفيذ" أنه يجب عليه قبل مباشرة إجراءات التنفيذ الحصول على الإذن المسبق من قاضي التنفيذ كتفتيش المدين لإيقاع الحجز على ما في جيبه ومن ذلك أيضاً بيع المنقول المحجوز عليه قبل الميعاد القانوني إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ٣٧٦ مرافعات أو إذا كان البيع في مكان آخر إعمالاً للمادة ٢٧٧ مرافعات.

وعلى العكس من ذلك يتمتع معاون التنفيذ بسلطة تقديرية واسعة عندما يباشر الإجراءات، حيث أجاز له القانون أن يوقف التنفيذ أو أن يمضي فيه على سبيل الاحتياط إذا صادف إشكالاً وقتياً في التنفيذ مع مراعاة أنه ليس لمعاون التنفيذ =

ثمانية أيام على الأقل من تاريخ تسليم صورة محضر الحجز للمدين أو إعلانه به ولا يجوز إجراؤه إلا بعد مضي يوم على الأقل من تاريخ إتمام إجراءات اللصق والنشر وفقاً للمادة ١/٣٧٦ من قانون المرافعات<sup>(١)</sup>.. وهو مقيد إن امتنع عن التنفيذ بأن يرفع صاحب الشأن الأمر إلى مدير إدارة التنفيذ بعريضة وفقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٧٩ من قانون المرافعات<sup>(٢)</sup>. وهو مقيد أيضاً إذا اقتضى عمله كسر أبواب أو فض أقفال بالقوة لإجراء التنفيذ بأن يكون ذلك بحضور أحد رجال الشرطة الذي يوقع على محضر التنفيذ<sup>(٣)</sup>. بينما يدخل في سلطته التقديرية وقف التنفيذ أو

= أن يتعرض أو يفصل هو في جديبة الإشكال المرفوع إذ ذلك من المسائل التي يترك البيت فيها للقضاء استناداً لنص المادة ٣٦٤ من قانون المرافعات، أيضاً للمحضر سلطة تقديرية في تعيين الخبير ليقوم الأشياء غير المقومة، راجع في الإشارة إلى ذلك بقدر أوفى من التفصيل والإيضاح المستشار الدكتور فتحي محمد أنور عزت في قضاء التنفيذ أمام إدارة التنفيذ، سابق الإشارة إليه ص ٤٣.

(١) إذ بموجب المادة ٣٧٦ من قانون المرافعات لا يجوز إجراء البيع إلا بعد مضي ثمانية أيام على الأقل من تاريخ تسليم صورة محضر الحجز للمدين أو إعلانه به ولا يجوز إجراؤه إلا بعد مضي يوم على الأقل من تاريخ إتمام إجراءات اللصق والنشر، ومع ذلك إذا كانت الأشياء المحجوزة عرضة للتلف أو بضائع عرضة لتقلب الأسعار، فلقاضى التنفيذ أن يأمر بإجراء البيع من ساعة لساعة بناء على عريضة تقدم من الحارس أو أحد ذوي الشأن.

(٢) إذ بموجب المادة ٢٧٩ من قانون المرافعات يجرى التنفيذ بواسطة معاوني التنفيذ وهم ملزمون ببناء على طلب ذي الشأن، متى سلم السند التنفيذي لإدارة التنفيذ. فإذا امتنع معاون التنفيذ عن القيام بأي من إجراءات التنفيذ كان لصاحب الشأن أن يرفع الأمر بعريضة إلى مدير إدارة التنفيذ. وإذا وقعت مقاومة أو تعد على معاون التنفيذ وجب عليه أن يتخذ جميع الوسائل التحفظية وله في سبيل ذلك (بعد عرض الأمر على مدير إدارة التنفيذ) أن يطلب معونة القوة العامة والسلطة المحلية.

(٣) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التنفيذ الجبري، طبعة ٢٠١٢ / ٢٠١٣ الناشر دار النصر للطباعة الحديثة، ص ٦٣، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد ماهر زغلول في أصول التنفيذ، الجزء =

استمراره وتعيين حارس على المنقولات المحجوزة أو أن يطلب هذا التعيين من قاضي التنفيذ.

وربما فطن جانب مؤثر من الفقه الإجرائي للدور الواقعي الذي يؤديه المحضر في مسائل التنفيذ بحسبانه من يباشر "عملية التنفيذ" بنفسه وحيث يتولاها هو بدون التواجد الفعلي للقاضي بل وبدون تدخل من القاضي في أحوال عديدة. لذا ولأن المحضر هو الممثل الفعلي المباشر للدولة في عملية التنفيذ الجبري ولكونه من يتصل مباشرة بالأطراف الأخرى من الخصوم وغيرهم أثناء التنفيذ. لهذه الاعتبارات أوصى سادة فقه التنفيذ بضرورة تأهيل المحضر تأهيلاً جيداً يتمشى والمهمة والعمل المنوط به مع ضرورة كون محضري التنفيذ من الحاصلين على إجازة "ليسانس الحقوق" وضرورة إخضاعهم للتدريب المستمر واجتيازهم اختبارات دورية تسهم في رفع كفاءتهم وتنمي خبرتهم العملية<sup>(١)</sup>. ولعل ما أوصى به الفقه في هذا

---

=الأول، دون اسم ناشر أو سنة نشر ص ٣٠٤ بند ٢١٣، وراجع أيضاً الدكتور سيد أحمد محمود والدكتور يوسف أبو زيد في أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٧ بدون اسم ناشر، ص ٧٥٤ وما بعدها.

(١) ويخضع المحضر لقواعد تنظيم مسؤوليته الإدارية إذا أخل بواجباته في مجال التنفيذ، ومن مظاهر هذا الإخلال عدم إعلان أوراق التنفيذ في الميعاد المحدد قانوناً أو عدم وقف التنفيذ عند الإشكال فيه أو إذا امتنع عن التنفيذ بدون مبرر أو إذا لم يقبض الدين إلا بناء على تفويض خاص من الدائن ومن حالات الإخلال أيضاً عدم إطاعة أوامر مدير إدارة التنفيذ. كذلك يسأل المحضر مسؤولية مدنية عن خطئه حيث ورد في المادة ٦ من قانون المرافعات النص على أنه: لا يسأل المحضرون إلا عن خطئهم في القيام بوظائفهم، راجع الدكتور محمود هاشم في قواعد التنفيذ الجبري ص ٣٦٤ بند ١٨٤، وانظر كذلك محمد عبد الخالق عمر في مبادئ التنفيذ الجبري ص ٧٢ بند ٨٣.

ومن الفقهاء من يرى أنه إذا حدث خطأ من المحضر معاون التنفيذ عند قيامه بالتنفيذ وترتب على ذلك إلحاق ضرر بأحد أطراف التنفيذ أو للغير كان ملتزماً بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية وتخضع المسؤولية هنا من حيث التقادم الطويل وليس

المقام يتفق مع ما أقره المشرع في المادة ١٤٨ من قانون السلطة القضائية إذ أوجبت هذه المادة فيمن يعين محضراً ما يشترط فيمن يعين كاتباً، ويعين المحضر تحت الاختبار لمدة سنة على الأقل وستين على الأكثر، أما محضرو التنفيذ فقد قررت المادة ١٤٩ من القانون أنه يشترط فيمن يعين محضراً للتنفيذ أن يكون قد شغل وظيفة محضر مدة ستين على الأقل وحسنت الشهادة في حقه وأن يكون قد نجح في امتحان يختبر فيه تحريراً وشفوياً، وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ في شأن السلطة القضائية حيث ورد في هذه المذكرة أنه "ولما كان العمل قد كشف عن أن أمناء السر لا يقبلون على عملهم نتيجة لشعورهم بالغبن بالقياس بأقرانهم في الدراسة ممن اختيروا لوظائف القضاء، فقد رؤي تشجيعاً لهذه الطائفة وحثاً لهم على العمل إفساح الأمل أمامها للتعين في وظائف المستشارين بإجازة تعيين من يظهر منهم كفاية ممتازة في عمله في وظيفة معاون نيابة متى استكمل الشروط اللازمة للتعين في هذه الوظيفة - على أن يتم التعيين بواسطة مسابقة تحدد شروطها ونظامها بقرار من وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية.

ومن الفقهاء في فقه المرافعات من تساءل حول المركز القانوني للمحضر من حيث تبعيته للسلطة التنفيذية أو القضائية<sup>(١)</sup>. ومحور التساؤل

---

= لتقدم المسؤولية التقصيرية المقررة في حكم الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ من القانون المدني.. راجع الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التنفيذ الجبري، سابق الإشارة إليه ص ٦٨.

(١) وجددير بالذكر أن المشرع قد أورد بموجب القانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ تحديداً في أحكام إدارة التنفيذ حيث بين بموجب هذا القانون تعديلات تتعلق بالقواعد المتبعة في التنفيذ الجبري وكذلك قواعد أخرى تتصل بقاضي التنفيذ وسلطاته وتتصل أيضاً بأعوانه، وتأويل ذلك أن المشرع قد اتجه في هذا القانون إلى إنشاء إدارة تسمى إدارة التنفيذ وهي توجد في مقر كل محكمة ابتدائية ويرأسها قاضي من قضاة محاكم الاستئناف يعاونه عدد من قضاة المحكمة الابتدائية بدرجة رئيس =

المطروح هو بيان مدى تبعية المحضر - بالأخص - محضري التنفيذ للسلطة التنفيذية أو القضائية، وذهب رأي في الفقه إلى أن عمل المحضر يضمن عليه صفة التبعية للسلطة التنفيذية لا القضائية، فالمحضر من رجال الإدارة لا من

محكمة على الأقل من بينهم قاضي التنفيذ، ولا ريب في أن ما استحدثه المشرع من توسع في تشكيل هذه الإدارة المستحدثة هو الرغبة في تلافي القصور الذي كان قائماً في شأن عملية التنفيذ رغم أنها من المراحل البالغة الأهمية في استيفاء الحقوق، وبموجب التعديل قصر المشرع استثناء أحكام قاضي التنفيذ أياً ما كانت قيمة المنازعة على المحكمة الابتدائية وحدها، وهي طائفة مستحدثة للقضاء على مثالب نظام محضري التنفيذ وكان أن عهد لوزير العدل بالاختصاص بتحديد قواعد اختيارهم وتنظيم شئونهم ومن المستحدث ما قرره المشرع من أن يلحق بهذه الإدارة عدداً من رجال الشرطة للمعاونة عند اتخاذ إجراءات التنفيذ وإعلانها بعدما تبين من أن الاستعانة بهم أثناء التنفيذ أصبحت مطلباً هاماً.

كذلك استبدل المشرع عبارة إدارة التنفيذ بعبارة قاضي التنفيذ، وأيضاً اتجه إلى استبدال عبارتي معاون التنفيذ ومعاوني التنفيذ بدلاً من عبارة المحضر أو المحضرين أيما كانت، وأناط المشرع بإدارة التنفيذ الإشراف على كل مسائل التنفيذ ومكان هذه الإدارة في مقر كل محكمة ابتدائية وأجاز المشرع أن ينشأ لهذه الإدارة فروع بدائرة كل محكمة جزئية ويرأس هذه الإدارة قاضٍ بمحكمة الاستئناف ويعاونه عدد كافٍ من قضاتها يندبهم وزير العدل بعد موافقة المجلس "مجلس القضاء الأعلى" والمدير إدارة التنفيذ أن يصدر هو ومن يعاونه القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ ويمكن التظلم من هذه القرارات ويكون القرار الصادر في شأن التظلم نهائياً.

وبالنظر في التعديل الطارئ بموجب قانون ٢٠٠٧ في شأن إدارة التنفيذ فقد عهد المشرع لهذه الإدارة ببعض الوظائف والاختصاصات التي كانت منوطة بقاضي التنفيذ إذ لهذه الإدارة سلطة إصدار القرارات والأوامر، ومع ذلك أبقى المشرع على اختصاص قاضي التنفيذ بالنظر في منازعاته وفي الوضع الحالي يظل استئناف أحكام قاضي التنفيذ الوقتية والموضوعية أمام المحكمة الابتدائية.. ولقد أوجب المشرع على إدارة التنفيذ أن تنشئ لكل طلب ملفاً تودع به جميع الأوراق المتعلقة بهذه الطلبات ويعرض الملف على مدير الإدارة أو أي من قضاتها عقب كل إجراء.. راجع الدراسة التفصيلية عن إدارة التنفيذ للأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في تعليق على المشروع والقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ المعدل لقانون المرافعات والإثبات في المواد المدنية والتجارية.



أعضاء السلطة القضائية، وهو وإن كان عوناً للقاضي إلا أن ذلك لا يعني استبعاد تبعيته الإدارية، ويستدل الفقهاء من أنصار هذا الرأي على ذلك بأن المحضر يعين ويرقى وينقل ويمنح العلاوات من وزير العدل، وهو على رأس السلطة الإدارية المنوط بها التنظيم الإداري لمرفق القضاء<sup>(١)</sup>. أضف إلى ذلك أن طبيعة عمل المحضر في مجال التنفيذ هو عمل إداري وليس قضائياً أو هو كما قيل "عمل إداري ويعتبر القائم به موظفاً يتبع السلطة الإدارية أو التنفيذية"، وعلى العكس من ذلك ما رأينا آخر إلى القول بتبعية المحضر للسلطة القضائية على اعتبار أن التنفيذ نشاط قضائي وليس إدارياً وليس أدل على ذلك من أن المحضر يشارك في تشكيل محكمة التنفيذ وهو خاضع لإشراف قاضي التنفيذ، وقد أوجب المشرع عليه ألا يباشر ما من شأنه التقليل من الهيئة التي ينتمي إليها وهو ملتزم بأداء اليمين للقيام بعمله أمام هيئة المحكمة لا أمام أحد رجال الإدارة<sup>(٢)</sup>.

كذلك تساءل الفقهاء عن العلاقة بين المحضر وطالب التنفيذ، وقال رأي بأن المحضر وكيل عن الطالب، وما رأينا آخر إلى أن المحضر يمثل السلطة العامة، وكانت محكمة النقض المصرية قد أخذت بالرأي الأول في بعض من أحكامها القديمة<sup>(٣)</sup>. وذلك بالأخص في حكمها الصادر في ١٤

(١) وتحسن الإشارة في هذا المقام إلى أن المحضر والمعاون للتنفيذ عليهما رقابة وإشراف من جانب إدارة التنفيذ، ومن مظاهر ذلك أن يوجد جدول خاص بتنفيذ به طلبات التنفيذ وينشأ ملف لكل طلب تودع به جميع الأوراق المتعلقة بهذه الطلبات ويعرض الملف على مدير إدارة التنفيذ أو أي من قضاتها عقب كل إجراء، ويثبت به ما يصدره من قرارات وأوامر، وما يصدره قاضي التنفيذ من أحكام.

(٢) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود والدكتور يوسف أبو زيد في التنفيذ الجبري. الجزء الأول، ص ١٠٥.

(٣) راجع نقض مدني في ١٤ أكتوبر ١٩٧٠، مجموعة الأحكام، س ٢١ رقم ٦١١، كذلك فإنه في مقام التعرض للعلاقة بين المحضر والخصوم قيل وبحق بأن هناك اختلافاً بين الفقهاء، إذ ذهب رأي إلى أن مأمور التنفيذ - أي المحضر - أو =

أبريل ١٩٧٠، ورأى البعض من الفقه بأن للمحضر صفة مزدوجة إذ هو وكيل عن طالب التنفيذ وأيضاً هو موظف عمومي، أما من رأى أن المحضر وكيل عن طالب التنفيذ فيستند في ذلك إلى أن طالب التنفيذ هو ما يدعو المحضر لمباشرة أعمال التنفيذ في استيفاء حقه في متابعة الإجراءات (بموجب المادة ٦ مرافعات) وهو من يوكله الطالب في قبض الدين من المدين، بينما من يرى في المحضر موظفاً عاماً يرد ذلك إلى كون المحضر لا يتلقى تعليماته إلا من قاضي التنفيذ الذي يعمل تحت إشرافه، ومن ثم فإن الموكل لا يسأل عن أخطاء المحضر وإنما يسأل هذا الأخير عن خطئه في القيام بوظيفته حسبما ورد في الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون المرافعات<sup>(١)</sup>. ويبدو أن الرأي القائل باعتبار المحضر موظفاً عاماً هو الأجدر

=معاون التنفيذ وإن كان كل منهم يعمل باسم وحساب السلطة العامة إلا أنه يمثل الخصم طالب الإعلان أو التنفيذ ومن ثم فإن الطالب هو من يسأل عن أعمال المحضر، كما وأنه يكون مسئولاً أمامهم عن إهماله أو خطئه، وعلى التقيض من ذلك مال رأي آخر إلى أن المحضر أو معاون أو مأمور التنفيذ ليس وكيلاً عن الخصوم وإنما هو موظف عام يأتمر بأمر القانون ويعاون القاضي في التنفيذ، راجع الأستاذ الدكتور عزمي عبد الفتاح في الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، سابق الإشارة إليه ص ١٤٨، وراجع أيضاً محمد حامد فهمي في مرجعه التنفيذ، طبعة ١٩٢١ بند ١١ صفحة ٨، وانظر كذلك الدكتور عبد الباسط جمبجي في المرافعات طبعة ١٩٧١ / ١٩٧٢ ص ٤٢، وراجع كذلك أحمد أبو الوفا في التنفيذ، طبعة ١٩٧٨، ص ٢٧، هامش ٣، وراجع أيضاً محمد عبد الخالق عمر في التنفيذ، طبعة ١٩٧٧ بند ٨٤، وكذلك الدكتور وجدي راغب فهمي في مرجعه التنفيذ القضائي، ص ٢٧٣.

(١) راجع الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في التنفيذ، سابق الإشارة إليه ص ١٠٥، والأصل أن يخضع المحضرون أو معاونو التنفيذ للتفتيش على أعمالهم باعتبارهم من الموظفين العموميين، من أجل ذلك مثلاً ورد في المادة ٢٨٣ من تعليمات العاملين بالأقلام أنه: يجب على المفتش موالاة الفحص والتفتيش على الأعمال الكتابية وأقلام معاونين والمسائل المالية والإدارية.. وبموجب المادة ٢٨٥ يجب على المفتش تحرير كشف شهري بالأعمال التي قام بها خلال الشهر يرسله إلى إدارة التفتيش ليكون عند نظرها عند تقييم العمل.

بالاعتبار وآية ذلك أن تفويض المحضر في قبض الدين المقرر في المادة ٢٨٢ مرافعات مرده نص القانون وليس التفويض الخاص له حيث قرر المشرع في هذه المادة أنه "على المحضر عند إعلان السند التنفيذي أو عند قيامه بالتنفيذ قبض الدين عند عرضه عليه مع إعطاء المخالصة وذلك بدون حاجة إلى تفويض خاص"، ولنضيف إلى ذلك كون المحضر مخاطباً بأحكام جريمة الرشوة في المادة ١٠٣ من قانون العقوبات وكذلك بنصوص المادتين ١١٢، ١١٣ من هذا القانون في شأن اختلاس المال العام والاستيلاء عليه، كما وأنه مخاطب بنص المادة ١٢٣ من ذات القانون إذا هو استعمل وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة.

ويخضع المحضر لضوابط المسؤولية الإدارية والمدنية والجنائية على قدم المساواة فهو عرضة للمسئولية الإدارية فيما مثلاً لو لم يحافظ على أسرار القضايا أو لو أنه أتى أي عمل يقلل من الثقة الواجب توافرها في الأعمال القضائية أو يقلل من اعتبار الهيئة التي ينتمي إليها سواء أكان ذلك داخل دور القضاء أو خارجها أو إذا لم يحافظ على حيده في أدائه لعمله أو إذا باشر عملاً داخلياً في حدود وظيفته في الدعاوى الخاصة به أو بزوجه أو أقاربه أو أصحابه للدرجة الرابعة، أو إذا حقق مصلحة مالية خاصة بسبب أو بمناسبة أدائه لوظيفته كما لو اشترى باسمه أو باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه أو إذا تقدم كمشتري في بيع المنقول أو العقار الذي يجري في دائرة المحكمة التي يعمل بها<sup>(١)</sup>.

(١) راجع في الإشارة إلى هذا المعنى المستشار الدكتور فتحى محمود عزت في مؤلفه السابق الإشارة إليه حيث يوضح أن هناك نصوصاً قانونية ترتب التزامات على عاتق معاوني التنفيذ وأنه إذا ما خولفت ترتبت المسؤولية التأديبية، ولقد وردت الإشارة إلى هذه الالتزامات في نصوص متفرقة في قانون السلطة القضائية ولا =

كذلك قد تتحقق المسؤولية الإدارية للمحضر لو أنه لم يباشر الإعلان للأوراق القضائية في الميعاد المحدد قانوناً (بموجب المادة ٧ مرافعات) رغم تسلمه للسند التنفيذي، أو لو خالف تعليمات قاضي التنفيذ الذي هو عون له ولهذا الأخير أن يوقع الجزاءات التأديبية المقررة في قانون السلطة القضائية باعتباره الرئيس الإداري.

أما المسؤولية المدنية فهي قد تتوافر بموجب قواعد ومصادر هذه المسؤولية، وكذلك الحال بشأن المسؤولية الجنائية له فيما ورد بنصوص قانون العقوبات<sup>(١)</sup>.

---

= يجوز له القيام بأعمال تدخل في حدود وظائفهم في الدعاوى الخاصة بهم أو بأزواجهم أو أقاربهم أو أضياعهم إلى الدرجة الرابعة وإلا كان العمل باطلاً إعمالاً لحكم المادة ٢٦ من قانون المرافعات، كذلك ليس لمعاوني التنفيذ أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان نظر النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وذلك إعمالاً لنص المادة ٤٧١ من القانون المدني. راجع في عرض ذلك المستشار الدكتور فتحي محمود عزت في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٤٧، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٤٧٤.

(١) راجع الأستاذ الدكتور أحمد ماهر زغلول في أصول التنفيذ، سابق الإشارة إليه ص ٣٠٩ بند ٢١٧ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في التنفيذ، سابق الإشارة إليه ص ٢٥٩ وما بعدها، وانظر كذلك الأستاذ الدكتور محمود هاشم في قواعد التنفيذ الجبري، سابق الإشارة إليه ص ٣٦٤ وما بعدها، وأيضاً محمد عبد الخالق عمر في مبادئ التنفيذ، سابق الإشارة إليه ص ٧٢ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التنفيذ الجبري، سابق الإشارة إليه ص ٩٩، ويلاحظ أنه في حالة القوة القاهرة أو إذا استحال التنفيذ بسبب حالة قوة القاهرة فإنه لا تكون المسؤولية بالنسبة للمعاون في التنفيذ وإنما تسأل عن ذلك الدولة إعمالاً للمادة ١٦٥، ٢٧٣ من القانون المدني، كذلك تسأل الدولة لو امتنعت عن معاونة معاوني القضاء في التنفيذ بسبب اعتبارات أمنية على اعتبار ذلك من قبيل السبب الأجنبي، راجع في الإشارة إلى هذا الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود والدكتور أحمد سيد أحمد محمود في أصول التنفيذ الجبري، سابق الإشارة إليه ص ٦٨.

## المبحث الثاني

### دور المترجمين في معاونة القاضي

#### وتيسير الأداء الأمثل لعدالة القضاء

من المسلم به في فقه المرافعات المصري والمقارن أن المترجمين هم من الاعوان الفنيين للقضاة إذ يستعان بهم في مختلف أنواع المحاكم وذلك على اعتبار أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للمحاكم ومن ثم فقد يدعو الاحتياج إلى ترجمة إحدى الأوراق أو المستندات أو الاستماع لأحد الخصوم بلغة أخرى غير اللغة العربية<sup>(١)</sup>. لذا يكون على المحكمة أن تستمع

(١) وعادة ما تنص القوانين المقارنة على أن اللغة العربية هي لغة العمل في المحاكم ومن ذلك مثلاً قانون السلطة القضائية القطري الصادر في عام ٢٠٠٣ والذي حدد كيفية أداء المحاكم القطرية لدورها في المجتمع وتقرر فيه أن القضاة مستقلون وغير قابلين للعزل إلا وفقاً لأحكام القانون، كما أشير فيه إلى أن اللغة العربية هي لغة المحاكم، ويجوز للمحكمة عند الاقتضاء أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلون اللغة العربية بواسطة مترجم بعد تحليفه اليمين القانونية أن يقوم بالترجمة بالأمانة والصدق، وإذا كان المترجم موظفاً بالمحاكم فيكتفى بتحليفه اليمين مرة واحدة عند بدء تعيينه (المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية القطري الصادر في عام ٢٠٠٣). وكذلك الأمر في قانون التنظيم القضائي العراقي - القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ والصادر في ١٢ يوليو ١٩٧٩ حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة الرابعة النص على أن تكون اللغة العربية لغة المحاكم إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وورد في الفقرة الثانية من ذات القانون أن تستمع المحكمة أقوال الخصوم والشهود أو الخبراء الذين يجهلون لغة المحاكم بواسطة مترجم بعد حلفه اليمين.. وكذلك الأمر في قانون الإمارات العربية المتحدة حيث جاء في المادة ١٥ من القانون الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ في شأن السلطة القضائية الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة أن على المحكمة أن تستمع أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلونها بواسطة مترجم بعد حلف اليمين، وجاء في المادة ١٢ من القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٦ بشأن دائرة القضاء في إمارة أبوظبي أن اللغة العربية هي لغة المحاكم، ويستعان بمترجم بعد حلف اليمين، وتحظر المادة ١٢ من القانون الاتحادي رقم ٩ لسنة ١٩٨١ في شأن تنظيم مهنة الترجمة على المحاكم قبول أي محرر أو وثيقة أو سند محرر باللغة الأجنبية ما لم يكن مصحوباً بترجمة إلى اللغة العربية بمعرفة مترجم مرخص له.

لأقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلون العربية بواسطة المترجم بعد حلف اليمين، كذلك قد لا يتعلق الأمر للترجمة بلغة أجنبية وإنما التخاطب عن طريق الإشارة كما لو كان الخصم أو الشاهد من الصم أو البكم أو من ذوي العاهة العقلية في النطق رغم عدم مساسها بالقدرات الإدراكية أو النفسية للشخص. وفي هذه الأحوال وما يشابهها يكون على المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود ممن يجهلون اللغة العربية بواسطة مترجم بعد حلف اليمين، وتأكيداً لذلك قررت المادة ١٥٦ من قانون السلطة القضائية بأن يلحق بكل محكمة العدد اللازم من المترجمين ونظمت المادة ١٥٧ شروط تعيينهم ونقلهم وترقيتهم<sup>(١)</sup>. كما نص الدستور

= وفي الجزائر ألزم قانون السلطة القضائية الصادر في ٢٥ أبريل ٢٠٠٨ رجال القانون والمحامين والمتقاضين تقديم كل الوثائق التي تتضمنها الدعاوى والملفات القضائية باللغة العربية فقط، وفي السودان جاء في البروتوكولات الموقعة في "نيفاشا" في كنيا بين الحكومة السودانية والحركة الشعبية في الجنوب السوداني خلال المرحلة الانتقالية أن اللغة العربية لغة رئيسية على المستوى القومي، وكذلك اللغة الإنجليزية وسيكونان اللغتين الرسميتين في أعمال الحكومة. (١) وعادة ما ينظم المشرع في القانون المقارن مهنة الترجمة في المحاكم ومن ذلك مثلاً ما جاء في الظهير الشريف "القانون المغربي الصادر في ٢٢ يونيو ٢٠٠١ المنشور في الجريدة الرسمية المغربية في العدد ٤٩١٨ في ١٩ يوليو ٢٠٠١ من أنه يعتبر الترجمان المقبول لدى المحاكم مساعد للقضاء وهو يمارس الترجمة وفقاً لأحكام القانون وللقوانين المنظمة والصادرة تطبيقاً له، وتتألف مهنة الترجمان المقبول لدى المحاكم مع جميع الوظائف الإدارية والقضائية ما لم ينص على خلاف ذلك بمقتضى نص خاص، وبموجب المادة الثالثة من الظهير الشريف المشار إليه يشترط في المترشح لممارسة مهنة الترجمان المقبول لدى المحاكم أن يكون مغرباً وأن يكون حاصلًا على دبلوم الترجمة من مؤسسة جامعية في المغرب أو شهادة معادلة لها، كما يشترط أن يكون المترشح متمتعاً بحقوقه الوطنية وأن يكون ذا مروءة وحسن سلوك وألا يكون محكوماً عليه من أجل جنائية أو جنحة باستثناء الجنح غير العمدية أو إذا كان قد رد إليه الاعتبار، كما يشترط ألا يكون قد صدر في حقه عقوبة تأديبية من أجل تصرفات مخلة بالشرف والنزاهة أو الأخلاق، ويجب أن يكون في وضعية سليمة إزاء أداء الخدمة العسكرية وأن يكون متمتعاً بالقدرة =

المصري لعام ٢٠١٤ في المادة الثانية منه على أن الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية.

### المطلب الأول

دواعي الاحتياج للمترجم في ظل

مبدأ "اللغة العربية هي اللغة الرسمية للمحاكم"

جدير بالاعتبار أن المشرع لم ينظم أعمال المترجمين في ظل أحكام القانون الحالي للسلطة القضائية فحسب، بل إن هذا التنظيم كان قائماً ومقتناً منذ عهد المحاكم المختلطة إذ اعتبروا أعاوناً للقضاة في هذه المحاكم وكان من المقرر تمتعهم بصفة الموظفين القضائيين التابعين لهذه المحاكم وكان من اختصاصهم منذ ذلك ترجمة العقود بمختلف اللغات وكذلك الأوراق المحررة في قلم الكتاب، كما كان المسند إليهم ترجمة المستندات المقدمة من الخصوم أياً ما كانت جنسيتهم أو موطنهم، كذلك كان يدخل في اختصاص المترجم تفهيم الخصوم ما توجهه إليهم النيابة أو المحكمة من

---

=الفعليّة على ممارسة المهنة، وأن يكون بالغاً من العمر ٢٥ سنة على الأقل، وأن يكون قد نجح في مباراة الترجمة المقبولين لدى المحاكم وفي امتحان نهاية التمرين، ويجب أن يكون للمرشح موطن بدائرة محكمة الاستئناف التي يرغب في ممارسة العمل بها، وبموجب المادة ٤ من هذا الظهير الشريف تحدد وزارة العدل المغربية لجنة يعهد إليها بتنظيم المباراة والامتحان المشار إليهما، وتختص هذه اللجنة بدراسة الطلبات المتعلقة بالتسجيل وإعداد جداول الترجمة المقبولين لدى المحاكم ومراجعتها وممارسة السلطة التأديبية تجاه الترجمة المقبولين لدى المحاكم، ويتم التسجيل في جدول الترجمة المقبولين لدى المحاكم وفقاً للقانون من تاريخ أداء اليمين، ويقضي المرشح بعد نجاحه فترة تمرين ٣ سنوات كاملة في الترجمة بمكتب ترجمان مقبول لدى المحاكم.. ويعتبر الترجمان المتمرن أجيراً وليس له أن يطالب الترجمان المشرف على التمرين بالحقوق المترتبة على عقد الشغل، وبموجب المادة ٢٣ من الظهير الشريف يعفى من المباراة قدامى الأساتذة الجامعيين المتخصصين في الترجمة بعد تقديمهم استقالتهم وبموجب المادة ٢٤ منه يؤدي الترجمان عند مباشرته للعمل اليمين القانونية بأن: أقسم بالله العظيم بأن أترجم بأمانة ووفاء الأقوال التي ينطق بها أو يتبادلها الأشخاص وكذا الوثائق التي يعهد إلي بها في هذا الصدد وأن أحافظ على السر المهني.

أسئلة وتفهم المحكمة أقوال الخصوم وترجمة ما تريد المحكمة معرفته باللغة  
مقابل اللغة<sup>(١)</sup>.

وأمام المحاكم المختلطة كان يجوز رد ترجمة أي مترجم لو كانت  
معرفة مترجم المحكمة ولم يكن ليشترط أن يقدم الخصم الأسباب الداعية  
إلى رد هذه الترجمة، كذلك كان للخصوم رد ترجمة مترجم المحكمة على  
أن يكون الرد لمرة واحدة بشرط أن يؤدي طالب الرد مقابل "أجرة" المترجم  
من جديد وكان رد المترجم جائزاً أمام المحكمة الابتدائية أو أمام محكمة  
الاستئناف - على أنه كان من المقرر أن يقدم طلب الرد قبل الدفاع بتقرير  
يقدم إلى قلم الكتاب.

ولما أن أصدر المشرع قانون نظام القضاء بموجب القانون رقم ١٤٧  
لسنة ١٩٤٩ عالج القانون المسائل المتعلقة بالمترجمين في المواد من ٤٨ وما  
بعدها، حيث ورد في هذه المادة أنه يعين لمحكمة النقض ولكل محكمة  
استئناف وكل محكمة ابتدائية كبير كتاب وعدد كاف من رؤساء الأقسام  
والكتاب والمترجمين، وقد أوضحت المادة ٤٩ من ذات القانون أنه تسري

(١) وكانت الترجمة في المحاكم متطلباً أساسياً في عهد المحاكم القنصلية في عهد  
الخبديوي إسماعيل (١٨٦٣ - ١٨٧٩) حيث كان في مصر سبعة عشر محكمة  
قنصلية تطبق كل منها قانونها الخاص وكان قضاة هذه المحاكم على غير علم  
بالقوانين المصرية وكان استئناف الأحكام الصادرة عن هذه المحاكم أمام المحاكم  
التابع لها كل قنصلية وكان لقضاة الكلمة العليا في القضايا المنظورة أمامها حتى  
على المصريين، وفي عام ١٨٧٥ افتتح في مصر المحاكم المختلطة وكانت تنظر في  
الدعاوى المدنية والتجارية سواء أكانت القضايا بين المصريين أو الأجانب أو  
الأجانب بعضهم البعض، كما كان لهذه المحاكم اختصاص في مسائل التوثيق أي  
التسجيل، وكان من المقرر في هذه المحاكم أن يكون القضاة المصريين فيها نصف  
القضاة الأجانب في مرحلة الابتدائي والثلاثين من الأجانب في الاستئناف، وفي  
هذا العهد غلبت الحاجة إلى الترجمة وظلت الحاجة قائمة إلى عام ١٩٤٩ حيث  
أنشئت المحاكم المصرية الحديثة "المحاكم الوطنية" وألغيت المحاكم المختلطة وكان أن  
أصدر المشرع المصري لائحة نظام القضاء بموجب القانون ١٤٧ لسنة ١٩٤٩  
حيث نظم المشرع فيه قواعد الترجمة في المحاكم.



على المترجمين الأحكام العامة للتوظيف بالحكومة، فيما عدا ما نص عليه في قانون نظام القضاء، ولقد وضح من صياغة هذه المادة الطبيعة القانونية للمترجم، فهو من الموظفين العموميين وما يجره من أوراق الترجمة تعد أوراقاً رسمية وليست عرفية، ومع ذلك فلا يؤثر في هذه الصفة كونهم من أعوان القضاة<sup>(١)</sup>. وبموجب المادة ٦٨ من ذات القانون يلحق بكل محكمة

(١) ولقد أثير في القضاء المصري حكم عدم ترجمة المستندات التي تكون المحكمة قد اعتمدت عليها في حكمها إذا كانت محررة بلغة أجنبية إلى العربية، وفي هذا المقام قالت محكمة النقض المصرية أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عدم ترجمة المستندات التي تقيم المحكمة عليها قضاها من اللغة الأجنبية إلى اللغة العربية يجعل حكمها مخالفاً لقانون السلطة القضائية الذي يقرر أن لغة المحاكم هي اللغة العربية، إلا أنه لا يشترط الرسمية في هذه الترجمة الأجنبية إلا حيث لا يسلم الخصوم بصحة الترجمة العربية المقدمة للمستند ويتنازعون في أمرها، انظر الطعن رقم ١٤٩٧ لسنة ٥٥ ق، جلسة ١٩٩٣/٧/١٩ السنة ٤٤ ص ٨٥٠، وأيضا راجع الطعن رقم ١٢٩٣ لسنة ٤٨ قضائية، جلسة ١٩٨٢/٣/٨ ص ٢٩٥، وكذلك قررت محكمة النقض أن عدم ترجمة المستندات التي تقيم المحكمة عليها قضاها من اللغة الأجنبية إلى اللغة العربية يجعل حكمها مخالفاً لقانون السلطة القضائية الذي يقرر بأن لغة المحاكم هي اللغة العربية، إلا أنه لا يشترط الرسمية في هذه الترجمة إلا حيث لا يسلم الخصوم بصحة الترجمة العربية المقدمة للمستند ويتنازعون في أمرها، وإذا كان ذلك وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه عول على الترجمة العربية لخطاب الضمان المقدم من الشركة المطعون ضدها الثانية استناداً إلى أن الطاعنة لم تدع بأنها غير صحيحة، فإنه لا يكون قد أخطأ في القانون أو شابها قصور في التسييب. الطعن ٦٤٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٢ عدد ١ صفحة ٢٥٣، والطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ١٩٧٦/١٢/٢٧ ص ١٨١٤.

وتسري ذات المبادئ التي قررتها محكمة النقض المصرية على ذات النسق المتبع في قوانين المرافعات المقارنة، لذا جاء مثلاً في المادة ٧١ من قانون أصول المحاكمات الأردنية - القانون رقم ٣٥٤٥ والصادر في ١٩٨٨/٤/٢ استناداً إلى المادة ٣١ من الدستور الأردني وبناء على ما قرره مجلسا الأعيان والنواب - النص على أنه: تسمع أقوال الفرقاء، وتسمع المحكمة الشهود الذين يجهلون العربية بواسطة مترجم بعد حلف اليمين، ويورد في المادة ٧٩ من ذات القانون النص على أنه في=

=أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية، ويجب على الخصم الذي قدم مستندات بلغة أجنبية أن يرفقها بترجمة إلى اللغة العربية، وإذا اعترض الخصم الآخر على صحة الترجمة كلها أو جزء منها، فعلى المحكمة أن تعين خبيراً للتحقق من صحة الترجمة المعترض عليها، وللخصم أن يقدم ترجمة لأجزاء محددة من المستند المحرر باللغة الأجنبية التي يرغب في الاستناد إليها، إلا إذا قررت المحكمة تكليفه بتقديم ترجمة كاملة له.

و بموجب المادة ٢٢٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، قانون ٩ لسنة ١٩٦١ المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية في ١٩٦١/١/١ برقم ١٥٣٩ - بناء على المادة ٣١ من الدستور وبناء على ما قرره مجلسنا الأعيان والنواب فإنه إذا كان المتهم أو الشهود أو أحدهم لا يحسنون التكلم باللغة العربية، عين رئيس المحكمة ترجماناً لا يقل عمره عن الثامنة عشرة وخلفه اليمين بأن يترجم فيما بينهم وبين المحكمة بصدق وأمانة، وإذا لم تراخ هذه المادة تكون المعاملة باطلة. و بموجب المادة ٢٢٨ من ذات القانون يسوغ للمتهم وممثل النيابة أن يطلبوا رد الترجمان المعين، على أن يبديا الأسباب الموجبة لذلك وتفصل المحكمة في الأمر، وورد في المادة ٢٢٩ من ذات القانون أنه لا يسوغ انتخاب الترجمان من الشهود وأعضاء المحكمة الناظرة في الدعوى ولورضي المتهم وممثل النيابة وإلا كانت المعاملة باطلة.

وفي المادة ٢٣٠ من ذات القانون الأردني عني المشرع بأمر الترجمة بالنسبة للأبكم والأصم من الشهود أو المتهمين، حيث قررت المادة أنه إذا كان الأبكم والأصم من الشهود أو المتهمين لا يعرف الكتابة عين الرئيس للترجمة بينه وبين المحكمة من اعتاد مخاطبته أو مخاطبة أمثاله بالإشارة أو بالوسائل الفنية الأخرى، وقررت المادة ٢٣١ أنه إذا كان الأبكم والأصم من الشهود أو المتهمين يعرف الكتابة، فيسطر كاتب المحكمة الأسئلة إليه، فيجيب عليها خطياً ويتولى الكاتب جميع ذلك في الجلسة.

وما انتهت إليه محكمة النقض المصرية بشأن القيمة القانونية للمحركات العرفية غير المترجمة إلى العربية هو ما خلصت إليه المحكمة الاتحادية العليا في دبي بالإمارات العربية المتحدة، ذلك أنه بموجب المادة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي وهو القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ فإن لغة المحاكم هي اللغة العربية - وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم والشهود أو غيرهم الذين يجهلون اللغة العربية بوساطة مترجم بعد حلفه اليمين، ما لم يكن قد حلفها عند تعيينه أو عند الترخيص له، وتنص المادة ٤٦ من البند الرابع على أنه يجب أن =

العبد اللازم من المترجمين ، وقد اشترط المشرع فيمن يعين مترجماً ما يشترط فيمن يعين كاتباً وأن يحسن الإجابة في امتحان تحريري وشفوي في اللغة العربية وإحدى اللغات الأجنبية ويتولى هذا الامتحان لجنة تشكل من وكيل وزارة ومن ثلاثة من مديري الإدارات على الأقل منضمّاً إليها رئيس قلم الترجمة بالوزارة ويكون تعيين المترجمين ونقلهم وترقيتهم ومنحهم العلاوات بقرار من وزير العدل بعد الاطلاع على اقتراح هذه اللجنة<sup>(١)</sup>.

تكون المستندات مترجمة رسمياً إذا كانت بلغة أجنبية ، ويمتضى هذا النص قضت المحكمة الاتحادية العليا في دبي بأنه من المقرر أن مودى ما تنص عليه المادة ٤/٤٥ من قانون الإجراءات المدنية ، أنه يجب على من يقدم مستندات محررة بلغة أجنبية أن يقدم ترجمة رسمية عربية لها وهو ما لازمه ألا يقوم القاضي بترجمتها أو تعديل ترجمتها فيحكم بموجب علمه الشخصي في مسائل فنية لم ينط به القانون التصدي لها وهو ما يخالف مبدأ المواجهة بين الخصوم ويتناقض ومبدأ وجوب طرح الدليل في الجلسة إذ القاضي يتلقى أدلة الإثبات والنفي كما يقدمها الخصوم دون تدخل من جانبه ، ومع ذلك قررت المحكمة أنه لما كان هذا الإجراء هو من قواعد الإثبات وكانت هذه القواعد ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يتعلق بالنظام العام ويجوز التنازل عنه ، وإذا كان الطاعنان لم يتمسكا أمام محكمة الموضوع بعدم صحة الترجمة العرفية للمستندات التي استند إليها الخبير في النتيجة التي عول عليها الحكم المطعون فيه في قضائه وكانت الترجمة الرسمية لا تشترط في ترجمة المستندات إلا حين لا يسلم الخصوم بقيمة الترجمة العرفية ويتنازعون أمرها ، فلا يؤخذ على الحكم المطعون فيه إن هو قد اعتمد بهذه المستندات.. راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا في دبي في ٢٠ يناير ٢٠٠٨ الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٢٥ قضائية.

(١) وفي القانون اللبناني نظم المشرع في المرسوم الاشتراعي رقم ٦٥ الصادر في ١٩٨٢/٩/٩ قواعد منظمة للمترجم المحلف وهو المترجم الخبير لدى المحاكم اللبنانية ويجرى تعيينه بموجب قرار يصدر عن مجلس القضاء الأعلى ، ولقد أوجبت المادة ٣٠ من المرسوم المذكور على المترجم المحلف أداء اليمين القانونية أمام القضاء المختص ويعاود المترجم المحلف أداء اليمين كل خمس سنوات أمام القضاء ذاته ويعتبر المترجم المحلف مسؤولاً عن جميع الأوراق والمستندات التي قام بترجمتها والصادرة عنه والتي تحمل توقيع وختمه ويعتبر المترجم عوناً من أحوان القضاة ويسند إليه ترجمة جميع الأحكام والقوانين الأجنبية والعقود وغيرها.

## المطلب الثاني الطبيعة القانونية للمترجم "المترجم أحد موظفي المحكمة"

بموجب قانون نظام القضاء الصادر في مصر عام ١٩٤٩ يحلف المترجمون أمام هيئة المحكمة التابعين لها اليمين القانونية في جلسة علنية بأن يؤديوا أعمال وظائفهم بالذمة والعدل.. وقد نظم المشرع في ذات القانون القواعد المنظمة لأداء المترجم لعمله، فهو باعتباره من موظفي المحكمة

ويشترط المشرع اللبناني في المترجم المحلف أن يكون متمتعاً بالجنسية اللبنانية منذ أكثر من عشر سنوات وأن يتجاوز عمره ٢٥ عاماً وأن يكون حامل إجازة في الترجمة أو اللغات الحية صادرة عن جامعة معترف بها في لبنان أو الخارج وأن يتمتع بخبرة عملية لا تقل عن سنتين يكون قد أمضاها في مؤسسة للترجمة أو مكتب مترجم محلف وألا يكون قد سبق الحكم عليه بجناية أو شائنة وأن يكون غير مرتبط بوظيفة في القطاع العام ويجب التصديق على الأوراق المترجمة من قبل كاتب العدل ووزارة العدل.

وفي سلطنة عمان كان المشرع قد أصدر المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٢/٢٩ والذي نص فيه على أن اللغة العربية هي لغة التناسل. ولا تقبل أية أوراق أو مستندات إلا إذا كانت محررة باللغة العربية أو مرفقا بها ترجمتها العربية، وفي جميع الأحوال تكون الحجية للمحركات العربية.. وللمحكمة أن تسمع أقوال الخصوم والشهود الذين يجهلون العربية بواسطة مترجم بعد تحليفه اليمين، ويلاحظ أن المشرع العماني قد فتح الباب لمباشرة الترجمة لغير المواطنين كما لم يضع قواعد ثابتة في شأن الاستعانة بأشخاص معينين لمباشرة الترجمة وأغلب الظن أن المشرع العماني قد فطن لواقع المجتمع العماني لأنه مجتمع حديث النشأة وربما لا يتوافر القدر اللازم من المترجمين خاصة وأن سلطنة عمان بها عدد كبير من الجنسيات الأجنبية.

أما في الجزائر فقد اعتبر المشرع المترجم معاوناً للقاضي وهو ضابط عمومي وذلك بموجب الأمر الصادر في ١٩٩٥/٣/١١ برقم ٩٥ - ١٣ بشأن تنظيم مهنة المترجم ومع ذلك يعتبر المترجمان الرسمي مهنة خاصة يباشرها القائم بالترجمة وهو مسئول عن عمله ومهمته المعتادة هي الاستعانة به عندما لا يتكلم أحد الأطراف أو الشهود باللغة العربية، وفي هذه الحال أوجب القانون على المترجم حضور جلسات المحكمة.

عليه أن يتسلم الأوراق المحالة إليه لترجمتها باعتبارها أوراق خاصة بأعمال وظائفهم ويتولون حفظها ويقدررون الرسوم المستحقة ويراعون تنفيذ قوانين الدمغة والضرائب ويقومون بكل ما تفرضه عليهم القوانين والتعليمات، ولا يجوز لهم أن يتسلموا أوراقاً أو مستندات إلا إذا كانت في حافظة بها بيان بما تشمله<sup>(١)</sup>.

ويلتزم المترجم بالحفاظ على أسرار القضايا وليس له أن يطلع أحد عليها إلا ذوي الشأن أو من تبيح القوانين أو اللوائح أو التعليمات إطلاعهم عليها.

وبموجب المادة ٧٦ من قانون نظام القضاء أوضح المشرع أن المترجمين والنساخين يعملون تحت رقابة كبير كتابها، وإذا أخل أحد المترجمين بواجبات وظيفته أو أتى ما من شأنه أن يقلل من الثقة اللازم توافرها في الأعمال القضائية أو يقلل من اعتبار الطبقة التي ينتمي إليها سواء أكان ذلك داخل دور القضاء أو خارجها تتخذ ضده الإجراءات التأديبية، ولا توقع العقوبات إلا بحكم من مجلس التأديب ومع ذلك فإن الإنذار أو قطع الراتب لمدة غايتها خمسة عشر يوماً يجوز أن يكون بقرار من رؤساء المحاكم<sup>(٢)</sup>.

ويشكل مجلس التأديب المختص بالمسئولية الإدارية للمترجم في محكمة النقض وفي كل محكمة من محاكم الاستئناف تنتخبه الجمعية العمومية والمحامي العام وكبير كتاب المحكمة، وفي المحاكم الابتدائية

---

(١) راجع الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، سابق الإشارة إليه ص ٤٧٤، وانظر كذلك الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، سابق الإشارة إليه ص ٦٧.

(٢) وكان المشرع قد نص على أنه لا توقع العقوبات على العاملين في المحاكم ومن بينهم المترجمين إلا من مجلس التأديب ولم يقرر المشرع أن يكون الحكم الصادر عن المجلس صادر في جلسة سرية.

والنيابات من رئيس المحكمة ورئيس النيابة أو من يقوم مقامها وكبير الكتاب.. ويجوز أن تقام الدعوى التأديبية بالنسبة للمترجمين باعتبارهم من موظفي المحاكم والنيابات على طلب رئيس المحكمة بالنسبة لموظفي المحاكم وبناء على طلب النائب العام أو رئيس النيابة بالنسبة لموظفي النيابات، وتتضمن ورقة الاتهام التي تعلن بأمر رئيس مجلس التأديب التهمة أو التهم المنسوبة إلى المتهم وبيانا موجزا بالأدلة عليها واليوم المحدد للمحاكمة ويحضر المتهم بشخصه في جلسة سرية وينطق بالحكم مع أسبابه ويختص بنظر التظلم من أحكام مجالس التأديب مجلس مخصوص يعقد بوزارة العدل يشكل من وكيل الوزارة الدائم والنائب العام ومستشار بمحكمة استئناف القاهرة تنتخبه الجمعية العمومية<sup>(١)</sup>.

وكانت المذكرة الإيضاحية لقانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ قد أشارت في الفصل الثالث منها تحت عنوان "المترجمون" إشارة إلى ما اشتمل عليه الفصل الثالث من الباب الرابع وهو الخاص بالمترجمين في المادتين ٧١، ٧٢ وتقضي أولاها بأن يلحق بكل محكمة العدد الكافي من المترجمين، وتبين الثانية الشروط الواجب توافرها في المترجم وهي بذاتها التي يجب توافرها في الكاتب يضاف إليها أن يحسن الإجابة في امتحان تحريري وشفوي في اللغة العربية وإحدى اللغات الأجنبية ويتولى هذا الامتحان اللجنة المشكلة طبقاً للفقرة الرابعة من المادة ٥٢ منضمًا إليها

---

(١) ومن الممكن أن يثار التساؤل حول مدى اختصاص النيابة الإدارية بالتحقيق مع المترجمين في المحاكم بعد صدور الإعلان الدستوري المصري في ٢٣ مارس ٢٠١١ حيث جاء في المادة ٥٠ منه النص على أن يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم والأصل العام شمول الاختصاص الولائي للنيابة الإدارية لكافة الجهات الإدارية دون حاجة لنص صريح ومن ثم فإنه يصح إسناد التحقيق للنيابة الإدارية مع العاملين في المحاكم أسوة بغيرهم استنادا لما جاء في الإعلان الدستوري الصادر في مارس ٢٠١١.

رئيس قلم الترجمة بوزارة العدل، ويكون تعيين المترجمين وترقيتهم ونقلهم بقرار من وزير العدل بناء على ترشيح هذه اللجنة، كما تناولت المذكرة الإيضاحية في ذات القانون الإشارة إلى واجبات موظفي المحاكم وعدادت منهم المترجمين<sup>(١)</sup>. وأوضحت أن المادة ٧٣ من القانون أوجبت على المترجم أن يحلف قبل مباشرته أعماله أمام هيئة المحكمة التابعين لها وفي جلسة علنية يميناً بأن يؤديوا أعمال وظائفهم بالذمة والصدق وأوضحت المواد من ٧٤ إلى ٧٨ واجبات المترجمين بصفة عامة وما يتعين عليهم أن يراعوه في أدائهم لأعمالهم وفي تصرفاتهم الشخصية حفظاً لكرامتهم وكرامة وظائفهم.. لما جاء في المذكرة الإيضاحية أيضاً الإشارة إلى ما جاء في المادتين ٧٩، ٨٠ من القانون إذ أولاهما توجب على موظفي المحاكم - بصفة عامة ومنهم المترجمين - المؤتمنين على نقود أو أمانات أو مهمات أو أشياء أخرى ذات قيمة أن يقدموا ضماناً في حدود القانون المالي والتعليمات المالية وهذا الضمان لا يخلي رؤساء الكتاب ورؤساء المحضرين التابع لهم هؤلاء الموظفين من المسؤولية في حالة حصول إهمال من الرؤساء المذكورين. وثانيهما تبين واجبات الضامن وما يلزم بدفعه إذا وقع ما يستوجب مسؤولية المضمون من المصاريف القضائية وما يكون مطلوباً

(١) وجدير بالذكر أن هناك من القوانين المقارنة ما أرادت أن تكفل الاستقلال للقضاة بشئونهم وامتد ذلك إلى إسناد الإشراف على المترجمين والكتبة والعاملين في المحكمة لمجلس القضاء ومن ذلك ما صدر في المملكة العربية السعودية من مرسوم ملكي رقم ٧٨م مؤرخاً في ١٩/٩/١٤٢٨ هجرية بالموافقة على نظام القضاء وحيث أسند هذا الأمر الملكي للمجلس الأعلى للقضاء الإشراف على المحاكم فضلاً عن الإشراف على شئون القضاة، وأقر المشرع مشاركة وزارة العدل السعودية في صياغة القواعد والإجراءات المنظمة لأعمال معاوني القضاة من كتاب الضبط وكتاب السجل، والباحثين والمحضرين والمترجمين والخبراء وأمناء السر ونحوهم على أن تصدر اللائحة بقرار من وزير العدل بعد الاتفاق مع رئيس المجلس الأعلى للقضاء وذلك بموجب المادة ٨١ من المرسوم الملكي المشار إليه.

للغير أو للحكومة وما يحكم على المضمون بدفعه من الجزاءات النقدية<sup>(١)</sup>. وفي مقام استحداث المشرع لقانون السلطة القضائية بموجب القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ حيث حل هذا القانون الأخير محل قانون نظام القضاء، تكلم عن المترجمين في الباب الرابع من هذا القانون الذي صرح فيه في المادة ١٣١ منه بأن أعوان المستشارين "القضاة" هم... والمترجمون وأوضحت المادة ١٣٥ أنه يعين لمحكمة النقض ولكل محكمة استئناف وكل محكمة ابتدائية كبير للأمناء ووكيل له وعدد كاف من رؤساء الأقسام والكتاب والمترجمين<sup>(٢)</sup>. وفي ظل المادة ١٣٦ تسري على العاملين بالمحاكم الأحكام العامة للعاملين المدنيين في الدولة، وهكذا شمل هذا النص المترجمين، وأوضحت المادة أن يكون لرئيس محكمة النقض سلطات الوزير ووكيل الوزارة المنصوص عليها في القوانين واللوائح بالنسبة للمترجمين باعتبارهم ممن يدخلون في نطاق المادة بالنسبة للعاملين بالمحكمة.. وبموجب المادة ١٥٦ من قانون السلطة القضائية يلحق بكل

(١) وغني عن البيان أن الترجمة القانونية لا تعني فحسب تحويل الكلام من لغة إلى لغة؛ إذ هي عمل إبداعي وهي علم يخضع لمبادئ وأسس ومن ثم فإن المترجم يسأل عن ترجمته لو تبين خطؤه فيها.. لذا قيل وبحق إن "الترجمة هي تعبير بلسان واضح عن لسان غريب وللترجمة آداب وخصوصيات منها القدرة على اختيار واستعمال الكلمات المرادفة أو البديلة والمصطلحات الفنية المناسبة حسب الموضوع لنقل وتعبير الكلام والنصوص من لغة إلى أخرى شفهاياً أو تحريراً بوضوح وبشكل مبسط ومفهوم سلس دون تغيير أو غموض معبراً للشعور نفسه والمفهوم الوارد في النص الأصلي، لذا فإن الترجمة بصفة عامة تحتاج إلى مهارة عالية وخبرة كافية وخلفية ثقافية في اللغة المستخدمة وميول وإلمام بالموضوع المراد ترجمته وأهم من ذلك الإخلاص والأمانة والدقة في البيان". راجع حسام لطفي توفيق في مقاله "أهمية الترجمة القانونية" في المجلة الاقتصادية الإلكترونية في ٧ مايو ٢٠١٠ [www.aleqt.com](http://www.aleqt.com)

(٢) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٢٢١ رقم ١٣٣ وانظر أيضاً الدكتور أحمد مسلم في أصول المرافعات، التنظيم القضائي. سابق الإشارة إليه ص ١١٨.



محكمة العدد اللازم من المترجمين ، وقد عينت المادة ١٥٧ من القانون الشروط اللازمة في المترجم إذ يشترط فيه ما يشترط فيمن يعين كاتباً وأن يحسن الإجابة في امتحان تحريري وشفوي في اللغة العربية وإحدى اللغات الأجنبية.. ويعفى من شرط الامتحان الحائزون على درجات علمية متخصصة في إحدى اللغات الأجنبية وتتولى هذا الامتحان اللجنة المشكلة بالفقرة الرابعة من المادة ١٣٨ منضمماً إليها رئيس قلم الترجمة بالوزارة ، ويكون تعيين المترجمين ونقلهم وترقيتهم ومنحهم العلاوات بقرار من وزير العدل بعد الاطلاع على اقتراح هذه اللجنة<sup>(١)</sup>.. ويوجب المشرع على المترجمين أن يؤديوا ميمناً أمام هيئة المحكمة التابعين لها وذلك في جلسة علنية بأن يؤديوا أعمال وظائفهم بالذمة والعدل<sup>(٢)</sup>. ويوجب المادة ١٥٩ من

(١) ومن الجدير بالذكر أنه وإن كان من المألوف الاستعانة بالخبير بمن هم من المتخصصين في اللغة الشائعة مثل الإنجليزية أو الفرنسية ، إلا أنه من الصعوبة بمكان الاستعانة بمترجم بالنسبة لبعض اللغات الأخرى كالصينية مثلاً ، ولقد ظهرت أهمية ذلك مثلاً في مجال تطبيق اتفاقية التعاون الاقتصادي والتبادل التجاري بين الصين والمغرب حيث ترتب عليها ازدياد المعاملات بين الصينيين والمغاربة وبالتالي كثرت الدعاوى والنزاعات بين هذين الطرفين في المحاكم المغربية ، ولقد نص في الاتفاقية على أنه يجب إيجاد مترجمين للغة الصينية في المحاكم في المغرب وهو ما يعني ضرورة استعانة وزارة العدل المغربية بمترجمين للغة القانونية الصينية ، ولقد جرى التصديق على هذه الاتفاقية بموجب الظهير الشريف رقم ١٥٩ - ١٩٨ الصادر في ٣ مايو عام ٢٠٠٠ ولقد جاء في المادة الأولى من هذا الظهير أنه يتمتع مواطنو كل من الدولتين فوق تراب الدولة الأخرى بنفس الحماية القانونية المخولة لرعاياها ويكون لهم الحق في التقاضي أمام المحاكم أو تقديم الطلب إلى السلطة الأخرى المختصة وفق نفس الشروط التي قررتها السلطة لمواطنيها.

(٢) وتجدر الإشارة إلى أن المترجم قد لا يتعلق عمله بترجمة الكلمات أو المعاني من لغة إلى لغة فحسب ، بل إن الترجمة قد تكون لازمة بالنسبة للصم والبكم ، ولقد تكلم المشرع المقارن عن مسألة الترجمة للصم والبكم في بعض النصوص الإجرائية في القوانين الإجرائية المقارنة ، ومن ذلك مثلاً ما ورد في قانون الإثبات السوداني الصادر في عام ١٩٩٤ في المادة ٢٤ منه وعالجه منشور وزارة العدل =

قانون السلطة القضائية أوجب المشرع على المترجمين وهم من "موظفي المحاكم" أن يتسلموا الأوراق القضائية الخاصة بأعمال وظائفهم ويحفظونها ويحصلون الرسوم المستحقة عنها وأن يراعوا في تنفيذ القانون ما هو مقرر بموجب قوانين الدمغة والضرائب، ولا يجوز لهم أن يتسلموا أوراقاً أو مستندات إلا إذا كان في حافظة بها بيان بما تشمله وتكون الحافظة مصحوبة بصورة طبق الأصل يوقعها الكاتب بعد مراجعتها والتحقق من مطابقتها للواقع، والمترجمون ممنوعون بموجب المادة ١٦٠ من إذاعة أسرار القضايا وليس لهم أن يطلعوا عليها أحداً من غير ذوي الشأن أو من تبيخ القوانين أو اللوائح أو التعليمات اطلاعهم عليها<sup>(١)</sup>. ومن المقرر وفقاً للمادة ١٦٤

=السودانية رقم ٩٧/٨٣ ويستفاد من القانون المنشور أن أقوال الصم والبكم في الإثبات يجب أن تكون متماسكة غير متناقضة كما يلزم أن يكون اعتقاد المحكمة أن الأصم الأبكم يذكر الحقيقة وذلك بالإضافة إلى أن يكون للأصم الأبكم القدرة على الاستيعاب أو تفهم ما يدور حوله، وتطبيقاً لذلك رأت المحكمة العليا في السودان تأييد حكم محكمة استئناف الخرطوم فيما قضت به ببراءة متهمه أسندت إلى مجني عليها أنه لض وكان أن شهد بذلك شاهدتان من الصم والبكم حيث جاءت الأقوال بينهما متضاربة وأشارت المحكمة إلى أن شهادة الأخرس تحتاج للفظ أشهد وهذا ما لا يتحقق منه لذا جاء في أقوال الإمام أحمد بن حنبل عدم جواز الشهادة، وكذلك قال الحنفية، بينما رأى مالك والشافعي وابن المنذر بجواز قبول الشهادة إذا ما فهمت الأقوال بإشارات واضحة، راجع حكم المحكمة العليا في الخرطوم حكم ٢ يوليو ٢٠٠١ في الموسوعة السودانية للأحكام والسوابق القضائية في السودان ٢٠٠١ القضية رقم م/ع / ط ج / ٢٠٠١ / ١٣٢ م .. ويلاحظ أن المشرع التونسي لا يمنع شهادة الأصم الأبكم إذ جاء في الفصل ٩٥ من قانون الإجراءات المدنية التونسي أن الأصم الأبكم يؤدي الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة بصورة لا لبس فيها، وهكذا لم يمنع المشرع التونسي من تدب مترجم للأصم الأبكم، راجع قانون المرافعات المدنية والتجارية التونسي بعد تعديله في ١ سبتمبر ١٩٨٦.

وراجع أيضاً نص المادة ٨٦ من قانون الإثبات العراقي والتي جاءت فيها الإشارة إلى أن للمحكمة قبول شهادة الأخرس والأعمى والأصم، كما تجوز شهادة الشخص على الفعل الذي قام به.

(١) راجع الأستاذ الدكتور أحمد مسلم في أصول المرافعات، التنظيم القضائي،

سابق الإشارة إليه ص ١١٨.

من قانون السلطة القضائية أن يعمل كتاب المحكمة ومترجموها ونساخوها تحت رقابة كبير كتابها، ومن يخل منهم بالواجبات الوظيفية المعهود بها إليه أو من يأتي ما من شأنه أن يقلل من الثقة اللازمة في الأعمال القضائية أو يقلل من اعتبار الهيئة التي ينتمي إليها سواء أكان ذلك داخل دور القضاء أو خارجها تتخذ ضده الإجراءات التأديبية، ولا توقع العقوبات إلا بحكم يصدر عن مجلس التأديب ومع ذلك يمكن توقيع عقوبة الإنذار أو الخصم من المرتب بقرار من رؤساء المحاكم.

وبموجب قرار وزير العدل رقم ١٣٣٣ لسنة ١٩٨٧ بشأن الهيكل التنظيمي للجهاز الإداري للمحاكم الابتدائية ورد في المادة الثانية منه أنه يشكل الهيكل التنظيمي للجهاز الإداري لكل محكمة ابتدائية.. قسم للترجمة.. كما جاء في المادة الثالثة أن مراقبة الترجمة هي المختصة بترجمة المستندات التي تقرر المحكمة ترجمتها فضلاً عن ترجمة ما يحيله إليها رئيس المحكمة<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثالث

#### الخبراء كعون من أعوان القضاة والخصوم

من المؤلف والشائع في فقه المرافعات المصري والمقارن أنه يمكن تعريف الجزء *les experts* بأنهم فئة من الأشخاص لديهم معلومات فنية خاصة في مختلف المسائل التي يكون القاضي في حاجة إليها للمساعدة في

(١) وعادة ما ينظم المشرع في القوانين المقارنة ما يخص المترجمين باعتبارهم عوناً من أعوان القضاة ولذا نصت المادة ٧١ من قانون السلطة القضائية رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ في قطر على أنه: أعوان القضاة هم الخبراء والمترجمون والكتبة، ومع مراعاة قانون الإجراءات الجنائية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ينظم القانون أعمال الخبرة والترجمة أمام القضاء ويحدد حقوق الخبراء والمترجمين وواجباتهم وقواعد تأديبهم، وجاء في المادة ٧٥ من ذات القانون أنه تسري على موظفي المحاكم أحكام لائحة شؤون الموظفين الذين يصدر بها قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح المجلس.

بلوغ الحقيقة في القضايا المنظورة والمنازعات المطروحة أمام المحاكم<sup>(١)</sup>. وهكذا فإنهم أشخاص ذوي كفاءة فنية لا تتوافر في غيرهم في مجال الطب أو الهندسة أو الزراعة أو المحاسبة أو الخطوط أو أعمال الكمبيوتر.

(١) وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري كان قد نظم طائفة الخبراء باعتبارهم من أعوان القضاء لأول مرة في عام ١٩٠٩ فقرر إنشاء جداول ذات أقسام مختلفة منهم في المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف وذلك لتقيد من يقبل في مجال مباشرة هذا العمل وأوضح القانون الأعداد التي تقيد في كل جدول وحدد واجباتهم وقواعد تأديتهم، وكان من السائد حينئذ أن المشرع ينظر لأهل الخبرة باعتبارهم ممن يمارسون مهنة حرة منظمة وكان أن حظر المشرع عليهم الاشتغال في الحكومة وإن كان من الجائز حينئذ أيضاً نذب البعض منهم في حالات محددة، وأجاز المشرع في بداية تنظيمه للخبراء جواز تعيين موظف حكومي كبير في المحاكم وذلك بموجب المادة ٣٠ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٠٩، وفي تطور لاحق - بموجب القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٣٣ أخذ المشرع بنظام الخبير كموظف عام وكانت التسمية الشائعة عنه أنه موظف قضائي ولم يعد المشرع يسمح بأن يكون الخبير صاحب مهنة حرة.

ومن الفقهاء من عرف الخبرة بأنها إجراء من إجراءات التحقيق يجريه الخبير وهو عون من أعوان القضاء ويعهد القاضي في مباشرة هذه المهمة إلى شخص متخصص يسمى الخبير (يقوم بمهمة محددة تتعلق بواقعة أو بوقائع مادية يستلزم الأمر المطروح على المحكمة في القضية بحثها أو تقديرها، أو هي على العموم إبداء رأي يتعلق بها علماً أو فناً وهذا مما لا يتوافر في الشخص العادي ولا في القاضي، راجع الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكي في بحثه في الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة القاهرة، ١٩٩٠ ص ١٣).

وانظر في هذا المعنى كذلك الدكتور محمد برحيلي في: إشكالية الخبرة القضائية في المادة المدنية بين هدف تحقيق العدالة ومشكلة إطالة التقاضي: قراءة تحليلية للنصوص المنظمة للخبرة، المجلة المغربية للمنازعات القانونية عدد ٢ سنة ٢٠٠٤ ص ٣٩ وما بعدها، وحيث يشير إلى اهتمام المشرع المغربي بالخبرة شأنه في ذلك شأن باقي التشريعات المعاصرة وحيث أفرد لها المشرع نصوص المواد من ٥٩ حتى ٦٦ من قانون المسطرة المدنية المعدل بموجب القانون ٨٥ - ٠٠ والمواد من ١٩٤ إلى ٢٠٩ من قانون المسطرة الجنائية مع الإشارة إلى إيراد المشرع المغربي للخبرة في مجالات عدة للقانون كالمدني والتجاري وقانون الجنسية. وللخبرة مكانة مرموقة في الإثبات حيث لا يمكن للقاضي الاستغناء عن عمل الخبير.

والحاسب الآلي، ووجه اعتبارهم من "الأعوان" للقضاة هو إمكانية استعانة القاضي بهم كلما اقتضى الأمر ووجب الحال للفصل في الدعوى واستجلاء ما قد يكون غامضاً من مسائل فنية<sup>(١)</sup>. وهم يتقاضون لقاء

(١) وتطبيقاً لذلك وبالنظر اعتبار الخبرة من أعوان القضاء فلقد نظم المشرع الأردني قواعد عمل الخبير في المحاكم الأردنية بموجب قانون نظام الخبرة أمام المحاكم النظامية لسنة ٢٠٠٦، ونص المشرع في هذا القانون على أنه يعد جدول في كل محكمة استئناف لتسجيل الخبراء ومجال خبرة كل منهم، وبموجب المادة الرابعة عهد المشرع إلى لجنة تسجيل الخبراء لتحديد مجالات الخبرة ودراسة طلبات التسجيل - كما اشترط في طالب التسجيل في جدول الخبراء أن يكون أردني الجنسية وألا يقل سنه عن الثلاثين سنة وأن يكون حسن السيرة والسلوك وغير محكوم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، وألا يكون قد أنهيت خدمته لدى أي جهة بسبب يتعلق بالنزاهة أو الأمانة أو الأخلاق العامة وأن يكون حائز على مؤهل علمي لا يقل عن الدرجة الجامعية الأولى من جامعة معترف بها وأن يكون قد مارس العمل فعلياً في مجال اختصاصه لمدة خمس سنوات على الأقل بعد الحصول على المؤهل العلمي، وبموجب المادة ٦ من القانون لا يجوز للخبير أن يمارس خبرته خارج الاختصاص المكاني للمحكمة التي سجل في جدول الخبراء لديها، وعلى الخبير عند تسجيله في جدول الخبراء أن يخلف اليمين القانونية أمام الوزير بأن يقوم بمهمته بكل أمانة وإخلاص، أما الخبير الذي يتم اختياره من خارج الجدول، فعليه أن يخلف أمام المحكمة التي اختارته دون حاجة لحضور الخصوم. وفي قانون المرافعات السعودي اعتبر المشرع الخبير عوناً من أعوان القضاء حيث أجاز قانون المرافعات الشرعية السعودية الصادر في ١٤٢١/٥/٢٠ للجهات القضائية أن تقرر عند الاقتضاء ندب خبير أو أكثر وأن تحدد في قرارها مهمة الخبير وتعين له موعداً لتقديم تقريره وأجلاً لجلسة المرافعة لمناقشته فيه، وتختص المحكمة بتحديد أتعاب الخبير كما وأنها هي المختصة بتعيين الخصم المكلف بها. وبموجب المادة ٢٦ من ذات نظام المرافعات الشرعية أجاز المشرع اتفاق الخصوم على خبير معين وللمحكمة أن تقر الاتفاق وإلا اختارت هي من تشق فيه، وفي مجال الدعاوى الجنائية أعطى نظام الإجراءات الجزائية السعودي للمحقق حال قيامه بواجباته أن يستعين بخبير متخصص لإبداء الرأي... وإعمالاً للمادة ١٣٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي، فإن رأي الخبير لا يقيد المحكمة غير أنها تستأنس به، وبموجب المادة ١٣٣ من ذات النظام يحق للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير في جلسة تحددها لمناقشته إن رأت حاجة إلى ذلك ولها أن تعيد إليه التقرير مرة أخرى لتدارك ما قد يكون به من خطأ أو قصور كما أن لها أن تعهد بذات المهمة إلى خبير آخر أو أكثر.

عملهم أتعاباً تقدرها المحكمة إذا لم يكونوا من الموظفين العموميين ، وهم طوائف متعددة منهم من يباشر أعمال المعاينة فحسب حيث قرر المشرع في المادة ١٣٢ من قانون الإثبات في باب المعاينة أن للمحكمة أو لمن تندبه من قضاتها حال الانتقال تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ، ومنهم الخبير ذي الخبرة الخاصة وهو ما أشار إليه المشرع في المادة ١٣٥ من قانون الإثبات حيث ورد في باب الخبرة أن للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بئدب خبير أو ثلاثة ويجب أن يذكر في منطوق حكمها بياناً دقيقاً للمأمورية الخبرة والتدابير العاجلة التي يؤذن له في اتخاذها<sup>(١)</sup>.

وكما يكون للمحكمة أن تعين خبيراً أو ثلاثة إذا رأت مقتضى ذلك ، فإنه قد يتفق الخصوم على اختيار الخبير أو ثلاثة خبراء وحينئذ على المحكمة أن تقر اتفاقهم ، وفي كل الأحوال يجوز للمحكمة أن تختار الخبير من بين الخبراء المقبولين أمامها أو أن تختار من هو أو هم ليسوا من هؤلاء بسبب الظروف الخاصة التي تقدرها المحكمة - إلى أنه يجب على المحكمة

---

(١) راجع الدكتور سيد أحمد محمود في بحثه في النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي ، الطبعة الأولى ١٩٩٩ ، بدون اسم ناشر.

وتجدر الإشارة إلى أن في الفقه اختلاف حول الطبيعة القانونية للخبرة إذ رأى البعض أن الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات واتجه رأي آخر إلى أنها وسيلة فنية لمساعدة القاضي في مباشرته في عمله ، ويرجع الفقهاء من أنصار هذا الرأي رأيهم إلى النظر باعتبار الخبراء من معاوني القضاة ، راجع الدكتور أحمد السعيد الزقرد في بحثه حول تعيين الخبير وصلاحياته ، بحث ألقى في دورة تدريبية في جامعة الكويت ١٩٩٨ ، وفي الإشارة إلى أنها وسيلة من وسائل الإثبات. انظر الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية.. وفي الإشارة إلى الطبيعة المختلطة لعمل الخبير ، راجع الدكتور مصطفى أحمد عبد الجواد ججازي في المسؤولية المدنية للخبير القضائي ، دراسة فقهية قضائية مقارنة في التشريع المصري والفرنسي والكويتي ، مجلة المحامي الكويتية ، السنة الثانية والعشرون ، يوليو ، أغسطس ، سبتمبر ١٩٩٨ ، ص ٦١ وما بعدها.

أن تبين الظروف في الحكم<sup>(١)</sup>. وغالباً جرى العمل على أن تندب المحكمة من يسمى بالخبير الفني وهو من مكتب خبراء وزارة العدل أو خبراء قسم الطب الشرعي أو أحد الخبراء الموظفين في مجال تخصصه.

### المطلب الأول

#### الرأي الاستشاري للخبير يبرر صفته كعون للقاضي

وفي الفقه اختلاف حول القيمة القانونية لرأي الخبير؛ إذ كثيراً ما طرح التساؤل عما إذا كان رأي الخبير هو رأي ملزم للقاضي لا يتسنى له الخروج عنه أو طرحه جانباً، أم أن رأيه هو رأي استشاري فحسب وذهب رأي في فقه المرافعات المقارن إلى وجوب إعلاء القاضي لرأي الخبير لأنه رأي الفني المتخصص في أعمال خبرته خاصة كلما كان الفصل في مسألة الخبرة يتوقف عليها الفصل في النزاع برمته<sup>(٢)</sup>. وخالف هذا الرأي ما قال به

(١) ومن المستقر في قضاء محكمة النقض المصرية إن عمل الخبير ليس ملزماً للقاضي ويدل ذلك عن صفة الخبير كعون للقاضي؛ لأن القاضي هو الخبير الأعلى في الدعوى. راجع حكم نقض رقم ٣٤٥٤ في جلسة ٢٠٠٠/٢/٨ س ٦٨ ق وحيث تصرح فيه محكمة النقض إن لمحكمة الموضوع سلطة تامة في تحصيل فهم الوقائع في الدعوى وتقدير الأدلة والأخذ بما تظمن إليه من تقارير الخبراء، دون رقابة النقض على محكمة الموضوع في ذلك متى قام قضاؤها على أسباب سائغة، فراجع الحكم رقم ٥٥١١ نقض في ٢٠٠٠/٦/١٢ حيث توضح المحكمة أن عمل الخبير هو مما تستقل محكمة الموضوع بتقديره محمولاً على أسبابه وعدم التزامها بالرد استقلالاً على الطعون الموجهة إليه، وأنظر نقض مدني في ١٩٩٤/٣/٣٠ س ٤٥، ج ١ ص ٥٨٤، وراجع أيضاً الطعن رقم ٥٦١، ٥٦٢ لسنة ٤٢ قضائية، جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧ س ٣٤ وحيث تشير المحكمة إلى أن تقرير الخبير المنتدب لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات ودليلاً مطروحاً على المحكمة التي يكون لها تقديره بلا معقب عليها في ذلك.

وفي الإشارة إلى عدم التزام المحكمة - محكمة الموضوع - بالرد على ما جاء في تقرير الخبير مادام الحكم تأسس على التقرير لاقتناع المحكمة بصحة ما جاء فيه، الطعن رقم ٦٢ لسنة ٦٩ جلسة ٢٠٠٠/١/١٧ ونقض في ١٩٩٦/١٠/٢٨ س ٤٧ ج ٢ ص ١٢٠٦ مدني.

(٢) وإذا كان الأصل أن الخبير يباشر المأمورية المسندة إليه بنفسه، إلا أنه لا يوجد =

البعض الآخر من الفقهاء ممن قالوا بأن رأي الخبير ليس رأياً ملزماً للقاضي وإنما هو رأي استشاري له لأن القاضي هو الخبير الأعلى في الدعوى، ولعل ما يؤيد هذا النظر اعتبار الخبير عوناً من أعوان القاضي، ثم إن عمل الخبير ورأيه هو رأي فني في مسائل قد لا يحيط بها القاضي علماً غير أن القاضي هو الخبير الأعلى في مسائل القانون في شأن النزاع المطروح عليه<sup>(١)</sup>. أما الخبير فليس له أن يفصل في المسائل القانونية إذ ذلك من صميم الاختصاص الأصيل للقاضي؛ لذا قيل وبحق "وعلى أية حال فإن

---

= ما يمنعه من الاستعانة بخبير آخر في تخصص مختلف وقد ينص في الحكم الصادر بإسناد المأمورية إلى الخبير على ذلك، أما إذا لم يتضمن الحكم إجازة ذلك له، يكون عليه إن رأى الاستعانة أن يطلب التصريح له بذلك من المحكمة التي انتدبته. كذلك يجوز للخبير الاستعانة بالقوة الجبرية من أجل مباشرته لمأموريته إذا تطلب الأمر ذلك، كما لو امتنع حائز المكان اللازم لمباشرته لمأموريته من مباشرته لها، راجع الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في بحثه السابق الإشارة إليه ص ١٠١ وانظر كذلك الدكتور أحمد السعيد الزقرد في بحثه بعنوان: تعيين الخبير وصلاحياته، محاضرة مكتوبة في دورة تدريبية في كلية الحقوق جامعة الكويت عام ١٩٩٨ ص ٧.

(١) ولما كان من المستقر أن رأي الخبير ليس برأي ملزم للمحكمة لذا فإنه لا إلزام على المحكمة بأن تأمر بإحالة الدعوى إلى الخبير، كما وأن لها أن تأمر بذلك من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه الخصوم، وإذا رأت المحكمة الاستعانة بالخبير فقد تستعين بخبير واحد أو ثلاثة، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، سابق الإشارة إليه ص ٤٧١، وراجع كذلك محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي في قواعد المرافعات، سابق الإشارة إليه، الجزء الثاني ص ٥٧٠ رقم ٩٨٤ وحيث الإشارة إلى أنه يحسن على المحكمة ألا تسرف في استعمال حقها في تعيين الخبير في الدعوى لأن في ذلك مضار بالخصم خاصة إذا كانت الدعوى ضئيلة القيمة، كما وأن إحالة الدعوى إلى الخبير تعطل الفصل فيها.. ومع ذلك فإن الملاحظ كثرة حالات إحالة الدعوى إلى الخبراء بسبب ازدياد عدد القضايا ومن ثم فقد لا تجد المحكمة القدر الكافي من الوقت كما تجري المعاينة بنفسها. كذلك لا يجوز للمحكمة أن تحيل الدعوى إلى الخبير ليتولى هو الفصل في مسألة قانونية لأن المفروض دائماً علم القاضي بالقانون.



الخبير ليس رجلاً للقانون وهذا ما يستبعد من ناحيته أي تقييم قانوني<sup>(١)</sup>. ولما كان الخبير عوناً من أعوان القضاة، فقد نظم المشرع عمل الخبير، وهو عمل مطلوب وليس مفروضاً بما يعني أن المشرع لم ينص على حالات معينة يكون على القاضي الاستعانة فيها بالخبير، وإنما تحكم

(١) راجع الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في مؤلفه "أصول التقاضي... سابق الإشارة إليه ص ١١٢. كذلك فإنه ليس للخبير أن يجري صلحاً بين الخصوم إذا ما تقرر نذبه في الدعوى، ولقد قرر المشرع اللبناني هذه القاعدة في المادة ٣٢٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ٩٠ مورخاً في ١٦/٩/١٩٨٣... كذلك لا يجوز للخبير أن يتعدى المأمورية التي انتدبته المحكمة من أجلها، ولقد جاء المشرع اللبناني بحكم خاص بشأن عمل الخبير ومراعاته للحياة الخاصة للأطراف إذ بموجب المادة ٣٢٨ من القانون المشار إليه أتفا فإنه لا يجوز الاستدلال برأي الخبير الذي يؤدي إفضاؤه إلى المساس بصفو الحياة الخاصة أو بأية مصلحة أخرى مشروعة أو تعرضه لمسائل تخرج عن نطاق النزاع ما لم ترخص له المحكمة بذلك أو وافق عليه الخصم ذو العلاقة... وفي كل الأحوال فإن من المسلم به أن رأي الخبير لا يقيد المحكمة، لذا جاء في المادة ٣٢٧ من قانون المرافعات اللبناني أن "رأي الخبير لا يقيد المحكمة وكذلك المعلومات الواردة في تقريره". أيضاً من المسلم به في قانون المرافعات المصري أنه ليس للخبير أن يتلقى من أي من الخصوم تحت أي شكل أجراً ولو على سبيل النفقات، ومن التشريعات المقارنة ما أقرت هذه القاعدة ومن ذلك ما جاء في المادة ٣٢٩ من قانون المرافعات اللبناني حيث صرح فيها المشرع بأنه: يحظر على الخبير أن يتلقى ولو بصورة غير مباشرة من الخصوم تحت أي شكل أجراً ولو على سبيل المثال أداء النفقات، ومع ذلك أجازت هذه المادة ذلك "إذا قررت المحكمة".

وبموجب المادة ٣١٥ من قانون المرافعات اللبناني فإنه على الخبير أن يقوم شخصياً بتنفيذ المهمة المكلف بها، علي أنه يمكنه الاستعانة بعاملين لديه تحت إشرافه ومراقبته، وإذا كان الخبير شخصاً معنوياً، فعلى ممثله القانوني أن يبين للمحكمة اسم الشخص الطبيعي أو الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون العمل وتخضع تولية هؤلاء الأشخاص لموافقة المحكمة، وبموجب المادة ٣١٣ من قانون المرافعات اللبناني يختار الخبير من بين الخبراء المعينين في جدول خاص، ويمكن بقرار معلل اختياره من غيرهم ولو من الأجانب، وينظر في اختيار الخبير إلى معارفه الفنية بالنسبة لموضوع القضية.. ويجب أن يحلف الخبير أمام المحكمة التي عينته يمينا بأن يؤدي عمله بصدق وأمانة وإلا كان العمل باطلاً.

المحكمة "عند الاقتضاء" بحكم يتضمن خبيراً واحداً أو ثلاثة<sup>(١)</sup>. وعلى المحكمة أن تعين عند نذب الخبير الأمانة التي يجب إيداعها في خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير وأتعابه<sup>(٢)</sup>. والخصم الذي يكلف بإيداع الأمانة والأجل الذي يجب فيه الإيداع والمبلغ الذي يجوز للخبير سحبه لمصروفاته والأجل المضروب لإيداع تقرير الخبير وتاريخ الجلسة التي تؤجل إليها القضية للمرافعة في حالة إيداع الأمانة وجلسة أخرى أقرب منها لتنظر القضية في حالة عدم إيداعها، وفي حالة دفع الأمانة لا تشطب الدعوى قبل إخبار الخصوم بإيداع الخبير تقريره طبقاً للإجراءات المبينة في المادة ١٥١ من قانون الإثبات.

وإذا كان النذب لمكتب خبراء وزارة العدل أو لقسم الطب الشرعي أو أحد الخبراء الموظفين وجب على الجهة الإدارية فور إخطارها بإيداع الأمانة تعيين شخص الخبير الذي عهد إليه بالمأمورية وإبلاغ المحكمة بهذا

(١) وإذا عينت المحكمة ثلاثة من الخبراء فإنه ترد عليهم ذات القواعد المقررة بشأن الخبير الفرد، ويجوز رد الخبراء الثلاثة معاً كما يجوز رد أحدهم ويسري على رد الخبير ذات القواعد المقررة بشأن رد القاضي، لأن الخبير عون للقاضي ومن ثم يجب أن يكون محايداً ومتجرداً وغير منحاز لأي من الخصوم، وتأكيذاً لذلك مثلاً جاء في المادة ٣٢٠ من قانون المرافعات اللبناني أنه: ينفذ الخبير المهمة بصق وأمانة وتجرد، وعليه إبداء رأيه في الأمور التي عهد إليه بالتحقيق فيها وعدم التعرض لغيرها من الأمور إلا إذا اتفق الخصوم كتابة على ذلك، ولا يجوز له إبداء تقديره في المسائل القانونية.

(٢) وقد تقرر المحكمة إعفاء الخصم من الأمانة إذا كان معسراً، ويقصد بأمانة الخبير المبلغ التقدي الذي يؤديه الخصم مقدماً كشرط لأداء الخبير للمأمورية، فهي بذلك لتغطية مصاريفه وأتعابه، ويجوز للمحكمة أن تكلف الخصمان بدفع الأمانة لو كان كلاهما طلب نذب الخبير، كذلك يجب على المحكمة أن تبين في حكمها عند نذب الخبير المأمورية المكلف بها وأن يتسم هذا البيان بالدقة مع إيضاح التدابير العاجلة التي يؤذن له في اتخاذها مع تحديد الأجل المضروب لإيداع التقرير وتحديد تاريخ الجلسة التي تؤجل لها القضية للمرافعة في حال إيداع الأمانة وجلسة أخرى أقرب منها لتنظر الدعوى عند عدم إيداع الأمانة.

التعيين<sup>(١)</sup>. أما إذا لم تودع الأمانة من الخصم المكلف بإدائها ولا من غيره من الخصوم كان الخبير غير ملزم بأداء المأمورية وتقرر المحكمة سقوط حق الخصم الذي لم يتم بدفع الأمانة في التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير إذا وجدت أن الأعدار التي أبدائها لذلك غير مقبولة.

وفي سبيل تنظيم الخبير لعمله قانوناً أوجب قانون الإثبات على قلم الكتاب في اليومين التاليين لإيداع الأمانة أن يدعو الخبير ليطلع على الأوراق المودعة ملف الدعوى بغير أن يتسلمها ما لم تأذن له المحكمة أو الخصوم في ذلك وتسلم إليه صورة من الحكم.. وإذا كان الخبير غير مقيد اسمه في الجدول وجب أن يحلف أمام قاضي الأمور الوقفية - وبغير ضرورة لحضور الخصوم - ميمناً أن يؤدي عمله بالصدق والأمانة وإلا كان العمل باطلاً<sup>(٢)</sup>. والأصل أن يؤدي الخبير اليمين القانونية ولو كان من أصحاب المهن الحرة ويكون أداء اليمين من باب أولى بالنسبة لمن كان منهم من الموظفين العموميين خاصة وأن صفة الخبير لا تتغير في كل الأحوال باعتباره من أعوان القضاة.

ويجوز قانوناً للخبير خلال الخمسة الأيام التالية لتاريخ تسلمه صورة الحكم من قلم الكتاب أن يطلب إعفاؤه من أداء مأموريته، ولرئيس الدائرة التي عينته أو القاضي الذي عينه أن يعفيه منها إذا رأى أن الأسباب التي أبدائها لذلك مقبولة<sup>(٣)</sup>، ويجوز في الدعاوى المستعجلة

---

(١) ومن المستقر في فقه المرافعات أنه لا يجوز للخبير إجراء تحقيق بهدف إثبات حق لأحد الخصوم ونزعه من الآخر لأن سلطة التحقيق لا يملكها سوى القاضي، راجع محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي في مرجعهما السابق الإشارة إليه ص ٥٧٠.

(٢) ومع ذلك لا يجوز للخبير أن يطلب من الشهود أداء اليمين عند الاستماع إليهم وإذا طلب أحد الخصوم منه الاستماع لبعض الشهود فلم يجبه ورأى أن في ذلك استرسالاً لا فائدة منه فلا ضرر إن هو اكتفى بالاستماع لمن استمع إليهم.

(٣) وتجسد هذه القاعدة تطبيقاً لها في معظم القوانين الإجرائية المقارنة ومن ذلك ما جاء في نص المادة التاسعة من قانون تنظيم الخبرة أمام المحاكم في دولة الإمارات =

أن تقرر المحكمة في حكمها نقص هذا الميعاد، فإذا لم يؤد الخبير مأموريته ولم يكن قد أعفي من أدائها، جاز للمحكمة التي ندمته أن تحكم عليه بكل المصروفات التي تسبب في إنفاقها بلا فائدة وبالتعويضات إن كان لها محل وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية<sup>(١)</sup>.

= العربية المتحدة الصادر في عام ١٩٧٤ برقم ٨ والتي تنص على أنه للخبير خلال الأيام الخمسة التالية لتاريخ تسلمه صورة الحكم من قلم الكتاب أن يطلب إعفاه من أداء المهمة التي كلف بها، وللمحكمة التي عينته أن تعفيه منها إذا رأت أن الأسباب التي أبداها لذلك مقبولة، وجاء في المادة ١٠ أنه إذا لم يؤد الخبير مهمته ولم يكن قد أعفي من أدائها، جاز للمحكمة التي ندمته أن تحكم عليه بكل المصروفات التي تسبب في إنفاقها بلا فائدة وبالتعويضات إن كان لها محل وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية، وورد في المادة ١١ من ذات القانون أنه إذا كلف الخبير الواحد بأكثر من مهمة، فعليه أن يبدأ بالدعوى المستعجلة ودعاوى إثبات الحالة بقدر الإمكان، وفي المادة ١١ من قانون نظام الخبرة أمام المحاكم النظامية في الأردن وهو بموجب القانون رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠١ الصادر في (١١/٩/٢٠٠١)، والمعدل بالقانون رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٢ فإنه إذا لم ينجز الخبير المهمة المكلف بها، ولم يودع تقريره في الموعد المحدد دون مبرر لذلك، يجوز للمحكمة توجيه تنبيه إليه وإرسال صورة عنه إلى المديرية لإبداعه بملفه، وبموجب المادة ١٢ منه تحيط النيابة العامة الوزارة علماً بالدعوى الجزائية التي تقام ضد الخبراء وبالأحكام التي تصدر عليهم بعقوبة جنائية أو جنحة.

(١) وبموجب قانون الإثبات اليمني وهو القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٦ ورد في الباب الثامن وفي المادة ١٦٧ منه أن يكون تعيين الخبراء العدول من تلقاء نفس المحكمة أو بناء على طلب الخصوم، وتعين المحكمة الخصم الذي يلزم بأداء الأمانة التي تقدرها لصرف أنعاب الخبراء منها ويجب على الخصم الذي عينته المحكمة أن يدفع الأمانة في الميعاد الذي تحدده المحكمة، فإن لم يفعل سقط حقه في الاستشهاد بالخبراء ما لم يقيم الخصم الآخر بدفعها، ويجوز للمحكمة أن تقسم الأمانة بين الخصوم.. وبموجب المادة ١٦٨ من ذات القانون، فإنه يجوز للمحكمة أن تقدر جزءاً من الأمانة يصرف للخبير مقدماً للاستعانة به في أداء المهمة التي كلف بها، كما يجوز أن تصرفها له كلها مقدماً مع تحقق المصلحة.. وبمقتضى المادة ١٦٩ فإنه بمجرد دفع الأمانة تستدعي المحكمة الخبير وتعرض عليه المهمة، فإن قبلها تخلفه اليمين إن رأت ذلك، بأن يؤدي المهمة بالذمة والصدق، ويقدر المبلغ الذي يصرف له مقدماً إن لم تكن قدرته من قبل، ويكون صرفه له في الحال، =

وعلى الخبير أن يحدد لبدء عمله تاريخاً لا يتجاوز الخمسة عشر يوماً التالية للتكليف، وعليه أن يدعو الخصوم بكتب مسجلة ترسل قبل ذلك التاريخ بسبعة أيام على الأقل يخبرهم فيها بمكان أول اجتماع ويومه وساعته، وفي حالات الاستعجال يجوز أن ينص في الحكم على مباشرة العمل في الثلاثة الأيام التالية لتاريخ التكليف المذكور على الأكثر وعندئذ يدعي الخصوم بإشارة برقية ترسل قبل الاجتماع الأول بأربع وعشرين ساعة على الأقل، وفي حالات الاستعجال القصوى يجوز أن ينص في الحكم على مباشرة المأمورية فوراً ودعوة الخصوم بإشارة برقية للحضور في الحال<sup>(١)</sup>.

=وتصرح له بكل ما يلزم من انتقال وإطلاع وغيره لأداء المهمة المكلف بها، ويكون أداء المهمة بحضور الخصوم، وتنص المادة ١٧٣ من القانون على أن للمحكمة أن تأخذ بتقرير الخبراء أو الخبير الذي تظمن إليه مع بيان الأسباب إذا خالف التقرير الذي أخذت به تقريراً آخر، ولها أن تستمع إلى مناقشات الخصوم في شأن التقارير المقدمة وملاحظاتهم عليها، وأن تكلف الخبير أو الخبراء مرة أخرى لاستكمالها أو تصحيحها إذا لزم الأمر أو ترفض طلبات الخصوم، وبمقتضى المادة ١٧٤ فإنه إذا تأخر الخبير أو الخبراء عن تقديم تقاريرهم في الميعاد، جاز للمحكمة أن تمنحهم أجلاً مع تغريمهم في حدود ما تراه المحكمة إذا تبين تقصيرهم، ويجوز لها إذا تكررت تأخيرهم عن تقديم التقارير وثبت لها أن الخبير لم يباشر ما تكلف به أصلاً أو باشرها وتلكأ في إتمامها بقصد تعطيل الفصل في الدعوى أن تعزله وتعين خبيراً آخر بدل منه مع تغريمه وإلزامه بالتضمينات المناسبة التي يطلبها الخصوم نتيجة تعطيله للدعوى وما أنفقته من مصاريف، وبموجب المادة ١٧٤/٢ فإنه يجوز للمحكمة استبدال الخبير إذا اعتذر عن أداء ما كلف به بعد قبوله للتكليف وإلزامه بالمصاريف التي أنفقت بسبب قبوله للمهمة إذا لم يقدم عذراً مقبولاً.

(١) راجع في القواعد المقررة في شأن إعفاء الخبير من المأمورية الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي - الطبعة الأولى ١٩٩٩، ص ٧٥.. ويقترّب هذا الحكم مع ما هو مقرر في المادة العاشرة من قانون الخبرة الكويتي رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠ والتي وردت فيها الإشارة إلى أن الخبير يبدأ عمله في الموعد المحدد في الحكم، فإن لم =

ولا يحول بين الخبير وأدائه لعمله غيبة الخصوم متى كانوا دعوا على الوجه الصحيح، ويسمع الخبير أقوال الخصوم وملاحظاتهم، فإذا تخلف أحدهم عن الحضور أمامه أو عن تقديم مستنداته أو عن تنفيذ أي إجراء من إجراءات الخبرة في المواعيد المحددة بما يتعذر معه على الخبير مباشرة أعماله أو يؤدي إلى التأخير في مباشرتها، جاز له أن يطلب إلى المحكمة أن تحكم على الخصم بإحدى الجزاءات المقررة في المادة ٩٩ مرافعات.. ويسمع الخبير بدون يمين أقوال من يحضرهم الخصوم أو من يرى هو سماع أقوالهم إذا كان الحكم قد أذن له في ذلك وإذا تخلف بغير عذر مقبول أحد منهم جاز للمحكمة بناء على طلب الخبير أن تحكم على المتخلف بغرامة.

ويجب على الخبير أن يشمل محضر أعماله على بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم موقعة منهم ما لم يكن لديهم مانع من ذلك فيذكر في المحضر كما يجب أن يشمل على بيان أعمال الخبير بالتفصيل وأقوال الأشخاص الذين سمعهم من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم وتوقيعاتهم<sup>(١)</sup>.

= يتسن له ذلك فإن عليه أن يحدد لبدء عمله تاريخاً لا يجاوز السبعة أيام التالية لتسلمه صورة الحكم أو ملف الدعوى، ويخطر الخصوم بكتاب هذا التاريخ ويمكن الاجتماع بواسطة مندوبي الإعلان بالإدارة أو بكتاب مسجل أو بإشارة برقية، وفي حالات الاستعجال القصوى يجوز أن ينص في الحكم على مباشرة المأمورية فوراً ودعوة الخصوم بأية وسيلة مناسبة تحقق علمهم بالحضور في الحال.

(١) وللخبير أن يسمع أقوال الخصوم ومن يحضرونهم من الشهود ومن يرى هو سماعه وله أن يستعمل الآلات أو الأدوات الفنية اللازمة لمباشرة المأمورية، ويجب عليه كتابة محضر يثبت فيه كل ما حدث بالتفصيل وما جاء في أقوال الخصوم والشهود مع توقيع كل منهم وعليه أن يثبت بالمحضر انتقاله والمستندات التي قدمها الخصوم أو الشهود إليه وأن يضمن هذا المحضر أيضاً ما شاهده رؤية عيان وأن يصف خطوات عمله، وعلة ذلك أن الخبير عون للقاضي لذا فإنه من الأهمية بمكان أن يعلم القاضي بما اتخذ الخبير من إجراءات لما لذلك من أثر في تكوين عقيدته واقتناعه بصحة عمل الخبير الذي هو عون له، وإذا تعدد الخبراء في القضية الواحدة وكانوا ثلاثة فقد أوجب القانون على كل منهم أن يضع =

## المطلب الثاني علاقة الخبير بالقاضي والخصوم

لما كان الخبير عوناً للقاضي، فقد نظم المشرع في قانون الإثبات المصري القواعد المظهرة لهذه المعاونة إذ أوجب المشرع على الخبير أن يقدم تقريراً موقفاً منه بنتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليها بإيجاز ودقة، وإذا كان الخبراء ثلاثة، فلكل منهم أن يقدم تقريراً مستقلاً برأيه ما لم يتفقوا على أن يقدموا تقريراً واحداً يذكر فيه رأي كل منهم وأسبابه<sup>(١)</sup>.. وأوجب المشرع على الخبير - بموجب المادة ١٥١ من قانون الإثبات - عند إيداع التقرير لإخبار الخصوم في الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل، ويكون الإيداع للتقرير ومحاضر الأعمال في قلم كتاب المحكمة كما يرفق بالتقرير جميع الأوراق التي سلمت للخبير، وإذا كان مقر المحكمة المنظور أمامها الدعوى بعيداً عن موطن الخبير، جاز له إيداع تقريره وملحقاته قلم كتاب أقرب محكمة له، وعلى هذه المحكمة إرسال الأوراق المودعة إلى المحكمة التي تنظر الدعوى.. وترجع المحكمة فيما اقتضاه المشرع من إخبار الخصوم بإيداع التقرير والأوراق، لما هو ثابت كأصل اسمي من أصول العلم الإجرائي، بما يعني أن من حق كل خصم أن يعلم بكل إجراء يتخذ في الدعوى<sup>(٢)</sup>.. وهذه العلة ذاتها - علة

---

=تقرير مفصل عما أنجزه ويصح أن يتفقوا على تقرير واحد يذكر فيه رأي كل منهم وأسبابه، وكانت محكمة النقض المصرية قد قضت بأنه إذا نذبت المحكمة ثلاثة خبراء، فإنه يجب أن يشتركوا جميعاً في الأعمال التي تقتضيها المأمورية المعهود إليهم بها ويجب أن يكون بينهم مداولة، راجع نقض مدني في ١٩٤٦/١٠/٣١ م.ق.ق. عمر ج ٥ ص ٢٣٠ حكم رقم ١٠٤.

(١) انظر محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي في قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن الجزء الثاني، سابق الإشارة إليه ص ٥٩١، وراجع الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٤٧٢. وراجع أيضاً الدكتور سيد أحمد محمود في التقاضي بقضية وبدون قضية، سابق الإشارة إليه ص ٦٧.

(٢) ولا ريب في أن حق الخصوم في العلم يحقق المبادئ العليا التي تحكم الخصومة =

وجوب علم الخصوم بكل إجراء في الدعوى - هي ما حُدت بالمشرع إلى النص في المادة ١٥٢ من قانون الإثبات على أنه إذا لم يودع الخبير تقريره في الأجل المحدد في الحكم الصادر بتعيينه وجب عليه أن يودع قلم الكتاب قبل انقضاء ذلك الأجل مذكرة يبين فيها ما قام به من أعمال والأسباب التي حالت دون إتمام مأموريته.

كذلك لما كان الخبير عوناً من أعوان القاضي، وكان من حق الخصوم أن يعلموا بكل إجراء يتخذ في الدعوى من القاضي أو أعوانه ولما كان من المتصور أن يتأخر الخبير في عدم الانتهاء من المأمورية فقد أجاز المشرع في المادة ١٥٢ للمحكمة أن تمنحه أجلاً لإنجاز مأموريته وإيداع تقريره وقد اشترطت المادة المذكورة أن يكون ذلك في الجلسة المحددة لنظر الدعوى، وعلة ما أوجبه المشرع في هذا الصدد أن يعلم الخصوم جميعاً الأجل المضروب لإيداع التقرير وحتى لا يتحقق لأي خصم الجهالة النافية للعلم<sup>(١)</sup>.

---

= ومن ذلك مبدأ اشتراك الخصوم والقاضي في توجيه الخصومة وفبدأ حرية الدفاع ومبدأ المواجهة، راجع في ذلك الإسناد الدكتور. وجددي راغب في مبادئ الخصومة المدنية - الطبعة الأولى. الناشر دار الفكر العربي ص ١٧ وما بعدها، وراجع أيضاً أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية طبعة ١٩٧٧ ص ٥١ رقم ٤٢.

(١) وبموجب المادة ٦٣ من قانون المسطرة المدنية المغربي فإنه يجب على الخبير أن يستدعي الأطراف ووكلائهم لحضور إنجاز الخبرة ويتضمن الاستدعاء تحديد تاريخ مكان وساعة إنجازها وذلك قبل خمسة أيام على الأقل قبل الموعد المحدد. ويجب عليه ألا يقوم بمهمته إلا بحضور أطراف النزاع ووكلائهم أو بعد التأكد من توصلهم بالاستدعاء بصفة قانونية ما لم تأمر المحكمة بخلاف ذلك إذا تبين لها أن هناك حالة استعجال، وبموجب المادة ٦٥ من ذات القانون فإنه إذا احتاج الخبير أثناء قيامه بمهامه ترجمان كان عليه اختيار ترجمان من بين المدرجين بالجدول أو الالتجاء إلى القاضي، ولقد أجاز المشرع للخبير أن يتلقى كل المعلومات الضرورية مع الإشارة إلى مصدرها في تقريره.

وتوجب المادة ٦٣ من قانون المسطرة المدنية المغربي على الخبير أن يضمن في =



وفي مجال إظهار العلاقة بين القاضي والخبير وهو من معاونه قرر  
المشرع في المادة ١٥٣ من قانون الإثبات أن للمحكمة صلاحية في أن تأمر  
باستدعاء الخبير في جلسة تحددها لمناقشة الخبير في تقريره إن رأت حاجة  
لذلك ويبيدي الخبير رأيه مؤيداً بأسبابه وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها  
أو بناء على طلب الخصوم ما تراه من الأسئلة المفيدة في الدعوى<sup>(١)</sup>. كما

محضره أقوال الأطراف وملاحظاتهم وتوقيعهم معه عليه، ويقوم الخبير بمهمته  
تحت مراقبة القاضي الذي يمكنه حضور عملية الخبرة إذ اعتبر ذلك مفيداً. وبموجب  
المادة ٦٤ فإنه يمكن للقاضي إذا لم يجد في تقرير الخبير الأجوبة على النقاط التي  
طرحها على الخبير أن يأمر بإرجاع التقرير إليه بقصد إتمام المهمة، كما يمكنه تلقائياً  
أو بطلب من أحد الأطراف استدعاء الخبير لحضور الجلسة التي يستدعي لها جميع  
الأطراف لتقديم الإيضاحات والمعلومات اللازمة التي تتضمنها في محضر يوضع  
رهن إشارة الأطراف.

وجدير بالذكر أن المشرع المغربي قد نص في المادة الأولى من مسطرة "قانون"  
الخبراء القضائيين رقم ٤٥ لسنة ٢٠٠١ على أن يعتبر الخبراء القضائيين من  
مساعدي القضاء ويمارسون مهامهم وفق الشروط المنصوص عليها في القانون  
وأضافت هذه المادة أن الخبير القضائي هو المختص الذي يتولى بتكليف من  
الحكمة التحقيق في نقط تقنية وفنية ويمنع عليه أن يبدي أي رأي في الجوانب  
القانونية، ويمكن للمحاكم أن تستعين بأراء الخبراء القضائيين على سبيل  
الاستئناس دون أن تكون ملزمة لها، وورد في المادة ٢٢ من ذات القانون أنه يجب  
على الخبير أن يؤدي مهمته تحت مراقبة المستشار المقرر أو القاضي المكلف  
بالقضية ويمتنع عن الخبير تفويض المهام المسندة إليه إلى خبير آخر وينجز الخبير  
تقريره داخل الأجل المحدد له بمقتضى المقرر القضائي ما لم تتم الموافقة على تمديد  
الأجل بناء على طلبه وبموجب المادة ٢٣ فإنه يعتبر كل تأخير غير مبرر في إنجاز  
الخبرة مخالفة مهنية تعرض الخبير للعقوبة التأديبية.

(١) ويلاحظ أنه بموجب المادة ٢٥ من قانون الخبراء القضائيين المغربي فإنه لا يجوز  
للخبير أن يمتنع عن إنجاز الخبرة عند تعيينه في إطار المساعدة القضائية أو في الحالة  
التي يعتبر فيها أن الأتعاب المحددة له غير كافية، ويمكنه بعد الإنجاز طلب أتعاب  
إضافية وفق النصوص القانونية المتعلقة بالمصاريف القضائية.. وكان الفقه المصري  
قد اختلف حول مدى جواز رفع دعوى أصلية لندب خبير بدون أن تكون هناك  
خصومة قائمة بالفعل وذهب رأي إلى جواز ذلك على اعتبار ما هو مقرر في المادة  
١٣٣ من قانون الإثبات التي وردت فيه الإشارة إلى أنه يجوز لمن يخشى ضياع =

يجوز للمحكمة أن تعيد المأمورية للخبير عونها ليتدارك ما يتبين لها من وجوه الخطأ أو النقص في عمل الخبير أو يحثه ولها أن تعهد بذلك إلى خبير آخر أو ثلاثة خبراء آخرين ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق.. كذلك تمتد معونة الخبير للقضاة إذ يجوز للمحكمة أن تعين خبيراً لإبداء رأيه مشافهة بالجلسة بدون تقديم تقرير ويثبت رأيه في المحضر<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

### استعانة القاضي بالخبير تأكيداً

### لقاعدة "القاضي لا يقضي بعلمه الشخصي"

من الأصول المرغية والمبادئ الكبرى الحاكمة لعمل القاضي - كل

معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن وبالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة وتراعى في هذه الحالة الأحكام المبينة في المواد السابقة وبموجب المادة ١٣٤ من ذات القانون فإنه للقاضي في الحالة المبينة في المادة السابقة أن يندب أحد الخبراء للانتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين، وعندئذ يكون عليه أن يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله وتتبع القواعد المنصوص عليها في الباب الخاص بالخبراء، وفي هذه الحال يجوز للجوء إلى الخبير، وعلى العكس من ذلك رأى مذهب آخر في الفقه إلى عدم جواز رفع دعوى أصلية لندب خبير.. راجع في عرض ذلك بقدر أوفى من الإيضاح والتفصيل الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي في مرجعهما السابق الإشارة إليه ص ٥٨١، ٥٨٢ رقم ٩٩٢.

(١) وكان قد طرح في فقه المرافعات المصري التساؤل حول القوة التدليلية لتقرير الخبير، ومال رأي راجح إلى أن التقرير يعتبر من المحررات الرسمية ومن ثم فإن حجتيه هي حجية هذه المحررات وتنصرف هذه الحجية إلى ما ورد في التقرير من بيانات لازمة لوجوده كالتاريخ واسم الخبير أو الأقوال التي أدلى بها الخصوم ووقعوا عليها ومع ذلك فإن الحجية لا تنصرف إلى ما ورد في رأي الخبير في موضوع النزاع لأن ذلك مما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ومن ثم فإنه لو قيل بالحجية المطلقة لها لكان في ذلك التزام على القاضي في أن يقضي بمقتضى التقرير ومن ثم خروج عن قاعدة القاضي الخبير الأعلى في القضية وأنه ليس للخبير وهو معاون للقاضي أن يكون هو الحكم المسيطر فيما يجب أن يخلص إليه القاضي. راجع في هذا المعنى حكم نقض مدني في ٢ يونيو ١٩٥٥، مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ٦ ص ١١٩٢ حكم رقم ١٥٩.

قاض - أنه لا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي وأنه يجب عليه أن يمتنع عن القضاء بموجب معلوماته الشخصية التي يكون قد حصلها خارج النزاع المطروح عليه<sup>(١)</sup>. وينبغي على ذلك بالضرورة أن القانون يوجب على القاضي أن يحكم في الادعاءات التي طرحها الخصوم عليه ومن ثم فهو لا يستقي معلوماته من خبراته الذاتية أو معلوماته العامة أو الخاصة لأن التعرف على ظروف النزاع والفصل في كل خصومة يجب أن يكون مطروحاً أمام الخصوم جميعاً وهم أصحاب الحق في الدعوى وهم أيضاً الموكلون إليهم إثبات الادعاء أو نفيه.. من أجل ذلك شاع في الفقه منذ أمد طويل وحتى في ظل القانون الروماني أنه *Secundum allegata et probata Judex Judicare de bet* وهي قاعدة قائلة بأنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي<sup>(٢)</sup>.

ويعلل الفقهاء في فقه المرافعات المصري والمقارن على حد سواء أسباب استقرار هذه القاعدة بالقول بأن استمداد القاضي لاقتناعه في الدعوى من وقائع لم تكن مطروحة أمام الخصوم فيه افتتات على حقوق المواجهة والدفاع بينهم، إذ ما يطرح في الجلسة يجب أن يكون معلوماً

(١) راجع في ذلك الأستاذ الدكتور نبيل إسماعيل عمر في بحثه بعنوان "امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩ وراجع كذلك عبد المجيد الحكيم في بحثه بعنوان "هل يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي". بغداد ١٩٧٤.

(٢) وترجع الاعتبارات الموجبة لهذه القاعدة إلى عدة اعتبارات أهمها مبدأ حياد القاضي ومبدأ ضرورة طرح أدلة الإثبات في الجلسة ومبدأ عدم جواز عمل القاضي وعمل الشاهد ومبدأ ضرورة تسيب الأحكام ومبدأ المواجهة بين الخصوم، راجع في الإشارة إلى مبدأ حياد القاضي السنهاوري، الوسيط، ج ٢ ص ٣٠ وما بعدها، وانظر في الإشارة إلى مبدأ حياد القاضي الدكتور رمزي سيف في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٣٧٥، وانظر أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية الطبعة ١٤، ١٩٨٦، ص ١٧٢ والدكتور إبراهيم سعد في القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، طبعة ١٩٧٤ ص ٥٩٤.

للخصوم جميعاً. ثم إن القاضي إن قضى بعلمه فإن هذا العلم لا يدركه الخصوم ولا يملكون هم العلم به، ثم إن وسائل الإثبات هي السبل القانونية الكفيلة بإظهار المبرزة من الخصوم ويجب أن يكون هناك "ندية" بين الخصوم بعضهم البعض ويجب أن يتاح لكل خصم الفرصة الكافية والمناسبة لبيان مقدرات الادعاء وأسانيده وإظهار مبررات الدفاع. ولا سبيل إلى هذا أو ذاك إذا اعتمد القاضي على علمه الشخصي.. ولنضف إلى ذلك بأن العلم الشخصي للقاضي يتفاوت بين قاض وآخر ومن ثم فقد يكون من القضاة من هو أكثر علماً من غيره. ومن ثم لا تحقق المساواة بين الخصوم حيث يستفيد البعض من العلم الشخصي للقاضي، ويضر بعضهم من جراء قصور هذا العلم لدى القاضي الآخر ومن ثم يضطرب ميزان العدالة ويشيع عدم المساواة بين المتقاضين.

وينوه الفقهاء في فقه المرافعات أيضاً إلى أن القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي حتى ولو كانت له "خبرة خاصة" في موضوع النزاع المطروح أمامه<sup>(١)</sup>. لذا لا يبرر القضاء بالعلم الشخصي للقاضي لكونه من سبق له دراسة المسائل الطبية أو الهندسية أو المحاسبية وكان قد سبق له الحصول على أرقى الدرجات العلمية في أي من هذه المجالات قبل اشتغاله بالقضاء، لأن هذا العلم حتى على فرض تحققه لدى القاضي يهدر قاعدة أصولية يقينية مفادها وجوب طرح الدليل في الجلسة وكون الدليل له أصل في أوراق الدعوى ومستنداتها<sup>(٢)</sup>. من أجل ذلك مثلاً اعتبر الفقه الإجرائي

- 
- (١) راجع في هذا المعنى الدكتور رمسيس بهنام في مؤلفه: الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٤ ص ٦٩٧ وانظر كذلك علي زكي العربي في المبادئ الأساسية للتحقيقات والإجراءات الجنائية، الجزء الأول ص ٧٠٤، وانظر كذلك الدكتور محمد شكري سرور في أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ١٩٨٦ ص ١٣، وانظر أيضاً عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، الطبعة الثانية ١٩٥٥ ص ١٣ وما بعدها.
- (٢) راجع الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ج ٢ ص ٣٣ رقم ٢٧ =

=وحيث يصرح بأن القاضي مطالب بأن يبيّن أسباب حكمه على دليل يطرح في الجلسة وأنه لا يجوز له أن يحكم بموجب معلوماته الشخصية ومن ثم فإنه مما يعيب الحكم أن تكون أسبابه لا أساس لها في الأوراق أو مخالف للثابت فيها، راجع في التأكيد على هذه القاعدة أيضاً الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ الخصومة المدنية، الطبعة الأولى، الناشر دار الفكر العربي ١٩٧٨ ص ٣٧٩.

وجدير بالذكر أن المشرع قد اقتضى في قانون المرافعات في الأحكام أن تكون مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة كذلك أوضح المشرع أن القصور في الأسباب يترتب عليه بطلان الحكم، ولقد أراد المشرع بذلك أن يضمن موضوعية الحكم والرقابة على القضاة في تقييم الأدلة التي قدمها الخصوم كما استهدف المشرع إظهار حياد القاضي وألا يكون قد قضى بعلمه الشخصي حتى لا يكون القرار القضائي قد بني على ما هو معلوم لدى القاضي ومجهول لدى الخصوم وفي ذلك ما يحقق الاحترام الواجب للأحكام وقابليتها ومصداقيتها عند الخصوم وعند العامة، كما وأن وضوح الأسباب في الحكم يفتح الباب لدراسة إمكانية الطعن فيه. راجع محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي في المرجع السابق الإشارة إليه. الجزء الثاني ص ٦٩٦ رقم ١٠٨١.

وراجع أيضاً الأستاذ "موريل" في الفقه الفرنسي حيث يوضح الفقيه أهمية تسبب الأحكام ويشير إلى ضرورة أن يكون الحكم متضمناً لأسبابه ولذا فإنه كثيراً ما يفتح أسباب للطعن في الحكم لو أن المحكمة أوردت أسباباً للحكم وكانت غير كافية أو كانت غير سائغة أو لا تؤدي إلى النتيجة التي خلص إليها الحكم.. ولقد عني المشرع الفرنسي بضرورة تسبب الأحكام لذا أشار إلى أن عدم التسبب يؤدي إلى البطلان.. كذلك يجب أن يتضمن الحكم منطوقه وهو الخلاصة المتضمنة لرؤية المحكمة في القضية ويكشف عما انتهت إليه، ولقد حرص المشرع الفرنسي منذ زمن طويل على الإشارة إلى لزوم التسبب، فالحكم القضائي يجب أن يكون مسبباً *les jugements doivent être motivés* ولقد وردت الإشارة إلى هذا المبدأ العتيق في المادة ١٤١ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر عام ١٩١٠ ويشير الأستاذ "موريل" إلى أن هذه القاعدة هي من القواعد الأصولية اللازمة لحسن أداء العدالة ولقد أكدها قدامى الأساتذة في فقه المرافعات لذا قال M. Glasson أنه *"il ne suffit pas que les juges soient justes, il faut encore qu' ils en donnent la preuve"* ويضيف الأستاذ "موريل" إلى ما قدمه Glasson قوله:

Les juges doivent répondre à tous les chefs de conclusions pour les admettre ou les rejeter avec motifs à l' appui  
René morel; traité élémentaire de procédure civile. راجع:  
Deuxième Edition. P. 439 No. 559.

أن القاضي يكون قد قضى بموجب علمه الشخصي لو أنه استتج حادث اصطدام الطائرة بممر الهبوط رغم ما ادعاه الطيار من حدوث خلل طارئ في الطائرة وكان القاضي على علم بأصول الطيران وأسند الخطأ لفعل القائد دون أن يشار مدلول الخطأ في القيادة على الممر في الجلسة بين الخصوم<sup>(١)</sup>.

وفي ظل وجوب الأخذ بالقاعدة القاضية بأن القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي يتعدو من الطبيعي أن يكون للقاضي أعوان في مجال الخبرة يمدوه بما ليس لديه من معلومات مبنية على أصول العلم والفن التي ينتمي إليها الخبير. وفي هذا المجال يظهر دور الخبراء باعتبارهم من أعوان القضاء<sup>(٢)</sup>.

وكثيراً ما يشيد الفقه الإجرائي بدور الخبير وما يؤديه من عمال تعين القاضي في الفصل في النزاع المطروح عليه، لذا قال الأستاذان Jean Vincent et Serge Guinchard في فقه المرافعات الفرنسي أنه كثيراً ما تقتضي الضرورات العملية في الدعاوى المدنية أو الجنائية إلى الاستعانة بأشخاص من ذوي الخبرة للاستماع لأرائهم في موضوع النزاع، ومن ذلك مثلاً إذا كان موضوع الخصومة حادث سياره أو حادث عمل أو ما شابهه، ولقد نظم المشرع الفرنسي في المواد من ٣٠٢ إلى ٣٢٣ من قانون

---

(١) مشار إلى ذلك لدى الأستاذ الدكتور نبيل إسماعيل عمر في امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩ ص ٢٢.

(٢) راجع في الإشارة إلى اعتبار الخبير عوناً من أعوان القضاء الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٢٢١، وراجع كذلك الأعمال التحضيرية لقانون الخبراء أمام القضاء العراقي الصادر في ١٩٦٤ برقم ١٦٣ والصادر في ١٨/ أكتوبر ١٩٦٤ وحيث ورد فيه الإشارة إلى أن مهمة الخبير هي من أهم المهن وأخطرها، فالخبير هو عون للقاضي يضع تحت تصرفه معارفه وتجاربه ويكشف له ما خفي أو أشكل من الأمور ويبينها ويهيئ له الطريق للفصل في النزاع المعروض عليه على أساس سليم.

المرافعات القديم مسألة استدعاء الخبير، والخبير هو الشخص المختص بتقديم الرؤية الفنية لحل المنازعة بموجب أصول الفن الذي ينتمي إليه :

"il est souvent nécessaire, dans les instances civiles, comme dans les procès criminels, de recourir à certaines personnes pour recueillir l'avis d'un spécialiste. Cela est fréquent, notamment dans les affaires d'accident de la circulation, d'accident du travail de contrefaçon, de malfaçon de construction, etc.. l'expertise consistait à charger des personnes compétentes de faire, en vue de la solution d'un procès des constatations qui exigent des connaissances spéciales et de communiquer au tribunal le résultat de leur examen<sup>(١)</sup>.

وفي ذات المجال أشار الأستاذ "كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي أيضاً إلى أن المشرع قد أجاز للقاضي بموجب المادة ٢٣١ مرافعات أن يجري المعاينة بنفسه أثناء إجراء التحقيق في الدعوى، مادام لهذا الإجراء أثره الفعال في استظهار الحقيقة<sup>(٢)</sup>. وفي ذلك تقول المادة :

"le juge peut, à l'audience ou en son cabinet, ainsi qu'en tout lieu à l'occasion de l'exécution d'une mesure d'instruction, entendre sur le champ les personnes dont l'audition lui est utile à la manifestation de la vérité.

على أن القاضي قد لا تسعفه خبرته القانونية في حل النزاع المطروح عليه، إذ الخبرة القانونية لا تكفي وحدها وإنما يكون للنزاع صفة فنية تتصل بفن أو علم لا يملكه سوى الخبير ومن هنا كانت الحاجة إلى الاستعانة بالخبير وهو عون من أعوان القاضي وللخبرة دور مؤثر في بلوغ القاضي لعين الحقيقة في النزاع لما لرأي الخبير من إنارة للقاضي وتقوية قدرته على تفهم المسألة محل النزاع :

(١) راجع : Jean Vincent et Serge Guinchard; op. cit p. 778 No

(٢) انظر : Gérard Couchez; op. cit. p. 268.

Certaines affaires comportent des aspects techniques, de telle sorte que le règlement de ces litiges suppose une qualification particulière que le juge peut évidemment ne pas avoir; d' où la nécessité de recourir à des spécialistes et de leur demander un avis sur les questions techniques que soulèvent les procès considérés. c' est la raison pour laquelle l' ancien code de procédure civile avait prévu une procédure dite d' expertise qui penettait précisément au juge de recueillir l' avis d' un ou de plusieurs techniciens <sup>(١)</sup>.

(١) وقد ينص المشرع أحيانا على صفة الخبير ككون من أعوان القضاء، والأصل أن المشرع لا يلزم القاضي بإحالة الدعاوى برمتها إلى الخبراء لأن الإحالة للخبير تتوقف على ظروف الدعوى وطبيعة القضية، لذا فإنه غالباً ما يوضح المشرع أنه يجوز للقاضي.. ولعل ذلك مثلاً هو ما ورد في صدر المادة الأولى من قانون الخبراء أمام القضاء العراقي وهو القانون ١٦٣ لسنة ١٩٦٤ والصادر في ٨ أكتوبر ١٩٦٤ وحيث وردت في هذه المادة أنه إذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي الخبراء وفقاً لما هو مقرر في الفصل السادس من الباب الثاني من قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦، ولم يتفق الخصوم على انتخابهم، انتخبهم المحكمة وفقاً لما هو مقرر في هذا القانون، لذا ويقصد التنظيم المسبق للخبراء كمعاونين للقضاة ورد في المادة ٢ من ذات القانون أنه: ينشأ في كل محكمة استئناف جدول تقيده به أسماء الخبراء الذين يجوز لهم القيام بأعمال الخبرة أمامهم وفي المحاكم الأخرى الكائنة في منطقتها.

وراجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 268.

وانظر في هذا المقام أيضاً الأستاذ "موريل" حيث يشير إلى أنه من الشائع والمعتاد أن هناك من القضايا ما تطرح على المحاكم ويستلزم النظر فيها معلومات أو خبرة فنية يعوزها القاضي وهي مما لا يتوافر لديه، من أجل ذلك يلجأ القاضي إلى أحد أعوانه وهو الخبير، وهو شخص صاحب علم في تخصص معين وقد يكون صاحب مهنة أو حرفة، وقد يطلب القاضي مشورة الخبير وأحيانا يطلب تواجده معه عند إجراء المعاينة، وتجد الخبرة تبريرها بالأخص كلما عنت الحاجة للإجابة على مسائل فنية لا يستطيع القاضي إدراكها بموجب العلم القانوني المتوافر لديه: Il est fréquent que le tribunal, n' ayant pas les connaissances techniques nécessaires pour procéder utilement à l' examen des objets litigieux, charge des hommes de l' art de procéder à cet examen et d' en dresser un rapport. C' est l' expertise qui tient lieu de l' examen direct par le juge et peut d' ailleurs se conjuguer=



## المطلب الرابع توسع المشرع الفرنسي في إمكانية لجوء القاضي إلى الخبير

لم يكن من ريب في أن المشرع الفرنسي قد توسع في قانون المرافعات في إمكانية لجوء القاضي إلى الخبير واستعانته به، بل إن المشرع استحدث نصوصاً تزيد من فاعلية رأي الخبير وتحت على سرعة إبداء الخبير لرأيه، ويقول الأستاذ "كوشيه" أنه يجب النظر دائماً وأبداً لرأي الخبير باعتباره رأي صاحب الفن أو العلم المتخصص في مجال خبرته وهو من يقدم المشورة للقاضي وهو عون باستشارته له.. ولقد نظم المشرع عمل الخبير في المواد من ٢٣٢ حتى ٢٨٤ من قانون المرافعات وصدر أحكام القانون في هذا المجال بأن الخبرة اختيارية وليست مفروضة على القاضي سواء من حيث سلطته التقديرية في الاستعانة بالخبير أو من حيث حدود المهنة التي يعهد بها القاضي إليه :

"il Convient de souligner tout d'abord la liberté dont dispose le juge quant au choix du technicien et quant à la détermination de la mission confiée à celui - ci"<sup>(١)</sup>.

---

=avec lui – l' expertise a pris de nos jours une importance considérable devant les tribunaux.

R. Morèl; op. cit. p. 402 No 501

Gérard Couchez; op. cit. p. 269. (١) انظر.

ويلاحظ أن المشرع في قوانين الخبرة القضائية المقارنة لا يقيّد القاضي بشأن استعانته بالخبير. ومن الملاحظ شيوع اللجوء إلى الخبراء في الوقت الراهن حيث تنوع القضايا التي يحتاج فيها القاضي لخبرة ذوي الاختصاص.. ويعطي الفقهاء أمثلة عديدة لحالات ومجالات يتم فيها الاستعانة بالخبير ومن ذلك مثلاً مسائل الملكية الفردية والملكية الشائعة وتحديد الإصابات والخبرة في مجال الأخطاء الطبية أو الهندسية والمسائل الحسابية ومن ذلك أيضاً ما يتعلق بأمور الملاحة البحرية أو مسائل الأحوال الشخصية أو إجراءات الإثبات مثل المضاهاة أو تحقيق الخطوط بين الأوراق والكشف عن المحررات المزورة، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية =

وما أكده الأستاذ "G. Couchez" في هذا المجال هو ما يتفق ونص

المادة ٢٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي والتي ضمنها المشرع قوله:

"Le juge peut Commettre toute personne de son choix pour l' éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d' un technicien" <sup>(١)</sup>.

وتحقيقاً للهدف المنشود بتحقيق المعونة للقاضي كان المشرع الفرنسي

قد أصدر القانون رقم ٧١ - ٤٩٨ مؤرخاً في ٢٩ يوليو لسنة ١٩٧١

والقرار بقانون رقم ٧٤ - ١١٨٤ مؤرخاً في ٣١ ديسمبر لعام ١٩٧٤ ونظم

فيهما إعداد القائمة الرسمية السنوية للخبرة والتي يصدرها مكتب محكمة

النقض الفرنسية وأيضاً القائمة المماثلة التي تصدر عن محاكم الاستئناف

---

= والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، الطبعة الأولى ١٩٩٩ ص ٥٢ - ٥٣ وراجع أيضاً الدكتور محمد عبد الخالق عمر في قانون المرافعات، الجزء الأول، التنظيم القضائي طبعة ١٩٧٨ ص ٤٥١ وما بعدها، وراجع حكم لمحكمة النقض المصرية في ١٩٦٩/٤/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ٨٠٦ حيث تشير المحكمة إلى أن مهمة الخبير تقتصر على إبداء الرأي في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي فهم كنهها بنفسه.

(١) راجع: Gérard Couchez; p. 269

ومن الملاحظ أن المشرع الفرنسي وإن توسع في نطاق سلطة القاضي في الاستعانة بالخبير إلا أن المشرع الفرنسي لم ينص على حالات يعينها يكون على القاضي فيها أن يستعين بالخبير وذلك على تقيض ما هو متبع في نصوص القانون المدني المصري حيث قرر المشرع في المادة ٨٣٦ منه أنه على القاضي أن يندب خبيراً أو أكثر إذا اختلف الشركاء على اقتسام المال الشائع كيما يقومه.

وعلى كل حال فإن هناك رأي في فقه المرافعات المصري يرى أنه يجب على القاضي ألا يتوسع في إحالة القضية إلى الخبير لأن في ذلك تعطيل للفصل فيها فضلاً عما في ذلك من زيادة في نفقات التقاضي ويجب ألا يتوسع القاضي بالإحالة للخبير بالأخص بالنسبة للقضايا قليلة القيمة. راجع في الإشارة إلى ذلك محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي - سابق الإشارة إليه، ص ٥٧٢. وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في مبادئ المرافعات، طبعة ١٩٨٠، الناشر دار الفكر العربي ص ٢٩٠ - ٢٩١.

وبموجب هذا التنظيم أتاح المشرح للقاضي أن يندب أحد خبراء الجدول وكان أن أجاز للقاضي حتى حرية اختيار من يراه من الخبراء في هذا الجدول وأجاز المشرح أيضاً للقاضي أن يستبدل خبيراً بآخر في الحالات التي يرفض فيها الخبير المهمة أو إذا قام لديه ما يحول دون مباشرته للمأمورية<sup>(١)</sup>.

وفي قانون المرافعات الفرنسي يختص القاضي بتعيين المهمة الموكولة للخبير: *le juge apparait en outre dans la détermination de la mission confiée au technician* وله بالمثل أن يعدل في المأمورية وللخبير أن يستعين بمن يساعده في إنجاز المأمورية كلما اقتضى الحال وإذا رأى القاضي أن المأمورية الموكولة للخبير تستوجب مد مدة الخبرة كان له أن يقرر أجلاً إضافياً لأداء المأمورية، وبموجب المادة ٢٤٦ من قانون المرافعات الفرنسي فإن رأي الخبير رأي استشاري وهو ليس برأي ملزم للقاضي:

(١) ويرى الأستاذ Jean Larguier في الفقه الفرنسي أن عمل الخبير تحكمه القواعد الآتية: يجب أن يتضمن الحكم الصادر من المحكمة بيان اسم الخبير وموضوع الخبرة والمدة المقررة لعمل الخبير وعليه للمحكمة أن تقرر مد هذه المدة، وعلى الخبير أن يباشر عمله من خلال مهمة محددة ولا تتعدى هذه المهمة مباشرته للفصل في الموضوع المطروح على المحكمة من حيث القانون، وإذا ما تبين للقاضي أن تقرير الخبير غير كاف أو غير واضح جاز له أن يسند مهمته إلى غيره من الخبراء.

Si le juge ne trouve pas dans le rapport d'expertise des éclaircissements suffisants, il peut entendre l'expert, les parties présentes ou appelées.

راجع: Jean Larguier; procédure civile, droit judiciaire privé. Douzième édition, mementos dalloz; p. 137 – 138. وراجع قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر في ٢ أغسطس ٢٠١٣ المادة ١٥٤٧ حتى ١٥٥٤ في الإثبات.

وراجع: Gérard Couchez; procédure civile; op. cit. p. 272.

Le juge n' est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien.<sup>(١)</sup>

### المطلب الخامس

عدم تأثير نظام القاضي الفرد

أو جماعية القضاة في الاستعانة بالخبير

كثيراً ما طرح في الفقه المقارن التساؤل حول ضرورة تشكيل هيئة المحكمة أو الدائرة القضائية في المحاكم من قاض فرد أو وجوب الصفة الجماعية في هذه الدوائر وربما عبر الأستاذ Gérard Couchez عن هذا التساؤل بإشارته إلى أنه: *Juridictions collegiales ou Juridictions à juge unique?* ومعنى جماعية القضاة أن الدائرة القضائية لا يمكن أن تتكون من قاض فرد وإنما قوامها التعدد بحيث تتشكل من ثلاثة من القضاة ولا يعني التعدد المطلوب في الدائرة مجرد اشتغالها على ثلاثة قضاة يختص كل واحد منهم بعدد ما من القضايا وإنما يعني التعدد في مدلوله الواقعي أن يشارك القضاة معاً *Statuent ensemble* بنظر القضية الواحدة<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر كوشيه في المرجع السابق، الموضع السابق، ص ٢٧٠.

(٢) انظر كوشيه في المرجع السابق ص ١٨ وانظر كذلك:

R. Perrot; le juge unique en droit français.. Rev. Int. Dr. Comp. 1977. p. 659

وانظر كذلك:

J. M. Baudoin, le juge unique, Rev Trim. Dr. civ. 1992. p. 532.

وفي الفقه المصري عرض الفقهاء لنظام القاضي الفرد ولنظام تعدد القضاة ولقد قيل بأن لكل من هذين النظامين عيوب ومزايا لأن القاضي الفرد يتحمل مسؤولية الفصل في القضية بمفرده لذا قد يدعوه ذلك إلى التروي كما وأن من مزايا هذا النظام ألا يكون هناك حاجة لعدد كبير من القضاة ومن ثم فإن في ذلك تقليل في النفقات كما وأن نظام القاضي المفرد يعزز استقلال القاضي ويساعد على حسن اختيارهم كما وأنه يؤدي إلى عدم إطالة أمد النزاع.. أما عن عيوب هذا النظام فهي إمكانية التأثير على القاضي المفرد ومن ذلك أيضاً أن تصدر الأحكام بدون مشورة أي مداولة، كما وأن الاعتماد على القاضي المفرد لا يعزز الرقابة الكافية على عمل القاضي.. وعلى النقيض من ذلك فإن الأخذ بتعدد القضاة في القضية =

ويختلف الأمر فيما لو كانت الدائرة القضائية مكونة من قاض فرد يختص هو وحده بالنظر في القضايا المنظورة أمامه ولا يشاركه في القضاء فيها غيره من القضاة<sup>(١)</sup>.. وتثير جماعية القضاء أو فردية القاضي جدالاً في الفقه الإجرائي المقارن إذ قيل بأن الجماعية أفضل من نظام القاضي الفرد لأنها تسمح بتبادل وجهات النظر بين القضاة وتتيح الفرصة للمداولة فيما بينهم وتسمح بتبادل الخبرات القانونية والتفهم الأعمق لظروف النزاع بما يحقق الصورة الأفضل للعدالة وبما يقيم الحقائق وبما يفتح المجال لعدم تحيز القاضي ويكفل استقلاله بحيث يتعذر التعرف على مصدر القرار في الحكم القضائي، كما وأن الجماعية ضماناً لعدم الأخطاء القضائية ومدعاة لأن يعرب القاضي عن رأيه في الدعوى بقدر أكثر حرية وعدم خشية من لوم أو انتقاد فيما لو لم يصادف الحكم قبول أحد الخصوم أو جميعهم<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك لا يخلو نظام جماعية القضاة من الانتقادات إذ قيل بأن

---

=الواحدة يوجد الرقابة الذاتية للدائرة القضائية وبمحي حياد القاضي وبحول دون التأثير عليه، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٢١٨، رقم ١٣٠ وراجع كذلك "موريل" في الفقه الفرنسي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١١٣، فقرة ١١٣ حيث يوضح الفقيه أن نظام تعدد القضاة هو النظام السائد في فرنسا وفي العديد من الدول. وفي ذلك يقول:

le tribunal ne peut statuer que si un certain nombre de juges ont assisté aux débats et pris part au jugement, c' est le système normal dans l' organisation judiciaire française.

(١) راجع في الإشارة إلى جماعية القضاء في المحاكم الفرنسية، قانون المرافعات الفرنسي الصادر في ٢ أغسطس ٢٠١٣ المواد من ٤٣٠ حتى ٤٤٦.

(٢) راجع في الإشارة إلى حالات عدم تعدد القضاة في المحكمة وتبني نظام القاضي الفرد في فرنسا مثلما هو الأمر بالنسبة لقاضي التنفيذ: Jean Vincent et Serge Guinchard; Procédure civile. Op. cit. p. 132 No. 128 etss.

وانظر في الإشارة إلى نظام القاضي الفرد وجماعية القضاء في فرنسا: Travaux 9<sup>e</sup> colloque des I. E. J. Nice 1974 Publié 1975.

وراجع أيضاً: R. Perrot; "le juge unique en droit français" Rev. intern. Dr. comp. 1977. p. 659.

الجماعية لا تحقق في الواقع الغاية منها وما قبل عن المداولة وتبادل و جهات النظر قبل صدور الحكم هو أمر نظري بحث إذ المداولة لا تتم في أغلب الحالات وهي غالباً أمر شكلي. وحتى لو كان هناك مداولة فإن رأي رئيس الدائرة هو ما يكون محل اعتبار لدى القاضيين الآخرين<sup>(١)</sup>. أو ربما كان هو رأي القاضي الذي أسند إليه دراسة ظروف النزاع إذ جرى العمل على توزيع القضايا بين أعضاء الدائرة الواحدة بحيث يتولى كل عضو الانفراد بدراسة قدر معين من هذه القضايا بمفرده ومن ثم فإن الواقع العملي يسفر عن نظام القاضي الفرد، كذلك قيل بأن الأخذ بنظام القاضي الفرد هو نظام أقل تكلفة من الجماعية وهو تعبير عن الممارسة الفعلية لتولي القضاة للعمل، كما وأنه يدعو إلى القضاء على بطء التقاضي ويساعد في سرعة إنجاز القضايا<sup>(٢)</sup>.

(١) وفي النظام القضائي المصري أخذ المشرع بمبدأ جماعية القضاة كأصل عام، ويظهر ذلك جلياً بالنسبة لمحكمة النقض حيث ورد في المادة الثالثة من قانون السلطة القضائية النص على أنه تؤلف محكمة النقض من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس والقضاة وتكون بها دوائر لنظر المواد الجنائية ودوائر لنظر المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ويرأس كل دائرة فيها رئيس المحكمة أو أحد نوابه يجوز عند الاقتضاء أن يرأس الدائرة أقدم القضاة بها، وتصدر الأحكام من خمسة قضاة. كذلك الأمر بالنسبة لمحاكم الاستئناف حيث قررت المادة ٧ من قانون السلطة القضائية أنه تشكل في كل محكمة استئناف محكمة أو أكثر لنظر قضايا الجنايات وتؤلف كل منها من ثلاثة من قضاة محكمة الاستئناف، وورد في المادة ٦ من القانون أن يكون مقر محاكم الاستئناف في القاهرة والإسكندرية والمنصورة والإسماعيلية وبني سويف وأسيوط وقنا ويؤلف كل منها من رئيس وعدد كاف من الرؤساء والنواب ورؤساء الدوائر والقضاة وتصدر الأحكام من ثلاثة قضاة، وجاء في المادة ٩ من القانون أن تصدر الأحكام في المحاكم الابتدائية من ثلاثة أعضاء، أما بالنسبة للمحكمة الجزئية فإن المشرع قد أخذ بالنسبة لها لقاعدة القاضي المفرد حيث جاء في المادة ١٤ من قانون السلطة القضائية النص على أنه تصدر الأحكام في المحاكم الجزئية من قاض واحد.

(٢) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن من قوانين المرافعات المقارنة ما يميز بين أنواع متعددة من القضاة فمثلاً في قانون المرافعات الكندي الصادر في عام ٢٠١٣ في =

ومهما يكن من الأمر فإن الواقع الملموس كما يرى وبحق الأستاذ "جيرار كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي فإن مبدأ الجماعة هو السائد في المحاكم الفرنسية، وهو أيضاً السائد في تشكيل الدوائر القضائية في نظامنا المصري إذ قلما تتكون الدائرة من نظام القاضي الفرد، وعلى كل حال فإن نظام الدوائر لا يؤثر على الاستعانة بالخبراء بحيث يقال بغلبة استعانة القاضي بالخبير لو كانت الدائرة مشكلة من قاض فرد أو قلة الاستعانة به لو كانت الدائرة جماعية لأن القاضي دائماً وأبداً هو الخبير الأعلى في مسائل القانون وسواء تعدد القضاة أو انفردوا في نظر القضايا أو الحكم فيها فإن الخبير هو عون لهم وهو من يستعان به لفهم ظروف النزاع ويظل العلم القانوني القائم لدى القاضي أو القضاة بحاجة لمسائل الخبرة، من أجل ذلك لا يمكن الاعتقاد بأن نظام القاضي الفرد أو جماعية القضاة مما يؤثر في الاستعانة بالخبير إذ هو دائماً عون من أعوان القضاة<sup>(١)</sup>.

=كوبيك تكلم المشرع في الفصل ٢٥ عن القضاة المتخصصين في الفصل في القضايا من خلال الجلسات، وهؤلاء من عناهم المشرع بقوله:  
**"Juge" Selon le contexte, en juge exerçant en son bureau ou siégeant en salle d' audience.**  
 وهناك من يكون قاضياً للتحقيق وهو:  **juge du process; un juge qui préside à l' instruction d' une cause.**  
 وهناك قاض من فئة الرئيس وهو من يعهد إليه برئاسة إحدى الدوائر القضائية هو أو أحد أعوانه:  **"Juge en chef le juge en chef, le juge en chef associé ou le juge en chef adjoint**  
 (١) ولقد صرح المشرع في قانون السلطة القضائية في المادة ١٣١ منه أن أعوان القضاة هم الخبراء وأمناء السر والكتابة والمحضرون والمترجمون، كذلك يمكن أن نلمح مظاهر معونة الخبير للقاضي في نظام الخبراء في فرنسا إذ القاضي هو من يقرر ندب الخبير في الدعوى، ويكون بندبه إما من تلقاء المحكمة إذا رأت جدوى وأهمية لذلك وقد يكون الندب بناء على طلب الخصوم وفي هذه الحال يكون الندب أيضاً من جانب القاضي؛ إذ لا يملك أي من الخصوم أن يندب هو أحد الخبراء، كذلك فإن من ظاهر معاونة الخبير للقاضي أن القاضي هو من يحدد حدود عمل الخبير أي هو من يبين في قرار بندبه للخبير المهمة الموكولة إليه، كذلك يميز المشرع الفرنسي للقاضي أن يحضر أثناء عمل الخبير ويكون له أن=

## المطلب السادس

مدى تأثير تكوين الدوائر القضائية بقضاة من الهيئة القضائية وقضاة من خارجها بالاستعانة بالخبراء

ينصرف البحث في مدى تأثير تكوين الدوائر القضائية بقضاة من داخل الهيئة القضائية وقضاة من خارج هذه الهيئة بإمكانية الاستعانة عن عمل الخبير: "Juge de Carrière ou juges "Occasionnels"؟ ولقد طرح في فقه المرافعات المقارن منذ أمد طويل التساؤل عما إذا كان يجب أن يتولى القضاء قضاة ذوي خبرة في المسائل القانونية وحدها، بحيث

=يطلب منه تكملة المأمورية أو تفسير الوقائع ومناقشة الخبير في نتائج أعماله سواء أحدث ذلك من خلال التقرير أو أثناء المناقشة الشفوية له في الجلسة، كذلك يجوز للقاضي أن يطلب من الخبير الالتزام بالأجل الذي قرره المحكمة له لمباشرة عمله، ومن مظاهر علاقة التعاون من الخبير للقاضي فإن المشرع الفرنسي يقرر نظاماً خاصاً للاستعانة بالدوري بين القضاة والخبراء لتنظيم علاقة العمل، راجع في الإشارة إلى ذلك:

M. Olivier, mesures d' instruction confiées à un technicien, répertoire de procédure civile. 2e édition, Mise a jour 1993, tome II, Dalloz.

وراجع في عرض مظاهر الصلة بين القاضي والخبير المعاون له الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين في الخبرة في المواد المدنية والتجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بنداب الخبراء، طبعة ١٩٩٠ ص ١٧.

وفي الشريعة الإسلامية أجاز النظام القضائي للقاضي الاستعانة بالخبير وكان من المقرر منذ بدء هذا النظام أنه يجوز للقاضي أن يلجأ إلى الخبير ودليل ذلك قول الحق سبحانه وتعالى ﴿وَلَا يُبَيِّنُكَ مِثْلُ خَبِيرٍ﴾ (الآية ١٤ من سورة فاطر) وقوله كذلك: ﴿فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ (الآية ٤٣ من سورة

التحل) ويستدل على ذلك أيضاً بقول رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم "المستشار مؤتمن"، واشترط الفقهاء في الفقه الإسلامي في الخبير أن يكون أهلاً للمعرفة وأن يشتهر عنه العدل وأن يتوافر فيه العلم والنزاهة.. ولقد عرف النظام الإسلامي في القضاء أهل الخبرة وفقاً لنظام الخارص وهو من يعهد إليه بتقويم الثمار، راجع في عرض ذلك الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في بحثه في النظام الإجرائي للخبرة، سابق الإشارة إليه ص ١٢، ١٣.



يكون التخصص في المسائل القانونية هو المؤهل العلمي الذي يتيح له ويمكنه من ممارسة القضاء - فالقاضي رجل قانون والقانون هو تكوينه العلمي وهو الخبير الأعلى في نظر المنازعة عند طرحها عليه<sup>(١)</sup>. ومن ثم فإن الدراسة القانونية هي عماد عمل القاضي وشغله الشاغل وهي الثقافة والعلم والفن الذي يتقنه القاضي ويمكنه من العلم بوجه الحق وتفسير النصوص وإنزال أحكامها على القضية المطروحة عليه، وعندئذ يطلق على القاضي تسمية مميزة له إذ يوصف بأنه "قاض في الهيئة القضائية" - "juge de carrière" - وهو من يصفه الفقهاء من أمثال الأستاذ "جيرار كوشيه" في فرنسا بالقول:

"Dans la mesure où la mission essentielle du juge est de statuer sur les affaires qui lui sont soumises en appliquant la règle de droit, il peut sembler indispensable de composer les juridictions de "juges de carrière" ayant par hypothèse reçu une formation appropriée à la mission qui leur est confiée"<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك فقد تقتضي ظروف قضية ما تكوين معايير للقاضي بحيث لا يكون رجل قانون مثلما هو الأمر في القاضي من داخل الهيئة وإنما يكون القاضي من ذات الفئة أو الطائفة أو الخبرة في مجال المنازعة المطروحة بحيث يصح وصفه بأنه "قاضي أهل الخبرة في المسألة المعنية" بالنظر لأن الفصل في الدعوى يحتاج علماً متميزاً في المسائل الاقتصادية أو الاجتماعية ويوصف القاضي في هذه الحال بأنه قاضي أهل المهنة أو الحرفة أو

(١) راجع في دراسة نظام قضاة الهيئة القضائية والقاضي العرضي في النظام الإجرائي الفرنسي: Ph. Merle; pour un échevinage renouvelé, Dalloz 1982 chr. 82. وراجع أيضاً: Perrot, Institutions judiciaires, 7e éd. Nos 132.

وراجع في الإشارة إلى تشكيل المحاكم التجارية الفرنسية من قضاة من التجار وتأييد هذا الاتجاه أو الاعتراض عليه A. Roger, Défense de l' echevinage; l' exemple des tribunaux mixtes de commerce. Jcp 1996. I. 3905.

(٢) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 18

النشاط<sup>(١)</sup> وهو من يطلق عليه في فقه المرافعات الفرنسي *les juges occasionnels* وهم قضاة ليسوا من خبراء القانون *Sans doute mieux armés que des "techniciens de droit"* ومنهم مثلاً القضاة في قضايا العمال أو القضاة في القضايا التجارية أو قضاة مسائل الأحوال الشخصية وهم من يختاروا من الوسط العمالي أو وسط التجار أو قضاة علم الاجتماع في الأحوال الشخصية<sup>(٢)</sup>. وترجع العلة في تولي هؤلاء مهمة القضاء في المسائل محل النزاع المتخصص إلى ما لديهم من خبرة تسهم بصورة فعالة في حل القضية وإنزال حكم قانون المهنة على النزاع، ومن ثم فإنهم "قضاة الخبرة" المطلوبة والمتخصصة والتي لا يتسنى للقاضي العادي بلوغ ضوابط أحكامها<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع: René Morel; *Traité élémentaire de procédure civile*. Deuxième édition. P. 137 No 142.

(٢) وفي فقه المرافعات الفرنسي قال الأستاذ "كوشيه" بأن هناك من القضايا التي تطرح على القضاء ما يستوجب العلم المتصل بفرع من فروع العلوم أو الفنون في مختلف المجالات كالمجال الاقتصادي أو الاجتماعي ويكون الملم بهذا العلم أقدر على الفصل في القضية أكثر من القاضي الذي تنحصر خبرته في القانون:

Toutefois, le règlement des litiges implique aussi une bonne connaissance du milieu économique au sociale dans lequel ceux - ci ont pris naissance: ainsi, par exemple, des juges dont le métier n'est pas de juges. [Que l' on qualifie faut de mieux, de juges occasionnels].

راجع: Gérard Couchez; *op. cit.* p. 18.

(٣) ومن الجدير بالذكر أن هناك اختلافاً بين القاضي المتخصص والمحاكم المتخصصة، ومن أمثلة هذه المحاكم المتخصصة ما أدخله المشرع المصري بموجب القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ من استحداث المحاكم الاقتصادية ووجه الحدأة في هذه المحاكم أن المشرع قد أقام هذه المحاكم ككيان خاص داخل نظام المحاكم المصرية ولقد نص في المادة الأولى من القانون المنشئ لهذه المحكمة أنه: تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة استئناف محكمة تسمى المحكمة الاقتصادية، وتشكل المحكمة الاقتصادية من دوائر ابتدائية ودوائر استئنافية وتعد الدوائر الابتدائية والاستئنافية في مقر المحاكم الاقتصادية، ومع ذلك لم يضمن القانون إنشاء دوائر جزئية.. راجع في النظام القانوني لهذه المحاكم الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٨٧٠ رقم ٤٥٠ وما بعدها.

ويعتمد النظام القضائي الفرنسي على نظام القضاة من داخل الهيئة ونظام القضاة من خارجها وأيضاً تأخذ بعض المحاكم بالتشكيل المختلط للدوائر القضائية، فمثلاً يقوم قضاء محكمة النقض الفرنسية على التشكيل البحث للقضاة من داخل الهيئة القضائية لأن قضاء هذه المحكمة هو قضاء في القانون وليس قضاء في الوقائع بينما يتكون القضاء التجاري أو العمالي من القضاة من خارج الهيئة:

"ont ensuite également une composition homogène les juridictions qui ne comprennent que des juges occasionnels, étant précisé que ceux - ci sont choisis en raison du lien existant entre leur activité principale et celle des parties au procès ou l' objet de ce dernier: c' est actuellement le cas des actuellement le cs des tribunaux de commerce et des conseils de prud' hommes <sup>(1)</sup> .

وبالمثل وجد في القضاء الفرنسي المحاكم ذات التكوين المختلط إذ تتكون المحكمة من قضاة من الهيئة القضائية وقضاة من خارج الهيئة مثلما هو الحال في محاكم الضمان الاجتماعي.

وبالرغم مما يخلص إليه الأستاذ "كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي من أن المحاكم ذات التشكيل المختلط هي ما يناسب الوضع الراهن للمحاكم الفرنسية ce système semble être assez bavarement reçu à notre époque.

إلا أن الاعتقاد السائد لدينا هو أفضلية نظام القضاة من داخل الهيئة القضائية مع الإبقاء على استعانة القاضي بالخبير كعون من أعوانه لأن نظام الخبير وما يطرحه من تقرير يسهل متابعة العامة لأداء العدالة بموجب مبدأ علانية المحاكمة. ثم إن الخبير وهو يؤدي دوره المحايد في مسائل الإثبات يكون أكثر إقناعاً للخصوم بالحجج الفنية التي قد لا يكونوا على علم بها والخبير يؤدي في هذا المقام دوراً مزدوجاً لأنه إذا كان عوناً من

(1) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 19.

أعوان القضاة فإنه أيضاً الوسيلة التي يباشر من خلالها الخصوم مبدأ تسيير  
الخصومة<sup>(١)</sup>.

(١) والحقيقة أن الإبقاء على دور الخبير كمعاون للقاضي يلبي ويستجيب لعدة  
متطلبات إجرائية هامة لا غنى عنها في سبيل أداء العدالة؛ لأن أداء الخبير لمهمته  
هو مسألة فنية تتيح للعامة الاقتناع بحسن أداء القاضي لمهمته في الفصل في القضايا  
على نحو يتفق وصحيح القانون وهذه العلة هي بذاتها ما استهدفها المشرع في قوانين المرافعات  
حينما جعل المحاكمة في العلنية وهي بذاتها ما استهدفها المشرع في قوانين المرافعات  
قاطبة، راجع في الإشارة إلى مدلول العلنية ودواعيها محمد العشماوي والذكور  
عبد الوهاب العشماوي في قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، سابق  
الإشارة إليه ص ٥٤ رقم ٦٤٥ حيث الإشارة إلى أن للعلانية فوائد عديدة لأنها  
وسيلة لجعل الأحكام موضع ثقة عند العامة وفيها إشعار للقاضي بأنه تحت  
المراقبة والإشراف وهي تبعد القاضي من مظنة التحيز أو الإهمال، وهذه  
الاعتبارات كلها تتلاشى لو كانت الدائرة التي تنظر في القضية مكونة من قضاة  
من غير القانونيين ممن يعتمدون على تكوينهم العلمي أو خبرتهم عند الفصل في  
الدعوى، إذ كيف يتسنى للعامة أن يراقبوا ما لدى القاضي من علم أو فن،  
راجع في الإشارة إلى دواعي العلنية الأستاذ محمد العشماوي والذكور عبد  
الوهاب العشماوي في المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٥٤ وراجع كذلك:

P. kayser; le principe de la justice dans le procédure  
civile, Mélanges Hebraud. P. 501 ets.

كذلك فإن الإبقاء على نظام الخبير كمعاون للقاضي فيه تأكيد لحق الخصوم في  
المواجهة لأن من موجبات هذه المواجهة أن يكون الدليل قد طرح في الجلسة، أما  
إذا كان القاضي قد بنى اعتقاده بالاعتماد على المعلومات المتوافرة لديه لو كان  
هو ذاته من أصحاب الخبرة فإن ذلك لا يدعو إلى الأخذ بقاعدة المواجهة، ولو  
واجه القاضي الخصوم بما لديه من معلومات فإنه يصبح شاهداً ولا يصح أن  
يكون القاضي شاهداً راجع في إعلاء مبدأ المواجهة بين الخصوم.

Couchez; Principe de la Contradiction; J. class. Proce. Civil,  
fasc. 114.

وانظر كذلك:

Normand; les droits de la défense devant les juridiction  
du travail; semaine sociale. Lamy, suppl. no 410 mai 1988  
D. 51 ets.

كذلك فإن تشكيل المحكمة من قاض ليس لديه تكوين قانوني يحرم الخصم من  
العلم بكل ما يجري أثناء نظر الدعوى وفي ذلك مخالفة لنص المادة ١٥ من قانون  
المرافعات الفرنسي التي وردت فيها الإشارة إلى أنه:

## المطلب السابع

### موقف قانون المرافعات الإنجليزي من الخبير كمون من أعوان القضاة

يقوم النظام الإجرائي الإنجليزي على أسس واضحة في المحاكمة المدنية.. ويشير الأستاذان Smith and Bailley إلى طابع المجادلة والمواجهة السائد في كل محاكمة أمام المحاكم المدنية<sup>(١)</sup>، إذ من المسلم به أنه توجد في كل دعوى مدنية طرف يباشر الادعاء وهو من يدعي الحق والطرف الآخر وهو من يتولى الدفاع في مواجهة ادعاءات المدعي:

Adversarial procedure is the fundamental, characteristic feature of English civil justice. "you have two adversaries in every civil dispute – someone asserting a right, someone denying it. Someone contending for one thing, someone contending against it".<sup>(٢)</sup>

---

=Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.

(١) انظر: Smith and Bailley; p. 783.

(٢) راجع: Smith and Bailey on the modern English legal system. Third Edition. S. H Bailey and M. J. Gunn. P. 787.

ويصرح الفقهاء في الفقه الإنجليزي بأن المشرع قد نظم أداء الخبير لعمله بموجب قانون الإثبات المدني الصادر في عام ١٩٧٢ كما وأن هناك قواعد أخرى منظمة لعمل الخبير مقررة في أحكام المحكمة العليا، وخاصة اعتبار الخبير من أعوان القضاة أوجبت أن يكون اللجوء إلى طلب الخبير قبل المحاكمة لأن تقرير الخبير يعد وسيلة فعالة في الإثبات والإثبات هو جوهر التحقيق الذي يجريه القاضي، ولقد أجاز المشرع الإنجليزي أن يتفق الخصوم على اللجوء إلى الخبير مقدما كما أجاز المشرع للخصوم الاتفاق على من يتولى عمل الخبرة في القضية.

وفي فقه المرافعات الإنجليزي غالبا ما يجري الفقهاء التفرقة بين الشهادة والخبرة، وفي مقام إظهار أوجه الاختلاف قال الأستاذان "سميث وبيلي" أن الخبرة تفضل الشهادة، لأن الخبير لا يعد من الشهود العاديين وإنما هو الشاهد المحايد صاحب

وفي المحاكم الإنجليزية سواء منها ما يكون من محكمة التاج أو محاكم المقاطعة يعد إثبات الادعاء أو نفيه وسيلة مقررة في مجال الدعاوى المدنية ويعد الشهود أحد أدلة الإثبات وكذلك الخبراء<sup>(١)</sup>. ولما كان من الممكن أن

=الخبرة، وفي ذلك يقول الفقيهان:

The expert witness may be different from an "ordinary" witness in that evidence is being given on matters within a field of knowledge, often after a prolonged examination. However, the expert witness is examined and cross examined in just the same way. More importantly, the expert witness is just as much the property of one party.

ويضيف الفقيهان إلى ذلك قولهما إن تقرير الخبير يؤدي دوراً إيجابياً للخصم الذي يرد التقرير لصالحه كما وأن لهذا التقرير دوراً في توصيل القاضي إلى حقيقة النزاع في الدعوى، ومن أجل ذلك يعد تقرير الخبير مؤشراً على اتجاه المحكمة لصالح الخصم الذي صدر التقرير لصالحه، راجع في هذا المعنى Smith and Bailey, P. 788.

(١) وإن كان المشرع الإنجليزي قد اعتبر الخبير عوناً من أعوان القاضي، فإن الأمر كذلك في القوانين المقارنة، ومن ذلك أيضاً ما هو مقرر في قانون المرافعات الإيطالي حيث قررت المادة ٦١ منه أن يكون للقاضي أن يستعين بالخبراء وفقاً لجدولهم المقررة في كل محكمة والمعدة ومقسمة تبعاً لكل من أنواعهم، وتسمى هذه الجداول بجدول الخبراء التابعين للمحكمة، وبجانب هؤلاء يمكن للخصوم أنفسهم أن يستعينوا بخبراء آخرين من غير الجدول.. وفي ذلك تنص المادة على أنه:

The ctu must be chosen from the "Albo dei perti" this is a register which is divided into categories each of which includes people with specific professional and technical skills. Each court has such a register and it is managed by the president of the court.

والمستفاد من نص المادة ٦١ من قانون المرافعات الإيطالي أن المشرع يفرق بين نوعين من أنواع الخبراء أولهما خبراء الجدول ctu وهم من يختار منهم القاضي من يعاونه في القضية. وثانيهما الخبراء من خارج الجدول C + P وهم من يستعين بهم الخصوم بصفة استشارية، وعلى كل حال فإن الخبير كما تقرره المحكمة العليا هو من يدلي بشهادته الفنية في القضية ومن ثم يجب أن يكون لديه العلم والفن أو الحرفة اللازمة لأداء هذه الأمور وأن يكون قد أدى اليمين القانونية لمباشرتها حسبما حددها القاضي كما يجب أن يتوافر فيه الحياد the ctu must be neutral and impartial كما يجب ألا يرتبط بصفة ما بأحد الخصوم بمثل القرابة أو النسب.. راجع في ذلك نقض إيطالي في ٢٢ يوليو ٢٠٠٤ cass. Sez. I. 22 July 2004, no. 13667.

يؤدي الشاهد شهادته وهو تحت تأثير بعض الضغوط لذا فإن المحكمة هي من تحدد من تراه أكثر تعبيراً عن الحقيقة في الدعوى. ويختلف الحال إلى حد ما بالنسبة للخبراء إذ هم أكثر حيذة وأكثر مقاومة للتأثير من جانب الخصوم، وفي ذلك يقول الأستاذان: "سميث وبيلي" في إنجلترا

The pressures on an expert witness will be less. Particularly, since such a witness will have had time to reflect upon the evidence to be given. In many civil trials part of the evidence is likely to be given by such witnesses. Expert evidence is opinion evidence, and opinion evidence is admissible from an expert, though not from an ordinary witness. Experts are not limited to giving opinion evidence, and opinion evidence is admissible from an expert, though not from an ordinary witness. "Experts are not limited to giving opinion evidence"<sup>(1)</sup>.

أما عن المهام المسندة إلى الخبير فإنها متنوعة ومنها أنه (١) يساعد الأطراف في الخصومة المدنية على التعرف على الوقائع وتقييمها تقيماً واقعياً من الناحية الفنية. و(٢) مساعدة المحكمة في استظهار أدلة الإثبات على أن يكون لرأيه صفة استشارية. و(٣) الدراسة الفنية لواقعات القضية كما أن له أن يطلع المحكمة على موقف القوانين الأجنبية إذا دعت إلى ذلك ظروف القضية. و(٤) ولا يقتصر عمل الخبير على تقديم المشورة الفنية للمحكمة، بل يتجاوز عمله ذلك لمعاونة جهات التحقيق بما يلزمها من استشارة فنية تسهم في إنجاز وإنجاح التحقيق الذي تجر به أي جهة قضائية وبالأخص النيابة العامة. و(٥) ويمكن للمحكمة استدعاء الخبير للجلوس مع هيئة المحكمة لتفهمها حقيقة الأدلة الفنية التي يجب على المحكمة أن تأخذها بعين الاعتبار:

Sit as assessors with judges to assist the court to understand the technical evidence which the court has to consider<sup>(1)</sup>.

(١) راجع: Smith and Bailey; p. 790.

(٢) راجع: Smith and Bailey; p. 791.

وفيما يتعلق بحق الخصوم في الاستعانة بخبير استشاري فقد أجاز  
المشرع الإنجليزي ذلك بموجب قانون الإثبات المدني الصادر في عام ١٩٧٢  
وأيضاً بما هو مقرر في قواعد المحكمة العليا<sup>(١)</sup>.

وهو حق مجاز للخصوم لهم الاستعانة به قبل بدء المحاكمة وتظهر  
جدواه حتى لا يفاجأ أحد الخصوم بمسائل فنية يحسن إيضاحها قبل نظر  
الدعوى حتى لا تكون هناك حاجة إلى التأجيل.. كذلك يميز القانون  
الإنجليزي للخصوم الاتفاق على الخبير قبل بداية المحاكمة أو الاتفاق على  
عدم الحاجة إلى الخبير أثناء نظر الدعوى.

ويشير الفقهاء الإنجليز إلى أن الخبرة وسيلة فعالة في مجال الإثبات في  
الدعاوى المدنية؛ لأن ما يقدمه الخبير من رأي أو استشارة أو مشورة أو ما  
يقدمه من تقرير لا يكون صادراً عن شخص عادي؛ إذ الخبير أهل للخبرة  
والعلم والفن الذي تحتاجه ظروف الدعوى، ويقول الأستاذان "سميث  
وبيلي" في فقه المرافعات الإنجليزي أن المعتاد أن يقدم الخصوم كافة  
المساعدات الممكنة ليأشر الخبير عمله إذ من الأهمية بمكان أن تأتي نتيجة  
الخبير في صالح الخصم الذي يسعى إلى كسب الدعوى، حتى إن وصف  
الفقهاء نتيجة الخبير بأنه مما يملكه الخصم لو كان التقرير لصالحه لذا  
يتنافس الخصوم من أجل كسب تقرير الخبير:

---

(١) وتجدر الإشارة إلى أن ما هو متبع في القضاء الإنجليزي هو أيضاً ما تأخذ به  
معظم القوانين الإجرائية المقارنة سواء فيما يتعلق بخبراء الجدل وكيفية تعيينهم  
وصلاحياتهم وسلطة القاضي في الاستعانة بهم كأعوان له، وهذا ما هو معمول  
به في كندا وألمانيا وإنجلترا واليابان، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذة  
patricia taylor في مقال لها المؤرخ في ١١ مارس ٢٠١٣ وحيث تشير إلى  
أن المصدر العلمي لذلك هو مجلة:

Marquette law review Article Andrew W. Jurs, Balancing  
legal Process with Scientific Expertise. Expert witness  
Methology in five nations and suggestions.

راجع:

The role of the Expert in other countries – for expert  
witness.



There is a temptation for parties to indulge in a battle of experts in court, sometimes hoping to win the point by the sheer volume of evidence or by the eminence of their witnesses<sup>(1)</sup>.

ويضيفان إلى ذلك قولهما بأنه لما كان من الشائع طلب الخبير الاستشاري من جانب الخصوم لتقديم الرأي الفني في موضوع النزاع أمام المحكمة وقد يلجأ كل خصم لخبير دون الآخر مما يؤدي إلى الغموض أحيانا وزيادة التكاليف، لذا فقد تقوم المحكمة من تلقاء نفسها بتعيين الخبير وربما كان في ذلك فائدة لعدم تعدد الآراء بين الخبراء أو التعارض بينهم، فالخبير المستقل الذي تحدده المحكمة يكون غير متأثر أو متحيز لأحد الخصوم وإنما هو يراعي الظروف الفعلية للوقائع محل النزاع.

There is a power in the court to alleviate some of these problems by appointing an independent expert in any matter which is to be tried by judge alone<sup>(2)</sup>.

(١) راجع: Smith and Bailey. P. 788

(٢) وبالرغم مما قيل من مزايا الخبرة ومن أن عمل الخبير يعد معاونة للقاضي فإن هناك عيوباً قيل بها في شأن هذه المعونة في شأن القضايا المدنية والتجارية في إنجلترا إذ قيل بأن الخبرة تعرقل عمل القاضي وأنها تعد وسيلة لبطء التقاضي وأنها تؤدي كذلك إلى زيادة المصاريف بالنظر لما يتحملة الخصم، ثم إن الخبرة لا تحول دون عدم تحيز الخبير الذي يكون هو الآخر عرضة للتحيز والانهياز لأحد الخصوم دون الباقي منهم، وغالباً ما يميل الخبير في الرأي لرأي طالب الخبرة من الخصوم. لذا قيل:

The need to engage experts was a source of excessive expense, delay and, in some Cases, increased Complexity, through the excessive or inappropriate use of experts, concern was also expressed as to their failure to maintain their independence from the party by whom they have been instructed.

راجع: ملاحظات المحكمة العليا في إنجلترا لعام ١٩٩٥ ص ٦٩٨ وفي الإشارة إلى الجوانب السلبية للخبرة Re Saxton 1962. W. L. R. 968. per lord Denning M. R. at p. 973.

وانظر كذلك: A. Kenney; the Expert in Court. 1983. 99. وبالنظر لهذه الانتقادات اجتهد المشرع الإنجليزي في سبيل الحد من هذه الجوانب =

## المطلب الثامن

### تنظيم قواعد الخبرة في إنجلترا بموجب

قواعد اللورد وولف - "lord woolf" لعام ١٩٩٥

وبالنظر إلى تزايد الدور الذي يؤديه الخبير في القضايا المدنية في إنجلترا في الوقت الراهن قدمت قواعد "اللورد وولف lord Woolf" إرشادات لتأدية الخبراء لعملهم وقد ميزت قواعد "اللورد وولف" بين الخبير إذا ما أسندت إليه مهمة معاينة الوقائع أو فحص موضوع الدعوى وبين أداء الخبرة بالرأي أو المشورة فحسب، وقد حُرِّضت قواعد "اللورد وولف" على التوسع في اللجوء إلى الخبرة وأسهمت هذه القواعد في التقليل من مصاريف الخبير والإتجاه إلى سرعة أداء الخبير لعمله<sup>(١)</sup>.

---

=السلبية اقترحت لجنة اللورد lord woolf التفرقة في عمل الخبير بين فحص الوقائع أو الماديات محل الخبرة وبين القيمة المهنية المعطاة للوقائع إذ في ذلك ما يحقق الاستقلال المطلوب للخبير ثم إن ذلك يسهم في عدم إطالة أمد التقاضي ويقلل النفقات.

Lord woolf distinguished between the fact - finding and opinion giving roles: aimed to increase the independence of experts: desired to encourage the use of experts to narrow, not widen, the issues, Intended to reduce the delay and Cost engendered by their use: and desired to reduce the inconvenience to experts of their involvement in civil procedures.

راجع: Smith and Bailey. P. 788 - 789 وراجع أيضا:

R. M. Jackson; the Incidence of jury Trail during the past Century. 1937. p. 132.

(١) وتجدر الإشارة إلى أن أوجه الانتقاد التي وجهت لاستعانة القاضي بالخبير لم تكن خافية عن المشرع في قوانين المرافعات المقارنة - لذا قيل بأن الخبرة تطيل أمد التقاضي، وهي تؤثر على استقلال القاضي، كما وأن الخبير أيضاً يكون عرضة للتحيز وعدم الاستقلال بسبب اتصاله بالخصوم في التحقيق الذي يباشره معهم، كما قيل بأن الخبرة فيها إرهاق للخصوم في مجال المصاريف التي يتعين عليهم تأديتها كمصاريف للخبير، ولربما اجتهد المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الفرنسي إلى التغلب على هذه المثالب لذا فإنه قد حظر الطعن في التقرير استقلالاً =

ويشير الأستاذان "سميث وبيلي" في إنجلترا إلى القواعد التي قررها "اللورد وولف" في شأن الخبرة ومنها (أولاً) أن طلب الاستعانة بالخبير لا يجوز إلا بإقرار المحكمة لذلك : the Calling of expert evidence should be subject to the Complete control of the court (ثانياً) وللمحكمة أن تعين الخبير من تلقاء نفسها سواء اتفق الخصوم على ذلك أو لم يتفقوا إذ تكلف المحكمة الخبير بالاستشارة أو المشورة لها : the Court should have discretion with or without the agreement of the parties, to appoint an expert to give evidence. (١) (ثالثاً) وللمحكمة سلطة واسعة في تعيين خبراء كمساعدين لها : the Court Should have wide power to appoint assessors (رابعاً) وعلى الخبراء أن يقدموا تقريراً بما قاموا به عند تكليفهم بذلك من المحكمة وهم مسئولون أمامها وليس أمام الخصوم ولو كان هؤلاء هم من طلبوا الخبرة : experts should be given clear guidance that, when preparing their evidence or actually giving evidence to a court, their first

= عن الطعن في الحكم الصادر في القضية وبالمثل حظر المشرع الطعن بالاستئناف في حكم المحكمة بإحالة الدعوى إلى الخبير

l' on a vu que la décision ordonnant une mesure d' instruction ne pouvoir en principe être Frappé d'appel indépendamment du jugement sur le fond, autrement dit qu' un appel immediate Contre une telle décision était normalement exclu.

راجع : Gérard Couchez; op. cit. p. 273 No. 371.

ومع ذلك فظن المشرع الفرنسي إلى ما يمكن أن يترتب على حظر الطعن في حكم المحكمة بنذب الخبير عند حالات الضرورة فأجاز استئناف هذا الحكم في هذه الحالة. حيث جاء في المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات الفرنسي أنه :

peut être frappe d' appel s' il est justifie d' un motif grave et légitime.

راجع في تطبيق فكرة الأسباب الخطرة والمشروعة في نطاق المادة ٢٧٢ مرافعات فرنسي : Cass. Civ. 3 avril 1978 et 5 mai 1978, Rev. trim de

droit civil 1978 p. 926. obs. Perrot.

وراجع أيضاً : Julien. Dalloz 1978 p. 364.

(١) انظر : smith and Bailey. P. 789

responsibility is to the court and not their client (خامسا) وإذا أعد الخبير تقريراً لتقديمه كمشورة للمحكمة يجب أن يضعه تحت تصرفها مباشرة لا تحت تصرف الخصوم: Any report prepared for the purposes of giving evidence to a court should be addressed to the court<sup>(١)</sup>. (سادسا) وإذا كان عمل الخبير بناء على

(١) وجدير بالاعتبار أن هذه القواعد التي اعتمدها المشرع الإنجليزي بشأن تنظيم المسائل الخيرة هي ما تشيع في العمل في القوانين المقارنة؛ لذا نجد مثلا ما يشير إليه في النظام النرويجي حيث يصرح كل من kjersti buunnyarrd وهو مساعد السكرتير العام للمحكمة العليا في النرويج ويقول به أيضا Beatrice Deshayes وهو محام وأيضا Christian Emorine وهو مستشار نرويجي حيث عرضوا لضوابط عمل الخبير في القضايا المدنية في النرويج وأوضحوا أن النظام القضائي النرويجي يعتبر الخبراء معاونين للقضاة وأنه للقاضي أثناء نظر القضية إذا رأى أن هناك حاجة للاستعانة بالخبير أو إذا طلب أحد الخصوم ذلك أو كان الطلب من الخصوم جميعاً، فإن له أن يصدر حكمه بنذب الخبير، ومع ذلك فإن القاضي لا يكون ملزماً في هذا النذب إذا كانت طبيعة النزاع المطروح أمامه لا تقتضي الاستعانة بالخبير حتى وإن كان الاستعانة به بناء على طلب الخصوم

During the Procedure, at the judge's own discretion, it is necessary in order to establish the facts, at the request of one of the parties or both and in this Case the judge rarely refuses unless the mesure seems disproportionate in relation to the dispute or court – appointed.

وبموجب القانون النرويجي يجوز للقاضي بنذب الخبير سواء أكانت الدعوى منظورة أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام محكمة الاستئناف على أن القرار بنذب الخبير لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من القاضي فحسب إذ لا يجوز للخصوم أن يلجؤوا مباشرة للخبير كذلك لا يميز المشرع النرويجي طلب بنذب الخبير قبل المحاكمة إلا في بعض حالات الأحوال الشخصية المحددة قانوناً - وإذا كان النذب لأحد الأطباء فإن على المحكمة أن تتوجه بطلبها في هذا الخصوص للمجلس الطبي وهو الجهة المختصة بقيد الخبراء، وفي جميع الأحوال ينبغي في الخبير أن يكون لديه العلم الكافي بالقانون النرويجي فضلاً عن توافر الخبرة أو العلم اللازم لمعاونة القاضي في القضية المنظورة أمامه، ويوجب المشرع النرويجي على الخبير أن يؤدي يمينا قبل مباشرته للعمل المنتدب من أجله، ويكون أداء اليمين عن النذب لأي مهمة each mission وفيما عدا المسائل الطبية فإن =

مشورة مطلوبة من المحكمة مباشرة، يجب أن يذكر في خلاصة التقرير أنه يتضمن كل ما لاحظ الخبير أنه يؤدي إلى المشورة التي انتهى إليها مع الإشارة إلى الاعتبارات أو الأسباب التي دعت إلى النتيجة الختامية للتقرير (سابعاً) وإذا انتهى الخبير من أعمال الخبرة وبدأ في إعداد التقرير لتقديمه للمحكمة يجب أن يتوقف الاتصال بينه وبين الخصم بما يحقق ميزة قانونية لصالح الخصم: once and expert has been instructed to prepare a report for the use of a court, any communication between the expert and the client or his advisers should no longer be the subject of legal

المحكمة صلاحية واسعة في اختيار من يتدب من الخبراء وإذا اتفق الخصوم على خبير معين كان على المحكمة أن تستجيب لطلبهم ومع ذلك ينبغي ألا تكون هناك صلة بين أحد الخصوم أو الخبير بما يؤدي إلى احتمال المحاباة، ويجوز للخبير أن يعتذر عن أداء المأمورية التي انتدب من أجلها كما يجوز للمحكمة إذا ارتأت أن الخبير لم يود المأمورية التي انتدب من أجلها أن تستعين بخبير آخر، ويجوز للخبير إذا اقتضى الأمر أن يستعين بأحد من معاونيه أو بخبير آخر في مجال مختلف: The expert is supposed to fulfil his mission alone, but he can nevertheless be assisted by a third party. However this third party will be paid only if the court considers his assistance is an absolute necessity.

وبموجب القانون النرويجي فإن القاضي هو المختص بتحديد المأمورية المسندة للخبير وهو من يملك توجيهه the juge determines the content of the expert's mission and gives the nessary instructions. وللقاضي أن يطلب من الخصوم إبداء ما يعن لهم من ملاحظات بشأن المأمورية المنتدب من أجلها الخبير وإذا ما قدم الخبير تقريره للمحكمة جاز للخصوم أن يطلبوا مناقشة الخبير أمام المحكمة وذلك إذا قررت المحكمة السماح بالمواجهة بين الخصوم والخبير ويوجب المشرع النرويجي على الخبير أن يقدم تقريره مكتوباً. The report must be presented in witten form. The court can ask for an addilitional report.

ويجب في التقرير المقدم من الخبير أن يكون واضحاً وواقياً وأن يتناول مباشرة من إجراءات، ويكون على القاضي أن يحدد المصاريف اللازمة للخبير لأدائه المأمورية..

راجع:

Civil legal expert examination in Norway EEE1. 2012. kjersti buun nygaard, Assistant General Secretary of the supreme court. Beatrice Deshayes, practicing avocat and rechtsanwartin – partner HWSH.

privilege<sup>(١)</sup>. (ثامنا) ويتعين صياغة الضوابط أو المعايير التي بموجبها يستعين الخبير بغيره في مجال عمله : Codes of practice providing guidance as to the practice in relation to experts should be drawn up jointly by the appropriate professional bodies representing the experts and the legal profession<sup>(٢)</sup>.

## الفصل الثاني

### التنظيم القانوني للمحاكم بين

### أداء القاضي لعمله ومباشرة أعوانه لمهامهم

من المعلوم بالضرورة - كما يشير الأستاذ René Morel في فقه المرافعات الفرنسي وبحق - أن الفرد في المجتمعات الحديثة لا يمكنه أن يباشر العدالة الخاصة بنفسه، وإنما ذلك من المهام الموكولة إلى الدولة، فالدولة وتخذها - وليس الأفراد - هي من يسند إليها مهمة إنجاز العدالة وهي بذلك تفرض السيادة للقانون وتحمي كل فرد في حقوقه أو مراكزه القانونية<sup>(٣)</sup>. والوسيلة المثلى لأداء الدولة لهذه المهمة الأساسية التي تضطلع

(١) راجع : Smith and Bailey on the Modern English legal System. Third Edition. P. 789.

(٢) Smith and Bailey; p. 789.

(٣) راجع : René Morel; Traité élémentaire de procédure Civile; op. cit. p. 77 no. 71.

وانظر أيضا الأستاذ "جيرار كوشيه" حيث يؤكد ما يقول به الأستاذ "موريل" ويضيف في هذا المقام أن الوظيفة الأساسية للقاضي هو أن يؤدي العدالة ممثلا للدولة، ومع ذلك فقد يفضل الأشخاص القضاء الخاص، وهو قضاء التحكيم حيث الاتفاق على مشاركة التحكيم، ولقد عني المشرع الفرنسي بتنظيم التحكيم في المواد من ٢٠٥٩ حتى ٢٠٦١ من القانون المدني الفرنسي وفي المواد من ١٤٤٢ إلى ١٥٠٧ من قانون المرافعات. راجع : Gérard Couchez; op. cit. p. 11.

Cadiet; Droit judiciaire privé. no 1507.

وانظر أيضا : Vincent et Guinchard; Procédure civile. 24e éd. Nos 1629

وراجع في الإشارة إلى تولى الدولة للسلطة القضائية وتأكيد الدستور الفرنسي =

بها وتباشرها بمفردها هي تشييد المحاكم وإقامة صروحها وتعد المحاكم هي الأماكن المعدة للمطالبة بالحقوق أو حمايتها.

"il appartient à l' Etat d' assurer l' application de la loi, en particulier d' assurer la reconnaissance et la protection des droits subjectifs. L' Etat s' acquitte de cette fonction par l' intermédiaire des tribunaux. On appelle juridiction, au sens propre ce pouvoir accordé à l' Etat de trancher les conflits, de dire le droit<sup>(١)</sup>.

=الصادر في ١٩٥٨ على هذه السلطة

T. Renoux; l' autorité judiciaire dans l' écriture de la constitution. [colloque du xxx<sup>e</sup> anniversaire de la constitution du 4 octobre 1958; Aix en - provence] septembre 1988.

وكثيرا ما يورد الفقهاء في فقه المرافعات الإشارة إلى عدم تولي القضاء للمهمة التشريعية، وفي هذا المقام يشير الفقهاء إلى ما جاء في المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي التي قرر فيها المشرع أنه لا يجوز للقاضي أن يضع قواعد عامة مجردة أو يصوغ قاعدة قانونية لتطبيقها على القضية المعروضة عليه:

Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les cause qui leur sont soumises.

(١) راجع: René Morel; op. cit. p. 78

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه على الدولة أن تحمي القضاء من السلطة التشريعية أو التنفيذية، ومن ثم فإن القاضي لا يتلقى توجيهات من البرلمان أو أعضائه ولا من السلطة التنفيذية، راجع في الإشارة إلى هذا المعنى

Perrot; le role du juge dans la société moderne caz - pal. 1977 D. 91.

وفي فقه المرافعات المصري رأى غالبية الفقهاء بأن دور الدولة في الحماية القضائية هو ما تباشره من خلال المحاكم وفي المجتمعات البدائية - قبل ظهور تنظيم الدولة - كان حل المنازعات متروك لصاحب المصلحة أو عشيرته وفي هذا العصر كان القضاء خاص وكذلك العدالة، على أنه بظهور الدولة أصبح من غير الجائز للإنسان أن يقتضي حقه بيده، بل أخذت الدولة على عاتقها هذه المهمة من خلال المحاكم، ولا يمكن أن يعرف نظام قضائي بغير القضاء، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور وحيد زاغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، سابق الإشارة إليه ص ٢٠٨ - ٣٩، وراجع أيضا الأستاذ الدكتور العميد أحمد هندي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٣ ص ٢٥ حيث =

وإذا كانت المحاكم هي وسيلة تطبيق القانون وفيها يقول القانون كلمته "ويجد الأسلوب العملي لفرض الاحترام للقواعد القانونية. فإن المحاكم هي التجسيد العملي للسلطة القضائية، وإن كان من المعتاد إطلاق تعبير "السلطة القضائية" للدلالة عن من يباشرون هذه المهمة وهم القضاة، وهكذا فإنه لمن كانت السلطة القضائية هي القضاء بمعناه "الوظيفي" فإنها أيضاً تعني القضاء بمعناه "العضوي"<sup>(١)</sup>.

ويختلف مدلول العمل القضائي عن العمل التشريعي المسند للبرلمان باعتباره تجسيدا للسلطة التشريعية باعتبارها السلطة الأولى من السلطات الثلاث في الدولة وهي التشريعية والتنفيذية والقضائية، إذ خاضية العمل التشريعي اتصافه بالتجريد والعمومية إذ القاعدة القانونية ما كانت لتصاغ تشريعيًا كيما تنطبق على فرد معين بذاته وإنما هي قاعدة موضوعية أو إجرائية عامة<sup>(٢)</sup>. وإذا ما صدرت القاعدة وأصبحت واجبة النفاذ كان على

---

=يشير الفقيه إلى أن المحاكم هي أداة الدولة في ممارسة القضاء والقاضي هو الذي يمارس تلك الوظيفة باسم الدولة، وحيث يشير أيضاً إلى تنوع المحاكم وانتشارها في مختلف أنحاء الدولة وذلك لاعتبارات عديدة منها فتح الباب لتصحيح الأخطاء التي قد يقع فيها القاضي عندما ينظر النزاع لذلك توجد محاكم الاستئناف وكذلك يقتضي مبدأ وجوب توحيد قضاء المحاكم المختلفة في تطبيق القانون وجود محكمة عليا هي محكمة النقض ص ٢٧.

(١) وانظر في الدور الذي يؤديه القضاة عندما يتولون الفصل في المنازعات ومعهم مجموعة من الأعوان لا يقل عملهم أهمية عن عمل القاضي لأنه مكمل ومؤثر فيه، الأستاذ الدكتور العميد أحمد هندي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٤٧، وراجع الدكتور عبد الباسط جميعي في مبادئ المرافعات، طبعة ١٩٨٠ سابق الإشارة إليه ص ٢٠٤، وانظر كذلك الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في رسالته للدكتوراه بعنوان: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه بمحقوق عين شمس ١٩٦٧، ص ٥٥٢ وحيث يوضح الفقيه أن خاضية العمل القضائي الذي يباشره القاضي هو أن إرادة القاضي تقيد الخصوم وهذا ما يتطلب أن يكون للقاضي سلطة الأمر، ومن هنا يرتبط عمل القاضي بولاية الدولة.

(٢) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق =



القاضي أن يطبقها على الحالة أو النزاع أو القضية المطروحة عليه وهكذا تتحول القاعدة المجردة إلى قاعدة مطبقة تحكم النزاع وتكشف عن موقف المشرع منه.. لذا قال الأستاذ "موريل" وبحق بأن "القاضي هو القانون في حالة الفعل" أو هو بالأحرى القانون حين يفصل في المنازعة من خلال "الحكم".

.. "on a dit" le juge est le verbe de la loi" e' est la loi qui parle dans ses arrêts<sup>(١)</sup>.

ومن الأهمية بمكان التمييز بين العمل القضائي الذي يباشره القاضي في القضاء القطعي وهو قضاء الاقتضاء وبين العمل التنفيذي وترجع الحكمة في استظهار أوجه الاختلاف بين العمل القضائي المحدود كوظيفة أساسية للقاضي وبين العمل التنفيذي أو الإداري في التعرف على جوهر الحقيقة لعمل القاضي<sup>(٢)</sup>. لأنه من الأهمية بمكان تحديد جوهر الدور الحقيقي للقاضي أو مهمته الأساسية.. ويرى الفقهاء من أمثال الأستاذ "موريل" في فقه المرافعات الفرنسي أنه في معرض التفرقة بين العمل القضائي وهو عمل القاضي والعمل الإداري الذي يباشره الموظف العام - كأعوان القاضي أحياناً مثل المحضرين أو المترجمين - فإنه من المتعذر

---

=الإشارة إليه ص ٢٥ رقم ١٤ وحيث يشير الفقيه إلى أن القضاء يتضمن تطبيقاً للقاعدة العامة المجردة على واقعة معينة.. فالقاضي يخلق القانون الواجب التطبيق في القضية المعروضة. ولكنه لا ينشئ قاعدة قانونية عامة وبمجردة.  
(١) انظر: René Morél; op. cit. p. 78 وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات" الطبعة الرابعة، سابق الإشارة إليه ص ٣٨.

(٢) راجع: Wiederkehr; "qu' est - ce qu' un juge? Mélanges Perrot. P. 575 etss.

وانظر كذلك:

D. D' Ambra; l' objet de la fonction juridictionnelle L. G. D. J. 1994.

Moury; De quelques aspects de l' evolution de la juridictions, Mélanges perrot. P. 299 ets.

الاعتماد على صفة القائم بالعمل on ne peut prendre pour critérium la qualité de l'auteur de l'acte لأن هذا المعيار فضفاض لأنه في العمل بالمحاكم توجد أعمال عديدة ليست من الأعمال القضائية دائما وإنما من الأعمال الإدارية، ومن ثم لا ينبغي الاعتماد فحسب على طابع المواجهة في العمل إذ من أعمال القاضي ما لا يتوافر فيها مواجهة كما لا يمكن الاعتماد على علنية العمل القضائي للقاضي إذ هو قد يحدث عمل ولائي أو رجائي غير علني ومن أجل ذلك يحسن الاعتماد على الطبيعة الموضوعية للعمل le critérium de la distinction doit être tiré du fond des choses. وهو المعيار

(١) راجع: Rene Morél; op. cit. p. 78.

وانظر في هذا المعنى أيضا: "جيرار كوشيه" حيث يؤكد الفقيه على أنه في مجال التفرقة بين العمل القضائي الذي يباشره القاضي وبين العمل الإداري يصعب صياغة معيار بذاته وبالأخص يصعب الاعتماد على المعيار الشكلي وإن كان هناك من الفقهاء من يرى الاعتماد على المعيار العضوي، أي صفة القائم بالعمل القضائي، ومع ذلك فإنه من الصعوبة بمكان الأخذ بهذا المعيار والزعم بأن العمل يكون قضائياً لو كان من باشره هو القاضي لأن القاضي يباشر أعمالاً ليست من طبيعة قضائية..

Cependant, dire que l'acte juridictionnel est l'oeuvre d'un juge, est insuffisant dans la mesure où un juge accomplit également des actes non - juridictionnels

ويضيف الفقيه إلى ذلك قوله أيضاً أنه من غير المقبول الاعتماد على المعيار الإجرائي الذي يعتبر العمل القضائي هو العمل المتضمن للقضاء القطعي بما يميزه عن العلنية والمواجهة، راجع في الإشارة إلى ذلك: Gérard Couchez; op. cit. p. 158 No. 212

وانظر كذلك: Tomsin; Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile. L. G. D. J. 1975

(٢) ومن الأهمية بمكان ضرورة التمييز بين القضاء وبين العمل غير القضائي وإن كان هناك خلاف في المعيار المعتبر في هذا المجال إذ ذهب رأي إلى أنه يجب الاعتداد بمعيار عضوي إجرائي، ومن ثم فإن القضاء هو العمل يصدر عن عضو في السلطة القضائية باعتباره يمثل هيئة معينة وذلك بصرف النظر عن مضمون هذا العمل وفي ذلك تختلف الوظيفة القضائية عن الوظيفة التشريعية، كما تختلف =

المفضل لدى العلامة Duguit ومن مؤداه أن العمل القضائي - وهو صميم عمل القاضي - يستخلص من جوهر المهمة الموكولة إليه وهي استخلاص حكم القاعدة القانونية أو تطبيق القانون بمعناه الواسع على الحالة المعروضة بذاتها عليه<sup>(١)</sup>. وبالرغم من أن هذه النظرة المستعان بها في مجال التفرقة بين عمل القاضي والعمل الإداري تقوم على أن كل منهما ينطلق من تطبيق القانون ومن ثم فإن القانون هو وحده العمدة أو الأساس الحاكم للعمل، إلا أن العمل الإداري ينظر إلى القانون باعتباره غاية في حد ذاتها بينما العمل القضائي وهو عمل القاضي ينظر للقاعدة القانونية كوسيلة يستهدفها العمل، ولقد عبر الأستاذ "دوجي" عن هذا المعنى وذلك بإشارته الصريحة بأن:

**la solution de la question de droit n' apparaît dans l'acte de l' administrateur que comme un moyen et non comme une fin.**<sup>(٢)</sup>

وهذا المعيار هو ذاته ما اعتمده الأستاذ Artur في الفقه الفرنسي

حينما أشار إلى أنه:

**"Juger, a - t - on dit, c' est dire le droit en vue d' en assurer le respect, Administrer c' est pouvoir a' l' organisation et au fonctionnement des services publics".**

مؤكدًا على أن العمل القضائي فيه إعلاء أو تأكيد للقاعدة القانونية

=الوظيفة القضائية عن الوظيفة الإدارية وذهب رأي آخر إلى تبني معيار الأسلوب الذي يؤدي به العمل، فما يكون قضائياً هو الأسلوب القضائي بينما أن العمل بالأسلوب غير القضائي لا يكون قضائياً. راجع في الإشارة إلى ذلك الدكتور محمد عبد الخالق عمر في قانون المرافعات، التنظيم القضائي، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ الجزء الأول ص ٦٢، وراجع أيضاً الدكتور أحمد مليجي في مؤلفه تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، الناشر دار النهضة العربية، ص ٦٨.

(١) راجع في الإشارة إلى مذهب العلامة دويجي: René Morél. Op. cit. p. 78.

(٢) راجع في الإشارة إلى ذات المعنى عند العلامة دويجي، "موريل" في المرجع السابق، الموضوع السابق.

أو ضمانات كبرى لاحتزامها، أما العمل الإداري فهو ما يستهدف إعلاء المصلحة العامة أو حسن سير المرفق العام<sup>(١)</sup>.

(١) كذلك يحسن التفرقة بين العمل الولائي وبين العمل القضائي، ووجه التفرقة في هذا الصدد هو أن عمل القاضي لا يقتصر على حسم الخصومات وإصدار الأحكام في القضايا المنظورة أمامه، بل إن للقاضي دوراً آخر يسمى بالدور الولائي له باعتباره أحد الحكام أو ولاة الأمور، ومن المستقر في فقه المرافعات المصري والمقارنة أنه إذا كان الاختصاص الأصلي للقاضي هو الفصل في القضايا فإن له دوراً آخر إذ هو من يمارس السلطة الولائية.

وفي الفقه اختلف الفقهاء حول معيار التمييز بين العمل القضائي وعمله الولائي إذ رجح رأي أول التفرقة بحسب الشكل واعتد المذهب الآخر بطبيعة العمل في ذاته، وبموجب المعيار الشكلي فإن عمل القاضي في القضاء يكون قطعياً إذا حضر الخصوم أمامه وأدلى كل منهم بحججه وأظهر دفاعه في مواجهة الخصم الآخر وفي هذا المقام يستعين الفقهاء بكون الحكم مما يجوز حجية الأمر المقضي به وما يجب أن يتوافر في هذه الحال أيضاً من لزوم تسيب الحكم، أما الأوامر في المجال الولائي فإنه لا يشترط فيها التسيب ولا تحوز الحجية، كذلك فإن القضاء القطعي تسبقه إجراءات أوجبها المشرع في القانون الإجرائي بينما يختلف الأمر في الأوامر لأن السلطة الولائية للقاضي لا تقتصر بإجراءات مماثلة للمحاكمة، وذهب أنصار الرأي الثاني إلى تبني المعيار الموضوعي القائم على النظر إلى طبيعة التصرف الصادر عن القاضي إذ القاضي في قضائه القطعي يفصل في خصومة ومن ثم فإنه يصدر حكماً أما في العمل الولائي فإن القاضي يباشر عملاً يهدف إلى الحفاظ على مصلحة أحد الأفراد... راجع في الإشارة إلى ذلك بقدر أوفى من الإيضاح والتفصيل الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في مبادئ المرافعات، طبعة ١٩٨٠، الناشر دار الفكر العربي ص ١٥٦، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٧٥٩ رقم ٤٧٩ وما بعدها، وراجع أيضاً الدكتور عاشور مبروك في الوسيط في قانون القضاء المدني، الطبعة الثانية ٢٠١١ الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ص ٦٧٩ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور العميد أحمد هندي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، سابق الإشارة إليه ص ١١٧ وما بعدها، وراجع كذلك الأستاذ الدكتور نبيل عمر في أصول المرافعات طبعة ١٩٨٦ ص ٣٢٣، وانظر أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد ماهر زغلول في مؤلفه أعمال القاضي التي تحوز الحجية ص ٦٢، ٦٣.

ولا ينبغي الاعتقاد في أن التفرقة بين العمل القضائي والعمل الإداري تخلو من نتائج قانونية إذ ثمة آثار تترتب عليها منها أن عمل القاضي هو عمل مطلوب بداءة بينما العمل الإداري غير كذلك، فالقاضي لا يباشر عمله بباعث أو دافع ذاتي منه وإنما بناء على طلب الخصوم، أما في العمل الإداري فإنه متوقف على صفة صاحبه بدافع ذاتي مزده المصلحة العامة، وهو غير مستشار من الغير، لذا قال الأستاذ "موريل" في الفقه الفرنسي أن:

**"l'acte administrative est un acte spontané, tandis que l'acte juridictionnel est généralement un acte provoqué. En ce sens que le juge ne se saisit pas lui-même de la question de droit"<sup>(١)</sup>.**

ومن آثار التفرقة كذلك بين العمل القضائي الذي يمارسه القاضي والعمل الإداري هو اكتساب العمل القضائي لحجية الأمر المقضي به بينما لا حجية مطلقة للعمل الإداري؛ لذا فإنه إذا كان من المقرر ومن المستقر في نظرية العمل القضائي أن الحكم الصادر نهائياً له حجية مطلقة وهو عنوان للحقيقة وهو التعبير عن رؤية المشرع في وقائع النزاع المطروح على القاضي وهو الحكم الذي ينزل فيه القاضي حكم القانون ويعبر منه عن إرادة المشرع بشأن الحالة الواقعية بحيث تتحول القاعدة القانونية الموضوعية أو الإجرائية من قاعدة عامة مجردة إلى قاعدة حاکمة للنزاع.. فإن الأمر يختلف في شأن العمل الإداري إذ لا حجية له وهو قابل للتعديل أو التبديل كلما تغيرت الظروف أو اختلفت المعطيات.

وبالمثل يعد من آثار التفرقة بين العمل القضائي والإداري ما يتعلق بمسئولية الدولة عنهما، إذ في بعض الأنظمة الإجرائية - ومنها مصر - لا تسأل الدولة عن أعمالها القضائية بينما تسأل عن أعمالها الإدارية وذلك إعمالاً للقاعدة الأصولية القائلة بأنه:

(١) راجع: Rene Morél; op. cit. p. 80.

l' irresponsabilité de l' état admise en principe à raison des actes juridictionnels, tandis que l' administration est responsable de ses actes<sup>(١)</sup>.

### المبحث الأول

#### علاقة القاضي وأعوانه بموضوع القضية

من المسلم به في فقه المرافعات أن القاضي هو الشخص المكلف والمعني بحسم النزاع الذي يثور بين الأفراد أياً من كانوا وهو المكلف بأداء العدالة وهو أيضاً من يعبر عن القيمة العقلية والحقيقية للسلطة القضائية لذا لا يملك القاضي أن يتصل من نظر القضية المطروحة عليه وإلا تعرض لجرمة إنكار العدالة<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع : Rene Morél; op. cit. p. 80 No 73.

وجدير بالذكر أنه إذا كانت الدولة لا تسأل عن أعمالها القضائية فإن ذلك لا يعني عدم مسئولية القضاة عن أعمالهم إذ من المقرر قانوناً أن القاضي يجوز مخاصمته ، ومع ذلك فإن مسئولية القاضي بموجب المخاصمة تخضع لقواعد خاصة لأن المشرع قد حدد أسباب المخاصمة وبين إجراءاتها وعين المحكمة المختصة بها كما وضع المشرع الجزاء الذي يترتب على عدم جواز المخاصمة أو رفضها ، وتعد مخاصمة القاضي بدعوى المخاصمة وهي دعوى مسئولية وليست من قبيل الدعاوى التأديبية ، وترد أسباب مخاصمة القاضي للتدليس أو الغش أو الخطأ الجسيم ومجال هذه الأسباب هو المحدد بنطاق عمل القاضي وإن كان من اللازم فيمن يطلب مخاصمة القاضي أن يكون قد أصابه ضرر من جراء عمل القاضي. راجع في الإشارة إلى ذلك بقدر أوفى من الإيضاح والتفصيل الأستاذ الدكتور رمزي سيف في الوسيط ، سابق الإشارة إليه ص ٥٨ رقم ٤٣.

(٢) وتختلف القوانين الإجرائية المقارنة حول الأسلوب المتبع في اختيار القاضي ، فهو قد يتم اختياره بالانتخاب العام أو عن طريق التعيين وفي هذه الحالة الأخيرة قد تتولى السلطة التنفيذية اختيار القضاة من بين أشخاص ترشحهم الهيئات القضائية أو أن يحدد القانون أسلوب اختيار السلطة التنفيذية للقضاة ، راجع الدكتور رمزي سيف في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٤٠ فقرة ٢٥ وما بعدها. وراجع كذلك الأستاذ الدكتور العميد أحمد هندي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٤٧ ، وانظر كذلك الأستاذة الدكتورة أمينة النمر في مرجعها السابق الإشارة إليه ص ٩٦ ، الكتاب الأول.

وإذا ما تولى القاضي نظر القضية فإن عليه واجبات معينة إذ هو يجب ألا يكون خصماً وحكماً في آن واحد وهو يجب أن يتمتع بالنزاهة والاستقامة وهو من يوجب عليه المشرع أن يكون محايداً وألا يقضي بعلمه الشخصي وأن يكون مراعياً لمبدأ المواجهة بين الخصوم. ومحافظاً على سرية المداولة وألا يباشر الوكالة عن أحد الخصوم<sup>(١)</sup>.

وحينما يباشر القاضي عمله القضائي فإنه يستعين بأعوان هم من يسهمون في سير القضية وحسن إقامة العدالة ومن ثم فإنهم من يستدعون للمشاركة في مساهمتهم في العدالة ومن هؤلاء الكتبة والمحضرون وأعضاء النيابة العامة ومن هؤلاء الأعوان الخبراء والمترجمون أو المحامون<sup>(٢)</sup>.

(١) ويعتبر القاضي منكرًا للعدالة إذا امتنع عن الفصل في دعوى صالحة للحكم فيها أو عن الإجابة على عريضة قدمت إليه وقد اعتبر المشرع إنكار العدالة جريمة معاقب عليها بموجب المادة ١٢٢ من قانون العقوبات المصري. راجع في الإشارة إلى ذلك بقدر أوفى من الإيضاح والتفصيل الأستاذ الدكتور إبراهيم سعد في مؤلفه القانون القضائي الخاص، ص ٢٥٨ وما بعدها.

(٢) راجع في الإشارة إلى أعوان القضاة بصورة عامة. الأستاذ الدكتور العميد أحمد هندي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٤٧، وانظر كذلك الأستاذة الدكتورة أمنية النمر في قوانين المرافعات، الكتاب الأول، سابق الإشارة إليه ص ٩٦، وراجع أيضاً الدكتور عبد الباسط جميعي في مبادئ المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ٢٥٧.

كذلك يعد المحامون من أعوان القضاء وهم من أصحاب المهن الحرة وهم طائفة خاصة من الأعوان ممن يتطلب فيهم المشرع شروط بعينها كالعلم والكفاية وحسن السمعة، ووظيفتهم الأساسية الوكالة عن المتقاضين والدفاع عنهم أمام المحاكم ومن ثم فإنهم سند للخصوم وأعوان لهم أيضاً، ومع ذلك لا يعد من أعوان القضاة من يكون وكيلًا بالخصومة من غير المحامين إذ يجيز المشرع الوكالة لمن كان زوجاً للموكل أو صهراً له أو قريباً حتى الدرجة الثالثة، وإذا كان الأصل جواز الوكالة بالخصومة للمحامين، فإن المشرع قد أوجب الاستعانة بالمحامين في حالات معينة، كذلك وردت الإشارة إلى مهنة المحاماة في نص المادة ١٩٨ من الدستور المصري الصادر في عام ٢٠١٤ حيث ورد في هذه المادة النص على أن المحاماة مهنة حرة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وسيادة القانون وكفالة حق =

وينصرف عمل القاضي وأعوانه في القضاء القطعي إلى القضية وتدور فكرتها حول تعارض المصالح بين الخصوم وهي تتخذ هيئة النزاع، ذلك أن من خصائص القضية المدنية وجود ادعاء بين شخصين متساويين أمام القضاء ويؤدي القاضي بينهم دور الحكم الحاسم لموضوع النزاع<sup>(١)</sup>.

=الدفاع، ويمارسها المحامي مستقلاً وكذلك محامو البيئات وشركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام، ويتمتع المحامون جميعاً أثناء تأديتهم حق الدفاع أمام المحاكم بالضمانات والحماية التي تقررت لهم في القانون مع سرّياتها عليهم أمام جهات التحقيق والاستدلال، ويحظر في غير حالات التلبس القبض على المحامي أو احتجازه أثناء مباشرته حق الدفاع وذلك كل على النحو الذي يحدده القانون.. كذلك جاء في المادة ١٩٩ من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ أن الخبراء القضائيين وخبراء الطب الشرعي والأعضاء الفنيين بالشهر العقاري مستقلون في أداء عملهم ويتمتعون بالضمانات والحماية اللازمة لتأدية أعمالهم على النحو الذي ينظمه القانون.

وتعد النيابة العامة عوناً من أعوان القضاة، ولقد وردت الإشارة إلى النيابة العامة في المادة ١٨٩ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ حيث نصت هذه المادة على أن النيابة العامة جزء لا يتجزأ من القضاء تتولى التحقيق وتحريك ومباشرة الدعوى الجنائية عدا ما يستثنيه القانون، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، ويتولى النيابة العامة نائب عام يختاره مجلس القضاء الأعلى من بين نواب رئيس محكمة النقض أو الرؤساء بمحاكم الاستئناف أو النواب العامين المساعدين ويصدر بتعيينه قرار من رئيس الجمهورية لمدة أربع سنوات أو للمدة الباقية حتى بلوغه سن التقاعد أيهما أقرب ولمرة واحدة طوال مدة عمله.

(١) راجع الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في مؤلفه التقاضي بقضية ويدون قضية، سابق الإشارة إليه ص ٦٨، وراجع أيضاً في الإشارة إلى مبدأ المساواة أمام القضاء الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٤٢، وراجع في الإشارة إلى المساواة عموماً نص المادة ٥٣ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ والتي وردت الإشارة فيها إلى أن المواطنين لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين أو العقيدة أو الجنس أو الأصل أو العرق أو اللون أو اللغة أو الإعاقة أو المستوى الاجتماعي أو الانتماء السياسي أو الجغرافي أو لأي سبب آخر - ويعد التمييز والحض على الكراهية جريمة يعاقب عليها القانون، وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز وينظم القانون إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض.



وتعبيراً عن جوهر النزاع المظهر للتعارض بين الخصمين أو الخصوم قيل بأن "كل شخص مدفوع بصفة شرعية بإدارة المحافظة على كيانه ووجوده وأمواله من أجل تأكيد مصلحته الذاتية فلا بد من أن يواجه كل شخص بالآخر، فإن النزاع يكون في العلاقة بينهما أي أن العلاقة متنازع فيها داخلياً، ومع هذا فإن النزاع لا يتجاوز بطبيعة الحال الخصومة القانونية ولكن يحل على مستوى المصالح في مظهره قبل القانوني عن طريق تصالح ضمنى أي كل شخص من أشخاص العلاقة الخصومية أو المتنازع فيها يتنازل عن جزء عن ادعاءاته بحيث تنتهي القضية وتسير العلاقة بينهم سيراً عادياً.. وأحياناً يظهر في الحيز الخارجي مفهوم المنازعة بلجوء أحد الأطراف إلى القضاء ويكون على القاضي أن يفصل في هذا النزاع من خلال القضية القائمة على الخصومة المدنية"<sup>(١)</sup>.

وحيثما يبلغ الأفراد حد النزاع وتظهر الحاجة إلى طرح الادعاء على القاضي يكون على المدعي أن يقدم أسباب ادعائه وأن يورد الأسباب في

---

(١) وينصرف معنى الخصومة إلى الحالة التي يكلف فيها شخص خصماً له بالحضور أمام القضاء ليقضي منه حقه الثابت أو المزعوم أو ليحصل في مواجهته على حكم باحترام الحق أو المركز القانوني، وتعد الخصومة أو حق التقاضي والاعتناء من الحقوق الشخصية لكل إنسان ويستوي في هذا المجال أن يكون فرداً أم شخصاً معنوياً.. وتستوجب الخصومة وجود محكمة تفصل فيها وقد يسبق الخصومة المطالبة الودية ومع ذلك فإن الأصل أن القانون لا يلزم الشخص بالمطالبة الودية، وإن كان في بعض الحالات يستوجب المشرع الإنذار قبل التقاضي لذا نجد المشرع يقرر في المادة ٢٥٧ من القانون المدني في شأن العقود الملزمة للجانبين في عدم التنفيذ أن يسبق المطالبة بالتنفيذ أو فسخه إعدار المدين ما لم يتقرر في العقد الإعفاء من الإعدار، كذلك ففي دعوى المخاصمة أوجب المشرع إثبات امتناع القاضي عن الإجابة عن العريضة أو الفصل في القضية إذا كانت صالحة للقضاء فيها إعدارين على يد محضر.. كذلك الحال بالنسبة للتظلم من القرار الإداري قبل اللجوء إلى الدعوى، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ محمد العشاوي، والدكتور عبد الوهاب العشاوي في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٥، ٦.

مذكرة شارحة بينما يتولى المدعى عليه الدفاع والرد على الادعاء المثار ضده، على أن الجدير بالاعتبار هو ما ينبغي أن يراعيه القاضي بالألا يحكم بأكثر مما طلبه الخصوم وأنه ليس ملزم بالإثبات وإنما يقع عبء ذلك على من يدعي<sup>(١)</sup>. لذا لا يكون للقاضي أن يفصل بأكثر مما طلب منه، وفي الغالب يكون دور القاضي دور سلبي إذ هو غير مكلف بمساعدة الأطراف في الإثبات، هذا وإن كان الوضع الراهن يوحي بأن يكون للقاضي دور إيجابي في القضية لأن هذا الدور يمكنه من حسن أداء القضاء وتأدية العدالة<sup>(٢)</sup>.

(١) والأصل أن القاضي إذا ما أصدر حكمه في القضية فإن المحكمة تكون قد استنفدت سلطتها إزاء ما فصلت فيه ومن ثم لا تملك المحكمة الرجوع في حكمها أو تعديله، ويرتب الحكم أثره من وقت صدوره كذلك لا تملك المحكمة أن تتبع حكمها بآخر وإن كان من صلاحيات المحكمة تصحيح ما يقع في منطوق الحكم من أخطاء مادية أو حسابية، وللمحكمة أن تجري هذا التصحيح أما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الخصوم بدون مرافعة على أنه يشترط أن يكون هناك خطأ مادي وأن يرد الخطأ في المنطوق وألا يكون الحكم قد طعن فيه بالاستئناف، كذلك قد يحتاج الحكم إلى تفسير بسبب ما فيه من لبس أو غموض وفي هذه الحال للخصوم أن يرجعوا إلى المحكمة التي أصدرته وأن يطلبوا منها تفسير ما وقع من غموض أو إبهام.. راجع في الإشارة إلى ذلك بقدر أوفى من الإيضاح والتفصيل الأستاذ محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٧٢٨ رقم ١١٠٦.

(٢) ومن الملاحظ تغاير دور القاضي في القضية حسباً لاتباع المشرع الإجرائي للنظام الاتهامي أو التنبه في الدعوى، إذ في ظل النظام الأول يكون الخصوم هم وحدهم من يملكون توجيه الإجراءات في الدعوى بحيث تصبح الدعوى مبارزة بين الخصوم ويكون دور القاضي سلبياً باعتباره حكماً بينهم.

Dans ce système, le procès est souvent présenté Comme un duel opposant les plaideurs et auquel le juge assiste

أما في ظل النظام التنبه في الدعوى فإن دور القاضي يبدو أكثر إيجابية في إدارة الدعوى وفي توجيه إجراءات الإثبات ويرد ذلك إلى النظر في حقيقة الوظيفة المسندة للقاضي باعتباره من يؤدي العدالة ويحقق المصلحة العامة، راجع في الإشارة إلى ذلك:

R. Martin; Principes directeurs du procès, Rép. Dalloz pr. Civ.

ويعد الطلب أمام القضاء صيغة إجرائية للادعاء وهو تعبير عما يدعيه المدعي ويجب أن تشمله صحيفة الدعوى المقدمة إلى القاضي<sup>(١)</sup>. وعلى ذلك يعد الادعاء هو موضوع الطلب ولتحديد الموضوع أهمية كبرى بالنسبة لحجية الشيء المقضي فيه لأنه المحل الأساسي الذي يدور حوله الحكم إذ الادعاء يجب أن يكون محلاً للحكم الصادر مستقبلاً والصادر بواسطة القاضي<sup>(٢)</sup>. ومع ذلك فقد يتحقق أمر ثبات الادعاء حسبما أورده المدعي في صحيفة الدعوى بينما يمكن للمدعى عليه أن يوجه ادعاء آخر بموجب الطلب المقابل<sup>(٣)</sup>. أما المدعي نفسه فإن بإمكانه أن يكمل الادعاء الأصلي أو يعدله بموجب الطلب العارض<sup>(٤)</sup>. وفي كل الأحوال يجب أن يكون هناك ارتباط بين الطلب الأصلي والمقابل ويكون للقاضي أن يقدر هذا الارتباط، وهو عليه أن يحكم فيما طلبه الخصوم ولا

J. Normand; Principes directeurs du procès, = وانظر كذلك :  
J- Class. Pr. Civ. Fasc 150 à 152.

G. Bolard et G. Flecheux; l' avocat, le juge et le وراجع أيضا :  
droit. Dalloz 1995. chr. 221.

(١) راجع : Gérard Couchez; op. cit. 176. No. 227.

(٢) وتعد المطالبة عملاً مادياً إجرائياً ويجب أن تتوافر فيها عناصر شكلية وأخرى موضوعية ومحل المطالبة هو الدعوى ويجب أن يكون موضوعها يمكناً أو معيناً أو قابل للتعيين، وهي تتطلب أهلية الاختصاص والتقاضى، ولقد تعرض المشرع في المادة ٦٣ من قانون المرافعات المصري لشكل المطالبة حيث أورد ذكره أنه "ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك، راجع في تعريف المطالبة وشكلها القانوني الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مذكرات في إجراءات التقاضي، سابق الإشارة إليه ص ١٣٠، ١٣١.

(٣) راجع : R. Martin; A la recherché de la cause en procédure  
civile. Dalloz 1988. ch. 312.

(٤) انظر الدكتور عبد الباسط جميعي في مبادئ المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ٤٦٠.  
وراجع أيضا الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٤٥٦  
رقم ٢٧٢.

يحكم بما هو غير مطلوب أو أكثر<sup>(١)</sup> من المطلوب.

وتقضي القواعد الأصولية في الادعاء بأن على المدعي أن يؤسس طلباته من حيث الوقائع دون أن يكون ملزماً بتناول التكييف القانوني لهذه الوقائع، إذ التكييف وهو من ينزل حكم القانون على الوقائع بحيث تندرج الوقائع تحت حكم النصوص، ومع ذلك فإنه لا شائبة لو قام الخصم بتناول التكييف القانوني لواقعات النزاع حسبما يتراءى له مما يحقق مصلحته، على أن ذلك لا يكون ملزماً للقاضي إذ هو ميزان العدالة وهو الأجدر على تفسير القواعد الموضوعية والإجرائية الواجبة التطبيق على الوقائع المعروضة عليه، وترجع العلة في ذلك إلى علو القاعدة القائلة بعلم القاضي بالقانون أو علم المحكمة بالقانون<sup>(٢)</sup>. لأن هذا العلم وإن كان مفترضاً أخذاً بقاعدة العلم بالقانون مفترض عند الكافة، فإنه مفترض من باب أولى لدى القاضي لأنه السيد في تطبيق النصوص القاعدية والإجرائية على حد سواء، ومن أجل ذلك تتبدى السلطات المتعددة المقررة للقاضي في المجال الإجرائي، ومنها على سبيل المثال أنه المعنى بمراعاة الخصوم للشكل القانوني عند اللجوء إليه، وهو المختص بمراقبة الأعمال الإجرائية للخصوم واتباعهم للمواعيد الإجرائية أو النمط الشكلي للإجراء وهو من يسند إليه المشرع تطبيق الجزاء الإجرائي عند مخالفة الأحكام الواجبة الاتباع..

(١) ويلاحظ أن المشرع الفرنسي قد عرف الطلب الأصلي في الدعوى في المادة ٥٣

من قانون المرافعات بقوله:

la demande initiale est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions.

راجع في ضرورة الطلب الأصلي في الدعوى وما قد يترتب عن عكس ذلك من

آثار حكم نقض فرنسي: 10 Juill. 1996, Rev. trim. Dr. civ. 1996.

obs. Perrot.

(٢) راجع في ذلك: Motulsky; Etudes et notes de procédure.

1972. 52

وراجع أيضاً: Glasson, Tissier et Morel; Traité élémentaire de procédure civil. 2<sup>ém</sup> éd. P. 394.

ومتى قر هذا الفهم المتقدم لحقيقة دور القاضي في القضية فإنه يجب عدم إغفال الشروط اللازمة في القاضي ليتصل بها، إذ القاضي هو الشخص الذي يتولى نظرها والفصل فيها وهو من له ولاية في تمثيل السلطة القضائية والتعبير عن إرادة القانون، وهو لهذه الاعتبارات يجب أن يباشر عمله في محكمة مختصة اختصاصاً صحيحاً ومشكلة كذلك تشكيل صحيح<sup>(١)</sup> ومن ثم يجب أن يعقد للمحكمة الاختصاص الولائي والنوعي والمحلي فإن امتنع أي من هذا الاختصاص أو ذاك فقد القاضي صلاحيته للفصل في القضية ولو كانت معروضة عليه. كذلك فإن توافر صلاحية الفصل يتوقف على عدم وجود مانع من تولي القاضي للقضاء في الدعوى لمثل وجود علاقة بينه وبين أحد الخصوم أو مصلحة ذاتية فيها كما يجب عليه مراعاة الضوابط الأصولية للمحاكمة<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، سابق الإشارة إليه، ص ٢٦٠.

(٢) وكان المشرع قد نص في المادة ١٤٦ من قانون المرافعات النص على أنه: يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى وعنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم في الأحوال الآتية.. إذا كان القاضي قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة، أو إذا كان للقاضي أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته. أو إذا كان القاضي وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً أو قيماً عليه عند نظر الدعوى أو مظنوناً وراثته له، أو إذا كانت للقاضي صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو أحد مديريها متى كانت لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى.. أو إذا كان للقاضي أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصدقاءه على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة، أو إذا كان القاضي قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو كان قد أدى شهادة فيها، أو إذا رفع القاضي دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بالغا لجهة الاختصاص، أو إذا صدر حكم ضد القاضي بجواز قبول مخاصمته فإنه يجعله غير صالح لنظر الدعوى التي صدر الحكم بقبول مخاصمته فيها، أو إذا كان بين القاضي وبين أحد قضاة =

وإذا كان ما تقدم يقال بالنسبة للقاضي فإنه أيضاً هو ما يسري في اعتقادنا على معاونيه لأنه من غير السليم أن يتقيد القاضي بقيود لا تقيد أعوانه، وعلّة ذلك أن القواعد الحاكمة لعمل القاضي ينبغي أن تكون هي أيضاً الحاكمة لعمل الأعوان<sup>(١)</sup>. لذا يمكن الزعم بأن كل عون من أعوان

=الدائرة التي تنظر الدعوى أو كان بينه وبين ممثل النيابة العامة أو ممثل أحد الخصوم أو المدافع عنه صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة.

هذا وكان المشرع قد أورد في المادة ١٤٨ مرافعات حالات يجوز فيها للخصم أن يطلب رد القاضي وهي إذا كان للقاضي أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظر فيها، أو إذا وجدت للقاضي أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو لزوجته بعد قيام الدعوى المطروحة عليه وذلك ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه، أو إذا كان لمطلقة القاضي التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته وذلك ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده، أو إذا كان أحد الخصوم خادماً للقاضي أو إذا كان بين القاضي وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجع معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل.

(١) وتعد النيابة العامة عوناً من أعوان القضاء، ولقد نص المشرع في المادة ١٨٩ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ على النيابة العامة، وللنيابة العامة دور في القضاء المدني أو هي قد تكون طرفاً أصيلاً في الحالات التي ترفع فيها الدعوى أو ترفع عليها، ولقد أورد المشرع في المادة ٨٧ مرافعات هذه القاعدة بالنص على أن: للنيابة العامة رفع الدعوى في الحالات التي ينص عليها القانون، ويكون لها في هذه الحالات ما للخصوم من حقوق.. كذلك قد تتدخل النيابة العامة في الدعوى ويكون تدخلها إما وجوبياً أو جوازياً، وتنحصر حالات تدخلها الوجوبي في الدعاوى التي يجوز لها أن ترفعها بنفسها وبالنسبة للطلبات والظعون أمام محكمة النقض كذلك قد يكون تدخلها وجوبياً في الحالات التي ينص القانون على وجوب تدخلها.. إما حالات تدخلها الجوازي فإن ذلك إذا رأت المحكمة تدخلها بسبب تعلق الدعوى بالنظام العام، وفي الدعاوى التي ترى النيابة العامة التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام أو الآداب وكذلك في الحالات التي ينص القانون على جواز تدخل النيابة العامة فيها ومنها الدعاوى المتعلقة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين.

القاضي يجب أن تكون له سلطة إتيان الأعمال الإجرائية المرتبطة بالقضية وأن يكون اتصاله بها اتصالاً سليماً وألا يكون متجاوزاً حدود اختصاصه الوظيفي أو المحلي وإلا كان العمل باطلاً<sup>(١)</sup>.

ولعلنا نجد تطبيقات عديدة في نصوص قانون المرافعات والإثبات المصريين تؤكد القاعدة القائلة بأن ما يقيد القاضي يقيد أعوانه ومن ذلك مثلاً أنه لا يجوز لأعوان القاضي كالمحضرين أو الكتبة أن يباشروا عملاً يدخل في وظائفهم في الدعاوى الخاصة بهم أو بأزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم حتى الدرجة الزاوية وإلا كان العمل باطلاً (إعمالاً للمادة ٢٦ مرافعات). كما لا يجوز مثلاً للخبير أن يمارس عملاً من أعمال الخبرة دون أن يكون مقيداً بالجدول أو بدون أن يؤدي اليمين أمام قاضي الأمور الوقفية (إعمالاً لحكم المادة ١٣٩ من قانون الإثبات) أو أن يكون قد حكم برده إعمالاً للمادة ١٤١ من ذات القانون الأخير<sup>(٢)</sup>. وبالمثل فإن الشهود وهم من أعوان القضاة يتمتع عليهم أداء الشهادة في حالات معينة للمحافظة على أسرار الوظيفة أو المهنة أو بسبب الزوجية إعمالاً لحكم المواد من ٦٥ حتى ٦٧ من قانون الإثبات<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، سابق الإشارة إليه ص ٢٤٧ وما بعدها.

(٢) راجع مثلاً الفصل السابع مكرر من القانون عدد ٣٣ لسنة ٢٠١٠ مؤرخاً في ٢١ يناير ٢٠١٠ في الجمهورية التونسية والتي نص فيها المشرع على أنه: يتولى الخبير العدلي بعد أداء اليمين إعلام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التابع لها مقر انتصابه كتابياً بمحل مخبرته وذلك في أجل لا يتجاوز ٣ أشهر من تاريخ نشر قائمة الخبراء بالرئاسد الرسمي للجمهورية التونسية. كذلك راجع الظهير الشريف "القانون" المغربي الصادر في ١٠/٩/١٩٩٣ وقد جاء في مقدمة هذا القانون أن: الخبراء القضائيين من مساعدي القضاء ويمارسون مهامهم وفق الشروط المنصوص عليها في قانون رقم ٤٥٠٠.

(٣) ولهذا النص مقابل في العديد من القوانين التي نظمت عمل الخبراء ومن ذلك مثلاً ما جاء في قانون الخبراء الأردني رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠١ والمعدل بالقانون ٥١ لسنة ٢٠٠٢ حيث قررت المادة ٦ من ذات القانون على أنه لا يجوز للخبير أن =

والأصل المقرر في قانون المرافعات وجوب تقييد أعوان القاضي بالضوابط المتعلقة بممارسة كل منهم لعمله لذا فإن على كتبة المحكمة - ومنهم أمناء السر - أن يباشروا عملهم في المحكمة التابعين لها. ووفقاً للمادة ١٣٥/١ من قانون السلطة القضائية، يوجد بكل من محكمة النقض وكل محكمة استئناف ومحكمة ابتدائية كبير للكتابة ووكيل له وعدد كاف من رؤساء الأقلام والكتاب، ومن مجموعهم يتكون "قلم الكتاب" ويوجد في كل محكمة جزئية قلم كتاب يرأسه كاتب أول يتبع رئيس المحكمة، وبموجب المادة ١٣٩ من قانون السلطة القضائية فإن أمين السر هو من الكتاب عن يحملون إجازة الحقوق "لسانن الحقوق"<sup>(١)</sup>.

### المطلب الأول

#### ارتباط عمل معاوني القضاة بالعمل في المحاكم

إذا كان من المسلم به أن عمل أعوان القضاة يرتبط بمعاونة القضاة في أعمالهم، فإنه مما لا شك فيه أن عمل هؤلاء الأعوان يرتبط بعمل

---

== يمارس خبرته خارج الاختصاص المكاني الذي يسجل في جدول الخبراء لديها، رحلى الخبير عند تسجيله في جدول الخبراء لديها أن يحلف أمام الوزير بأن يقوم بمهمته بكل أمانة وإخلاص. أما الخبير الذي يتم اختياره من خارج المحكمة فعليه أن يحلف أمام المحكمة التي اختارته دون حاجة لحضور الخصوم، وكذلك الأمر في قانون المسطرة المدنية المغربي الذي نظم الخبرة كوسيلة من وسائل الإثبات في المواد من ١٧١ حتى ١٨٩ وكان أن نص على أن يختار الخبير من جانب رئيس الخبراء من بين المسجل أسماؤهم في اللائحة الخاصة والمقبولة من طرف وزير العدل في نطاق كل محكمة استئناف، وينشر الأسماء في الجريدة الرسمية في كل سنة مع الإشارة إلى اختصاص الخبير وأعوانه وهؤلاء الخبراء يؤدون اليمين مرة واحدة عند قبولهم خبراء في محاكم الاستئناف في المحل الذي يباشرون فيه عملهم. (١) راجع مثلاً قانون نظام المرافعات الشرعية السعودي حيث تناول المشرع أحكام الشهادة في الفصل الخامس في المواد من ١١٧ حتى ١٣٢ منه وكان أن قررت المادة ١١٩ أنه: تسمع شهادة كل شاهد على انفراد بحضور الخصوم وبدون حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم على أن تحليفهم لا يمنع من سماعها، وعلى الشاهد أن يذكر اسمه الكامل وسنه ومهنته ومحل إقامته وجهة اتصاله بالخصوم بالقرابة أو الاستخدام أو غيرها إن كان له اتصال بهم مع التحقق من هويته.



المحاكم - ولذا تبرز صفة المعاونة التي يؤديها كتبة المحاكم في تواجدهم في العمل الإداري بالمحكمة، ومن أجل إقرار التنظيم القانوني للمعاونين في قانون السلطة القضائية الحالي وفي شأن الكتبة أشار المشرع إلى وجود قلم الكتاب بكل من محكمة النقض وكل محكمة من محاكم الاستئناف وكل محكمة ابتدائية وفي المحكمة الابتدائية يوجد كبير للكتاب ووكيل له وعدد كاف من رؤساء الأقسام والكتاب بينما يوجد في كل محكمة جزئية قلم كتاب يرأسه كاتب أول يتبع رئيس المحكمة الابتدائية<sup>(١)</sup>.

ويعد الكاتب عنصراً في تشكيل المحكمة، وترجع الحكمة في اعتباره كذلك باعتباره ضماناً لحسن المعاونة المطلوبة للقاضي، فالكاتب يحضر الجلسة وهو من يقوم بكتابة محضرها الذي يتم إثبات ما يحدث فيها من وقائع وطلبات وهو من يوقع على نسخة الحكم الأصلية بموجب المادة ١٥٩ من قانون المرافعات، وهو من ناحية أخرى يمثل المحكمة لذا فإنه من يتلقى صحف الدعاوى والعرائض ويقوم بتقدير الرسوم وتحصيلها، وهو من يختص بإعطاء الصور المطلوبة للأحكام والأوامر سواء ما كان منها

---

(١) ويباشر قلم كتاب المحاكم عدداً من المهام المهمة التي تساعد القاضي في عمله إذ يوجد في كل محكمة قلم للنسخ والتصوير ويتولى هذا القلم نسخ الأحكام بأنواعها المختلفة، وكذلك تقدير الرسوم اللازمة، كما يتبع قلم الكتاب قلم للمراجعة في مجال تقدير الرسوم على صحف الدعاوى والأوراق والطلبات والتنفيذ، كذلك يتبع هذا القلم قلم القيودات ويختص بقيد الصادر والوارد، وقلم المطالبة ويختص باستلام السندات التنفيذية من أقلام المراجعة وقلم الجلسات ويختص بقيد القضايا بمجرد استلامها من الجدول الخاص بيومية الجلسات وتحضير القضايا، وأيضاً قلم الجدول وهو المختص بقيد صحف الدعاوى مع ذكر بيان أسماء الخصوم ومحل إقامتهم وبيان الرسوم المحصلة وبيان الجلسات وتسليم ملفات القضايا إلى كتبة الجلسات وقلم التحصيل وهو المختص باستلام المبالغ من ذوي الشأن وقلم الحفظ وهو المختص بحفظ القضايا بعد مراجعتها والتأكد من استيفاء جميع التأشيرات وأيضاً الخزينة التي تقبل جميع الإيرادات من رسوم وأمانات وقسم سكرتارية المحكمة والكتبة.

عادياً أو الصور التنفيذية<sup>(١)</sup>.

وكما يرتبط عمل الكاتب بالمحكمة يرتبط عمل المحضر بها من أجل ذلك أورد المشرع في الفقرة الثانية من المادة ١٣٥ من قانون السلطة القضائية النص على أنه يعين لكل محكمة ابتدائية كبير المحضرين وعدد كاف من المحضرين، كما يوجد قلم للمحضرين في المحكمة الجزئية وهم فرع من قلم المحضرين بالمحكمة الابتدائية، وجدير بالذكر أنه بموجب المادة

(١) ولا يمكن أن يخلو تشكيل المحكمة في أي نظام قضائي من الكاتب، فمثلاً في فرنسا قيل بأن الكاتب هو من يضمن السير الطبيعي للمحاكمة في مرحلة إعداد الدعاوى والجلسات وهو من يدون إجراءات المحاكمة ويجعل من محضر الجلسة ورقة رسمية

**Le greffier a pour mission de garantir le bon déroulement des débats aux audiences, d' en rapporter par écrit les échanges, déclarations et observations, et d' authentifier les actes juridictionnel d' un juridiction**

وفي اللغة الفرنسية اشتق اسم الكاتب من الفعل "graphein" وهو ما يدل على الكتابة في اللغة اللاتينية القديمة **Greffier vient du verbe graphein**

**Gérard Couchez. Op. cit. p. 111. "ecrire" en grec**

وفي النظام الإجمالي الأنجلو سكسوني يقوم الكاتب بدور هام في مساعدة القاضي، ففي إنجلترا يطلق على كتبة المحاكم مصطلح **Clerk to the court** بينما يسمى في النظام الأمريكي **clerk of the court** وهو في النظام الأنجلو أمريكي موظف إداري في كل محكمة ومستوليته عن أعماله مسئولية محدودة بنطاق عمله، ومهمته الأساسية التدوين والكتابة فضلاً عن أنه يؤدي مهام أخرى متنوعة مثل تحليف الشهود وأعضاء هيئة المحلفين، وقديماً كان للكاتب دور مهم في المحاكم إذ هو الحامل للأختام وهو من يضيف على المحررات صفة الرسمية وهو المختص بتسليم الصور للأحكام والمحررات وكافة المحررات القضائية وفي الولايات المتحدة يسمى الكاتب باسم المحكمة إذ يقال له كاتب محكمة السلام أو كاتب محكمة الجنج **clerk of the peace** أو كاتب محكمة البوليس **clerk of police** وفي بعض المحاكم الأمريكية يختص الكاتب بتلاوة الأحكام وفي بعض الولايات الأمريكية يعد الكاتب من القضاة المدنيين، وفي النادر ما توجد محكمة أمريكية بدون الكاتب ومع ذلك فإن وجدت بأمر القاضي مهمة الكاتب، وفي النظام القضائي الفيدرالي الأمريكي يسمى الكاتب باسم المحكمة إذ هو أحياناً كاتب للمحكمة الاستئنافية أو للمحكمة العليا.

١٣٩ من قانون السلطة القضائية وكذلك المادة ٢٧٩ من قانون المرافعات، معدلة بالقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٧ - يطلق على وظيفة من يعين منهم بليسانس حقوق في أقلام التنفيذ اسم "معاون قضائي للتنفيذ"، ويرتبط عمل المحضرين بكافة أنواعهم بالمحكمة وينصرف عملهم إلى إعلان الأوراق الواجبة الإعلان وتنفيذ السندات التنفيذية والقيام بالحجوز التحفظية<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

قلم الكتاب ومعاونو القضاء بين محكمة النقض  
ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والجزئية  
في النظام الإجرائي المصري

لما كان كتاب المحاكم هم أعوان القضاة في كل من محكمة النقض ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية فإنه من الأهمية بمكان إلقاء الضوء على مكانة قلم الكتاب في كل من هذه المحاكم.

أولاً: محكمة النقض المصرية ودور قلم الكتاب فيها:

تعد محكمة النقض أعلى من محاكم الدرجة الأولى والمحاكم

---

(١) ويعد المحضر عنصراً أصيلاً في كل محكمة في كل نظام قضائي، فهو في المحاكم الفرنسية un huissier وفي هولندا gerichtsdeur waarder وفي الكويك في كندا يسمى l'huissier de justice وهو في النظام الفرنسي موظف عام يعين بقرار من وزير العدل ومهمته الرئيسية تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة il detient le monopole de signifier et executer des décisions rendues par les tribunaux وهو من يتولى إعلان صحف الدعاوى وإعلان الأحكام الصادرة عن المحكمة وهو من يباشر إعلان الإنذارات، وفي اللغة الفرنسية يشتق اسم المحضر من كلمة "la porte" Le nom huissier vient du mot huis, "la port" وعلى الصعيد العالمي يوجد للمحضرين اتحاد دولي يسمى l'union international des huissiers de justice et officiers judiciaires ويهدف هذا الاتحاد إلى الارتقاء بمستوى المحضرين في مختلف المحاكم في كل دول العالم وتسميته المختصرة O. N. G. وهو عضو في المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة member du conseil économique et social des Nations unies

الاستثنائية وهي ليست بدرجة من درجات التقاضي وإنما هي محكمة تحاكم الحكم ومن ثم تختلف وظيفتها عن وظيفة المحكمة الاستثنائية لأن هذه المحكمة الأخيرة لا يقتصر عملها على مراقبة محكمة الدرجة الأولى ولكنها تعيد بحث القضية من جديد، بينما محكمة النقض هي محكمة قانون لا مجال لطرح الوقائع أمامها أو بحث هذه الوقائع<sup>(١)</sup>. ولقد أحسنت المحكمة الدستورية العليا حين وصفت وظيفة محكمة النقض بأنها إذ تبحث في خصومة الطعن بالنقض تعتبر طريقاً غير عادي لا يؤدي إلى طرح ذات الخصومة التي كانت بين أطرافها أمام محكمة الموضوع، بل إلى طرح خصومة أخرى لها ذاتيتها الخاصة تدور حول صحة تطبيق القانون على الوقائع التي خلص إليها الحكم المطعون فيه وإثباتها ولا تستهدف كقاعدة عامة إحلال حكم جديد محل الحكم المطعون فيه<sup>(٢)</sup>. بل يقتصر الأمر فيها على أن تبحث محكمة النقض - في أحوال محددة على سبيل الحصر - مدى توافق هذا الحكم مع التطبيق الصحيح للقانون<sup>(٣)</sup>.

ومحكمة النقض محكمة واحدة ومقرها في مدينة القاهرة، وقد

---

(١) راجع الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه، ص ٢٠٩، وراجع في الإشارة للنظام القانوني لمحكمة النقض الفرنسية: Gérard Couchez; op. cit. p. 32 No 43 وراجع أيضاً:

Rouhette; une fonction consultative pour la cour de cassation: Mélanges Breton et Derrida; p. 344 ets.

(٢) راجع في الإشارة إلى هذا الحكم الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٢٠٩.

(٣) انظر في هذا الدور الذي تؤديه محكمة النقض المصرية الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ٨٢٣ وما بعدها، وراجع أيضاً محمد حامد فهمي وحامد فهمي في النقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٠، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور عزمي عبد الفتاح في تسيب الأحكام وأعمال القضاء، دار الفكر العربي ١٩٨٣ وانظر كذلك:

F. Rigaux; la nature de controle de la cour de cassation, Bruxelles, thèse 1960.

أنشئت لأول مرة في عام ١٩٣١ ويسمح وجود هذه المحكمة كمحكمة وحيدة بتوحيد تفسير القانون وتطبيقه، وهي المختصة بنظر الطعون التي ترفع إليها فتؤكد بذلك احترام القواعد الموضوعية فضلاً عن القواعد الإجرائية<sup>(١)</sup>.

ولا تنظر محكمة النقض في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف من تلقاء نفسها وإنما تنظر في هذه الأحكام بموجب خصومة يعبر عنها طلب الخصم الذي لحقته الخسارة من جراء مخالفة الحكم المطعون

(١) واستقى المشرع الإجرائي المصري نظام محكمة النقض المصرية من محكمة النقض الفرنسية، ففي فرنسا تعد محكمة النقض الفرنسية أعلى درجة من درجات المحاكم الفرنسية وهي تعادل القضاء الإداري العالي في مجلس الدولة، وتتكون محكمة النقض الفرنسية من ست دوائر إذ بها دائرة جنائية وخمس دوائر مدنية وفيها دائرة تجارية ودائرة اجتماعية ودائرة للأحوال الشخصية وللأسرة وال عقود ودائرة مدنية للمسئولية المدنية والضمان الاجتماعي ودائرة مدنية للدعاوى العقارية، ومهمة المحكمة الثابت من صحة تطبيق القانون وتوحيد التفسير القضائي للنصوص، كما وأن للمحكمة سلطة في القضاء بإلغاء الأحكام القضائية التي تصدر مخالفة لأحكام القانون.

*Cette cour prononce la cassation et l' annulation des décisions de justice qui ont été rendues au prix d' une méconnaissance de la loi*

ولا يمكن للخصوم الطاعنين بالنقض أن يقيموا طعنهم على مسائل الوقائع وإنما القانون، لذا لا تعد المحكمة درجة من درجات التقاضي:

*La cour de cassation est donc le juge du droit; elle s' assure en effet uniquement de ce que, à la lecture des motifs de la décision frappée de pourvoi, la loi a été correctement appliquée aux faits tels qu' ils ont été constatés par les juges du fond.*

وتتكون محكمة النقض الفرنسية من عدد من القضاة بمختلف الدرجات العالية منهم وبالمحكمة موظفون إداريون يتولون الأعمال الإدارية المعاونة للقضاة والمحقق لرسالة المحكمة - ولكل دائرة موظفوها الإداريون ولكل دائرة عدد من الكتبة ممن ينتظمون في قلم كتاب الدائرة وهم يتولون مهمة الحفاظ على الأوراق والإشراف على التقارير والدراسات وهم تابعون لرئيس المحكمة كما يتبعه كبير الكتاب.

راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 33.

فيه للقانون.. وميعاد الطعن بالنقض ستون يوماً سواء أكان الطعن في المسائل المدنية أو التجارية أو مسائل الأحوال الشخصية أو المسائل الجنائية<sup>(١)</sup>.

وبمحكمة النقض قلم للكتاب يؤدي دوراً مهماً في إجراءات رفع الطعن إذ بموجب المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات يرفع الطعن بإيداع صحيفة الطعن في قلم كتاب محكمة النقض أو في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أياً ما كانت هذه المحكمة أي حتى ولو كانت محكمة جزئية، وفي هذه الحالة الأخيرة يقوم قلم الكتاب بإرسال الطعن إلى قلم كتاب محكمة النقض، ويوجب القانون أن يودع في قلم الكتاب أصل الصحيفة وعدداً من الصور بقدر عدد المطعون ضدهم مع صورة تودع في قلم الكتاب، ويعد الطعن مرفوعاً من وقت الإيداع<sup>(٢)</sup>. وفي جميع

(١) ويلاحظ أن التقرير بالطعن بالنقض في محكمة النقض الفرنسية يكون أمام قلم كتاب المحكمة ويكون ميعاد الطعن في الحكم مفتوحاً خلال الشهرين التاليين لصدر الحكم أو إعلانه.

**En général dans les deux mois que suivent la signification ou la notification de la décision attaquée, le délai de pouvoi en cassation est augmenté d'un mois pour les personnes qui demeurent dans un département ou dans un territoire d'outre mer.**

راجع المادة ٩٩٦ من قانون المرافعات الفرنسي، ويقدم التقرير في قلم الكتاب إعمالاً للمادة ٩٧٨ مرافعات فرنسي.

(٢) وبموجب قانون المرافعات المصري فإنه يجب على الطاعن بالنقض أن يودع في قلم كتاب المحكمة أصل الصحيفة وعدداً من الصور بقدر عدد المطعون ضدهم ويودع كذلك سند توكيل المحامي ومذكرة شارحة مع إرفاق المستندات المؤيدة للطعن ويقوم قلم الكتاب في يوم تقديم الصحيفة إليه أو في يوم وصولها إليه بقبول الصحيفة في سجل خاص بذلك وعليه في اليوم التالي على الأكثر أن يقدم أصل الصحيفة إلى قلم المحضرين لإعلانها، ويكون على المطعون ضده الحضور إلى قلم الكتاب لإيداع مذكراته ومستنداته ولو لم يتضمن الإعلان تكليفه بالحضور. راجع في الإشارة إلى دور قلم كتاب المحكمة في قيد الطعن وقبول الأوراق الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التقاضي، سابق الإشارة إليه ص ٨٤١ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٩٦١ رقم ٦٠٥ وما بعدها.

الأحوال يجب أن تكون الصحيفة المودعة بالقلم موقعة من محاكم مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض ، وإذا كان الطعن مرفوعاً من النيابة ، يجب أن يوقع الصحيفة رئيس نيابة على الأقل ، ويجب أن تتضمن الصحيفة بيانات اسم الطاعن والمطعون ضده ولقبه وصفته وبيان مواطن كل منهما وبيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وأسباب الطعن وطلبات الطاعن ، وعلى كل حال فلقد جرى العمل على أن يتم اعتبار تقرير الطعن في قلم الكتاب مما يحل محل صحيفة الطعن ولا غضاضة في ذلك مادام التقرير يتضمن البيانات اللازمة قانوناً في الصحيفة.

ويختص قلم كتاب محكمة النقض بقبول مبلغ الكفالة السابقة على إيداع الصحيفة كما يباشر قلم الكتاب دوراً في إيداع الطاعن صورة من الصحيفة بقدر عدد المطعون ضدهم وبهذا القلم يودع السند الرسمي بتوكيل المحامي الموكل في الطعن والذي وقع على صحيفته وصورة رسمية طبق الأصل من الحكم المطعون فيه<sup>(١)</sup>. وإذا كانت صحيفة الطعن قد

(١) وكان المشرع قد نص في المادة ٢٥٥ من قانون المرافعات المصري علي أنه يجب على الطاعن أن يودع قلم كتاب المحكمة وقت تقديم الصحيفة صوراً منها بقدر عدد المطعون ضدهم وصورة لقلم الكتاب وسند التوكيل للمحامي الموكل في الطعن ومذكرة شارحة لأسباب طعنه ، وعليه أن يرفق بها المستندات التي تؤيد الطعن ما لم تكن مودعة ملف القضية الصادر الحكم المطعون فيه ، فإذا كانت مقدمة في طعن آخر فيكفي أن يقدم الطاعن ما يدل على ذلك ، وللمحكمة أن تتخذ ما تراه في سبيل الاطلاع على هذه المستندات ، وإذا كانت صحيفة الطعن قد أودعت قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم ، فيجب على قلم كتابها إرسال جميع الأوراق الخاصة بالطعن إلى محكمة النقض في اليوم التالي لتقديم الصحيفة - بموجب المادة ٢٥٦ من قانون المرافعات يتولى قلم كتاب المحكمة قيد الطعن في يوم تقديم الصحيفة أو وصولها إليه في السجل الخاص بذلك وعليه في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى قلم الكتاب.

ويلاحظ أن المشرع قد أوجب على الطاعن تقديم كفالة وكذلك تأدية رسوم الطعن فإن لم يقدم أيهما كان على قلم الكتاب ألا يقبل إيداع الصحيفة ، ويختلف موقف المشرع في هذا المقام في حكم المادة ٢/٢٥٤ من قانون المرافعات =

أودعت في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم فعليه إرسال جميع أوراق الطعن إلى قلم كتاب محكمة النقض في اليوم التالي لإيداع الصحيفة وإلا كان للمحكمة أن تحكم على من تخلف أو تأخر في إرسال الأوراق من العاملين في قلم الكتاب بغرامة.. وعند نظر الطعن يجوز للمحكمة - محكمة النقض - رغم تقديم المستندات المؤيدة لأسباب الطعن أن تأمر بضم ملف القضية الصادر فيها الحكم المطعون فيه وفي هذه الحال يقوم قلم الكتاب بإرسال هذا الأمر إلى قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم لإرسال الملف إلى محكمة النقض<sup>(١)</sup>.

ويختص قلم كتاب محكمة النقض بقيد الطعن حيث أوجب المشرع على هذا القلم أن يقوم في يوم تقديم الصحيفة إليه أو في يوم وصولها إليه من قلم كتاب المحكمة التي قدمت إليه بقيد الصحيفة في السجل الخاص بذلك ويكون عليه في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها وعلى قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الطعن خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تسليم الصحيفة إليه إلى المطعون ضدهم ثم يرد الأصل إلى قلم الكتاب<sup>(٢)</sup>.

ولقلم كتاب محكمة النقض دور في تنظيم التدخل أمام المحكمة إذ يتم التدخل بإيداع المتدخل مذكرة بدفاعه في قلم الكتاب مشفوعة

---

=عما هو مقرر مثلاً في المادة ١٩٦ من قانون المحاكمات الأردني التي ورد فيها الإشارة إلى أنه: يرد كل تمييز إذا لم يقدم في ميعاد التمييز أو لم يكن الرسوم مؤداة عنه، ويجوز لمحكمة التمييز عند النظر في التمييز أن تسمح بإكمال الرسم إذا ظهر أنه كان ناقصاً في حالة تخلف المميز عن دفع الرسم المستحق خلال المدة التي تعينها المحكمة.

(١) راجع الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في مؤلفه: أصول التقاضي، سابق الإشارة إليه، ص ٨٣٩.

(٢) انظر الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٩٦١ رقم ٦٠٥ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٩٣٠، ٩٣١.



بالمستندات التي تؤيده وسند توكيل المحامي الموكل عنه.  
كما وأن لقلم الكتاب دوراً في التحضير للقضية أمام المحكمة إذ  
بموجب المادة ٢٥٨ من قانون المرافعات يبيد المطعون ضده دفاعه كتابة  
بمذكرة تودع بالقلم خلال خمسة عشر يوماً من إعلانه بصحيفة الطعن  
كما يودع الطاعن خلال خمسة عشر يوماً من انقضاء الميعاد الممنوح  
للمطعون ضده مذكرة للرد على دفاعه ويرفق ما لديه من مستندات  
وبموجب المادة ٢٦١ من قانون المرافعات أوجب المشرع أن تقدم جميع  
المذكرات وحواظ المستندات من الخصم من أصل وصور بقدر عدد  
خصومه في الطعن ويجب أن تكون موقعة من محاميه المقبول أمام محكمة  
النقض ويجب أن تقدم المذكرات والمستندات في الوقت المحدد لها وإلا سقط  
الحق في تقديمها<sup>(١)</sup>. ومن الملاحظ في هذا المجال أن المشرع لم يعط لقلم

(١) وبموجب المادة ٢٥٨ من قانون المرافعات المصري يكون للمطعون ضده أن يبيد  
دفاعه كتابة بمذكرة يودعها في قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من  
إعلانه بصحيفة الطعن، ويجب أن يرفق مع هذه المذكرة سند الوكالة للمحامي  
المقبول للمرافعة أمام المحكمة وما يكون من المستندات المؤيدة لدفاعه، كذلك  
للطاعن أن يودع في خلال الخمسة عشر يوماً من انقضاء الأجل الممنوح قانونياً  
للمطعون ضده رده بمذكرة للرد ومعها ما لديه من المستندات ويكون ذلك أيضاً  
في قلم الكتاب، وإذا تعدد المطعون ضدهم كان لكل منهم إن أراد أن يتقدم إلى  
قلم الكتاب في الميعاد الممنوح للطاعن للرد، وإذا كان الطاعن قد قدم مذكرة  
بدفاعه ورده، كان لكل من المطعون ضدهم في ميعاد الخمسة عشر يوماً من  
انقضاء ميعاد الرد أن يودع في قلم الكتاب مذكرة بملاحظاته على الرد، ويكون  
المطعون ضده آخر من يتكلم في الخصوم.. وفي جميع الأحوال يجب أن تقدم  
جميع المذكرات وحواظ المستندات من الخصم من أصل وصوره بقدر عدد  
الخصوم في الطعن.. وبعد انقضاء المواعيد الممنوحة للخصوم لتقديم مذكراتهم،  
يتولى قلم الكتاب إرسال ملف الطعن المشتمل على صحيفة الطعن وما قدمه  
الخصوم من أوراق إلى نيابة النقض. ويراعي أن المشرع لم يوجب على قلم  
الكتاب أن يقوم بالإرسال إلى نيابة النقض في مدة معينة.. وما يؤديه قلم الكتاب  
في هذا المقام هو دور مهم ومن ثم فالكثبة في محكمة النقض هم أعوان للقضاة  
فيها، ولذلك قال وبحق الأستاذ محمد العطييف الجعيدي في تونس في مقال له =

الكتاب سلطة التقدير النهائي في عدم قبول هذه الأوراق لأن الفصل في ذلك هو من المسائل التي يجب تقديرها من قضاة الدائرة المنظور أمامها الطعن، ولذا أوجب القانون على قلم الكتاب إذا قدمت المذكرة والمستندات بعد الميعاد تحرير محضر لإثبات ذلك، فلقلم الكتاب هو عون للمحكمة ولا ينبغي أن يمنح اختصاصاً قضائياً أي لا يتعين له أن يشارك المحكمة في سلطتها القضائية الأصلية<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: المحاكم الجزئية:

توجد هذه المحاكم في عاصمة كل مركز وفي كل قسم من أقسام المحافظات وتختص هذه المحاكم بالدعوى قليلة القيمة أو قليلة الأهمية ولكل محكمة جزئية دائرة اختصاص مكاني وهي متعددة بسبب اتساع

---

= بعنوان "كتبة المحاكم، الحلقة المنسية في حديث الإصلاح: بأنهم أحد عناصر العمل القضائي الذي يشهد بصحة الإجراءات ويحضر محاضرها وهم من يظلمون بدور محوري في تنظيم عمل المحاكم على اعتبار أنهم من يتلقون فعلياً الشكايات والمحاضر والعرائض ويسهرون على حسن مسلكها وتقديمها للجهة القضائية، ويضاف إلى ذلك أنهم من يقومون بأعمال إدارية تتمثل في تسليم الشهادات الإدارية وما يقومون به يومياً من استقبال المتقاضين ونوابهم لإرشادهم عن مآل قضاياهم ومدى ما يطلبون من معلومات وهم من تتعدد أدوارهم وتشعب أعمالهم..." راجع الأستاذ محمد العفيف الجعيدي في مقاله المورخ في ١٢ شباط / فبراير ٢٠١٣ والمنشور في المفكرة القانونية التونسية عدد ٢٠١٣.

(١) ولذلك وصف الأستاذ "كوشيه" هؤلاء المعاوين للقضاة بقوله:

Les auxiliaries de la justice; un certain nombre de personnes sont au service des plaieurs, coopèrent avec les magistrats au service public de la justice.

راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 98

كذلك يجب أن تتوافر الصلاحية لأعوان القاضي ويقصد بها الصلاحية الوظيفية، وأيضاً فإن الكتبة والمحضرين يجب أن تتوافر فيهم شروط الصلاحية الوظيفية والصلاحية الشخصية إعمالاً للمادة ٢٦ من قانون المرافعات، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي والأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود والدكتور سيد أبو سريع في مبادئ المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى ٢٠٠٥ بدون اسم ناشر ص ٤٢٩.

رقعة الدولة واشتماله على مدن وأقاليم، وتنعقد المحكمة الجزئية في مقرها وهي لا تنعقد لنظر نزاع معين بذاته كما وأنها محاكم دائمة وتوصف هذه المحكم بأنها محاكم الدرجة الأولى، ويكون إنشاء المحكمة الجزئية وتعيين مقرها وتحديد دوائر الاختصاص بها بقرار من وزير العدل<sup>(١)</sup>.

(١) والأصل في القوانين المقارنة أن يختص القانون ببيان أنواع المحاكم، فمثلاً نصت المادة ٩٩ من الدستور الأردني الحالي على أن المحاكم ثلاثة أنواع هي المحاكم النظامية والمحاكم الدينية والمحاكم الخاصة، وبموجب المادة ١٠٢ من الدستور تمارس المحاكم النظامية حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعاوى التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها باستثناء المواد التي تفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام الدستور أو أي تشريع آخر نافذ المفعول. وفيما يخص المحاكم النظامية فقد نص الدستور الأردني على أن محاكم الدرجة الأولى هي محاكم الصلح، حيث قررت المادة ٣ من قانون تشكيل المحاكم النظامية على أن تشكل محاكم تسمى محاكم صلح في المحافظات أو الألوية أو الأفضية أو أي مكان آخر بمقتضى قانون محاكم الصلح أو أي قانون أو نظام معمول به، وتنعقد محكمة الصلح من قاض منفرد يعرف بقاضي الصلح ولها اختصاص قيمي قدره ثلاثة آلاف دينار فيما دونها وفي المجال الجزائي نص قانون محاكم الصلح على أنها المختصة بجميع المخالفات وأنواع معينة من الجرائم.. وتعتبر محكم البداية هي المحاكم صاحبة الولاية العامة وهي توجد في المحافظات والألوية أو أي مكان آخر بمقتضى نظام يحدد الاختصاص المكاني لكل منها وتؤلف كل محكمة من رئيس وعدد من القضاة - وبموجب المادة السادسة من قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني توجد محاكم استئناف في العاصمة "أربد" و"معان" ويعين لكل منها رئيس وعدد من القضاة وتنعقد محكمة الاستئناف من ثلاثة من القضاة على الأقل.. وبموجب المادة ٩ من قانون تشكيل المحاكم النظامية توجد محكمة للتمييز مقرها عمان وتؤلف من رئيس واحد وعدد من القضاة بقدر الحاجة وتنعقد من خمسة قضاة على الأقل في هيئتها العادية ويرأس القاضي الأقدم المحكمة.

وفي المغرب نظم قانون المسطرة المغربي أنواع المحاكم حيث نظم محاكم المقاطعات والجماعات ومحاكم الدرجة الأولى وهي المحاكم الابتدائية والمحاكم الإدارية والمحاكم التجارية، أما محاكم الدرجة الثانية فهي محاكم الاستئناف ومحكمة الاستئناف الإدارية ومحاكم الاستئناف التجارية ثم محكمة النقض المسماة بالمجلس الأعلى.

ولا يعني اشتغال المحكمة الجزئية على عدة دوائر أن كل دائرة تعد محكمة مستقلة، ذلك لأن تقسيم المحكمة إلى دوائر هو تقسيم داخلي فيها وهو لا يستهدف سوى الانتفاع بمزايا التخصص بحيث يتاح في العمل وجود قاضٍ متخصص في فرع معين من فروع القانون وإن كان العمل قد جرى على إسناد العمل للقاضي في دوائر متنوعة إلا للضرورة، ويدل تتبع نظام العمل في المحاكم الجزئية المشكلة من قاضٍ فرد يندب من قضاة المحكمة الابتدائية أنه لم يكن من المألوف فيما سبق وجود دوائر فيها، على أن المشرع قد استحدث ذلك منذ عام ١٩٤٨ حين أصدر قانون المحاكم الحسبية حيث ورد في المادة ٥٤ منه أنه "تشكل بالمحاكم الوطنية دوائر لنظر المواد الحسبية جزئية واستثنائية وفقاً لما نص عليه في لائحة ترتيب المحاكم الوطنية".

ويعد كاتب الجلسة عضواً في تشكيل كل محكمة من المحاكم الجزئية إذ يجب أن يحضر مع القاضي في جميع الجلسات وفي جميع إجراءات الإثبات وهو من يتولى تحرير المحضر والتوقيع عليه مع القاضي وإلا كان العمل باطلاً<sup>(١)</sup>. وغني عن البيان أنه مما لا يؤثر في لزوم حضور الكاتب مع القاضي تكوين المحكمة الجزئية من قاضٍ فرد، وفي الواقع العملي يوجد في كل محكمة جزئية عدد كافٍ من الكتبة<sup>(٢)</sup>. ولقد عهد المشرع لكتبة المحكمة الجزئية بمهام أخرى لا تقتصر على الحضور في الجلسات وإنما هم المنوط

---

(١) راجع نص المادة ٢٥ من قانون المرافعات المصري، وفي الإشارة إلى ذلك انظر الأستاذ الدكتور وجدي راغب لهمي والأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود والسيد الدكتور سيد أبو سريع في مبادئ المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ٥٠٤ وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور عزمي عبد الفتاح في قانون القضاء المدني المصري، طبعة ١٩٩٣، الطبعة الرابعة ص ٣٠٤، وانظر كذلك الأستاذ الدكتور العميد أحمد هندي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٢٩ ققرة ٨.

(٢) انظر الأستاذ الدكتور رمزي سيف في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ١٠١ رقم

بهم تحصيل الرسوم القضائية وقيّد الدعاوى وحفظ الأوراق القضائية وغير ذلك مما ينص عليه القانون<sup>(١)</sup>.

ويمكن للقضاة في المحاكم الجزئية الاستعانة بالخبراء إذ هذه الاستعانة غير مقصورة على المحاكم الابتدائية لأنها لا تختلف تبعاً لدرجة المحكمة أو نوعها<sup>(٢)</sup>. فالقاضي تقتضي طبيعة عمله القضائي تفهم ظروف القضية وقد يستوجب ذلك إدراك مسائل فنية أو علمية بعيدة عن مجال العمل القانوني والعلم المتوافر لدى القاضي لذا يحسن أن تتاح له مكنة الاستشارة في الأمور الفنية أو العلمية بالاستعانة برأي ذوي الخبرة أو العلم.

وجدير بالذكر أن المشرع المصري قد نظم طائفة الخبراء كأعوان للقضاة في مصر لأول مرة منذ عام ١٩٠٩ وأشار في هذا القانون - رقم ١ المنظم للخبراء أمام المحاكم الأهلية في المادتين ٣٠، ٣١ منه - أن تنظم جداول ذات أقسام بالمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف لقيّد من يقبل ممارسة هذه المهنة أمام القضاء، وقد تكفل هذا القانون بتحديد عدد من يقيد بهذه الجداول وأوضح واجباتهم وتأديبهم، وقبل صدور هذا القانون كانت الخبرة مهنة حرة منظمة لذا حظر القانون المنظم لأمر الخبرة ممارسة هذه المهنة على موظفي الحكومة وإن أجاز الندب للبعض منهم واستثنى المشرع من ذلك الخبراء في المسائل الحسابية حيث أجاز تعيين موظف خبير بها في المحاكم<sup>(٣)</sup>. ولقد عدل المشرع عن هذا الاتجاه الذي تبناه بموجب

---

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، طبعة ٢٠٠٤، الطبعة الرابعة، سابق الإشارة إليه ص ٢٥٣ وحيث ينوه إلى أن الكاتب هو من يقوم بحفظ ملفات القضايا وسجلات المحاكم وتسليم الصور والشهادات.

(٢) وآية ذلك ما نصت عليه المادة ١٣٥ من قانون الإثبات المصري حيث ورد فيها النص على أنه: للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب...

(٣) ويمكن الاستعانة بخبراء من غير جدول الخبراء وقد يكون الخبير الخارجي موظفاً عاماً، ومثال ذلك أن ترى المحكمة الاستعانة بأساتذة من كليات الهندسة أو الطب أو أحد مكاتب المحاسبين، ولقد أجاز المشرع الاستعانة بمن يرى القاضي =

القانون الصادر في عام ١٩٠١ في شأن الخبراء وتحوّلت وجهة النظر لديه حيث جعل من الخبرة "وظيفة قضائية" بعد أن كانت مهنة حرة<sup>(١)</sup>. إذ بموجب القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٣٣ وهو القانون الذي نظم الخبرة أمام القضاء ورد فيه أنه لا يجوز أن يقيد في جدول الخبراء في المحاكم أحد ممن تخلو محالهم في أي قسم من الأقسام ونص في هذا القانون على أن يكون بمقر كل محكمة ابتدائية مكتب أو أكثر لخبراء وزارة العدل ويعين بقرار من وزارة العدل دائرة اختصاص كل مكتب والخبراء اللازمون له ولكل قسم

---

= الاستعانة برأيه الفني من غير من ذكروا في الجدول حيث أشار إلى ذلك في المادة الأولى من قانون تنظيم الخبرة أمام جهات القضاء، كذلك يمكن للخصوم أن يستعينوا بخبراء خارجيين ليقدموا تقارير استشارية ولا غضاضة لو أن رأيت المحكمة ترجيح رأي الخبير الاستشاري عن رأي الخبير من خبراء الجدول، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور عبد الباسط جمبوعي في مبادئ المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ٢٩١، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٤٧١.

(١) ومن الجدير بالذكر أن هناك من الأنظمة القضائية ما تميز تولي الخبرة للخبراء المقيدون في المحاكم وغيرهم من ذوي المهن الحرة، ومن ذلك مثلاً القانون الإنجليزي الذي استقر على أن الخبرة من قبيل الشهادة والخبير هو شاهد من أهل الحرفة أو المهنة أو العلم وعمله قائم على معاونة القاضي في مسائل الواقع.

Who by virtue of education, training, skill, or experience, is be lived to have expertise and specialized.

لذا جاء في قانون Scots law الصادر في عام ١٩٥٣ تعريف الخبير بأنه:

A witness has particular knowledge or skills in an area being examined by the court.

وهي من تنتدبه المحكمة لمعاونة القاضي في فهم واقعات الدعوى، وفي المحاكم الإنجليزية يجوز الاستعانة بالخبير أياً ما كان نوع المحكمة حيث جرى القضاء الإنجليزي على الاستعانة بالخبير منذ عام ١٧٨٢. راجع في عرض الخبرة في النظام القضائي الإنجليزي:

Talae, Michael; what is an Expert witness? The Expert Institute. Retrieved 14 January 2013.

Snow, J. N. and Weed, R. 1996, Forensic issues: Wراجع أيضاً: In mental health; the role of the expert witness Journal of legal Nurse Consulting. 7.

من أقسامه<sup>(١)</sup>. ومن عناهم المشرع بخبراء وزارة العدل هم هؤلاء الموظفون الفنيون التابعون للوزارة، وفي المرحلة الأولى كان يشارك خبراء وزارة العدل الخبراء الفنيون وفقاً للنظام القديم وإن كان المشرع قصر مباشرة الخبرة على خبراء وزارة العدل - دون الخبراء من الجدول - في بعض المسائل المعينة بذاتها، كذلك عد من قبيل الخبراء أصحاب الوظيفة القضائية - لا أصحاب المهنة الحرة - الخبراء في مصلحة الطب الشرعي حيث نظم المشرع أحكام هذه الفئة وكان أن نص على أنه يكون بمقر كل محكمة ابتدائية قسم للطب الشرعي تعين دائرة اختصاصه بقرار من وزير العدل<sup>(٢)</sup>.

(١) ومن الجدير بالاعتبار أن المشرع المصري كان قد ضمن هذا القانون نصاً مضافاً جاء فيه: يحضر الخبير في اليوم المحدد للمناقشة في التقرير ليبين للمحكمة رأيه والأوجه التي تبرره، وللمحكمة أن توجه إليه من الأسئلة ما تراه مفيداً لاستنارتها في الدعوى سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم، وتحصل المناقشة في هذه الجلسة ولو لم تكن القضية صالحة للمرافعة في موضوعها إلا إذا وجدت أسباب استثنائية وجب إثباتها في المحضر، وللمحكمة في حالة اتفاق الخصوم أن تعفي الخبير من الحضور لمناقشة تقريره، وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون النص على أنه: ينص المشروع كذلك على أنه يجب على القاضي أن يحدد تاريخ الجلسة التي تؤول لها القضية للمناقشة في التقرير وللغسل في الموضوع إن كانت القضية صالحة للفصل فيها، ومن أهم التعديلات التي أدخلها المشروع ذلك التعديل الذي يجتم حضور الخبير أمام المحكمة للإدلاء برأيه والأوجه التي تبرر هذا الرأي ومناقشته فيه، ولاشك أن في ذلك ضماناً تتحقق به الرقابة الفعالة من المحكمة ويعطي فرصة للخصوم لمناقشة الخبير استجلاء للحقيقة وتحريماً للدقة، وقد أجاز للمحكمة أن توجه إليه من الأسئلة ما تراه مفيداً لتنويرها وتكوين عقيدتها في موضوع الدعوى سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم كما أجاز لها في حالة اتفاق الخصوم أن تعفي الخبير من الحضور أمامها. راجع المذكرة الإيضاحية للقانون وانظر كذلك مقال الأستاذ أحمد زكي المحامي في مجلة الحمامة، العدد الخامس، السنة العشرين، سنة ١٩٤٠.

(٢) راجع الأستاذ محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي في قواعد المرافعات، الجزء الثاني، سابق الإشارة إليه ص ٥٧٠ رقم ٩٨٤ وما بعدها، وراجع أيضاً الدكتور أحمد مسلم في أصول المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ١٢٨، ١٢٩.

### ثالثاً: المحاكم الابتدائية:

وتوجد هذه المحاكم في كل عاصمة من عواصم المحافظات بالجمهورية إعمالاً لحكم المادة ٩ من قانون السلطة القضائية.. وتختص هذه المحاكم بالدعاوى التي ترفع أمام محكمة الدرجة الأولى فيما عدا ما يخرج عن اختصاصها بموجب نص قانوني خاص، وتعد هذه المحاكم كمحاكم لأول درجة كما تعد محكمة للدرجة الثانية للمحاكم الجزئية بحيث تتخذ هيئة استئنافية لهذه الأخيرة ويتوقف الاختصاص القيمي لهذه المحاكم على الدعاوى الأكثر قيمة أو الدعاوى المهمة رغم كونها قليلة القيمة<sup>(١)</sup>. وتؤلف كل محكمة ابتدائية من عدد كاف من الرؤساء والقضاة ويندب لرياستها أحد مستشاري محكمة الاستئناف التي تقع بدائرتها المحكمة الابتدائية أو أية محكمة استئناف أخرى ويكون الندب بقرار من وزير العدل

(١) ولقد سار المشرع المصري على هذا المعيار في تحديد اختصاص المحاكم، فمثلاً في دولة الكويت تتنوع المحاكم حيث توجد المحاكم العادية والخاصة وتختص المحاكم العادية بالقضايا الاقتصادية والتجارية والقضايا المدنية وقضايا الأحوال الشخصية والقضايا الإدارية، والمحاكم العادية ثلاث درجات أولها المحاكم الجزئية وتختص بالقضايا البسيطة ثم المحاكم الكلية ثم محكمة الاستئناف العالي أما أعلى محكمة فهي محكمة التمييز. وبموجب القانون الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بشأن المرافعات المدنية والتجارية فإن المشرع قد أورد في المادة ٢٩ النص على أن تختص المحاكم الجزئية بالحكم ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمتها ألف دينار ويكون حكمها نهائياً إذا ما كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسمائة دينار، وبموجب المادة ٣٠ لا تختص المحكمة الجزئية بالحكم في الطلب العارض أو الطلب المرتبط بالطلب الأصلي، وإذا عرض عليها طلب من هذا القبيل، جاز لها أن تحكم في الطلب الأصلي وحده إذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة، وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض أو المرتبط بهما إلى المحكمة الكلية، وبموجب المادة ٣٤ من ذات القانون تختص المحكمة الكلية ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي ليست من اختصاص المحكمة الجزئية وذلك ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ويكون حكمها نهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة آلاف دينار.. راجع أيضاً مثلاً التنظيم القانوني للمحاكم العراقية بموجب القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٧.



بعد أخذ رأي مجلس القضاء الأعلى لمدة سنة على الأكثر قابلة للتجديد ويكون لكل محكمة عدد كاف من الدوائر يرأس كلاً منها رئيس المحكمة أو أحد الرؤساء بها ويجوز عند الضرورة أن يرأسها أحد قضاة المحكمة<sup>(١)</sup>. وتصدر الأحكام من ثلاثة أعضاء ويجوز أن تتعد المحكمة الابتدائية في أي مكان آخر في دائرة اختصاصها أو خارج هذه الدائرة عند الضرورة وذلك بقرار من وزير العدل بناء على طلب رئيس المحكمة<sup>(٢)</sup>.

وتكون جلسات المحاكم الابتدائية - شأنها في ذلك شأن بقية المحاكم - علنية إلا إذا أمرت المحكمة بجعلها سرية مراعاة للآداب أو محافظة على النظام العام ويكون النطق بالحكم في جميع الأحوال في جلسة علنية ونظام الجلسة وضبطها منوطان بالرئيس<sup>(٣)</sup>. وتسري على هذه المحاكم القاعده

---

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٣٧٤ وما بعدها.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التقاضي، سابق الإشارة إليه ص ٥٧٨.

(٣) ولا ريب أن مبدأ العلانية مبدأ مأخوذ به في جميع المعاهدات والمواثيق العالمية إذ نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ وأشارت إليه الفقرة الأولى من المادة ١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وأكدت المادة ٧/١٩ من الدستور العراقي التي نصت على أن جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية وأشير لهذا المبدأ أيضاً في المادة ١٥٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.. كما جاء النص على مبدأ العلانية في المادة ٦١ من قانون نظام المرافعات الشرعية السعودي حيث تنص على أن تكون المرافعة علنية، إلا إذا رأى القاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم إجراءها سراً محافظة على النظام العام والآداب ولحرمة الأسرة، كما وردت الإشارة إلى ذلك في المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجزائية السعودي.

وراجع في دراسة موسعة لمبدأ العلنية:

Sandrine Roure; l' élargissement du principe de publicité des débats judiciaires; une judiciairisation du débat public. Revue française de droit constitutionnel. 2006. No. 68.

العامة المقررة في المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية المشار فيها إلى أن لغة المحاكم هي اللغة العربية وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلونها بواسطة مترجم بعد حلف اليمين<sup>(١)</sup>. ويعد المترجمون من أعوان قضاة المحكمة الابتدائية كما يعد من أعوانهم الخبراء وأمناء السر والكتابة والمحضرون ويعين لكل محكمة ابتدائية كبير محضرين وعدد كاف من المحضرين ويلحق بكل محكمة عدد كاف من النساخين والفرامين والطباعين والحجاب والسعاة والفراشين والبستانيين وغيرهم من العاملين، وتسري على هؤلاء الأحكام العامة للعاملين المدنيين للدولة.

ويكون تعيين الكتبة بالمحاكم الابتدائية على سبيل الاختبار مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سنتين<sup>(٢)</sup>. ولا يجوز ترقية من عين كاتباً من الفئة التي عين فيها للفئة التي تليها إلا إذا أحسنت الشهادة في حقه ونجح

(١) والأخذ بهذه القاعدة هو السائد في المعاهدات والمواثيق الدولية التي تقر بحق الإنسان في كل محاكمة لذا نجد مثلاً ما صدر عن منظمة العفو الدولية من دليل المحاكمات العادلة إذ أشير فيه إلى حق الإنسان في الاستعانة بالمحامي وجاء في الفصل التاسع من الدليل الإشارة إلى الحق في الاستعانة بالمترجمين كما أكد الفصل الثالث والعشرون على هذا الحق سواء أكانت الترجمة بترجم شفهي أو تحريري، كذلك أكد القانون المغربي الصادر في أول ديسمبر ٢٠٠٥ على الحق في الاستعانة بالمترجمين، كذلك جاء في المبدأ رقم ١٤ من مجموعة مبادئ العهد الدولي لحقوق الإنسان أن: لكل شخص لا يفهم أو لا يتكلم على نحو كاف اللغة التي تستخدمها السلطات المسؤولة عن القبض عليه أو احتجازه أو سجنه الحق في أن يبلغ على وجه السرعة وبلغة يفهما.. كذلك جاء في الفصل ١١٢، ٧٤، ٧٣ من قانون المسطرة المغربية الإشارة إلى الحق في الترجمة حيث قضت المادة ٧٣ منه على أنه: يستعين الوكيل العام للملك بترجمان أو بكل شخص يحسن التخاطب أو التفاهم مع من يقع استنطاقه عند الاقتضاء وقررت المادة ١١٢ منه على الاستعانة في الترجمة للمراسلات والمكالمات التي تمت بلغة أجنبية بمترجم على أن يلتزم هذا المترجم بسرية هذه الوثائق ويجب عليه أداء اليمين قبل مباشرته لمهامه.

(٢) وعادة ما ينظم المشرع المقارن شروط مباشرة الكتبة للعمل ومن ذلك مثلاً ما ورد في المرسوم بقانون رقم ٢.١١.٤٧٣، الصادر في المغرب في ١٤ سبتمبر ٢٠١١ بشأن النظام الأساسي الخاص بهيئة كتابة الضبط إذ أورد المشرع شروط التعيين =

التي عين فيها للفترة التي تليها إلا إذا أحسنت الشهادة في حقه ونجح في امتحان يختبر فيه كتابة وشفاهة بشرط أن يقضي فترة تدريب في الأعمال التي يقوم بها وفق المنهج الذي يصدر به قرار من وزير العدل ويعفي حملة الشهادات العليا من شروط الامتحان ويؤدي هذا الامتحان عند الاقتضاء بكل محكمة ابتدائية بالنسبة لكتابها وتقوم به لجنة مشكلة من رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه وقاضٍ تختاره الجمعية العامة وكبير كتابها<sup>(١)</sup>.

= واقتضى بالنسبة لموظفي المحاكم عموماً أداء اليمين القانونية أمام المحكمة التي يتم تعيينهم بها بـ "أقسم بالله العظيم أن أقوم بمهامي بوفاء وإخلاص وأن أحافظ على السر المهني وأسلك في ذلك مسلك الموظف النزهي". وجاء في المادة الرابعة من هذا المرسوم أنه يجب أن يحدد هذا اليمين لكل موظف توقف عن العمل لمدة سنة أو أكثر. وجاء في المادة الخامسة من المرسوم أن هيئة كتابة الضبط تشتمل على الأطر الآتية (أ) إطار المنتدبين القضائيين (ب) إطار المحررين القضائيين (ج) إطار كتاب الضبط، وبموجب المادة ٢٣ من المرسوم المذكور جاء النص على أن يوظف المنتدبون القضائيون من الدرجة الثالثة من بين خريجي سلك التكوين في التدبير الإداري للمدرسة الوطنية للإدارة وبعد النجاح في المباراة يفتح في وجه المترشحين باب الاختيار من بينهم، وبموجب المادة ٢٤ من المرسوم يوظف المنتدبون القضائيون من الدرجة الثانية من بين خريجي السلك العالي في التدبير الإداري للمدرسة الوطنية للإدارة والمعهد العالي للإدارة وبموجب المادة ٢٥ منه يمكن أن يعين في منصب متدب قضائي عام المنتدبون القضائيون من الدرجة الممتازة الذين قضوا ست سنوات على الأقل من الخدمة الفعلية بهذه الصفة.

(١) راجع الأستاذ الدكتور أحمد مسلم في أصول المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ١١٥ وانظر كذلك في الإشارة على نظام تعيين الكتبة في المحاكم القيدالية الأمريكية وحيث يتاح لكل محكمة أن تعين كتيبها سواء أكان ذلك بالنسبة لمحاكم الدرجة الأولى في النظام القضائي الفيدرالي أو كان كذلك بالنسبة للمحاكم القيدالية الاستئنافية أو حتى بالنسبة لكتبة المحكمة العليا، كذلك يوجد في كل محكمة كتبة يتولون الأعمال الإدارية الخاصة بالمحكمة مثل إمساك السجلات وتلقي الأمانات المالية وتلقي المحررات واستقبال المكاتبات وإلى جانب هؤلاء توجد فئة أخرى يطلق عليها *the law clerks* وهؤلاء يعهد إليهم بمساعدة القاضى في مباشرة أعماله القضائية، راجع:

ويكون الامتحان التحريري والشفوي الذي يؤديه كتاب المحكمة الابتدائية بالنسبة لكتاب القسم المدني فيما يتعلق بعمل الكاتب في قانون المرافعات والقانون المدني والقانون التجاري وقوانين الرسوم والدمغة والمنشورات المعمول بها في المحاكم والخط<sup>(١)</sup>. وتصنع اللجنة المشكلة من وكيل وزارة العدل ومن مدير عام إدارة المحاكم ومدير عام الشؤون الإدارية أسئلة امتحان كتبة المحكمة الابتدائية وترسل الأسئلة إلى كل محكمة ابتدائية داخل مظروف محتوم بالشمع الأحمر يفضه رئيس لجنة الامتحان قبل انعقاد الامتحان مباشرة وبعد تقدير درجات المتشحين في الامتحان التحريري والشفوي وترسل نتائج هذا التقدير إلى الوزارة بالنسبة لكتاب المحاكم الابتدائية بعد تحرير محضر يوقعه رئيس اللجنة وأعضاؤها، وبموجب قانون السلطة القضائية - في المادة ١٤٧ منه - يتولى رئيس كل محكمة ابتدائية توزيع الأعمال على كتابها وتحديد محل كل منهم وتعيين رؤساء الأقسام والكتاب الأول بالمحاكم الجزئية وكذلك نقل الكتاب ونديهم داخل دائرة المحكمة.

#### رابعاً: محاكم الاستئناف:

عادة ما تسمى محاكم الاستئناف بأنها "محاكم الاستئناف العالي" وتوجد هذه المحاكم في القاهرة والإسكندرية وطنطا والمنصورة والإسماعيلية وبني سويف وأسيوط وقنا، وتعتبر هذه المحاكم محاكم استئنافية بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية وكذلك قد تعد محكمة أول درجة في بعض الحالات التي ينص عليها القانون<sup>(٢)</sup>.

---

=Magistrates and Magistrates court, Her Majesty' s court Service [consulte le 2008 - 06 - 24].

(١) راجع نص المادة ١٤٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والقانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢.

(٢) راجع نص المادة ٧، ٩ من قانون السلطة القضائية، وراجع الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، سابق الإشارة إليه ص ٢٧٩، =

وتتكون محكمة الاستئناف من رئيس وعدد كاف من الرؤساء والنواب ورؤساء الدوائر والقضاة<sup>(١)</sup>. وتصدر الأحكام فيها من ثلاثة قضاة ويجوز أن تنعقد محكمة الاستئناف في أي مكان آخر في دائرة اختصاصها أو خارج هذه الدائرة عند الضرورة وذلك بقرار يصدر من وزير العدل بناء على طلب رئيس محكمة الاستئناف وكذلك يجوز تأليف دائرة استئناف بصورة دائمة في أحد مراكز المحاكم الابتدائية بقرار يصدر من وزير العدل بعد أخذ رأي الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف وتشكل في كل محكمة استئناف محكمة أو أكثر لنظر قضايا الجنايات وتؤلف كل منها من ثلاثة من قضاة محكمة الاستئناف ويرأس محكمة الجنايات رئيس المحكمة أو أحد نوابه أو أحد رؤساء الدوائر وعند الضرورة يجوز أن يرأسها أحد القضاة بها<sup>(٢)</sup>.

= وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور العميد أحمد هندي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٣٣ فقرة ١٠ ج، وحيث يوضح الفقيه على مبدأ التقاضي على درجتين الذي يعد من المبادئ الأصولية التي يقوم عليها النظام القضائي المصري، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد ماهر زغلول في الموجز في أصول وقواعد المرافعات، الكتاب الأول ص ٣٤٠، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور عزمي عبد الفتاح في قانون القضاء المدني المصري، ١٩٩٣، الطبعة الرابعة ص ٣٠٧، وانظر أيضاً الأستاذ الدكتور العميد أحمد هندي في مؤلفه مبدأ التقاضي على درجتين طبعة ١٩٩٢، ص ٣٠٤.

(١) ويسير العمل في محاكم الاستئناف على أساس من نظام الدوائر إذ تشكل كل دائرة من ثلاثة من القضاة وتعمل محاكم الاستئناف أحياناً بتشكيل مدني وأحياناً بتشكيل جنائي، راجع الأستاذ الدكتور نبيل عمر في قانون المرافعات ص ١٠٢.

(٢) ولا يختلف تشكيل محكمة الجنايات بحسب نوع الجريمة التي تنظر أمام المحكمة بحسب نوعها بخلاف ما هو مقرر مثلاً في محاكم الجنايات الفرنسية لأنه في النظام الفرنسي فإنه إذا كانت محكمة الجنايات تتكون في هيئة أدوار انعقاد وتكون هيئتها من ثلاثة قضاة وعدد تسع محلفين ممن لا يقل عمرهم عن ثلاثة وعشرين عاماً يجري الاختيار من قائمة المحلفين المعدة في كل عام في كل مقاطعة من المقاطعات الفرنسية، ومع ذلك فإنه عندما يكون المطروح أمام محكمة الجنايات أحد القضايا الهامة كتلك مثلاً المتعلقة بالجرائم العسكرية أو جريمة من جرائم الإرهاب أو

وتجتمع كل محكمة استئناف بهيئة جمعية عامة للنظر في ترتيب وتأليف الدوائر وتشكيل الهيئات وتوزيع القضايا على الدوائر المختلفة وتحديد عدد الجلسات وأيام ساعات انعقادها وندب قضاة محاكم الاستئناف للعمل بمحاكم الجنايات وسائر المسائل المتعلقة بنظام المحاكم وأمرها الداخلية<sup>(١)</sup>. وتتخذ الجمعية العامة بدعوة من رئيس المحكمة أو

=تهريب المخدرات يكون تشكيل المحكمة من سبعة من القضاة من الهيئة القضائية بدون محلفين:

**En matière de terrorisme, de trafic de stupéfiants, ou dans le cas de crimes de nature militaire commis en temps de paix. La cour d' assises est exclusivement composée de sept magistrats professionnels.**

ومن المتبع في محاكم الجنايات الفرنسية شفوية المرافعات إذ يتوقف اقتناع القاضي على الاقتناع بالوقائع لا المستندات، لذلك يتوقف رأي المحلفين على اقتناعهم الداخلي، وعند الانتهاء من المرافعة يجري المداولة بين القضاة والمحلفين حيث يلزم التصويت على الإذئاب لدى المتهم بثمانية أصوات على الأقل وإلا تعينت البراءة:

La procédure devant la cour d' assises est orale, la conviction des juges s' appuie sur les débats en non sur les documents.. les jurés se déterminant en vertu de leur "intime conviction", d' ou l' importance des déclarations des officiers de police judiciaire, des experts et des témoins, la cour "magistrats professionnels et le jury délibèrent et votent ensemble. Les décisions défavorables à l' accusé, par exemple: verdict de culpabilité sont prises à la majorité de 8 voix au moins, l' accusé rennu non coupable est acquitté.

وفي المقام الإجرائي الفرنسي يجوز الاستئناف في الجنايات إذ تشكل المحكمة الاستئنافية عندئذ من اثني عشر محلفاً ويلزم صدور الحكم بأغلبية لا تقل عن عشر أصوات. راجع:

**Dictionnaires de français. Encyclopédie. La rousse cour d' assises..**

(١) والأصل أن تتخذ محكمة الاستئناف في مقرها، ولكن خروجاً عن هذا الأصل العام فإنه يجوز انعقادها في أي مكان آخر غير المقر مادام المقرر يدخل في دوائر اختصاصها أو في خارج ذلك عند الضرورة، ويكون الانعقاد خارج المقر المعتاد بقرار من وزير العدل بناء على طلب رئيس محكمة الاستئناف وذلك وفقاً للمادة ٣/٦ من قانون السلطة القضائية، راجع الأستاذ الدكتور أحمد ماهر زغلول في =

=مرجه السابق الإشارة إليه ص ٣٤٢. وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور العميد أحمد هندي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، سابق الإشارة إليه ص ٣٦، وانظر الأستاذ الدكتور رمزي سيف في الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، سابق الإشارة إليه ص ٢٣٩ رقم ٢١٥ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٣٧٥ رقم ٢١٧، وانظر كذلك الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التقاضي، سابق الإشارة إليه ص ٥٩٥.

كذلك انظر مثلاً في نظام الجمعية العامة لمحاكم الاستئناف في بعض الأنظمة المقارنة القانون المغربي الصادر في ١٥ يوليو ١٩٧٤ المتعلق بالتنظيم القضائي لمحاكم المملكة المغربية والتي وردت الإشارة فيه إلى أن تتكون محاكم الاستئناف من عدة غرف "دوائر" من بينها غرفة للأحوال الشخصية والميراث والغرفة الجنائية وتتكون أيضاً من نيابة عامة تضم وكيلًا عامًا للملك ونوابه العامين وقاض أو عدة قضاة مكلفين بالتحقيق وقاض أو عدة قضاة للأحداث وكتابة ضبط لكل من الرئاسة والنيابة العامة، وتعتبر الجمعية العامة بمحكمة الاستئناف الجهاز التنظيمي القضائي بالمنطقة وهي تتألف من جميع قضاة المحكمة سواء أكانوا قضاة الحكم أو قضاة النيابة العامة ورئيس كتابة الضبط، وتنعقد الجمعية العامة خلال الخمسة عشر يوماً الأولى من شهر ديسمبر من كل سنة، غير أنها يمكن أن تعقد اجتماعات أخرى إذا رأى الرئيس أهمية لذلك. وتتولى الجمعية تحديد عدد الدوائر والأقسام وكذلك ساعات الجلسات وكيفية توزيع القضايا خلال السنة القضائية التي تبدأ في أول يناير وتنتهي في ٣١ ديسمبر. كما تتولى الجمعية العامة دوائر المحاكم الابتدائية التابعة لها، راجع نصوص القانون المغربي الصادر في ١٥ يوليو ١٩٧٤. وراجع أيضاً المادة ١٥ من نظام القضاء السعودي والتي جاء فيها الإشارة إلى أن: يكون في كل منطقة محكمة استئناف أو أكثر وتباشر أعمالها من خلال دوائر متخصصة تؤلف كل دائرة منها من ثلاثة قضاة باستثناء الدائرة الجزائية التي تنظر في قضايا القتل والقطع والرجم والقصاص في النفس أو فيما دونها فتؤلف من خمسة قضاة، ولا تقل درجة القاضي في محكمة الاستئناف عن درجة قاض استئناف ويكون لكل دائرة رئيس ويجوز إنشاء دائرة استئناف متخصصة أو أكثر في المحافظات التابعة للمنطقة التي فيها محكمة استئناف. ويسمى رئيس كل دائرة وأعضاؤها بقرار من رئيس محكمة الاستئناف وتتولى رئيس المحكمة أو من ينيبه من أعضاء المحكمة رئاسة الدائرة عند غياب رئيسها وبموجب المادة ١٦ من ذات القانون فإن دوائر محاكم الاستئناف هي: الدوائر الحقوقية والدوائر الجزائية، ودوائر الأحوال الشخصية، والدوائر التجارية والدوائر العمالية.

من يقوم مقامه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب النيابة العامة وبين في الطلب المقدم من القضاة سبب الاجتماع وميعاده، فإذا لم يستجب رئيس المحكمة لهذا الطلب قام بالدعوة أقدم القضاة الموقعين عليه.

وبموجب المادة ٥٤ من قانون السلطة القضائية فإن رؤساء دوائر محكمة استئناف القاهرة وقضااتها لا يجوز نقلهم إلى محكمة أخرى إلا برضاهم وموافقة مجلس القضاء الأعلى، أما قضاة محاكم الاستئناف الأخرى فيكون نقلهم إلى محكمة استئناف القاهرة تبعاً للأقدمية في التعيين بمراعاة أن يكون النقل من محكمة استئناف قنا إلى محكمة استئناف أسبوط ثم إلى بني سويف ثم إلى الإسماعيلية ثم إلى المنصورة ثم إلى طنطا ثم إلى الإسكندرية ومع ذلك يجوز بقاء رئيس الدائرة أو القاضي في المحكمة التي يعمل بها بناء على طلبه وموافقة مجلس القضاء الأعلى، ويكون اختيار رؤساء دوائر محاكم الاستئناف بطريق الندب من بين القضاة الذين أمضوا في درجة قاضٍ "مستشار" سنتين على الأقل.

ويعين لكل محكمة استئناف كبير كتاب ووكيل له وعدد كاف من رؤساء الأقسام والكتاب والمترجمين ويلحق بكل محكمة استئناف عدد كاف من النساخين والفرازين والطباعين والحجاب والسعاة والفراشين والبستانيين وغيرهم من العاملين وتسري على العاملين بها الأحكام العامة للعاملين المدنيين في الدولة، وتعد في محكمة استئناف القاهرة لجنة تشكل من رئيسها ومن رؤساء محاكم الاستئناف وكبار كتابها وتختص هذه اللجنة باقتراح ما يتعلق بشئون كتابهم من تعيين ونقل وترقية ومنح علاوات<sup>(١)</sup>.

ويحلف الكتاب والمحضرون والمترجمون أمام هيئة المحكمة التابعين لها في جلسة علنية يميناً بأن يؤديوا أعمال وظائفهم بالذمة والعدل (م ١٥٨ من قانون السلطة القضائية)، والعاملون بالمحاكم الاستئنافية شأنهم شأن غيرهم من العاملين في المحاكم الأخرى ممنوعون من إذاعة أسرار القضايا

(١) راجع المادة ١٣٥ من قانون السلطة القضائية المصري.



وليس لهم أن يطلعوا عليها أحداً من غير ذوي الشأن أو من تبيح القوانين أو اللوائح أو التعليمات إطلاعهم عليها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### المحاكم الفرنسية ودور معاوني القضاة فيها

يقوم النظام الإجرائي الفرنسي على تقسيم المحاكم الفرنسية بين *juridictions de droit commun* وهي ما يطلق عليها *juridictions d'exception*<sup>(٢)</sup>، والمحاكم المتخصصة

(١) راجع نص المادة ١٥٨ من قانون السلطة القضائية المصري، وانظر أيضاً نص المادة ١٥٩ من ذات القانون حيث أشارت إلى أن موظفي المحاكم يتسلمون الأوراق القضائية الخاصة بأعمال وظائفهم ويحفظونها ويحصلون الرسوم... وراجع أيضاً نص المادة ٢٦ من قانون المرافعات التي نصت على أنه لا يجوز للمحضرين ولا للكتابة ولا لغيرهم من أعوان القضاء أن يباشروا عملاً يدخل في وظائفهم في الدعاوى الخاصة بهم أو بأزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم للدرجة الرابعة وإلا كان العمل باطلاً - راجع في هذا المعنى أيضاً الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مذكرات في إجراءات التقاضي، سابق الإشارة إليه ص ٥٤.

(٢) راجع في الإشارة إلى أنواع المحاكم الفرنسية بين القضاء العادي والمحاكم المتخصصة:

Jean Vincent et Serge Guinchard; *procédure Civile*, 22 édition. P. 122 No. 109 etss.

Vincent, Gunchard, montagnier et varinard; la justice, 3<sup>e</sup> d. No. 189

CL. Giverdon, Rep. pr. Civ. 2<sup>e</sup> éd. V<sup>o</sup>. وانظر أيضاً: *Compétence civile des tribunaux de grande. Instance. No. 10.*

Jean Larguier; *procédure civil. Droit judiciaire privé*; douzième édition. P. 8 etss.

(٣) ويصف الأستاذ "كوشيه" هذه المحاكم المتخصصة بأنها محاكم تختص بالنظر في قضايا معينة دون غيرها ومن ثم فإن اختصاصها لا يشمل كافة المنازعات.

راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 21.

ومن الجدير بالاعتبار أنه يوجد في النظام القضائي الفرنسي محاكم إدارية، أما المحاكم العادية وهي المحاكم الكلية فإن لها اختصاصاً عاماً شاملاً لكل القضايا ومن ثم فإن اختصاص هذه المحاكم غير مقصور على قضايا معينة بذاتها:

*La juridiction de droit commun peut connaître de tous les litiges qui se relèvent pas de la compétence d' une juridiction d' exception.*

وتعد المحاكم العادية تلك المحاكم صاحبة الاختصاص القضائي العام بحيث ينعقد لها الاختصاص بالفصل في كافة المنازعات فيما لا يرد فيه تنظيم قانوني خاص أما المحاكم المخصصة فهي تلك التي تختص بأنواع معينة من القضايا ومن ثم ينعقد الاختصاص لها وحدها دون غيرها<sup>(١)</sup>.

(١) ويرجع تاريخ المحاكم الكلية في فرنسا إلى عام ١٧٩٢ وقد حدد القانون الصادر في عام ١٩٥٨ والمعدل في عام ١٩٨٢ وبموجب تعديله بالقانون الفرنسي الصادر في عام ١٩٩٤ اختصاص هذه المحاكم، ويوجد حالياً في مختلف المقاطعات الفرنسية عدد ١٨١ محكمة كلية. Tribunal de Gand Instance 181 T. وبعضها موزع على المقاطعات بدون مراعاة للتماثل العددي، وتنقسم كل محكمة كلية إلى عدة غرف plusieurs chambres وتوصف في النظام القضائي بأنها المحاكم ذات الاختصاص العام ويدخل في اختصاصها المنازعات المتعلقة بالأشخاص كمسائل الزواج والطلاق والميراث والجنسية وهي تختص أيضاً بمسائل الملكية العقارية propriété immobiliers ومسائل براءات الاختراع les brevets d' inventions والعلامات التجارية والضرائب غير المباشرة la fiscalité indirects وحقوق التسجيل les droits d' enregistrements وإلى جانب هذه المحاكم العادية يوجد في النظام الفرنسي محاكم الاختصاص الابتدائي وهي les tribunaux d' instances ويبلغ عدداً ٤٧٣ محكمة وهي تختص بالفصل في المنازعات ذات الاختصاص القيمي بما لا يقل عن ١٣٠٠٠ فرنك ولا يتجاوز ٣٠ ألف فرنك. وتختص هذه المحاكم بالنظر في المنازعات المتعلقة بالديون الخاصة le surendettement des particuliers ومنازعات الائتمان الاستهلاكي le credit a la consommation ومنازعات إيجارات الأماكن السكنية les baux d' habitation والمنازعات المتعلقة بالحدود بين الملاك ومسائل الأوامر القضائية للأداء des ordonnances d' injonction de payer المتعلقة بالأشياء المتروكة des objets abandonnes ومنذ عام ١٩٩٥ أناط المشرع الفرنسي لكاتب هذه المحاكم الاختصاص بتسليم شهادات الجنسية، وعلى كل حال فإن الجدير بالذكر أن بفرنسا عدد ٨١٤٠ قاضياً وهو ما يعادل ١١,٩ قاضياً لكل مائة ألف نسمة بينما يوجد في بلجيكا خمسة عشر قاضياً لكل مائة ألف نسمة والنسبة في النمسا هي عشرين قاضياً لكل مائة ألف أما في ألمانيا فهي = خمسة وعشرين قاضياً لكل مائة ألف. كما يوجد في فرنسا عدد ٧٦٨٦٥ معاوناً للقضاة من التابعين لوزارة العدل.. راجع:

## الفرع الأول

### المحاكم المدنية العادية في النظام الإجرائي الفرنسي

#### *Les juridictions de droit commun*

يندرج في هذه المحاكم "المحاكم الكلية" *les tribunaux de grande instance* والمحاكم الاستئنافية "محاكم الدرجة الثانية":  
au second degré les cours d' appel<sup>(١)</sup>.

#### أولاً: المحاكم الكلية في فرنسا

##### *Les tribunaux de grande instance*

شيد القانون الفرنسي هذه المحاكم في وصفها الحديث اعتباراً من ٢٢ ديسمبر ١٩٥٨ وكانت تسمى في بداية الأمر محاكم المقاطعات وكان من الشائع التعبير عنها بأنها المحاكم المدنية لأول درجة على أن المشرع قد عبر عنها في بعض التعديلات التالية بأنها المحاكم الكلية<sup>(٢)</sup>.

وتوجد المحاكم الابتدائية في كل مقاطعة وقد تتعدد في المقاطعة الواحدة وكان عددها في عام ١٩٥٨ ثلاثمائة وخمسين محكمة، ويختلف عدد القضاة

---

=Serge Guinchard et André Varinard et thierry Debard, Institutions juridictionnelles. 10<sup>e</sup> éd. Sept. 2009

chiffres clés du ministère de la justice cite ministériel

David-Servenay; Efficacité et qualité de la justice, 10 octobre 2008.

(١) ويوجد في النظام الفرنسي حالياً ٣٣ محكمة استئناف في الإقليم الفرنسي فضلاً عن ثلاثة محاكم استئنافية لأقاليم ما وراء البحار - outre-mer و3 وتختص هذه المحاكم بالنظر في المنازعات المدنية عامة، فيما عدا المسائل قليلة الأهمية التي لا يتجاوز نصابها ثلاثة عشر ألف فرنك إذ لا استئناف فيها، كذلك تختص هذه المحاكم بالنظر في استئناف الأحكام الجنائية ويدخل في اختصاصها استئناف قرارات الاتهام الصادرة عن غرفة الاتهام فضلاً عن استئناف الأحكام الجنائية الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى في الجنح والمحاكم الجزئية واستئناف القرارات الصادرة من قاضي الطفل واستئناف الأحكام الصادرة من قضاة الأحداث والقصير.

(٢) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 21 No 23.

في كل محكمة من المحاكم الابتدائية "الكلية" عن الأخرى وهم جميعاً قضاة من داخل الهيئة ويرأس كل محكمة رئيس ويعاونه نواب وعدد من القضاة ويمثل النيابة العامة في هذه المحكمة أحد المحامين العامين ويعاونه عدد من الأعضاء<sup>(١)</sup>.

ويعد بكل محكمة ابتدائية قلم للكتاب يرأسه كبير الكتاب وعدد منهم، وإذا كان في المحكمة عدد كاف من القضاة، أمكن تقسيمها إلى دوائر ويرأس أحد نواب رئيس المحكمة دائرة، بينما يكون رئيس المحكمة هو رئيس لدائرة بالمحكمة، ورغبة من المشرع الفرنسي في تقريب القضاء للمتقاضين، فقد استحدث اعتباراً من عام ١٩٩٥ في المحاكم الابتدائية نظام الدوائر الإضافية *des chambres détachées*

ويسود في كل محكمة ابتدائية فرنسية مبدأ جماعية القضاة حيث تتكون الدائرة من عدد فردي<sup>(٢)</sup> هو ثلاثة قضاة حتى يسهل أمر المداولة

(١) راجع "كوشيه" في المرجع السابق ص ٢٤.

(٢) وجددير بالاعتبار أن المشرع الفرنسي كان قد خرج عن مبدأ جماعية القضاة بالنسبة إلى بعض المحاكم التي قرر المشرع أنها تتكون من قاض فرد ومن ذلك محاكم الجنح ذات القاضي الفرد والتي تختص بالنظر في جرائم السرقة البسيطة والعنف إذا ترتب عليه عجز عن العمل لمدة ثمانية أيام وهجر العائلة والاعتداء على مباشرة الولاية الأبوية وجرائم إصدار الشيكات البريدية وجرائم المرور التي يترتب عليها سحب رخصة القيادة، وعلى كل حال فقد أجاز المشرع للقاضي الفرد أن يحيل الدعوى المنظورة أمامه إلى محكمة الجنح في تشكيلها الجماعي إذا رأى ما يبرر ذلك من الأسباب:

**Le juge unique peut décider de renvoyer l'affaire devant la formation collégiale, si ce renvoi lui paraît en raison.**

ومن ذلك مثلاً إذا تبين أن هناك ارتباطاً مع وقائع أخرى أو بسبب العقوبة الواجبة عن الفعل، وعلى كل حال فإنه اعتباراً من أول يناير ٢٠١٤ فقد غدا مبدأ

الجماعية في القضاء أمراً حتمياً في مسائل الحبس الاحتياطي

**À compter du 1<sup>er</sup> janvier, la formation collégiale est obligatoire si la personne jugée est en détention provisoire lors de sa comparution ou si elle est poursuivie selon la procédure de comparution immédiate.**

بينهم قبل إصدار الحكم ، والمتبع في هذه المحاكم هو علنية الجلسات<sup>(١)</sup> .  
وتجد في كل محكمة ابتدائية جمعية عمومية لها une place à part  
doit être faite aux assemblées générales تشمل أعضاء المحكمة  
في مختلف دوائرها وتختص هذه الجمعية بتسيير أمور المحكمة ونظام العمل  
بها ومن ذلك مثلاً أيام العمل وساعات انعقاد الجلسات<sup>(٢)</sup> .  
وبموجب القانون رقم ٧٠ - ٦١٣ الصادر في ١٠ يوليو ١٩٧٠ -  
وهو ما استقر فيما بعد في المادة L. 311- 10. C.O.J. فإن لرئيس المحكمة  
الابتدائية - تبعاً لضرورات العمل أن يخصص قاض فرد ليتولى الفصل في  
بعض القضايا المحددة بمفرده le tribunal statuant à juge unique  
من قضاة المحكمة ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي لا يتوسع في نظام القاضي  
الفرد ومن مظاهر ذلك أنه يجيز للأفراد من الخصوم أن يلجؤوا إلى المحكمة  
في تشكيلها الجماعي ، كما وأنه يسمح بنظام القاضي الفرد في مسائل  
التنفيذ.

ويسند المشرع في قانون المرافعات لرئيس المحكمة الابتدائية

=راجع في الإشارة إلى هذا الاستحداث:

Service - public. Fr. Accueil. Annuaire l' administration.  
Vos droit et démarches. Arrêté du 18 mars 2013. mis à  
jours le 22 - 8. 2013 par direction de l' information légale  
et administrative premier ministre, ministère en charge  
de la justice.

(١) راجع في هذا المجال الأستاذ "كوشيه" حيث يؤكد أن مبدأ العلنية هو ما يسود في  
جميع المحاكم الفرنسية وذلك بقوله : le tribunal siège en audience  
publique, la publicité des débats, débats étant un principe  
fondamental de notre droit judiciaire. انظر كوشيه في مرجعه

السابق الإشارة إليه ص ٢٢ رقم ٢٤.

(٢) وتنص المادة R. 762/1 من قانون المرافعات الفرنسي المعدلة بموجب القانون  
الصادر في ٥ يونيو ٢٠٠٨ على أنه : تتكون الجمعية العامة للمحاكم الابتدائية من  
جميع القضاة العاملين بالمحكمة وجميع موظفيها.

Il est tenu dans chaque tribunal d' instance une assemblée  
plénière des magistrats et des fonctionnaires.

اختصاصات عديدة إذ هو من يمثل المحكمة وهو من يتابع أعمال موظفيها ويشرف على توزيع القضايا بين الدوائر المختلفة للمحكمة وكذلك هو من يشرف على توزيع قضاة المحكمة بين دوائرها، هذا ويباشر الرئيس مهام من طابع إداري *il s' agit la de taches d' ordre administatif* وبالإضافة إلى ما تقدم من مهام موكولة لرئيس المحكمة فإنه عند مباشرته القضاء في الدائرة التي يرأسها يكون الرئيس لها مثلما هو الحال بالنسبة لنوابه حين يرأسون الدوائر المختلفة بالمحكمة، وهكذا فإن رئيس المحكمة حين يكون رئيساً للدائرة هو من يوجه العمل في الجلسة ويعني بمبدأ المواجهة بين الخصوم وهو من يباشر الصلاحيات القضائية للقضاة<sup>(١)</sup>.

### ثانياً محاكم الاستئناف الفرنسية

#### *Les cours d' Appel*

تعد هذه المحاكم كمحاكم للدرجة الثانية في الدعاوى المدنية والتجارية الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى وهي المحاكم الابتدائية وحتى عام ١٩٩٨ كان بفرنسا ثلاثين محكمة استئناف وتتكون المحكمة من قضاة القضاء الجالس *des magistrats du siège* ومنهم رئيس المحكمة

(١) ومن المسلم به في النظام الإجرائي الفرنسي أن لرئيس المحكمة الابتدائية اختصاصات إدارية وأخرى قضائية، فهو المخول باتخاذ التدابير اللازمة في حالة الاستعجال وفي الحالات التي يلجأ إليه فيها أحد الخصوم في حالة الاستعجال لوجود خطر يتعدى تداركه فيما بعد:

*Il peut prendre des ordonnances de référé lorsqu' il s' avère nécessaire de prendre rapidement une mesure provisoire, le référé va imposer dans tous les cas où l' on peut constater une urgence caractérisée ou encore lorsque l' un des plaideurs subit un trouble manifestement illicite.*

ومع ذلك فإنه ليس لرئيس المحكمة أن يتخذ من الإجراءات في حالة الاستعجال ما يدخل في نطاق موضوع الدعوى، إذ إنه لا يحل محل قاضي الموضوع في مباشرته لأعماله، كذلك فإن لرئيس المحكمة أن يصدر الأوامر على العرائض *ordonnances sur requête* وذلك يفترض غياب المحاكمة القائمة على مبدأ المواجهة.. ويعد رئيس المحكمة هو الممثل لها. راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 23 No 26.

ورئيس أو أكثر لكل دائرة فضلاً عن عدد من المستشارين *et un certain nombre de Conseillers* وفي المحكمة يوجد عدد من أعضاء النيابة العامة من هم في درجة نائب قضائي *magistrats du parquet* كما يوجد في المحكمة قلم للكتاب وتتكون كل محكمة الاستئناف من عدد من الدوائر ويختلف عدد الدوائر من محكمة لأخرى وبموجب التعديل الذي استحدثه المشرع الفرنسي اعتباراً من عام ١٩٥٨ فإنه يجب أن يكون بالمحكمة دائرة تخصص للأحوال الاجتماعية.

أما عن نظام العمل في المحكمة فإنه يجب أن تتكون كل دائرة من ثلاثة من القضاة بمن فيهم الرئيس أو أحد نوابه وتنعقد الجلسات في علنية. وفي بعض الحالات تنعقد المحكمة في حضور دائرتين من دوائرها عندما تكون هناك إحالة إليها بعد الطعن بالنقض ويتعين حضور رئيس المحكمة في هذا التشكيل الخاص<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن للمحكمة جمعية عمومية أوضحت القانون كيفية تشكيلها وحددت اختصاصاتها وهي اختصاصات ذات طابع إداري، أما عن المهام الموكولة لرئيس المحكمة فإنه يتصدرها الإشراف على المسائل الإدارية وتسيير أعمال المحكمة.

---

(١) ويشير الأستاذ "كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي إلى أن كل محكمة من محاكم الاستئناف الفرنسية يجب أن تتكون من عدد من القضاة من رجال القضاء الجالس وعدد من أعضاء النيابة العامة وعدد من الكتبة ويُعد القضاة وأعضاء النيابة في هذه المحاكم من أعضاء القضاء والقضاة من داخل الهيئة القضائية إذ لا يوجد بها قضاة من تكوين مختلط ينتمي إلى أصحاب مهن أخرى غير القضاء، وتتكون كل محكمة استئنافية من عدد من الدوائر ويتوقف عدد الدوائر على حجم القضايا المطروحة على المحكمة، وينوه الأستاذ "كوشيه" إلى أن عدد الدوائر الاستئنافية في محكمة استئناف باريس بلغ الثلاثين دائرة. راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 24 No. 28.

وانظر أيضاً في تشكيل محاكم الاستئناف الفرنسية  
Jean Larguier; *procédure civile*; op. cit. p. 12.  
Jean Vincent et Serge Guinchard; op. cit. p. 154  
et ss.

## الفرع الثاني المحاكم المدنية المتخصصة في فرنسا *Les juridictions D' Exception*

يوجد في النظام القضائي الفرنسي أنواع معينة بذاتها من المحاكم المتخصصة ومنها المحاكم التجارية ومحاكم الضمان الاجتماعي والمحاكم المتخصصة في مسائل الإيجارات وفي المسائل العمالية "مجالس العمال" ولنعرض لهذه المحاكم فيما يلي :

### أولاً: المحاكم التجارية

#### *Les tribunaux de Commerce*

قامت المحاكم التجارية الفرنسية في فرنسا منذ زمن طويل وهي منظمة منذ القانون رقم ١٦ - ٢٤ الذي صدر في أغسطس ١٧٩٠ وكانت تسمى حينئذ بمحاكم القناصل التجاريين *les juridictions Consulaires* وترجع السمة الخاصة لهذه المحاكم لكونها تقتصر على الفصل في القضايا التجارية<sup>(١)</sup> بالإضافة إلى الصفة الخاصة لقضاة هذه

(١) ويوجد في فرنسا ٢٣٤ محكمة من المحاكم التجارية المتخصصة بالإضافة إلى ٥ محاكم تجارية لما وراء البحار. وهي ذات تشكيل قضائي خاص لأن قضاة هذه المحاكم ليسوا من قضاة الهيئة القضائية، وإنما من التجار وهي تختص بالنظر في المنازعات التجارية فيما بين التجار وبعضهم والمنازعات بين الشركات التجارية فيما بينها وبعضها وبين التجار أيضاً، وكذلك فهي تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين التجار والمنتجين :

Ils sont au nombre de 234 et 5 outre mer. Les organization est particulière car les juges sont de commerçants, lelus par leurs pairs; ils sont les juges consulaires.

كذلك يدخل في اختصاص هذه المحاكم المنازعات المتعلقة بخطابات الضمان *lettre de change* والمسائل المتعلقة بالبورصة والمسائل التجارية ذات الطابع المالي ومسائل الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، ويعد كاتب المحكمة عنصراً أصيلاً في تكوينها وهو ليس من التجار وإنما من الموظفين العموميين وله مهام عديدة إذ هو من يقوم باستلام الأوراق والمكاتبات المتعلقة بالقضايا وتسلم الصور الضوئية الرسمية وتسليم الصور التنفيذية للأحكام القضائية فضلاً عن اختصاصه بتسجيل الشركات التجارية ودفاتر قيد التجار :



المحاكم وقد أدخل المشرع عددا من التعديلات على هذه المحاكم كان أبرزها القانون الصادر في ١٦ يوليو ١٩٨٧ حيث تعرض المشرع في هذا القانون لنظام انتخاب القضاة في هذه المحاكم والشروط الواجبة فيمن يكون قاضيا فيها<sup>(١)</sup>.

=Tient le registre du comence et des société, assure la côte et le paraph des livres des commerçants et sociétés commerciales.

Ministère de la Justice en France. Accueil, راجع: Organisation de la justice, l' ordre judiciaire, tribunal de commerce. 17 janvier 2011.

Jean Larguier; op. cit. p. 14. راجع أيضا:

(١) وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم ينظم أحكاما خاصة بشأن تمثيل النيابة العامة أمام هذه المحاكم، ومن ثم فإن من صلاحيات النائب العام الفرنسي أن يصوغ ضوابط خاصة بتمثيل النيابة أمام هذه المحكمة المعدودة كمحكمة مفوضين إذ تسري هذه القاعدة على كافة محاكم الدرجة الأولى المدنية، وفي ذلك يقول الأستاذ كوشيه:

il n' ya pas de partquet organisé devant les tribunaux de commerce..

Gérard Couchez; op. cit. p. 27. راجع:

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المقارن عادة ما يخصص المسائل التجارية بتنظيم قضائي خاص، ففي بلجيكا للمسائل التجارية تكوين خاص من حيث المحاكم المخصصة إذ هي محاكم مستقلة عن المحاكم المدنية العادية ويتولى القضاء فيها القضاة المفوضون les juges consulaires ويرأس المحكمة أحد القضاة من البيئة القضائية.

Ils ont une composition "echevineé" puisqu' ils sont nommes par le Roi. Sont remunerés.

على أن هذه المحاكم التجارية قد تدرج في المحاكم المدنية في بعض الدول الأوروبية وإن اقتصر اختصاصها على المسائل المنازعات التجارية وذلك وفقاً لمعيار شخص الخصم.. ففي ألمانيا تنظر المنازعات التجارية في دوائر المحاكم المدنية في الدرجة الأولى في كل مقاطعة، وتتكون هذه الدوائر من قضاة البيئة القضائية وتكون له الرئاسة وعضوية اثنين من القضاة المفوضين المنتخبين، ومع ذلك فإن إنشاء هذه الدوائر ليس بأمر إجباري كما وأن لهذه الدوائر اختصاصات أخرى غير المنازعات التجارية وحدها:

En Allemage, des chambres commerciales ont été créés au sein des tribunaux régionaux, elle sont composées d' un=

وتتكون هذه المحاكم من عدد من القضاة ولكل محكمة رئيس  
وجميع القضاة فيها ليسوا من قضاة الهيئة القضائية ces différents  
magistrats ne sont pas des magistrats du "corps  
judiciaire" وإنما القضاة من طائفة التجار أو من يمثلهم  
commerçants ou assimilés ويتم اختيارهم بأسلوب "الانتخاب" لا  
التعيين، وفيما يتعلق بأسلوب الانتخاب فإنه يجري على مرحلتين إذ يتم أولاً  
لانتخاب المفوضين التجاريين ممن تتكون منهم الغرفة التجارية وغرفة التجارة  
الفرنسية ثم ثانياً اختيار القضاة لهذه المحاكم<sup>(١)</sup>.

ويوجب المشرع على أن يوجد في كل محكمة تجارية قلم للكتاب  
وهم من الموظفين العموميين وليسوا من أصحاب المهن الحرة<sup>(٢)</sup>. أما عن  
عدد القضاة في الدائرة فهو عدد فردي "ثلاثة أحياناً". وتصدر الأحكام  
وفقاً لقاعدة الأغلبية ويجب أن يسبق الحكم مداولة بين القضاة والأحكام

---

=magistrat professionnel, qui préside, et de deux juges  
consultaires élus et non rémunérés pour les fonction. La  
création de ces chambres, n à cependant aucun caractère  
obligatoire, de plus, elle ne sont saisies des litiges  
judiciaire.

وفي إنجلترا وبلاد الغال En Angleterre et au pays de Galles تنظر  
المنازعات الهامة في المسائل التجارية ويحكم فيها في محاكم تجارية مخصصة، وهي  
تكون شق خاص من المحاكم المسماة du banc de la Reine وهي محاكم  
تابعة للمحكمة العليا Haute Cour، وهي تنتمي إلى المحاكم المدنية، أما قضاة  
هذه المحاكم فهم من قدامى المحامين المتخصصين في المسائل التجارية بينما  
par les tribunaux المنازعات قليلة القيمة فإنها تنظر أمام محاكم الكونت  
de comté. وعادة ما يلجأ الأطراف في هذه المنازعات للوساطة أو التحكيم  
avoir recours à la médiation ou à l' arbitrage. راجع في ذلك  
بقدر أوفى من التفصيل والإيضاح: Sénat un site au service des  
citoyens, Recherche avancée. Français. Accès Rapide,  
mon sénat. Accès thématiques travaux parlementaires.

(١) انظر: Gérard Couchez; op. cit. p. 27. No. 35.

(٢) راجع "كوشيه" في المرجع السابق الموضوع السابق.

علنية<sup>(١)</sup>. وللمحكمة جمعية عمومية مشكلة من جميع القضاة الأعضاء فيها وتتولى هذه الجمعية النظر في كافة المسائل الإدارية اللازمة لتسيير العمل بها، كذلك فإن لرئيس المحكمة صلاحيات ذات طابع إداري إذ هو من يتتبع سير العمل بالمحكمة وانتظامه

celui - ci a tout d' abord des pouvoirs d' ordre administratif: il a en effet à diriger le tribunal et s' assurer de sa bonne marche.<sup>(٢)</sup>

### ثانياً: محاكم المجالس العمالية

#### *Les conseils de prud' Hommes*

ترجع الجذور الأولى للمحاكم العمالية لمجالس العمال التي كانت قائمة في مدينة ليون في فرنسا في النظام القضائي القديم الذي كان قائماً قبل الثورة الفرنسية ثم أوقفت هذه المحاكم في عهد نابليون ثم أعاد المشرع العمل بها ونظم أحكامها كما أورد أحكامها من حيث كيفية تشكيلها واختصاصاتها وذلك بموجب قانون نظام القضاء الفرنسي الصادر في ١٧ ديسمبر ١٩٩١ وكان قد سبق هذا القانون الأخير تعديلات لهذه المجالس بموجب القانون الصادر في ٦ مايو ١٩٨٢ و ٣٠ ديسمبر ١٩٨٦. وبموجب القانون الصادر في ١٩٧٩ كان المشرع قد عمم هذه المجالس "المحاكم" إذ أقر بقيامها في دائرة الاختصاص المكاني لكل محكمة ابتدائية<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: Giverdon; le droit Commercial, droit des commercants. J. C. P. 1949. 1. 770

(٢) راجع "كوشيه" في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٢٨.

(٣) وتعد المحاكم العمالية في فرنسا صورة من صور القضاء المتخصص في مجال عقد

العمل ويدخل في اختصاص هذه المحاكم للدرجة الأولى الاختصاص بالنظر في

منازعات العمل بين العمال وأصحاب الأعمال في مجال علاقات العمل الفردي

وكما تختص هذه المحاكم بالنظر في علاقات العمل الفردي للمتعاقدين مع الجهات

الإدارية بموجب عقود عمل خاص

les personnels de services publics exerçant dans les conditions de droit privé dependent également du conseil de prud' hommes.

كذلك يدخل في اختصاصها المنازعات المتعلقة بالأجر، ومسائل الفصل من =

وتتولى المحاكم العمالية النظر في منازعات العمل بين الأفراد، والقضاة فيها ليسوا من داخل الهيئة القضائية وإنما من طائفة العمال وأصحاب الأعمال إذ تتكون المحكمة من فئتين أولاهما العمال وثانيتها أصحاب الأعمال، ويتم اختيار من يتولى الفصل في هذه المنازعات عن طريق الانتخاب ويتم اختيار رئيس المحكمة ونائبه من بين أعضاء المحكمة على أن يراعى الطابع الخاص للتشكيل لذا فإذا كان رئيس المحكمة من العمال كان اختيار النائب من أصحاب العمل والعكس صحيح **reciproquement** (1)

---

=العمل وإنهاء التعاقد بصورة تعسفية أو بسبب الظروف الاقتصادية، أما التعويض عن الفصل فإنه لا يدخل في اختصاصها إذ يدخل في اختصاص المحكمة المدنية وفقاً لقاعدة النصاب، كذلك تختص محاكم العمال بالنظر في المنازعات المتعلقة بالتمثيل النقابي.

وفيما يتعلق بالاختصاص المكاني لهذه المحاكم فإنه محدد طبقاً للتقسيم الجغرافي للمقاطعات الفرنسية ومع ذلك فإن انتشار هذه المحاكم يتوقف على طبيعة كل مقاطعة إذ من بعض المقاطعات ما تتميز بنشاط اقتصادي مكثف بخلاف بعض المقاطعات الأخرى، وعلى كل حال فلقد أوجب القانون الفرنسي أن توجد محكمة واحدة على الأقل في نطاق كل محكمة كلية فرنسية. *La loi dispose qu' il doit en exister ou moins un dans le ressort de chaque tribunal de grande instance.* ويكل محكمة عمالية مكتب للصلح أو التوفيق *un bureau de conciliation* مكون من مفوض عن العمال وآخر عن أصحاب الأعمال، أما القسم القضائي فإنه قد ينقسم إلى عدة دوائر. راجع:

Alain – christian Monram; "Comment réduire l' encombrement des conseils de prud' hommes, sur le site village de la justice. 2011.

وانظر أيضاً: Ministère de la justice. Sous direction de la statistique et des études, Annuaire statistique de la justice, édition 2011 – 2012, la documentation Française p. 41 et p. 43.

وراجع أيضاً: Rechercher sur Wikipedia. Conseil de prud' hommes (France). Fr. Wikipedia. Org – Conseil de prud' hom.

(1) وفي سويسرا تعد محاكم العمال محاكم متخصصة تختص بالنظر في المنازعات =

وتنقسم كل محكمة عمالية من أربع أو خمس دوائر إحداهما للنشاط العمالي في نطاق التجارة وثنائهما للنشاط العمالي في مجال الصناعة وثالثها للنشاط العمالي في مجال الخدمات التجارية<sup>(١)</sup>.

وفي كل الأحوال تختص المحاكم العمالية المنازعات الفردية مما يستوجب تطبيق قانون العمل، لذا فلما كانت طبيعة هذه المنازعات تقتضي التوفيق والصلح بين الأطراف محل الخصومة، لذا تنقسم المحكمة

---

= التي تثار بشأن عقود العمل بين العمال وأصحاب الأعمال، وخاصة هذه المحاكم أن القضاة فيها من رجال القانون ومن العمال وأصحاب الأعمال، ويدخل في اختصاص المحاكم المنازعات التي تنشأ بين الخصوم بشأن عقود العمل وهي العقود التي عرفها المشرع السويسري في الفصل العاشر من قانون الالتزامات obligations كذلك تختص هذه المحاكم بالنظر في الخلاف حول تفسير أو تطبيق أو تنفيذ الاتفاقيات الجماعية بشأن علاقات العمل ' les litiges relatifs à l' interprétation, l' application, ou l' exécution de conventions Collectives de travail

وما يعهد إليه به المشرع من اختصاصات.. وتمر الدعوى أمام محاكم العمال في سويسرا بمراحل ثلاث أولها مرحلة التوفيق ويتم ذلك في غضون الشهرين من إيداع الطلب - ويمثل الأطراف أمام مجلس الصلح ويتولى مهمة التوفيق أحد المفوضين بالتصالح من رجال القانون.. ثم مرحلة المحاكمة le tribunal عندما تفشل محاولة التوفيق.. وتتكون محكمة العمال في مرحلة الدرجة الأولى من رئيس للمحكمة وقاض من العمال وآخر من أصحاب الأعمال، ويمكن استئناف أحكام هذه المحكمة أمام محكمة استئنافية مخصصة، كما يمكن الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم العمال السويسرية في كل المقاطعات أمام المحكمة الفيدرالية لمخالفة القانون:

Comme pour chaque décision, d' un tribunal cantonal de dernière instance, un recours ou tribunal fédéral sur une question de conformité du droit est toujours possible.

راجع: ' l' événement syndical; no 10, 8 mars 2006, les prud' hommes jugent leurs pairs, par laurent sommer, p. 12. وانظر كذلك:

Rechercher sur wikipédia; tribunal des prud' hommes "genève".

(١) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 29.

إلى مكتب للتوفيق ومجلس للفصل في المنازعات le bureau de  
Conciliation et le bureau de jugement

وجلسات التوفيق أو عرض الصلح لا تكون علنية كأصل عام -  
وإن كان لذلك استثناءات يقررها القانون - وتتكون هيئة الصلح من  
عضوين أحدهم من العمال والآخر من أرباب العمل ومهمتها توقي  
أسباب النزاع وتجنب اللجوء إلى قضاء الحكم في المحكمة، ومن الجدير  
بالاعتبار أن المشرع الفرنسي كان قد تدخل بموجب القانون الصادر في ١٢  
ديسمبر ١٩٧٤ ليزيد من فاعلية لجان الصلح بهذه المحاكم إذ لم تعد مهمتها  
قاصرة على التوفيق بين الأطراف وإنما الأمر بتدابير معينة مقرر في قانون  
العمل.

أما عن لجان الفصل في المنازعات في هذه المحاكم فلقد أوجب المشرع  
الانعقاد العلني لجلساتها ويتشكل المجلس القضائي من نصف العدد من  
العمال ومن نصف العدد من أرباب العمل ويكون المجلس برئاسة رئيس  
المحكمة أو أحد نوابه ومن الطبيعي أن ينعقد الاختصاص القضائي لهذا  
المجلس إذا لم تتوصل لجنة الصلح إلى اتفاق الأطراف عليه.

### ثالثاً: محاكم الضمان الاجتماعي

#### *Les juridictions des Sécurité Sociale*

أنشأ المشرع هذه المحاكم بموجب قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي  
ويصف الأستاذ "كوشيه" هذه المحاكم بأنها تنتمي إلى القضاء القطعي وإن  
كان قضاء متخصص أو بتعبير آخر أنه قضاء فني l' on distingue  
entre un Contentieux dit général et un contentieux dit  
technique<sup>(١)</sup>.

ووجه التخصص في هذا القضاء أنه المختص بالفصل في المنازعات  
التي تقوم بين المتفعل بالضمان وبين الجهة المنظمة له وهي أي جهة من

(١) راجع : Gérard Couchez; op. cit. p. 30

جهات الضمان المنصوص عليها في قانون الضمان<sup>(١)</sup>. ومن ذلك مثلاً أن يقع النزاع بسبب المستحقات المقررة قانوناً للمنتفع أو الأعباء التي تتحملها جهة الضمان، وتتكون محاكم هذا القضاء في الدرجة الأولى من قاض من داخل الهيئة وآخران من خارجها<sup>(٢)</sup>. ويميز المشرع استئناف الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى أمام محكمة استئنافية - وفي كل محكمة من المحاكم توجد سكرتارية للكتاب مثلما هو الأمر في مختلف المحاكم الأخرى<sup>(٣)</sup>.

(١) وإذا نظرنا للنظام القضائي في إسبانيا نجد أن المحاكم الأسبانية تتضمن أنواعاً محددة من المحاكم إذ توجد المحاكم المختصة بالنازعات المدنية ويدخل في هذه المنازعات المسائل التجارية والمنازعات المتعلقة بالأسرة، والمحاكم الجنائية والمحاكم الإدارية ثم المحاكم المتخصصة للضمان الاجتماعي والقضايا العمالية، وبخصوص هذا النوع الأخير يتم نظر المنازعات في محاكم الدرجة الأولى وفقاً لقاعدة النصاب إذا كان قيمة الحق المدعى به ١٨٠٣ يورو أو أقل *pour les questions portant sur de faibles montants "réclamations inférieures ou égales a 1803 euros"* ويميز المشرع الإسباني استئناف الأحكام الصادرة في الحالات التي تكون قيمة المنازعة فيها أكثر من ذلك وينظر الاستئناف أمام محاكم الاستئناف العالي للعدالة.. راجع:

Réseau judiciaire européen en matière civile Dernière mise à jour: 13 - 07 - 2006; organisation de la justice - Espagne; Commission européenne. R. J. E. Organisation de la justice - Espagne

(٢) راجع في الإشارة إلى ذلك "كوشيه" في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٣١.  
(٣) أنظر "كوشيه" في المرجع السابق، الموضوع السابق وراجع أيضاً Jean Vincent et Serge Guinchard. Op. cit. p. 183 وحيث يشير الفقيهان إلى ما جاء في المادة 1-142L من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي والتي حددت الاختصاص المقرر قانوناً لهذه المحاكم حيث ورد فيها الإشارة إلى أن: "Cette organisation règle les différends auxquels donne lieu l' application des législations et réglementations de sécurité Sociale et de mutualité social agricole, et qui ne relèvent pas, par leur nature, d' un autre Contentieux".  
ومن ثم فإن اختصاص هذه المحاكم هو الفصل في المنازعات المتعلقة بتطبيق التشريعات والقرارات الخاصة بالضمان الاجتماعي والتعاون الاجتماعي في =

## رابعاً -- محاكم الإيجارات الفرنسية *Les " Juridictions des loyers "*

اعتنى المشرع الفرنسي بتنظيم نظر المنازعات في مسائل الإيجارات في فرنسا بموجب محاكم متخصصة هي محاكم الإيجارات وكان أن ميز في هذا الصدد بين الإيجارات في مجال المساكن والإيجارات للأغراض المهنية والإيجارات في الأماكن التجارية والإيجارات في الأرض الزراعية<sup>(١)</sup>. وكان أن أورد تقسيماً للاختصاص بهذه الإيجارات بين المحاكم الخاصة والمحاكم الكلية. إذ فيما يتعلق بإيجار الأماكن المبنية السكنية والإيجارات في أماكن النشاط المهني يقوم الاختصاص بنظر هذه المنازعات للمحاكم الابتدائية، أما إذا كانت العلاقة التجارية محلها مكان تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهني فإن الأمر يتوقف على نوع المنازعة، فهي إذا كانت متعلقة بالقيمة الإيجارية أو الأجرة انعقد الاختصاص بها للمحاكم الابتدائية، أما إيجار الأماكن الزراعية فالاختصاص بها ينعقد لمحاكم الإيجارات.

### خامساً: محكمة النقض الفرنسية

#### *La cour de cassation*

يحظى تنظيم محكمة النقض الفرنسية باهتمام بالغ من جانب المشرع الفرنسي وأيضاً من جانب فقه المرافعات في فرنسا<sup>(٢)</sup> كما أن لها مكانة بالغة

---

= المجال الزراعي والتي لا تدخل بطبيعتها في اختصاص محاكم أخرى، وينتقد الفقيهان هذه الصياغة للمادة لأنها تتصف بالعمومية. كذلك نصت المادة ١١٦٩ du code rural من القانون الزراعي الفرنسي على أن تختص هذه المحاكم بالمنازعات الناتجة عن حوادث العمل والأمراض المهنية الزراعية: *en matière d' accident du travail et de maladies professionnelles dans l' agriculture.*

(١) راجع في الإشارة إلى ضوابط الاختصاص القضائي لهذه المحاكم:

Reinhard; sur un conflit de compétence; le contentieux des baux d' immeubles à usage commercial et industriel mélanges Vincent p. 333.

(٢) وعادة ما يشير الفقهاء في فرنسا إلى اعتبار محكمة النقض محكمة متخصصة على

اعتبار أنها محكمة قانون وليست محكمة واقم. راجع:

Rouhette: une fonction Consultative pour la Cour de Cassation? Mélanges Breton et Derrida. P. 344. =



الأهمية في كفالة الاستقرار وتوحيد تطبيق القواعد القانونية في مجال التطبيق، وهي بالقطع ليست محكمة من الدرجة الثالثة، ومكان هذه المحكمة في العاصمة الفرنسية والقواعد المنظمة لها، والمحددة لأختصاصاتها وتشكيل دوائرها مقررته بموجب القانون رقم ٩١ - ٤٩١ الصادر في ١٥ مايو ١٩٩١، وكذلك بموجب القانون 3 - 151 - 1 - L بشأن السلطة القضائية.

وتؤدي محكمة النقض دوراً إيجابياً فعالاً في إرساء المبادئ التي يجب مراعاتها من جانب مختلف المحاكم عند تفسير القوانين، ومع ذلك فإن رأي المحكمة ليس ملزماً للمحاكم الأدنى أو الأقل درجة لذا قيل وبحق بأن سلطة المحكمة ودورها هو دور أدبي غير ملزم<sup>(١)</sup>. وتتكون محكمة النقض الفرنسية من ست دوائر منها خمسة دوائر

وكان المشرع الفرنسي قد حدد اختصاصات الغرفة الجنائية للمحكمة حيث أسند لهذه الغرفة الفصل في كافة المسائل الجنائية، أما في مجال الطعون المدنية فقد حدد قانون المحكمة أن تختص الدائرة الأولى بالفصل في كافة الطعون في مسائل الأحوال الشخصية وأحوال الأسرة والموارث والملكية الفكرية والفنية ومسائل العقود الخاصة ومسائل المسؤولية التعاقدية:

**La première civile est notamment Compétente pour tous les pouvoirs concernant le droit des personnes, de la famille, les successions, la propriété littéraire et artistique, les contrats privés, la responsabilité contractuelle, etc.**

بينما تختص الدائرة الثانية بالفصل في كافة الطعون المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية والضمان الاجتماعي ومخالفة الإجراءات المدنية.. أما الدائرة الثالثة فهي تختص في الفصل في الطعون المتعلقة بالمسائل العقارية وقوانين البيئة. **Le droit immobilier et le droit de l' environnement** وتختص الدائرة الرابعة بالفصل في الطعون المتعلقة بقانون العمل والقانون الاجتماعي، وتختص الدائرة الخامسة بالطعون المتعلقة بالقانون التجاري كالمنازعات مع البنوك ومسائل الشركات ومسائل الملكية الصناعية والاحتكار.

راجع: **ministère de la justice.**

[www.Justicegouv.Fr/histoire.20juin2011](http://www.Justicegouv.Fr/histoire.20juin2011)

(١) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 32.

وانظر أيضا: René Morél; op. cit. p. 155.

مدنية ودائرة واحدة جنائية... وجميع قضاة المحكمة هم قضاة من داخل الهيئة القضائية وليسوا قضاة من خارجها كما يوجد بها قلم للنياحة العامة. أما عن قضاة الحكم فيها فإنهم يتكونون من رئيس للمحكمة وست رؤساء يرأس كل رئيس دائرة من دوائرها وبها ٨٥ مستشاراً و٤٣ قاضياً لهم اختصاص في إبداء المشورة<sup>(١)</sup>. أما أعضاء النيابة أمامها فهم النائب العام والمحامي العام الأول واثنين وعشرين محام عاماً، ويتولى رئيس المحكمة توزيع القضاة والأعضاء بالمحكمة على الدوائر كما يتولى النائب العام مهمة توزيع أعمال النيابة بالمحكمة بين أعضائها.

ويوجد بمحكمة النقض الفرنسية سكرتارية للكتاب يرأسهم كبير للكتاب وعدد من أعضاء السكرتارية - كما توجد سكرتارية لقلم وثائق وأوراق المحكمة "مكتب فني" يشرف عليه عدد من أعضائها ومهمة هذا المكتب تبويب أحكام المحكمة وتوثيق كل ما يصدر عنها من أحكام وتزويد المحكمة بما تحتاج إليه من أوراق أو مكاتبات فضلاً عن إعداد مجموعات الأحكام الصادرة عنها في القضايا المدنية والجنائية على حد سواء Bulletin civil et Bulletin criminel<sup>(٢)</sup>.

(١) وعادة ما ينظم المشرع الإجزائي الدوائر التي تتكون منها محكمة النقض في النظم الإجزائية المقارنة، فمثلاً تتكون محكمة النقض البلجيكية من ثلاث دوائر أولها الدائرة الجنائية وثانيها الدائرة المختصة بالفصل في الطعون المتعلقة بقانون العمل وثالثها دائرة مخصصة للمسائل المدنية والتجارية.

(٢) ومن المقرر في قانون المرافعات الفرنسي أنه يجوز الطعن بالنقض لكل من كان طرفاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم المراد الطعن فيه أمام المحكمة إذا كانت له مصلحة في الطعن؛ إذ نصت المادة ٦٠٩ من القانون على أنه: *Toute partie qui y a intérêt est recevable à Se pourvoir en cassation* ويقول الأستاذان "فانساه وجويشار" أن من مقتضى هذا النص أنه يجب في الطاعن أن يكون خصماً في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه وأن تكون له مصلحة في الطعن ولديه أهلية للطعن وهذه الشروط ذاتها هي المتطلبية في المطعون ضده *doivent être réunies en le personne du défendeur*. راجع "فانساه وجويشار" في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٦٨٥ رقم ١٠٢٩.

## المبحث الثاني

### أعوان القضاء في النظام الإجرائي الفرنسي *Les Auxiliaires de la Justice*

ترجع الدواعي الأساسية لوجود معاونين للقضاة في أداء عملهم القضائي - كما يقول وبحق الأستاذ "موريل" في الفقه الفرنسي إلى أن مباشرة القاضي لعمله يستوجب دائماً استعانتة بعدد من الأشخاص ممن يساهموا في تسهيل عمل القاضي دون أن يتفرغ لأعمال أخرى تشغله عن هذا العمل<sup>(١)</sup>. وهكذا فإن احتياج القاضي لهؤلاء الأعوان هو احتياج لتسهيل

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك René Morel; op. cit. p. 155

كذلك قيل بتعريفهم بأنهم بعض الأشخاص من ذوي الاختصاص القانوني دون أن يعدوا من القضاة وإن كان عملهم له أثره في أداء مهمة العدالة بصورة مباشرة أو غير مباشرة *les auxiliaires de justice sont des professionnels du droit qui ne sont pas magistrats, mais participent toutefois directement ou indirectement à la mission de service public de la justice.* ومن الفقهاء في فقه المرافعات الفرنسي من يميز في شأن أعوان القضاة بين من يتصل عمله بأداء العدالة بصورة مباشرة وهم المحامون والمحضرون وكتبة المحاكم، ومنهم من يتصل عمله بالأداء بوسيلة غير مباشرة وهم الخبراء والمعاونون القضائيون *les administrateurs judiciaires de justice* والمفوضون بالصلح *Conciliateur de justice* وأعضاء النيابة العامة، ولقد أضفى المشرع الفرنسي في المادة ٤٧ من قانون المرافعات عليهم امتياز القضاء كما أوجب عليهم أداء اليمين اللازمة للحفاظ على سرية العمل ومراعاة الأمانة فيه.

وفي معرض بيان من هم أعوان القضاة قال الفقهاء في فقه المرافعات الفرنسي أن هؤلاء الأعوان وإن انضبت مهمتهم على تسهيل أداء العدالة بشأن القضايا المطروحة أمام المحاكم وما يباشرونه من أعمال متتالية للمصلحة العامة إلا أنه بالإمكان التفرقة فيما بينهم وبين من ترتبط معاونته مباشرة بعمل القاضي بحيث يسهل على هذا الأخير أداءه للعدالة بينما تنصرف هذه المهمة مهمة أداء العدالة إلى معاونته الخصوم في القضايا:

*On puet tout d'abord distinguer les auxiliaires du juge, qui appartient directement leur concours à l'exercice de sa mission juridictionnelle, des auxiliaires des parties.*

ويرتبط عمل الفئة الأولى من هؤلاء الأعوان بتدوين وتوثيق عمل القاضي =

المهمة المنوطة به *à faciliter la tache du juge*<sup>(١)</sup> إذ يحسن أن يتفرغ القاضي لنظر القضية وتحقيقها وإنزال وجه القانون فيها وإصدار الأحكام، لذا لا يكون للقاضي أن يباشر بنفسه الإعلانات القضائية ولا أن يتولى كتابة محاضر الجلسات إذ التدوين يشتم القاضي في عمله وهو بحاجة دائمة للاستعانة للخبير عندما يحتاج لأهل الخبرة أو الفن أو الحرفة التي يدور حولها موضوع القضية. كذلك فإنه لما كان الحكم بحاجة للتنفيذ، يحسن أن يعاون القاضي في ذلك أعوان لا يشاركونهم القاضي في مباشرة التنفيذ الفعلي لأحكامه معهم وإنما يقتصر عمله على الإشراف عليهم في صدد التنفيذ. خاصة وإن لتنفيذ الأحكام أهمية كبرى لا تقل عن أهمية الفصل في الدعوى وإنما التنفيذ هو ما يعطي للأحكام قيمتها الواقعية<sup>(٢)</sup>.

وليضاف إلى ما تقدم - كما يقول الأستاذ موريل أيضاً - يؤدي أعوان القضاة دوراً مهماً بالنسبة للأطراف الخصوم لأنه إذا كان من حق هؤلاء تسيير القضية فإنه لا يتسنى لهم أن يباشروا هذا التسيير بأنفسهم

---

= وإعطاء هذا العمل صفة الرسمية وتحقيق الفاعلية للقرارات القضائية وهؤلاء هم الكتبة ومعاونو الضبط القضائي. *Greffiers officiers de police judiciaire*، والخبراء، أما الفئة الثانية من معاوني العدالة فهم من يتدخلون في أثناء طرح القضية أمام القاضي ويكون في تدخلهم مساعدة للخصوم وإنجاز بعض الأعمال القضائية وهم المحامون، أما عن الطبيعة القانونية لأداء الوظيفة لكل عون من أعوان القضاء فإنها متنوعة إذ منهم من هو من أصحاب المهن الحرة أو من أصحاب الوظائف العامة أو رجال السلطة العامة.

*L. principal critère de distinction des auxiliaires de justice relève de leur statut professionnel; on trouve en effet parmi les auxiliaires de justice des fonctionnaires ou agents public, comme les greffiers des tribunaux de grande instance. D' autres auxiliaires, exercent une profession libéral, Comme les avocats.*

راجع: *www. Vie - publique. Fr. Ldecouverte. i. les gens de justice. Que font les experts. Le 31. 08. 2012*

(١) راجع "موريل" في المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٥٥، ١٥٦.

راجع أيضاً. *Jean Larguier; op. cit. p. 25.*

(٢) راجع: *Rene Morél; op. cit. p. 155.*

وإنما من خلال أعوان تنصب مهمتهم على كفالة المعاونة للمتقاضين، إذ هم في حاجة لمن يعاونهم في مباشرة الادعاء والدفاع ومن ثم فهم في حاجة إلى المحامين، وهم أيضاً في حاجة إلى الخبراء وعملهم في مجال استظهار الدليل ومساعدة الخصم في تأكيد ادعائه أو دفاعه، وهم في حاجة إلى من يتولى الإعلانات القضائية وإلى المحضرين، إلخ وهذه الحاجة لا تجر النفع الخاص فحسب للمتقاضين وإنما في أداء المعاونة تحقيقاً للنفع العام ولحسن أداء المحكمة والقضاة لمهنتهم وفي ذلك قيل وبحق:

Toutes ces personnes, qui avec les juges et les parties, collaborent à l'administration de la justice, sont comprises dans l'appellation générique d'auxiliaires de la justice ces auxiliaires sont partiellement nombreux<sup>(1)</sup>.

### المطلب الأول

#### طوائف معاوني القضاة في النظام القضائي الفرنسي

تتنوع طوائف أعوان القضاة إلى أنواع مختلفة فمنهم طائفة أولى تتضمن الكتاب وهم يباشرون عملهم من أجل معاونة القاضي، وهو عمل لا غنى عنه لكل قاض أياً ما كانت المحكمة من حيث النوع أو الدرجة أو الاختصاص المكاني<sup>(2)</sup>. ويصفهم الأستاذ "موريل" بأنهم جزء لا

(1) انظر: Rene Morél; op. cit. p. 155

وانظر أيضاً: Claire Dolan; les auxiliaires de la justice du moyen âge, au xxe siècle. Novembre 2005  
وحيث يشير المؤلف إلى أن نظام معاوني القضاة كان قائماً من زمن العصور الوسطى وحتى وقتنا الراهن وأنه كان معروفاً في العديد من الدول الأوروبية كإنجلترا وبلجيكا وسويسرا وفرنسا ورومانيا:

À partir du moyen Âge, en Belgique, en Suisse, en France, en Angleterre, en Roumanie. Jusqu'à nos Jours.

(2) راجع "موريل" في مرجعه السابق الإشارة إليه ص 155.  
ويشير الأستاذ "كوشيه" في الفقه الفرنسي إلى أن المشرع الفرنسي كان يعتبر من معاوني القضاة أيضاً فئة خاصة تدعى "المستشارين القانونيين" les conseils juridiques إلا أنه أسند بموجب القانون الصادر في 31 ديسمبر 1990 ما كان =

يتجزأ من المحكمة وهم أيضاً بمثابة السكرتارية للمتقاضين.  
أما الفئة الثانية فهم المحضرون<sup>(١)</sup> les huissiers وهم أعوان

= يباشره هؤلاء من اختصاصات إلى المحامين لما أن أورد تحديثاً لقانونهم، ومن ناحية أخرى أحال المشرع الاختصاص بإبداء المشورة القانونية للمستشارين القانونيين إلى من أنيط بهم الاختصاص بكتابة المحررات العرفية la rédaction d' actes sous seing privé وسواء أكان هؤلاء من الأفراد أو الجماعات المنظمة. راجع "كوشيه" في المرجع السابق الإشارة إليه هامش (١) في صفحة ١١١.

كذلك يشير الأستاذ "كوشيه" إلى أن الكاتب في المحكمة هو ما يضيف على الأوراق صفة الرسمية بما يدعو إلى اعتباره "موثق للإجراءات notaire de procédure" وأنه بالاستناد إلى القانون رقم ٨٦ - ٩٥١ الصادر في فرنسا في ٣٠ يوليو ١٩٨٦ وهو قانون مكمل لقانون المرافعات الفرنسي والذي نظم مسائل الوصية والميراث فإن المشرع قد أعطى لرؤساء كتبة المحاكم الكلية اختصاص ودور في الإجراءات الواجبة الاتباع في هذا الصدد. وفي ذلك يقول:

On notera que le décret no 86 - 951 du 30 juill. 1986. complétant le nouveau code de procédure civile et relatif aux mesures conservatoires lors de l' ouverture d' un succession a reconnu des pouvoirs non négligeables aux greffiers en chef des tribunaux d' instance..

راجع "كوشيه" في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١١١ هامش ٣.  
(١) وفي مقام الإشارة إلى عمل المحضرين قال الأستاذ "كوشيه" بأن عملهم ينصرف إلى إعلان صحف الدعاوى والإنذارات ومباشرة التنفيذ القضائي، وهم حينما يعهد إليهم المشرع بمهام خارج المحكمة، فإنهم يباشرونها بذاتهم، راجع "كوشيه" في المرجع السابق الإشارة إليه ص ١١٠ رقم ١٤٥، وانظر في هذا المعنى أيضاً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٠ وفيه تقرر المحكمة أن:

"un acte extrajudiciaire ne peut émaner que d' un huissier de justice"

راجع: note laroche de Roussane, Rev. trim. Dr. civ. 1991. 162.

ويشير الأستاذان Jean Vincent et Guinchard إلى ارتباط أعمال المحضرين بسمات لازمة فيما يحررونه من محررات والأصل أن المحضر إذا باشر عملاً ما من الأعمال المختص بها كان عليه إثبات ما قام به في محزن وتنوع أوراق المحضرين بحسب موضوع الإجراء والغاية منه.. وفي ظل القانون الفرنسي قديماً كان الشائع استعمال المشرع لاصطلاح "المكاتبات des exploits" للدلالة =

للقاضي وللمحكمة حين تتعقد الجلسات إذ هم المعنيون بالحفاظ على النظام أثناء الانعقاد، كما وأن لهم وظيفة في معاونة المتقاضين في تنفيذ الأحكام

"les messagers officiels des parties et de leurs avoués, et sont enfin chargés de l' exécution des mandements de justice et des actes exécutoires"<sup>(١)</sup>.

وتتضمن الفئة الثالثة من الأعوان المحامين ووكلاء الدعاوى - قبل إلغاء نظامهم - avocats, avoués والمحامين المقبولين أمام محكمة النقض وهؤلاء يساعدون القاضي في استظهار الحقيقة كما وأنهم أعوان للمتقاضين في مجال الادعاء والدفاع<sup>(٢)</sup> أخذاً بعين الاعتبار أن المشرع الفرنسي ألغى مهمة وكلاء الدعاوى من أول يناير ٢٠١٢.

أما الفئة الرابعة من أعوان القضاة فهم من يعاونونهم في أداء رسالتهم بالفصل في القضايا وهم وإن كانوا لا يشاركون في إصدار الأحكام ولا في تشكيل المحكمة أو النظر في الدعاوى من ناحية القانون إلا أن لعملهم إنارة للقاضي وتبصيره بالأمور الفنية اللازمة في القضايا والتي قد تخفى عليه.

---

=على أوراق المحضرين، إلا أن هذا المصطلح لم يعد شائعاً في ظل التعديلات الحديثة التي تناولتها النصوص الإجرائية المعاصرة وإن جرى العرف على استعمال ذات المصطلح، وعلى كل حال فإن أوراق المحضرين تنقسم إلى أنواع خمسة هي (أ) الإعلانات القضائية لصحف الدعاوى les assignations و(ب) الإخطارات: les significations ont pour but de faire connaître un acte a' une personne و(ج) والمذكرات وهي محررات تتضمن أوجه الدفاع في الدعوى. و(د) ومحررات إثبات الحالة les constats sont destinés à fixer les éléments d' une situation de fait pour en faciliter la preuve. و(هـ) والمحاضر - les procès verbaux وهي الأوراق المتضمنة لإثبات الأعمال المختلفة التي يباشرها المحضر... راجع: Jean Vincent et Guinchard; op. cit. p. 338. No. 423.

(١) انظر "موريل" في المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٥٥.

(٢) راجع في الإشارة إلى دور المحامي كعون من أعوان القضاة:

B. sur; Histoire des avocats en France. Dalloz. 1998.

وفي النظام القضائي الفرنسي تساءل الأستاذ "موريل" عما إذا كانت هناك شروط خاصة فيمن يزاول أعمال معاوني القضاة ويشير إلى أن ما كان متبعاً لزمناً طويل حرمان النساء من مباشرة هذه الأعمال ومع ذلك فإن الأمر بدأ في التطور، إذ بدأت النساء تتولى العمل في المحاماة في فرنسا منذ عام ١٩٠٠ ومع ذلك فإنه كان من غير الجائز مباشرتهم العمل كوكلاء للمتقاضين في الدعاوى وإن استحدثت المشرع الفرنسي تعديلاً في هذا الأمر بموجب الأمر الصادر في ٢ نوفمبر ١٩٤٥، ثم تلاه تعديل آخر في ٢٠ مارس ١٩٤٨ إذ أجاز للنساء العمل كوكلاء في الدعاوى أمام مجلس الدولة وأمام محكمة النقض<sup>(١)</sup>. كما طرأ تعديل آخر إذ سمح لهن العمل في سكرتارية الكتاب بالمحاكم ومن بعده العمل كمحضرين ويمكن

(١) وينظم المشرع الفرنسي الضوابط القانونية لممارسة المحامي لعمله باعتبار أنه أحد أعوان القضاة؛ لذا يشترط المشرع الفرنسي حالياً لمباشرة مهنة المحاماة أن يكون من جنسية فرنسية أو من رعايا إحدى دول الاتحاد الأوروبي أو رعايا إحدى دول المجموعة الاقتصادية الأوروبية أو تابعاً لدولة بينها وبين فرنسا اتفاقية تسمح بتبادل عمل المحامين بين الدولتين أو إذا كان من أحد اللاجئين السياسيين لفرنسا أو أحد المبعدين إليها، كذلك يتطلب المشرع الفرنسي ألا يكون طالب القيد في سجل المحاماة الفرنسي قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جزاء إداري أو بعقوبة نظامية مخلة بالاعتبار أو الشرف، ولا يميز المشرع الفرنسي للمحامي أن يباشر أعمالاً تتنافى وكرامة المهنة أو تؤثر في استقلاله المهني، لذا لا يجوز للمحامي أن يجمع بين المهنة وبين الأعمال التجارية ولو كان ذلك بواسطة الغير *directement ou par personne interposée* ومع ذلك لا مانع من أن يتولى المحامي عمل النائب في البرلمان، وفيما يتعلق بالتكوين القانوني للمحامي فإنه يجب أن يكون حاصلاً على إجازة القانون أو أحد الدبلومات المعادلة لها كما يجب حصوله قبل مباشرة المهنة على شهادة بصلاحيته المباشرة *certificat d' aptitude à la profession d' avocat* ويلزم لها اجتياز اختبار ودراصة سابقة، كما يعد اليمين من شروط المباشرة وكذلك القيد في سجل المحامين ويزاول المحامي عمله لمدة عامين تحت الاختبار، راجع في الإشارة إلى ذلك "كوشيه" في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١٠١ رقم ١٣٢ وراجع أيضاً Hamelin et Damien; les règles de la nouvelle profession d' avocat. Dalloz. 8<sup>e</sup> éd. 1995.



رد هذا التطور لما استحدثته الدستور الفرنسي الصادر في عام ١٩٤٦ الذي اعتمد مبدأ المساواة بين المرأة والرجل<sup>(١)</sup>.

أما فيما يتعلق بالوضع الوظيفي لمعاوني القضاة فإن الأمر يختلف من فئة إلى أخرى إذ يعتبر المأمور القضائي *les officiers ministériels* والكتاب في المحاكم وكذلك المحضرون ووكلاء الدعاوى - فيما سبق - من الموظفين العموميين وإن كان عملهم لا يختلط بالعمل القضائي الذي يباشره القاضي<sup>(٢)</sup>. وفيما يتعلق بالمعاونين من المحامين والمفوضين في الصلح والمحكمين فإنهم ليسوا من الموظفين العموميين، وإنما من أصحاب المهن الحرة<sup>(٣)</sup>. ومع ذلك تساءل الأستاذ "موريل" عما إذا كان لا ينبغي لأصحاب المهن الحرة أن يباشروا مهمة معاوني القضاة من غير الموظفين بصورة فردية

(١) راجع "موريل" في مرجعه السابق الإشارة إليه، الموضوع السابق.

(٢) وجدير بالإشارة أن المشرع الفرنسي كان أصدر قانونه رقم ٣٨١ - ٧٨ في ٢٠ مارس ١٩٧٨ بشأن تنظيم عمل المفوضين بالصلح وهم من عرفهم هذا القانون بأنهم:

**Faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition".**

كذلك قد يؤدي هذا العمل أشخاص لا علاقة لهم بالعمل القضائي ومنهم مثلاً القضاة السابقون أو المحامون السابقون ومن تولى مهنة التدريس، راجع في الشروط اللازمة فيمن يباشر مهمة المفوض بالصلح المواد من ٢ : ٤ من القانون الفرنسي الصادر في ٢٠ مارس ١٩٧٨ والمعدل بموجب القانون الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٦.

وراجع في الإشارة إلى النظام القانوني للمفوضين للتوفيق بين الخصوم في النظام القضائي الفرنسي، الأستاذان "فانساه وجويشار" حيث يوضح الفقيهان أن المشرع الفرنسي قد أخذ بنظام مفوض التوفيق في الدعاوى المدنية فأجاز ذلك بالنسبة لمسائل الطلاق والانفصال الجسماني *divorce et séparation de corps* وكذلك في شأن بعض الدعاوى التي تنظر أمام المحاكم الخاصة كالمنازعات المتعلقة بإيجارات الأراضي الزراعية وقضايا العمال، راجع "فانساه وجويشار" في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٤٠١ رقم ٥٣٢.

(٣) راجع "رينيه موريل" في المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٥٨.

أم أن ذلك من الجائز أو أنه يجب أن يكونوا ممن يباشرون هذه المهمة على نحو منظم من خلال جمعية أو جهة ينتمون إليها<sup>(١)</sup>. وينوه الفقيه إلى أن ممارسة أعمال المعاوين بدون قيود يترتب عليه تجاوزات يجب تفاديها لذا مثلاً فإنه لما قامت الثورة الفرنسية كان المحامون يباشرون نشاطهم كعمل حر غير الخاضع لهيئة أو جهة منظمة profession libre ou profession organisée ولقد ظهر جلياً لرجال الثورة مساوئ هذا الاتجاه لذا ألغت الثورة نظام المحاماة برمته ثم عاد الأمر لتنظيم هذه المهنة من خلال إنشاء نقابة لهم<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الكتاب كمعاوين للقضاة في المحاكم الفرنسية

#### *Les Greffiers*

تعد "سكرتارية الكتاب" أو قلم الكتاب عنصراً أساسياً في كل محكمة فرنسية ومن ثم فإن هذا القلم لا يتوقف في إنشائه في المحكمة على رغبة رئيس المحكمة أو القضاة فيها، وفي فرنسا قال الأستاذ "موريل" إن المشرع الفرنسي وإن اعتبر الكاتب في المحكمة تابعاً لكبير الكتاب فإن ذلك ضماناً لحسن عمل الكاتب وتحقيق الغاية المنشودة في عدم التبعية المطلقة للكاتب بالنسبة إلى القاضي<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر "موريل" المرجع السابق، الموضع السابق ص ١٥٩.

(٢) موريل، المرجع السابق، الموضع السابق ص ١٥٩.

(٣) ويشير الأستاذ "كوشيه" إلى كنية المحاكم أنهم من أعوان العدالة في كل محكمة مدنية، إذ الكنية عنصر أساسي في تكوين أي محكمة ويستوي في هذا المقام محكمة النقض أو محاكم الاستئناف أو المحاكم الكلية أو الجزئية وهم موظفون عموميون وهم يباشرون اختصاصهم في المحكمة التي يعينون فيها، ويرأس الكتاب في كل محكمة رئيس يتبع الرئيس القضائي للمحكمة ويتولى كبير الكتاب تنظيم عمل القلم التابع له ويشرف على الكنية التابعين له إشرافاً إدارياً، والكاتب يساعد القاضي في عمله أثناء الجلسة وقد يعهد القانون للكتابة باختصاصات أخرى، لذا فإن اختصاصهم وإن كان معينا كمعاوين للقضاة إلا أنه لا مانع من أن يسند =

**L' autonomie du greffier constitue une garantie contre le juge.**

بحيث لم يعد للقاضي إمكانية الاستغناء عن الكاتب أو عمله  
وبحيث لم يعد من الجائز أن يباشر القاضي عمله بمنأى تماما عن وجود  
الكاتب وهذا ما عناه المشرع في قانون المرافعات القديم حيث كان من  
المقرر أن الحكم الصادر بدون توقيع الكاتب عليه هو عمل باطل *ses*  
*jugements ou arrêts seraient nuls*.

وإذا كان من المقرر في فرنسا أن الكاتب هو موظف عام بما يقتضيه  
ذلك من صفته الإدارية وخضوعه لرقابة وإشراف رؤسائه في العمل  
وكذلك انطباق القوانين المعمول بها بشأن العاملين في الجهاز الإداري. إلا  
أن المشرع لم يتغاض عن الطبيعة الخاصة في الصفة والمهمة التي يزاولها  
الكاتب. إذ هم "أعوان" للقضاة وهم من العاملين في مرفق القضاء،  
وعملهم يتخذ في المقام الأول من القضايا محلاً لما يقومون به من نشاط<sup>(١)</sup>.

---

=إليهم المشرع اختصاصات أخرى إضافية بموجب قوانين لاحقة، راجع في الإشارة  
إلى ذلك "كوشيه" في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١١١، وانظر كذلك في  
اختصاصات الكتبة ونظامهم القانوني في النظام القضائي الفرنسي:

Jean Vincent et Serge Guinchard; op. cit. p. 391 No. 523.

وانظر أيضا: Jean Larguier; op. cit. p. 30 et 31.

وانظر مقال مدام Mme Herta Habersam – Wenghoefer السكرتير  
العام للاتحاد الأوربي لكتبة المحاكم "النمسا" وحيث تشير إلى بداية إنشاء هذا  
الاتحاد بين اتحاد الكتبة في النمسا وألمانيا ثم شمل عديد من الدول الأوربية وهي  
فرنسا وإنجلترا والنمسا والمغرب واليابان وحيث يضم حاليا ثلاثة عشر دولة.  
راجع:

Mme Herta Habersam – Wenghoefer; les auxiliaires de  
justice, notamment le greffier ou Rechtspfleger. Books  
google. Com. eg/ books?isbn..

(١) وبالنظر إلى الدور الهام الذي يباشره كتاب المحاكم قال الأستاذان "فانساه  
وجويشار" أن النظام الإجرائي القديم في فرنسا كان يعتبر قيد الدعاوى مجرد  
مسألة إدارية بحتة *une pure formalité administative* وبموجب هذا  
القيد تنظر الدعوى أمام المحكمة ومن ثم كان قبول القيد في قلم الكتاب وسيلة  
ل طرح القضية أمام المحكمة، وبمجرد القيد تعد القضية منظورة أمام القضاء، =

لذا يجب عليهم الحفاظ على سر المهنة<sup>(١)</sup>. كما يجب عليهم أن يمتنعوا عن عمل يتصل بقضية هم طرف فيها أو أن تتصل القضية بأحد أقاربهم<sup>(٢)</sup>. وفيما يتعلق بنوعية الأعمال التي يباشرونها فمنها تحرير محاضر الجلسات

=على أن الأمر قد آل إلى التطور حيث غدا بدء نظر المحكمة للدعوى هو ما يقيم العلاقة القانونية بين الأطراف أو هو بالأحرى ما يقيم العلاقة القانونية بين الخصوم وليس الإعلان بصحيفة الدعوى :

**Aujourd' hui l' enrôlement saisis le tribunal et crée le lien juridique d' instance, ce n' est plus l' assignation.**

أما في الاستئناف فإن الأمر مختلف إذ تعتبر القضية في حوزة المحكمة من وقت قيدها في جدول المحكمة الاستئنافية في قلم الكتاب بما يترتب على ذلك من آثار من حيث الاختصاص وتعيين أوجه البطلان في الإجراءات.. راجع "فانساه وجويشار" في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٣٩٠ رقم ٥٢١.

(١) وإذا كان المشرع الفرنسي قد اعتبر الكنية هم من معاوني القضاة إلا أن المشرع لم يجعلهم تابعين للقضاة وإنما هم تابعون للمحكمة التي يتولون العمل فيها ويقول الأستاذ "موريل" أن المشرع قد تكفل باستقلال الكنية وعدم تبعيتهم للقضاة حتى يتيسر لهم أداء المهمة الموكولة إليهم وبالنظر إلى طبيعة هذه المهمة واتصالها بالعدالة فإن المشرع وإن لم يعتبر كنية المحاكم من القضاة إلا أنه أخضعهم لذات الضوابط المقررة لهؤلاء، لذا فهو قد فرض عليهم عدم القيام بعمل يتعلق بالأقارب أو تمثيلهم أمام المحكمة التي يعملون بها، وما قرره المشرع الفرنسي في هذا المقام يحقق البعد عن مظنة الانحياز أو المحاباة ومع ذلك فإنهم لا يتمتعون بما يتمتع به القضاة من حصانات عدم العزل أو النقل :

**Par Contre, n' étant pas magistrats, les greffiers n' ont pas droit aux privilèges de juridictions, ils ne sont pas inamovibles; ils ne peuvent être recusés.**

راجع "موريل" في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١٦٠ رقم ١٦٧.

(٢) كذلك فإنه مما يدخل في اختصاص كنية المحاكم في فرنسا ما يتعلق بالتدوين وإعداد الجدول العام للقضايا في المحكمة وفي ذلك ما يحقق الثقة في سلامة الإجراءات وتدوين ما يدور في الجلسات في محاضر تسمى بمحاضر الجلسات :

**Le greffe est également charge de la tenu de certains registres, comme le répertoire général, qui comprend l' intégralité des affaires enrôlés, ou le registre d' audience, appelé aussi "plumitif"**

راجع : **les gens de justice. Qu' est – ce qu' un greffier?**

**Decouverte des institutions – la justice. Direction de l' information legale et administrative. www.viepublique.fr.**

وما يمليه عليهم القاضي من قرارات نسخ الأحكام الصادرة عن القضاة والتوقيع عليها.

"les greffier sous la dictée du juge les jugements et il signe les actes. Les greffier est en outre le gardien des registres et des minutes des actes de juridiction de son tribunal: il en délivre expédition ou en donne communication moyennant le paiement des droits prévus par la loi<sup>(١)</sup>.

وهو بذلك من يحتفظ بالأوراق القضائية الخاصة بكل القضايا في المحكمة ويتولى تحصيل المستحقات المالية المقررة قانوناً، كذلك تباشر سكرتارية القلم بعض الإعلانات التي قررها القانون كإعلان التنازل عن التركة les renoncations à succession أو التنازل عن المشاركة في أموال الزوجية les renoncations à Communauté واستلام طلبات رد القضاة<sup>(٢)</sup>. كما وأن لسكرتارية قلم الكتاب دور أثناء قسمة الغرماء، ولقلم كتاب المحاكم التجارية اختصاص في قيد الرهن التجاري والاحتفاظ بأوراق إنشاء أو حل الشركات التجارية<sup>(٣)</sup>.

وفيما يتعلق بالشروط اللازمة فيمن يعين كاتباً لدى المحاكم الفرنسية فقد كان المشرع الفرنسي يقتضي أن يكون فرنسياً ومتمتع بالحقوق السياسية والمدنية، وبموجب القانون الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٢٧ كان

---

(١) كذلك عهد المشرع الإبرائي الفرنسي لرؤساء الكتبة بمهام خاصة مثل تسليم شهادات الجنسية الفرنسية والإشراف على التصرفات المالية للوصي والإشراف على الأعمال الإدارية المتعلقة بالمحاكم وتتبع أعمال الكتبة وإعداد ميزانية المحكمة والإشراف على بنودها:

Les greffiers en chef possèdent en outre certaines, comme la délivrance de certificats de nationalité, ou le contrôle des comptes de tutelle, ainsi qu' une fonction fondamentale d' encadrement et de gestion de la juridiction

راجع المرجع السابق الإشارة إليه، الموضوع السابق.

(٢) انظر "موريل" في المرجع السابق، ص ١٦٠.

(٣) راجع: "موريل" في المرجع السابق ص ١٦٠.

المشروع يقتضي فيمن يعين كاتباً بلوغ سن الخامسة والعشرين ويكون السن هو السابعة والعشرين فيمن يعين في محاكم الاستئناف أو النقض، وبمقتضى القانون الصادر في ٢٠ إبريل ١٨١٠ كان المشروع يستوجب فيمن يكون كاتباً في محكمة الاستئناف أو النقض حصوله على إجازة القانون وأن يكون قد أمضى عامين على الأقل في التدريب<sup>(١)</sup>.

وتوجد سكرتارية للكتاب في مختلف المحاكم الفرنسية وفي محكمة النقض وكذلك محاكم الاستئناف ويقول الأستاذ "كوشيه" إن للكتاب صفة من يزاول العمل في المحاكم، وهم تابعون في كل محكمة لكبير الكتاب الذي يكون له حق الإشراف والتوجيه، ويجب على الكاتب أن يساعد القاضي في الجلسة ومباشرة كافة ما يسند إليه القانون بموجب قواعد قانونية خاصة، لذا فهم من يحتفظون بملفات القضايا، وجدير بالذكر أن المشروع قد خص قلم الكتاب بالمحاكم الابتدائية باختصاصات عديدة بموجب القانون رقم ١٢٥ - ٩٥ والذي صدر في ٨ فبراير ١٩٩٥ والملاحظ في هذا القانون أن المشروع قد أراد تخفيف العبء الملقى على عاتق القضاة بسبب ازدياد عدد القضايا لذا أسند لقلم الكتاب بعض ما كان على القاضي أن يباشره بنفسه<sup>(٢)</sup>. ومن وظيفة قلم الكتاب المقررة في

---

(١) وتجدر الإشارة إلى أن اختيار قلم الكتاب والكاتب الأول للمحكمة قد يتم عن طريق الانتخاب وذلك بالأخص بالنسبة لبعض المحاكم الدولية ومن ذلك مثلاً ما هو معمول به في المحكمة الجنائية الدولية *la cour pénale internationale* حيث نصت المادة ٤٣ من قواعد ميثاق روما لإنشاء المحكمة على أن يتم اختيار الكاتب الأول للمحكمة من جميع قضاة المحكمة ويتولى رئيس الكتاب عمله لمدة خمس سنوات ولمرة واحدة فحسب ويجب أن يتمتع بشروط تتعلق بحسن السير والسلوك *doit être une personne de haute moralité* وكذلك المعرفة الكافية لقواعد العمل بالمحكمة.

راجع المادة ٤٣ من ميثاق روما بشأن تكوين قلم كتاب المحكمة الجنائية الدولية.  
(٢) وتأكيداً لذلك قال الأستاذ "كوشيه" بأن من وظائف الكاتب معاونته القاضي في الجلسة وعادة ما يحدد المشروع الاختصاصات الموكولة لقلم الكتاب، ولقد مال =

القانون الفرنسي تسليم المكاتبات بين الخصوم والاحتفاظ بصورة من صحف الدعاوى ، وتلقي الودائع على ذمة القضايا.

وينوه الأستاذ Jean Jarguier إلى أهمية الدور الذي يؤديه قلم الكتاب إذ إنهم من يصفون الصفة الرسمية على عمل القاضي donnet en délivrent des expéditions المتعلقة بالقضايا et copies وهم من يتولون تسليم الإعلانات إلى الشهود. Procèdent aux notifications adressées au temoins وهم أيضاً من يحتفظون

---

=المشروع الفرنسي في الآونة الأخيرة إلى التوسع في أعمال الكتاب فأسند إليهم بموجب القانون الصادر في ٥ فبراير ١٩٩٥ اختصاصات كانت موكولة للقضاة. راجع في الإشارة إلى ذلك:

Gérard Couchez; op. cit. p. 11 No. 146.

G. Bolard; la déontologie des mondatiaire de justice dans les faillites, Dalloz 1988. chr. 261.

ويبدو أن ما اتجه إليه المشروع الفرنسي في هذا الصدد قد لاقى قبولاً في بعض الدول ومن ذلك مثلاً في إسبانيا حيث جاء في التقرير المقدم من L. Onkelink عن اقتراحات لتخفيف العبء على القاضي وهو التقرير المسمى بـ les travaux inutiles effectués par les magistrates" والذي تضمن الإشارة إلى بعض الاختصاصات الإدارية التي كان يباشرها القاضي في إسبانيا وأيضاً بعض الأعمال القضائية غير الهامة ومن ثم كانت الدعوة إلى إسناد هذه الاختصاصات للكتابة في المحاكم ، ومنها اختصاص الكتبة بإعطاء الصفة الرسمية للأوراق القضائية أو بعض الأعمال.

Si l' on peut les confier à une autre instance ou à un intervenant, judiciaire ou non; on songe entre autres au paraphe de différents registres et à la certification des actes de traduction, la certification et l' authentification de certains actes".

وعلى أثر ذلك اتسع اختصاصات الكتابة حيث أناط بهم المشروع الإسباني الاختصاص بالاستماع لأقوال الشهود بدلاً من القاضي وكذلك وسع المشروع من اختصاصاتهم في مسائل الطلاق وأسند إليهم مهام الضبطية القضائية في المسائل الجنائية.. راجع مقال الأستاذ: vrancken بعنوان: le greffier. www.pro-justitia. Be/ f- 08 – 07, du futur

ببعض الإعلانات الخاصة بتكوين الشركات والقيود في سجل التجار  
reçoivent certaines déclarations de registre du  
commerce et des sociétés<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

المحضرين كمعاونين للقضاة في المحاكم الفرنسية<sup>(٢)</sup>

#### *Les Huissiers*

يعد المحضرون عنصراً جوهرياً ومهماً في التكوين القانوني للمحاكم  
الفرنسية وهم طائفة من الموظفين العموميين موكول إليهم بموجب القانون  
مهام معينة وهم باعتبارهم من الموظفين العموميين إلا أن عملهم يرتبط  
بأداء مرفق القضاء لمهمته لذا فإنهم خاضعون لقواعد العمل الوظيفي  
والنظام الإداري والتبعية والإشراف للرؤساء، فضلاً عن كونهم من  
المعاونين للقضاة وهم يمارسون عملهم بذاتهم ولا يشاركونهم فيه آخرون

(١) راجع: Jean Larguier; op. cit. p. 31.

(٢) راجع في الإشارة إلى المحضرين كمعاونين للقضاة في النظام الإجرائي الفرنسي  
وإشارة إلى أن بفرنسا حالياً ٣٠٢ محضر..

À Quoi sert un huissier? Les gens de justice 31 - 8 - 2012  
www.vie-publique.fr.

وتجدر الإشارة إلى أن نظام المحضرين نظام قائم في مختلف الأنظمة الإجرائية، فهو  
مثلاً مأخوذ به في رومانيا حيث يشار إلى أن المحضر موظف عام يختص بالعديد  
من المهام المتصلة بأداء العدالة وهو يتفرد دون غيره بمباشرة بعض الاختصاصات  
بينما يختص بأداء وظائف من طبيعة قضائية مثل تحصيل الديون وتنفيذ قرارات  
المحاكم والأحكام وهو من يتدخل لإضفاء الصفة الرسمية على بعض الأعمال  
القضائية والقيام بالإعلانات كما وأن له اختصاصاً بإبداء النصح القانوني:

Les huissiers d' Essert Romand, sont des officiers publics  
ministériels chargés de plusieurs types d' activités  
certaines en monopole, d' autres en concurrence avec d'  
autre professions juridiques.. Recouvrement de créances  
et remboursement de dettes.. execution des décisions de  
justice.. Authentification d' actes et constats.. délivrance  
d' exploits et significations pour le compte de leurs  
clients.. Conseil et assistance juridique.

راجع: Huissiers à Essert. Romand. Huissiers Haute -  
savoie. 36 huissiers. Com. Ruissiers/ essert. Ron.



ويدور عملهم في المقام الأول حول تنفيذ الأحكام والحفاظ على الجلسة والمعاونة في إدارتها من جانب رئيس الدائرة<sup>(١)</sup>. وعنهم قال الأستاذ "موريل" هم من لا غنى عنهم إذ لا ثقة في إسناد تنفيذ الأحكام لغيرهم<sup>(٢)</sup>. إذ يتوقف اختيارهم على أهليتهم وقدرتهم على الأداء فضلاً عما يراعي فيهم عند الاختيار من اعتبارات الأخلاق والأمانة.

L' huissier est un agent indispensable dans l' organisation judiciaire: on ne peut confier les actes d' exécution qu' a des personnes offrant des garanties de capacité et de moralité.

وفي فقه المرافعات الفرنسي كان قد ثار الجدل قديماً حول جدوى نظام المحضرين إذ قال البعض بأن عملهم هو تزيد لا فائدة منه، كما وأن في الاستعانة بهم ما يرهق ميزانية الدولة ويزيد من أعبائها وفيه إطالة في إجراءات التنفيذ وأنه من الأفضل الاستعاضة عنهم برجال السلطة العامة، بل إن بعض ما يباشره المحضرون هو مما ينبغي أن يباشره الكتاب، ومع ذلك فإن هذه الوجهة من النظر لم تعد هي السائدة في الوقت الراهن بسبب تزايد الأعباء المقرر قانوناً لهم.

ويعد مباشرة المحضر لعمله وإسناد الأعمال الإجرائية إليه هي

(١) راجع "موريل" في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١٦١.

(٢) وكانت محكمة النقض الفرنسية قد أكدت ذلك في العديد من أحكامها ومن ذلك مثلاً حكمها الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٠. راجع: cass. Civ. 27 nov. 1990. D. 1991. J. 357 وفي بلجيكا يعتبر المحضرون أشخاصاً عهد إليهم المشرع دون غيرهم بتحرير وإعلان الأوراق القضائية في نطاق اختصاصهم المحلي كما عهد إليهم المشرع بمهمة تنفيذ كافة الأحكام القضائية الواجبة التنفيذ.

Les huissiers de justice ont une compétence monopolistique pour la rédaction et la signification de tous exploits dans l' arrondissement judiciaire auquel ils appartiennent. En outre, ils assurent l' exécution de toutes les décisions de justice, actes ou titres revêlant une forme exécutoire.

راجع:

les huissiers de justice en Europe. www. Europe - eje. Eu/ fiche - thematique.

الوسيلة الوحيدة المقررة قانوناً بشأن العمل الإجرائي الصحيح. فالمشروع إذ  
يوجب إعلان الخصم بصحيفة الدعوى أو أن يكون الإعلان على يد  
المحضر، فإنه ليس للخصوم أن يباشروا الإعلان بأسلوب أو طريق آخر<sup>(١)</sup>.  
فالخطابات البريدية ليست الوسيلة المعتبرة في شأن الإعلان، ومع ذلك فإن  
المشروع إذا أجاز إعلام الخصم عن طريق البريد أو بوسيلة من وسائل  
الاتصال الإلكتروني فإنه لا غضاضة لوجأ الخصم للإعلان على يد  
المحضر باعتبار ذلك هو الأصل في الإعلان بالأوراق القضائية<sup>(٢)</sup>. ويقول

(١) وفي ذلك يشير الأستاذ "موريل" إلى أن المشروع الإجرائي الفرنسي لا يميز  
للخصوم مباشرة إعلانات القضائية عن غير المحضرين ومع ذلك فإن المشروع قد  
أجاز الإعلان بالقضية في قضايا العمال بالخطابات المسجلة إذا كان النظام  
الداخلي لهذه المجالس يسمح بذلك. كذلك الشأن بالنسبة لمنازعات الإيجار وإيجار  
الأراضي الزراعية ومن الجدير اعتباره كما يقول الأستاذ "موريل" إن للمحضرين  
قلم مستقل في المحكمة بما يدعو إلى عدم اعتبارهم مجرد موظفين عموميين.

**L' huissier est un organe autonome et non un simple agent du tribunal.**

وعليه فإن المشروع الفرنسي كان قد نص في المادة ٦٦ من قانون المرافعات على أنه  
لا يجوز للمحضر أن يباشر في المحكمة التي يعمل بها أي عمل يتعلق باختصاصه  
إذا تعلق هذا العمل بأبي من والديه أو زوجته أو أحد من أقاربه، والأصل أن  
المحضر لا يستمد سلطته فيما يباشره من أعمال تدخل في اختصاصه من القاضي  
وإنما من القانون، ومن ثم فهو حين يباشر مهمة التنفيذ ليس بحاجة للحصول  
على إذن من القاضي الذي أصدر الحكم الواجب التنفيذ. راجع "موريل" في  
مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١٦٢.

وراجع أيضاً "كوشيه" في المرجع السابق الإشارة إليه ص ١١٠ رقم ١٤٥.

(٢) وإذا كانت هذه القواعد هي المستقرة في النظام القضائي الفرنسي، فإن الأمر قد  
يختلف في بعض الدول الأخرى نظراً للتطور في وسائل الاتصال، فمثلاً يشير  
الأستاذ Beth Walson - Dunham في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أنه  
إذا كان القضاة هم عماد العمل القضائي وأن القاضي هو الشخص المعني  
بالفصل في المنازعات **the judges, are individuals who resolve disputes between parties who have different interpretations of the law.**

فإن هناك معاونين آخرين لهم مهام معاونون للقاضي منهم "السكرتير القانوني"  
ومحضر المحكمة **court bailiff** والمساعدون القانونيون للمتقاضين وترجع =

الأستاذ "موريل" بأن المشرع قد يكتفي بإعلام الخصم أحياناً ببعض الوسائل الأخرى "كالبريد" مثلما هو الحال في منازعات الإيجار وإيداع الأجرة عن الأماكن المؤجرة للسكن أو للزراعة<sup>(١)</sup>.

وبالنظر لما يقرره المشرع الفرنسي من صفة "خاصة" للمحضرين تميزهم عن الموظف العام صاحب الصفة الإدارية المجردة - إذ المحضر له عمل يعطيه صفة شبيهة قضائية - فإن ذلك يفسر ما كان ينص عليه المشرع الفرنسي من أمد طويل في المادة ٦٦ من قانون المرافعات من أنه ليس للمحضر أن يباشر عملاً يتعلق بأحد أبويه أو أولاده أو أقاربه<sup>(٢)</sup>. وحينما

---

=العللة في تنوع وازدياد عدد معاوني للتطور في وسائل الاتصال التكنولوجي منذ مطلع القرن الماضي، فمثلاً لم يعد إعلانات الدعاوى تجري على يد المحضر كما كان الأمر من قبل وإنما حلت الوسائل التقنية محل ذلك حيث يتم استخدام الكمبيوتر في هذا المجال وأضحى الكمبيوتر وسيلة مباشرة لاتصال المحكمة والخصوم بالأوراق والمستندات والمحركات.

Today that same document may be discussed by the lawyer and legal assistant; researched by the lawyer, legal assistant [paralegal], or law clerk; dictated by machine; placed on a computer file by the clerical staff, and subsequently transmitted electronically to the parties to suit and the court.

راجع: Beth Watson - Dunham; Introduction to law third Edition. P. 486.

(١) راجع "موريل" في المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٦٢.

(٢) راجع في خصائص عمل المحضر في النظام الإجرائي الفرنسي:

Gérard Cornu et Jean Foyer; procédure civile. P. 245.

ويشير الفقيهان إلى أن المشرع الفرنسي يعتبر من أعوان القضاة كذلك الملاحظ القضائي في القضايا المتعلقة بالأطفال وهم من يطلق عليهم تسمية le chargé d'enquête sociale وهم من يعهد إليهم مراقبة وملاحظة الأطفال أثناء نظر دعاوى الطلاق ويختص هؤلاء أيضاً بتتبع أحوالهم المعيشية وهم يقدمون تقاريرهم التي يستهدي بها القاضي بشأن التدابير المناسبة المؤدية لحمايتهم

Le chargé d'enquête Sociale; il apparaît dans les procédures Concernant la garde et le placement des enfants, le juge commet une personne qualifiée d'ordinaire une assistante Sociale, dont le rôle est d'éclairer le juge sur les mesures les plus opportunes à prendre pour la garde des enfants.

يباشر المحضر أعمال التنفيذ فإنه يباشر هذه الأعمال ليس بناء على إذن من القاضي أو كوكيل عنه وإنما بصفته المعني قانوناً بهذه الأعمال :

**Dans les procédures de Saisie, l' huissier agit sans avoir besoin d' une autorisation du juge, du moment que le saisissant est muni d' un titre exécutoire<sup>(١)</sup>.**

وفي النظام الإجرائي الفرنسي يعد المحضر موظفاً عاماً ومن ثم فإن ما يوقع عليه من أوراق وكذلك ما يباشره من أعمال تنفيذ تعد أوراقاً رسمية وأعمالاً رسمية صادرة عن صاحب الاختصاص وبالنظر إلى صفة هذه الأوراق فإن التزوير فيها يعد تزويراً في محررات رسمية لأن المحضر إذ يباشر مهامه بشأن هذه الأوراق الموقع عليها منه فإنه يباشرها باعتباره ممثلاً للسلطة العامة<sup>(٢)</sup>.

على أنه بالرغم من تمتع المحضر لصفة الموظف العام فإن المستقر في فقه المرافعات الفرنسي أن المحضر يعد وكيلاً عن الأطراف الخصوم في القضايا، ومع ذلك هناك رأي آخر كان يرى فيما مضى أن المحضر ليس بوكيل عن الأطراف وإنما هو موظف عام معاون للقاضي، وهو مثلما هو الحال بالنسبة للقاضي لا يباشر عمله إلا إذا لجأ الخصوم إلى كل منهما فلجوء الخصوم إلى القاضي يكون من أجل مزاولته للفصل في القضية المطروحة عليه وكذلك الحال بالنسبة للخصوم إذ هم يلجؤون للمحضر لمباشرته عمله المتصل بالتنفيذ

**Une fois qu' ils ont été sollicités d' agir ils exercent une fonction publique.**

---

=ويرى الأستاذان "G. cornu et Foyer" أن هؤلاء الأشخاص هم خبراء من نوع خاص وإن كان ما يميز عملهم أنهم لا يعتمدون على ما لديهم من علم أو فن أو مهنة خاصة :

**Ne repose pas sur des opérations techniques personnelles.**

راجع : Gérard Cornu et Jean Foyer; op. cit. p. 265.

(١) راجع : René Morél; op. cit. p. 162.

(٢) انظر "موريل" ص ١٦٢.

وهو كما يقول "موريل" يتمتع بالاستقلال عن الخصوم، ويتيح هذا الاستقلال للمحضر أن ينظر في مدى قانونية العمل المطلوب منه ومطابقتها للقواعد الصحيحة والإجاز له الامتناع عنه.

Si l' acte qu' on lui demande de faire est légal, et, dans la négative, il doit se refuser à l' exécution<sup>(١)</sup>.

وعلى كل حال فإنه إذا كان المشرع قد اعتبر أوراق المحضرين من الأوراق الرسمية وكذلك الأمر بالنسبة لأعمالهم، فإنه لم يشترط لإضفاء الرسمية على ورق المحضرين تحرير محضر بشأن كل إجراء يتخذه المحضر. وفي النظام الإجرائي الفرنسي يجب أن يمارس المحضر عمله في حدود اختصاصه المكاني، فالمحضر لا يباشر عمله خارج المحكمة المعين بها وهذا ما يعني أن المحضر لا تصح أعماله لو ارتبطت بغير محكمته أي لو كانت مرتبطة بمحكمة أخرى، إن للمحضر نطاق اختصاص مكاني عليه ألا يتجاوزه<sup>(٢)</sup>، وفيما يتعلق بعمل المحضر في حفظ النظام في الجلسة فإن ذلك أيضاً مقيد بالمحكمة المعين بها سواء أكانت هي محكمة النقض أو المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف<sup>(٣)</sup>.

(١) وينوه الأستاذ "كوشيه" بأن عمل المحضر يقبل التجزئة بما يعني أنه قد يتخذ إجراء من إجراءات التنفيذ من جانب أحد المحضرين ويتممه محضر آخر *soit a titre individuel, soit dans de groupements*. راجع "كوشيه" في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١١٠ رقم ١٤٥.

(٢) وكان المشرع الفرنسي قد أخذ بهذه القاعدة منذ إصداره المرسوم بقانون الصادر في ١٤ يونية ١٨١٣.

(٣) راجع في الإشارة إلى حدود اختصاصات المحضرين في مجال إثبات الحالة، تعليق الأستاذ بيروت في المجلة الفصلية للقانون المدني: *Rev. trim. Dr. civ. 1979. p. 663.*

وأيضاً راجع له كذلك: *Perrot; le constat d' huissier de justice, chacier National des huissiers de justice. 1985.* وفي هذا المقام يشير الأستاذ "كوشيه" بأن مهمة المحضرين في المحكمة تتعلق أيضاً بحفظ النظام في الجلسة وهم لا يباشرون عملهم خارج نطاق الاختصاص المكاني للمحكمة التابعين لها:

ويشترط القانون الفرنسي عدة شروط فيمن يصلح أن يعين كمحضر<sup>(١)</sup> إذ كان المشرع قد أورد بعضاً من هذه الشروط ونظمها بموجب القانون الفرنسي الذي صدر مؤرخاً في ١٩ ديسمبر ١٩٤٥ والمعدل بالقرار بقانون الصادر في ٥ فبراير ١٩٤٧، ومن شروط المعين كمحضر التمتع بالجنسية الفرنسية وألا يقل عمره عن خمسة وعشرين عاماً وأن يكون قد *avoir satisfait aux obligation militaires* أدى الخدمة العسكرية وألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية لفعل مخل بالشرف أو الاعتبار وألا يكون قد سبق له العمل كوكيل دعاوى، كما يشترط حصوله على مؤهل عالي لا تقل مدة الدراسة فيه عن ثلاث سنوات، وذلك ما لم يكن من الحاصلين على دبلوم الدراسات القانونية أو ممن سبق لهم مباشرة الأعمال القانونية المهنية<sup>(٢)</sup>. وفي القانون الفرنسي ينضم

---

=Il convient de relever également que les huissiers de justice ont une compétence limitée à un certain ressort territorial; ils n' exercent valablement leurs fonctions que dans le cadre de ce ressort.

Gérard Couchez; op. cit. p. 110. No. 145. راجع

(١) وكان المشرع الفرنسي قد حدد هذه الشروط بموجب القانون الصادر في ١٤ أغسطس ١٩٧٥ والمعدل بموجب القانون الصادر في ٢ مايو ١٩٨٦ والمعدل بموجب القانون الصادر في ١٢ إبريل ١٩٩٤ برقم ٢٩٩ - ٩٤. وتجدر الإشارة إلى أنه وفقاً للقانون الألماني فإن المحضر يعتبر موظفاً عاماً وهو لا يشترط فيه عند شغله لعمله الوظيفي شروطاً خاصة ويعين المحضرون بقرار يصدره الرئيس الأعلى للمحكمة العليا في كل مقاطعة في ألمانيا:

Les huissiers sont en principe fonctionnaires à vie, ils sont només par le président du tribunal régional supérieur respectivement compétent. En tant que fonctionnaire, l' huissier de justice exerce toutefois ses activités en toute autonomie, c' est - a - dire que l' huissier de justice est indépendant en ce qui concerne la façon dont il exerce sa profession.

Réseau judiciaire européen en matière civile et Commerciale. Professions juridiques - Allemagne. Ec. Europa, Eu/ civil justice/ legal- Prof/ le. 30 - 5 - 2006.

(٢) وفي كندا يميز المشرع في "كوبيك" بين أنواع من المحضرين فمثلاً بالنسبة لمحضري =

المحضرون في جماعة قانونية منظمة في كل مقاطعة وهم خاضعون للتأديب بموجب الأحكام القانونية المنظمة لهم<sup>(١)</sup>.

ويحكم النظام القانوني للمحضرين في فرنسا قوانين متعاقبة أهمها قانون ٢ نوفمبر ١٩٤٥ والقرار بقانون رقم ٢٩ فبراير ١٩٥٦ والقرار الجمهورية بقانون الذي صدر مؤرخاً في ٣١ ديسمبر ١٩٦٩ والقانون الصادر في ١٤ أغسطس ١٩٧٥ والذي عدل بموجب القرار بقانون رقم ٩٢ - ١٤٤٨ الذي صدر مؤرخاً في ٣٠ ديسمبر ١٩٩٢<sup>(٢)</sup>.

---

=الجلسات يشترط المشرع اجتياز الشخص لبرنامج تدريبي على العمل فضلاً عن حصوله على دبلوم تخصص لممارسة الوظيفة.

Il n' existe pas de programme particulier pour devenir huissier - audencier. Un diplôme d' études Secondaires constitue habituellement une condition préalable à l' obtention de ce poste.

راجع في الإشارة إلى ذلك وإلى الشروط اللازمة للعمل كمحضر للجلسات في إقليم كويك في كندا:

Collège. CDI, se servir de son AEC pour devenir huissier - audencier. www. Collegecdi. Ca/ list- des actualite.

(١) ومن المقرر في النظام الإجراءي الفرنسية مسئولية المحضر مدنيا عن أعماله إذا أداها عن خطأ وشأن المحضر في هذا الصدد شأن كافة الموظفين العموميين.

La responsabilité civil de l' huissier est, comme tous les professions juridiques, une applications de la responsabilité de droit commun, il peut engager sa responsabilité de son fait également du fait de ses préposés.

ولذلك قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الذي صدر مؤرخاً في ٢٥ فبراير ٢٠٠٠ أنه لا يمكن أن يسأل المحضر مدنيا على أساس من المسئولية التقصيرية إذا كان قد باشر عمله في الحدود المسموح بها قانوناً.

"Preposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant n'engage pas sa responsabilité à l' egard des tiers".

وينوه الفقهاء إلى أن المحكمة العليا قد اعتمدت في حكمها المشار إليه إلى المادة

١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي في شأن المسئولية التقصيرية.. راجع:

Encyclopédie du droit; cas de responsabilité de l' huissier de justice. [www.jureka.fr/vie-citoyenne/encyplop](http://www.jureka.fr/vie-citoyenne/encyplop).

(٢) راجع "كوشيه" في المرجع السابق، الموضوع السابق.

**المطلب الرابع**  
**مساعدو القضاة والقائمون بتوفيق الأوضاع**  
*Les Assistants de justice*  
*et les conciliateurs de justice*

يعتبر نظام مساعدو القضاة من المستجدات القانونية في النظام الإجرائي الفرنسي وقد استحدثت المشرع هذا النظام بموجب القانون رقم ٩٥ - ١٢٥ الصادر في ١٢ فبراير ١٩٩٥ ويعد مساعدو القضاة من المعاونين الفنيين له، وترجع العلة في استحداث المشرع لهذا النظام لما لوحظ من ازدياد عدد القضايا والحاجة إلى سرعة إنجازها.

وبموجب الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من القانون سالف الذكر يعين مساعداً للدولة لقضاة المحاكم الابتدائية والمحاكم الاستئنافية، وقد اشترط المشرع فيمن يعين كمساعد للعدالة حصوله على دبلوم في الدراسات القانونية ويكون تعيينه مقبولاً إذا كان قد سبق له الحصول على ليسانس الحقوق على أن تكون الدراسة لمدة أربع سنوات للحصول على هذه الإجازة.

Nommées en qualité d'assistantats de justice auprès des magistrats des tribunaux d'instance, des tribunaux de grande instance et des cours d'appel, les personnes titulaires d'un diplôme sanctionnant une formation juridique d'une durée au moins égale à quatre années d'études supérieures après le baccalauréat et que leur compétence qualifie particulièrement pour exercer ces fonctions<sup>(١)</sup>.

(١) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 113.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أيضاً إلى أن الفقه الإجرائي الفرنسي كان قد اعتبر من معاوني القضاة أشخاصاً يستعين بهم القاضي في المنازعات التجارية وهم من يطلق عليهم "المحكم المفاوض" *arbitre rapporteur* وقد عين المشرع اختصاصاتهم وأوضح أنهم من يعهد القاضي إليهم في مسائل وقضايا التجار ولهم دراية وخبرة بالمسائل المحاسبية والدفترية ويقرب عملهم من عمل الخبراء غاية ما في الأمر أنهم مفوضون في دراسة القضية من ناحية الوقائع والقانون وعرض الرأي =



ويعين المساعد للعدالة لمدة عامين تجدد مرة أخرى، ويقول الأستاذ "كوشيه" أنه كما يبدو للوهلة من استحداث المشرع لعمل مساعدي العدالة فإن هذا العمل يعد معونة فنية للقاضي مساعدة له في أداء مهمته القضائية، لذا يجب على من يعين مساعدا للقاضي أن يؤدي ذات اليمين القانونية التي يؤديها القاضي قبل مباشرته لعمله<sup>(١)</sup>.

=القانوني على الأطراف فإن لم يقبلوه، قدم المحكم المفاوض تقريره للقاضي على أن يكون هذا التقرير مسببا:

S' il n' a pas le même objet que celui de l' expert; le rôle de l' arbitre rapporteur est cependant du même ordre. Il n' est pas juge, ni véritablement arbitre, mais instructeur et donneur d' avis motivé.

راجع: Gérard Cornu et Jean Foyer; op. cit. p. 255.

(١) انظر Gérard Couchez; op. cit. p. 113.

كذلك يعد من معاوني القضاة في النظام الإجرائي الفرنسي المفوضون les conciliateurs ذوو المهام والاختصاص المحدد ومنهم من يسند إليه التوفيق بين ممثلي المشروعات والتعاملين معها وهم من نظم المشرع الفرنسي أحكامهم بموجب القانون L.84.148 الصادر في أول مارس ١٩٨٤ والمعدل بموجب القانون رقم 85-295 الصادر في أول مارس ١٩٨٥. وكذلك المفوضون في مسائل الاستغلال أو الاستثمار الزراعي les exploitations agricoles وهم من نظم المشرع أحكامهم بموجب القانون رقم ١٢٠٢ الصادر في ٢٠ ديسمبر ١٩٨٨. راجع في الإشارة إلى هؤلاء الأعوان للقضاة Gérard Couchez; op. cit. p. 112 note 1 كذلك يعد من معاوني القضاة في النظام الإجرائي الفرنسي من يعهد إليهم القاضي لبيع المنقولات أو العقارات ويكون ذلك تبعا لنوع أو طبيعة الشيء المبيع، إذ يعهد القاضي بهذه المهمة إلى الموثق العام بالنسبة إلى العقارات والأموال المعنوية غير المادية وهو يعهد بهذه المهمة إلى مأمور القضية بصفته كدلال un Commissaire - priseur إذا كان الشيء المبيع من الأموال المنقولة أو كان البيع بالتجزئة. ويكون ذلك بالاستعانة بالسمسار لو كان البيع في البضائع بالجملة un courtier (marchandises en gros) أو للوسيط المالي في البورصة لو كان المبيع أسهم للبورصة titres de boures. كذلك يستعين القاضي بأعوان آخرين تبعا لنوع العمل المطلوب، ومن هؤلاء خبراء التصفية القضائية ومصفي الشركات كما يعد من أعوانه من يكون حارسا على الأشياء المحجوز عليها، راجع في الإشارة إلى هؤلاء.

Gérard Cornu et Jean Foyer. Op. cit. p. 256.

وفي مجال معاونة القضاة في النظام الإجرائي الفرنسي كان المشرع قد استحدث أيضاً بموجب القانون رقم ٣٨١ - ٧٨ الصادر في ٢٠ مارس ١٩٧٨ نظاماً للقائمين على التوفيق بين الأطراف من أسماهم المشرع *les conciliateurs* ومن يكون في هذه الفئة من أعوان القضاة يتولى توفيق الأوضاع والتقريب بين الأطراف خارج نطاق الخصومة القضائية العادية *faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire* ولا يتقاضى أي من هؤلاء مقابل ما دياً مقطوعاً كما وأنهم لا يمارسون أي نشاط قضائي وإنما عملهم ينصرف للتوفيق والاتفاق بين الأطراف ويمكن إسناد هذا العمل للقضاة السابقين أو المحامين أو المشتغلين بمهنة التدريس للقانون، وهم لا يعدون وكلاء عن الأطراف وإنما يستمدوا اختصاصهم من القانون والهدف من هذا النظام هو توقي الدعاوى وتقليل عدد القضايا نظراً لزيادتها في الوقت الحاضر. ولقد اتجه المشرع الفرنسي إلى التوسع في هذا النظام منذ إصداره القانون المنظم لهؤلاء المساعدين وذلك في ١٣ ديسمبر ١٩٩٦، وقد أجاز المشرع أن يتولى التوفيق أحد الأفراد أو أحد الأشخاص المعنوية ولم يفرض المشرع على القائمين بالتوفيق اتباع إجراءات معينة بذاتها لتحقيق المهمة الموكولة إليهم ومع ذلك تنتهي مهمة التوفيق بتحرير اتفاق مكتوب بين الأطراف<sup>(١)</sup>.

(١) وإلى جانب من تقدم من معاونين للقاضي، فإن من هؤلاء من يكون أيضاً معاوناً للأطراف في القضايا المنظورة أمام المحاكم، ومن هؤلاء مثلاً من يمثلون الخصوم أمام القضاة وهم وكلاء الدعاوى والمحامين وكان المشرع قد عدل عن نظام وكلاء الدعاوى بموجب التعديل الذي طرأ على نظام المحامين منذ ٣١ ديسمبر ١٩٧١ وما لحقه من تعديل آخر في ٣١ ديسمبر ١٩٩٠. راجع في الإشارة إلى ذلك "كوشيه" في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٩٨ رقم ١٣٠، وانظر في النظام القانوني لوكلاء الدعاوى الذي كان مقرراً فيما قبل ذلك Gérard Cornue et Jean Foyer; op. cit. p. 256. كذلك كان المشرع الفرنسي يدخل في نطاق معاوني القضاة أصحاب الاستشارات القانونية ممن كان يطلق عليهم *la consultation* وهم أصحاب مهنة حرة يجوز لهم إسداء الرأي =

وكتيجة للآثار الإيجابية التي حققها نظام توفيق الأوضاع اتجه  
المشرع الفرنسي إلى استحداث نظام آخر أسنده لمعاوني القضاة بمن يطلق  
عليهم "وسطاء الصلح" les médiateurs ويشير الأستاذ "جيرار كوشيه"  
في فقه المرافعات الفرنسي إلى أن هذا النظام من مقتضاه أن يسند القاضي  
عند نظر الدعوى الصلح فيها لوسيط هو معاون له ولهذا الوسيط أن  
يجتهد إلى التوفيق بين الخصوم ويعرض عليهم موجبات واعتبارات  
التصالح ويجب على القاضي أن يختار لهذه المهمة من يكون له نفوذ أدبي  
على أطراف النزاع<sup>(١)</sup>.

Personne bénéficiant d' une autorité morale  
indispensable à l' exercice de sa mission, en la chargeant  
de rechercher avec les parties "arrangement".

استحداث المشرع المصري نظام توفيق الأوضاع في المنازعات مع الأشخاص الاعتبارية  
العامّة نتيجة للتأثر بتبني المشرع الفرنسي للنظام والتوسع فيه بموجب قانون ١٢  
ديسمبر ١٩٩٦:

=القانوني في القضايا المطروحة على المحاكم ما لم يكن أحدهم من القضاة، ويشير  
الأستاذان "كورنو وفويه" إلى أن هؤلاء كان يجري قيدهم من المحامين ممن يكونوا قد  
مضى على عملهم في المحاماة عشر سنوات ويكون القيد في جدول في كل محكمة...  
la consultation est une activité libre, tout un chacun peut  
G. Cornu et J. Foyer. : consulter, souf les magistrats  
Op. cit. p. 258.

(١) راجع "جيرار كوشيه" في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١١٢.

كذلك يأخذ النظام الإجرائي البلجيكي بنظام توفيق الأوضاع ومهمة القائمين  
بالتوفيق اقتراح الحل الودي للنزاع ويمكن اللجوء إلى القائم بالتوفيق إما باتفاق  
بين أطراف القضية أو بإسناد مهمة التوفيق من القاضي وفي كل الأحوال يجب أن  
يجري التوفيق خلال مدة معينة كما وأن التوفيق جائز في قضايا معينة منها مثلا  
منازعات الجيران مثل تعيين الحدود وحق المرور والاختلاف حول الحوائط  
الفاصلة والمنازعات المتعلقة بمسائل الملكية والمنازعات بين المنتجين والمستهلكين،  
ويكون قبول طلب أداء وظيفة القيام بالتوفيق وتعيينه في المحاكم بقرار من الرئيس  
الأعلى للمحكمة الاستئنافية.. راجع

Le site officiel de l' administration française.. vos droits et  
démarches. Conciliateur de justice. M. vos droits. Service.  
Public. Fr.

هذا المشروع المصري حدو المشروع الفرنسي في شأن تبني نظام توفيق  
الأوضاع في المنازعات مع الأشخاص الاعتبارية العامة، لذا أصدر المشروع  
قانونه المؤرخ في ٤ إبريل ٢٠٠٠ برقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ أجاز فيه إنشاء لجنة  
أو أكثر لتوفيق المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين هذه  
الجهات (الأشخاص الاعتبارية العامة وبين العاملين بها أو بينها وبين  
الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة)<sup>(١)</sup>. وبموجب المادة الرابعة من هذا  
القانون أخرج المشروع من نطاقه المنازعات التي تكون وزارة الدفاع أو  
وزارة الإنتاج الحربي أو أي من أجهزة الوزارتين طرفاً فيها وكذلك  
المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية كحق الملكية أو حق الانتفاع  
سواء ورد على عقار أو على منقول وكذلك المنازعات التي ينظم قانون  
خاص قواعد إجرائية خاصة بها على خلاف قواعد الخصومات أمام  
القضاء المدني أو أمام القضاء الإداري وأيضاً المنازعات التي تختص  
بالفصل فيها أو بتسويتها أو بنظر التظلمات المتعلقة بها لجنة قضائية أو لجنة

(١) وكان المشروع قد نص في المادة الأولى من القانون ٧ لسنة ٢٠٠٠ على أنه: ينشأ  
في كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة  
لجنة أو أكثر للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين هذه  
الجهات وبين العاملين بها، أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة،  
وفي المادة الثانية من القانون تناول المشروع قواعد تشكيل اللجنة وفي المادة الثالثة  
أوضح كيفية اختيار رؤساء لجان التوفيق كما أوضحت المادة الخامسة تنظيم  
الأمانة الفنية للجان وتكلمت المادة السادسة عن طلب التوفيق والقرار الذي  
يصدر من اللجنة بشأنه والتظلم فيه كما عينت المادة السابعة إجراءات نظر طلب  
التوفيق.. وجاء في صدر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون أنه في نطاق اهتمام  
الدولة بتحقيق عدالة ناجزة، تصل بها الحقوق إلى أصحابها دون الاضطرار إلى  
ولوج سبيل التقاضي وما يستلزمه من مراحل المختلفة من الأعباء المادية والمعنوية  
وما يصاحبه في أحيان كثيرة من إساءة استغلال ما وفره القانون من أوجه الدفاع  
والدفع اتخذها سبيلاً للكيد وسيلة لإطالة أمد الخصومات على نحو يرهق كاهل  
القضاة ويخلق الظلم للمتقاضين مادامت حقوقهم نتيجة تلك الإساءة لا تصل  
إليهم إلا بعد الأوان.

إدارية ذات اختصاص قضائي<sup>(١)</sup>. وقد نصت المادة ١١ من القانون على بعض الدعاوى التي يقبل رفعها ابتداء إلى المحكمة دون سبق عرضها على لجنة توفيق الأوضاع وهي الدعاوى الوقتية والمستعجلة سواء تلك التي ترفع في صورة دعوى أصلية أو طلب عارض ومنازعات التنفيذ وطلبات استصدار أوامر على العرائض وطلبات استصدار أوامر الأداء وطلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلب وقف التنفيذ<sup>(٢)</sup>.

(١) ومن ذلك مثلاً ما ورد في المادة ١٧ من قانون تنمية المنشآت الصغيرة والتي جاء فيها أنه: استثناء من أحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ في شأن لجان التوفيق في بعض المنازعات، تشكل بقرار من المحافظ المختص لجنة دائمة يرأسها أحد رجال القضاء بدرجة رئيس محكمة على الأقل يتم ندرته طبقاً للقواعد والإجراءات المقررة في قانون السلطة القضائية ويشترك في عضويتها ممثل عن الغرفة التجارية وآخر عن الصندوق الاجتماعي للتنمية ويدعى للحضور صاحب الشأن أو من يمثله ويمثل للجهة المتظلم منها، وتختص هذه اللجنة بنظر التظلم من قرار الإيقاف المشار إليه في المادة السابقة.. وجاء في المادة ١٦ أنه لا يجوز إيقاف نشاط أي منشأة صغيرة أو متناهية الصغر إدارياً إلا في حالة ارتكاب مخالفة تستوجب الغلق قانوناً، وفي هذه الحالة يخضع المنشأة بالمخالفة وبالمدة المحددة لإزالتها، ويتم الإيقاف إذا انقضت هذه المدة دون إزالة المخالفة.

(٢) وكان المشرع قد أخذ بنظام لجان التوفيق والصلح في العديد من التشريعات ومن ذلك القانون التونسي الذي نظم أحكام التوفيق في المواد من ١٤٥٨ إلى ١٤٧٧ من قانون المرافعات المدنية التونسية وبموجب أحكام هذه المواد نظم المشرع مسائل التوفيق في مجال الالتزامات والعقود وتوسع في نظام الصلح باعتباره أحد الوسائل البديلة لحل المنازعات بالتراضي حيث أوجب المشرع التونسي على حاكم الناحية الذي يشكل صورة من صور القضاء العرفي المبسط إجراء جلسة صلحية بين الطرفين ويكون عليه أن يبذل غاية ما في وسعه للوصول إلى تسوية صلحية للنزاع، كذلك أخذ المشرع التونسي بمحاولات الصلح في مجال الأحوال الشخصية وفي منازعات الزوجية حيث أوجب عقد جلسة صلحية ثلاث مرات متباعدة مدة شهر على الأقل عند وجود ابن قاصر أو أكثر حتى تستنفذ المحاولات الصلحية، كذلك توسع المشرع التونسي في مسألة التوفيق في منازعات العمل المسماة منازعات التشغيلية وأيضاً في مسائل الضمان الاجتماعي في شأن نظر منازعات التأمين، كذلك أخذ المشرع في القانون رقم ٢١٤٣ في تونس والذي =

وفيما يتعلق بتشكيل لجنة التوفيق فقد ورد في المادة الثانية من القانون أن اللجنة تتشكل من رئيس للجنة وهو أحد رجال القضاء أو أعضاء الهيئات القضائية السابقين وأوجب القانون ألا يكون شاغلاً لأية وظيفة سواء أكانت وظيفة في الدولة أو لدى شخص اعتباري عام أو خاص أو لدى فرد<sup>(١)</sup>. ويدخل في تشكيل اللجنة ممثل الجهة الإدارية والطرف في النزاع وكذلك يدخل الطرف الآخر في النزاع، ويقدم طلب

---

صدر مورخاً في ١٠ ديسمبر ١٩٩٢ بفكرة الموفق الإداري الذي أعيد تنظيم أحكامه بموجب القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٩٣ والذي صدر مورخاً في ٣ مايو ١٩٩٣ حيث أقام آلية لفض المنازعات التي تنشأ بين المواطن والجهات الإدارية التونسية. كذلك توسع المشرع التونسي في شأن التوفيق والوساطة في استحداثه لمبدأ الموفق المصرفي *le médiation en matière bancaire* وكذلك في مجال التأمين.

كذلك نظم المشرع في المغرب مسائل الوساطة والتوفيق في الفصل ٥٥ - ٣٢٧ من قانون المسطرة المدنية المغربي وكان أن جاء في نصوص هذه المواد أنه يجوز للأطراف، لأجل تجنب أو تسوية نزاع، الاتفاق على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح ينهي النزاع وأشار المشرع إلى أن اتفاق الوساطة هو العقد الذي يثبث الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد، وورد في المادة ٥٧ - ٣٢٧ أنه يمكن إبرام اتفاق الوساطة بعد نشوء النزاع ويسمى حينئذ عقد الوساطة، ويمكن إبرامه في أثناء مسطرة جارية أمام المحكمة وفي هذه الحالة يرفع إلى علم المحكمة داخل أقرب الأجال ويترتب عليه وقف المسطرة.

(١) راجع الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٨٦٢، وكان المشرع قد نص في المادة الثانية من القانون على أنه تنشأ جداول بأسماء رجال القضاء وأعضاء الهيئات القضائية السابقين يتم اختيار رؤساء اللجان منهم وتتولى وزارة العدل إعداد هذه الجداول، على أن يتم الموافقة عليها من المجلس الأعلى للهيئات القضائية، ويشير الأستاذ الدكتور فتحي والي ويحق إلى أنه لما كان النص لم يورد الإشارة إلى رجال القضاء الحاليين فإن ذلك يعني أن يتم اختيارهم من غير الجداول المعدة ويكون ذلك بقرار من وزير العدل بموافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية. راجع الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٨٦٢ هامش (٢).

التوفيق كتابة من أي من أطراف النزاع سواء أكانت هي الجهة الإدارية أو المتنازع معها ويكون التقديم لأمانة اللجنة الفنية ويجب أن يتضمن الطلب بيانات محددة هي موضوع الطلب وسببه والبيانات المتعلقة بالطرفين وصفة كل منهما، وإذا ما قدم الطلب إلى أمانة اللجنة الفنية فإنها تقوم بعرضه على رئيس اللجنة لتحديد ميعاد لنظره ويتم إخطار الأطراف بمن فيهم الطالب ولم يحدد المشرع وسيلة لهذا الإخطار وإن كان يجب أن يتم كتابة يتضمن الإخطار تاريخ الجلسة المحددة للنظر في الطلب ويجوز لرئيس اللجنة تكليف أي من أطراف النزاع بتقديم ما يراه لازماً من إيضاحات ومستندات<sup>(١)</sup>. وبموجب الفقرة الأولى من المادة ٧ من القانون فإن لكل من طر في النزاع أن يحضر أمام اللجنة سواء بشخصه أو بوكيل عنه ولو لم يكن محامياً، وعلى اللجنة أن تنظر الطلب دون التقييد بالإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية<sup>(٢)</sup>.

(١) ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضور جميع أعضائها ولجنة أن تستعين بمن تراه من أهل الخبرة، وتصدر اللجنة توصياتها بأغلبية آراء أعضائها، فإذا تساوت الأصوات، رجح الجانب الذي منه الرئيس وتكون مداوات اللجنة سرية، وتصدر اللجنة توصيتها في المنازعة، مع إشارة موجزة لأسبابها تثبتها بمحضرها، وذلك في ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق إليها وتعرض التوصية خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها على السلطة المختصة والطرف الآخر في النزاع، فإذا اعتمدها السلطة المختصة وقبلها الطرف الآخر كتابة خلال الخمسة عشر يوماً التالية لحصول العرض قررت اللجنة إثبات ما تم الاتفاق عليه في محضر يوقع من الطرفين ويلحق بمحضرها وتكون له قوة السند التنفيذي ويبلغ إلى السلطة المختصة لتنفيذه.

(٢) وفيما عدا الدعاوى التي قفل فيها باب المرافعة يجوز لأي من الطرفين في الدعاوى القائمة عند العمل بهذا القانون بشأن المنازعات الخاضعة لأحكامه أن يطلب إلى المحكمة التي تنظر الدعوى وفي أية حالة كانت عليها وقف السير فيها لتقديم طلب التوفيق.

**المطلب الخامس**  
**المأمور القضائي ووكلاء الدعاوى**  
**Les officiers ministériels**  
**et les avoués près les cours d' appel**  
**قبل الإلغاء اعتباراً من أول يناير ٢٠١٢**

كثيراً ما كان الفقه الإجراءي الفرنسي يشير إلى المأمور القضائي باعتباره من القائمين بهذه المهمة من معاوني القضاة<sup>(١)</sup>. ويتولى عمل هذه الفئة أشخاص يجري تكليفهم بأعمال قضائية محددة ممن يسند إليهم هذا التكليف وهم من موظفي المحاكم وعنهم يقول الأستاذ "كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي:

(١) راجع في الدور الذي كان يؤديه وكلاء الدعاوى في النظام الإجراءي الفرنسي بعد أن أعاد المشرع تنظيم اختصاصاتهم وجعله مقصوراً على حالات تمثيل الخصوم أمام المحاكم الاستئنافية. راجع:

Jean Vincent et Serge Guinchard; op. cit. p. 654. No. 990.  
كذلك كان من السائد تعريف وكلاء الدعاوى بأنهم من رجال الضبط المحلي في فرنسا وهم من معاوني القضاة وكانت مهمتهم الأساسية تمثيل الخصوم في الدعاوى ومباشرة بعض الأعمال الإجرائية لحسابهم وهم من كان يطلق عليهم *postulation* وقد اتجه المشرع الفرنسي إلى تقليص عمل هذه الفئة من معاوني القضاة حيث أسند أغلب اختصاصاتهم للمحامين وأبقى على عملهم أمام المحاكم الاستئنافية. ثم عاد المشرع مرة أخرى بموجب تعديل أدخله في ٢٥ يناير ٢٠١١ ليقرر انتهاء العمل بنظام وكلاء الدعاوى اعتباراً من أول يناير ٢٠١٢، وترجع الأصول التاريخية لهذه الفئة إلى القرن الخامس عشر في فرنسا وكان المشرع الفرنسي قد حدد اختصاصاتهم بموجب القانون الصادر في فرنسا في ٢٠ مارس ١٧٩١ ثم أعاد تنظيمهم بموجب القانون الذي صدر في ٣ Brumaire من السنة الثانية للثورة الفرنسية وتلى ذلك تنظيمهم بموجب القانون الصادر في ٢٧ Ventôse من العام الثامن للثورة وفي ظل هذا القانون الأخير ميز المشرع بين وكلاء الدعاوى أمام محاكم أول درجة ووكلاء الدعاوى أمام المحاكم الاستئنافية.. راجع فيما يتعلق بوكلاء الدعاوى في القانون الفرنسي:

Roger Perrot: *Institutions judiciaires*. 13<sup>e</sup> ed. Paris, montchestien, 2008 No. 417.

وراجع أيضاً القانون رقم: 94 du 25 janvier 2011. loi no 2011 -  
وتجدر الإشارة إلى أنه في استحداث القانون الفرنسي لإلغاء نظام وكلاء الدعاوى في فرنسا كان بفرنسا ٤٣٣ وكيلاً للدعاوى منهم ١٤٦ سيدة.



L' officier ministériel est titulaire d' une charge. Il s' ensuit qu' il bénéficie du monopole d' une profession avec pour contrepartie l' obligation de l' exercer pour ceux qui lui demandent.<sup>(١)</sup>

ويتولى العاملون في هذا القلم القضائي مهمة كتابة وتوثيق العقود حيث يمثلون الدولة في إضفاء الصفة الرسمية على هذه العقود، كما وأنهم يؤدون دوراً في تمثيل الورثة في بعض حالات الميراث، كما وأن لهم دور في مسائل الوصية.

كذلك كان وكلاء الدعاوى في محاكم الاستئناف من معاوني القضاة، وقد نظم المشرع الفرنسي أمر هذه الطائفة بموجب القانون الذي صدر في فرنسا مؤخراً في ٢ نوفمبر ١٩٤٥ والمرسوم بقانون الذي صدر في ١٩ ديسمبر ١٩٤٥ والمعدل بموجب المرسوم الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٧٨ وبموجب القانون الذي صدر في ٢١ ديسمبر ١٩٩٠ و٢٤ يناير ١٩٩٦، ٢١ مايو ١٩٩٧ و٢٢ مايو ١٩٩٨.<sup>(٢)</sup>

وكان المشرع يشترط فيمن يباشر وظيفة وكيل الدعاوى في محاكم الاستئناف شروطاً محددة إذ يجب أن يكون متمتعاً بالجنسية الفرنسية أو أن

(١) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 108.

كذلك تجدر الإشارة إلى أن القانون الإجرائي البلجيكي كان يسمح بنظام وكلاء الدعاوى حتى إلغائه بموجب التعديل الذي استحدثه في نوفمبر ١٩٧٠ عند إصداره لقانون المرافعات البلجيكي الجديد. وفي النظام الإنجليزي لا يزال المشرع الإنجليزي يعتد بنظام وكلاء الدعاوى، حيث يطلق عليهم *the solicitors* وهم فئة من المحامين لهم اختصاصات محددة، وهم من أعوان القضاة في الدولة الأنجلوسكسونية مثل المملكة المتحدة وهونج كونج وأيرلندا وأستراليا والهند، إلا أن المشرع الأمريكي لا يضع ثمة قواعد لهذه الفئة. راجع في ذلك:

"il est juriste généraliste et auxiliaire de justice des pays de tradition de droit anglais, don't le Royaume - uni, Hong kong, Irlande, l' Australie et la Nouvelle. Zélande, Inde, anciennement au canda, mais absent aux Etats-Unis.

Rechercher sur wikipedia; solicitor. Fr. M. راجع: [wikipedia.org/wiki/solicitor](http://wikipedia.org/wiki/solicitor).

(٢) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 109.

يكون من رعايا دول الاتحاد الأوربي وأن يكون حسن السير والسلوك de moralité et d' honorabilité ومن حيث التكوين بالعلم القانوني قد استوجب المشرع الحصول على دبلوم كما اقتضى اجتياز التقدم لاختبار عند مباشرته العمل<sup>(١)</sup>.

وفيما يتعلق بالجانب الشكلي للطائفة المسماة بوكلاء الدعاوى في محاكم الاستئناف، كان المشرع الفرنسي ينظم لهم قلم معين في كل محكمة استئناف فضلاً عن تبعيتهم لغرفة عامة، وأجاز المشرع أن يباشر هؤلاء الوكلاء عملهم من خلال عملهم الفردي أو من خلال شركة أو جمعية وبموجب القانون رقم ١٢٥٨ - ٩٠ والذي صدر في ٣١ ديسمبر ١٩٩٠ إذا كانت الشركة المذكورة هي الهيئة التي يعمل بها وكلاء للدعاوى هي شركة فرنسية فإنها تعتبر من الشركات الممارسة للأعمال الحرة.

أما فيما يتعلق بالمهمة التي كانت مسندة لوكلاء الدعاوى في محاكم

الاستئناف فهي على وجه الخصوص تمثيل الخصوم أمام هذه المحاكم

**les avoués considérés sont chargés de la représentation des parties devant la cour d' appel.**

ويتمد صلاحيتهم في شأن التمثيل للخصوم إلى مباشرة المرافعة

عنهم، وكان تمثيلهم للخصوم أمام محاكم الاستئناف أمر مماثل لتمثيل

المحامين للخصوم أمام المحاكم الابتدائية:

**Leur mandant présente les mêmes caractères que celui de l' avocat qui représente son client devant le tribunal de grande instance.**

وكان عمل وكلاء الدعاوى أمام محكمة الاستئناف أن اختصاصهم

المكاني محدد بما يعني أنهم لا يباشرون عملهم لحساب موكلهم خارج

النطاق المكاني للمحكمة الاستئنافية العاملين بها، وعلى كل حال فإن

المشرع الفرنسي قد ألغى نظام وكلاء الدعاوى اعتباراً من أول يناير ٢٠١٢

وإن سبق ذلك اعتراضات من جانب نقابتهم.

(١) انظر "كوشيه" في المرجع السابق، الموضوع السابق.

## خاتمة البحث

يخلص لنا مما تقدم أن دراسة النظام القانوني لكتابة المحاكم والمحضرين والمترجمين والخبراء هي دراسة لأعوان القضاة، ذلك أن ممارسة القاضي لعمله القضائي يستوجب وجود أعوان له يساعدونه في أداء مهمته القضائية فضلاً عن أن المتقاضين أنفسهم بحاجة إلى أعوان يسهمون في أداء المهام المتعددة التي تحقق لهم الأداء الأمثل لاقتضاء الحق أو المركز القانوني، وفضلاً عن ذلك فإن لأعوان القضاة مهام أخرى تتصل بتحقيق العدالة الناجزة بما يعني أن بلوغ العدالة يستوجب تيسير الأداء الإجرائي وتحقيق الفاعلية للنظرية الإجرائية برمتها.

إن القاضي في كل نظام إجرائي هو الشخص المنوط به الفصل في المنازعات أو القضايا وهو المعبر واقعياً عن السلطة القضائية في معناها الوظيفي فضلاً عما تعنيه هذه السلطة من أداء موضوعي يجسد معنى ومدلول الدفاع عن الحق أو المركز القانوني.

على أنه لما كان من المتعذر على القاضي - كل قاضي - أن يباشر عمله القضائي برمته بنفسه لأن ذلك يستوجب أداء متكامل لمنظومة العمل الإجرائي، لما كان ذلك كذلك فقد عمدت النظم الإجرائية المختلفة إلى تخفيف العبء عن كاهل القضاة بحيث يتفرغ إلى عمله الفني القائم على تحقيق "الفصل في المنازعة" ومن ثم يعاونه في هذا الفصل أشخاص آخرون مهمتهم تيسير الأداء وتسهيله وهؤلاء بالأحرى هم معاونو القضاة.

ولا ينبغي الاعتقاد بأن هذه المعاونة تتساوى في قيمتها الواقعية بين بعضها البعض، إذ يمكن القول بأن من صور المعاونة ما يتصل مباشرة بإنجاز القاضي لنظر الدعوى، بينما يتصل بعضها الآخر بصورة غير مباشرة لهذا الإنجاز. كذلك فإن المعاونة لا تنصرف إلى مساعدة القاضي وحده في الفصل في القضايا، بل إنها تنصرف أيضاً للخصوم أو المتقاضين أنفسهم، لا بل أن المعنى الأوسع للمعاونة يشمل كل ما يحقق اليقين والوضوح للعمل القضائي برمته.

ومتى استقر هذا الفهم لفكرة معاوني القضاة كان علينا أن نعرض في هذا البحث للأشخاص المعنيين بمعاونة القضاة وأن نعرض أيضاً لنظامهم القانوني.. وتحقيقاً للفائدة المرجوة من البحث فقد رأينا أن نجعلها دراسة مقارنة بما يسهم في إلقاء الضوء على المتبع والمستقر في الأنظمة الإجرائية المختلفة، ولقد أوردنا في المقدمة الإشارة إلى موضوع البحث وتكلمنا عن هم من أعوان القضاة من محامين وكتبة ومحضرين وخبراء ومترجمين، كما أشرنا إلى أن الدراسة دراسة مقارنة وأوضحنا خطة الدراسة وجددنا الموضوعات التي يشملها البحث..

وفي الفصل الأول من البحث تناولنا مضمون العمل القضائي بين القاضي وأعوانه وأوضحنا جوهر رسالة القاضي ومجال مباشرته لعمله وألحنا إلى السمات أو الخصائص المميزة لعمله والضوابط التي تحكم القاضي في مباشرته للقضاء، كما تناولنا ما يؤديه المحامي من عمل معاون بما يوجب اعتباره بحق عوناً من أعوان القاضي، كما وأنه عون من أعوان المتقاضين حيث ينصرف عمله الأساسي إلى تمثيل الموكلين والدفاع عنهم أمام القضاء ومداهم بالمشورة القانونية والمساهمة في صياغة العقود، وبالنظر إلى هذه المهام المسندة للمحامين فإن المشرع قد أفرد لهم قانوناً خاصاً هو القانون المنظم لمهنة المحاماة وقد حوى هذا القانون عديداً من النصوص المنظمة للمهنة وبيان الشروط اللازمة فيمن يباشر هذه المهمة فضلاً عن الالتزامات التي يقررها المشرع على المحامي وعلاقته بموكليه.

كذلك تناولنا بالبحث والتقصي طبيعة عمل كتبة المحاكم وهم من الموظفين العموميين معاونين للقضاة وهم أصحاب اختصاصات مقررة بموجب القانون المصري والمقارن؛ إذ هم من عهد إليهم المشرع بحفظ النسخ الأصلية للأوامر والأحكام، وهم المنوط بهم إعطاء الصور البسيطة من نسخ الأحكام الأصلية لمن يطلبها، وهم من يتلقون المراسلات ويتولون إعداد ملفات القضايا وقيد الدعاوى وإعداد جدول القضايا.. الخ.

كذلك فإنهم من يتولون إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات وهم من أسند إليهم المشرع بموجب المادة ١٣٢ من قانون الإثبات مباشرة دعوة الشهود وفقاً لما يعينه القاضي عند إجراء المعاينة.. كذلك فإن المشرع المصري قد أوجب في قانون السلطة القضائية أن يوجد في كل محكمة مكتب يسمى قلم الكتاب، وقد أوجب المشرع أيضاً أن يكون الكاتب عنصراً أصيلاً في تشكيل كل محكمة وهو من يتولى عملية التدوين لمجاضر الجلسات وقد تولى المشرع كذلك أداء الكتبة لعملهم حيث قررت المادة ٢٦ من قانون المرافعات أنه يجب ألا يكون الكاتب زوجاً أو قريباً أو صهراً حتى الدرجة الرابعة لأحد الخصوم ولا أن يكون وكيلاً عن أي خصم من الخصوم.

وفي مجال دراسة النظام القانوني للمحضرين تناولنا التعريف بهم وبقلم المحضرين وما يكون من دور لهم في الإعلانات والتنفيذ، إذ المحضر هو من يقوم بتسليم صور الإعلانات القضائية والتنفيذ القضائي والحجز التحفظي، وهم طوائف معينة ومنهم محضرو الجلسات الذين أوكل إليهم المشرع المناذاة على القضايا بالأرقام والأسماء وفقاً لروال الجلسة وهم من يباشرون ضبط الجلسة تحت إشراف رئيسها ومنهم طائفة محضري المعاينة وهم من أسند المشرع إليهم مهمة إجراء المعاينة وإثبات الحالة إما بناء على توكيل المحكمة أو بموجب إنابة أو بناء على طلب أحد الخصوم، كذلك يعد المحضر عوناً من أعوان القاضي حيث يباشر عمله في مجال تنفيذ الأحكام حيث قررت المادة ٢٧٩ من قانون المرافعات أنه يجري التنفيذ بواسطة المحضرين وهم ملزمون بإجرائه بناء على طلب ذوي الشأن متى سلمهم السند التنفيذي، والأصل أن يتقيد المحضر في عمله بدائرة اختصاصه المكاني في نطاق المحكمة التابع لها وإلا كان عمله باطلاً.

وفي المبحث الثاني من الفصل الأول عرضنا لدور المترجم في معاونة القاضي وتيسير الأداء الأمثل لعدالة القضاء وألقينا الضوء على دواعي

الاحتياج للمترجم في ظل مبدأ "اللغة العربية هي اللغة الرسمية للمحاكم" وهو مبدأ يقوم على دعامة دستورية إذ يقرر الدستور المصري الذي صدر في عام ٢٠١٤ على أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية وذات المبدأ هو ما كان منصوباً عليه في الدساتير المصرية السابقة.

وفي مجال استظهار صفة المعاونة التي يتولاها المترجم القينا الضوء على الطبيعة القانونية للعمل الذي يباشره المترجم ومدى الاحتياج إليه خاصة وقد لوحظ في الآونة الأخيرة تنوع الأوراق والمستندات التي تقدم في المحاكم وتحريها بأكثر من لغة فضلاً عن أن من الخصوم من قد يكون من الأجانب ممن لا يتحدثون العربية ومن ثم يكون القاضي بحاجة للمعاونة في مجال الترجمة، ولقد عرضنا في هذا المجال لحدود عمل المترجم وأشرنا إلى أهمية هذا العمل بحيث يلزم وجوده ولو كان القاضي نفسه يتحدث اللغة الأجنبية اللازم الترجمة فيها لأن عمل المترجم لا يحقق جدواه فحسب بالنسبة إلى القاضي وإنما كذلك بالنسبة للخصوم وهو تفعيل وتأكيد لمبدأ إعلانية المحاكمة.

كما انصرفنا بالبحث إلى دراسة النظام القانوني للخبراء كعون من أعوان القضاة والخصوم وكان أن أوردنا الإشارة إلى طبيعة العلاقة بين القاضي والخبير وتعرضنا للاختلاف الفقهي الذي قام حول مدى القوة الملزمة لرأي الخبير وما إذا كان رأيه في القضايا رأياً استشارياً أم ملزماً للقاضي، وإن كان ما أضحي مستقراً هو أن القاضي يعد الخبير الأعلى في الدعوى وأنه غير ملزم برأي الخبير، كذلك درسنا النظام القانوني للخبراء وطبيعة عملهم ومجالات الخبرة والعلاقة بين الخبير والخصوم، كما تناولنا بالإشارة التأكيد على أن الاستعانة بالخبير من جانب القاضي فيه إعلاء وتأكيد للقاعدة الموجبة بالألا يقضي القاضي بعلمه الشخصي، كما اتجهنا بالبحث إلى دراسة موقف المشرع الفرنسي الذي مال مؤخراً إلى التوسع في استعانة القضاة بالخبراء. كما تساءلنا عن مدى تأثير نظام القاضي الفرد أو

جماعية القضاة بالاستعانة بالخبير ومدى تأثير تكوين الدوائر القضائية بقضاة من خارج الهيئة على الحاجة إلى الخبراء. وعلة هذا التساؤل الأخير ما لوحظ في بعض النظم الإجرائية من ظاهرة تكوين محاكم خاصة بحيث يشارك في القضاء فيها بعض من أهل المهنة أو الحرفة مشار النزاع، بما يدعوننا إلى التساؤل عما إذا كان بالإمكان أن يكون الخبير هو أحد القضاة المتخصصين، ولقد رأينا أنه لا يمكن الاستعاضة بنظام الخبراء بالمحاكم الخاصة لأن القاضي لا يمكن أن يقضي بعلمه، ثم إن الخبير عون للخصوم بمثل ما هو عون للقضاة، كما وأن الخبير يعد عوناً من أعوان العدالة ذاتها، كما وأن مبدأ المواجهة والعلانية يستوجبان الإبقاء على نظام الخبير، لذا تظل الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات ويظل الخبراء عوناً من أعوان القضاة.

كذلك حدث بنا دراسة النظام القانوني للخبراء إلى إلقاء الضوء على موقف قانون المرافعات الإنجليزي من الخبير كعون من أعوان القضاة. حيث تعد الخبرة من وسائل الإثبات في مختلف المحاكم الإنجليزية سواء ما كان منها من محاكم التاج أو محاكم المقاطعات وإن كان من المسلم به اعتبار رأي الخبير رأياً استشارياً، ولقد عرضنا في هذا المجال إلى قواعد ممارسة الخبير للخبرة وفقاً لقواعد اللورد وولف Lord Woolf وهي القواعد الحاكمة للخبرة برمتها كوسيلة من وسائل الإثبات.

وفي الفصل الثاني من دراستنا للنظام القانوني لأعوان القضاء تناولنا التنظيم القانوني للمحاكم بين أداء القاضي لعمله وبين مباشرة أعوانه لمهامهم، حيث تعد المحاكم الوسيلة العملية للفصل في القضايا والمنازعات وهي التعبير الواقعي عن السلطة القضائية باعتبارها إحدى السلطات الثلاث في الدولة. وقد رأينا في هذا المقام ضرورة التفرقة بين العمل القضائي الذي يباشره القاضي والعمل الإداري الذي يباشره الموظف العام؛ إذ العمل القضائي فيه إعلاء وتأكيد للقاعدة القانونية أما

العمل الإداري - كما يقول وبحق الأستاذ Artur في الفقه الإجرائي الفرنسي - فهو العمل الذي يستهدف إعلاء المصلحة العامة أو حسن سير المرافق العامة، ويترتب على هذه التفرقة نتائج هامة أهمها أن عمل القاضي عمل مطلوب ببدء بينما العمل الإداري هو عمل غير مستثار من الغير، لذلك تظهر أهمية التفرقة بينهما في شأن الحجية المعطاة لكل منهما إذ العمل القضائي له الحجية، أما العمل الإداري فلا حجية مطلقة له إذ هو عرضة للتبديل أو التغيير حسب اختلاف أو تغير الظروف والأحوال، كذلك تظهر أهمية التفرقة في هذا المجال في شأن ما يترتب على كل منهما من المسؤولية، إذ تجري معظم الأنظمة الجزائرية المقارنة على أن الدولة لا تسأل عن أعمالها القضائية، بينما تسأل عن أعمالها الإدارية.

وفي مقام الدراسة عرضنا لعلاقة القاضي وأعوانه بموضوع القضية، فالقاضي هو الشخص المعني والمكلف بأداء العدالة ومن ثم فإن عليه واجبات معينة إذ يجب ألا يكون خصماً وحكماً في آن واحد ويجب أن يتمتع بالاستقامة وبالنزاهة ومن موجبات حياده ألا يقضي بعلمه الشخصي وأن يراعي مبدأ المواجهة بين الخصوم وأن يحافظ على سرية المداولة، كذلك تفرض طبيعة المعاونة لأعوان القضاة عدة التزامات منها أيضاً الاستقامة والحياد وعدم تعارض المصالح.. وفي كل الأحوال فإن عمل القاضي وكذلك عمل أعوانه يتجه في المقام الأول إلى الفصل في القضايا، وتبدأ القضية بالطلب الذي يحمل صيغة الادعاء وهي صيغة إجرائية ذات طابع شكلي ويجب في القضية أن يكون لها موضوع أو محل ولهذا الطلب أهمية عظمى في شأن حجية الأمر المقضي به، وتقضي القواعد الأصولية في الادعاء بأن على المدعي أن يؤسس طلباته من حيث الوقائع دون أن يكون ملزوماً بتناول التكييف القانوني لها، لأن التكييف القانوني مهمة القاضي بالنظر إلى أنه الخبير الأعلى في القانون وهو المنوط به إنزال حكم القانون على الوقائع كما وأنه الأجدر على



تفسير القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية على حد سواء، وبالنظر إلى الدور الذي يباشره القاضي في الفصل في القضايا، فمن المتعين أن تتوافر فيه شروط من له ولاية تمثيل الدولة ويجب أن يباشر عمله في محكمة مختصة اختصاصاً صحيحاً ومشكلة وفقاً للقانون، وهذه الشروط ينبغي توافرها كذلك في أعوان القضاة إذ من المستقر أن كتبة المحاكم والمحضرين لا يباشرون عملاً يدخل في اختصاصهم الوظيفي في الدعاوى الخاصة بهم أو بأزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم حتى الدرجة الرابعة وإلا كان العمل باطلاً، والخبير ينبغي أن يكون مقيداً في جدول الخبراء وأن يؤدي اليمين القانونية المقررة في المادة ١٣٩ من قانون الإثبات، كذلك فإن الشهود وهم من أعوان القضاة يجب عليهم أداء الشهادة وهم مقيدون بالمحافظة على أسرار الوظيفة أو المهنة أو مراعاة الزوجية.

هذا ولما كان عمل أعوان القضاة يرتبط بالمحاكم، فقد رأينا أهمية اللقاء الضوء على عمل الأعوان بالمحاكم، لذا عرضنا بالدراسة لمحكمة النقض ودور قلم الكتاب فيها ورأينا أهمية دور هذا القلم واختصاصه الوظيفي.. كذلك عرضنا للمحاكم الجزئية ودور قلم الكتاب فيها وألقينا الضوء على عمل كتبة الجلسات ومدى جواز استعانة القضاة بالخبراء أمام هذه المحاكم.. كذلك انصرفنا بالبحث إلى المحاكم الابتدائية واختصاصها النوعي والمكاني وأشارنا إلى المبادئ المهمة التي تنظم عمل هذه المحاكم على النحو سالف البيان والتفصيل.. كذلك تناولنا بالبحث أمر محاكم الاستئناف واختصاصها النوعي والمكاني وتشكيل دوائر الاستئناف وما يكون في شأن أعوان القضاة في هذه المحاكم.

هذا ولما كانت الدراسة هي دراسة مقارنة فقد انصرفنا بالبحث إلى عرض النظام القضائي للمحاكم الفرنسية ودور معاوني القضاة فيها حيث تناولنا بيان أنواع المحاكم المدنية العادية في النظام الإجرائي الفرنسي وأوضحنا المحاكم الكلية في فرنسا وانتشارها في المقاطعات وما بها من قلم

للكتية ، كذلك عرضنا للمحاكم الاستئنافية ونظام العمل فيها وتشكيل هذه المحاكم وعلاقة القاضي وأعوانه بالقضايا الاستئنافية ، كما تناولت الدراسة عرضاً للمحاكم المدنية المتخصصة في فرنسا وهي المحاكم التجارية ومحاكم المجالس العمالية ومحاكم الضمان الاجتماعي ومحاكم الإيجارات ومحكمة النقض الفرنسية ، كذلك درسنا أعوان القضاة في هذه المحاكم بمختلف أنواعها وأسهبنا في تناول طوائف معاوني القضاة في النظام القضائي الفرنسي وبالأخص طائفة الكتبة والمحضرين ومساعدى القضاة والقائمين بتفويك الأوضاع والمأمورين القضائين ووكلاء الدعاوى وإن كان المشرع الإجرائي الفرنسي قد عدل عن هذا النوع الأخير من أول يناير عام ٢٠١٢ بعد ردح طويل من الزمان.

وأخيراً فإننا نقدم في هذا المقام التوصيات الآتية:

**التوصيات:**

كشفت لنا الدراسة المستفيضة للنظام القانوني لكتبة المحاكم والمحضرين والخبراء والمترجمين في النظم الإجرائية المقارنة عن ضرورة تحديث نظام معاوني القضاة.

فمن ناحية أولى فإنه إذا كانت المادة ١٣٧ من قانون السلطة القضائية تجبر تعين كتبة المحاكم من حملة شهادة الثانوية العامة وما يعادلها ، فإن المهام الملقاة عليهم تستوجب بالأقل الحصول على إجازة الحقوق لأن عملهم يتصل في المقام الأول بالصبغة القانونية خاصة وأنهم من أعوان القاضي مما يستوجب كونهم مؤهلين لمباشرة هذا العمل ولعل ما يدعونا إلى التوصية بذلك هو ازدياد أعداد الحاصلين على إجازة الحقوق ومن ثم فمن الأفضل الاستعانة بهؤلاء.. كذلك فإنه إذا كانت المادة ١٣٨ من ذات القانون قد قررت أن تعقد في محكمة النقض لجنة تشكل من رئيسها أو من يقوم مقامه من مستشارين "قضاة" تختارهم جمعيتها العامة كل سنة ومن كبير كتابها أو من يقوم مقامه وتختص هذه اللجنة باقتراح كل ما يتعلق بشئون كتابها من تعيين ونقل وترقية ومنح علاوات وكذلك

الأمر بالنسبة لكتاب المحاكم الاستثنائية وكتبة النيابة العامة - وفقاً للمادة ١٣٨ من القانون - فإن الأفضل أن يصوغ المشرع قواعد موحدة تحكم تعيين كتبة المحاكم ونقلهم وترقيتهم ومنح العلاوات لهم وذلك بغية توحيد المعايير والضوابط مع التأكيد على المستلزمات المعاصرة لهذه الطائفة من معاوني القضاة.

ومن ناحية ثانية فإنه يجب تحديث الوضع القائم من المادة ١٤١ من قانون السلطة القضائية التي نظم فيها المشرع ترقية من يعين كاتباً إذا اشترط أن تحسن الشهادة في حقه مع نجاحه في امتحان يختبر فيه كتابة وشفاهة بشرط أن يقضي فترة تدريب في الأعمال التي يقوم بها وفق المنهج الذي يصدر به قرار من وزير العدل، حيث الأفضل إنشاء معهد للدراسات القضائية للمعاونين للقضاة ويتولى هذا المعهد عقد دورات تدريبية متتالية للكتابة لشرط الترقى. ولا يعفى من شرط الالتحاق بهذا المعهد حملة الشهادات العليا مثلما هو الحال في ظل المادة ١٤١ التي قررت الإعفاء من هذا الامتحان لحملة الشهادات العليا.

ومن ناحية ثالثة فإنه إذا كانت المادة ١٤٣ من قانون السلطة القضائية قد أوجبت إجراء امتحان تحريري وآخر شفوي لكتاب القسم المدني وكتبة القلم الجنائي وحددت القوانين التي يؤدي فيها الكاتب الامتحان فضلاً عن امتحان في الخط، فإنه يجب أن يشتمل الامتحان على إجادة الكمبيوتر ومشتملاته، لما لذلك من أهمية كبرى للقضاء على أهمية الكمبيوتر لدى الكتبة وكذلك الأمر بالنسبة للمحضرين.

ومن ناحية رابعة فإن المشرع وإن كان قد نص في المادة ١٥٦ من قانون السلطة القضائية على أنه يلحق بكل محكمة العدد اللازم من المترجمين مع اشتراط أن يكون المترجم قد حسنت إجابته في امتحان تحريري وشفوي في اللغة العربية وإحدى اللغات الأجنبية، فإنه يجب أن يكون علمه باللغة العربية واللغة الأجنبية التي تخصص بها إجادة تامة،

لأن في ذلك تأكيد لما قرره المادة الثانية من الدستور المصري الصادر في عام ٢٠١٤ والتي قررت أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية ومن ثم فإنها تعد اللغة الرسمية للمحاكم، ولما كان من الشائع انتشار القضايا ذات الاحتياج للغات الأجنبية، فإن عمل المترجم قد غدا من الاحتياجات الأساسية في العمل القضائي مما يستوجب دقة اختيار المترجمين في المحاكم باختلاف أنواعها.

ومن ناحية خامسة، فإن المشرع عليه أن يعالج القصور في الصياغة الحالية لنظام معاوني القضاة حيث نظم أمر المترجمين دون أن يورد الإشارة أو التنظيم لمعاوني القضاة في شأن الصم والبكم إذ هؤلاء لم يلتفت إليهم القانون ولم يوضح ضوابط الاستعانة بخبراء لهم وهذا القصور لا يتماشى مع ما هو مقرر في المادة ٨١ من الدستور المصري الصادر في عام ٢٠١٤ والتي تحدث فيها الدستور على التزام الدولة بضمان حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والأقزام "صحياً واقتصادياً واجتماعياً وثقافياً وترفيهياً ورياضياً وتعليمياً، مع توفير فرص العمل لهم وتخصيص نسبة منها لهم وتهيئة المرافق العامة والبيئة المحيطة بهم وممارستهم جميع الحقوق السياسية ودمجهم مع غيرهم من المواطنين إعمالاً لمبادئ المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص". وإذا كان المشرع الدستوري قد ضمن لذوي الإعاقة هذه الحقوق، فإنه كان من الأحرى أن يولي المشرع في قانون السلطة القضائية الأهمية للترجمة لذوي الإعاقة عن الصم والبكم.

ومن ناحية سادسة فإنه بالنظر إلى ازدياد عدد القضايا المنظورة أمام المحاكم المصرية بمختلف أنواعها ولما كان دور القاضي في القضية ليس دوراً سلبياً بحتاً، لذا فإنه في سبيل تخفيف العبء عن القضاة يجب أن يستحدث المشرع في النظام الإجرائي نظام السكرتارية للقضاة وذلك على غرار النظام الأمريكي حيث يتبع القاضي عدد من معاونين "السكرتارية" وبحيث يتفرغ هو لأداء مهمته في الفصل في القضايا.

## قائمة المراجع

### ١- مراجع باللغة العربية:

١. الدكتور إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، ١٩٧٤، الإسكندرية.
٢. الدكتور أحمد أبو الوفا: التنفيذ، طبعة ١٩٧٨.
٣. \_\_\_\_\_: المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٤٠.
٤. \_\_\_\_\_: المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٧٧.
٥. الدكتور أحمد السعيد الزقرد: تقنية الخبير وصلحاياته، محاضرة مكتوبة في دورة تدريبية في كلية الحقوق جامعة الكويت عام ١٩٨٨.
٦. الدكتور أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٠، الناشر دار النهضة العربية.
٧. الدكتور أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ، الجزء الأول، بدون اسم ناشر ولا سنة نشر.
٨. الدكتور أحمد محمد حشيش: التنظيم القضائي من زاوية أشخاصه، طبعة ٢٠٠٧، الناشر دار النهضة العربية.
٩. \_\_\_\_\_: البيئة القضائية في ضوء مبدأ سمو القانون الإلهي، طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية.
١٠. الدكتور أحمد محمد عبد الصادق: المرجع القضائي في قانون المرافعات (٤ أجزاء) طبعة ٢٠٠٨ الناشر دار النهضة العربية.
١١. الدكتور أحمد مسلم: أصول المرافعات، التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، طبعة ١٩٦٠ - ١٩٦١.
١٢. الدكتور أحمد مليجي: تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي. الناشر دار النهضة العربية.

١٣. الدكتور أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٣، دار الجامعة الجديدة.
١٤. \_\_\_\_\_: مبدأ التقاضي على درجتين. طبعة ١٩٩٢.
١٥. الدكتور أسامة أحمد شوقي المليجي: التصنيف الفني لوظائف وأعمال القاضي، طبعة ٢٠٠٥ الناشر دار النهضة العربية.
١٦. الدكتور أسامة روبي عبد العزيز الروبي: تنظيم القضاء المدني في سلطنة عمان، طبعة ٢٠٠٨، الناشر دار النهضة العربية.
١٧. \_\_\_\_\_: قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي، طبعة ٢٠٠٠، الناشر دار النهضة العربية.
١٨. \_\_\_\_\_: مبادئ التنظيم القضائي، طبعة ٢٠٠٧، الناشر دار النهضة العربية.
١٩. الدكتورة أمينة النمر: أصول المحاكمات المدنية، الناشر الدار الجامعية، طبعة ١٩٨٨.
٢٠. \_\_\_\_\_: قانون المرافعات، طبعة ١٩٩٣.
٢١. الدكتور خيرى عبد الفتاح السيد: الإعلان القضائي وضمائنه في القانون المقارن، طبعة ٢٠١٢، الناشر دار النهضة العربية.
٢٢. \_\_\_\_\_: الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية. طبعة ٢٠١٢، الناشر دار النهضة العربية.
٢٣. الدكتور رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٦٠، الناشر دار النهضة العربية.
٢٤. الدكتور رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية طبعة ١٩٨٤.
٢٥. الدكتور سامح السيد جاد: القضاء بالعلم الخاص للقانون، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد بجامعة القاهرة، ١٩٨١.

٢٦. الدكتور سيد أحمد محمود والدكتور أحمد سيد أحمد محمود: أصول التنفيذ الجبري، طبعة ٢٠١٢ / ٢٠١٣، الناشر دار النصر للطباعة الحديثة.
٢٧. الدكتور سيد أحمد محمود والدكتور يوسف أبو زيد: التنفيذ الجبري، الجزء الأول.
٢٨. الدكتور سيد أحمد محمود والدكتور يوسف أبو زيد: أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٧ بدون اسم ناشر.
٢٩. الدكتور سيد أحمد محمود: أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، طبعة ٢٠٠٥ بدون اسم ناشر.
٣٠. \_\_\_\_\_: التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ بدون اسم ناشر.
٣١. \_\_\_\_\_: النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، الطبعة الأولى ١٩٩٩، بدون اسم ناشر.
٣٢. الدكتور عاشور مبروك: الوسيط في قانون القضاء المدني، الطبعة الثانية ٢٠٠١، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.
٣٣. الدكتور عبد الباسط جميعي: مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد. طبعة ١٩٨٠. الناشر دار الفكر العربي.
٣٤. الدكتور عبد الحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية. طبعة ١٩٢١، مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر.
٣٥. الدكتور عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الثانية.
٣٦. عبد المجيد الحكيم: "هل يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي؟" بغداد ١٩٧٤.
٣٧. الدكتور عبد المنعم الشرقاوي: شرح المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٥٠.

٣٨.الدكتور عبد المنعم فرج الصدة: الإثبات في المواد المدنية، الطبعة الثانية ١٩٥٥.

٣٩.الدكتور عزمي عبد الفتاح: الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، قانون القضاء المدني الكويتي، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، الناشر مؤسسة دار الكتب.

٤٠.الدكتور علي بركات: التقاضي أمام المحاكم العمالية المنشأة بمقتضى القانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠٠٨ طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية.

٤١.الدكتور علي زكي العرابي: المبادئ الأساسية للتحقيقات والإجراءات الجنائية، الجزء الأول طبعة ١٩٤٠.

٤٢.الدكتور علي عبد الحميد تركي: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية.

٤٣.الدكتور عيد محمد القصاص: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. الناشر دار النهضة العربية. طبعة ٢٠٠٥.

٤٤.الدكتور المستشار فتحي محمد أنور عزت: قضاء التنفيذ أمام إدارة التنفيذ والحلول العملية والقرارات التنفيذية الوتية والموضوعية، الناشر دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٨.

٤٥.الدكتور فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية.

٤٦.الدكتور محمد برحيلي: إشكالية الخبرة القضائية في المادة المدنية بين هدف تحقيق العدالة ومشكلة إطالة التقاضي.. قراءة تحليلية للنصوص المنظمة للخبرة، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد سنة ٢٠٠٤.

٤٧.محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات. الجزء الأول، طبعة ١٩٥٧.

٤٨.محمد حامد فهمي: التنفيذ، طبعة ١٩٢١.



٤٩. محمد حامد فهمي: المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٤٠.
٥٠. الدكتور محمد شكري سرور: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبعة ١٩٨٦.
٥١. الدكتور محمد عبد الجواد محمد: شرح قانون المرافعات المدني السوداني. الجزء الأول، النظام القضائي، الاختصاص، إجراءات التقاضي. طبعة ١٩٦٨ بدون اسم ناشر.
٥٢. الدكتور محمد عبد الخالق عمر: قانون المرافعات، الجزء الأول، التنظيم القضائي، طبعة ١٩٧٨.
٥٣. \_\_\_\_\_: مبادئ التنفيذ الجبري.
٥٤. الدكتور محمد نور شحاتة: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٧ بدون اسم ناشر.
٥٥. الدكتور محمود جمال الدين زكي: بحث في الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة القاهرة ١٩٩٠.
٥٦. الدكتور محمود محمد هاشم: قواعد التنفيذ الجبري.
٥٧. الدكتور مصطفى احمد عبد الجواد حجازي: المسؤولية المدنية للخبير القضائي. دراسة فقهية قضائية مقارنة في التشريع المصري والفرنسي والكويتي، مجلة المحامي الكويتية، السنة الثانية والعشرون. يوليو، أغسطس، سبتمبر ١٩٩٨.
٥٨. الدكتور نبيل إسماعيل عمر: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات طبعة ١٩٨٩، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.
٥٩. \_\_\_\_\_: قانون المرافعات، طبعة ١٩٩٣.
٦٠. الدكتور هشام على صادق: بحث في سبب الدعوى الممتنع على القاضي تعديله، بحث منشور في مجلة المحاماة، عدد ١٩٧٠.
٦١. الدكتور وجدي راغب فهمي والدكتور سيد أحمد محمود والدكتور سيد أبو سريع: مبادئ المرافعات المدنية والتجارية. الطبعة الأولى ٢٠٠٥، بدون اسم ناشر.

٦٢. الدكتور وجدي راغب فهمي: التنفيذ القضائي.  
٦٣. \_\_\_\_\_: النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة  
دكتوراه، جامعة عين شمس ١٩٦٧.  
٦٤. \_\_\_\_\_: مبادئ الخصومة المدنية، الطبعة الأولى، الناشر  
دار الفكر العربي.  
٦٥. \_\_\_\_\_: مبادئ القضاء المدني - قانون المرافعات،  
الطبعة الرابعة ٢٠٠٤، الناشر دار النهضة العربية.  
٦٦. \_\_\_\_\_: مذكرات في إجراءات التقاضي أمام القضاء  
المدني. طبعة ١٩٨٧ - ١٩٨٨ بدون اسم ناشر.

#### ٢- مراجع باللغات الأجنبية:

#### أولاً: مراجع باللغة الإنجليزية:

1. Beth Walston - Dunham; Introduction to law, third Edition.
2. Mulla; the code of civil Procedure Being act of 1980.
3. Odgers; Principles of Pleading and Practice in Civil Actions in the High court of Justice (Eighteenth Edition, London 1963.
4. R. M. Jackson; the incidence of jury during the past century 1937.
5. Robin C. A. White; the English legal system in action. The Administration of justice. 3<sup>rd</sup> Edition Oxford.
6. Smith and Bailey; on the modern English legal system. Third Edition. Sweet and Maxwell.
7. Talue, Michael; what is an expert witness? The expert Instute retrieved 14 January 2013.

#### ثانياً: مراجع باللغة الفرنسية:

1. A. Roger; Défense de l' echevinage: l' exemple des tribunaux mixtes de commerce. J.C.P. 1996.
2. B. sur; Histoire des avocats en Francne. Dalloz 1998.

3. B. U. R; Histoire des avocates en France. 1988.
4. Benabent; Avocats: premières vues sur la nouvelle profession; J. C. P. 1991.
5. D. Dambra; l' objet de la fonction juridictionnelle L.G.D.J. 1994.
6. Daucé; l' avocat dans la littérature française. Thèse. Lettres. Rennes. 1947.
7. David Servenay; Efficacité et qualité de la justice 2008.
8. F. Rigaux; la nature du contrôle de la cour de cassation, Bruxelles. Thèse 1960.
9. G. Bolard et G. Flecheux; L' avocat; le juge et le droit. Dalloz 1995.
10. G. Bolard; les principes directeurs du procès de droit positif depuis Henri Molulsky. J.C.P. 1993.
11. Gérard Cornu et Jean Foyer; Procédure Civile. press Universitaires de France.
12. Gérard Couchez; Procédure Civile. 10<sup>e</sup> édition. Sirey.
13. Giverdon; le droit commercial; Droit des commerçants J. C. P. 1949.
14. Glasson; Tissier et morel; Traité élémentaire de procédure civile. 2<sup>ém</sup> éd.
15. J. M. Baudoin; le juge unique, Rev. Trim. Dr. Civ. 1992.
16. Jean Larguier; procédure civile. Droit judiciaire privé douzième édition – mémentos Dalloz.
17. Jean Vincent et Serge Guinchard; Procédure civile. 22<sup>e</sup> édition. Précis Dalloz.
18. M. Olivier; mesures d' instruction confiées à un technicien, répertoire de procédure civile 2<sup>e</sup> édition. Mise à jour 1993. Tome II. Dalloz.
19. Moury; de quelques aspects de l'evolution de la juridiction. Mélanges perrot.

20. Normand; les droits de la défense devant les juridictions du travail; Semaine Sociale, lamy, suppl. No. 410. mai 1988. D.
21. P. Kayser; le principe de la justice dans le procédure civile; mélanges Hebraud.
22. Perrot; Institutions judiciaire; 7<sup>é</sup> éd.
23. Perrot; le rôle du juge dans la société moderne caz. pal. 1977.
24. R. Martin; principes directeurs du procès. J. class. Pr. Civil.
25. R. Perrot; le juge unique en droit francais. Rev. Intern. Dr. Comp. 1977.
26. René Morél; Traité élémentaire de Procédure Civile Deuxième Edition.
27. Sandrine Roure; l' élargissement du principe de publicité des débats judiciaires; une judiciarisation du débat public. Revue française de droit constitutionnel. 2006.
28. Serge Guinchard et André varinard et Thierry Debard. Instiutions Juridictionnelles 10<sup>é</sup> éd. Sept. 2009.
29. Tomsin; Essai sur l' autorité de la chose jugée en matière civile; L.G.D.J. 1975.
30. Travaux 9<sup>e</sup> colloque des I. E. J. Nice 1974 Publié 1975.
31. Wiederkchr; "qu' est – ce qu' un juge? Mélanges Perrot.

## الفهرس

الصفحة	الموضوع
٣٩٣	مقدمة
٤٠٤	خطة الدراسة
٤٠٦	تقسيم الدراسة
٤٠٨	الفصل الأول
	العمل القضائى بين القاضى وأعوانه
٤١٠	المبحث الأول: مزاولة القاضى لعمله القضائى وحاجته للأعوان
٤١٦	المطلب الأول: مساعدة المحامى للقاضى فى تحقيق العدالة والتمثيل الفنى للخصوم
٤١٩	المطلب الثانى: كتبة المحاكم كأعوان للقاضى والمتقاضين
٤٣٥	المطلب الثالث: المحضرون من أعوان القضاة
٤٥٤	المبحث الثانى: دور المترجمين فى معاونة القاضى وتيسير الأداء الأمثل لعدالة القضاء
٤٥٦	المطلب الأول: دواعى الاحتياج للمترجم فى ظل مبدأ "اللغة العربية هى اللغة الرسمية للمحاكم"
٤٦١	المطلب الثانى: الطبيعة القانونية للمترجم "المترجم أحد موظفى المحكمة.
٤٦٨	المبحث الثالث: الخبراء كعون من أعوان القضاة والخصوم
٤٧٢	المطلب الأول: رأى الاستشارى للخبير يبرر صفته كعون للقاضى
٤٨٠	المطلب الثانى: علاقة الخبير بالقاضى والخصوم
٤٨٣	المطلب الثالث: استعانة القاضى بالخبير تأكيد لقاعدة "القاضى لا يقضى بعلمه الشخصى"
٤٩٠	المطلب الرابع: توسع المشرع الفرنسى فى إمكانية لجوء القاضى الى الخبير

الصفحة	الموضوع
٤٩٣	المطلب الخامس: عدم تأثر نظام القاضى الفرد أو جماعية القضاة فى الاستعانة بالخبير
٤٩٧	المطلب السادس: مدى تأثير تكوين الدوائر القضائية بقضاة من الهيئة القضائية وقضاة من خارجها بالاستعانة بالخبراء
٥٠٢	المطلب السابع: موقف قانون المرافعات الإنجليزى من الخبير كعون من أعوان القضاة
٥٠٧	المطلب الثامن: تنظيم قواعد الخبرة فى إنجلترا بموجب قواعد اللورد وولف Lord Woolf لعام ١٩٩٥ .
	<b>الفصل الثانى</b>
٥١١	<b>التنظيم القانونى للمحاكم بين أداء القاضى لعمله ومباشرة أعوانه لمهامهم</b>
٥١٩	المبحث الأول: علاقة القاضى وأعوانه بموضوع القضية
٥٢٩	المطلب الأول: ارتباط عمل معاونى القضاة بالعمل فى المحاكم المطلب الثانى: قلم الكتاب ومعاونو القضاة بين محكمة النقض
٥٣٢	ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والجزئية فى النظام الإجرائى المصرى
٥٣٢	أولاً: محكمة النقض المصرية ودور قلم الكتاب فيها
٥٣٩	ثانياً: المحاكم الجزئية
٥٤٥	ثالثاً: المحاكم الابتدائية
٥٤٩	رابعاً: محاكم الاستئناف
٥٥٤	المطلب الثالث: المحاكم الفرنسية ودور معاونى القضاة فيها
٥٥٦	الفرع الأول: المحاكم المدنية العادية فى النظام الإجرائى الفرنسى
٥٥٦	أولاً: المحاكم الكلية فى فرنسا

الصفحة	الموضوع
٥٥٩	ثانياً: محاكم الاستئناف الفرنسية
٥٦١	الفرع الثاني: المحاكم المدنية المتخصصة في فرنسا
٥٦١	أولاً: المحاكم التجارية
٥٦٤	ثانياً: محاكم المجالس العمالية
٥٦٧	ثالثاً: محاكم الضمان الاجتماعي
٥٦٩	رابعاً: محاكم الإيجارات الفرنسية
٥٦٩	خامساً: محكمة النقض الفرنسية
٥٧٢	المبحث الثاني: أعوان القضاء في النظام الإجرائي الفرنسي
٥٧٤	المطلب الأول: طوائف معاوني القضاة في المحاكم الفرنسية
٥٧٩	المطلب الثاني: الكتاب كمعاونين للقضاة في المحاكم الفرنسية
٥٨٥	المطلب الثالث: المحضرين كمعاونين للقضاة في المحاكم الفرنسية
٥٩٣	المطلب الرابع: مساعداو القضاة والقائمون بتوفيق الأوضاع
٥٩٦	• استحداث المشرع المصري نظام توفيق الأوضاع في المنازعات مع الأشخاص الاعتبارية عامة نتيجة للتأثر بتبنى المشرع الفرنسي للنظام والتوسع فيه بموجب قانون ١٣ ديسمبر ١٩٩٦
٦٠١	المطلب الخامس: الأمور القضائية ووكلاء الدعاوى
٦٠٤	خاتمة البحث
٦١١	التوصيات
٦١٤	قائمة المراجع
٦١٤	١- مراجع باللغة العربية
٦١٩	٢- مراجع باللغات الأجنبية
٦١٩	أولاً: مراجع باللغة الإنجليزية
٦١٩	ثانياً: مراجع باللغة الفرنسية
٦٢٢	الفهرس

---

---

## القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين

---

---

دكتور/ علي أبو عطية هيكل



## القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين

دكتور / على أبو عطية هيكل

أستاذ قانون الإجراءات المدنية

والتجارية المساعد كلية القانون جامعة صحار

سلطنة عمان

بسم الله الرحمن الرحيم

### مقدمة

#### ١- أهمية الإثبات وماهيته:

الإثبات ليس ركناً من أركان الحق. فالحق يوجد بقوة القانون متى توافرت الشروط اللازمة لنشوئه، وبغض النظر عن وسيلة إثباته، غير أنه من الناحية العملية لا مبالغة في أن الحق مجرداً من دليله، يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء<sup>(١)</sup>. لذلك يعتبر الإثبات أداة ضرورية ووسيلة عملية، دفعت التشريعات وأنظمة التحكيم إلى تنظيم قواعده، وإن تباينت فيما بينها في أسس هذا التنظيم<sup>(٢)</sup>.

(١) ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني قبل الغائها بقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ "أن الحق يتجرد من قيمته ما لم يتم الدليل على الحادث المبدى له، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً. والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه".

(٢) ويظهر تباين الشرائع في أن بعضها أدرج قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية معاً في تقنين واحد خاص بالإثبات، وهو منهج التشريعات الانجلوسكسونية، مثل القانون الانجليزي والأمريكي. بينما ذهبت تشريعات أخرى مثل القانون الألماني والسويسري إلى دمج قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية جميعاً في تقنين المرافعات على النقيض تذهب أكثر التشريعات اللاتينية إلى إلحاق القواعد الموضوعية للإثبات بالقانون المدني، والقواعد الشكلية بقانون المرافعات، وهو مسلك القانون الفرنسي والإيطالي، وكان مسلك القانون =

والإثبات كأداة ضرورية تعول عليها هيئة التحكيم فى التحقق من الوقائع القانونية. ووسيلة عملية يعتمد عليها الأطراف فى صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع، حتى أنه ليصح القول بأن كل نظام قانونى وكل تنظيم قضائى أو تحكيمى يقتضى حتماً وجود نظام للإثبات. والواقع أن جميع التشريعات المنظمة للتحكيم وأنظمة التحكيم المعاصرة نزلت على حكم هذه الضرورة وتلك الوسيلة وعتت بالإثبات.

والخصومة التحكيمية كمجموعة من الإجراءات التحكيمية المتتابعة التى يساهم فيها أطراف التحكيم وممثليهم، وهيئة التحكيم وأعاونها بغرض الحصول على حكم فى الموضوع. تلك الخصومة تمر بمراحل تبدأ بالطلب التحكيمى، مروراً بمرحلة الإثبات، والمرافعة، ووصولاً إلى الحكم فى الموضوع. ولا شك أن أهم هذه المراحل وأخطرها، مرحلة الإثبات، حيث يتبارى كل خصم فى تقديم الأدلة التى تبرهن صدق دعواه، ودحض أدلة خصمه تحت رقابة وتقدير هيئة التحكيم، ومن ثم فهذه المرحلة تستلزم بالضرورة نشاط من الخصوم وممثليهم، وهيئة التحكيم وأعاونها.

ونشاط الخصم - محتكم أو محتكم ضده - يتمثل فى سعيه جاهداً لإثبات أحقيته فيما يدعيه ودحض أدلة خصمه بتقديم كافة الأدلة لإثبات دعواه، ودحض أدلة الخصم الآخر أو إلزامه بتقديم مستند تحت يده. أما الهيئة فهى تسعى لكشف الحقيقة الموضوعية، فغايتها هى بلوغ العدالة عن طريق أعمال قناعة أعضائها وتقديرها للوقائع المدعاة، ولقيامها بهذا

---

=المصرى قبل إصدار قانون الإثبات ٢٥ لسنة ١٩٦٨، أما فى ظل هذا القانون قد تبنى المشرع المصرى مذهب التشريعات الانجلوسكسونية الذى اشتمل على قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية معاً أنظر فى تفصيل ذلك: د. عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الثانى - الإثبات - دار النهضة العربية ١٩٨٢ ص ٢٤. وما بعدها بند ١٢. د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية - الجزء الأول - عالم الكتب - بدون تاريخ نشر ص ٢٩ وما بعدها بند ١٠.

الواجب اقتضى الأمر تزويدها بالمكناات والرخص التي تتمكن من خلالها الكشف عن الحقيقة وتحقيق العدالة.

والإثبات بمعناه القانوني<sup>(١)</sup> هو إقامة البرهان على حقيقة واقعة يؤكدتها في الخصومة أحد طرفيها وينكرها الطرف الآخر<sup>(٢)</sup> مع تمكين كل خصم من الحصول على الدليل من خصمه<sup>(٣)</sup> أو من الغير<sup>(٤)</sup>. ومن ثم يكون الإثبات<sup>(٥)</sup> هو سلاح الخصوم في معركة الخصومة التحكيمية، وهو في جوهره إقناع للهيئة بإدعاء أو بآخر من جانب هذا الخصم أو ذاك، وقد نظم

(١) والإثبات لغة هو تأكيد الحق بالدليل أو الحجة ويقال لا أحكم بكذا إلا يثبت بفتح الياء أي بحجة؛ وأثبت الحق أي أقام حجته، وأثبت حجته أي أقامها ووضحها. والإثبات مشتق من فعل ثبت بمعنى استقر ويقال ثبت الشيء أي أثبته، وثبت فلاناً أي مكثه من الثبات عند الشدة، وفي الكتاب العزيز قوله تعالى "يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت" والتثبيت أي الحجة، والمثبت أي كلام مثبت غير منفي المعجم الوسيط ج ١، باب الثاء، ص ٩٣، الأمام محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، باب الثاء، ص ٣٥.

(٢) "La Preuve est la demonstration de la vérité d'un fait qui est affirmé dans une instance par L'unve des Parties et qui est nié Par L'autre" Vincent et Guinchord: Procédure civile 23 éd entièrement refondu Dalloz 1994. p. 612. N. 994.

(٣) اعترفت التشريعات المختلفة للمحكم بدور إيجابي في إدارة عملية الإثبات، ونص العديد منها صراحة على ولاية المحكمة في إصدار أمر لأحد الخصوم بإبراز دليل في حوزته لصالح الخصم الآخر فنصت المادة ٧٨٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه "إذا وجد في حيازة أحد الخصوم دليل ما جاز للمحكمين أمره بإبرازه" والمادة ١/٢٨ من مجلة التحكيم الفرنسية، المادة ٣/١٤٦٧ مرافعات فرنسي. أنظر فيما يلي بند ٧٤.

(٤) نظراً لأن التشريعات وأنظمة التحكيم المقارن لم تصل بعد إلى الدرجة التي تعترف فيها للمحكم بسلطة الأمر بإدخال الغير لتقديم ما تحت يده من أدلة، لهذا عهدت بهذه المهمة إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع تتولاها إما بناءً على طلب أحد الخصوم بموافقة هيئة التحكيم، وأما من تلقاء نفس الهيئة أنظر فيما يلي بند ٧٦.

(٥) د. أحمد مسلم: أصول المرافعات ١٩٦٩ دار الفكر العربي ص ٥٨٩، ٥٩٠ بند ٥٥٢.

القانون سلاح الإقناع هذا - وكما سنرى - تنظيمياً فيه قيود وفيه حرية سواء بالنسبة لهيئة التحكيم أو الخصوم<sup>(١)</sup>.

ويهدف الإثبات إلى اقتناع المحكم أو هيئة التحكيم بصحة الواقعة التي يرد عليها، ويتحقق هذا الهدف إذا توافرت لدى المحكم عناصر اقناع كافية بصحة الواقعة، ويختلف الإثبات على هذا النحو - الإثبات القانوني - عن الإثبات في معناه التاريخي أو العلمي اللذين يتمتع فيهما الباحث بحرية كاملة<sup>(٢)</sup>. حين لا يعتمد المحكم في تكوين اقتناعه إلا على ما يقدم في الدعوى بالطرق التي رسمها القانون الذي اختاره الأطراف أو فوضوا في اختياره لهيئة التحكيم<sup>(٣)</sup> وإن كان الإثبات القانوني يتفق مع الإثبات التاريخي في أنه لا يؤدي إلى يقين كامل<sup>(٤)</sup>.

ويجرى الإثبات أمام هيئة التحكيم، كما يجرى أمام محاكم الدولة، ويكون الإثبات بأدلة الإثبات المقررة قانوناً بالنسبة للواقعة المراد إثباتها، بالنظر إلى قوة كل دليل وأهميته في تكوين اقتناعها<sup>(٥)</sup>، وعلى من يدعى

- (١) أنظر فيما يلي بند ١٩ وما بعده.
- (٢) أنظر في الفروق بين الإثبات القانوني والإثبات التاريخي والإثبات العلمي. د. السنهوري: المرجع السابق ص ٢٠ وما بعدها بند ١١.
- (٣) أنظر فيما يلي بند ٧ وما بعده.
- (٤) د. محمود جمال الدين زكي: المبادئ العامة في نظرية الإثبات. مطبعة جامعة القاهرة ٢٠٠١ ص ١٠، ١١ بند ١.
- (٥) د. فتحي والي: قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق. الطبعة الأولى ٢٠٠٧ منشأة المعارف ص ٣٥٨ بند ١٩٥. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية: الجزء الأول ١٩٩٨ الطبعة الأولى بدون ناشر ص ٦٨٢ بند ٤٦٨. د. نبيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية دار الجامعة الجديد. الطبعة الثانية ٢٠٠٥ ص ١٩٣ بند ١٦١. د. عزمي عبد الفتاح: التحكيم في القانون الكويتي. مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٥ ص ٢٨٣. د. عاشور مبروك: النظام الإجرائي لخصومة التحكيم الطبعة الأولى بدون ناشر سنة طبع ص ٢٨٣ بند ١٦٦. د. عاطف محمد الفقي: التحكيم في المنازعات البحرية ٢٠٠٧ دار النهضة العربية ص ٤٣٠. د. علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن ١٩٩٦ دار النهضة العربية ص ٣٧٣ بند ٣٧٨. د. رضا السيد عبد الحميد: =

واقعة عليه عبء إثباتها<sup>(١)</sup> فمن يتمسك من الطرفين بواقعة من مصلحته الاستناد إليها يتحمل عبء إثباتها سواء كان محتكم أم محتكم ضده. على أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام، فيمكن للطرفين الاتفاق على نقل عبء الإثبات من إحداهما على الآخر، فإذا لم يثبت أحد الطرفين الواقعة، فلا يجوز لهيئة التحكيم الاستناد إليها في حكمها ولو كان - حسب علم أعضائهما الخاص - متأكداً من ثبوتها<sup>(٢)</sup>.

ولهيئة التحكيم أن تتخذ إجراءات الإثبات المختلفة من تلقاء نفسها<sup>(٣)</sup> أو بناء على طلب أحد الخصوم، وذلك بحكم تصدره بإجرائها فلها أن

---

=مسائل في التحكيم دار النهضة العربية ص ٤٧ وما بعدها. د. عبد الحميد الأحلب: إجراءات المحاكمة التحكيمية وقواعد الإثبات في القوانين المدنية مجلة الدراسات القانونية جامعة بيروت العدد الثاني المجلد الثاني يناير ١٩٩٩ ص ٩٩. د. أحمد هندي: المشكلات العملية نظام المرافعات الشرعية في نظام التحكيم السعودي ٢٠٠٨ دار الجامعة الجديدة ص ١٤٢ وما بعدها بند ٢١ - التحكيم دراسة اجرائية ٢٠١٣ دار الجامعة الجديدة ص ٥٠ بند ١٣، د. عبد القصاص: قانون التحكيم، الطبعة الأولى بدون ناشر ٢٠١٥ ص ٣١١ بند ١٠٥. د. على اسماعيل غازي: موسوعة المحكم في التحكيم ٢٠١٥ دار الفتح ص ٣٥٤.

PERROT: L'administration de la Preuve en matiere d'arbitrage Rev. arb. 1974. 159.

MOREAU: L'intervention du Tribunal au Cours de la Procédure arbitrale en droit Français et droit Compare. Rev. arb 1978. p. 336.

VINCENT et GUINCHARD: op. cit. p. 972 ets N 1653.

CADIET: droit judiciaire prive. Litec 1992. p 89. N.

1531. Paris. 22 sept. 1994. Rev. Arb. 1994. p. 495. Coss.

Civ. 30 Nov. 1978. Rev. Arb. 1979. p. 343.

(١) حيث نصت المادة ١/٢٧ من قواعد اليونسترال على أنه "يقع على كل من الطرفين عبء إثبات الوقائع التي يستند إليها في تأييد دعواه أو دفاعه" والمادة ١/٢٤ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي.

(٢) د. فتحي والي: قانون القضاء المدني ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص ٥٠٥ بند ٢٩١.

(٣) قارن حيث كان السائد قديماً لا يملك المحكم اتخاذ إجراءات الإثبات من تلقاء نفسه على أساس أنه قاض خاص، ينبغي أن يقف من النزاع والخصوم موقف محايد، فلا يقضى بناءً على دليل أو إجراء لم يطلبه الخصوم. د. عزمى عبد الفتاح: المرجع السابق: الإشارة السابقة.

تجتمع في أى مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات الإثبات كسماع الخصوم أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك تطبيقاً للمادة ٢٨ تحكيم مصرى.

٢- ويرد الإثبات على الوقائع لا القانون، ومهمة هيئة التحكيم تطبيق القانون على الواقعة التى يتم الدليل عليها أمامها، بالطرق الجائزة لتستخلص أثرها القانونى، وتقضى فى الخصومة وفقاً له. فالقاعدة القانونية ليست محلاً للإثبات.

وإذا كان الفرض<sup>(١)</sup> هو علم القاضى بالقانون، فإن هذا الافتراض لا يوجد بالنسبة للمحكم خاصة إذا كان من غير رجال القانون. ولذا يحسن أن يشير الخصم الذى يستند إلى قاعدة قانونية إلى هذه القاعدة، وإلى تفسيرها ونطاقها على الوقائع التى أثبتها، وللمحكم أن يطلب من الطرف إقامة الدليل على وجود هذه القاعدة سواء كان مصدرها قانون وطنى أم أجنبى، كما أن له أن يطلب منه إقامة الدليل على وجود عرف أو عادة معينة تمسك بها، على أن ما يجب ملاحظته أن إقامة الدليل على وجود قاعدة قانونية لا يعتبر إثباتاً بالمعنى القانونى، فالدليل الذى يقدمه الخصم ليس له سوى قيمة إعلامية يخضع لتقدير هيئة التحكيم.

ويجب أن يتوافر فى الواقعة محل الإثبات عدة شروط، بعضها يقتضيه نظام الإثبات التحكىمى، هى أن تكون الواقعة متنازعاً فيها، وأن تكون محددة، والآخر يستلزمه القانون، أن تكون الواقعة منتجة فى الدعوى، وجائزة الإثبات غير مستحيلة.<sup>(٢)</sup>

(١) د. فتحي والى: التحكيم: ص ٣٥٨ وما بعدها بند ١٩٥. د. عزمى عبدالفتاح: أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى ١٩٩١، دار النهضة العربية، ص ١٦١ وما بعدها.

(٢) Cass. Soc. 23 mai 1953. R.T.D.Civ. 1953, P. 735 abs. Hébraud. وما يجدر ملاحظته أنه قد يتمتع الأطراف بالإعفاء من إدعاء الواقعة فى بعض الأحيان. فقد يستعمل الأطراف أفكاراً قانونية عامة لوصف الحالة المعروضة، ومثال ذلك عقد البيع، عقد الإيجار، عقد المقاوله ... الخ. كما قد يعفى =

فيجب أن تكون الواقعة متنازع فيها<sup>(١)</sup> فإذا خلت من النزاع لا تكون محلاً للإثبات، ويجب على المحكم اعتبارها ثابتة، ولا يجوز له مهما كان شعوره أو اعتقاده أن يجعل ثبوتها محل تقدير من جانبه. ذلك أن الإثبات أمام هيئة التحكيم، معناه دفع أعضائها إلى الإقناع بوجود أو بصفة واقعة متنازع فيها. فالواقعة المعترف بها أو الثابتة لا يجوز المطالبة بإثباتها<sup>(٢)</sup>. فالمنازعة هي المقدمة الضرورية للإثبات<sup>(٣)</sup> وتظهر هذه الحقيقة واضحة إذا اقتضى الإثبات إجراء تحقيق أو ندب خبير، فلا يجوز للمحكم حينئذ الالتجاء إلى هذا الإجراء أو ذاك إلا بظهور منازعة في بعض الوقائع، فوجود منازعة هي التي عليها يتحدد محل الإثبات.

---

=القانون صراحة أو ضمناً من إدعاء الواقعة فمثلاً لا يلزم إدعاء حُسن النية، لأن ذلك مفترض دائماً تطبيقاً للمادة ٢٢٧٤ مدنى فرسى.

انظر T. Le BARS; La Théorie du Fait Constant. J.C.P. 1999-1-178. (١) د. سليمان مرقس: ص ٦٨ بند ١٩. د. محمود جمال الدين: ص ١١٩ وما بعدها بند ٣. د. أحمد هندي: الوسيط في المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٣٤.

NORMAND: le juge et le Litige. Thé. L. G. D. i. 1965. p. 303. N 288.

(٢) ويكفى لاعتبار الواقعة ثابتة، ولا يجوز تكليف المدعى بإقامة الدليل عليها، عدم المنازعة فيها، ولا يستلزم إقرار المدعى عليه أو اعترافه بها، بل يكفى سكوته.

NORMAND. Op. cit. ,P. 305. N 289.

وقضى تطبيقاً لذلك، بأنه إذا كان من الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات أن تكون الواقعة المراد إثباتها متنازعا فيها، فإن كانت مسلماً بها من الخصم الآخر، فتنتفى الغاية من إثباتها، إلا أنه ينبغي أن يكون هذا الاعتراض قاطعاً وصریحاً وشاملاً وغير مخالفاً للنظام العام، بحيث يمحو كل حاجة أو فائدة من وراء الإثبات. نقض مدنى ١٩٧٧/١/١٢ فى الطعن رقم ٤٣/٣٧٥ من غير منشور مشار إليه لدى د. سليمان مرقس: ص ٦٩.

(٣) د. محمود جمال الدين: ص ١٢١ بند ٢٣.

ويجب أن تكون الواقعة محددة<sup>(١)</sup> لأن الواقعة غير المحددة تبقى بطبيعة الحال مجهلة، وتجهيلها يجعلها غير قابلة للإثبات، لأن الإثبات اقناع، والإقناع لا يرد على أمر مبهم أو ليست له حدود، ويجب أن يكون تحديد الواقعة كافياً حتى يمكن التحقيق من أن الدليل الذى سيقدم يتعلق بها لا بغيرها، فإذا كان محل الإثبات عقد وجب بيان نوعه وتعيين محله، كان يذكر مثلاً أنه عقد شحن، ونوع الشحنة وتعيين تاريخ الشحن ... الخ. والواقعة المطلوب إثباتها، إما أن تكون إيجابية، أى أمراً وجودياً، كما فى المثال السابق، وأما أن تكون سلبية، أى نفياً لأمر وجودى، كنفى التقصير فى الالتزام بالمحافظة على الشحنة، والواقعة الإيجابية يمكن إثباتها من طريق مباشر، إثبات حصول التعاقد، والواقعة السلبية المحددة يمكن إثباتها من طريق إثبات أمر وجود منافي لها<sup>(٢)</sup> فإذا أراد الناقل أن يثبت أنه لم يقصر فى المحافظة على الشحنة أمكنه ذلك بإقامة الدليل على أنه قام بكل ما يفرضه عليه واجب النقل، وأنه اتخذ فى ذلك كل الاحتياطات اللازمة.

ويجب أن تكون الواقعة منتجة فى الدعوى<sup>(٣)</sup> فلا يكفي أن تكون الواقعة المراد إثباتها متصلة بموضوع الدعوى، بل يجب أن يكون من شأنها - لو ثبت - أن تساهم فى تكوين إقناع المحكم لمنح الحماية القضائية التحكيمية المطلوبة. فالواقعة المنتجة هى الواقعة التى يؤدى إثباتها إلى قيام الأثر القانونى المدعى به، ولهذا فإنه لا يقبل إثبات أن حارس الشئ لم يرتكب خطأ، إذ مسئولية الحارس تثبت ولو لم يثبت أى خطأ منه.

(١) د. السنهورى: ص ٧٩ بند ٤٠. د. سليمان مرقس: ص ٦٤ بند ١٧. د. محمود جمال الدين: ص ١٢٥ بند ٢٤. د. أحمد هندى، المرجع السابق، الإشارة السابقة.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/٢/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٣٩٨.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٥٩ بند ١٩٥. د. السنهورى: ص ٨٥ بند ٤٣.

د. سليمان مرقس ص ٧٠ بند ٢١. د. محمود جمال الدين: ص ١٣٠ بند ٢٥.

د. أحمد هندى: المرجع السابق، ص ٢٣٦ بند ١٥٢.



وأخيراً، يجب أن تكون الواقعة جائزة الإثبات، أى أن القانون لا يمنع إثباتها، والمنع إما أن يكون لسبب يتعلق بالنظام العام أو الآداب، كمنع إثبات دين قمار. وإما أن يكون لسبب اقتضته ضرورة الصياغة الفنية، كما فى القرائن القانونية القاطعة، والقواعد الموضوعية المبنية على الغالب فى الأحوال، فلا يجوز مثلاً إثبات عدم صحة حكم قضائى لمخالفة ذلك لحجية الأمر المقضى<sup>(١)</sup>.

ولا يكفى أن تكون الواقعة جائزة الإثبات فحسب، بل يجب أن تكون جائزة الإثبات بالدليل المطلوب تقديمه، وفقاً لنظام الإثبات الواجب التطبيق، ولهذا فإنه لا يقبل سماع شاهد الإثبات واقعة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة<sup>(٢)</sup> ولا يقبل توجيه اليمين المتممة إذا انعدم الدليل أو وجد دليل كامل فى الدعوى.

### ٣- موضوع الدراسة واختيارنا لها:

استقر الفقه الراجح<sup>(٣)</sup> فى مجال الإثبات على التفرقة بين ما هو من قبيل القواعد الإجرائية بالمعنى الدقيق، وما هو من قبيل القواعد الموضوعية. والقواعد الإجرائية هى تلك القواعد المتعلقة بتقديم الأدلة وتحقيقها أمام هيئة التحكيم. أما القواعد الموضوعية، هى القواعد المتصلة بعبء الإثبات ومحل وقبول الدليل وقوته فى الإثبات، وهى قواعد موضوعية لاتصالها الوثيق بالحق على نحو يتوقف عليها الاعتراف به لصاحبه، وتمكنه من التمتع به بهدوء وطمأنينة، ودراستنا سوف تقتصر على القواعد الإجرائية دون الموضوعية، لأن الأخيرة موطن دراستها القانون المدنى.

(١) د. سليمان مرقس: ص ٧١ بند ٢٢. د. السنهورى: ص ٧٦ وما بعدها بند ٤٤.

(٢) د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٨٤ بند ٤٧١ وقرن د. فتحى والى قانون القضاء المدنى: ص ٥٠١ بند ٢٨٩ حيث يرى سيادته أن قواعد الإثبات أياً كانت ذات طبيعة واحدة وهى جزء لا يتجزأ من قانون القضاء المدنى وهى جميعها قواعد إجرائية متعلقة بالخصومة.

واختيارنا لهذه الدراسة ، فضلاً عن كون القواعد الإجرائية للإثبات تمثل أهم مراحل الخصومة التحكيمية ، وهى مرحلة الإثبات ، والتي فى حاجة إلى دراسة وعناية ، فسوف تكشف هذه الدراسة عن تطور دور المحكم فى نطاق الخصومة التحكيمية ، خاصة فى مرحلة الإثبات ، كما أن القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين تفتقر فى عموميتها إلى دراسة خاصة تبين أصولها وتحدد هيكلها فى صعيد دراسة واحدة والتي على حد علمنا تفتقدها المكتبة العربية والأجنبية.

#### ٤ - خطة الدراسة:

دراسة القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين ، نتعرض فيها للأحكام الإجرائية العامة للإثبات ، والقواعد الإجرائية الخاصة بأدلة الإثبات المختلفة أمام المحكمين وذلك فى غضون فصلين تبعاً على النحو التالى:

**الفصل الأول: القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين.**

**الفصل الثانى: القواعد الإجرائية الخاصة بأدلة الإثبات أمام المحكمين.**

#### الفصل الأول

#### القواعد الإجرائية العامة للإثبات أمام المحكمين

#### ٥- تمهيد وتقسيم:

تدور القواعد الإجرائية العامة للإثبات حول سلطة تنظيم إجراءات الإثبات أمام المحكمين ، ودورهم فى الإثبات وما يرد عليه من قيود ، ودور الخصوم فى الإثبات وما يرد عليه من قيود ، والسلطة التى يجرى أمامها الإثبات ، والقواعد الخاصة بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات ، ذلك فى غضون مباحث خمس على النحو التالى:

**المبحث الأول: سلطة تنظيم إجراءات الإثبات.**

**المبحث الثانى: دور المحكمين فى الإثبات وما يرد عليه من قيود.**

**المبحث الثالث: دور الخصوم فى الإثبات وما يرد عليه من قيود.**

**المبحث الرابع: السلطة التى يجرى أمامها الإثبات.**

**المبحث الخامس: القواعد الخاصة بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات**

## المبحث الأول سلطة تنظيم إجراءات الإثبات

٦- تمهيد:

يتميز التحكيم عن قضاء الدولة بأساسه الاتفاقى وصفته وولايته الخاصة<sup>(١)</sup> وأهم ما يميز التحكيم هو السرعة والسرية وضرورة التخفيف من الإجراءات<sup>(٢)</sup>. ولكون التحكيم اتفاقى النشأة، فإن إرادة الأطراف هى التى تختار القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات، ولكن الأطراف قد لا يتفقوا على هذا الاختيار، ويتفقوا على تفويض هيئة التحكيم فى اختيار القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات سواء بصورة كلية أو تكميلية<sup>(٣)</sup> وسلطة هيئة التحكيم فى هذه الحالة هى نفس سلطتها بالنسبة لأى إجراء من إجراءات التحكيم<sup>(٤)</sup>. فئمة قاعدتين، إحداهما أصلية ممثلة فى حرية

(١) أما قضاء الدولة فأساسه نظامى وولايته العامة شاملة لجميع المنازعات. د. نبيل عمر: التحكيم: ص ١٠٥ بند ١٢٠.

(٢) JALLAMION (C) arbitrage et Pouvoir Politique en France du Xvllème au Xixème Sitecle. Rev. arb. 2005. P. 3.

(٣) ومسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية ومنها إجراءات الإثبات، لا تعد مسألة نظرية فحسب، وإنما ذات أهمية عملية وذلك من ناحيتين: الأولى: أن هذا القانون سيكون هو المرجع الذى يزداد الأطراف والمحكمين بمجموعة القواعد القانونية اللازمة لحسم المسائل الإجرائية المتعلقة بالإثبات والتى تثور أثناء خصومة التحكيم كتبادل المستندات، سماع الشهود، الخبرة... الخ. والثانية: أن هناك اختلافات متعددة فيما بين الأنظمة الوطنية فيما يتعلق بالعديد من المسائل الإجرائية، وخاصة مسائل الإثبات، وهو ما يثير التساؤل حول القانون الواجب التطبيق الذى يستعان به بشأنها. د. جمال الكردى: القانون الواجب التطبيق فى دعوى التحكيم دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥ ص ٤٧، ٤٨.

ومن الأمثلة على ذلك: بعض أنظمة التحكيم تستلزم فى حالة الاستعانة بترجم يكون بعد أدائه اليمين أمام هيئة التحكيم مادة ٢/٢٢ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى الدولى. فى حين بعض الأنظمة تكفى فى أن يوقع المترجم فى محضر الجلسة على الأقوال التى نقلها ٢/٢٩ من نظام التحكيم السعودى الجديد رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٢.

(٤) د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٦٣ بند ١٩٩.

الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم إجراءات الإثبات. والثانية احتياطية تتمثل في اختيار هيئة التحكيم للقانون الذي يحكم هذه الإجراءات. في مطلبين متتاليين نتناول ذلك :

**المطلب الأول:** حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم إجراءات الإثبات.

**المطلب الثاني:** اختيار هيئة التحكيم للقانون الذي يحكم إجراءات الإثبات.

### **المطلب الأول** **حرية الأطراف في اختيار القانون** **الذي يحكم إجراءات الإثبات**

٧- اعتمدت التشريعات الحديثة تنظيماً إجرائياً مستقلاً يتوافق وطبيعة نظام التحكيم<sup>(١)</sup> فأعطت للأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم إجراءات الخصومة التحكيمية بكافة مراحلها، ومنها مرحلة الإثبات، سواء بطريق مباشر، أو بتفويضهم للغير، أو وفقاً للقواعد الإجرائية التي تنظمها إحدى لوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة، فنصت المادة ٢٥ تحكيم مصرى على أن "لطرفى التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية

(١) أما التشريعات القديمة، كانت تلزم الخصوم والمحكمون باتباع إجراءات ومواعيد التقاضى والمعمول بها أمام المحاكم فقانون المرافعات المصرى الملغى ٧٧ لسنة ١٩٤٩ فى المادتين ٨٣٤، ٨٣٥، والمادة ١٠٠٩ من قانون المرافعات الفرنسى السابق نصاً على أن يتبع الخصوم والمحكمون إجراءات وقواعد التقاضى المعمول بها أمام المحاكم ما لم يتقف الخصوم على غير ذلك، بهذه النصوص أراد كل من المشرع المصرى والفرنسى - فى ظل التشريع السابق - أن يجعل من خصومة التحكيم صورة مطابقة للخصومة القضائية. أنظر د. علي بركات: ص ٢٦٦ بند ٢٧٠.

وإن كان هناك بعض التشريعات ما زالت تلزم المحكمين باتباع الأوضاع والإجراءات المقررة فى قانون المرافعات إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك المادة ٢٦٥ مرافعات عراقى، المادة ٥٢١ من قانون أصول المحاكمات السورية. أنظر د. عاشور مبروك: ص ١٠٠ حاشية ٤.

مصر العربية أو خارجها" (١) وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي فى المادتين ١٤٦٤، ١/١٥٠٦ مرافعات (٢)، وفقاً للتعديل الجديد بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١. (٣) ومعظم التـشـريعات المعاصرة (٤)

(١) وإن كان المشرع المصرى قد بدأ بهذا التطور فى ظل قانون المرافعات الحالى تطبيقاً للمادة ٥٠٦ الملغاة بقانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتي كانت تنص على أن المحكمين يصدرون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى باب التحكيم ووفقاً لهذا النص كان المحكم معقياً من التقييد بإجراءات المرافعات ما عدا الإجراءات والأوضاع والمواعيد المقررة فى باب التحكيم المواد ٥٠١ - ٥١٣. حيث كانت تقرر ضمانات أساسية للخصوم فى هذا الصدد، وهو ما قبلوا الاتفاق على طرح النزاع على غير المحكمة المنظمة إلا على أساس احترام الأحكام التى تقررها تلك المواد. أنظر فى تفصيل ذلك د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٢٣٧ وما بعدها بند ٩٢.

(٢) فنصت المادة ١٤٦٤ مرافعات بشأن التحكيم الداخلى على أن هيئة التحكيم تحدد الإجراءات الواجبة الاتباع دون تقييد بقواعد وإجراءات التقاضى أمام المحاكم، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وبشأن التحكيم الدولى نصت المادة ١/١٥٠٦ على أن للأطراف حرية تنظيم إجراءات التحكيم بطريق مباشر أو بالإحالة إلى لائحة تحكيم أو لقانون مرافعات معين، وفى الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه فى حالة غياب اتفاق الأطراف فإن هيئة التحكيم تتولى تنظيم تلك الإجراءات بطريق مباشر أو بالإحالة إلى قانون أو لائحة معتبرة. أنظر المراجع المشار إليها ص ٢١ حاشية ١. (٣) الذى صدر ونشر فى ٢٠١١/١/١٣ بالجزيدة الرسمية للجمهورية الفرنسية.

(٤) حيث اعتمدت معظم التشريعات المعاصرة النظام الإجرائى الذى يعطى للأطراف حرية اختيار القانون الذى يحكم إجراءات التحكيم والتي من بينها إجراءات الإثبات. فنصت المادة ١٨١ مرافعات كويتى على أن "يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه فى هذا الباب. ومع ذلك فيجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم" ونصت على نفس الأحكام المادة ٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتى.

والمشرع اللبنانى وضع نصوصاً خاصة للتحكيم الداخلى وأخرى للتحكيم الدولى. فالنسبة للتحكيم الداخلى نصت المادة ٧٧٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية، على تطبيق أصول المحاكمة العادية على التحكيم العادى ما لم يتفق الأطراف على إعفاء هيئة التحكيم منها كلها أو بعضها أو تكون غير متفقة مع أصول التحكيم. كما نصت المادة ٧٧٧ منه على إعفاء المحكم من =

## وأنظمة التحكيم المقارنة<sup>(١)</sup> كما نصت عليه الاتفاقيات

=قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية في حالة التحكيم المطلق - التحكيم بالصلح - أما بالنسبة للتحكيم الدولي فقد نصت المادة ٨١١ على أنه يجوز أن يحدد اتفاقية التحكيم مباشرة أو بالإحالة إلى نظام تحكيم أو إلى قانون معين، الأحكام التي تتبع في الخصومة التحكيمية، فإن لم تنص الاتفاقية = على شيء من ذلك، طبق المحكم، بحسب مقتضى الحال، الأصول التي يراها مناسبة أو مباشرة وإما بالالتجاء إلى قانون معين أو إلى نظام التحكيم، ونص على نفس الأحكام المشرع الليبي في المادة ٧٥٤ مرافعات، والمادة ١/١٦٩٣ من القانون القضائي البلجيكي على أن المحكمين يحددوا قواعد وإجراءات التحكيم ومكانه طالما لم يحددها الخصوم.

وهو ما قرره المادة ٨١٦ مرافعات إيطالي التي تنظم الإجراءات المتعلقة بسير خصومة التحكيم.

Bernadini L'arbitrage en Italie après La récente reforme. Rev. arb. 1994. P. 490.

(١) واعتمدت أغلبية أنظمة التحكيم المقارنة النظام الإجرائي الذي يعطى للأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم الإجراءات ومنها إجراءات الإثبات. فنصت المادة ١٩ من قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن "مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها عند السير في التحكيم" فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق كان لبيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسيير التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة وتشمل السلطة المخولة لبيئة التحكيم على سلطة تقدير جواز قبول الأدلة المقدمة وصفها بالموضوع وجدواها وأهميتها". المادة ١/٢٥ من نظام التحكيم السعودي الجديد.

ROBERT et MOREAN. L'arbitrage droit interne, droit international prive Paris Dalloz 1993. P. 399.

وكذلك المادة ١١ من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس للتحكيم الصادر في يناير ١٩٨٨ على أن "تخضع الإجراءات أمام محكمة التحكيم لهذا النظام وفي حالة إغفاله تخضع سير الإجراءات للقواعد التي يحددها الأطراف ...".

أنظر: ROBERT et MORENAU: op. cit. p. 431.

ونصت على نفس الأحكام المواد ١٧ من قواعد اليونسترال، ١٥ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي، ٢١ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي.

الدولية<sup>(١)</sup> حيث أعطت للأطراف حرية تحديد إجراءات التحكيم ومنها إجراءات الإثبات بما يتوافق وظروف النزاع<sup>(٢)</sup> إذ يمكن للأطراف الاتفاق على إجراءات إثبات بسيطة للأنزعة البسيطة، مما يسمح بانتهاء التحكيم في وقت قصير ونفقات قليلة<sup>(٣)</sup>.

ويقصد بالإجراءات التي نبحت القانون الواجب التطبيق عليها تحديداً إجراءات الإثبات، تداول الأدلة وكيفية تبادلها والرد عليها، أو على الكل كافة وسائل الإثبات اللازمة للفصل في الدعوى، والتي تعد مرحلة من مراحل الخصومة التحكيمية. والطبيعي أن يطبق على هذه المرحلة القانون الإجرائي محل التطبيق على الخصومة بكافة مراحلها، لكن هذا لا يمنع الأطراف من الاتفاق على قانون إجرائي آخر يطبق على مرحلة الإثبات، أو قانون إثبات مستقل عن القانون الإجرائي محل التطبيق على الخصومة التحكيمية، كالإثبات وفقاً لقانون التوقيع الإلكتروني<sup>(٤)</sup> أو الإثبات وفقاً لقانون المرافعات الفرنسي.

(١) وجاءت الاتفاقيات الدولية متضمنة قاعدة حرية اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم الإجراءات، فنصت المادة ٤٤ من اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ على أنه "يتم السير في إجراءات التحكيم طبقاً لأحكام هذا القسم وتبعاً لقواعد التحكيم السارية في يوم الاتفاق على التحكيم ما لم يتفق الأطراف المعنية على خلاف ذلك، وإذا عرضت مسألة تتعلق بإجراءات غير مدرجة في هذا القسم أو في نظام التحكيم أو أي قواعد أخرى يتفق عليها الطرفان، فإن المحكمة هي التي تفصل في أمرها" ووفقاً لهذا النص فقد أعطت الاتفاقيات الأولوية لما اتفق عليه الطرفان بخصوص إجراءات التحكيم بما فيها = إجراءات الإثبات. ونصت على نفس الأحكام المادة التاسعة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في عام ١٩٦١، والمادة ١/٥ من اتفاقية نيويورك المبرمة في عام ١٩٥٨.

(٢) د. علي بركات: ص ٢٦٨ بند ٢٧٢.

MAYER (P): le pouvoir des arbitres de régler le  
procédure. Rev. arb. 1995. p. 163 ets. JALLAMION (C)  
arbitrageet Pouvoir, op.cit. P.5.

(٣) د. فتحي والي: التحكيم ص ٢٩٥ بند ١٥٤.

(٤) د. حسام الدين ناصف: التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية  
= ٢٠٠٥ دار النهضة العربية ص ٣٤.

٨- وللأطراف حرية الإتفاق على إجراءات الإثبات فى نفس مشاركة التحكيم أو فى اتفاق مستقل قبل بدء إجراءات التحكيم أو بعد بدئه، كما يمكن لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء بدعوى مستعجلة لسماع شاهد أو إجراء معاينة قبل ضياع الدليل، وخاصة قبل بدء إجراءات الخصومة التحكيمية. كما يمكن للأطراف الإتفاق على بعض إجراءات الإثبات دون البعض الآخر، ويكون للأطراف فى هذا الشأن حرية كاملة فى تحديد إجراءات الإثبات سواء بطريق مباشر، أو بتفويضهم للغير فى اختيار القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات، كما يمكنهم اختيار هذا القانون وفقاً للقواعد الإجرائية التى تنظمها إحدى لوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة.

فمن ناحية: لأطراف التحكيم الإتفاق بطريقة مباشرة وصرحة على اتباع إجراءات إثبات تخضع لقانون خلاف قانون الإثبات المصرى ٢٥ لسنة ١٩٦٨. كما لو اتفقوا على اتباع إجراءات الإثبات المنصوص عليها فى قانون المرافعات الفرنسى أو قانون التوقيع الإلكترونى ووسائل الإثبات الالكترونية أو الإتفاق على إضافة إجراءات أخرى غير التى ينص عليها القانون الذى يحكم الإجراءات، كالاتفاق على الأخذ بنظام الكشف المتبادل للطرف على مستند الطرف الآخر، أو الأخذ بنظام التبادل الشفهى للمستندات بدلاً من التبادل الكتابى أو العكس بالعكس، أو الأخذ بنظام

---

= وفى تطبيق ذلك تنص المادة ١٤ من قانون التوقيع الإلكترونى المصرى رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ على أن "للتوقيع الإلكترونى فى نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات فى أحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، إذا روعى فى إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها فى هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون" وهو ما أكدته المادة ١٣١٦ / ١ مدنى فرنسى مضافة بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠، حيث أكدت أن الكتابة على دعامة الكترونية تعتبر دليل إثبات شأنها فى ذلك شأن الكتابة على دعامة ورقية، بشرط أن يكون من الممكن تمييز الشخص التى صدرت عنه وأن تعمد وتحفظ فى ظروف تضمن سلامتها".



الشهادة المكتوبة بدلاً من الشفوية تفادياً لمشقة وتكاليف الشهود والأطراف<sup>(١)</sup> أو الاتفاق على سماع الشاهد في المحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ تحكيم مصرى توفيراً للضمانات الإجرائية لعملية الشهادة. أو الاتفاق على انتقال المحكم أو هيئة التحكيم لسماع الشهود في محال إقامتهم تيسيراً لهذا الإجراء تطبيقاً للمادة ٢٨ تحكيم مصرى. أو الاتفاق على أن هيئة التحكيم يمكنها سماع الشهود دون حضور الخصوم، أو على أن يقوم أحد أعضاء الهيئة التحكيمية وحده بسماع الشهود أو بإجراء المعاينة أو باستجواب الخصوم دون باقى أعضاء الهيئة.

وحرية الأطراف في اختيارهم بطريق مباشر على اتباع إجراءات إثبات معينة، لا يقتصر على اختيارهم لإجراءات تخضع لقانون معين، وإنما تتسع هذه الحرية لتشمل اتفاقهم على انتقاء إجراءات إثبات من عدة قوانين تطبيقاً لفكرة إجراءات التحكيم العائم<sup>(٢)</sup> ووفقاً لهذه الفكرة لا تخضع إجراءات التحكيم ومن ثم إجراءات الإثبات لقانون معين، وإنما يتفق الأطراف على عمل "توليفة" أو انتقاء قواعد إجرائية من عدة قوانين وطنية.

(١) د. فتحي والى: التحكيم: ص ٣٦٢، ٣٦٣ بند ١٩٩. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٢٢١ بند ١٤٤، د. عاشور مبروك: ص ١٠٤ وما بعدها بند ٣٤، د. نبيل عمر: التحكيم: ص ١٥٠ بند ١٢٠. د. عزمى عبد الفتاح: قانون التحكيم ص ٢٤١. د. أحمد هندي: التحكيم ص ٥١ بند ١٢. Boissessn: Le droit Français de L'arbitrage Paris 1983 p. 233. Loquin: L'instane arbitrale jur clasc. Fosc. 1063 N° 16 P. 233.

Mayer: Le pouvoir Rev. arb op. cit. 164.  
Fillam - Dufovleur et Leboulanjier: Le Nouveau droit egyptien de L'arbitrage Rev. arb. 1994. p. 665.  
CADIET: op. cit. p. 789. N°1531. CORNU et Foyer: op. cit. p. 749 ets N°195. Paris 2 mai 1973. Rev. arb. 1973. p. 182.  
(٢) ويقصد بإجراءات التحكيم العائم، التحكيم الذى يتحرر فيه الأطراف من كل القواعد الوطنية، حيث تقوم إرادة الأطراف بصياغة أو تقنين القواعد الإجرائية التى تحكم سير المنازعة بشكل مفصل، فيتحرر التحكيم فيما يتعلق بإجراءاته من الخضوع لأى قانون وطنى، ليخضع لقواعد إجرائية من خلق وإنشاء الخصوم أنفسهم. أنظر فى معنى التحكيم العائم وأساسه. د. جمال الكردى ص ٦٣ وما بعدها.

لتحكم إجراءات الإثبات. كأن يتفق الأطراف على أن يتم تبادل المستندات وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون التحكيم المصري مادة ٣٠، وعلى أن تتم الشهادة في صورة بيانات مكتوبة موقعة وفقاً للمادة ٢٥ / ٥ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي، وعلى أن تجرى المعاينة بمعرفة القضاء المستعجل إذا كانت المنازعة التحكيمية لم تبدأ بعد وفقاً للمادة ٤٥ مرافعات مصري<sup>(١)</sup> وعلى أن تجرى الخبرة وفقاً لقانون الإثبات المصري المادة ١٣٥ وما بعدها<sup>(٢)</sup>

واتفاق الأطراف المباشر والصريح على إتباع إجراءات إثبات تخضع لقانون معين، أو لعدة قوانين معينة، لا يمنع من جواز أن يتم هذا الإتفاق ضمناً، كما لو اتفق الأطراف على أن يجري التحكيم في دولة معينة، أو في عدة دول معينة، دون اختيار صريح لإجراءات الإثبات التي يتم الفصل في الخصومة التحكيمية تبعاً لها، فاتفق الخصوم الصريح على أن يجري التحكيم في دولة أو دول معينة، يعنى ضمناً اختيارهم لقانون هذه الدولة أو تلك الدول ليطبق على إجراءات التحكيم، ولا خلاف بأن إجراءات الإثبات من بين تلك الإجراءات التي تم اختيارها ضمناً. ومن ناحية ثانية: تجنباً للاختلاف حول تفصيلات الحطة الإجرائية<sup>(٣)</sup> لمرحلة الإثبات كإحدى مراحل الخصومة التحكيمية، وأن الأطراف غالباً

(١) فالإتفاق على التحكيم لا يمكن أن يشكل عائقاً أمام قاضي الأمور المستعجلة لممارسة اختصاصه. أنظر في تفصيل ذلك:

Cass. Civ. 7 Juin 1979 Bull. civ. 111. N. 122. Paris. 30  
Juill 1986. Rev. arb. 1989. P. 113. Note Pelleriv.

(٢) أنظر فيما يلي بند ١٢٦ وما بعده.

(٣) ويعبر الفقيه "Jenard" بقوله أنه مهما بذلت من مجهودات تشريعية تظل القواعد على درجة من التعقيد إذا ما تصدت لإجراءات التحكيم مقالة بعنوان:

Le reglement d'arbitrage de la Commission des Nation Unis  
Pour le droit international Commercial. Rev. du. Cro. Int. et  
Comp. 1977 p. 201.

مشار إليه لدى هدى عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم ١٩٩٧  
دار النهضة العربية ص ٢٠٤.

لا يتوافر لهما الخبرة القانونية اللازمة لاختيار إجراءات الإثبات المناسبة للفصل في النزاع، فيلجأ إلى الاستعانة بشخص معين باسمه أو بصفته لاختيار إجراءات الإثبات التي يتمسك بها الأطراف، وكذلك القانون الذي تخضع له تلك الإجراءات. كالإتفاق على تعيين عميد كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، أو نقيب المحامين في هذا الخصوص. والغالب<sup>(١)</sup> أن يركز هؤلاء على النواحي الهامة التي تلوح لهما ذات أثر على نتيجة الفصل في النزاع.

ومن ناحية أخيرة: لأطراف التحكيم الحق في إخضاع التحكيم بما فيها إجراءات الإثبات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم داخل مصر، أو خارجها تطبيقاً للمادة ٢٥ تحكيم مصري<sup>(٢)</sup> فيمكن للأطراف الإتفاق على تحكيم يجرى في مصر وفقاً لإجراءات الإثبات المتبعة أمام مركز القاهرة الإقليمي أو وفقاً للإجراءات المتبعة أمام محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، أو وفقاً لإجراءات الإثبات المنصوص عليها في نظام التحكيم السعودي. ويعتبر مجرد الإتفاق صراحة أو ضمناً على إسناد التحكيم إلى مركز تحكيم معين اتفاقاً على اتباع لائحة هذا المركز بما تتضمنه من إجراءات الإثبات<sup>(٣)</sup> وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٤)</sup> بأنه "إذا كان التحكيم المبرم بين طرفي التداعى ... قد أحال إلى القواعد والإجراءات المتبعة في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، فإن هذه القواعد والإجراءات تكون هي الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم بما في ذلك وسائل الإثبات ...".

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة: ص ٢٢٠ بند ٤٤.

(٢) في تطبيق ذلك انظر: الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٩/١/٨ المبادئ القانونية لمحكمة النقض في التحكيم التجاري ٢٠١٤ إعداد إبراهيم عبد الغنى، وائل راضى ص ٩١ قاعدة ٩٣.

(٣) د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي طبعة ١٩٧٣، ١٩٧٤ ص ٢٩٣ بند ٢٠٥.

(٤) استئناف القاهرة أو تجارى ٢٧/٦/٢٠٠٣ في الدعوى رقم ٥١ لسنة ١٢٠ ق تحكيم.

وإذا حدث تعديل فى لائحة منظمة أو مركز تحكيم فى الفترة بين اتفاق التحكيم، وبين بدء إجراءات التحكيم وفقاً لها، فإن تعديلات اللائحة تسرى رغم أنها تمت بعد الاتفاق ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>(١)</sup>. وتظهر أهمية إحالة الأطراف إلى إجراءات الإثبات المعمول بها فى منظمة أو مركز للتحكيم الدائم، فى أن هذه المنظمات أو تلك المراكز لديها لوائح إجرائية خاصة بها تحدد الإجراءات الواجبة الإلتباع بشأن التحكيم وإجراءات الإثبات به، بدءاً من الإعداد لها، ومروراً بالتمسك بها، وانتهاءً بالأمر باتخاذها. أو على الأقل تبين مجموعة أو أخرى من المجموعات الإجرائية الخاصة بالإثبات، والمقبول العمل بها فى مجال العلاقات الدولية بصفة عامة، أو فى مجال العلاقات المتعلقة بتجارة أو صناعة أو نشاط إقتصادى أو آخر بعينه. وهى عادة إجراءات متحررة مما تتطلبه القوانين الوطنية من تشكيلات لا تتلائم مع السرعة والتخفيف من الإجراءات اللذين ينشدهما الإلتجاء إلى التحكيم بصفة عامة<sup>(٢)</sup>.

وإذا اتفق الأطراف - بالنسبة لتحكيم يجرى فى مصر - على اختيار قانون إثبات خلاف قانون الإثبات المصرى، أو على اختيار قانون إجرائى أجنبى أو لائحة إجرائية دولية أو لائحة يتبعها مركز تحكيم مصرى أو أجنبى ليطبق على إجراءات الإثبات اللازمة للفصل فى الخصومة التحكيمية، فإن هذا القانون أو اللائحة هو الذى يسرى على إجراءات الإثبات دون قانون الإثبات المصرى أو قانون التحكيم المصرى<sup>(٣)</sup> وهو ما يعنى عدم تطبيق نصوص قانون التحكيم<sup>(٤)</sup> طوال مرحلة الإثبات. ذلك ما لم يكن هناك نقص فى نصوص القانون أو اللائحة المتفق على تطبيقها،

(١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. د. محسن شفيق: ص ١٧٧ بند ١١٣. Paris 14 Fev. 1985. Rev. arb. 1987. p. 325. Nate Level.

(٢) د. مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال: ص ٢٢٢ وما بعدها بند ١٤٥.

(٣) د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ١٩٨١ ص ٤٠.

ص ١٤٠ وما بعدها مشار إليه لدى د. فتحى والى: ص ٢٩٧.

(٤) قارن د. مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال: ص ٢٢٥ بند ١٤٦.

ف عندئذ يقوم المحكمون بتكتمتها مع مراعاة أحكام قانون التحكيم  
المصرى<sup>(١)</sup>.

٩- وإذا تم الإتفاق بين الأطراف على القانون الذى تخضع له  
إجراءات الإثبات، أو على الإجراءات ذاتها، سواء كان قانون معين، أو  
عدة قوانين وطنية - التحكيم العائم - فعلى هيئة التحكيم احترامه  
والالتزام به<sup>(٢)</sup> شريطة ألا يتضمن إخلالاً بالمبادئ الأساسية فى مجال  
الإجراءات، كمبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ المواجهة، ومبدأ ضمان  
حق الدفاع، وغيرها من المبادئ التى تعد من النظام العام<sup>(٣)</sup> والتى لا يجوز  
للأطراف المساس بها<sup>(٤)</sup>، وإلا وقع الإجراء مخالفاً، فإذا صدرت منهم  
المخالفة، تعين على هيئة التحكيم استبعاد الإجراء المخالف، وإحلال  
مقتضى النظام العام محله، وإلا كان حكمها باطلاً<sup>(٥)</sup> مع مراعاة أن التزام  
هيئة التحكيم بما اتفق عليه الأطراف من إجراءات الإثبات والقانون التى  
تخضع له هذه الإجراءات، لا يمنع هيئة التحكيم من أن تأمر بما تراه لازماً  
من إجراءات الإثبات تكون لازمة للفصل فى الدعوى استعمالاً لسلطتها  
التقديرية<sup>(٦)</sup>.

(١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٢) Loquin: L'instance arbitrale. Jur. Class. Fasc. 1063  
op. cit N. 16.

د. الأنصارى النيدانى: القاضى والوسائل الإلكترونية الحديثة: دار الجامعة  
الجديدة بدون تاريخ نشر ص ٥٥.

(٣) أنظر فيما يلى بند ٢٦.

(٤) فالأطراف لا يجوز لهم الإتفاق على الإثبات بوسيلة لا تقرها القوانين، فطرق  
الإثبات محددة فى القانون على سبيل الحصر، ولا يجوز القياس عليها أو  
الإضافة إليها فمثلاً لا يجوز الإثبات بالفراصة أو بالقرعة أو القسامة أو بالماء أو  
بالرؤيا أو بقراءة الكف أو الفنجان... الخ أنظر فى توضيح ذلك د. الأنصارى  
النيدانى، المرجع السابق ص ٣٢ - ٣٥ والأحكام المشار إليها.

(٥) د. نبيل عمر: ص ١٥٣ بند ١٢٣: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال:  
ص ٦٨٦ بند ٢٧٢.

(٦) أنظر فيما يلى بند ٢٤.

وترتيباً على ما سبق، إذا وضع الأطراف في اتفاقهم سواء في مشاركة التحكيم أو في اتفاق مستقل تنظيمياً إجرائياً، لإجراءات الإثبات اللازمة للفصل في الخصومة التحكيمية، سواء كان هذا التنظيم كلياً، أى شاملاً لكل إجراءات الإثبات، أو جزئياً، أى خاصاً ببعض الإجراءات دون البعض الآخر، وسواء كان القانون الذي تخضع له هذه الإجراءات قانون إثبات، أم قانون إجرائي يحكم إجراءات الإثبات، فإن هيئة التحكيم تتعهد بهذا التنظيم وتلتزم به.

ويتمدد هذا التقيد، وذلك الإلتزام، ليشمل الحالة التي يكفي فيها الأطراف، بالإحالة إلى لائحة مركز تحكيم دائم، في هذه الحالة تندمج نصوص اللائحة المختارة في إتفاق التحكيم وتصبح لها طبيعة تعاقدية<sup>(١)</sup> لأن ما تم اختياره باتفاق الأطراف صراحة أو ضمناً من إجراءات إثبات، وكذا القواعد القانونية التي تحكم تلك الإجراءات تعد بمثابة قواعد اتفاقية تفرض على هيئة التحكيم، وتنفيد بها في حكمها، وإلا تعرض هذا الحكم للبطلان، لعدم التزام الهيئة بمحدود المهمة التي عهد إليها بها وفقاً للمادة ١٤٨٤ / ٣ مرافعات فرنسي أو لبطلان إجراء من إجراءات التحكيم أثر في الحكم تطبيقاً للمادة ١ / ٥٣ تحكيم مصري<sup>(٢)</sup>.

(١) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص ٢٤٢. د. علي بركات: ص ٢٩٧ بند ٣٠٢.

(٢) ولعدم إساءة الخصم في استعمال حقه في طلب بطلان الحكم، حالة مخالفة هيئة التحكيم للتنظيم الإجرائي الذي اتفق عليه الخصوم، فقد تصدى القضاء الفرنسي لهذه المجالات وتوافرت أحكامه على أنه لم يبطل أحكام المحكمين مجرد أن إدعاء أحد الخصوم أن هيئة التحكيم قد خالفت أحد الإجراءات التي كان من الواجب إتباعها، وإنما اشترط للحكم بالبطلان أن تكون المخالفة من الجسامة بحيث تعد إخلالاً بحق الدفاع: د. علي بركات: ص ٢٩٨ وما بعدها من الأحكام المشار له.

Paris 28 Fév 1980 Rev. arb. 1980. p. 538. Paris 3 juin 1980 Rev. arb. 1982 47. Cass. Civ. 30 Sept. 1981 Rev. arb. 1982. P. 431. Cass. Civ. 30 mai 1980 Rev. arb. 1981. 137 Cass. Civ. 17 Juin 1981 Rev. arb. 1985. 458.

## المطلب الثاني اختيار هيئة التحكيم للقانون الذي يحكم إجراءات الإثبات

١٠- قد يصعب على أطراف التحكيم الإتفاق على القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات، أو على القانون الإجرائى بصفة عامة الذى يحكم إجراءات الخصومة التحكيمية، والتى من بينها إجراءات الإثبات، نظراً لرغبة كل طرف فى تطبيق قانون من اختياره وحده، حيث يجهل كل طرف بأحكام قانون الطرف الآخر، وحيث يجعل كلاهما أحكام قانون محايد، وبالتالي فلا يكون أمام الأطراف إلا عدم الإتفاق على القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات، وترك الإختيار لهيئة التحكيم. ففى هذا الفرض وغيره<sup>(١)</sup> تقوم هيئة التحكيم بوضع إجراءات الإثبات اللازمة للفصل فى النزاع، واختيار القانون الذى تخضع له تلك الإجراءات. كما يكون لها عند اتفاق الأطراف على إجراءات إثبات معينة تكمله هذه الإجراءات<sup>(٢)</sup>.

١١- وقد نصت المادة ٢٥ تحكيم مصرى، ٢/٢٥ من نظام التحكيم السعودى وغيرهما من نصوص التشريعات المعاصرة وأنظمة التحكيم المقارنة<sup>(٣)</sup> على أنه "إذا لم يوجد اتفاق من الطرفين على الإجراءات الواجبة الإلتباع، كان لهيئة التحكيم أن تضع الإجراءات التى تراها مناسبة" فلهيئة

(١) ويحدث أيضاً عندما يكون أطراف التحكيم من جنسيات مختلفة، أو العلاقة التحكيمية متعددة الجنسيات، وخاصة عندما يكون أحد الطرفين، طرف ضعيف ينتمى إلى أحد الدول النامية، وطرف قوى ينتمى إلى إحدى الدول المتقدمة، حيث لا يثق الطرف الأول فى سلامة نوايا الطرف الثانى، كما لا يثق الطرف الثانى فى كفاءة قانون الطرف الأول. أنظر فى هذا الافتراضات. د. عاطف الفقى: المرجع السابق ص ٤٨٤ وما بعدها. د. علي بركات: ص ٢٦٨ بند ٢٧٢، ص ٢٩٦ وما بعدها بند ٣٠٢.

(٢) ويساعد على الأخذ بهذا الأسلوب فى الواقع كثرة المعوقات العملية والقانونية التى تواجه الأطراف عند معالجة التفاصيل الخاصة بالمسائل الإجرائية فى التحكيم. د. جمال الكردى: ص ٦٦. وفى تطبيق ذلك أنظر: الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٩/١/٨ مشار إليه سابقاً.

(٣) أنظر فيما سبق حاشية رقم ٣ ص ١٨ وما بعدها.

التحكيم أن تضع الإجراءات التى تراها مناسبة للفصل فى النزاع<sup>(١)</sup>.

على أن سلطة هيئة التحكيم فى هذا الشأن ليست مطلقة، وإنما ينبغى عليها وهى بصدد تأدية هذه المهمة<sup>(٢)</sup> أن تحترم ما ورد عليه النص فى اتفاق التحكيم من اشتراطات تتعلق بإجراءات الإثبات كإحدى إجراءات الخصومة التحكيمية، هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، تلتزم هيئة التحكيم باحترام الضمانات الأساسية لحق التقاضى على اعتبار أن مثل هذه الضمانات من المسائل المرتبطة بفكرة العدالة نفسها. كما تلتزم هيئة التحكيم من ناحية ثالثة وهى بصدد اتخاذها لإجراء من إجراءات الإثبات أو فى تحديدها لتلك الإجراءات أو فى تكملتها، أو فى اختيارها للقانون الذى تخضع له هذه الإجراءات مراعاة أحكام قانون التحكيم المصرى تطبيقاً للمادة ٢٥ تحكيم مصرى.<sup>(٣)</sup>

ولكن عبارة "مع مراعاة أحكام هذا القانون" تثير مشكلة بالنسبة لتحديد مدى سلطة هيئة التحكيم فى اختيارها لتلك الإجراءات - عند عدم اتفاق الأطراف - لم يتفق بشأنها الفقه على رأى موحد<sup>(٤)</sup>.

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٢٢٧ بند ١٤٧. د. حسام الدين ناصف: المرجع السابق ص ٣٩ وما بعدها. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٥٦.

Pobert et Moreau: op. cit. p. 232. N 263.  
MOREAU: Rev. arb. 1978 op. cit p. 330 ets.

(٢) د. علي بركات: ص ٢٦٩ بند ٢٧٣. د. فتحي والى: ص ٣٠٠ بند ١٥٥، ص ٣٦٣

بند ١٩٩. د. نبيل عمر: ص ١٥٢ وما بعدها بند ١٢٢ وما بعده. د. عاشور مبروك: ص ١٠٥ بند ٣٥. د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة.

Fillon - Du FOEUR et LE BOULAN GER: Lenouveau droit égyption. Rev. arb. Op. cit. P. 676.

(٣) وفى تطبيق ذلك انظر: الطعون أرقام ٦٤٨ لسنة ٧٣ق، ٥٧٤٥، ٦٤٦٧ لسنة ٧٥ فى جلسة ١٣/١٢/٢٠٠٥ المبادئ القانونية، ص ٩٠ قاعدة ٨٢.

(٤) د. فتحي والى: ص ٢٩٨ بند ١٥٥.



يرى الفقه الفرنسى<sup>(١)</sup> أن نطاق سلطة هيئة التحكيم فى هذا الشأن هى نفسها السلطة التى للأطراف عند اتفاقهم على هذه الإجراءات. ففى حالة غياب هذا الإتفاق، فإن هيئة التحكيم هى التى تتولى تلك الإجراءات بطريق مباشر أو بالإحالة إلى قانون أو لائحة معينة تطبيقاً لنص المادة ٢ / ١٤٩٤ مرافعات<sup>(٢)</sup> ولهذا الفقه والتشريع أنصار فى الفقه<sup>(٣)</sup> والقضاء المصرى<sup>(٤)</sup> حيث يرى أن لهيئة التحكيم - عند غياب اتفاق الأطراف - أن تقرر إجراءات الإثبات التى تراها مناسبة، فهى ليست ملزمة بإجراءات الإثبات التى ينص عليها قانون الإثبات المصرى، فللهيئة أن تضع إجراءات معينة أو أن تحيل إلى قواعد مركز تحكيم معين، أو إلى قانون وطنى كقانون التحكيم المصرى، أو قانون تحكيم أو إجرائى أجنبى، كما لها أن تقرّر ذلك جملة عند اتصالها بالنزاع، أو أن تضع ما تدعو الحاجة إليه فيها أولاً بأول مع تقدم السير فى نظر النزاع.

ولكن هذا الرأى يتعارض مع القيد الذى وضعه المشرع المصرى على سلطة هيئة التحكيم<sup>(٥)</sup>، وهو إلزامها بوجوب مراعاة أحكام قانون التحكيم المصرى، دون تفرقة بين أحكام أمرة أو أحكام مكملة<sup>(٦)</sup>، وهو

(١) **MAYER: Le pouvoir des arbitres Rev. arb. Op. cit. P. 164. Loquin: L'instance jer. Class op. cit. Fasc. 1036 N 16 ets**

**CADIET: op. cit. p. 807 N 1568.**

(٢) **Art. 1494 - 2 "L'arbitre régit La procedure autant qu'il est besoin directement, soit Par reference à Une Loi au à un reglement d'arbitrags".**

(٣) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٢٢٧ بند ١٤٧. د. جمال الكردى: ص ٦٧ وما بعدها.

(٤) استئناف القاهرة - ٦٣ تجارى - ١٩/٦/٢٠٠٣ - فى الدعوى ١١٧/٣٦ ق تحكيم والذى قضى بأن "هيئة التحكيم تصدر أحكامها غير مقيدة بإجراءات المرافعات إلا إذا أراد طرفا التحكيم أو هيئة التحكيم تطبيق إجراءات المرافعات فى قانون معين".

(٥) د. فتحى والى: ص ٢٩٨ بند ١٥٥. وكذلك عبارة "بشرط عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية"، المادة ١/٢٥ من نظام التحكيم السعودى الجديد.

(٦) د. علي بركات: ص ٣١٣ بند ٣١٧. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة قارن د. عاشور مبروك، حيث يرى التزام هيئة التحكيم بالنصوص الأمرة فى قانون =

أمر واجب الاحترام فى كل تحكيم يجرى فى مصر، سواء كان تحكيمياً وطنياً أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً، إذ نص المادة ٢٥ تحكيم يسرى على نوعى التحكيم حالة غياب اتفاق الأطراف على إجراءات الإثبات، أو الإحالة إلى لائحة مركز تحكيم دائم تخضع لها تلك الإجراءات هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، أن هذا القيد ليس له مقابل فى القانون الفرنسى حتى يمكن التدليل به، فالمشرع الفرنسى فى قانون المرافعات الذى ينظم قواعد التحكيم لم ينص فى المادتين ١٤٦٤، ١٥٠٦ على الزام هيئة التحكيم حالة وضعها لإجراءات الإثبات بطريق مباشر أو بالإحالة إلى قانون أو لائحة معينة على التزامها بأحكام هذا القانون.

ونرى مع البعض<sup>(١)</sup> أن سلطة هيئة التحكيم عند تحديدها لإجراءات الإثبات عند عدم اتفاق الأطراف، تقتصر على تكملة الإجراءات التى ينص عليها قانون التحكيم، فليس لهيئة التحكيم أن تقوم ببناء نظام إجرائى كامل، ومن ثم نظام إثبات كامل خاص بالنزاع المطروح مخالفاً للنظام الذى ينص عليه قانون التحكيم. كما أنه ليس لهيئة التحكيم أن تقرر تطبيق قانون لإثبات أجنبى أو قانون إجرائى أجنبى ليحكم إجراءات الإثبات فى الخصومة التحكيمية أو قانون تحكيم أجنبى أو لائحة مركز تحكيم دائم، إذ مثل هذا الاختيار يتعارض مع ما تنص عليه المادة ٢٥ تحكيم من وجوب مراعاة أحكام هذا القانون.

ومع اعتماد ذلك، يمكن لهيئة التحكيم الخروج عن هذا القيد - مع مراعاة أحكام هذا القانون - وتضع نظام كامل لإجراءات الإثبات التى تتبعها للفصل فى النزاع، كما لو اختارت إجراءات الإثبات المنصوص عليها فى لائحة نظام التحكيم السعودى، وتضعها فى وثيقة تحمل -

---

التحكيم دون غيرها. ص ١٠٥ وما بعدها خاصة ص ١٠٧ بند ٣٥ ولكن هذا الرأى يخالف عموم نص قانون التحكيم. د. فتحى والى: ص ٩٨٩ حاشية رقم ٤.

(١). د. فتحى والى: ص ٢٩٨ وما بعدها بند ١٥٥.

فضلاً عن توقيع أعضاء الهيئة التحكيمية - توقيع أطراف التحكيم، فعندئذ تأخذ هذه الإجراءات حكم الإجراءات التي اتفق عليها الأطراف، وهنا لا تلتزم هيئة التحكيم بالقيود الواردة في المادة ٢٥ تحكيم مصرى، ٢٥ من نظام التحكيم السعودى مع مراعاة أحكام هذا القانون إذ أنها تأخذ حكم مشاركة التحكيم.<sup>(١)</sup>

١٢ - وأياً كانت الإجراءات<sup>(٢)</sup> التي تضعها هيئة التحكيم، واختيارها للقانون الذى تخضع له تلك الإجراءات - قانون إثبات، أو قانون إجرائى - فإنه يجب أن يحاط أطراف الخصومة التحكيمية علماً بقرارها فى هذا الشأن<sup>(٣)</sup> متحية لهم فرص التعليق واقتراح إجراءات إثبات بديلة، وإحاطتهم بأية تعديلات لاحقة يقتضيها حسن سير الإجراءات. ويتم ذلك ببيان هذه الإجراءات فى محضر جلسة يحرر فى بداية التحكيم، ويوقع المحضر من هيئة التحكيم ومن الأطراف أو ممثليهم فى التحكيم، أو بإبلاغ الأطراف بمجرد صدور قرار الهيئة بإجراء إثبات أو إجراءات معينة، ويمكن أن تحدد هيئة التحكيم الإجراء فى حكم من الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها<sup>(٤)</sup> كالإحالة للخبرة أو المعاينة: أو فى شكل أمر تصدره الهيئة كالأمر بسماع شاهد أو استجواب خصم، كما يمكن أن تصدره فى شكل طلب كطلب الإنابة القضائية من محكمة المادة ٩ تحكيم<sup>(٥)</sup> وعندئذ يجب أن يعلن الحكم أو الأمر أو الطلب إلى الأطراف.

(١) ومشاركة التحكيم عبارة عن اتفاق بمقتضاء يتفق الأطراف فى نزاع قائم على إخضاع نزاع إلى التحكيم مادة ٣/١٤٤٢ تحكيم فرنسى.

(٢) د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٣) وذلك لتلافى ما قد يودى إليه اختيار هيئة التحكيم للإجراءات من نتائج غير عادلة، أما لعدم عدالة الإجراء فى ذاته، أو لاستقلال المحكم بتحديد القواعد الإجرائية وفقاً لما يراه ملائماً على نحو قد يخل بتوقعات الأطراف د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٠٥ بند ١٦٤. د. أحمد هندى: المرجع السابق ص ٥٠ بند ١٣.

(٤) انظر فيما يلى بند ٥٤.

(٥) انظر فيما يلى بند ٤٩.

وبذلك فإن اتفاق الأطراف هو الذي يحدد قدر المرونة التي تتمتع بها هيئة التحكيم في اتخاذها وتحديد إجراءات الإثبات، فقد يقيدونها بقانون إثبات معين، وقد يحددوا إجراءات الإثبات ذاتها. أو يقيدونها بلائحة مركز تحكيم دائم، وقد لا يتفق الأطراف إلا على مبدأ التحكيم دون تحديد إجراءاته، وبذلك يكون لهيئة التحكيم تكملة الإجراءات، فتختار من إجراءات الإثبات ما تراه لازماً للفصل في الدعوى. مع وجوب مراعاة أحكام التحكيم المصري. ومع ذلك يمكن لهيئة التحكيم الخروج عن هذا القيد وتضع نظاماً كاملاً للإثبات إذا تضمنته وثيقة تحمل توقعات أعضائها، وتوقيع أطراف التحكيم، فتأخذ هذه الوثيقة حكم مشاركة التحكيم التي يضعها الأطراف، مع ضرورة التقيد بقواعد النظام العام<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثاني

#### دور المحكمين في الإثبات وما يرد عليه من قيود

١٣ - تمهيد وتقسيم:

المحكم شأن القاضى ليس له مطلق السلطة في إدارة الدعوى وتوجيهها بكافة الطرق والوسائل دون أن يكون مقيداً باتباع مسلك معين<sup>(٢)</sup> كما أن

(١) وفكرة النظام العام تشكل قيد يزد على سلطة هيئة التحكيم فى اختيارها للإجراءات بصفة عامة، وذلك فى الأحوال التى يكون لها فيها سلطة هذا الإختيار، وتهدف الإجراءات بصفة عامة إلى تحقيق غاية معينة هى إزالة مخالفة القانون وتأكيد الحقوق والمراكز القانونية وإزالة التجهيل الذى يحيط بها، ولا يتصور الوصول إلى هذا الهدف دون احترام الأصول العامة فى الإجراءات بما فيها إجراءات الإثبات. د. نبيل عمر: ص ١٥٢، ١٥٣ بند ١٢٣.

Mayer (P.) La sentence Contraire à L'ordre public ou Fond. Rev. arb. 1994. P. 615.

وفى تطبيق ذلك انظر: الطعن رقم ٣١٨٨ لسنة ٦٩ جلسة ٢٠١٢/٢/٢٠ الطعن رقم ١٢٧٩٠ لسنة ٧٥ ق جلسة ٢٠١١/٣/٢٢ المبادئ القانونية لمحكمة النقض، مشار إليه سابقاً ص ١٤٦ وما بعدها.

Coss. Civ. 4 juin 2008, N. 06-15, 320. Coss. Civ. 29 Jain 2007 N. 6-13-293.

(٢) وهو ما يعبر عنه فى الإثبات بالمذهب المطلق: أنظر فى هذا المذهب مزاياه وعبويه د. السنهورى: ص ٣٩ وما بعدها بند ٢٢. د. عصام سليم: قواعد الإثبات ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة، ص ٨. د. سحر عبد الستار يوسف: دور القاضى فى الإثبات ٢٠٠٢ بدون ناشر ص ١٥ وما بعدها بند ٧.

دوره في الدعوى ليس سلبياً يقتصر على الفصل في النزاع في ضوء الطلبات المقدمة في الدعوى والأدلة التي يستند إليها الخصوم<sup>(١)</sup> وإنما دوره مزيجاً بين هذا وذاك<sup>(٢)</sup>، فله دور في إدارة الدعوى وتيسيرها وتوجيهها وكذلك في تقديره للأدلة المطروحة عليه إلا أنه ملتزم بمراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، فيلتزم المحكم أو هيئة التحكيم بمبدأ حياد الحياد ومقتضياته وإن كانت لها الحرية في إدارة الدعوى وتقدير الأدلة المطروحة فيها. وهو ما نتعرض إليه تباعاً في مسألتين: الأولى: مبدأ حياد المحكم. الثانية: سلطات المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات وما يرد عليها من قيود. وذلك في غضون مطلبين:

**المطلب الأول: مبدأ حياد المحكم.**

**المطلب الثاني: سلطات المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات وما يرد عليها من قيود.**

### **المطلب الأول**

#### **مبدأ حياد المحكم**

١٤ - مبدأ الحياد ليس مرادفاً لمبدأ الحيادة.

خلط البعض<sup>(٣)</sup> بين المبدأين بحيث اعتبرهما مترادفين، فعرف مبدأ

- (١) وهو ما يعبر عنه في الإثبات بالمذهب المقيّد. أنظر في هذا المذهب مزيايه وعبويه. د. السنهوري: ص ٤١ وما بعدها بند ٢٣. د. عصام سليم: المرجع السابق ص ٩ وما بعدها.
- (٢) وهو ما يعبر عنه في الإثبات بالمذهب المختلط. أنظر في هذا المذهب مزيايه وعبويه. د. السنهوري: ص ٤٢ وما بعدها بند ٢٤. د. سحر يوسف: ص ١٨ وما بعدها بند ١٠. د. عصام سليم: الإشارة السابقة.
- (٣) د. أحمد ماهر زغلول: أصول وقواعد المرافعات دار النهضة العربية ص ١٤٣ وما بعدها بند ٧٢. د. عزمي عبد الفتاح تسيب الأحكام وأعمال القضاء دار النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٨٣ ص ٢٠٦. د. محمد نور شحاته: استقلال القضاء من وجهة النظر الدولية والعربية والإسلامية دار النهضة العربية ١٩٨٧ ص ١٥٣. النشأة الإتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين دار النهضة العربية بدون تاريخ نشر ص ٣١٦. د. وجدى راغب مبادئ القضاء المدني دار النهضة العربية ٢٠٠١ ص ٢١٨. د. هدى عبد الرحمن: ص ١٦٦ وما بعدها بند =

الحياة وهو بصدد تعريفه لحياة القاضى بأنه "لا تكون له عند مباشرته وظيفته مصلحة ذاتية قد يميل إليها وتؤثر فى تقديره على نحو أو آخر على حساب التطبيق الموضوعى المتجرد لإرادة القانون، فالحياد يعنى مجرد القاضى من أية ضغوط داخلية تملها عليه مشاعره الخاصة - ضغوط معنوية أو مصالحه الذاتية - ضغوط مادية - تحيد به عن التطبيق القانونى الصريح" فالحياد يعنى عدم الميل أو الحكم بالهوى لصالح أحد الخصوم<sup>(١)</sup> فالقاضى يمنع من نظر الدعوى إذا توافرت أسباب معينة يخشى معها ألا يكون محايداً، أو أن يتأثر ببيئته ومصالحه الشخصية<sup>(٢)</sup>.

كل ذلك فى صحيح النظر ليس هو الحياد<sup>(٣)</sup> - كما سنرى - ولكنه الحيدة والتي يقصد بها عدم الخياز المحكم ضد طرف أو إلى جانب طرف<sup>(٤)</sup> كمبدأ لا غنى عنه لإمكان ممارسة الوظيفة القضائية<sup>(٥)</sup> وبديهية لا يتصور أن تقوم بغيرها سلطة قضائية<sup>(٦)</sup> فعندم الحيدة حالة نفسية تتعلق

= ١٣٠. د. سحر عبد الستار دور القاضى المدني فى الإثبات ٢٠٠٢ ص ٢١

وما بعدها بند ١٢ والمراجع المشار لها. د. شحاته غريب شلقامى: عقد المحكم ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة، ص ١٠١. والحكم المشار لديه. استئناف القاهرة الدائرة ٩١ جلسة ٢٠٠٤/٣/٣٠ القضية ٧٨٠ لسنة ١٢٠ تحكيم.

(١) د. أحمد السيد صاوى: التحكيم دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ص ٩٥ بند ٧٩.

(٢) د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضاء الخاص. منشأة المعارف الجزء الأول ص ٢٧٥ بند ١٢٢.

(٣) د. طلعت دويدار: تطور الحماية التشريعية لمبدأ حيطة القضاة بدون تاريخ طبع

وناشر ص ٧ وما بعدها. ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم دار الجامعة

الجديدة بدون تاريخ طبع ص ٨١ وما بعدها. د. معتز عفيفى: نظام الطعن

على حكم التحكيم ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة ص ٥٩٧ وما بعدها.

(٤) د. فتحى والى: ص ٢٤٥ بند ١٢٨. د. أحمد هندی: التحكيم ص ٦٦ بند

١٦. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٦٠.

(٥) Cass. Civ. 13 avr. 1972, D. 1973, p. 3 ets. Cass. Civ. 13 avr. 1972 J. C. P. 1972. 11. 17189. Cass. Civ. 13 avr. 1972 Rev. arb. 1975. 237.

(٦) قارن ما يراه البعض بقوله أن مبدأ الحيدة لا يستلزم فى المحكم إلا إذا كان

مجهولاً للطرفين، لأن الخصوم لا يتفقوا على التحكيم إلا لحسم خلافاتهم فى

جو عائلى أو خاص لا يسوده ما يسود جو المحاكم من رسميات ومظاهر =

أساساً بالعاطفة - مصلحة شخصية أو صلة مودة أو عداوة بأحد الخصوم - يرجح معها عدم استطاعة المحكم الحكم بغير تحيز<sup>(١)</sup>.

ويرتبط مبدأ الحيادة بأخلاقيات الوظيفة التي تقوم على فكرة التجرد من الأهواء والميول، وعدم التحيز إلى أحد الخصوم على حساب الخصم الآخر رغباً أو رهباً، والتشبيث بأهداف الموضوعية في الحكم والاستقامة في السلوك. فمبدأ حيادة القاضى أو المحكم يختلف عن حياده، فهو يعنى - ارتباطاً بفكرة الأخلاق - النزاهة التي هي روح القضاة<sup>(٢)</sup> وذلك حتى يطمئن المتقاضى إلى قاضيه وإلى أن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى<sup>(٣)</sup>.

وإن كان مبدأ الحيادة يجد أساسه ومبناه في قاعدة استقلال القضاء<sup>(٤)</sup>

= وشكليات قد تؤثر على العلاقات العائلية أو الودية القائمة بينهم، وكثيراً ما يكون أساس التحكيم والغرض الرئيسى منه وضع النزاع فى يد شخص أمين حريص على تلك العلاقات كرب الأسرة أو صديق حميم، فأدون الرباط الوثيق بين المحكم والخصوم أو بينه وبين إحداهم لا يؤثر فى صحة اختياره، ومن ثم لا يستلزم توافر الحيادة، بعكس لو كان مجهولاً للطرفين. د. أحمد أبو الوفا: التحكيم بالقضاء وبالصلح دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧، ص ١٤٣ بند ٦٤.

(١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة والحكم المشار لديه استئناف القاهرة دائرة ٩١ - ٢٠٠٤/٣/٣٠ فى القضية ٧٨ لسنة ١٢٠ ق تحكيم.

(٢) د. أحمد مسلم: أصول المرافعات. دار الفكرى العربى طبعة ١٩٦٩ ص ٣٩.

(٣) د. فتحى والى: ص ٢٤٤ بند ١٢٦.

(٤) د. أحمد فتحى سرور: استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان فى القانون المصرى. مجلة القانون والاقتصاد السنة ٥٠ عام ١٩٨٠ عدد خاص دراسات فى حقوق الإنسان فى الشريعة الإسلامية والقانون الوظيفى ص ١٣٣. د. شحاته شلقامى: الإشارة السابقة.

Fouchard et Gaillard et Goldman: Traité de L'arbitrage commercial International Paris 1996. P. 338.

ويقصد بقاعدة استقلال القضاء أن من يمارس الوظيفة القضائية لا يخضع فى عمله لغير القانون وفقاً لما يليه عليه اقتناعه وضميره. وجدى راغب: مبادئ ص ٢١٧.

وإن كان البعض يفرق بين الحيادة ومبدأ الاستقلال بالقول بأن الحيادة ترتبط باعتبارات شخصية. د. فتحى والى: ص ٢٤٥ بند ١٢٧. أحمد صاوى: ص =

فإننا نميل مع البعض<sup>(١)</sup> إلى ما ذهب إليه رأى فى الفقه<sup>(٢)</sup> من تأصيل لمبدأ الحيطة بالنسبة للقضاة تأصيلاً منطقياً وراء أبعاد ثلاثة الأول، ظروف النزاهة فى أداء القضاء. والثانى، فى حماية القضاة فى نزاهتهم. والثالث: فى حماية نزاهة القضاء.

وبخصوص البعد الأول: ظروف النزاهة فى أداء القضاء، فقد حصرها صاحب الرأى فى طرفين: الأول: صون القضاء عن التدخل فيه، أو كفالة استقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية. الثانى: فرض العلانية فى أداء القضاء، بعلانية الجلسات، وشفوية المرافعة، وتسبيب الأحكام.

أما فى البعد الثانى: وحيث يجب حماية القضاة فى نزاهتهم، فيرتكز على ثلاث محاور. الأول: ضمانات المسؤولية، فلا مسئولية ولا جزاء على مجرد الخطأ الثانى، كفالة الاحترام الأدبى، الثالث: كفالة المركز المالى للقضاة. أما فى البعد الثالث: حماية نزاهة القضاء، فقد رصد صاحب الرأى الجزاءات الوقائية والعلاجية لمخالفة مبدأ الحيطة ممثلة الجزاءات الوقائية فى أحوال عدم صلاحية القضاة وتنحيتهم وردهم والجزاءات العلاجية فى مخالفة القضاة، والمسئولية التأديبية والجنائية.

وما يقال عن حيطة القاضى، يقال عن حيطة المحكم، حيث يذهب الفقه الغالب إلى التعبير عن مقتضيات حيطة المحكم بمصطلح الحياد<sup>(٣)</sup> ومن ثم فإن ما يمس الحيطة ويأتى بعكسها هو كل ما من شأنه التأثير النفسى والعاطفى للمحكم تجاه أحد الخصوم سلباً وإيجاباً<sup>(٤)</sup>.

٩٥-بند ٧٩. د. محمد سليم العوا: سلوك المحكمين مجلة التحكيم العربى أكتوبر ٢٠٠٠ العدد ٣ ص ٤٣.

(١) د. طلعت دويدار ضمانات التقاضى: ص ٨٥، مبدأ الحيطة: ص ١١ وما بعدها.

(٢) د. أحمد مسلم ص ٤٠ - ٤٧.

(٣) د. أحمد صاوى: التحكيم الإشارة السابقة، د. علي بركات: المرجع السابق ص ٢٠٤. د. فتحى والى: ص ٢٤٤ وما بعدها: بند ١٢٦. د. هدى عبد الرحمن: دور المحكم فى خصومة التحكيم: ص ١٦٧. بند ١٣٠.

(٤) د. طلعت دويدار: ضمانات التقاضى ص ٨٩، وفى التطبيقات المتعددة لعدم الحيطة أنظر د. فتحى والى: الإشارة السابقة، د. محمد سليم العوا: المقال ص ٤٤، ٤٥. د. أحمد هندى: المرجع السابق، ص ٦٨ بند ١٦.



وإذا كان مبدأ الحيادة - على النحو السابق - يتعلق بأخلاقيات الوظيفة القضائية، بما يوجب على المحكم عدم الميل وعدم التحيز لأحد طرفي الخصومة على حساب الطرف الآخر. فمبدأ حياد من يمارس الوظيفة القضائية قاضى أو محكم له مقصوداً ودوراً آخر.

١٥ - ويقصد بمبدأ حياد القاضى، فى نظرية الإثبات المحصار مهمته فى القيام بدور المحكم بين أطراف الخصومة بحيث يكون موقفه سلبياً<sup>(١)</sup> شأن كل محكم فى مباراة أو مبارزة، فيقتصر عمله على تقدير ما يقدمه الخصوم بالطرق التى حددها القانون، ووفقاً للإجراءات التى وضعها من أدلة فى الدعوى، ليعتبر الوقائع المدعاة ثابتة، أو غير ثابتة<sup>(٢)</sup>.

فيمتنع على القاضى أن يدخل فى إقامة حكمه وقائع لم يدعها الخصوم، ولا أدلة لم يقدموها إليه؛ ويلتزم بانتظار تقدمهم إليه بعناصر اقتناعه، دون أن يعتمد من تلقاء نفسه إلى البحث عن الحقيقة<sup>(٣)</sup>. فمبدأ حياد القاضى يعبر عن دور القاضى فى الخصومة فى علاقته بدور الخصوم<sup>(٤)</sup> كأداة فنية من أدوات آلية أداء داخل الخصومة، فيقدر ما يرتبط مبدأ حيادة

(١) د. نيل عمر: امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى منشأة المعارف

١٩٨٩ ص ١٣٦ بند ٩٦.

NORMAND: le juge et Litigé Thésér. L. G. D. J. 1965. P. 330 ets N. 311.

(٢) د. عصام سليم: المرجع السابق، ص ١٣. محمود جمال الدين زكى: المبادئ

العامة فى نظرية الإثبات ص ٣٠، ٣١ بند ٨.

MOREL: Traité élémentaire de Procédure civile. Sirey 1949. P. 379 N 471.

NORMAND: op. cit. P. 330 N. 311.

(٣)

(٤) ومن المعلوم أن دور القاضى فى الخصومة قد تطور تطوراً كبيراً ارتباطاً بالتوجهات السياسية السائدة، فحيث كانت تسود تعاليم المذهب الفردى المتمثلة فى إطلاق الحريات الفردية مقابل تقييد سلطات الدولة وإحجامها عن التدخل فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية وظهور مبدأ سلطان الإرادة، كان للقاضى دور سلبى، وبالمقابل كان للخصوم دور إيجابى يربط سيادتهم على النزاع بسيادتهم على الخصومة. هذا الاتجاه التقليدى، المعروف باسم النظام الإتهامى، تراجع أمام الاتجاه الحديث الذى عبر عنه الفقه بالمبادرة القضائية

حيادة القاضي بأخلاقيات الوظيفة القضائية، يرتبط مبدأ حياد القاضي بألية أداء الوظيفة القضائية<sup>(١)</sup> كأصل من أصول التقاضى.<sup>(٢)</sup>

وما يقال عن حياد القاضي يقال عن حياد المحكم<sup>(٣)</sup> فيغبر عن مبدأ حياد المحكم عن دوره فى الخصومة فى علاقته بدور الخصوم، كأحد الآليات الفنية لممارسة مهمته، حيث أن المحكم لا يتولى الدعوى من تلقاء نفسه، وإنما يتولاها بناء على طلب<sup>(٤)</sup> فيمتنع على المحكم أن يدخل فى إقامة حكمه وقائع لم يدعها الخصوم ولا أدلة لم يقدموها إليه، وإنما عليه أن يلتزم بالحدود الموضوعية لولايته، كما حددها اتفاق التحكيم أو اتفاق لاحقاً عليه.

التي تعبر عن إيجابية دور القاضي فى الخصومة المدنية. وقد جاء هذا التطور نتيجة تطرف المذهب الفردى فى تقديس الحرية الفردية وإطلاق مبدأ سلطان = الإرادة فى الخصومة، فظهر المذهب الاجتماعى الذى قام على إطلاق سلطات الدولة بما فى ذلك السلطة القضائية، وتقيد سلطات إزادة الخصوم لحساب سلطات القاضي. وفى هذا الموضع يعترف للقاضى بسلطات فعالة فى الخصومة المدنية سواء فى مجال الإثبات، وإجراءات التحقيق، وطلب تكملة وقائع النزاع وأصبح لمبدأ سلطان الخصوم معنى متوازعا يتناسب مع الوظيفة الاجتماعية الجديدة للحقوق كذلك تأثير مبدأ ثبات النزاع فى المعنى الذى يسمح للقاضى بأداء دور فى إشباع مقتضيات النزاع أنظر فى تفصيل ذلك: د. نبيل عمر: ١٢٦ وما بعدها بند ٩٦، د. فتحى والى: الوسيط فى القضاء المدنى ص ٨ بند ٤. وجدى راغب: ص ٨، ٩. د. إبراهيم نجيب سعد ج ١ ص ٥٩٤ وما بعدها بند ٤٣. د. طلعت دويدار: ص ٨٣ وما بعدها.

NORMAND. Op. cit. P. 22 ets N 25 ets Morel: op.cit. P. 15. N 9.

- (١) د. طلعت دويدار: ص ٨٥. د. نبيل عمر: ص ١٤٠ بند ٩٨.
- (٢) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٠ ق دستورية، جلسة ٣ يونيو ٢٠٠٠ المحكمة الدستورية العليا ج ٩ رقم ٧٤ ص ٦٢٧.
- (٣) Fauchard: op.cit P. 338.
- (٤) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٠٢ بند ١٥٧، د. طلعت دويدار ص ٢٢٥.

١٦- ومبدأ حياد المحكم شأن حياد القاضى فى القانون المصرى والمقارن ما زال محافظاً على سماته التقليدية<sup>(١)</sup>. فعبء إدعاء الوقائع المكونة لأصل الحق المتنازع عليه وسببه، وعبء الإثبات، وتوسيع نطاق الخصومة من حيث النطاق الموضوعى والشخصى يحدده اتفاق التحكيم أو اتفاق لاحق عليه، وأيضاً وضع حد نهائى للخصومة قبل الفصل فى الخصومة التحكيمية بحكم صادر فى الموضوع يملكه الخصوم.

كما يملك الخصوم إبداء ما يشاءون من وسائل الدفاع والدفع فى الحدود المسموح بها قانوناً، والمحكم أو هيئة التحكيم إزاء كل ذلك محايدة، وكل ما لها وما فى سلطتها بصفة أساسية هو إعمال حكم القانون المتفق عليه، أو المفوض لها فى اختياره ليحكم النزاع المطروح عليها<sup>(٢)</sup>. ومع ذلك فالحياد السلبي الذى كان للمحكم أو هيئة التحكيم أصابه العديد من التعديلات فى المعنى الذى جعل لهذا المحكم العديد من السلطات فى توجيه ودفع الخصومة التحكيمية والبحث عن الحقيقة وإعمال العدالة، ليصبح معه حياد المحكم إيجابى، وإن كانت هذه الإيجابية يحددها اتفاق الأطراف.

ومن مظاهر هذا الدور الجديد للمحكم دوره فى تحقيق الدعوى، فللمحكم أو هيئة التحكيم ولو من تلقاء نفسها أن تسمع الشهود أو تعين الأمكنة، أو تستعين بخبير أو خبراء، أو توجه اليمين المتممة، ولها بناء على طلب الخصم توجيه اليمين الحاسمة، كما أن للمحكم الأمر بإحضار الخصوم، وأن يقوم باستجوابهم، وسلطته فى إلزام الأطراف بتقديم المستندات التى فى حوزتهم<sup>(٣)</sup> وفقاً للمواد ١٠، ١٤٣، ١٤٦٧ مرافعات فرنسى، ٣/٢٤ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، ٥/٢٠ من لائحة

(١) د. نبيل عمر: ص ١٢٧ بند ٩٧.

(٢) أنظر فيما سبق بند ١٤.

(٣) أنظر فيما يلى بند ٦٨ وما بعده.

غرفة تحكيم باريس، ١/٣٣ تحكيم مصرى، ٢٩/ج من التحكيم الأردنى، ٢٩ من لائحة نظام التحكيم السعودى ... الخ<sup>(١)</sup>.  
وبالإضافة إلى ذلك، يتمتع المحكم بسلطات معينة لها قدر كبير من الفاعلية داخل الخصومة التحكيمية، كسلطته فى اختيار مكان التحكيم، إذا لم يتفق الأطراف على مكان التحكيم مادة ٢٨ تحكيم مصرى<sup>(٢)</sup>، وسلطته فى اختيار لغة التحكيم إذا لم يتفق الأطراف عليها وفقاً للمادة ٢٩ تحكيم مصرى، ١٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى ١٦ من لائحة غرفة تحكيم باريس. وسلطة المحكم فى مد الميعاد الذى يجب أن يصدر الحكم خلاله لمدة لا تتجاوز ستة أشهر وفقاً للمادة ١/٤٥ تحكيم مصرى، وسلطته بوقف الإجراءات إلى حين الفصل فى المسألة الأولية وهى المسألة<sup>(٣)</sup> التى تخرج عن ولاية المحكم وفقاً للمادة ٤٦ تحكيم مصرى، وسلطته فى

(١) حيث تنص المادة ٣/٢٤ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى على أن "للهيئة أن تطلب من الطرفين أن يقدموا وثائق أو مستندات أو أية دولة أخرى" والمادة = ٥/٢٠ من لائحة غرفة تحكيم باريس على أن "لهيئة التحكيم أن تطلب من الأطراف تقديم عناصر إثبات إضافية" والمادة ١/٣٣ تحكيم مصرى على أن "... ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

والمادة ٢٩/ج من قانون التحكيم الأردنى على أن "تطلب الهيئة أصول المستندات المشار إليها فى بيان الدعوى أو مذكرة الدفاع ...".  
والمادة ٢٩ من لائحة نظام التحكيم السعودى على أنه "لهيئة التحكيم أن تأمر بوسائل التحقيق المنتجة فى الدعوى متى كانت الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالمنازعة ومؤثرة فيها وجائزاً قبولها ولهيئة التحكيم أن تعدل ما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول فى محضر الجلسة، ويجوز للهيئة ألا تأخذ بنتيجة الإجراء مع بيان سبب ذلك فى الحكم".

(٢) والمادة ٢٩ من نظام التحكيم السعودى الجديد. وفى تطبيق ذلك انظر: الطعن رقم ٦٥٤٦ لسنة ٧٩ ق جلسة ٢٥/٥/٢٠١٠ المبادئ القانونية لمحكمة النقض ص ٨١ قاعدة ٦٩.

(٣) أنظر فى تفصيل فكرة المسائل الأولية د. على هيكىل: الدفع بإحالة الدعوى رسالة الإسكندرية ٢٠٠٤ ص ٩٤ وما بعدها بند ٨٩ وما بعده. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ١٩٤ وما بعدها بند ١٢٧.  
Robeit et Moreau op.cit. 140 et, N. 165.

أن يقضى بعدم قبول الدعوى التحكيمية<sup>(١)</sup> وسلطته فى إنهاء الإجراءات إذا رأى عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم وفقاً للمادة ١ / ٤٨ تحكيم مصرى. وما تنص به المادة ٣٦ من نظام مركز أبو ظبى للتوفيق والتحكيم التجارى ، والتي تخول لهيئة التحكيم إذا تخلف أطرافه جميعاً عن الحضور فى أى جلسة من جلسات التحكيم دون عذر خطى تقبله هيئة التحكيم ، فتوجب إعلانهم إلى جلسة أخرى ، أو لهيئة التحكيم أن تقرر شطب القضية وإعلانهم فى حالة عدم الحضور فى الموعد المحدد بهذا الإعلان.

ونلاحظ أن مثل هذه السلطات التى منحت للمحكم فى إدارة الخصومة تواجهه فى المقام الأول مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة<sup>(٢)</sup> بحيث يكون للمحكم نصيب فى هذه الإدارة وهذا التوجيه ، فأى إجراء من إجراءات الإثبات سواء كانت معاينة أو خبرة أو شهادة الشهود أو استجواب أو توجيه يمين أو إجراء تحقيق ، أو سلطة المحكم بناء على اتفاق الأطراف فى الزام أى من الطرفين بتقديم مستند تحت يده وفقاً للمادة ٢٠ إثبات مع مراعاة ما تنص عليه المادة ٢٥ تحكيم مصرى ، كل ذلك لا يمكن أن يتم إلا بالشكل المحدد فى القانون وباحترام حقوق الدفاع بصدده.

وقيام المحكم إذن بدور فعال فى توجيه الخصومة ، وقيامه بدفع عملية الإثبات للحصول على إجراء أو عناصر يرى هو وفقاً لتقديره أنها منتجة فى النزاع المطروح أمامه ، ووفقاً للشكل المرسوم فى القانون واحترام

(١) كما لو رفعت دعوى تحكيمية بقسمة المال الشائع من أحد الشركاء دون الباقين وفقاً للمادة ١ / ٨٣٦ مدنى ، فعلى هيئة التحكيم تكيفه باختصاص باقى الشركاء فى ميعاد محدد ، فإن لم يفعل فعلى الهيئة أن تقضى بعدم قبول الدعوى د. فتحى والى: ص ٣٤٠ بند ١٨١.

NORMAND: op.cit. P. 24 N 28.

(٢) أما فيما يتعلق بالبيان الواقعى للنزاع ويقصد به سبب الطلب وموضوعه ، فما زال للخصوم كامل السيطرة عليه ، فعليهم يقع بصفة أساسية عبء الإدعاء وعبء الإثبات د. نبيل عمر: ص ١٣٩ بند ٩٧.

حقوق الدفاع بصدها يعطى لمبدأ حياد المحكم لوناً جديداً ينحوبه نحو الإيجابية بدلاً من السلبية، وبالتالي يمكن القول أن العناصر المتحصل عليها من قيام هيئة التحكيم أو المحكم بمثل هذا النشاط في الخصومة التحكيمية قد تم الحصول عليها عن طريق أطرافها، وأنه قد تم إزاءها احترام حقوق الدفاع. وبالتالي يعتبر الدليل أو العنصر المستمد من هذه الإجراءات وكأنه صادراً من الخصوم، ولا يعد علماً شخصياً للمحكم، ويستطيع بناء حكم سليم على مثل هذه الوقائع التي التزم في تحصيلها صحيح القانون<sup>(١)</sup>.

وحياة المحكم منظور إليه من خلال السلطات الممنوحة له، والتي لا يستطيع أن يمارسها إلا بالشكل المرسوم في القانون، وباحترام حقوق الدفاع، لم يعد يملئ على المحكم ضرورة الالتزام بالسلبية إزاء توجيه وإدارة الخصومة، بل أصبح حياد إيجابي في الحدود التي يسمح بها القانون أو اتفاق الأطراف، ومن ثم يظل حياد المحكم والالتزام به قائماً كمنبداً من المبادئ الأساسية لأداء الوظيفة القضائية، عادية أم تحكيمية.

والتزام المحكم بالحياد، من المبادئ المعتمدة في معظم التشريعات، وفي التحكيمين الوطنى والدولى، بالقضاء أو بالصلح، وسواء كان المحكم فرداً أم تعدد المحكمون، وهذا ما أكدته قواعد الشرف المهنى للمحكمين الدوليين الصادر عام ١٩٨٧، والمادة ١٩ من لائحة جمعية المحكمين الأمريكية، والمادتين ٣/١٦، ١/١٨. تحكيم مصرى، والمادة ٩ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، والمادة ١/١١ من قواعد اليونسترال، ونصت عليه المادة ٥ / ١١ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، والمادة ١٠ من لائحة محكمة تحكيم باريس بنصها على ضرورة أن يكون المحكم محايداً. والمادة ٢/١٤٥٦ مرافعات فرنسى.

ومبدأ حياد المحكم يجد أساسه الفنى ومبناه فى مبدأ المواجهة والتزام المحكم باحترامه، ومضمونه بالنسبة للمحكم، هو ضرورة إحاطة الخصوم

(١) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

علماء بكل المبادرات التي يتخذها للفصل في النزاع، سواء تلك المتعلقة بالواقع وتحصيله وفهمه وتقديره، أو القانونون تفسيره وتطبيقه، وتمكين الخصوم من مناقشة كل ذلك بعد منحهم الوقت الكافي، كما يفرض هذا الالتزام على المحكم، عدم تأسيس قراره على الأوجه الواقعية أو القانونية التي آثارها من تلقاء نفسه إلا بعد دعوى الخصوم مسبقاً إلى تقديم ملاحظاتهم بشأنها<sup>(١)</sup>.

١٧- ويعد مبدأ المواجهة من المبادئ المميزة للخصومة عادية أم تحكيمية، حيث لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه إليه من طلبات<sup>(٢)</sup>. ولذا يمثل هذا المبدأ

(١) د. عزمي عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٦٠ / ٢٦١، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع ١٩٩٢ - ١٩٩٣ دار النهضة العربية ص ٢٠ وما بعدها. د. محمود جمال الدين: المرجع السابق ص ٤١ وما بعدها. د. السيد تمام: مبدأ المواجهة وخصومة التحكيم ٢٠٠٠ دار النهضة العربية ص ٧٥ وما بعدها بند ٣٩. د. عاشور مبروك: ص ٥٦ وما بعدها بند ٢٠. د. علي بركات: ص ٣٠٣ بند ٣٠٨٧. د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة "لا تحكم دون سماع الخصوم" ١٩٨١ منشأة المعارف ص ٩ بند ٣. د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٠ وما بعدها بند ١٠٦. د. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية ص ٣٢٤.

NORMAND: op. cit. P. 219 ets N 225> Fouchard, Gaillard et Galdman: op. cit. P. 962. Kessedjian: Principe de La Contradiction et arbitrage. Rev. arb. 1995. P. 381.

(٢) أنظر فيما يلي بند ٢٦. وفي التشريع الإسلامي من قديم الزمان وضع أصول مبدأ المواجهة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم عندما بينا لنا وجوب سماع الخصم الآخر عسى أن تكون له حجة ترد على الخصم الحاضر دعواه، فعن علي رضي الله عنه أنه قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضياً إلى اليمين، فقلت يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء، فقال صلى الله عليه وسلم "إن الله سيهدى قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى بك أن يتبين لك القضاء، قال فما زلت قاضياً أو ما شككت في قضاء بعد". نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للشوكاني ج ٨ دار الحديث القاهرة ص ٢٧٤.

مركز الخطورة في الواجبات الملقاة على عاتق المحكم لضمان حياده<sup>(١)</sup> مما يوجب على المحكم إجراء مناقشة بين الخصوم في المسائل التي يتصدى للفصل فيها، فتمكنه هذه المناقشة من استيضاح حقيقة الدعوى التحكيمية تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الخصوم<sup>(٢)</sup> بحيث لا يتم إجراء بتفضيل خصم ومراعاته دون الخصم الآخر<sup>(٣)</sup> وهو ما اعتمده التشريعات المعاصرة<sup>(٤)</sup>

- (١) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم الإشارة السابقة.  
(٢) ويقصد بمبدأ المساواة أن يعامل المحكم أطراف الخصومة التحكيمية على قدم المساواة، وأن تمنح لهم فرص متكافئة لإبداء ما لديهم من دفوع وأوجه دفاع. د. عزمى عبد الفتاح: مبدأ المواجهة ص ١٥ وما بعدها، د. إبراهيم نجيب سعد قاعدة لا تحكم ص ٤٤، د. نبيل عمر: التحكيم ص ١٥٤ بند ١٢٤، د. وجدى راغب: دراسات في مركز الخصم ص ١١٥ د. أحمد السيد صاوي: التحكيم ص ١١٤ بند ٩٦.

Morel: op. cit. p. 426.

Kessedjian: Principe de La Contradiction op. cit. P. 386.

وليس المقصود بمبدأ المساواة في هذا الصدد المساواة المجردة، وإنما المقصود بها المساواة الإجرائية، حسب ظروف كل طرف في الخصومة، فالإجراءات والسلطات تختلف باختلاف مركز الخصوم، فمثلاً، عندما لا يقدم المدعى بياناً مكتوباً بدعواه دون عذر مقبول، يجب على المحكم أن ينهي إجراءات التحكيم، ما لم يتفق الطرفين على غير ذلك، في حين أن عدم تقديم المدعى عليه مذكرة بدفاعه لا يؤثر على إجراءات التحكيم، ويكفي لاحترام مبدأ المساواة أن يمنح كل خصم بالتساوي وبدون تميز نفس الفرض لإبداء دفاعه ولو لم يستعملها بالفعل. د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٠٣ وما بعدها بند ١٥٩ د. إبراهيم نجيب سعد: المقال ص ٤٥ وما بعدها. د. عاشور مبروك: ص ٦٣ وما بعدها بند ٢٢.

La Leye: Le regles de Conflit de Loid appliqués au Fond du Litige par L'arbitre international Rev. arb. 1976 1. 3.

- (٣) د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة. د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ١٥٨.

(٤) أنظر في التشريع البلجيكي تطبيقاً للمادة ١٦٩٤ من القانون القضائي ونصه على حق الدفاع بصفة عامة، ومبدأ المواجهة بصفة خاصة وبطريقة لا تختلف عن ما نص عليه المشرع الفرنسى. أنظر:

Kessedjian: op. cit. P. 384

Bernardini: L'arbitrage en italie. Op. cit. Rev. arb. P. 490.



وأنظمة التحكيم المقارنة<sup>(١)</sup> فنصت المادة ١٤ مرافعات فرنسي على أنه لا يمكن الحكم على خصم ما لم يسمع أو يدع لذلك ، والمادة ١٥ من القانون المذكور على أنه يجب أن يعلم كل الأطراف أو يمكنوا من العلم والإطلاع بطريق التبادل وفي وقت مناسب على وسائل الدفاع والحجج التي يستندون عليها. والمادة ١٦ من نفس القانون على أن تطرح للمناقشة الوجيهة لكل أطراف خصومة التحكيم ...<sup>(٢)</sup> والمواد ٢٦ ، ٣١ ، ٣٣ ، ٣/٣٦ تحكيم مصري على ضرورة أن يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة ، وإلا وجب البطلان حاله عدم احترام المحكم لمبدأ المواجهة تطبيقاً لنص المادة ١/٥٣ تحكيم مصري ، المادة ٤/١٤٩٢ مرافعات فرنسي.

ويجب توافر حياد المحكم طوال إجراءات التحكيم ، وحتى صدور حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها ، وانتهاء ميعاد الثلاثين يوماً التي يقدم طلب تصحيح الحكم وتفسيره<sup>(٣)</sup> فإذا تم احترام مبدأ الحياد وكان فعالاً فلن تثور لدينا مشكلة حقوق الدفاع ، لأن المحل الذي كان من الممكن أن يمارس عليه لم يوجد من الأصل<sup>(٤)</sup>.

ولا يخجل بحياد المحكم أن يطلب من تلقاء نفسه من الخصوم - كما سنرى - إيضاح العناصر الضرورية لحل النزاع ، وهذه إحدى نتائج التحول من المدلول السلبي لحياد المحكم إلى المدلول الإيجابي للحياد ، ويؤكد ذلك المادة ٨ مرافعات فرنسي<sup>(٥)</sup> حيث نصت على أن القاضي -

(١) المادة ١/١٧ من قواعد اليونستراي نصت على أن يعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته. المادة ٢٧ من نظام التحكيم السعودي الجديد حيث تنص على أن " يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة والتكافؤ لعرض دعواه ودفاعه " وكذلك المواد ٣٢ ، ٣٣ من هذا النظام.

(٢) أنظر فيما يلي بند ٢٦.

(٣) د. فتحي والي : ص ٢٥٠ ١٣٠.

(٤) ويقتصر استعمال حقوق الدفاع على عناصر النزاع الأصلي الذي طرحه

الخصوم. د. نبيل عمر : عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي ص ١١٤ بند ٩٦.

(٥) " Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fais qu'il estime nécessaires à la solution du Litge".

المحکم - يستطيع دعوى الخصوم لتقديم الإيضاحات المتعلقة بالوقائع والتي يراها ضرورية لحل النزاع.  
١٨- النتائج المترتبة على مبدأ حياد المحكم:

لا يستطيع المحكم تكوين عقيدته وإصدار حكمه فى الدعوى التحكيمية إلا بناء على الوقائع والأدلة التى عرضت عليه بمعرفة الخصوم، وكانت موضع مناقشة. هذا الواجب يفرض على المحكم ألا يحكم بعلمه الشخصى، وأن يتقيد بموضوع وسبب النزاع،، وأن يحترم مقتضيات الدفاع. ذلك على النحو التالى:  
أ- المحكم لا يحكم بعلمه الشخصى:

القاعدة، لا يجوز للمحكم أن يبنى حكمه على معلوماته الشخصية، فلا يؤسس حكمه على وقائع خارج نطاق المناقشة أو المرافعة وفقاً للمادة ٧ مرافعات فرنسى، أو خارج المحاكمة وفقاً للمادة ٣٦٨ من قانون أصول المحاكمات اللبناى. وهذه القاعدة تكمل فى الواقع القاعدة التى تقضى ألا يغير المحكم موضوع وسبب الطلب المقدم له. إذ أن المحكم عندما يحكم بعلمه الشخصى يدخل فى اعتباره وقائع أو أدلة لم يتمسك بها الخصوم، ومن ثم فإنه يعدل بذلك فى البيان الواقعى الذى هو من عمل الخصوم، ويغير بذلك موضوع وسبب الطلب، ولذا كانت القاعدة على المحكم أن يؤسس حكمه على الأقوال التى سمعها والمستندات التى قدمها الخصوم، لأنه إن فعل عكس ذلك يكون قد حكم بعلمه الشخصى، والمحكم<sup>(١)</sup> كالقاضى<sup>(٢)</sup> لا يجوز أن يقضى بعلمه الشخصى، وألا يكون قد أخل ليس

(١) د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٠٧ وما بعدها، د. طلعت دويدار: ص ٢١١ وما بعدها. د. عصام سليم: المرجع السابق ص ٢٤ وما بعدها، د. على اسماعيل غازى: ص ٣٥٩.

Reymand (C.): des Connaissance Personnelle de Lorbitre Son informatim Privilege. Rev. arb. 1991. P. 3. Paris 6 mars 1986. Rev-a76. 1989.390.

(٢) أنظر فى قاعدة عدم قضاء القاضى بعلمه الشخصى د. نبيل عمر: المرجع السابق. د. إبراهيم نجيب سعد: المقال ص ٦٦ وما بعدها.  
NORMAND: op. cit. P. 286 ets N 217.

فقط بمبدأ الحيطة الذي يقتضى احترام حقوق الدفاع ومنها حق العلم، وإنما أخل أيضاً بمبدأ حياده، الذي يقتضى أن يلتزم المحكم بحدود ولايته كما حددها اتفاق التحكيم بصفة مبدئية أو تراخى الخصوم أثناء الخصومة بصفة نهائية<sup>(١)</sup>.

ويترتب على الإخلال بمبدئى الحيطة والحياد أن يكون حكم المحكم أن صدر محلاً للبطلان تطبيقاً للمادة ١/٥٣ تحكيم مصرى، وعرضه للطعن بالطرق المقررة وفقاً للمادة ١٤٨٤ مرافعات فرنسى والمادة ٣٤/٢/٣ من القانون النموذجى كوجه من أوجه البطلان، أو كمانع من موانع تنفيذ الحكم تطبيقاً للمادة ٣٦/١/٣ من القانون السابق. المادة ٥٠ من نظام التحكيم السعودى.

وما أعمدته التشريعات استقر عليه الفقه<sup>(٢)</sup> مقررأ بأنه لا يجوز للمحكم أن يبنى حكمه على معلومات أياً كان مصدرها إلا بعد تمكين أطراف التحكيم من الإطلاع عليها ومناقشتها والرد عليها إعمالاً لمبدأ المواجهة، يستوى فى ذلك أن تكون تلك المعلومات، عامة أو شخصية، فإذا كان لدى المحكم معلومات شخصية استمدتها من معاصرته للنزاع<sup>(٣)</sup>

(١) د. طلعت دويدار: ص ٢١٢.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٦٠ بند ١٠٦، التحكيم بالقضاء والصلح دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٢٢٦ بند ١٠٠. د. نبيل عمر: التحكيم ص ١٢٧ بند ١٠٢، ص ١٥٥ بند ١٢٦. د. فتحى والى: ص ٣٠٧ وما بعدها بند ١٦١، د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٨٨، د. عاشور مبروك: ص ٣٠٠ وما بعدها وحكم النقض المشار لديه نقض مدنى إمارات الطعن رقم ١٦/١٧٦ من تاريخ ١٩٩٥/١١/٢١. د. طلعت دويدار: ص ٢١١ وما بعدها. د. السيد تمام: ص ٨٥ وما بعدها بند ٤٤. د. أحمد صاوى: ص ١١٦ بند ٩٨. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق: ص ٣٥٩.

Reymond: Lic. Cit. Mayer: le pouvoir des arbitres: op. cit. Rev. arb. P. 164.  
Perrot: L'adminstration de la Preuve en matiere d'arbitrage. Rob. Arb. 1974 P. 164.

(٣) فالمحكم قد لا يتم اختياره إلا لسبب ما يحوزه من معلومات شخصية أو خبرة تؤهله للقيام بالمهمة المسندة إليه، كما قد يتم اختياره بسبب معاصرته لمرحلة

وتطوره أو من خبرته الفنية ، فإن عليه أن يواجه الخصوم بها قبل بناء حكمه عليها. وبالتالي فلا حرج على المحكم فى استخدام معلوماته الشخصية طالما عمل مبدأ المواجهة.

وما استقر عليه الفقه أكده القضاء بتواتر أحكامه على احترام مبدأ المواجهة حتى مع إعمال المحكم للمعلومات العامة بطريقة مجردة لتقدير المسألة المتنازع عليها، وقضى تطبيقاً لذلك<sup>(١)</sup> بأنه ليس هناك محل للنعى على المحكم فى أن يستعلم من فنى بدون علم الخصوم بأهمية طريقة من طرق حساب مؤشرات الأسعار، فإن هذا يكون شريطة أن يتمكن الخصوم من مناقشة المعلومة. كما قضى<sup>(٢)</sup> ببطالان حكم التحكيم بعدم إعمال مبدأ

النزاع المختلفة ، وبالتالي وقوفه على كافة أبعاده ، مما يسهل عليه مهمة القيام بالفصل فى النزاع.

(١) Cass. Civ. 30 Nov. 1978 Rev. arb. 1979. 355 abs. Fouchard.

Cass. Civ. Mai 1975 Rev. arb. 1976. 186 obs. Brentana  
Cass. Civ. 15 Oct. 1980 Rev. arb. 1982 P. 40.

فالمحكم لا يكون قد قضى بعلمه الشخصى إذا قضى بواقعة مشهورة فى أوساط معروفة فى أوساط المهنة لأن المحكم يختار لصفاته الفنية أكثر من صفاته القانونية د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٥٩. وكذلك لا يعد قضاء بعلمه الشخصى إذا اتفق الأطراف على أن يقوم المحكم بترجمة المستندات إلى لغة المرافعة ولغة الحكم، وإلا يجب أن تقدم المستندات بلغة المرافعة والحكم أو تترجم إليها بمعرفة الخصوم أو محاميهم د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦١ بند ١٠٦. كما لا يعد قضاء بعلم المحكم الشخصى تأكيده فى حكمه على أنه بماله من خبرة فنية فى المسائل المتصلة بالنزاع المطروح على التحكيم يقتنع بسلامة أو صحة دليل ما بما يطرح عليه فى التحكيم، لأنه بذلك لا يتجاوز ولايته المحكمة الاتحادية بدولة الإمارات ١٩٩٥/١١/٢١ فى الطعن ١٧٦ لسنة ١٧ ق مشار إليه لدى د. على غازى ص ٣٥٩.

(٢) Paris 10 jun. 1993, Rev. arb. 1995. P. 440 Paris 12 mars 1963. Rev. arb. 1963. P. 21.

ويعد من قبيل العلم الشخصى ترجمة المستندات إلى لغة المرافعة ولغة المحكم بواسطة المحكم نفسه، فإذا قام بإجرائها بنفسه يكون قد قضى بعلمه وهو ممنوع من ذلك، فقد يسمي الترجمة أو يخطئ بصددتها أو يكون علمه الشخصى غير مستكمل مما يؤثر فى التقدير. د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم الإشارة السابقة.

المواجهة، لأن هيئة التحكيم استندت أثناء المداولة على معلومات شخصية لأحد أعضائها تحصل عليها أثناء ممارسته لنشاطه المهني دون أن تطرح هيئة التحكيم هذه المعلومات للمناقشة والرد عليها من جانب أطراف الخصومة، بالرغم من التأثير الواضح لهذه المعلومات على القرار الذي أصدرته الهيئة.

#### ب- تقييد المحكم بموضوع وسبب النزاع التحكيمي:

وهو في ذلك كقاضى الدولة، مقيد بإطار النزاع الواقعي كما طرحه الخصوم<sup>(١)</sup> أو كما رغب أطراف الاتفاق على التحكيم في خصوص تحديدهم للنزاع أمامه. كما أن المحكم مقيد بالوقائع التي عرضها الخصوم وتمت المناقشة بصدها، وليس له أن يخالف ما هو ثابت بأوراق الدعوى<sup>(٢)</sup>.

فمن ناحية: بتقييد المحكم بطلبات الخصوم<sup>(٣)</sup> فليس له أن يحكم في غير هذه الطلبات، أو يتجاوز حدودها، بأن يغير مضمونها، أو يستحدث طلبات جديدة لم يطرحها عليه الخصوم، فيقضى بأكثر مما طلب منه، ولو كان مرتبطاً بالطلب أو مكماً له، أو كان الطالب - حسب وقائع الدعوى ومستنداتها - يستحقه ما دام لم يطلبه، ولو كان لا يستحقه إلا إذا رفض طلبه، فقضاء التحكيم يجب أن يقتصر فقط على ما تنصرف إليه إرادة

(١) أنظر في أساس الإدعاء أمام القضاء العادي د. عزمى عبد الفتاح: أساس

الإدعاء أمام القضاء المدني دار النهضة العربية ١٩٩١. NABIL OMAR: La Cause de La demande en jusliece Bordeaux 1977.

(٢) د. نبيل عمر: التحكيم: ص ١٢٥ - ١٢٧ - بند ١٠٢. د. عزمى عبد

الفتاح: التحكيم: ٢٥٩. د. محمد نور شحاته: ص ٣٢٠. عاشور مبروك: ص

٨٠ وما بعدها بند ٢٧. نقض ١٩٧٢/٥/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣

ص ٩٩.

(٣) والطلب عبارة عن تقرير وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني، أو إنشاء

أو تعديل أو إنهاء هذا الحق أو المركز أو إلزام المدعى عليه بأداء معين، وتمثل

عناصر هذا الطلب في نوع الحماية المطلوبة وبنوع الحق المطلوب حمايته،

وبذاتية الشيء محل هذا الحق أنظر في توضيح ذلك: د. على هيكمل: المرجع

السابق ص ٢٣٥ وما بعدها بند ٢٢١.

المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم<sup>(١)</sup>. وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسي وفقاً للمادة ٤ مرافعات والتي تنص على أنه " يتحدد محل النزاع من خلال إدعاءات الأطراف".

ومن ناحية ثانية: يتقيد المحكم بسبب النزاع الذي قدم له<sup>(٢)</sup> فيمتنع عليه أن يبنى حكمه على وقائع ليست في المرافعة تطبيقاً للمادة ٧ مرافعات فرنسي. وألا يكون قد غير أساس الإدعاء، كما لا يجوز له لنفس السبب أن يبادر باتخاذ أى مبادرة فى مجال الواقع<sup>(٣)</sup> ولذا يظل المحكم محصوراً داخل السياج الواقعى الذى أقامه الخصوم بحيث إذا جاوزه يكون قد غير أساس طلب التحكيم<sup>(٤)</sup>. فالمحكم لا يمكنه أن يبنى قراره على وقائع لم يدعى بها الأطراف. وهذا التقيد مبنى على توزيع الأعباء الإجرائية - كما فى الخصومة العادية - التى تقع على كاهل كل من الخصوم والمحكم<sup>(٥)</sup>

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٠٢ بند ١٥٧ والحكم المشار لديه تقضى مندى ١٩٨٨/٢/١٤ فى الطعن ٥٤ / ١٦٤٠ ق.

Boissésou: op.cit. P. 229. N. 259.

(٢) وسبب الدعوى هو مجموعة القواعد القانونية المنتجة التى يتمسك بها المدعى كسبب دعواه، فالسبب الذى يحدد معالم دعوى معينة ليس هو النص القانونى المجرد، ولا القاعدة القانونية، ولا التصرف القانونى الذى يستند إليه المدعى فى دعواه وإنما هو مجموعة الوقائع المولدة للحق المدعى به، والتى يقدمها المدعى لتأييد دعواه، والتى بناء على تقديمه لها يقع على عاتقه عبء إثباتها، فما يعجز عن إثباته لا يصلح أن يكون أساساً لدعواه، ودون الاعتداد بتكليفه لهذه الوقائع. د. علي هيكل: ص ٢٤٠ بند ٢٢٥. د. عزمى عبد الفتاح: أساس الإدعاء ص ٥٥ وما بعدها.

Nabil Omar op. cit. p. 223.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٥٩.

(٤) د. عزمى عبد الفتاح: أساس الإدعاء ص ٣١٧.

(٥) يسود النظام الإجرائى بصفة عامة قاعدة راسخة هى قاعدة أعطني الواقع أعطك القانون. وطبقاً لهذه القاعدة، فإن المهام الإجرائية فى الخصومة المدنية تتوزع على أساس أن الواقع من عمل الخصوم، وأن القانون من عمل القاضى - المحكم - ولا يوجد فى التشريع المصبرى تنظيم عام يحدد دور القاضى والخصوم فى نطاق كل من الواقع والقانون، وذلك على العكس من قانون المرافعات الفرنسى الذى أفرد فصلاً لكل من الواقع والقانون فى باب تمهيدى، واعتبر هذا التشريع أن القاضى هو السيد فى مجال القانون، وأن الخصوم هم

فالخصوم يوضحوا سبب الطلب، بمعنى الوقائع المركبة التي تكون العناصر الجوهرية التي تصلح لتطبيق القاعدة القانونية التي يستندون إليها وفقاً للقانون الذي تم اختياره وفقاً لاتفاقهم، أو فوضوا في اختياره لهيئة التحكيم.

وتقيد المحكم بموضوع وسبب النزاع، لا يقتصر فقط على التحكيم العادي، وإنما يتقيد به المحكم مع التفويض بالصلح<sup>(١)</sup>. ذلك أن تفويض المحكم في الصلح وأن وسع من سلطاته بعدم تقيده بقواعد القانون الموضوعية، فإنه لا يؤدي إلى إعطاء المحكم سلطة الفصل في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم أو على وقائع لم ترد في طلبات الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، ولو كان مرتبطاً بالطلب الأصلي أو مكماً له، طالما لم يطلبه الخصوم<sup>(٢)</sup>.

وعدم تقيد المحكم بموضوع وسبب النزاع، والخروج عليهما يجعل حكم المحكم باطلاً. فالمحكم الذي يقضى في غير ما طلب منه، أو في أكثر مما طلب منه، أو يبنى حكمه على وقائع لم يتحقق بمقتضاها مبدأ

---

السادة في مجال الواقع. أنظر في تفصيل ذلك: د. عزمى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون - كحل تأصيلي لمشكلة تغير أساس الإدعاء - سبب الدعوى بحث منشور في مجلة المحامى الكويتية أكتوبر ١٩٨٦.  
MIGUET: immutabilite et evolution du Litige: Thèse. L.G.D.J. 1977. P. 54 et N 44.

(١) التحكيم بالصلح شأنه شأن التحكيم العادي يلتزم فيه المحكم باحترام موضوع النزاع كما حدده الخصوم، وشرط التفويض بالصلح بخول للمحكم فقط وفي إطار طلبات الأطراف حرية أوسع في البحث في عناصر الواقع المطروحة في المناقشات أو في القانون عن الحل الأكثر عدالة، لذا فإن اتفاق التحكيم يحدد في الواقع سلطات المحكم المفوض بالصلح، كما يقيّد سلطات المحكم العادي. د. محمد نور شحاته: ص ٣٢٠ والحكم المشار لديه.  
Limoges 25 Nov. 1986 Rev. arb. 1988, 143.

قارن:

Cass. Civ 16 juin 1967 Bull. Civ. 1. 217.  
Rev. arb. 1977. 269.

(٢) د. فتحي والي: التحكيم: ص ٣٠٣ بند ١٥٧. د. محمد نور شحاته. الإشارة السابقة، د. عاشور مبروك: الإشارة السابقة.

المواجهة، أو على وقائع ليست فى المرافعة، يكون المحكم قد تجاوز ولايته التى يحددها ليس فقط اتفاق التحكيم، وإنما أيضاً ما يطلب منه الحكم به<sup>(١)</sup> كما يعد هذا الخروج انتهاكاً لكل من مبدأ المواجهة والحق فى الدفاع، إذ يكون المحكم قد قضى فى مسألة لم يتحقق بمقتضاها المواجهة بين الأطراف، ولم يمكن الخصوم من إبداء دفوعهم بشأنها، وهو ما يتعلق بالنظام العام<sup>(٢)</sup>.

جـ. احترام مقتضيات الدفاع:

لا تثار صعوبة عندما تكون الوقائع اللازمة لتطبيق قاعدة قانونية أمره قد نوقشت بمعرفة الخصوم، إذ يجب على المحكم أن يحكم بها من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك الخصوم بهذه القاعدة أمامه<sup>(٣)</sup> وإنما الصعوبة عندما تكون الوقائع الأساسية لتطبيق هذه القاعدة قد عرضت بصفة عارضة، دون أن يتمسك بها الخصوم، أو تمنح لهم فرصة لمناقشتها. ترى مع البعض<sup>(٤)</sup> أنه على المحكم تطبيق هذه القاعدة، إلا أنه يلتزم فى نفس الوقت

(١) نقض مدنى ١٩٧٨/١/٢٥ فى الطعن ٤٠ /٧٥٤ مشار إليه لدى د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

Cass. Civ. 30 Mai 1980 Rev. arb. 1981. P. 137.

=Cass. Civ. 20 dec. 1971 Rev. arb. 1972. obs. Loquin. Paris 6 Avril 1995 Rev. arb. 1995. P. 448. Paris 31 Nov. 1980 Rev. arb. 1984. P. 129.

(٢) د. عاشور مبروك: ص ٨٤ وما بعدها بند ٢٨. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ١٠٩. د. فتحى والى: ص ٣٠٣ بند ١٥٧.

Paris 16 janv, 2003. Rev. arb 2004-369 Note Jaeger. Paris 24 mai 1974, D. 1974 Note Robert. P. 706.

(٣) فالمحكم يتقيد دائماً بالأحكام الأمرة فى القانون الإجرائى الواجب التطبيق حتى عند تفويضه بالصلاح، ويمتنع عليه أن يطبق القواعد الإجرائية التى يتفق عليها الأطراف، إذا تبين له أنها مناقضة للقواعد الأمرة أو الأسس الجوهرية التى يقوم عليها النظام القانونى الإجرائى، ويؤكد ذلك المادة ٢٢ من قواعد اليونسترال على عدم إمكانية اتفاق الأطراف على الخروج عن القواعد التى لا يجوز الخروج عليها فى القانون الإجرائى الواجب التطبيق.

(٤) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص ٤٨. واجب القاضى فى احترام مبدأ المواجهة ص ٤٨. د. طلعت دويدار ضمانات التقاضى: ص ٢١٣. د. إبراهيم



- احتراماً لمبدأ المواجهة - أن يلفت نظر الخصوم إلى ذلك حتى يستطيع هؤلاء إثبات هذه الوقائع، أو منازعتها ومناقشتها، حتى لا يكون تطبيق القاعدة مفاجأة لهم، مما يعد إخلالاً بحقوق دفاعهم.

وإعمال المحكم لهذه القاعدة، والتزامه بلفت نظر الخصوم بشأنها، يجد له أساساً تشريعياً فى نصوص قانونية معتمدة، حيث تنص المادة ٨ مرافعات فرنسى، على أنه يجوز للقاضى، ومن ثم المحكم أن يدعو الأطراف لتقديم إيضاحات حول الواقعة الضرورية لحل النزاع، وهو ما نصت عليه المادة ٣٧١ من قانون أصول المحاكمات اللبنانى بقولها "للقاضى والمحكم - أن يطلب من الخصوم بشأن الوقائع أو النقاط القانونية الإيضاحات التى يراها ضرورية للمحكم فى النزاع".

وترتيباً على ذلك، إذا أراد المحكم أن يأخذ فى اعتباره عنصراً واقعياً قدمه الخصوم، ولكنهم لم يتمسكوا به بشكل خاص لتأسيس إدعاءاتهم، تعين عليه لفت نظر الخصوم إلى هذا العنصر وسماع وجه نظرهم بشأنه احتراماً لمبدأ المواجهة<sup>(١)</sup> والقول بذلك لا يعد خروجاً على قاعدة أن من يمارس الوظيفة القضائية قاضى أو محكم غير ملزم بأن يلفت نظر الخصوم لمقتضيات دفاعه<sup>(٢)</sup> وإنما هو احترام المحكم لمقتضيات الدفاع. وتعد سلطة المحكم فى هذه الحالة مظهرة وموضحة لما قدمه الخصوم من وقائع عن طريق استخراجها من ملف القضية وإبرازها<sup>(٣)</sup> وهو ما يتفق وطبيعة التحكيم الذى ينطوى على قدر كبير من المرونة والسرعة والتخفيف من الإجراءات.

نجيب سعد: قاعدة لا تحكم: ص ٦٥ وما بعدها. د. علي هيكل: ص ١٥٢ وما بعدها بند ١٤٤ وما بعده.

(١) Couchez (G.) Principe directeur du Procés Principe Comtradiction. Jur. Class. Pre. Civ. 1973 Fasc. 156 N 54.

ثم أنظر المراجع المشار إليها فى الهامش السابق نفس الإشارات.

(٢) د. هدى عبد الرحمن: المرجع السابق ص ٢١٦.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: أساس الإدعاء: ص ٣٢١ وما بعدها. د. أحمد هندى:

المشكلات ص ١٣٩ بند ٢٠.

**المطلب الثاني**  
**سلطات المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات**  
**وما يرد عليهم من قيود**

١٩. تمهيد:

لم يعد دور المحكم قاصراً على مراقبة توافر الشروط المطلوبة قانوناً في الدليل محل الإثبات. أو في تقديره لما يطرح عليه من أدلة، وإنما يملك اتخاذ زمام المبادرة ويأمر بإجراء تحقيق من تلقاء نفسه لتتوير عقيدته أو تأكيد اقتناعه بصدد المنازعة المطروحة أمامه. وقد أعطت منظمات ومراكز التحكيم للمحكمين سلطة اتخاذ ما يرونه مناسباً من إجراءات التحقيق والإثبات<sup>(١)</sup>. كما اعتمدت التشريعات المعاصرة ونصت على أن للمحكم أن يأمر من تلقاء نفسه بإجراءات التحقيق المقبولة تطبيقاً للمادة ١٠ مرافعات فرنسي<sup>(٢)</sup>. وهو ما يكشف عن إرادة التشريعات الصريحة على أن لهيئة التحكيم حرية تقدير إجراءات الإثبات، كما تملك اتخاذ ما تراه من إجراءات الإثبات تكون لازمة للفصل في النزاع. وإذا كانت هيئة التحكيم تملك هذا وذلك، فهي شأن قضاء الدولة تملك العدول عن أي إجراء من إجراءات الإثبات، كما تملك رفض اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات. وإذا كانت أنظمة التحكيم والتشريعات المعاصرة قد أعطت للمحكمين - وكما سنرى - سلطة اتخاذ كافة إجراءات التحقيق، والأمر بما يرونه مناسباً من إجراءات الإثبات، فإن الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم تقتضي تقييد هذه السلطة بقيود، ممثلة هذه القيود في ضرورة احترام المبادئ

(١) نصت المادة ٢٠ من لائحة غرفة تحكيم باريس على أن "لهيئة التحكيم وهي بصدد التحقيق في النزاع سلطات واسعة وتملك الأمر بإجراءات الإثبات التي تراها مناسبة، وهو نفس ما نصت عليه المواد ٣/٢/٢٤، ٣/٢٥، ١/٢٧ من قواعد اليونسترال، ٢٣، ٢٥ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي. المواد ٣٣ - ٣٨ من لائحة نظام التحكيم السعودي. المادة ٢١ من لائحة غرفة تحكيم سترازابورج.

(٢) المادة ٢٥ تحكيم مصري بعد أن أوردت مبدأ عام بمقتضاه يملك المحكمون سلطة تحديد إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة... المواد ٢، ٧، ١٠٦، ١٣١، ١٣٥، إثبات مصري. والمواد ٢٨، ٢/٣٣، ١/٣٦ من نظام التحكيم السعودي المادة ٣/٢٧ من قواعد اليونسترال.

الأساسية للتقاضى فى مجال الإثبات، وضرورة اتخاذ هذه الإجراءات بمعرفة هيئة التحكيم مجتمعة. وأن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الجبر. فى مسألتين متعاقبتين نتناول ذلك.

أولاً: سلطات المحكمين فى اتخاذ إجراءات الإثبات.

ثانياً: القيود الواردة على المحكمين فى اتخاذهم لإجراءات الإثبات.

أولاً: سلطات المحكمين فى اتخاذ إجراءات الإثبات: ٢٠- تمهيد:

لهيئة التحكيم سلطة اتخاذ أى إجراء من إجراءات الإثبات. وسلطتها فى رفض إجراء من تلك الإجراءات. وسلطتها فى العدول عنه، وسلطتها فى تقدير هذه الإجراءات. فى مسائل أربعة متعاقبة نتناولها على النحو التالى:

٢١- ١- سلطة هيئة التحكيم فى اتخاذ أى إجراء من إجراءات الإثبات:

القاعدة العامة أن إجراءات الإثبات تتخذ بناءً على حكم يصدر بإجرائها سواء كان ذلك بناءً على طلب أحد الخصوم، أو من تلقاء نفس هيئة التحكيم. ذلك لأن المحكم يصدر حكماً فى المنازعة المعروضة عليه، هذا الأمر يتطلب منه السعى لتكوين عقيدته واقتناعه بالحكم الذى يهدف إلى الوصول إليه لحل المنازعة المطروحة أمامه، والوصول لهذا الحكم قد لا يتم إلا عن طريق الأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، كالأمر بالزام الخصم بتقديم مستند تحت يده سواء بناءً على اتفاق الخصوم، أو أن يأمر بالاستجواب أو المعاينة أو الخبرة، حيث يكون لهيئة التحكيم سلطة اتخاذ أى إجراء من هذه الإجراءات ولو من تلقاء نفسها.

وهيئة التحكيم فى ممارستها لهذه السلطة، يكون شأنها شأن قضاء الدولة، فيمكنها الأمر من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم - إذا تطلبت ظروف المنازعة، كما فى حالة عدم كفاية المستندات التى قدمها الخصوم لتكوين عقيدتها - باتخاذ ما تراه من إجراءات الإثبات اللازمة

للفصل في الخصومة التحكيمية، مع مراعاة ما اتفق عليه الأطراف، أو ما ورد بشأن نصوص خاصة<sup>(١)</sup>.

ومنح هذه السلطة لهيئة التحكيم يقصد به إعطاءها الصلاحيات التي يمكن من خلالها ممارسة دور فعال في مرحلة الإثبات، ومنحها سلطة الأمر بانخاذ ما تراه مناسباً لهذه المرحلة، للوصول إلى الحقيقة الموضوعية في النزاع المطروح أمامها. وليس القصد منه رفع عبء الإثبات عن كاهل الخصم المكلف به، فالخصم هو المكلف بإثبات ما يدعيه<sup>(٢)</sup>، ومشاركة هيئة التحكيم في هذه المرحلة وسلطتها في اتخاذ ما تراه مناسباً للفصل في النزاع، الهدف منه تكملة الأدلة المقدمة في الدعوى أو لتقدير اقتناعها بهذه الأدلة.

ومن الثابت، أن الأمر بانخاذ إجراء من إجراءات الإثبات يكون جوازي لهيئة التحكيم حسب ما يتراءى لها من ظروف الدعوى، فإذا تبين لها عدم أهمية هذا الأمر، وأن الأدلة المقدمة في الدعوى كافية لتكوين عقيدتها والحكم فيها، لها ألا تجيب الخصوم إلى طلبهم، وليس للخصوم

(١) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٥ بند ١٠٨، د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار التعليق على قانون الإثبات ط ٤ منشأة المعارف ١٩٩٤: ص ٩٠، د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٠ بند ٤٧٥. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٨٦ د. محمد نور شحاته: ص ٣٤٦ وما بعدها. د. عاشور مبروك: ص ٢٨٨ بند ١٧١. د. عاطف الفتى ص ٤٣٠. نجيب أحمد الجبلى: التحكيم فى القانون اليمنى رسالة الإسكندرية ١٩٩٦ ص ٣٧٣. د. عياد القصاص: قانون التحكيم: ٢٠١٥، الطبعة الأولى، ص ٣٠٧ = وما بعدها = بند ١٠٢. د. أحمد هندى: المشكلات: ص ١٤٢ بند ٢٢. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٥٦.

MAYER: le Pouvoir des arbitres Rev. arb. Op. cit. p. 163.

Perrat L'administation de la Preuve Rev. arb. Op. cit. P. 167

Boisseson: op. cit. p. 248

Robert et Moreau: op. cit. N 236. Cornu et Foyer: op. cit. P. 750 N

195. CADIET: op. cit. P. 790 N 1533.

(٢) وعبء الإثبات يقع على كاهل الخصم المكلف به هو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى حيث تنص المادة ٦ مرافعات على أنه " يلتزم الأطراف بإقامة الدليل على إدعائاتهم.."

Le Juge Ne Peut Fonder Sa décision sur de faits quine sont pas dansle débat'

الحق في أن يعيىوا عليها موقفها هذا، لما لهيئة التحكيم من سلطة تقديرية في إجابة طلب الخصومة أو على العكس عدم إجابته إذا تبين لها أنه غير مجد بالنظر إلى ظروف الدعوى، وما هو ثابت فيها من الأدلة والوقائع التي تكفى لتكوين عقيدتها، وبحسبها أن تبين في حكمها الأسباب التي اعتمدت عليها في عدم إجابتها لهذا الطلب.

والسلطة الممنوحة للمحكم أو هيئة التحكيم في اختيارها لإجراء التحقيق المناسب والكافى لتكوين عقيدتها، أو لتعزيز اقتناعها، وكذلك سلطتها في الأمر به يجد أساسه ومبناه في نصوص تشريعية ثابتة<sup>(١)</sup> كما حرصت أنظمة التحكيم المعاصرة بالنص عليها صراحة "لهيئة التحكيم أن تجتمع في أى مكان تراه مناسباً للمداولة بين أعضائها ولسماع أقوال الشهود والخبراء أو طرفى النزاع أو المعاينة محل النزاع أو لفحص المستندات أو الإطلاع عليها" مادة ٢٨ من نظام التحكيم السغوى. "يجوز لمحكمة التحكيم أن تطلب من الأطراف تقديم أدلة إضافية في أية مرحلة من مراحل التحكيم" مادة ٥/٢٠ من لائحة غرفة تحكيم باريس<sup>(٢)</sup>. فهذه النصوص وغيرها حولت لهيئة التحكيم رخصة في أن تأمر باتخاذ ما تراه لازماً من إجراءات الإثبات للفصل فى النزاع، ودون أن تكون ملزمة باستخدام هذه الرخصة، طالما أنها قدرت أن الأدلة المقدمة إليها تكفى لتكوين عقيدتها والحكم فى الدعوى<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان الثابت أن لهيئة التحكيم سلطة فى أن تأمر ولو من تلقاء نفسها باتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات الإثبات، إلا أن هذه السلطة

(١) أنظر فيما سبق بند ١١.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٧.

(٣) Cass. Civ. 7 mai 1996 Bull. Civ. 111. 1996. P. 71 N 110.  
Cass. Civ. 1. juin 1976. j. c. p. 1976. Iv. 282.

مع ملاحظة إذا لم يكن للخصم وسيلة لإثبات أخرى لما يذعيه تبين على المحكمة أو هيئة التحكيم إجابته إلى طلبه، وألا تكون قد أخلت بمحقوق الدفاع. نقض مدنى جلسة ١٩٧٣/٦/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٤٦.

ليست مطلقة، وإنما مقيدة بقيود بعضها مستمد من طبيعة الأشياء، والبعض يفرضه المشرع، والبعض الآخر هو مدى ملائمة الإجراء للنزاع. أما القيد المستمد من طبيعة الأشياء، تقتضى هذه الطبيعة بأن الواقعة المراد إثباتها محددة وممكنة الحصول ومتنازعاً فيها<sup>(١)</sup>. والقيد الذى يفرضه المشرع حرصاً على سير العمل التحكيمى، وتحقيقاً لمصلحة عليا تتعلق بالنظام العام، فنص صراحة على أنه يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى منتجة فيها جائزاً قبولها مادة ٢ إثبات مصرى<sup>(٢)</sup> وغير مخالفة للنظام العام مادة ١١ تحكيم مصرى ٥٥١ مدنى مصرى<sup>(٣)</sup>. وأخيراً، ملائمة الإجراء لطبيعة النزاع تشكل قيدا على سلطة هيئة التحكيم عند اختيارها لإجراء الإثبات، فيتم بناء على تقدير موضوعى، وفى ضوء المسائل التى يثيرها النزاع، فتتمكن من الموازنة بين الاحتفاظ بالجوهر القضائى للخصومة، وبين اختيار القواعد الملائمة لطبيعة النزاع، واطاعة فى الاعتبار أن عدالة الإجراءات لا تعنى عدالة الإجراء فى ذاته، وإنما تعنى أيضاً ملائمة الإجراء للنزاع المطروح فى كافة جوانبه، فمثلاً قد تكون المرافعة الشفوية أمراً لازماً فى نزاع، وقد يكتفى بتقديم المستندات فى نزاع آخر، دون حاجة لإجراء مرافعة أو سماع شهود، وهكذا<sup>(٤)</sup>.

٢٢-٢. سلطة هيئة التحكيم فى رفض إجراء من إجراءات الإثبات:

إذا كان المحكم يستطيع اتخاذ أى إجراء من إجراءات الإثبات لتكوين عقيدته أو لتعزيز اقتناعه، فهو يستطيع رفض اتخاذ إجراء الإثبات الذى قد يطلبه أحد الخصوم، إذا قدر المحكم أن هذا الإجراء لن يزيد شيئاً فى اقتناعه أو غير متعلق بالدعوى، أو غير منتجة فيها، أو على الكل ليس

(١) أنظر فيما سبق بند ٢.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: ص ١٢٣ وما بعدها بند ٥٩.

Boisséon: op. cit. P. 38.

(٤) د. هدى عبد الرحمن: ص ٢١٢ بند ١٦٨. د. على اسماعيل غازى: المرجع

السابق ص ٣٥٦.

له قيمة إجرائية، أو أن الخصم لا يستهدف من طلبه سوى التسوية وإزالة إجراءات الخصومة حتى تفوت مهلة التحكيم<sup>(١)</sup>.  
 ويصد ذلك، يقول بعض الفقه<sup>(٢)</sup> "لا تلزم هيئة المحكمين بسماع جميع الشهود المطلوبين ويظل من حقها رفض سماع الشهود الذين تهدف شهادتهم إلى إثبات وقائع غير منتجة في الدعوى، ويمارس المحكمون حقهم هذا بحرص شديد حتى لا يتعرض حكم التحكيم للطعن عليه لإخلال بحق الدفاع".

ومن تطبيقات ذلك، سلطة هيئة التحكيم في رفضها لندب خبير، إذا وجدت في وقائع الدعوى والأوراق والمستندات عناصر تكفي لتكوين عقيدتها لإصدار الحكم في الدعوى دون الرجوع إلى الخبرة<sup>(٣)</sup>، أو قدرت أن الخبرة غير مفيدة أو غير منتجة ولن تضيف جديداً في الدعوى، أو أن طلب الخبرة ليس وثيق الصلة بموضوع النزاع<sup>(٤)</sup>، أو لتحقيق وقائع غير متنازع فيها<sup>(٥)</sup> أو أن الخصم اساء استعمال حقه في طلبه للخبرة، كما لو

- (١) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة، د. عاشور مبروك: ص ٢٨٩ بند ١٧٢.  
 د. عزى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٨٦. د. نجيب الجبلى: ص ٣٧٣ د.  
 مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٠ بند ٤٧٥. د. عبد الباسط  
 جمبى: الإساءة في المجال الإجرامى، مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص  
 ١٩٨٣.

Pererat: L'adminstration de la Preuve Rev. arb. Op. cit. P. 167  
 Robert et Moreau: op. cit. N. 236  
 Loquin op. cit. Jour. Calis. Fosc. 1036 N 44.

وفى تطبيق ذلك أنظر: نقض مدنى ١٩٧٢/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض  
 السنة ٢٣ ص ٥٢١ قاعدة ٨٢. نقض مدنى ٢٥ يونية ١٩٧٠ مجموعة أحكام  
 النقض السنة ٢١ ص ١٠٧٦ قاعدة ١٧٣.

- Coss. Req 5 jvin 1926.S. 1926-1.202.

- (٢) د. أكثم الخولى: بدء التحكيم وسيره طبقاً لنظام التوفيق والتحكيم التجارى  
 لغرفة تجارة وصناعة دوى ص ٢٤ مشار إليه لدى د. عاشور مبروك: الإشارة  
 السابقة.

Coss. Com. 11. déc. 1979. Bull. Civ. IV. P. 263. N 334. (٣)

Coss. Civ. 26 Nov. 1980 Goz Pal. 3. 5. moi 1981. (٤)

Coss. Civ. 24 Fev. 1993. N. 78.

- (٥) د. محمود جمال الدين زكى: الخبرة فى المواد المدنية والتجارية ١٩٩٠ مطبعة  
 جامعة القاهرة ص ٧٧ بند ١٨.

كما لو قصد من ورائه كسب الوقت والمماطلة لإطالة أمد التقاضى<sup>(١)</sup>. وما ينطبق على الخبرة ينطبق على أى دليل من أدلة الإثبات. اللهم إلا إذا كان سلوك دليل أو وسيلة معينة أمراً وجوبياً أو على العكس محظوراً على هيئة التحكيم وفقاً لاتفاق التحكيم<sup>(٢)</sup> حيث تلتزم الهيئة باحترام الاتفاق مصدر ولايتها وإلا كان حكمها معرضاً للبطلان<sup>(٣)</sup> وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٣/١٤ من لائحة غرفة تحكيم باريس من أن للمحكم الفصل فى الوثائق وحدها إذا طلب الأطراف ذلك أو اتفقوا عليه.

وإذا كانت هيئة التحكيم تملك رفض اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات وفقاً لسلطتها التقديرية، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، وإنما مقيدة بضرورة تسيب الحكم الصادر بالرفض، لكون هذا الحكم قد سبق مناقشته حول جدوى إجراء الإثبات الذى تم رفضه، وهى مسألة قد تمت المواجهة بشأنها بين أطراف الخصومة التحكيمية، ومن ثم إذا رفضت الهيئة إجراء من إجراءات الإثبات ينبغى عليها تسيب رفضها<sup>(٤)</sup>.

(١) محمود جمال الدين: المرجع السابق ص ٨٣ بند ٢٠. د. على الشحات الخديدي: دور الخبير الفنى فى الخصومة دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٣ ص ١١٨.

(٢) ولكن ما الحكم لو حظر أطراف التحكيم على هيئة التحكيم اللجوء إلى وسيلة معينة من وسائل الإثبات، كما لو كانت المعاينة مثلاً، بينما أصبحت هذه الوسيلة من حيث الواقع هى السبيل الوحيد لتمكين الهيئة من التصدى للنزاع والفصل فيه نرى مع البعض أنه لا مناص فى تلك الحالة سوى محاولة هيئة = التحكيم من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الأطراف فى الحصول على موافقة الأطراف فى الحصول على المعاينة، وذلك لتقيد هيئة التحكيم بمصدر ولايتها وسلطتها وفى حالة فشلها فى تلك المحاولة فإنه يتعين عليها إصدار قرار بإنهاء الإجراءات لعدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم = وفقاً للمادة ١/٤٨ تحكيم مصرى، فإن لم تفعل هذا أو ذاك، بل استمر الحال على ما هو عليه حتى انقضى الأجل المحدد للتحكيم، فإن الخصومة سوف تنقضى بالتبع لانقضاء مدته. د. عاشور مبروك: ص ٢٩٠ بند ١٧٣.

(٣) د. عاشور مبروك: الإشارة السابقة.

Boissieon: op. cit. p. 249. N 292. Fouchard. Coldman, Gaillard: op.cit. P. 952 N 1026.

(٤) أنظر فيما يلى بند ٦١.



٢٢ - ٢ - سلطة هيئة التحكيم في العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات:  
 إذا كانت هيئة التحكيم تملك الحرية في اختيار الإجراء المناسب لتوفير عقيدتها بصدد النزاع المطروح أمامها. وإن كان المشرع الفرنسي وفقاً لنص المادة ١٤٧. مرافعات وضع نصاً توجيهياً كإرشاد لكل من القاضى أو المحكم في اختياره لإجراء الإثبات، بأن يختار إجراء الأكثر بساطة والأقل تكلفة<sup>(١)</sup> نتيجة ذلك يملك المحكم العدول عن إجراء الإثبات الذى سبق وأن أمر به، إذا وجد أن ما فى أوراق الدعوى وظروفها وما وجد فيها كافياً لتكوين عقيدته، أو تعزيز اقتناعه، لأن تنفيذ الإجراء دون جدوى هو والعدم سواء. كما أن الإصرار على تنفيذ الإجراء رغم عدم جدواه سيخرج إجراءات الإثبات عن الهدف المرجو منها كوسائل تعين المحكم على سرعة البت فى المنازعات، لا كوسائل لإطالة أمد النزاع وضياح الوقت والجهد والمصاريف<sup>(٢)</sup>.

ومن تطبيقات عدول هيئة التحكيم عما سبق وأن أمرت به من إجراءات الإثبات، كأن تعدل عن تنفيذ قرارها باستجواب أحد الخصوم استناداً إلى ما قرره فى الدعوى تستقيم بغير حاجة إلى إجراء الاستجواب. أو عدولها عما كلفت به الخصم من إثبات دعواه فعجز، ما دام قد أقامت قضاءها على ما يؤدى إليه من أوراق الدعوى، أو عدولها عن إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده، كما يجوز لها أن تعدل عن نذب الخبير الذى انتدبته لبيان أجره المثل إذا ما تبينت الأجرة الحقيقية من أوراق الدعوى<sup>(٣)</sup>.

(١) Coss. Civ. 22 janv. 1980 Goz Pal. 1980 - 1 - p. 235.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٣٦٥ بند ١٠٨. التعليق على قانون الإثبات: ص ١٠٧. د. فتحى والى التحكيم: ص ٣٦٦ بند ١٩٧. د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال. ص ٦٩٠ بند ٤٧٥. د. عاشور مبروك ص ٢٩١ بند ١٧٤.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٤/٢/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٢٤٤ قاعدة ٤٣. نقض مدنى ١٩٨٤/٦/١٢ مجموعة أحكام النقض ٣٥ ص ١٦٢٣، نقض مدنى ١٩٧٠/٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٣٨١.

Coss. Civ. 9 Nov. 1977 Bull. Civ. 111. P. 292. N 383.

وعدول هيئة التحكيم عن الإجراء الذى سبق وأن أمرت به كما يكون صراحة، يمكن أن يكون ضمناً، كأن تذكر فى مدونات الحكم أنها وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها للحكم فى موضوع النزاع دون حاجة إلى تنفيذ ما سبق وأن أمرت به، فلا يعيب الحكم عدم الإفصاح صراحة فى محضر الجلسة أو فى مدوناته عن أسباب هذا العدول<sup>(١)</sup>.

وهيئة التحكيم وإن كانت تملك العدول عما سبق وأمرت به من إجراءات الإثبات<sup>(٢)</sup> إلا أن هذا العدول مقيد من ناحية أولى بالأى يكون هذا العدول قد تضمن قضاءً قطعياً فى مسألة تتعلق بجواز الإثبات أو عدمه، فإذا كانت هيئة التحكيم قد فصلت فى حكمها الذى أمرت فيه بالإحالة إلى التحقيق فى أمر جواز إثبات الواقعة موضوع التحقيق بالمعاينة، فإنها لا تملك العدول عن هذا الحكم، لأنه لا يقتصر على الأمر بإجراء المعاينة فحسب، بل يتضمن فوق ذلك قضاءً قطعياً بجواز الإثبات بهذا الطريق<sup>(٣)</sup>. وعدول هيئة التحكيم عما سبق وأمرت به من إجراءات الإثبات مقيد من ناحية أخرى، بأنه قاصر على ما سبق وأمرت به الهيئة من إجراءات، فلا يتعداها إلى ما قد تكون المحكمة قد أصدرته من أحكام باتخاذ إجراءات الإثبات، إذا كانت هذه الأحكام تتضمن قضاءً قطعياً فى مسألة تتعلق بجواز الإثبات أو عدم جوازه<sup>(٤)</sup>.

وفى حالة عدول هيئة التحكيم عن إجراء من إجراءات الإثبات، تملك الأمر بإجراء تحقيق آخر، حيث أن أمرها بالإجراء السابق والتى عدلت عنه

(١) د. سليمان مرقس: ص ١٢١ بند ٣٦. وفى تطبيق ذلك أنظر الأحكام السابقة.

(٢) وإذا كان قضاء الدولة يملك العدول عن إجراءات الإثبات، أو عدم الأخذ بنتيجة الإجراء، فمن باب أولى أجازتها لقضاء التحكيم الذى يمتاز بالمرونة والسهولة واليسر د. عاشور مبروك: الإشارة السابقة.

(٣) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٤٥٦ مجموعة عمر ص ٥٥١ رقم ١٩٦ مشار إليه لدى محمد وعبد الوهاب العشاوى: قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن المطبوعة النموذجية ج ٢، ١٩٥٨ ص ٤٨٥.

(٤) محمد عبد الوهاب العشاوى: ج ٢ ص ٤٨٥ بند ٩١٨. د. سليمان مرقس: الإشارة السابقة.

لا يعنى إهدار حقها فى اللجوء إلى وسائل أخرى لتحقيق الدعوى، ما لم تفصح عن ذلك صراحة، حيث أن الأمر بإجراء أو العدول عنه يدخل فى السلطة التقديرية لهيئة التحكيم<sup>(١)</sup>.

وسلطة هيئة التحكيم لا تقف عند حد العدول عن الإجراء التى سبق وأمرت به، بل أنها حتى بعد اتخاذ الإجراء تكون غير مقيدة بما أسفر عنه من نتائج<sup>(٢)</sup> فهىئة التحكيم لها مطلق الحرية - وكما سنرى - فى تقدير إجراء الإثبات التى تأمر به، فتأخذ بنتيجته أو على العكس عدم الأخذ بها. وفى أن تكون عقيدتها مما أمرت به من إجراء أو من غيره بما فى الدعوى من قرائن ومستندات<sup>(٣)</sup>. ذلك أن طرق الإثبات مقصود بها تمكين هيئة التحكيم من الوصول إلى الحقيقة فى النزاع المعروض عليها حتى تحكم بما تقتنع به ويرتاح إليها ضميرها، فإذا لم ترتح إلى ما يشهد به الشهود أو إلى ما انتهى إليه الخبير، كان لها أن تطرحه وأن تلتمس طريقاً غيره لتكوين عقيدتها<sup>(٤)</sup>.

وعدول هيئة التحكيم عما أمرت به من إجراء الإثبات، وكذا عدم تقيدها بما أسفر عنه الإجراء من نتيجة يجد أساسه ومبناه فى نصوص تشريعية معتمدة، حيث تنص المادة ٩ إثبات مصرى كقاعدة عامة على أن للمحكمة العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات... ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء.

(١) أنظر فيما يلى بند ٢٤.

(٢) محمد وعبد الوهاب العشماوى: الإشارة السابقة.

(٣) د. أحمد السيد صاوى: التحكيم: ص ١٣٦ بند ١١٣.

(٤) د. سليمان مرقص: ص ١٢٢ بند ٣٦. وفى تطبيق ذلك أنظر نقض مدنى

١٩٦٥/١١/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٩٣٥ قاعدة ١٥١،

نقض مدنى ١٩٦٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٢٨٨

قاعدة ١٨٥.

Coss. Civ. 9 Nov. 1977. R. T. D. Civ. 1978. P. 728. abs. Perrot.

غاية الأمر، أن القانون أوجب على هيئة التحكيم فى هذه الحالة - ضمناً للخصوم - أن تبين أسباب عدولها عن الإجراء فى محضر الجلسة<sup>(١)</sup> أما إذا عدلت عن نتيجة الإجراء، تعين عليها أن تبين فى حكمها الأسباب التى دعته إلى طرح نتيجة إجراء الإثبات التى باشرته حتى ييسر لأطراف التحكيم سبيل مناقشة هذه الأسباب إذا ما رفعوا دعوى أصلية ببطلان حكم التحكيم الصادر فى الموضوع.

وعليه فالمشرع اكتفى وفقاً لصراحة النصوص السابقة فى حالة العدول عن إجراء الإثبات لتلتزم هيئة التحكيم ببيان أسباب العدول فى محضر الجلسة. أما فى حالة إطراح نتيجة الإجراء بعد تنفيذه فقد اشترط بيان الأسباب فى الحكم الصادر فى الموضوع، يعد تكوين هيئة التحكيم عقيدتها من إجراء إثبات آخر غير الإجراء الذى لم تأخذ بنتيجته.

٤-٢٤ - سلطة هيئة التحكيم فى تقديرها لأدلة الإثبات:

ويقصد بتقدير أدلة الإثبات، تلك العملية الذهنية التى تنتهى بإقتناع المحكم أو عدم اقتناعه بوجود الوقائع التى يدعيها أو يحتج بها الخصوم<sup>(٢)</sup> والمحكم وهو بصدد تقديره لأدلة الإثبات المقدمة إليه يكون له نفس الدور

(١) مع ملاحظة أنه لا يلزم ذكر أسباب العدول فى محضر الجلسة فى حالتين. الحالة الأولى: إذا كانت هيئة التحكيم هى التى أمرت من تلقاء نفسها باتخاذ إجراء الإثبات. الحالة الثانية: إذا كان العدول قد تم ضمناً، فهى هيئة التحكيم ليست ملزمة بأن تصدر قراراً صريحاً يتضمن عدولها عن إجراء الإثبات. د. عزمى عبد الفتاح: تسيب الأحكام ص ١٤٠. محمد عبد الوهاب العشاوى الإشارة السابقة.

(٢) وتقدير الإثبات يختلف عن قبول الإثبات، الذى يدخل فيه بحث إنتاج الواقعة، ثم تطبيق قواعد قبول الإثبات وفقاً لطبيعة هذه الواقعة. كما يختلف تقدير الإثبات عن التكيف، فتكييف الواقعة بالنظر إلى قاعدة قانونية، معناه التحقق من قدرة هذه الواقعة، كما أقيم الدليل عليها أو كما ادعى بها على إنتاج الأثر القانونى الذى تفرضه هذه القاعدة: أنظر فى تفصيل ذلك. د. محمود جمال الدين زكى: المبادئ العامة فى نظرية الإثبات ص ١٨٠ وما بعدها بند ٣٨. د. علي هيكى: رسالة: ص ١٣٦ وما بعدها بند ١٢٧ وما بعده. د. عيد القصاص: قانون التحكيم ص ٣١٠ بند ١٠٣.

NORMAND: Thés. Op. cit. p. 144 N 156.

والسلطة التي للقاضي<sup>(١)</sup> فقد يكون له مجرد دور رقابي للدليل الذي استند إليه الخصم لإثبات إدعائه. وقد يكون دور تقديري فلا يبنى المحكم قضاءه إلا على ما يطمئن إليه وجدانه وشعوره. فدور وسلطة المحكم بالنسبة لأدلة الإثبات القانوني تختلف عن دوره وسلطته بالنسبة لأدلة الإثبات الأخرى.

فبالنسبة لأدلة الإثبات القانوني، كالإقرار، أو اليمين الحاسمة، أو الكتابة يكون للمحكم بصدها مجرد دور رقابي، يراقب توافر الشروط المطلوبة قانوناً في الإجراء أو الدليل الذي استند إليه الخصم لإثبات ادعائه، لا يستطيع المحكم تقدير الدليل أو أن يقضى وقف ما يقتنع به، بل تنحصر سلطته في التأكيد من توافر الدليل، وعندئذ عليه إعمال أثره، فيقضى به ولو كانت قناعته الداخلية متناقضة مع الحكم الذي أصدره، إذ يحل محل تقدير المحكم تقدير مسبق من المشرع<sup>(٢)</sup>.

فالإقرار، تصرف قانوني من جانب واحد ملزم لصاحبه بمجرد صدوره غير موقوف على رضا المقر له<sup>(٣)</sup> فإذا صدر صحيحاً مستوفى أركانته وشروطه، يكون الواجب الملقى على عاتق المحكم التقيد به، ويتعين عليه اعتبار الواقعة المعترف بها ثابتة بمجرد صدورهما من المقر، إذ أن الواقعة تثبت بإقرار المقر وليس بحكم المحكم. ويعد الحكم الذي يصدر في هذه

(١) د. فتحي والي: التحكيم: ص ٣٦٢ بند ١٩٨ - قانون القضاء المدني: ص ٥١٠ بند ٢٩٢. ثم أنظر الدراسة التفصيلية لأدوار القاضي في الإثبات د. سحر يوسف: دور القاضي في الإثبات مرجع مشار إليه سابقاً. د. عصام سليم: المرجع السابق، ص ١٣ وما بعدها.

(٢) د. فتحي والي: الإشارة السابقة: محمد وعبد الوهاب العشماوي: ص ٤٨١ بند ٩١٦ د. سحر يوسف ص ٦٥ بند ٤٥.

(٣) Coss. Civ. 25 janv. 1967 Bull. Civ. 1967. P. 24. N 35.  
ويترتب على الإقرار نتيجة مؤداها أنه لا يجوز للمقر أن يتحلل من إقراره بالعدول عنه إلا إذا ثبت أنه وقع في غلط، مما يتعين عليه أن يثبت هذا الغلط.  
أنظر:

Coss. Civ. 26 janv. 1972. Bull. Civ. 111. N 27.

الحالة، يثبت فيه المنازعة باعتراف المقر بالواقعة القانونية محل الإدعاء، مما يمتنع على المحكم أن يجرى تحقيقات سواء بنفسه أو بواسطة أعوانه للبحث عن أدلة أخرى بشأن الواقعة محل الإقرار.

واليمين الحاسمة<sup>(١)</sup> يقتصر دور المحكم على مراقبة حق الخصوم في توجيهها، فيراقب المحكم استعمال الخصوم لهذا الحق، وعدم التعسف في استعماله دون تقدير، بحيث لا يستطيع المحكم أن يرفض توجيهها متى كانت اليمين مستوفية الشروط المطلوبة قانوناً، ولم يكن هناك مظهر للتعسف في طلب توجيهها، وفي حالة رفض الطلب يتعين عليه أن يوضح الأسباب التي دفعته إلى رفض هذا الطلب وفقاً لنص المادة ١١٤ / ١ إثبات مصري.

أما الدليل الكتابي، أو المحررات المكتوبة بنوعها<sup>(٢)</sup> تقليدية أم الكترونية لها حجية ملزمة للمحكم كدليل لإثبات للواقعة المتنازع عليها، متى كانت مستوفية الشروط المطلوب توافرها قانوناً، ودور المحكم إزاءها يقتصر على مراقبة المحررات من حيث مظهرها وصحتها.

فالدور الرقابي يقتصر دور المحكم فيه على مراقبة توافر الشروط المطلوبة قانوناً في الدليل محل الإثبات لانزال حكم القانون عليه، ونتيجة لهذا الدور يتقيد المحكم بالدليل أو الإجراء الذي استند إليه الخصم لإثبات إدعائه دون أن يمارس المحكم دوراً تقديرياً إزاءه، أو أن يقضى وفق ما يقتنع به.

أما بالنسبة لأدلة الإثبات الأخرى، لا يقف دور المحكم بصدها عن خد مراقبة الدليل، بل يمارس سلطة تقديرية إزاء دليل الإثبات، فيكون للمحكم السلطان المطلق في تقدير كل دليل أو مستند يقدم إليه، لكي لا يبنى حكمه إلا على الدليل الذي يطمئن إليه وجدانه وشعوره<sup>(٣)</sup> ويوازن

(١) أنظر فيما يلي بند ١١٧.

(٢) أنظر فيما يلي بند ٦٧.

(٣) د. فتحي والي: التحكيم الإشارة السابقة، قانون القضاء المدني: الإشارة السابقة.

بين تلك الأدلة مراعيًا عدم الإخلال بدفاع جوهرى من شأنه لو صح لتغيير به وجه الرأى فى الدعوى<sup>(١)</sup> وألا يكون من شأنه مخالفة لقاعدة موضوعية من قانون الإثبات حينما يكون مقيداً بمراعاة أحكام قانون التحكيم وفقاً للمادة ٢٥ تحكيم مصرى، وأن يكون تقديره للوقائع مستساغاً ومقبولاً<sup>(٢)</sup> باعتبار أن الدليل أداة اقتناع يهدف صاحبه من ورائه إلى اقناع المحكم بأحقية مما يدعيه، ولهذا فإن للمحكم سلطة تقدير قيمة الشهادة للأخذ بها من عدمه، فيمكن له أن يأخذ بالشهادة المكتوبة مرجحاً إياها عن أدلة ومستندات أخرى واردة فى الدعوى، أو أن يأخذ بشهادة مكتوبة دون الأخرى<sup>(٣)</sup> أو لا يأخذ بها، والاكتفاء بالأدلة التى يراها كافية لبناء حكمه عليها وأدت إلى تكوين عقيدته<sup>(٤)</sup>.

وللمحكم الحرية فى استنباط القرائن، فله أن يأخذ بالقرائن التى يقتنع بها وتؤثر فى وجدانه ويرتب حكمه عليها<sup>(٥)</sup> ما دامت القرينة التى اعتبرها المحكم دليلاً تؤدى عقلاً ومنطقاً إلى ثبوت الواقعة المرتبة للأثر القانونى المدعى به وفقاً لنص المادة ١٠٠ إثبات مصرى، وسلطة المحكم فى إلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده<sup>(٦)</sup> وسلطته فى الأخذ بتقرير الخبير للأسباب

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٢٧ الطعن رقم ٨٠٦/٤٣ ق السنة ٣١ ص ١٥٦١، نقض ١٩٧٣/١/٢٥ السنة ٢٤ ص ٩٨ مشار لهذه الأحكام: د. عاشور مبروك: ص ٢٩١.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٥ وما بعدها بند ١٠٨ د. عاشور مبروك: ص ٢٩٢ بند ١٧٤ والأحكام المشار له فيه نقض ١٩٧٣/١/٢٥ الطعن رقم ٣٧/٥١٣ ق السنة ٢٤ ص ٩٨. نقض ١٩٧٣/٤/٣ مجموعة أحكام التقض السنة ٢٤ ص ٥٥٩. وتنص المادة ٤/٢٧ من قواعد اليونستيرال على أن "هيئة التحكيم هى التى تقرر مدى مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها بالدعوى وطابعها الجوهرى ووزنها".

Coss. Civ. 6 Fev. 1975. Bull. Civ. 11. P. 33 N 39. (٣)

Coss. Civ. 29 Avril 1981. Bull. Civ. 1. 1981. P. 118. N. 143. (٤)

(٥) نقض ١٩٤٦/١٠/١٠ مجموعة عمر ج ٥ ص ١١٣ رقم ٩٧  
Coss. Civ. 13 Janv. 1993. Bull. Civ. P. 8. N 11.

(٦) أنظر فيما يلى بند ٦٨.

الواردة به متى اطمأن إليه<sup>(١)</sup> كما أن للمحكم الحرية الكاملة فى تحديده  
لكيفية الإطلاع على المستندات التى يحتوى عليها ملف الدعوى، فىمكنه  
الالتجاء إلى إجراءات شفوية بحته فى دعوى الخصوم للحضور أمامه  
للإطلاع على كل ملف<sup>(٢)</sup> ويمكنه أيضاً أن يأمر بتقديم وتبادل المستندات  
كتابياً<sup>(٣)</sup>.

وسلطة المحكم فى تقدير توافر الدليل القانونى لا تعنى التعسف، وإنما  
تعنى استعمال المنطق والإحساس وخبرة الحياة من أجل تقدير توافر الدليل  
أو تقدير قيمته، وفاعليته فى الإقناع، ولهذا ليس للمحكم فى تقديره  
لأقوال الشهود أن يستند إلى ما يخرج بها عما يؤدى إليه مدلولها أو ما  
يتضمن تحريفاً لها<sup>(٤)</sup> وليس للمحكم فى تقدير طلب أحد الطرفين بشأن  
تكليف الطرف الآخر بتقديم مستند تحت يده أن يستند إلى غير الحالات  
التي حددها المشرع وفقاً لنص المادة ٢٠ إثبات مصرى<sup>(٥)</sup> وليس للمحكم -  
ولو كان مفوضاً بالصلح - أن يأمر بإدخال الغير للإلزامه بتقديم ورقة تحت  
يده، لأنه لا سلطان له على غير أطراف التحكيم<sup>(٦)</sup> كما ليس للمحكم أن  
يبنى حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له، أو موجود  
ولكنه متناقض لما أثبتته أو غير متناقض ولكنه من المستحيل عقلاً  
استخلاص تلك الواقعة منه أو على الكل الواقعة التى استخلصها غير

(١) أنظر فيما يلى بند ٢٤.

Limoges. 25 Nov. 1968. Rev arb 1968. 143.

(٢)

Paris. 12. jull. 1971. Rev. arb. 1973. 73 Not. Fouchard.

(٣)

(٤) د. فتحي والى: التحكيم: الإشارة السابقة. قانون القضاء المدنى. الإشارة

السابقة. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: الإشارة السابقة محمد وعبد

الوهاب العشماوى ص ٤٨١ بند ٩١٦.

(٥) أنظر فيما يلى بند ٦٩.

(٦) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ١٦٩ بند ١٠٨.



منتجة في الدعوى<sup>(١)</sup> فشان كل ذلك يجعل تقدير المحكم لواقعة الإثبات معيياً، ومن ثم يكون حكمه باطلاً.

والمحكم في تقديره للأدلة أو المستندات أو الوقائع أن يوازن بينهما مفضلاً بعضها على بعض، فيأخذ بما اطمأن إليه ضميره ووجدانه وي طرح ما عداه مما لم يطمئن إليه ليتغير به وجه الرأي في الدعوى. ودون أن يلتزم بإبداء أسباب ترجيحه دليلاً على آخر ما دام حكمه يقدم على أسباب تكفى لحمله وتسوغ النتيجة التي انتهى إليها، وللمحكم أن يطرح دليلاً لم يطمئن إليه، ولو كان هذا الدليل نتيجة إجراء أمر به<sup>(٢)</sup> ما دام بين أسباب ذلك في حكمه تطبيقاً لنص المادة ٩ إثبات مصرى، المادة ١٤٨٢ مرافعات فرنسي<sup>(٣)</sup>.

**ثانياً: القيود الواردة على سلطات المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات:**  
٢٥- تمهيد:

يرد على سلطة هيئة التحكيم وهي بصدد اتخاذ إجراءات الإثبات اللازمة للفصل في النزاع قيود ثلاثة: الأول: ضرورة احترام المبادئ الأساسية للتقاضى في مجال الإثبات. والثاني: مبدأ التحقيق الجماعى، والثالث: تجرد هيئة التحكيم من سلطة الجبر التي يحوزها قضاة الدولة.

٢٦- القيد الأول: ضرورة احترام المبادئ الأساسية للتقاضى في مجال الإثبات:

نظراً لأن ما يصدر عن قضاء التحكيم هو حكم بالمعنى الفني<sup>(٤)</sup> ويحوز الحجية التي تحول دون عرض موضوعه من جديد أمام القضاء<sup>(٥)</sup>

- (١) نقض ١٨ مايو ١٩٣٩ مجموعة عمرج ٢ ص ٥٦٠ رقم ٨٣. نقض ٢٢ فبراير ١٩٤٠ مجموعة عمرج ٣ ص ٩١٣ رقم ٣٣.
  - (٢) د. فتحى والى: التحكيم الإشارة السابقة. د. عاشور مبروك: ص ٢٩١ بند ١٧٤. د. عيد القصاص: الإشارة السابقة.
  - (٣) قارن د. فتحى والى: الإشارة السابقة.
  - (٤) د. فتحى والى: ص ٣٩٧ بند ٢٢٩. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٧٢ وما بعدها بند ١٠٩. د. أحمد هندی: التحكيم ص ٩٥ وما بعدها، بند ٢٤. د. عيد القصاص: حكم التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ ص ٦٨.
  - (٥) د. فتحى والى: ٤٦٠ بند ٢٦٤، د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٩٤ بند ١١٦.
- JAPIOT.R. Traité élémentaire de Procédure Civile et Commerciale 1939 P. 633. N. 980.  
Fauchard. Gaillard, Goldmarn: op.cit, P. 792.

مادة ٥٥ تحكيم مصرى ١/١٤٨٤. مرافعات فرنسى ، وبه تستنفد هيئة التحكيم ولايتها<sup>(١)</sup> لذا يجب على تلك الهيئة أثناء إدارتها لوسائل الإثبات أن تلتزم بنفس المبادئ التى تلتزم بها محاكم الدولة فى مجال الإثبات<sup>(٢)</sup> وهى مبادئ مسلم بوجوب مراعاتها والالتزام بها فى جميع نظم التحكيم فى مختلف الدول دون حاجة للنص عليها أو اتفاق الأطراف على مراعاتها، فبدونها لا يتصور إقامة عدالة حقيقية<sup>(٣)</sup> فهى مفترض ضرورى لإقامة العدالة<sup>(٤)</sup>. وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى حيث تنص المادة ٢/١٤٦٤ مرافعات على أن "تطبق دائما فى التحكيم المبادئ المنظمة للدعوى المنصوص عليها فى المواد من ٤ - ١٠ والمادة ١/١١ والمواد ١٣ حتى ٢١، ٢٢ مرافعات.

والمبادئ الأساسية للتقاضى فى مجال الإثبات يجب على المحكم احترامها، ولو اتفق الأطراف على ما يخالفها أو خوله القانون، أو اتفاق الأطراف أوسع السلطات لتنظيم إجراءات التحكيم فى هذا المجال، ولا يجوز بأى حال إعفاء المحكم من أى منها، فإذا انتهك المحكم مبدأ من هذه المبادئ، فإن الإجراء الذى انتهك المبدأ يكون باطلاً، مما يودى إلى بطلان حكم التحكيم إذا كان بطلان الإجراء قد أثر فى الحكم<sup>(٥)</sup>.

CADIET: op. cit. p 789 N 1533.

الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ - ص ٤٨ ع، ص ١٥٤٧، الطعن رقم ٢٠١٠ لسنة ٦٤ ق دلسة ١/٢٢/٢٠٠٨ المبادئ ص ١١٨ قاعدة ٢١٠.

- (١) د. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ٢٦ يناير ويوليو ١٩٨٤ ص ٥٧. د. عيد القصاص: ص ٣١٠ بند ١٠٤. Fauchard. Gaillard, Goldmarn: op.cit, P. 788 N° 1414.
- (٢) د. عاشور مبروك: ص ٢٩٧ بند ١٧٧. د. فتحى والى: ٣٦٣ بند ١٩٩٨. د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٨.
- (٣) د. فتحى والى: ص ٣٠١ بند ١٥٦. د. نبيل عمر: التحكيم: ص ١٥٤ بند ١٢٤.
- (٤) استئناف القاهرة - ٧ تجارى - ١٢/٣/٢٠٠١ الدعوى ٤١ لسنة ١١٧ ق تحكيم.
- (٥) د. فتحى والى: ص ٣٠١ بند ١٥٦، ص ٣٦٣ بند ١٩٨.

ومع اعتماد هذا القيد وضرورة الالتزام به<sup>(١)</sup> فقد يعفى المحكم أو يتحلل جزئياً من هذا الالتزام أثناء إدارته لوسائل الإثبات، نظراً للنشأة الاتفاقية لخصومة التحكيم من جهة، وما تتطلبه تلك الخصومة من جهة أخرى من مرونة وسرعة ومواءمة، مما يجعل هيئة التحكيم لا تقيد دوماً بإعمال كافة هذه المبادئ<sup>(٢)</sup> وما يتصور لها عدم التقيد به أو استبعاده من المبادئ مبدأ علانية الجلسات، حلف اليمين، وبصفة عامة المبادئ التي ترتبط بتنظيم مرفق القضاء كمجانية القضاء، وفيما عدا ذلك يلتزم المحكم بكافة المبادئ الأساسية للتقاضى فى مجال الإثبات، كمبدأ الحيادة والحياد<sup>(٣)</sup>، ومبدأ المساواة<sup>(٤)</sup> وعدم القضاء بعلمه الشخصى<sup>(٥)</sup> والطلب المقدم إليه سيباً وموضوعاً<sup>(٦)</sup>. ومبدأ المواجهة ليس فقط فى جلسات المرافعة أو جلسات التحقيق، بل وعند اتخاذ أى إجراء من إجراءات الإثبات المختلفة سواء تمت أمام هيئة التحكيم أو أمام أحد أعضائها أو أمام خبير<sup>(٧)</sup> مادة ٤/٣٦ من نظام التحكيم السعودى ويكفى لتحقيق مبدأ المواجهة تمكين

(١) وفقاً للمواد ٢٦، ٣٠، ٢/٢٣ تحكيم مصرى. والمادة ١/٥ من قواعد اليونسترال على أن حرية المحكمين بالنسبة للإجراءات مشروطة بوجوب احترام حقوق الدفاع، وأجازات الخصوم بالترافع أمامها، والمادة ١/٥ من اتفاقية نيويورك رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا ما هدرت حقوق الدفاع....

(٢) عاشور مبروك: ص ٢٩٧ بند ١٧٧.

(٣) أنظر فيما سبق بند ١٤.

(٤) أنظر فيما سبق بند ١٧.

(٥) أنظر فيما سبق بند ١٨.

(٦) أنظر فيما سبق بند ١٨.

(٧) د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٥٩ بند ١٠٦، فتحنى والى: ص ٣٠٤ وما بعدها بند

١٥٩. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٧.

Porret: rov. Arb. 1974. P. 161. Boisséon: op. cit. P. 449. N 292.

وقد أكد القضاء على تطبيق المبدأ فى أعمال الخبرة، فلا يجوز الاحتجاج بالخبرة إلا على الخصم الذى استدعى أو حضر أعمال الخبرة، وهذه القاعدة تستند إلى ضرورة احترام حقوق الدفاع. نقض ١٩٨١/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ ص ٣١٧.

Coss. Civ. 8 Juin 1979 Goz. Pal. Sept. 1979.

Coss. Civ. 17 Janv. 1985. D. 1985. 320.

الخصوم من إبداء دفاعهم مواجهة، ولهذا يكفي إخبار الخصم بالطلبات المقدمة من خصمه، ويكون المبدأ قد احترم سواء حضر لإبداء دفاعه أو لم يحضر، وسواء حضر ولم يبد دفاعاً أو حضر وأبدى دفاعه، وسواء كان فعالاً أو بغير فاعلية<sup>(١)</sup>.

ومن المبادئ أيضاً التي يتقيد بها المحكم مراعاة مقتضيات الدفاع<sup>(٢)</sup> وإحاطة الأطراف بكافة جوانب النزاع، والإطلاع على الأدلة والمستندات المقدمة، وكل ما يقدم في الدعوى من دفع أو وجه دفاع وإتاحة الفرصة لمناقشتها والرد عليها، وفق ظروف كل طرف في الخصومة<sup>(٣)</sup>.

والتقيد بهذه المبادئ والالتزام بها يظل قائماً طوال مرحلة الإثبات وتجاه جميع الأطراف حتى الخصم الغائب، حيث تلتزم هيئة التحكيم بإخطاره بكافة المراحل الإجرائية وخاصة مرحلة الإثبات متيحة له فرصة التعليق عليها والانضمام إليها في أى وقت، فلا تستتج البيئة من مجرد غياب المدعى عليه أو مقاطعته للإجراءات سوء نيته وتحكم عليه بطلبات خصمه وإلا كان إخلالاً بأهم المبادئ الإجرائية وهو الحق في الدفاع مما يترتب عليه بطلان الحكم<sup>(٤)</sup>.

٢٧- القيد الثاني: مبدأ التحقيق الجناعي: المبدأ والاستثناء عليه:

فالمبدأ يجب على هيئة التحكيم مجتمعة أن تقوم بإجراءات الإثبات، فليس لها أن تفوض أحد أعضائها القيام بذلك، ما لم يخولها الأطراف هذه السلطة، أو يخولها القانون الذى تطبقه بالنسبة للإجراءات<sup>(٥)</sup>. فإذا تعدد المحكمون يجب أن يشارك كل منهم بالتحقيق فى اتخاذ جميع الإجراءات التى تزودهم بمختلف عناصر الإثبات، التى تساعد على

(١) د. فتحى والى: ص ٣٠٦ بند ١٥٩.

(٢) أنظر فيما سبق بند ١٨. وفى تطبيق ذلك انظر: استئناف القاهرة ٦٣ تجارى ١٩٩٥/١٢/٢٠ الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٤.

(٣) Paris 13 - 11 - 1980 Rev. Arb. 1984. P. 129. Coss. Civ. 31

- 1 - 1979 Rev. arb. 1979. P. 360.

Paris. 8 - 11 - 1980 Rev. arb. 1983. P. 507.

(٤) د. فتحى والى: ص ٣٦٤ بند ٢٠٠.

تكوين قناعتهم. فالمبدأ ضرورة اشتراك جميع المحكمين فى اتخاذ جميع إجراءات الإثبات وطوال فترة الخصومة، وبالتالي لا يجوز الانفراد من جانب أحدهم فى اتخاذ إجراءات الإثبات دون علم الآخرين<sup>(١)</sup>.

والتقيد بمبدأ التحقيق الجماعى والالتزام به يطبق على هيئة التحكيم ولو كانت مفوضة بالصلح<sup>(٢)</sup> لأن الأهمية التى تكتسبها وسائل الإثبات والدور الحاسم الذى تلعبه فى بيان وجه الحقيقة فى موضوع النزاع تجبر هيئة التحكيم على الالتزام بالمبدأ سواء كانت مفوضة بالصلح أو غير مفوضة به<sup>(٣)</sup> لأن شرط التفويض بالصلح وإن كان يعفى المحكم من اتباع الإجراءات والمواعيد المطبقة أمام المحاكم إلا أنه لا يعفيه من اتباع القواعد الواردة فى قانون التحكيم باعتبار أنها تقرر ضمانات أساسية للخصوم ولا بد من مراعاتها وعدم الخروج عليها<sup>(٤)</sup> وإلا اعتبر هذا الخروج تجاوزاً من هيئة التحكيم لمهمتها المهود بها إليها ويترتب عليه بطلان الحكم

(١) أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٦١، ٢٦٢ بند ١٠٦، د. نبيل عمر: ص ١٩٥

بند ١٦٢ د. محمد نور شحاته: النشأة الإتفاقية ص ٣٥٥ وما بعدها. د. علي بركات: ص ٣٧٦ بند ٣٨١. د. أحمد هندی: التحكيم ص ٥١ بند ١٣.

Robert et Moreau: op. cit. P. 153. N 177.

Eloquin: inslançe arbitrale. Jur. Class. Pre. Civ. Fasc. 1063 N 97.

(٢) قارن حيث يرى البعض أنه يجوز لهيئة التحكيم المفوضة بالصلح الخروج على مبدأ التحقيق الجماعى ولو من تلقاء نفسها شريطة احترام مبدأ المواجهة، لأن المشرع وفقاً لنص المادة ١٤٦١ مرافعات فرنسى رخص للخصوم الخروج على مبدأ التحقيق الجماعى، ومن ثم فالنص لا يتضمن قاعدة أخرى. محمد نور شحاته ص ٣٥٧، ٣٥٨. وفى تطبيق ذلك أنظر:

Coss.. réq 27 janv. 1879. D. 1879. I. 262.

مشار لهذا الحكم لدى علي بركات ص ٣٧٨.

(٣) د. علي بركات: ص ٣٧٩ بند ٣٨٦.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٦٢ بند ١٠٦، ص ٢٦٥ بند ١٠٧. د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٥.

Garsonnet et Cézard - Bnru: Traite Théorique et Pratique de Procédure Civile et Commerciale. Sirey 3 ed 1913 P. 545 N 270  
Robert et Moreau: op. cit. P. 153. N 177.

من هيئة التحكيم لمهنتها المعهود بها إليها وترتب عليه بطلان الحكم التحكيمي ، لأن الهيئة لم تراعى القواعد المحددة لإطار وحدود سلطاتها<sup>(١)</sup> . وبالرغم من اعتماد الفقه لهذا المبدأ وما ذهب إليه من ضرورة قيام هيئة التحكيم مجتمعة بإجراءات الإثبات ، إلا أنه لم يقف حول أساس موحد بشأن هذا المبدأ . فالبعض يرى<sup>(٢)</sup> أن أساس هذا المبدأ يرجع إلى اشتراكهم جميعاً في نظر النزاع باعتبارهم هيئة واحدة ، ويرى البعض<sup>(٣)</sup> أن أساس هذا المبدأ هو أنه لا ينبغي توزيع المهام الإجرائية بين المحكمين ، بحيث يقوم كل منهم بدور منفرد عن الآخرين ، لأن شأن ذلك يضر بحقوق الدفاع . كما يرى البعض<sup>(٤)</sup> أن هذا المبدأ يوجه فكرة المحكم ممثل الخصم ، ويؤكد مبدأ حياد المحكمين ، كما أن في التزامهم بالتحقيق الجماعي ضمان ضد التحيز المحتمل لو انفرد أحدهم به . ومع تعدد هذه الآراء وتباينها الظاهر حول الأساس الفني للمبدأ ، إلا أنها متفقة في مضمونها له ، وتعد في مجملها أساساً سليماً لمبدأ التحقيق الجماعي<sup>(٥)</sup> .

والمبدأ يجد أساسه التشريعي في نصوص قانونية معتمدة ، فنصت المادة ١ / ١٤٦١ مرافعات فرنسي على أنه "يجب أن تتم أعمال الإثبات بواسطة جميع المحكمين ..." والمادة ٢ / ١٧٩ مرافعات كويتية على أن "إجراءات التحقيق والمحاضر الرسمية يتم اتخاذها بمعرفة جميع المحكمين ..." والمادة ٨٣٧ من قانون المرافعات المصري الملغى ٧٧ لسنة ١٩٤٩ بنصها على أن "يتولى المحكمون مجتمعين إجراءات التحقيق ..." . ورغم غياب النص

(١) Cass. Civ. 17 - 6 - 1981. rev. arb. 1985. 458. Paris 26 avril

1985 rev. arb. 1985. 311. Note Mezget. Civ. 25 mars 1999.

30 sep. 1999 Rev. arb. 2000 N.2 267 Note Georges-Betto.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٦٢ بند ١٠٦ ، د. محمد نور شحاته: الإشارة السابقة.

(٣) Robert et Moreau: op. cit: p. 153. Ni 77. D. Boissesson.

Op. cit. 246 ets N 291

Loquin: op. cit. N 97.

(٤)

(٥) د. علي بركات: ص ٣٧٧ بند ٣٨٨ . د. نبيل عمر: ص ١٩٥ بند ١٦٢ .

الصريح علي المبدأ في قانون التحكيم المصري الحالي<sup>(١)</sup> إلا أنه نص عليه ضمناً فوقاً للمادة ١ / ٥٣ لا يحكم بالبطلان إلا إذا كان من شأن بطلان إجراءات التحكيم التأثير في الحكم الصادر في الدعوى. وعلى فرض عدم النص فمبدأ التحقيق الجماعي يعمل به ولو بدون نص<sup>(٢)</sup>.

٢٨- الاستثناء على المبدأ:

قلنا أن المبدأ أنه يجب على هيئة التحكيم مجتمعة أن تشترك في اتخاذ جميع إجراءات الإثبات، فليس لها أن تفوض أحد أعضائها في ذلك، ما لم يخولها الأطراف هذه السلطة، أو القانون الذي تطبقه بالنسبة للإجراءات. وفضلاً عما قد يخوله الأطراف لهيئة التحكيم بشأن هذه السلطة، فقد أجاز القانون لهيئة التحكيم الخروج عن مبدأ التحقيق الجماعي في حالتين:

٢٩- الحالة الأولى: إذا كان اتفاق التحكيم يخول لأحد أعضاء الهيئة التحكيمية القيام بإجراءات الإثبات:

وذلك لأننا بصدد قضاء خاص مصدر وحدود ولايته اتفاق الأطراف، حيث تنص المادة ١ / ١٤٦٧ مرافعات فرنسي على أنه يجب أن تتم إجراءات الإثبات بواسطة المحكمين ما لم تفوض المشاركة أحدهم في القيام وحده بها<sup>(٣)</sup> والمادة ٢ / ١٧٩ مرافعات كويتى على أنه "إجراءات التحقيق ... يتم اتخاذها بمعرفة جميع المحكمين، ما لم يتفق الخصوم في اتفاق التحكيم على إمكان السماح لأحدهم باتخاذ إجراء ما بمفرده" ولو كانت هيئة التحكيم مقيدة بقواعد القانون<sup>(٤)</sup>. والمادة ٣ / ٣٩ من نظام التحكيم السعودي على أنه "يجوز أن تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة إذا صرح طرفا التحكيم.

(١) وكذلك قانون المرافعات المصري الحالي ١٣ لسنة ١٩٦٨ في باب التحكيم الملغى لم ينص على المبدأ.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٧٠ وما بعدها بند ١٠٨، د. فتحي والي: ص ٣٦٤ بند ٢٠٠، محمد نور شحاته ص ٣٥٥.

(٣) Boisséon: op. cit: P. 248. N 290.

(٤) د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٤. د. أحمد هندی: التحكيم ص ٥١ بند ١٣.

ورغم غياب النص التشريعي في قانون التحكيم المصري على هذه الحالة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من الأخذ بها<sup>(١)</sup> فيمكن للأطراف الاتفاق في مشاركة التحكيم على تخويل هيئة التحكيم سلطة تفويض أحدهم في القيام بأي إجراء من إجراءات الإثبات كسماع الشهود أو استجواب الخصوم أو توجيه اليمين المتممة أو الانتقال إلى المعاينة. ومبرر ذلك أن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، فلا يوجد ما يمنع من إعمال إرادة الخصوم في هذا الشأن سواء كان المحكم مقيد أو غير مقيد بقواعد القانون<sup>(٢)</sup>

ويؤكد القضاء الفرنسي<sup>(٣)</sup> أن الخروج عن مبدأ التحقيق الجماعي إذا اتفق الخصوم على تفويض أحد أعضاء الهيئة التحكيمية القيام وحده بإجراءات الإثبات لا يشكل إخلالاً بحق الدفاع أو مبدأ المواجهة بصفة خاصة، وبالتالي لا يكون حكم التحكيم معرضاً للبطلان وفقاً لنص المادة ١٤٩٢ مرافعات فرنسي. طالما وقف المحكمون جميعاً وأطراف الخصومة التحكيمية على حقيقة ما تم اتخاذه من أعمال الإثبات بواسطة أحد أعضاء الهيئة التحكيمية<sup>(٤)</sup>.

٣٠- **العائلة الثانية: إجماع المحكمون على نذب أحدهم لاتخاذ إجراء معين ويثبتوا نذبه في محضر الجلسة:**

حيث تنص المادة ١٧٩ مرافعات كويتية على أنه إذا تعدد المحكمون وجب أن يتولوا مجتمعين إجراءات التحقيق ما لم يجتمعوا على نذب واحد منهم لإجراء معين ويثبتوا نذبه في محضر الجلسة، كما نصت على هذه الحالة صراحة المادة ٨٣٧ مرافعات مصرية ملغى على أن يتول المحكمون

(١) د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٦٢ بند ١٠٦، د. فتحي والي: الإشارة السابقة. د.

نبيل عمر: الإشارة السابقة.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح: الإشارة السابقة، د. علي بركات: ص ٣٧٧.

(٣) Paris. 20 Svril 1985. rev. arb. 1985. 311. Note Mezger. (٣)

Coss. Civ. 2e 16 Nov. G. P. 1989. 1. Ponor. 2 rev. arb 1989. 490 Note. R.

مشار لهذه الأحكام لدى عاشور مبروك: ص ٣٠٢.

(٤) Robert et Moreau: Lic. Cit. Perrot: L'adminstration de (٤)  
La Prauve: op. cit. P. 176.



مجتمعين لإجراءات التحقيق .... ما لم يكونوا قد ندبوا واحداً منهم لإجراء معين وأثبتوا نذبه في محضر الجلسة" ، " أو أذن له جميع أعضاء هيئة التحكيم" مادة ٣/٣٩ من نظام التحكيم السعودي ، وفي هذه الحالة فإن المحكم الذي أجمع المحكمون على نذبه يعرض نتيجة عمله على هيئة التحكيم بأكملها قبل إصدار حكمها وإلا كان الحكم باطلاً<sup>(١)</sup> وتطبيقاً لذلك قضى بأن انفراد أحد المحكمين باتخاذ بعض إجراءات التحقيق لا يشكل في ذاته مخالفة لمبدأ المواجهة متى كان كل خصم قادراً على مناقشة أدلة الإثبات التي تم جمعها<sup>(٢)</sup>.

والسماح لهيئة التحكيم بالخروج عن مبدأ التحقيق الجماعي وإجماعهم على نذب إحداهم للقيام بإجراء معين مقيد بالأحكام المتفق عليها الخصوم يستوجب اتخاذ إجراءات الإثبات بمعرفة هيئة التحكيم مجتمعة ، فشان هذا الإتفاق يجعل ما قام به أحد أعضاء هيئة التحكيم ولو بإجماع منهم باطلاً ، ويؤدي إلى بطلان حكم التحكيم إذا كان بطلانه قد أثر في الحكم وفقاً لنص المادة ١/٥٣ تحكيم مصري ١/١٨٦ مرافعات كويتية ، ١٤٩٢ مرافعات فرنسية ، ٥٠/٥٠ من نظام التحكيم السعودي.

والمرجع الفرنسي لأن نص على الحالة الأولى من حالتى الخروج عن مبدأ التحقيق الجماعي - على نحو ما سبق - وفقاً لنص المادة ١/١٤٦٧ مرافعات فلم تتناول هذه المادة الحالة التي نحن بصدددها ، وهي حالة إجماع المحكمين على نذب أحدهم للقيام بإجراء معين من إجراءات الإثبات ، مما أثير خلاف في الفقه الفرنسي ، عليه ذهب البعض<sup>(٣)</sup> إلى القول بأن المشرع اشترط موافقة كل الخصوم لصحة قيام المحكمين بنذب أحدهم لاتخاذ إجراء معين ، ووفقاً لهذا الاتجاه ، فإن الإجراء الذي تم بواسطة أحد المحكمين دون

(١) د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٦١ بند ١٠٦. د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٥.

عاشور مبروك ص ٣٠١ ، د. علي بركات: ص ٣٧٨ بند ٣٨٤.

E. Loquin. Op. cit. N 58.

Paris. 26 avril. 1985. rev. arb. 1985. P. 116.

(٢)

R. David: L'arbitrage dans Les Commerce international  
E Comonica 1981. P. 418. N 328.

(٣)

المحكمين دون اتفاق الخصوم على تحويل هيئة التحكيم هذه السلطة يقع باطلاً. في حين ذهب الاتجاه الغالب في الفقه<sup>(١)</sup> إلى جواز نذب المحكمين لواحد منهم لاتخاذ إجراء إثبات إذا كان هذا الإجراء ذا طابع مادي بحت. ومبرر هذا الفقه ومبناه، أن مثل هذا الإجراء لن يغير من الحكم الذي سيصدر، خاصة إذا تعددت الإجراءات وتعقدت، وبالتالي لن تكون هناك ضرورة تستدعي مشاركة جميع المحكمين.

٢١- القيد الثالث: تجرد هيئة التحكيم من سلطة الجبر:

يملك قاضى الدولة الحكم بالإكراه المالى<sup>(٢)</sup> والإكراه البدنى<sup>(٣)</sup> والحكم بالحبس على من يخل بنظام الجلسة أو من لم يمثل إلى أمره بالخروج من الجلسة<sup>(٤)</sup> وحكم القاضى بكل ذلك لما له من سلطة إذا امتنع الخصم عن تقديم مستند أمره بتقديمه<sup>(٥)</sup> أو أخل بنظام الجلسة؟.

(١) Perrot: op. cit. rev. arb. 1974. p. 175. N 19 Robert et Moreau: op. cit. p. 153 ets. N 177. Coss. Civ. 7 oct. 1987 rev. arb. 1988. 649 Note. M.

(٢) فالقاضى يحكم بالغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ - أنظر المدنى ٢٠١٠ دار الجامعة الجديدة ص ١٠٦ وما بعدها.

Perrot. R. L'astrente ses aspects Nouveau. Gaz Pol 1991 - 2 - Doct. P. 801.

MARRUD. C. "Le droit de la Preuve La Production Forcées des Preuves en justice. J. c. p. 1973. 2572.

ويحكم القاضى بالغرامة إذا امتنع الخصم أو الغير عن تقديم مستند الزامه القاضى بتقديمه.

أنظر فى توضيح ذلك د. سحر عبد الستار يوسف: المرجع السابق ص ٣٨٥ وما يليها.

(٣) والإكراه البدنى يكون بالحبس كوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ، ويقتصر الحبس حالياً على ما جاء بالمواد من ٥١١ - ٥٢٣ إجراءات جنائية والمادة ١٣ = من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، وهو مشروط بأن يقبث لدى المحكمة قدرة المدين على الوفاء، وعدم امتثاله لما أمرته به المحكمة ولا يحبس المدين لأكثر من شهر ويفتدى الحبس بالضمان. أنظر: د. عزمى عبد الفتاح: قواعد التنفيذ الجبرى ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص ١٦ - ٢٢.

(٤) أنظر فى جرائم الجلسات وفقاً لنص المادة ٢٢٣ إجراءات جنائية. محمد زكى أبو عامر الإجراءات الجنائية ١٩٩٤ منشأة المعارف ص ٣٣٧ وما بعدها بند ١٥٦.

والفقه والقضاء لم يتفق على رأى موحد بشأن هذه المسألة، فذهب اتجاه منهم<sup>(٢)</sup> إلى أن المحكم يستطيع أن يلزم الخصم بتقديم ما لديه من أدلة إثبات، وإذا أخل الخصم بهذا الالتزام كان للمحكم الحكم عليه بالغرامة التهديدية لحمله على التنفيذ تحقيقاً لمصلحة العدالة واحتراماً لنظام التقاضى عام أو خاص. وصادف هذا الاتجاه اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى حيث تنص المادة ١٤٦٧/٣ مرافعات على أنه "إذا كان هناك دليلاً ... جاز لهيئة التحكيم أن تلزمه بتقديمه .. وعند الحاجة يجوز لها أن تفرض عليه غرامه تهديدية".

ومبرر هذا الاتجاه ومبناه، أن الغرامة التهديدية ليست طريقاً من طرق التنفيذ الجبرى الذى لا يملكه إلا سلطات الدولة التى تملك سلطة الجبر، وإنما هى مجرد وسيلة للإكراه والإجبار للقيام أو الامتناع عن عمل، وكان

---

= وفى المادة ١٠٤ مرافعات: د. أحمد هندى التعليق على قانون المرافعات الجزء الأول دار الجامعة الجديدة.

- (١) أنظر فيما يلى: بند ٦١.  
(٢) د. علي بركات: ص ٢٨٤ بند ٣٩٢. د. شحاته شلقامى: المرجع السابق: ص ١٣١ وما بعدها. د. معتز عفيفى: المرجع السابق ص ٥٤٩. د. عيد القصاص: التحكيم ص ٣١٤ بند ١٠٦.

Boisséon: op. cit. P. 260 ets N 306 Paris. 7 Juin 1990 rev. arb. 1990 P. 917 etss. Nots. J. H. Moity et vergne. C. Revvos 26 Sept. 1984. rev. arb. 1986. 441.

وأنظر فى العديد من أحكام المحاكم الأمريكية التى أجازت منح المحكم سلطة الجبر وصحة قضاءه بالتعويضات فى حالات لم تكن التعويضات العادية كافية لجبر الأضرار ومنها فى إحدى المنازعات قبلت محكمة استئناف نيويورك الحكم بالتعويضات العقابية والتى تمثلت فى الفارق بين السعر المعروض من جانب المشتري والسعر الذى تم البيع به بالفعل، وذلك كتعويض عقابى لتراجع الطرف الآخر عن الشراء. أنظر فى هذا الحكم هدى عبد الرحمن ص ٣١٢ بند ٢٤١.

وفى القضاء الفرنسى انظر:

Paris 7 oct. 2004, Rev. arb. 2005-No, 3. 737. etss Pris. 24 mai 1991: Rev. arb. 1992 636. obs. 1. Pellerin. Rennes, 7 act. 2004. Rev. arb. 2005. 737, Note jeuland.

القيام بالعمل أو الامتناع عنه يقتضى تدخل الخصم شخصاً، ومن ثم فالغرامة التهديدية مجرد وسيلة لحمل الخصم الذى يمتنع عن المشاركة فى إجراءات التحكيم على تقديم ما لديه من أدلة إثبات منتجة فى الدعوى، كما أن الأمر يتعلق بجزء مستمد من الغاية من امتناع الخصم عن تقديم الدليل، وهى الحيلولة دون وصول العدالة إلى مبتغاها، ولذا فلا شئ يحول بين المشرع وبين أعماله أمام هيئة التحكيم<sup>(١)</sup>. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، أن المحكم يمارس مهمة قضائية، وفى سبيل أداء هذه المهمة منحه المشرع العديد من السلطات التى تمكنه من حسن وسير أداء هذه المهمة، ومنها سلطته فى أن يأمر باتخاذ ما يرى اتخاذاً من إجراءات الإثبات أو العدول عنها. وهو ما يعنى أن المحكم يملك قدراً من سلطة الجبر، وهو القدر اللازم لأداء مهمته، أى القدر الذى يرتبط ارتباطاً وثيقاً بهذه المهمة، وبهذا القدر يملك المحكم الأمر بالغرامة التهديدية باعتبارها إحدى الوسائل الفعالة لحسن أداء المحكم لمهمته التحكيمية. ولا يعتبر تعدى من جانبه على أداء مهمته، والقيد الوحيد الذى يرد على سلطة المحكمين فى هذا الصدد هو عدم جواز تنفيذ ما حكم به من غرامة إلا بعد حصول المحكم الصادر بالغرامة على أمر التنفيذ، من جانب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وبهذا الحل سوف يشعر كل خصم أنه لا فائدة من الماطلة لحسن سير الخصومة التحكيمية. بينما يذهب الاتجاه الغالب فى الفقه<sup>(٢)</sup> مؤيداً ببعض أحكام القضاء<sup>(٣)</sup> إلى أن سلطة المحكم بالنسبة لإجراءات

(١) د. عيد القصاص: الإشارة السابقة.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٢٧ بند ٨٨، د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٧، د. فتحى والى: ص ٣٦٣ بند ١٩٩، د. نبيل عمر: ص ١٩٦ بند ١٦٢، محمد نور شحاته: ص ٣١٢ عاشور مبروك ص ٢٩٣ بند ١٧٥، ص ٣٢١ بند ١٩٤. د. أحمد هندي: المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها بند ١٣.

Robert et Moreau: op. cit. P. 151 N 175. Perrot: rev. arb. 1974. op. cit. P. 169. N 13. Eloquin. Op. cit. N 21. Moreau. B. "Intervention du Tribunal Cours de La procedure arbitrale en droit Français et droit Compare. Rev. arb. 1978. p. 332.

(٣) حيث قضت إحدى محاكم نيويورك أن المحكمين لا يمكنهم الحكم بتعويضات عقابية باعتباره جزءاً محجوزاً لقضاء الدولة، وفى حكم آخر رفضت محكمة =

الإثبات تحددها قاعدة هامة، وهي أنه ليس له سلطة الجبر، لأن المحكم هو شخص خاص ولا يمثل سلطة الدولة، وبهذا لا يملك المحكم الأمر بغرامة تهديدية على الخصم الذى يخل بنظام الجلسات أو يمتنع عن تقديم ما لديه من مستندات أو أدلة إثبات، ولا على الشاهد الذى لم يحضر أو من يمتنع من الشهود عن الإجابة على ما توجهه له من أسئلة. كما ليس للمحكم الحكم على من يخل بنظام الجلسة أو من يمثل إلى أمره بالخروج من الجلسة، وذلك لأن الإكراه المالى - الغرامة التهديدية - أو الإكراه البدنى - الحبس - ليس لهما فقط طابع تهديدى، وإنما هما عقوبة لا يملك الأمر أو القضاء بهما إلا من القاضى ممثل سلطة الدولة التى تملك سلطة الجبر. ومبرر هذا الاتجاه، أن المحكم أو هيئة التحكيم تستمد سلطتها وولايتها من اتفاق التحكيم الذى تبرمه الأطراف المتعاقدة، وهؤلاء الأطراف لا يملكون من حيث المبدأ سلطة الأمر التى يجوزها قضاء الدولة، وبالتالي لا يستطيع نقلها إلى غيرهم، فمن المسلمات أن فاقد الشيء لا يعطيه، هذا من ناحية<sup>(١)</sup>

ومن ناحية أخرى، أن المشرع الفرنسى وهو بصدد المادة ٢ / ١٤٦ مرافعات والذى أحال فيها إلى المبادئ الأساسية للتقاضى والمنصوص عليها فى صدور قانون المرافعات وعدد المواد التى تطبق على خصومة التحكيم ولم يذكر من بين هذه المواد المادة ٢ / ١١ مرافعات والتى تميز للقاضى أن يأمر بالغرامة التهديدية، وهو ما يعنى أن المحكم لا يملك هذه السلطة، وإنما يملك فقط ووفقاً للمادة ١ / ١١ مرافعات والتى تنطبق على خصومة التحكيم، حالة رفض أحد الخصوم المشاركة فى إجراءات التحقيق أو

---

=المقاطعات الفيدرالية الأمريكية تنفيذ حكم تحكيم قرر فيه المحكم طبقاً للقانون الفرنسى أن معدل الفائدة سيرتفع إذا لم تدفع قيمة الحكم خلال شهرين لمخالفته للنظام العام. أنظر فى هذه الأحكام هدى عبد الرحمن: ص ٣١٢، ٣١٣ بند ٢٤١.

(١) عاشور مبروك: ص ٢٩٢ بند ١٧٥.

تقديم أدلة الإثبات، أن يستنبط النتائج المنطقية التي تترتب على هذا  
الرفض<sup>(١)</sup>.

أما إذا رأى المحكم أنه لا يمكنه الفصل في النزاع بدون الإطلاع على  
المحررات التي يجوزها أحد الخصوم ولم يوجد اتفاق يلزمه بتقديم هذا المحرر  
فلا مناص في هذه الحالة من اللجوء إلى القضاء لإجبار هذا الخصم على  
تقديم المحررات المطلوبة<sup>(٢)</sup>، وهو ما اعتمده المشرع المصري في قانون  
التحكيم الحالي وفقاً للمواد ٤٦<sup>(٣)</sup> والمادة ٣٥ من نظام التحكيم السعودي  
ولكن من يرجع إلى قضاء الدولة، أى من يقدم الطلب المحكم أم الخصم  
صاحب المصلحة في تقديم المحرر المطلوب؟

تباينت النظم القانونية بشأن المسألة<sup>(٤)</sup> ومن ثم اختلف موقف الفقه،  
فيمين يقدم الطلب إلى قضاء الدولة للحصول على المساعدة المطلوبة.  
فذهب اتجاه<sup>(٥)</sup> إلى أن المحكم يستطيع اللجوء إلى القضاء من تلقاء نفسه

---

(١) ويترتب على ذلك، إذا امتنع أحد الخصوم عن تقديم أحد المحررات التي أمر به  
المحكم بناء على طلب أحد الخصوم، فإنه يحق للمحكم أن يعتبر أن صورة  
المحرر التي قدمها الخصم مطابقة لأصلها أنظر في توضيح ذلك فيما يلي بند  
٧٥.

(٢) قارن د. أحمد هندي: التحكيم ص ٥٣ بند ١٣.

(٣) تنص المادة ٤٦ تحكيم على أنه "إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة  
تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير فى ورقة قدمت لها ... جاز  
لهيئة التحكيم الاستمرار فى نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل فى هذه  
المسألة أو فى تزوير الورقة أو فى الفعل الجنائى الآخر ليس لازماً للفصل فى  
موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائى فى هذا  
الشأن ..."

(٤) فالمشرع الأسباني وفقاً للمادة ٢٧ من قانون التحكيم ٣٦ لسنة ١٩٨٨ خول  
لهيئة التحكيم الرجوع إلى قضاء الدولة للحصول على المساعدة المطلوبة. بينما  
المشرع الألماني يقصر الرجوع لقضاء الدولة على الخصوم دون سواهم  
للحصول على المساعدة المذكورة. أنظر: عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص  
٢٨٦، ٢٨٧. عاشور مبروك: ص ٢٩٤.

(٥) د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٧، د. فتحى والى: الإشارة السابقة، د. علي  
بركات الإشارة السابقة.

لا استصدار حكم بإلزام الخصم بتقديم ما لديه من مستندات ، فى حين ذهب اتجاه ثانى<sup>(١)</sup> إلى أن هذا الحق يمارسه فقط الخصم صاحب المصلحة فيه ، لأن المحكم لا يستطيع استعمال سلطة الجبر من تلقاء نفسه ، وإنما فقط بناءً على طلب الخصم صاحب المصلحة.

بينما يجمع بين الاتجاهين اتجاه فقهي ثالث<sup>(٢)</sup> يرى أنه بإمكان كل من المحكم والخصوم أن يشير تلك الطلب ، وذلك لما لخصومة التحكيم من مرونة ومواءمة ، اللهم إلا إذا قصر الأطراف المتعاقدون استخدام تلك المكنة على طلب الخصوم دون سواهم. ودلل هذا الاتجاه على صحة ما ذهب إليه بما تقرره المادة ٢٧ من القانون النموذجى للتحكيم بخصوص إجراءات التحكيم من أنه يجوز لهيئة التحكيم أو لأى من الطرفين بموافقتها طلب المساعدة من محكمة مختصة فى هذه الدولة للحصول على أدلة ، ويجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب فى حدود سلطتها وفقاً للقواعد الخاصة بالحصول على الأدلة.

وفى تصورنا أن الاتجاه الثانى الأولى بالتأييد ، لأن المحكم شأن القاضى لا يستطيع استعمال سلطة الجبر من تلقاء نفسه ، وإنما فقط بناءً على طلب الخصم صاحب المصلحة. وقياساً على أنه لا يملك إلزام الخصم بتقديم المحرر الذى تحت يده من تلقاء نفسه ، وإنما بناءً على طلب من الخصم صاحب المصلحة فى تقديم المحرر<sup>(٣)</sup>.

### المبحث الثالث

#### دور الخصوم فى الإثبات وما يرد عليه من قيود

٢٢- تمهيد:

الدور الإيجابى الذى يلعبه المحكم فى عملية الإثبات - على النحو الفات - لا يمكن بحال أن يعلو فوق الحق المؤكد لأطراف الخصومة

Perrot: rev. arb. 1974. P. 169. N 13. (١)

(٢) د. عاشور مبروك: ص ٢٩٥ بند ١٧١ والمراجع المشار له. د. نجيب الجبلى: المرجع السابق ص ٣٧٤.

(٣) أنظر فيما يلى بند ٦٨.

التحكيمية فى الإثبات، فالإثبات حق لهم، بل أنه كذلك واجب عليهم أمام القضاء التحكيمى، حيث يحكم إجراءاته فى عمومها مبدأ أساسى هو أن الدعوى ملك للخصوم، لكل منهم الحق فى تقديم الأدلة الكافية لتأييد إدعاءاته أو لتقصى إدعاءات خصمه وإثبات عكسها.

ومع ذلك فهذا الحق ليس مطلقاً، بل يرد عليه بعض الضوابط والقيود التى يحددها القانون، فالدعوى التحكيمية ترفع بطلب من أحد الخصوم، المحتكم الذى يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، والطرف الآخر المحتكم ضده يقوم بدفع طلبات المحتكم بكل وسائل الإثبات الممكنة. وإذا تقدم أحد الخصوم فى الدعوى بدليل كان من حق الخصم الآخر الإطلاع عليه ومناقشته وفقاً لمبدأ المواجهة. وأثر ذلك، أن للخصوم دوراً إيجابياً كبيراً فى عملية الإثبات، هذا الدور الإيجابى يظهر جلياً ويتحدد مداه من خلال دراسة نطاق حقهم فى عملية الإثبات وما يرد على هذا الحق من قيود. فى مطلبين متعاقبين نتناول فى الأول دور الخصوم فى الإثبات وفى الثانى : ما يرد على هذا الدور من قيود.

**المطلب الأول: دور الخصوم فى الإثبات.**

**المطلب الثانى: القيود الواردة على دور الخصوم فى الإثبات.**

**المطلب الأول**

**دور الخصوم فى الإثبات**

٢٣- ١- الإثبات حق للخصم صاحب الإدعاء:

للخصم دائماً حق إثبات ما يدعيه لمصلحته، فله الحق فى أن يقدم إلى المحكم جميع العناصر التى تقيم صحة إدعاءه أو الأدلة التى يراها سنداً لما يدعيه<sup>(١)</sup> فمن يدعى بوجود حق معين أن يقدم بالطرق القانونية الدليل المؤيد لهذا الحق. مادة ١/٢٧ من قواعد اليونستيرال:

(١) د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٧٦ العدد الأول السنة ١٨ ص ١٣٧ بند ٣٢. د. السنهورى: المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها بند ٢٧. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار التعليق على قانون الإثبات ص ٥٥ وما بعدها. د. محمود جمال الدين زكى: المرجع السابق: ص ٣٦ بند ٩. د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى ص ٥٠٦ بند=



وحيث أن إجراءات الخصومة التحكيمية تبدأ بطلب التحكيم الذي يوجهه المحكّم إلى المحتكم ضده، والذي يتضمن رغبته في الفصل في النزاع القائم بينهما بطريق التحكيم فقد أوجب المشرع وفقاً لنص المادة ١/٣٠ تحكيم مصرى على المدعى أن يرسل خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذى تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكّمين بياناً مكتوباً بدعواه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته. وفى الفقرة الثانية من هذه المادة أوجب المشرع على المدعى عليه أن يرسل إلى المدعى وكل واحد من المحكّمين مذكرة مكتوبة بدفاعه رداً على ما جاء ببيان الدعوى. وفى الفقرة الثالثة من ذات المادة يكون لكل من الطرفين أن يرفق ببيان الدعوى أو بمذكرة الدفاع صوراً من الوثائق التى يستند إليها وأدلة الإثبات التى يعتزم تقديمها وذلك حتى يتمكن كل خصم من معرفة المطلوب منه على وجه التحديد والأساس الذى يستند إليه خصمه فيستطيع بذلك إعداد أوجه دفاعه قبل الخصوم أمام هيئة التحكيم<sup>(١)</sup>. المواد ٣٠، ٣١، ٣٢ من نظام التحكيم السعودى.

---

٢٩١= د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم ص ٢٥، ٢٦. د. أسامة المليجى: شرح القواعد الإجرائية فى الإثبات ١٩٩٧ ص ٥٥ بند ١٢. أسامة الروبى: الأحكام الإجرائية للإثبات بالدليل الكتابى ص ٨٤ بند ٣٦. د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق ص ٣٧. د. عصام سليم: المرجع السابق، ص ١٥. طعن رقم ٣٤/٤٤ ق نقض مدنى ١٩٦٨/٣/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٥٨٩.

TERRE (F) introduction générale au droit éd 4. 1998. P. 498 N 499.

Paris 11 mars. 1969. D. 1970 P. 310 Note Robert.

(١) ووفقاً للمادة ٣/٤ من لائحة الـ I.C.C. يجب أن يتضمن الطلب بيانات الأطراف وطبيعة النزاع والطلبات والمبالغ المطالب بها ... والقواعد الموضوعية التى تحكم النزاع. والمادة ٣/٣، ٤ من قواعد اليونسترال والمادة ١٨ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى.

ومعنى ذلك ، أن عبء الإثبات فى الدعوى يقع على عاتق المحتكم كقاعدة عامة<sup>(١)</sup> حيث يجب عليه أن يقدم لهيئة التحكيم جميع الأدلة المتاحة إليه والتي تثبت إدعاءاته حتى يستطيع الحصول على حكم يؤكد حقه ويقرره. مع ملاحظة أن مركز الخصم فى الدعوى واعتباره محتكم أو محتكم ضده لا يتم تحديده فقط بناءً على طلب التحكيم، فهذا الطلب يمكن أن يقدم من الخصمين معاً، وفقاً لنص المادة ١٤٦٢ مرافعات فرنسى<sup>(٢)</sup> كما أن النزاع قد يتطور<sup>(٣)</sup> ويقدم المحتكم ضده طلباً عارضاً رداً على طلب المحتكم الأصى، فيتحول المركز الشخصى للخصومة فيصبح المحتكم ضده محتكم، والمحتكم محتكم ضده فى خصوص هذا الطلب، وعلى هذا فإن عبء الإثبات سينتقل فى تلك الحالة إلى صاحب الإدعاء الجديد، أى على من تقدم بالطلب العارض<sup>(٤)</sup>. فللخصم أياً كان مركزه الإجرائى أن يقدم لهيئة التحكيم جميع ما تحت يده أو ما يستطيع إبرازه من

(١) وهذه القاعدة الأصولية قررتها السنة النبوية الشريفة، حيث روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال "البينة على من أدعى واليمين على من أنكر" رواه البخارى ومسلم والبيهقى بإسناد صحيح. وهو ما أكده المشرع المصرى وفقاً للمادة الأولى من قانون الإثبات بنصها "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" والمادة ١٣١٥ مدنى فرنسى والتي أوجبت على من طلب تنفيذ التزام معين أن يقدم الدليل على وجوده، وحق الخصم الآخر فى إثبات العكس. وأكدتها كذلك المادة ٩ مرافعات فرنسى وهى ذات القاعدة التى عبر عنها القانون الرومانى بالعبارة الشهيرة.

**Actori incumbit Probalio.**

أنظر: أسامة الروبى ص ٨٥.

**TERRE: licit.cit.**

**Robert et MOREAU: op. cit. P. 73. N 91.** (٢)

(٣) أنظر فى تطور الخصومة التحكيمية: د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٣٨ وما يليها بند ١٨٠ وما يليه. د. أحمد هندى: التحكيم: ص ٣٠ وما بعدها بند ٨.

**Loquin: op. cit. jun. clir. 1032. N 24.**

(٤) وجدى راغب: المقال ص ١٣٢ بند ٢٥ سليمان مرقس: ص ٩٩ وما بعدها بند ٢٩. الطننان رقما ٢٥٢ / ٣٣، ق، ٢٨ / ٣٤ ق نقض ١٩٦٧ / ١ / ٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٩٠.

الأدلة التي يسمح القانون بها تأييداً لما يدعيه، بل أن وقوع عبء إثبات واقعة معينة على أحد الخصوم لا ينفى أن لهذا الخصم حق في إثباتها، وهو حق في مواجهة الخصم الآخر. ومن ثم فيقع على عاتق كل طرف إقامة الإثبات طبقاً لأحكام القانون بصدد الوقائع اللازمة لصحة إدعائه، مادة ٩ مرافعات فرنسي.<sup>(١)</sup>

وعبء الإثبات لا يقتصر على كونه حق للخصم في مواجهة الخصم الآخر فحسب، بل قبل هيئة التحكيم التي تلتزم باحترامه سواء أثناء الخصومة أو في حكمها<sup>(٢)</sup>، ففي أثناء الخصومة، يجب على هيئة التحكيم تمكين الخصم من إبداء ما لديه من أدلة مقبولة أثناء الخصومة، فلا يجوز لها أن تمنعه من تقديم ما لديه من مستندات، كما عليها أن تستجيب لطلبات إجراء الإثبات التي يطالبها مثل سماع الشهود أو ندب خبير أو غير ذلك، ما دامت قد توافرت شروط قبولها. وفي الحكم، يجب على هيئة التحكيم أن تعتد بطلبات الخصوم بإجراء الإثبات إذا رفضتها أو عدلت عنها، فتبين أسباب الرفض أو العدول، كما يجب عليها أن تعتد بالأدلة التي قدمت فعلاً فتفحصها وتقدرها وتستند إليها في حكمها وألا تكون قد أخلت بحق الخصم في الدفاع.

وحق الخصم في الإثبات يقابله التزام الخصم الآخر بعدم تعطيل هذا الحق بتعنت منه أو بسوء نيته، وبناء عليه فإذا كان إثبات حق الخصم يعتمد على تقديم مستندات معينة في حوزة الخصم الآخر، فلا يجوز له الإمتناع عن تقديمها، حتى لا يجرم خصمه من الإستناد إليها والاستدلال بها، بل يجب عليه أن يتعاون مع خصمه في الحصول على الدليل<sup>(٣)</sup> وهو ما أكدته

(١) Le juge a le pouvion d'ordonner d'office. Toutes les mesures d'instruction. Legalement admissibles"

(٢) د. وجدى راغب: ص ١٣٨، ١٤٠ بند ٣٣، ٣٤. د. عصام سليم: ص ١٨

(٣) د. السنهوري: ص ٥٠ وما بعدها بند ٢٨، د. وجدى راغب: المقال ص ١٣٧ بند ٣٢، د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم ص ٣٠.

المادة ٢٣ إثبات مصرى، المادة ٣٠ من نظام التحكيم السعودى<sup>(١)</sup>. (المادة ١٠ مدنى فرنسى) والمادة ١/١١ مرافعات فرنسى والتي تنص على واجب الأطراف أن يقدموا المساعدة اللازمة أثناء إجراءات التحقيق".

#### ٢٤-٢- حق الخصم الآخر فى إثبات العكس:

كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق فى نقضه وإثبات عكسه، وذلك سواء قبل أن يقدم الخصم الذى يقع عليه عبء الإثبات بأداء واجبه أو بعد ذلك<sup>(٢)</sup> وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب التشريعات الحديثة، فالمشرع المصرى فى المادة الأولى من قانون الإثبات نص على أن الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات العكس، وهو نفس ما عبر عنه المشرع الفرنسى فى المادة ١٣١٥ مدنى<sup>(٣)</sup> وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٦٩ إثبات مصرى على أن "الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق". فهذا النص وإن ورد فى خصوص الشهادة إلا أن القاعدة العامة فى حق الخصم له نقض أو دحض كل دليل يقدمه خصمه. فحق الخصم فى إثبات ما يدعيه يقابله حق الخصم الآخر فى إثبات العكس.

ويتمتع الخصم بنوع من الحصانة القضائية *immutabilite judiciaire* فى استعماله لحرية فى تقديم وسائل الإثبات أو على العكس دحضها، بحيث لا تكون حرية فى هذا الشأن سبباً لمجازاته بجرمة كذب أو سبب<sup>(٤)</sup> تطبيقاً لنص المادة ٣٠٩ عقوبات، وتنصرف هذه الحصانة إلى من يمثله قانوناً، لذلك نص قانون المحاماة المصرى رقم ١٩٧ لسنة ٢٠٠٨ فى المادة

(١) حيث تنص المادة ٢٨ تحكيم سعودى على أنه "يجوز لهيئة التحكيم بمبادرة منها أو بناء على طلب أحد المحكمتين إلزام خصمه بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده".

(٢) د. السنهورى: ص ٥٢ بند ٢٩، محمود جمال الدين زكى ص ٣٧ بند ٩. فتحنى والى: قانون القضاء المدنى. ص ٥٠٧ بند ٢٩١. د. عصام سليم: ص ١٧.

TERRE: op. cit. P. 498 N 499.

(٣) أنظر فيما سبق بند ١.

COUCHEZ: Principes op. cit. jur. Clas Fosc. 156. 1973 N 23. (٤)

Coss. Civ 10 Juin. 1968 D. 1965 P. 24.

٤٧ على أنه لا يجوز مساءلة المحامي عما يورده في مرافعة كتابية أو شفوية مما يستلزمه حق الدفاع، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية وقانون المرافعات المدنية والتجارية.

وإذا كان تقديم الأدلة أو على العكس دحضها جائزاً إلى حين إقفال باب المرافعة<sup>(١)</sup> فإنه يجب مع ذلك تقديمها قبل إقفال باب المرافعة بوقت كاف يسمح بإعمال مبدأ المواجهة<sup>(٢)</sup> أما إذا قدمت أدلة أو مستندات متأخرة بعد قفل باب المرافعة، فإن المحكم يكون بالخيار أما أن يقرر إعادة فتح باب المرافعة لتمكين الخصم الآخر من الإطلاع عليها ومناقشتها أو استبعادها والفصل في الدعوى على أساس ما قدم إليه من مستندات أثناء المرافعة<sup>(٣)</sup>. أما إذا ثبت لهيئة التحكيم أن المستندات التي قدمت في وقت متأخر أطلع عليها الخصم الآخر، فإنها تستطيع الاعتماد عليها في تأسيس حكمها، لأن الشكل الذي تم به الإجراء لا يؤثر في صحة الحكم، ما دام أن الهيئة احترمت مبدأ المواجهة<sup>(٤)</sup>. وهو ما أكدته المادة ٣١ / ٢ من قواعد اليونسترال<sup>(٥)</sup>.

٣٥- ويتفرع على الحق في الإثبات مبدأ المواجهة بالأدلة، أحد وجوه مبدأ المواجهة الذي يهيمن على جميع إجراءات الخصومة<sup>(٦)</sup> ويقصد

(١) Coss. Civ. 12 avr 1968 D. 1968 D. 108.

(٢) أنظر فيما يلي بند ٣٩.

(٣) Paris 14 juin 1985. Rev. arb. 1987. P. 395. obs. J. Pellerin.

(٤) Paris. 6 Mars. 1986. Rev. arb. 1987. P. 390 obs. J. pellerin.

Paris; 18 Nov, 2004 Rev. arb. 2004 N°4 somm. P. 989.

(٥) بأنه إذا وجد بعد قفل باب المرافعة سبباً يستوجب فتح باب المرافعة قد يتغير به وجه الحكم في الدعوى، جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد الخصوم فتح باب المرافعة، بل لها ذلك من تلقاء نفسها إذا قدرت أن هناك ضرورة لذلك، كما إذا أرادت استوضح الأطراف في أمر أو تفسير المستند من المستندات يشوبه الغموض.

(٦) فمبدأ المواجهة يعد فكرة محورية تسيطر بقوة على جميع إجراءات الخصومة وتهيمن على جميع الأعمال فيها منذ رفع الدعوى حتى تاريخ قفل باب المرافعة باعتبار أنها ترجمة العدالة، وتطبيق المحكم أو القاضى للمبدأ على الوجه الصحيح واحترامه له يتم عن إحساس قوى لديه بالعدالة ويدل على =

به إحاطة الخصوم علماً بكل المبادرات التي يتخذها المحكم للفصل في النزاع سواء تلك المتعلقة بالواقع وتحصيله وفهمه وتقديره، والقانون تفسيره وتطبيقه، وتمكنهم من مناقشة كل ذلك بعد منحهم الوقت الكافي<sup>(١)</sup>. ومواجهة الأدلة هي خضوع عناصر الإثبات لمناقشة الخصوم في الدعوى<sup>(٢)</sup> بعد منحهم الوقت الكافي للتحليل والرد بعد التأمل والتروي وهو حق يثبت للخصوم بالتبادل ولا يقتصر على إحداهما<sup>(٣)</sup>.

=التزامه بتحقيق المساواة الكاملة بين الخصوم، وهو المعيار الأساسي الذي يمكن من خلاله الوقوف على مدى نجاح أو إخفاق القاضى أو المحكم فى مهمته.

أنظر فى مبدأ المواجهة فى الخصومة التحكيمية: د. السيد تمام: مبدأ المواجهة فى التحكيم مشار إليه سابقاً. د. معتز عفيفى: المرجع السابق، ص ٦٢٨ وما بعدها.

**Kwssedjian: Principe de La Contradiction et arbitrage Rev. arb. 1995 P. 381.**

وفى تطبيقات المبدأ أنظر:

Coss. Civ. 5 Fev. 1991. Rev. 1991. P. 625. Coss. Civ. 5 fév 1991. Rev. arb. 1991 P.625.

Paris. 14 Oct. 1993. Rev. arb. 1993. P. 664. Note Bureau.

Paris. 10 juin 1993. Rev. arb. 1995. P. 440.

وأنظر لمبدأ المواجهة فى الخصومة العادية: د. عزمى عبد الفتاح: تحقيق مبدأ المواجهة مشار إليه سابقاً. د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم، عيد القصاص: التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة دار النهضة العربية ١٩٩٤.

**WIDERKHER: le Principe du Contradictaire op. cit. COUCHEZ: op. cit.**

(١) فالمواجهة فى معناها الحديث لم يعد يقتصر على الحق فى الحضور أو المجادلة بين الخصوم وإنما يقصد به الحق فى أن يقول الإنسان كل ما يريد، وأن يكون له الحق فى أن يعلم علماً كاملاً بما قدمه خصمه توصلاً للرد عليه.

والعلم فى وقت يمكن من الرد، هو حق وواجب فى ذات الوقت. فهو حق من ناحية أن تلقى المعلومة من الخصم الآخر يجب أن يتم فى وقت كاف يسمح لمن تلقاها بالرد، وهو التزام من زاوية أن من يعلم الخصم الآخر بشئ مما ينصب عليه المواجهة، يجب عليه أن يعطى من يعلمه الوقت الكافى لكى يتمكن من الرد. د. عزمى عبد الفتاح: مبدأ المواجهة ص ٣٦.

(٢) محمود جمال الدين: ص ٤٣ بند ٩. د. عصام سليم: المرجع السابق ص ٢٣.

(٣) عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٦٢. د. نبيل عمر: التحكيم ص ١٥٥ بند

١٢٦.

وفى خصوص ذلك، اهتمت التشريعات الحديثة بالمبدأ وما ينصب عليه وما يجب على المحكم بالنسبة له، فالمرشع الفرنسى تناولوه فى المواد ١٤، ١٥، ١٦ مرفعات<sup>(١)</sup> فالمادة ١٤ نصت على أنه "لا يجوز الحكم على الخصم دون أن يستدعى ويسمح له". والمادة ١٥ على أن "من حق كل خصم أن يتعرف - فى وقت مناسب - على الوقائع التى يستند إليها خصمه ووسائل الإثبات التى يقدمها ومواد القانون التى يثيرها حتى يتمكن كل منهم من إعداد دفاعه" والمادة ١٦ على أن "يحترم المحكم دائماً مبدأ المواجهة، فلا يستند فى حكمه إلى وقائع وأدلة إثبات ومستندات قدمها أحد الخصوم ولم تكن محلاً للإطلاع والمناقشة الحضورية من الخصم الآخر، ولا يجب عليه أن يؤسس حكمه على مسائل قانونية آثارها من تلقاء نفسه إلا إذا دعى الخصوم إلى إبداء ملاحظاتهم" وسلك المرشع المصرى نفس المسلك وفقاً للمواد ٣١ إلى ٣٥ تحكيم مما يضمن به احترام المحكمين لمبدأ مواجهة الأدلة.

ووفقاً لما اعتمده المرشع الفرنسى والمصرى يمكن القول أن احترام مبدأ مواجهة الأدلة - كأهم تطبيقات احترام حقوق الدفاع - يدور فى فلك أمور ثلاثة: أولها حق كل خصم فى أن يسمعه المحكمون. وثانيها: حق كل خصم فى أن يناقش أدلة وحجج خصمه. وثالثها: حق الخصوم فى مناقشة الأدلة والقانون التى جمعها المحكم. وذلك على النحو التالى:

(١) ومبدأ المواجهة يحكم كل منازعة معروضة أمام القضاء ولو خاص، مدنية أم إدارية، أم جنائية أم تأديبية، وإن كان المبدأ تأخر بظهوره فى المنازعة المدنية عن غيرها من المنازعات فذلك نظراً لسيادة مبدأ ملكية الخصومة لأطرافها لفترة طويلة، وعندما بدأ الاتجاه الحديث نحو اتساع سلطة المحكم أو القاضى فى الخصومة المدنية فى الظهور، بدأ الاهتمام بمبدأ المواجهة، باعتباره أمر ضرورى لتحقيق التوازن من سلطات الخصوم وسلطات المحكم أو القاضى المتزايدة فى الخصومة المدنية:

WIDERKHER: op. cit. N 73.

NORMAND: op. cit. Thés P 219. N 225.  
Kessedjian: op.cit., P. 382.

أنظر:

٢٦-١- حق الخصوم في أن يسمعون المحكمين:

هذا الوجه من وجوه مبدأ مواجهة الأدلة يلتزم المحكمين بمزاعاته من خلال أمرين. الأول: دعوى الخصوم لحضور إجراءات الإثبات. والثاني: الالتزام بسماع كل خصم من الخصوم.

٢٧-١- دعوى الخصوم لحضور إجراءات الإثبات:

لا يقتصر حق الخصوم على حضور جلسات المرافعة<sup>(١)</sup> وإنما يعترف له القانون بحق حضور إجراءات الإثبات ولو كانت تتم أمام المحكمة أو الجهة المناهبة للقيام ببعض أو كل إجراءات الإثبات<sup>(٢)</sup> أو أمام الخبير المنتدب في القضية، وسواء في ذلك، كان يتم أمام هيئة التحكيم أو في أى مكان خارج مكان انعقاد الهيئة، كما في حالة انتقال هيئة التحكيم للمعاينة أو لسماع شاهد تعذر انتقاله لهيئة التحكيم.

وتبدو أهمية حضور الخصوم لإجراءات الإثبات، فيما يتيح مثلاً للخصم أثناء إدلاء الشاهد بشهادته مناقشته عن طريق ما يطلب توجيهه من أسئلة للشاهد، كما يتيح حضوره أثناء قيام الخبير بمأموريته أو قيام هيئة التحكيم بالمعاينة توجيهه لمحل الخبير أو هيئة التحكيم عن طريق ما يقدمه من ملاحظات أثناء العمل ذاته، ولا تحقق أى وسيلة أخرى الفائدة التى يحققها حضور الخصم في هذه الحالات مما يساهم في تكوين الرأى التحكيمى.

(١) إذا اتفق الأطراف على عقد جلسة أو جلسات مرافعة سواء في مشاركة التحكيم أو في اتفاق لاحق، فإن هيئة التحكيم تلتزم بعقدتها وفقاً لنص المادة ١/٣٣ تحكيم مصرى، وعندما تقرر عقد جلسة وتجدد ميعادها فإن عليها أن تخطر طرفى التحكيم بميعاد الجلسة قبل انعقادها بوقت كاف لتمكين الأطراف من الاستعداد لها، وهو ما تقدره الهيئة تبعاً لظروف القضية وفقاً للمادة ٢/٣٣ تحكيم مصرى والمادة ١/٢٥ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، والمادة ١/٢١ من لائحة الـ I.C.C. والمادتين ١٨، ١٤٧٢ / ٦ مرافعات فرنسى. أنظر في جلسات المرافعة أمام هيئة التحكيم: د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٣٢ وما بعدها بند ١٧٧. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص ٢٦٧ وما بعدها. د. علي بركات: ص ٣٢٩ وما بعدها بند ٣٣٢.

ROBERT MEROU: op. cit. P. 147 ets N 174.  
Loquin: op. cit. jur. Clis. Fasc. 1036. N 88 ets.

(٢) أنظر فيما يلى بند ٥٢.



ولذا يوجب قانون الإثبات المصري في المادة ٥ / ٢ إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات للخصم<sup>(١)</sup> وإلا كان العمل باطلاً.

وبما أن تمكين الخصم من هذا الحضور يتيح له الإسهام في تكوين الرأي التحكيمي لصالحه، توصلنا في النهاية إلى الحكم لصالحه، فإن هذا الحضور يعد حقاً من حقوق الدفاع، وهو حق يعين الخصم على ممارسة حقه في الإثبات، فحق الخصم في حضور إجراءات الإثبات لا يقل - أن لم يفق - في أهميته حضور جلسات المرافعة<sup>(٢)</sup>.

وقد بلغ من اهتمام القانون بتكليف الخصم بحضور إجراءات الإثبات<sup>(٣)</sup> أن نصت المادة ٣٦ / ٤ تحكيم مصرى على أنه "بعد تقديم تقرير الخبير أن تقرر هيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي التحكيم عقد جلسة لسماع أقوال الخبير مع إتاحة الفرصة للطرفين لسماعه ومناقشته بشأن ما ورد في تقريره"<sup>(٤)</sup> وفي المادة ٥٣ / ١ من القانون السابق على أنه تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه وأدلته بسبب عدم إعلانه إعلان صحيح بإجراءات التحكيم". والمادة ١٤٩٢ / ٤ من أرواح فرنسي بنصها على أنه يقع باطلاً

(١) ولرونة التحكيم وتيسيراً لإجراءاته، نص المشرع المصري في قانون التحكيم على أحكام خاصة بتسليم الأوراق أكثر يسراً من تلك التي ينص عليها قانون المرافعات، فوفقاً للمادة ١/٧ تحكيم "ما لو يوجد اتفاق خاص بين طرفي التحكيم، يتم تسليم أى رسالة أو إعلان إلى المرسل إليه شخصياً أو في مقر عمله أو في محل إقامته أو في عنوانه البريدي المعروف للطرفين أو المحدد في مشاركة التحكيم أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم، وهو نفس ما نصت عليه المادة ١/٢ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي والمادة ١/٢ من قواعد اليونسترال، والمادة ٣/٣ من لائحة ال I.C.I.

(٢) د. وجدى راغب: المقال: ص ١٦٢ بند ٥٥.

(٣) ويكون الحضور أحياناً واجباً على الخصم وليس مجرد عبء أو حق له؛ كما لو أمرت هيئة التحكيم بحضور الخصم لاستجوابه أنظر فيما يلي بند ١٠١:

(٤) وقد وجهت إلى ذلك المادة ٣/٣٦، ٤ من نظام التحكيم السعودي المادة ٣١ من قواعد اليونسترال، حيث نصت على أن لهيئة التحكيم أن تستفسر من الطرفين عما إذا كان لديهما أدلة أخرى لتقديمها أو شهود آخرين لسماعهم أو أقوال أخرى للإدلاء بها قبل قفل باب المرافعة، وهو ما لا يتأتى بإخاطار سابق بذلك للأطراف يعلمون به للحضور جلسة سابقة على الجلسة الأخيرة.

يقع باطلاً حكم المحكمين الذي صدر في خصومة كان فيها أحد الخصوم في وضع لا يسمح له بمعرفة كل إدعاءات وأدلة خصمه. وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(١)</sup> بأنه إذا لم يتمكن أحد الخصوم في أن يوضح وجهة نظره حضورياً في النزاع وأدلته المطروحة على هيئة التحكيم، فإنه يوجد ثمة محل لإبطال حكم المحكمين.

إلا أنه ومراعاة لطبيعة التحكيم وما تتميز به خصومته من السهولة وبساطة الإجراءات<sup>(٢)</sup> ينبغي عدم التشدد أو المبالغة في التزام المحكمين بدعوى الخصوم لحضور إجراءات الإثبات كأحد مظاهر احترام مبدأ المواجهة. فالمبدأ قد يتحقق من خلال وسائل اتصال لا تتطلب حضور الأطراف شخصياً في جلسة الاستماع مثل التداول بالاتصالات المرئية مادة ٤/٢٨ من قواعد اليونسترال، وكما يرى البعض<sup>(٣)</sup> أن هذا الالتزام يجب ألا يحمل على مفهومه الضيق ولا يختلط مع الالتزام الذي يقع على كاهل المحكم والممثل في دعوته للخصوم في كل إجراءات التحكيم.

وإنما ينبغي التعويل على النتيجة التي يمكن أن تترتب على عدم استدعائهم للقول بمدى احترام مبدأ الحضورية كأوجه من وجوه مبدأ المواجهة من عدمه<sup>(٤)</sup> وأثر ذلك فإن عدم استدعاء الخصوم يمكن أن يشكل مخالفة لمبدأ المواجهة إذا كان من شأنه عدم تمكين أحد الخصوم من الإطلاع على ما قدمه أحدهم من أدلة، أو على الكل من عدم معرفة كيفية سير

(١) Paris 24 Fév 1984. Rev. arb. 1985. 175. Pari. 19 janv. 1990  
Rev. arb. 1991. 125. Paris. 7 janv. 1963. Rev. arb. 1963.  
21. Coss. Civ. 7 Janv. 1992. Rev. arb. 1992. P. 656. ops.  
Bureau.

(٢) أنظر في الفوائد والمزايا التي يحققها اللجوء إلى نظام التحكيم: عاشور مبروك: ص ٨-١٧ حاشية.

(٣) د. محمد نور شحاته: ص ٣٢٧.

(٤) د. علي بركات: ص ٣٠٥ وما بعدها بند ٣١١. د. وجدى راغب: المقال ص ١٦٠.

بند ٥٣. د. عزمى عبد الفتاح: مبدأ المواجهة ص ٣٦. د. محمد نور شحاته: ص ٣٢٩.

Loquin: op. cit. N 87.

سير الخصومة أمام المحكمين. وقضى تطبيقاً لذلك<sup>(١)</sup> بأن المحكمين لا يتلزمون بدعوة الخصوم إلى كل جلسات التحكيم أو إجراءات الإثبات، طالما أن هؤلاء الخصوم قد حضروا بعض هذه الجلسات أو تلك الإجراءات وأتاح لهم المحكمون إمكانية التعرف على ما تم في الجلسات أو إجراءات الإثبات التي لم يحضروها وأعطوهم الوقت الكافي لتقديم حججهم ودفاعهم<sup>(٢)</sup>.

وعلى العكس، فإن وجود دعوة أو تكليف الخصوم بحضور إجراءات الإثبات لا يكفي لضمان احترام مبدأ الحضورية إذا تم ذلك في وقت متأخر، ولم يترك للخصوم الفرصة الكافية لإعداد أدلتهم ودفاعهم<sup>(٣)</sup> وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٤)</sup> بأنه إذا تبين من مجموع المراسلات والمكاتبات المتبادلة وكذلك إشعار الخطاب المسجل المرسل إلى المدعى عليه علمه بسير إجراءات التحكيم وإجراء الإثبات، ومع ذلك امتنع عن الحضور، فإنه لا يحق له النعي على الخصم الآخر، أو هيئة التحكيم بمخالفة مبدأ المواجهة، لأن الخصم يكون قد منح الفرصة الكاملة للعلم<sup>(٥)</sup>.

(١) Coss. Civ. 12 Janv. 1968. Rev. arb. 1969. P. 27. Paris. 13. mai 1988. Rev. Arb. 1989. P. 251. Note. 4. Derain. Paris. 26 avril. 1085. Rev. arb. 1985. P. 311. Note. Emezger.

(٢) والوقت الكافي يعد عنصر من عناصر الحق في الرد، وبديهي أنه لا يتصور إجبار الخصم على الرد فور العلم، وإنما لا بد من فوات مهلة من الوقت تسمح للخصم أن يحلل وسائل الدفاع والحجج والمستندات، وأن يطلع على ما يكون الخصم الآخر قد قدمه من مستندات، وأن يكون لديه فرصة لكي يدير أمره، وأن يجري بعض الأبحاث القانونية اللازمة التي قد تكون ضرورية لإعداد الرد، وأخيراً، أن يفكر ويتأمل ويتروى قبل إعداد الرد. فالوقت الكافي هو الوقت الكافي للتحليل والرد بعد التأمل والتروى. أنظر د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة. Kessedjian: op. cit. p. 393.

(٣) د. محمد نور شحاته: الإشارة السابقة، علي بركات: الإشارة السابقة.

Loquin: lic. Cit.

(٤) Paris. 25 mars. 1983. Rev. arb. 1984. p. 363. Note j. Robert.

(٥) وإذا كان الأصل في العلم هو العلم الفعلي، وهو الذي يضمن تحقيق المواجهة، فإن ثمة حالات لا يمكن فيها تحقيق ذلك العلم، ولذلك يكتفى في هذه الحالة بإتخاذ الوسائل التي تكفل تحقيق العلم وإن لم يتم العلم بشكل =

يجب السماح للخصم دائماً أن يسمعه المحكم إذا أراد. فهذا الأمر يعد في الواقع نتيجة لازمة لمبدأ المواجهة<sup>(١)</sup>. واحترام المبدأ يستلزم أن يسمع المحكمون الخصوم إذا ما تم دعوتهم، وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي في المادة ١٤ مرافعات "أن يستدعى ويسمع له" وأن كل خصم من الخصوم يجب أن يتمكن من تقديم أدلته وحججه سواء شفاهة أو كتابة، وذلك حسب النموذج الذي يحدده اتفاق التحكيم أو هيئة التحكيم. وهو ما صادف اعتماد ثابت من تشريعات ولوائح التحكيم المختلفة<sup>(٢)</sup> فالمادة ١/٣٣ تحكيم مصرى نصت على أن "تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته"، المادة ١/٢٨، ٢٠ من قواعد اليونستيرال.

وتحقيقاً لذات الفرض نصت المادة ٢/٣٣ تحكيم على أنه "يجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة حسب ظروف كل دعوى على حده. وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٣)</sup> بأنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن ترفض سماع أحد الخصوم - رغم طلب هذا الخصم سماع أقواله - اكتفاء بالرد بأن هيئة التحكيم تسمع الخصوم إذا رأت أن الحاجة تستدعى سماع أقوالهم وبالقدر الذي يروونه كافياً لتبويرهم.

ويجب أن يسمع جميع أعضاء الهيئة التحكيمية الخصوم<sup>(٤)</sup> كما يجب أن يمكن هؤلاء من ذلك، مع مراعاة أنه لا يفترض بالضرورة أن يقوم المحكمون بحضور كل إجراءات التحقيق أو الإثبات، وإنما ينبغي أن يكون

=فعلى، متى اتخذت هذه السبل، فلا إخلال بمبدأ المواجهة. أنظر د. إبراهيم نجيب سعد المقال: ص ٨. د. عزمى عبد الفتاح: مبدأ المواجهة ص ٢٤.

(١) COUCHEZ: op. cit. N 25.

(٢) أنظر فيما سبق حاشية رقم ٣ ومابعداها ص ١٨، ١٩.

(٣) Paris. 25 mars. 1984. arb. 1984. p 363 Note Robert.

(٤) Paris 22 Mars. 1965. Cité per. Loquin. Op. cit N 89.

(٤) أنظر فيما سبق مبدأ التحقيق الجماعى بند ٢٧.

كل المحكمين على علم تام بطلبات وحجج وأدلة كل خصم، وذلك بأى طريقة كانت، لأن مبدأ المواجهة يكون قد أحترم في الحالات فقط التي يتم فيها إيصال حجج وأدلة الخصوم إلى كل المحكمين<sup>(١)</sup>. وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٢)</sup> بأنه يعد مخالفاً لمبدأ المواجهة حكم المحكمين الذى صدر من هيئة تحكيم مكونة من ثلاث محكمين إذا ثبت أن الخصوم لم يتم استدعاءهم لتقديم حججهم ودفاعهم أمام المحكم الثالث. وهو ما يؤكد أن تحقيق مبدأ المواجهة بشكل فعال يستلزم السماح كل محكم من أعضاء الهيئة التحكيمية بأن يسمع كل خصم من الخصوم.

٢٠٢٩ - حق كل خصم فى مناقشة أدلة وحجج خصمه:

وذلك بسماع القول Dire والقول الآخر Contre Dire<sup>(٣)</sup> وحتى تتحقق حرية المناقشة بشكل يضمن تحقيق المساواة، فإن ثمة متطلب بديهي لإجرائها، وهو أن يكون كل خصم على علم بما قدمه الخصم الآخر حتى يمكنه مناقشته. فإعطاء المحكم الفرصة الكاملة لكل خصم كى يعبر عن وجهة نظره لا جدوى منها إذا سمح للخصم الآخر أن يخفى مستندات تحت يده، ونتيجة لذلك فإن العلم أو إمكانية العلم المتبادل بين الخصوم هى المفترض المنطقي لإمكانية المواجهة وأداة العلم هى الإعلام<sup>(٤)</sup>.

وفى خصوص ذلك، قد بلغ اهتمام القانون الإجزائي ولوائح التحكيم مداها بتنظيم الوسائل التى تكفل عملية الإعلام، فالمادة ١٥ مرافعات فرنسى نصت على أن يعلن الخصم بشكل تبادلي وفى وقت مناسب بجميع الأسباب الواقعية التى يؤسس كل منهم عليها إدعاءاته، وكذلك بجميع

(١) محمد نور شحاته: الإشارة السابقة. د. على بركات: ص ٣٠٨ بند ٣١٢.

Loquin: op. cit. N 95.

(٢) Coss. Civ. 31. Janv. 1979. Rev. arb. 1979. 366 Note BM.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: مبدأ المواجهة ص ٢٣. د. نبيل عمر: التحكيم ص ١٥٧ بند ١٢٨.

(٤) د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٤. د. وجدى راغب: المقال: ص ١٥١ بند ٤١ وما بعده. د. إبراهيم نجيب سعد: المقال: ص ٥٧. د. عصام سليم: المرجع السابق ص ٢٣.

COUCHEZ: op. cit. N 10.

أدلة الإثبات التي يقدموها والأسباب القانونية التي يثيروها في الدعوى حتى يتمكن كل منهم من تجهيز دفاعه<sup>(١)</sup>. والمادة ٣٣ تحكيم مصرى على أن ترسل صورة بما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر. وأكدت على ذلك أيضاً الفقرة الثالثة من المادة السابقة على أن "تدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم فى محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك"<sup>(٢)</sup>. مادة ٣٣ من نظام التحكيم السعودى.

ووفقاً للنصوص السابقة ينصب العلم والإطلاع على وسائل الإثبات التي يقدمها الخصوم أو يأمر بها المحكم، وعلى الحجج المقدمة لإيضاح وسائل الدفاع، ويعامل الإعلام مثل الإيداع. فينصب العلم على وسائل الإثبات التي يقدمها، فإذا كانت وسيلة الإثبات دليلاً كتابياً تعين إيداعه حتى يمكن الخصم الآخر من الإطلاع عليه. وإذا اتخذ المحكم إجراء من إجراءات الإثبات من تلقاء نفسه، فإنه يجب أن يعلم به كافة الخصوم حتى يمكن دراسة ما يسفر عنه الإجراء من وجهة نظر الخصوم. كما ينصب العلم أيضاً على الحجج وهي ما يقدم لإيضاح وسائل الدفاع، بتوضيح مضمونها وتفسيرها وتحديد ألقاع المحكم. وقضى تطبيقاً لذلك<sup>(٣)</sup> بأن مبدأ المواجهة الذي يلتزم به كل من المحكم والقاضى، يقتضى على وجه الخصوص تبادل المستندات والأدلة بين الخصوم بصورة تسمح لكل منهم بإبداء ملاحظاته، والرد على الحجج التي ساقها الخصم الآخر استناداً إلى تلك الأدلة أو المستندات. وحيث يتبادل الخصوم ملاحظاتهم والرد على حججهم يتحقق مبدأ المواجهة.

(١) وقد أكدت ذلك أيضاً المادة ١٣٢ مرافعات فرنسى، حيث أوجبت على الخصم الذى يتمسك بمحور فى الدعوى أن يقوم من تلقاء نفسه بإطلاع كل من خصومه الآخرين عليه.

Cass. Civ. 24. act. 1986. 1986. G0Z Pol-2-284.

(٢) أنظر فيما سبق بند رقم ٣٣.

Paris. 24 Avril. 1980. Rev. arb. 1981. 176.

(٣)

وحق كل خصم فى مناقشة أدلة وحجج خصمه ، والذى يتعين على المحكم مراعاته والالتزام به ، ولو كان مفوضاً بالصلح<sup>(١)</sup> تحقيقاً لاحترام مبدأ المواجهة. يفرض هذا الالتزام على المحكم من ناحية أن يأمر بما يراه مناسباً وكافياً من إجراءات لإمكان تبادل المستندات<sup>(٢)</sup> ومن ناحية ثانية أن يرفض كل دليل يقدمه أحد الخصوم طالما أنه لم يتم تبادله مع الخصم الآخر<sup>(٣)</sup> ومن ناحية أخرى ألا يستند فى حكمه على دليل أمر به أو ساقه أحد الخصوم دون أن يتحقق بمقتضاه مبدأ المواجهة.

وحق الخصم فى تقديم ما يدعم وجهة نظره من أدلة وحجج ، وحق الخصم فى الإطلاع وتبادل المستندات على ما قدمه الخصم الآخر لا يخضع لشكل معين ، وكل ما ينبغى مراعاته هو احترام مبدأ مواجهة الأدلة تحت أى شكل كان. فإذا لم يتم إعلام الخصم بالدليل أو المستند المقدم ، فعلى المحكم أن يمتنع أن يأخذ بهذا الدليل أو تلك المستند فى أسباب حكمه وإلا كان باطلاً<sup>(٤)</sup> وعلى العكس فإن الإطلاع على الدليل أو المستند قبل عدة ساعات من قفل باب المرافعة لا يشكل مخالفة لمبدأ المواجهة ، طالما لم يثبت أن الحكم تأثر بهذا الدليل أو تلك المستند المنعى عليه ، أو دعم للدفع سبق تأكيدها<sup>(٥)</sup>.

٤-٢- حق الخصوم فى مناقشة الأدلة والقانون التى جمعها المحكم: إذا اتخذ

المحكم دليل إثبات من تلقاء نفسه<sup>(٦)</sup> فإنه يجب عليه أن يعلم به الخصوم كافة حتى يمكن دراسة ما يسفر عن الدليل من وجهة نظر الخصوم. فمثلاً لو

(١) Paris. 12 Nov 1967. Rev. arb. 1967. 123. Paris 13 Mars. 1973. Rev. arb. 1973. Paris 3 Mars 1992. Rev. arb. 1993. 107. Paris. 14 Oct. 1993. Rev. Arb. 1994. 380.  
مشار لهذه الأحكام لدى د. محمد نور شحاته ص ٣٣١ ، د. علي بركات ص ٣٠٩.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢١.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٢.

(٤) Paris. 31 Fev 1980. Rev. arb. 1984. P. 129.

(٥) Paris. 18 Janv 1983. Rev. arb. 1984. 87 Note Moyer.

(٦) أنظر فيما سبق بند ٢١.

أمر المحكم بئدب خبير، تعين منح الخصوم فرصة العلم بمضمون التقرير لمناقشة نتائج<sup>(١)</sup>. كما يجب على المحكم أن يخضع للمناقشة وسائل القانون<sup>(٢)</sup> خاصة تلك التي يثيرها من تلقاء نفسه سواء تعلقت بالنظام العام أو لا تتعلق به بمناسبة ما أمر باتخاذ من إجراءات الإثبات. بل ولو كانت وسيلة واقع آثارها الخصوم ولكنهم لم يتمسكوا بها صراحة، فيجب على المحكم أن يخضع كل ذلك للمناقشة الحرة من ذوى الشأن قبل إصدار حكمه.

وإذا كان مبدأ المواجهة يوجب على المحكم أن يخضع كل ما يجمعه من مسائل واقع وقانون للمناقشة من ذوى الشأن طوال مراحل الخصومة. فالمبدأ يفرض نفسه وبصورة واضحة فى مرحلة الإثبات لخطورة هذه المرحلة لأنها تمثل التكملة الضرورية لحق الدعوى والحق فى الدفع<sup>(٣)</sup> وما منحتة التشريعات المقارنة من سلطة للمحكم فى اتخاذ ما يراه من إجراءات الإثبات، وإمكانية الإسناد فى حكمه على معلوماته الشخصية<sup>(٤)</sup>. وسلطة المحكم ولو من تلقاء نفسه باتخاذ ما يراه من إجراءات الإثبات يكون لازم للفصل فى الدعوى فذلك مقيد بضرورة علم كل خصم من الخصوم بما تم اتخاذه من إجراءات الإثبات فى غيبته، وتمكينه من الإطلاع

(١) أنظر فيما يلى بند ١٣٦.

(٢) أنظر فى التزام المحكم باحترام مبدأ المواجهة عند أثارته لوسائل القانون. السيد قام: ص ٨٦ وما بعدها بند ٤٥ وما بعده.

Kessedjian: op. cit. P. 403.

(٣) فالمحتكم يستند فى دعواه إلى وقائع معينة يتخذها سبباً للدعوى. وذلك مثل عقد البيع فى دعوى المطالبة بتسليم المبيع. كما أن المحتكم ضده يدفع هذه الدعوى استناداً إلى إنكار أو تأكيد وقائع معينة، مثل نفى وجود عقد البيع، أو تأكيد عملية تسليم البضاعة، وإذا كان الغرض من إتاحة هذه الوسائل هو تمكين المحتكم ضده من العمل على تكوين الرأى التحكيمى لصالحه، فإن هذا لا يتحقق بمجرد تمسكه به، وإنما هذا يقتضى أيضاً تمكين المحتكم ضده من إقناع المحكم بالوقائع التي يستند إليها. نفس المعنى د. وجدى راغب المقال: ص ١٣١ بند ٢٤.

(٤) أنظر فيما سبق بند ١٨.



عليه ومناقشته، وقضى تطبيقاً لذلك<sup>(١)</sup> بأنه إذا انتهت هيئة التحكيم إلى ضرورة اللجوء إلى خبير لأستشارته في مسألة فنية معينة، فإن التقرير الذي يعده هذا الخبير يجب عرضه على كل من الخصمين لمناقشته وإبداء ملاحظاته، والحكم الذي يصدر استناداً إلى تقرير خبير لم يتم تبادله ومناقشته بين الخصوم يقع باطلاً لمخالفته حقوق الدفاع.

وإمكانية إستناد المحكم في حكمه على معلوماته الشخصية مقيد هو الآخر باحترام مبدأ المواجهة، فلا يقضى بعلمه الشخصي عن وقائع تتعلق بالنزاع الذي ينظره إلا إذا تواجه بشأنه مع الخصوم وتمت المناقشة بينهم، وانتهوا إلى الأخذ به. وقضى بأنه لا يمكن النعى على الحكم أنه استعلم من أحد الفنين - دون علم الخصوم - من أهمية أو جدوى طريقة معينة من طرق حساب مؤشرات الأسعار وذلك بشرط أن يكون قد مكن الخصوم من مناقشة ما انتهى إليه من معلومات<sup>(٢)</sup>. وفي الحالتين ومثلهما يكفى لاحترام مبدأ المواجهة أن يضع المحكمون الخصوم في موقف يستطيعون فيه مناقشة ما انتهى إليه بناءً على علمه الشخصي أو ما انتهى إليه تقرير الخبير<sup>(٣)</sup>.

وحق الخصوم في مناقشة ما جمعه المحكمين من أدلة طوال مراحل الخصومة، وما اتخذوه بصددتها من وسائل واقع أو قانون يجد أساسه ومبناه في نصوص قانونية معتمدة، فالمادة ١٦ مرافعات فرنسي، تفرض على المحكم أن يطرح على الخصوم كل ما جمعه من أدلة أثناء نظر النزاع، وكذلك ما يستند إليه من نصوص قانونية، حتى تكون محلاً للمناقشة بين الخصوم والمادة ٣٣ تحكيم مصري على أن ترسل إلى كل من الطرفين

(١) Paris 2 Mai 1973 Rev. arb. 1973. P. 182.

(٢) Coss. Civ. 30 Nov. 1978. Rev. arb. 1979. 355. Note. Fouchard.

Coss. Com. 30 Juill. 1952. D. 1952. P. 724. Paris. 10 Juin. 1993. Rev. arb. 1995. P. 440.

(٣) Coss. Civ. 16 Fev. 1978. Rev. arb. 1978. 469.

صورة من كل ما يقدم إلى هيئة التحكيم من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة. كما تدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدتها هيئة التحكيم في محضر يسلم صورة منه إلى كل من الطرفين، ما لم يتفقا على خلاف ذلك. المواد ٣١، ٣٣/٣ من نظام التحكيم السعودي.

### المطلب الثاني

### القيود الواردة على دور الخصوم في الإثبات

٤١- تمهيد:

إذا كان للخصم الحق في تقديم الأدلة الكافية لتأييد إدعاءاته أو لنقض إدعاءات خصمه وإثبات عكسها، فهذا الحق ليس مطلقاً بل ترد عليه بعض القيود. فالخصم مقيد في إثبات ما يدعيه بطرق الإثبات المقررة في القانون الذى يحكم الخصومة التحكيمية، ولا يجوز له أن يصطنع دليلاً لنفسه، كما لا يجوز إجبار أحد الخصوم على تقديم دليل ضد نفسه وأخيراً الالتزام بالأمانة عند ممارسة الحق في الإثبات. ذلك على النحو التالى:

٤٢- ١- أن يكون الدليل قانونياً:

ويقصد به أن يكون الدليل جائزاً قبوله أمام هيئة التحكيم بصفة مجردة، ولا يقبل أمامها إلا إحدى الأدلة التى نظمها القانون الذى أتفق الأطراف على تطبيقه ليحكم إجراءات الخصومة أو فوضوا فى اختياره هيئة التحكيم<sup>(١)</sup> فإذا كان الإثبات حق للخصم فى تأكيد ما يدعيه أو العكس دحضه. فالحق فى وجهيه يتقيد بقواعد القانون التى تحدد الواقعة محل الإثبات وما يشترط فيها<sup>(٢)</sup> فلا يجوز للخصم أن يقيم الدليل على واقعة لا يميز القانون إثباتها، ولا أن يثبت على الخصوص الواقعة الجائزة بطريقة لا يعترف بها القانون. كما لا يجوز للخصم الآخر دحض هذه الواقعة بطريقة غير مشروعة أو بطريقة تأبأها سنن المجتمع وتحرمها قواعد النظام العام<sup>(٣)</sup>. وآثر

(١) أنظر فيما سبق بند ٧ وما بعده.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢.

(٣) وقضى تطبيقاً لذلك بأن المشرع قد بين الأدلة التى يمكن بها إثبات الحقوق وحدد نطاقها، وقيد القاضى - المحكم - بوجود التزامها بها حماية للحقوق المتناقضية، فلا ينبغى تجاوزها أو الإتفاق على مخالفتها بإضافة وسيلة أخرى =

ذلك، يتعين على الخصم مراعاة الاعتبار الموضوعى لممارسة الحق فى الإثبات كأحد مقتضيات حق الدفاع<sup>(١)</sup>، حتى لا يتعسف الخصم عند ممارسة الحرية الممنوحة له لإثبات إدعاءاته أو لنقض إدعاءات خصمه وإثبات عكسها.<sup>(٢)</sup>

وإذا كانت القاعدة أنه لا يوجد وقت معين لمباشرة الحق فى الإثبات، فيجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الإجراءات، ولا يسقط هذا الحق بإقفال باب المرافعة، وإنما يصبح ذلك متروكاً لتقدير هيئة التحكيم<sup>(٣)</sup> وإنما قد يرتب القانون محل التطبيق أحياناً على عدم اتخاذ إجراء معين من إجراءات تنفيذ الدليل سقوط الحق فى تقديمه، كأن يسقط حق الخصم فى الاستشهاد بشاهد معين إذا لم يحضره أو يكلفه بالحضور للجلسة الثانية المحددة لهذا الغرض<sup>(٤)</sup>.

٤٢- ثانياً: لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه:

من القواعد الهامة التى تقيد حق الخصوم فى الإثبات قاعدة أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه. بمعنى أنه لا يجوز للخصم أن يقدم فى الدعوى دليلاً من صنع نفسه ضد مصلحة خصمه. فلا يسمح له أن يستند على مجرد أقواله الخاصة أو على مستندات وأوراق قام بصنعها بنفسه لكى يؤكد عن طريقها صحة إدعاءاته. وهذه القاعدة فضلاً عن كونها منطقية فهى تفرضها طبيعة الأشياء<sup>(٥)</sup> فلو سمح للخصم اصطناع دليل لنفسه ضد مصلحة خصمه لما آمن الناس على أنفسهم وأموالهم ولتعرض الكثيرون

= لا يقرها القانون، نقض مدنى ١٩٥٥/٥/٩ مجموعة القواعد القانونية التى

قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ١٩٨٥ المجلد الأول ج ١ رقما ٧، ٨.

(١) د. إبراهيم نجيب سعد المقال ص ٣٣ وما بعدها.

(٢) الإمام ابن كثير "تفسير القرآن العظيم"، طبعة دار الحديث، القاهرة، ج ١، ص ٢٣٤، ٢٣٣.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٤) وفقاً لنص المادة ٧٦ من قانون الإثبات المصرى لو كان هو المطبق على إجراءات الإثبات فى الخصومة التحكيمية.

(٥) الشيخ أحمد إبراهيم: طرق الإثبات الشرعية: إعداد المستشار واصل علاء الدين طبعة نادى القضاة ١٩٨٥ ص ٣٢ وما بعدها.

منهم لإدعاءات باطللة لا أساس لها من الصحة، ولا امتلات المحاكم بدعاوى الكذب والافتراء، وهذا ما تأباه أسس المنطق والعدل.

وتأسس هذه القاعدة على احترام حرية الأشخاص واستقلال كل منهم عن الآخر. فالشخص لا يمكن أن يلتزم إلا بما يصدر عنه، ولا يجوز، من ثم، الخصم أن يحتج على خصمه بدليل يصنعه لنفسه لمحرر أو فعل أو قول صادر منه<sup>(١)</sup> وقد جاء فى السنة النبوية الشريفة عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال "لو يغطى الناس بدعواهم لأدعى أناس دماء رجال وأموالهم".

وقد أكدت محكمة النقض على هذه القاعدة، وتواترت عليها أحكامها، فقضت بأنه "لا يجوز للشخص الطبيعي أو المعنوي، أن يتخذ من عمل نفسه دليلاً يحتج به على الغير"<sup>(٢)</sup> أو دليلاً لصالحه<sup>(٣)</sup> كما قضت بأنه "لا يستطيع الإنسان أن يتخذ من عمل نفسه دليلاً لنفسه يحتج به على غيره بغير سند من القانون"<sup>(٤)</sup>.

ومع اعتماد القاعدة، فقد يرد عليها استثناءات قليلة أظهرها ما نصت عليه المادة ٢٨ من القانون التجارى المصرى من أنه يجوز بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفس هيئة التحكيم أن تأمر بالإطلاع على دفاتر التاجر فى الأموال المشاعة ومواد التركات والشركات ويكون للمحكم توجيه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين، وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة<sup>(٥)</sup>.

- 
- (١) د. السنهورى: ص ٥٢ بند ٣٠. د. عصام سليم: المرجع السابق، ص ٢٧.
  - (٢) نقض ١٩٧٩/٣/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٦٧١ قاعدة ١١٢، نقض ١٩٧٣/٦/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٨٩٤ قاعدة ١٥٧، نقض ١٩٨٩/٥/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٠ ج ٢ ص ٣٤٥ قاعدة ٢١٥.
  - (٣) نقض ١٩٨٩/٥/٢٢ مشار إليه.
  - (٤) نقض ١٩٨١/١/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ ص ٢٤٠ قاعدة ٤٩.
  - (٥) أنظر فيما يلى بند ١٢١.

٤٤ - ثالثاً: لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه:

إذا كان لكل شخص الحق في إثبات ما يدعيه، فللخصم دائماً، رخصة تقديم مستند يحوزه، يمكن أن يؤثر في تكوين اقتناع المحكم في جانب إدعائه، هذا الحق لا يحول للخصم إرغام خصمه على أن يقدم له ما يمكن أن يكون دليلاً ضده، لأن في هذا القاء لتبعية الإثبات على هذا الأخير.

وتأسس هذه القاعدة هي الأخرى على فكرة احترام الحرية الشخصية للإنسان، باعتبار أن هذه القاعدة هي الوجه المقابل لقاعدة لا يجوز للخصم أن يصنع دليلاً لنفسه<sup>(١)</sup>. فحق كل خصم أن يحتفظ لنفسه بأوراقه الخاصة به ولا يجبر على تقديمها. وقضى تطبيقاً لذلك<sup>(٢)</sup> بأنه "لا يجبر خصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته، لأن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به، وليس للخصم أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد أن يقدمه".

وفي الواقع أن هذه القاعدة، وتأسيسها على فكرة احترام الحرية الشخصية للإنسان باتت مهجورة لأنها تصطدم من ناحية، بما نصت عليه التشريعات وأنظمة التحكيم المقارنة صراحةً أو ضمناً بالدور الإيجابي للمحكم في إدارته لعملية الإثبات، والتي من مظاهرها سلطته في إصدار الأمر لأحد الخصوم بإبراز دليل في حوزته لصالح الخصم الآخر<sup>(٣)</sup>. ومن ناحية أخرى مخالفة القاعدة للواجب الأخلاقي الذي يقع على عاتق كل خصم اتجاه خصومه - وهو كما سنرى - واجب الأمانة الإجرائية. فضلاً عن هذا أو ذلك فإن القاعدة لا تحول دون أن يجد الخصم دليلاً لمصلحته من محرر قدمه خصمه في الدعوى باختياره<sup>(٤)</sup>.

(١) د. أسامة الروبي: المرجع السابق ص ٩٩ بند ٤٢. د. عصام سليم: المرجع السابق، ص ٢٨.

(٢) نقض مدني ١٩٤٠/٤/١١ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المجلد السابق رقم ٦.

(٣) أنظر فيما يلي بند ٦٨.

(٤) د. السنهوري: ص ٥٥ وما بعدها بند ٣١. د. عصام سليم: الإشارة السابقة.

ونتيجة لذلك ، تطورت التشريعات - فى القوانين المقارنة - وأنظمة التحكيم المختلفة سواء فى نطاق الخصومة العادية<sup>(١)</sup> أو التحكيمية ، نحو اتجاه تقوية الحق فى الإثبات على حساب حق الخصم فى الإمتناع عن تقديم دليل ضد نفسه. والتي بلغت هذه التطورات مداها بالواجب الملقى على عاتق كل شخص فى أن يقدم معاونته للعدالة من أجل إظهار الحقيقة ، ومن هنا أصبحت القاعدة هى إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده<sup>(٢)</sup> متى اتفق الأطراف على ذلك ، أو لكون القانون أو اللائحة التى اتفقوا على اختيارها لتحكيم مرحلة الإثبات أو الاجراءات تتضمن النص على ذلك.

٤٥ - رابعاً: ضرورة الالتزام بالأمانة الإجرائية عند ممارسة الحق فى الإثبات: لا يكفى لممارسة هذا الحق توافر المقتضيات الموضوعية للحق فى الإثبات ، وهو ما يطلق عليه بالاعتبار الموضوعى<sup>(٣)</sup> وإنما يكمله اعتبار آخر هو الالتزام بالأمانة عند ممارسة الحق فى الإثبات ، وهو ما يعبر عنه<sup>(٤)</sup> بحسن نية الخصم أو بالاعتبار الشخصى لممارسة هذا الحق كأحد مقتضيات الحق فى الدفاع.

والتزام الخصم بالأمانة ، ولو لم ينص عليه صراحة كل من المشرع المصرى والفرنسى ، لكن الفقه مجمع على ضرورته<sup>(٥)</sup> ويؤكد على أن الخصم ملزم باتباع حد أدنى من الأمانة وحسن النية أثناء نظر الخصومة فى

(١) د. طلعت دويدار: دعوى العرض منشأة المعارف ص ٧ وما يليها.

(٢) أنظر فيما يلى بند ٦٨.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢.

(٤) د. إبراهيم نجيب سعد: المقال: ص ٣٠. د. أحمد إبراهيم عبد التواب: النظرية العامة للحق الإجرائى ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٩ ، ص ١٦٦ وما بعدها ، بند ١٠٤.

(٥) د. وجدى راغب: المقال: ص ١٦ ، د. إبراهيم نجيب سعد: ص ٣٠ وما بعدها ، د. عزمى عبد الفتاح: مبدأ المواجهة: ص ٣٨ وما بعدها المراجع المشار له.

د. محمد عبد الخالق عمر: الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة المدنية ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة ٦١ ، العدد ٣٣٩ يناير ١٩٧٠ ص ٢٢٤ وما بعدها.  
COUCHEZ: op. cit. N 23.

كافة مراحلها وخاصة مرحلة الإثبات. وتجمع كل التشريعات على ضرورة هذا الالتزام. فالمشروع الإيطالي يفرض على الخصوم ووكلائهم أن يكون سلوكهم أمام القضاء بأمانة وحسن نية وفقاً للمادة ٨٨ مرافعات<sup>(١)</sup>. ولا يقصد بالأمانة الالتزام بذكر الحقيقة كما نصت عليه بعض التشريعات<sup>(٢)</sup> وذهب إليه البعض<sup>(٣)</sup> ولا بعدم الكذب<sup>(٤)</sup> ولا بأن يقول الخصم بالضبط ما يعتقد<sup>(٥)</sup> ولا بالنزاهة في الإجراءات<sup>(٦)</sup> وإنما يقصد بها أن يصل إلى علم الخصم الآخر كل ما قدمه خصمه من أدلة وحجج وأن يعلم بها في الوقت المناسب كي ينظم دفاعه ويتمكن من الرد عليها. فيجب ألا يسئ الخصم ممارسة حقه في الإثبات باستعمال وسائل كيدية أو اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات بسوء نية<sup>(٧)</sup>.

والالتزام بالأمانة الإجرائية أوسع نطاقاً من مبدأ المواجهة لأنها لازمة في غيره، وأن كانت ألصق به من غيره، فالمواجهة لا بد لها من أرضية.

- (١) مشار إليه لدى د. وجدى راغب: الإشارة السابقة.
- (٢) فالمادة ١٣٨ مرافعات ألماني توجب على الخصم التزام الحقيقة. وقانون المرافعات الفرنسي في المادة ١١ يفرض على الخصوم الإسهام في إظهار الحقيقة، وفي المادة ١٣٢ ينص على أن يتم إعلان الخصم بالاستندات تلقائياً مشار لذلك لدى د. إبراهيم نجيب سعد الإشارة السابقة.
- (٣) Couture: El deber de decir La verdad en juicio civil  
مشار إليه لدى د. إبراهيم نجيب سعد الإشارة السابقة.
- (٤) فقانون الإجراءات الجزائية الكويتي لا يعاقب المتهم على شهادته الزور بالنسبة للأقوال التي يبديها دفاعاً عن نفسه وفقاً للمادة ١٥٨.
- (٥) د. عزمى عبد الفتاح: ص ٣٩.
- (٦) "يلتزم الأطراف والمحكمين بالسرعة والأمانة في الإجراءات" مادة ٢/١٤٦٤ مرافعات فرنسي:
- "Les Parties et les arbitres agissent avec célérité et layaute dans conduite de procédure"
- (٧) "والمقصود بسوء النية في هذا المقام هو أن يكون الخصم وهو يتخذ إجراء أو طلب أو دفاعاً عالمياً أن لا حق فيه وإنما قصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر" المذكرة الإيضاحية المادة ١٨٨ من قانون المرافعات المصري.

أخلاقية وهي عماد ما يمكن أن يسمى بالأخلاق الإجرائية L'ethique Procédurale<sup>(١)</sup>.

وتتضمن تشريعات وأنظمة التحكيم المقارنة بعض الوسائل التي تناهض عدم الأمانة، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ١/٣٤ تحكيم مصرى على أنه يجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم إذا لم يقدم المدعى دون عذر مقبول بياناً مكتوباً بدعواه فى الميعاد المتفق عليه أو التى تحدده هيئة التحكيم. وهو نفس ما نصت عليه المادة ١/٢٨ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى. ونصت المادة ٣٧ تحكيم مصرى على أن يختص رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون ببناء على طلب هيئة التحكيم بالحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها فى المادة من ٧٨، ٨٠ من قانون الإثبات. وتنص المادة ١/٣٤ من نظام التحكيم السعودى "إذا لم يقدم المدعى - دون عذر مقبول - بياناً مكتوباً بدعواه وفقاً للمادة ١/٣٠ من هذا النظام وجب على هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم ...". ووفقاً للمادة ٣٥ من النظام السابق على أنه "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات، بعد تبليغه أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار فى إجراءات التحكيم".

ومن الصور أيضاً التى تظهر فيها سوء نية الخصم وعدم اتباعه السلوك الواجب أثناء ممارسة حقه فى الإثبات، عندما يقدم الخصم أدلة مزورة أو يكون قد حصل عليها عن طريق الغش أو التحايل مثل التسجيلات الصوتية والتليفونية المسجلة لشخص دون رضائه أو علمه وفى غير الأحوال المصرح بها<sup>(٢)</sup>.

BOCARA: La procedure dans le desordre - La desert du Contradictoire. J. C. P. 1981. 3004 N 38. (١)

مشار إليه لدى عزمى عبد الفتاح الإشارة السابقة.

(٢) د. وجدى راغب: المقال ص ١٣٤ بند ٢٨. د. إبراهيم نجيب سعد: المقال: ص ٣٢، ٣٣.



## المبحث الرابع السلطة التي يجرى أمامها الإثبات

٤٦- الأصل أن هيئة التحكيم التي تنظم الدعوى، هي التي تتولى اتخاذ كافة إجراءات الإثبات المتعلقة بها. فإذا تعذر عليها القيام بذلك، طلبت الإنابة القضائية من المحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ تحكيم في مطلبين متعاقبين نتعرض للآتي:

**المطلب الأول:** هيئة التحكيم تتولى اتخاذ كافة إجراءات الإثبات المتعلقة بالدعوى.

**المطلب الثاني:** الإنابة القضائية.

### المطلب الأول

**هيئة التحكيم تتولى اتخاذ كافة إجراءات الإثبات المتعلقة بالدعوى**

٤٧- تنص المادة ٢٤ / ٣ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي على أن "لهيئة أن تطلب من الطرفين أن يقدموا وثائق ومستندات أو أية أدلة أخرى" وهو ما نصت عليه لائحة نظام التحكيم السعودي القديم<sup>(١)</sup> تفصيلاً على أن "لهيئة التحكيم أن تأمر بوسائل التحقيق المنتجة في الدعوى" وفقاً للمادة ٢٩، وتأمر بإلزام الخصم بتقديم محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده مادة ٢٨، وتأمر باستجواب المحكّمين مادة ٣٢، والاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير فني بشأن بعض المسائل أو الوقائع الفنية والمادية المنتجة في الدعوى مادة ٣٣، وسلطتها في تكليف الخبير بتقديم تقرير تكميلي لتدارك أي نقص أو قصور في تقديره السابق مادة ٣٤، كما لها أن تنتقل للمعينة وفقاً للمادة ٣٥،

=Cass. Com. 13 act. 2009. N° 08-19-525 juris. Data. N° 2009. 049941. Procédures. 2009: comm.. 390 Par, R. Perrot et comm. 403. Par. A-Bugade.

(١) المواد ٢/٢٩، ٣١، ٣٢، ٣٣، ٢/٣٤، ٣٥، ٤٢١/٣٦ من نظام التحكيم السعودي الجديد.

وهو ما أعمدته العديد من التشريعات وأنظمة التحكيم المقارنة صراحة<sup>(١)</sup> أو ضمناً<sup>(٢)</sup>.

٤٨- ورغم غياب النص التشريعي في قانون التحكيم المصري، إلا أن الفقه مجمع<sup>(٣)</sup> على أن سلطة هيئة التحكيم بالنسبة لإتخاذ إجراءات الإثبات المتعلقة بالدعوى هي نفس سلطة المحكمة. فتقوم هيئة التحكيم بإجراءات الإثبات، ويعتبر قيامها بهذه الإجراءات إحدى وظائفها الأساسية، فلهيئة التحكيم ولو من تلقاء نفسها تأمر بالزام الخصم بتقديم مستند تحت يده، وتسمع الشهود، أو توجه اليمين المتممة، ولها - بناء على طلب الخصم - توجيه اليمين الحاسمة، وتقرر الانتقال للمعاينة أو ندب أحد أعضائها للقيام بها، وأن يندبوا الخبراء للاستعانة بهم في المسائل الفنية، كما أن للهيئة الأمر بإحضار الخصوم وأن تقوم باستجوابهم<sup>(٤)</sup>.

وإذا أمرت هيئة التحكيم بإجراء من إجراءات الإثبات، مما يدخل في سلطتها الأمر به من تلقاء نفسها، ولم يستجيب أحد الأطراف لما طلب منه، فإن الهيئة تفصل في الدعوى بالنظر إلى الأدلة المتاحة أمامها تطبيقاً

(١) فالمادة ٣/٢٧ من قواعد اليونسترال تنص على أن "لهيئة التحكيم أن تطلب من الطرفين في أي وقت أثناء إجراءات التحكيم أن يقدموا خلال المدة التي تحددها، وثائق ومستندات أو أي أدلة أخرى"، وكذلك المادة ١/٣١ من القواعد السابقة تنص على أن لهيئة التحكيم أن تستفسر من الطرفين عما إذا كان لديهما أدلة أخرى لتقديمها أو شهود آخرين لسماعهم أو أقوال أخرى للإدلاء بها".

(٢) وتنص المادة ٢٢ من لائحة تحكيم الغرفة التجارية بباريس على أن "تعلن محكمة التحكيم عن قفل باب المرافعة إذا رأت أنها قد أتاحت الفرصة كافية لسماع الأطراف، ولا يجوز بعد هذا التاريخ تقديم أي مذكرة كتابية أو إدعاء أو دليل، إلا إذا طلبت محكمة التحكيم ذلك وسمحت به".

(٣) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٦ وما بعدها بند ١٠٨. د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٠ بند ١٩٧. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص ٢٨٩. د. عاشور مبروك: ص ٣٠٥ بند ١٨٣. د. أحمد هندى: التحكيم ص ٥٠ بند ١٣، د. على اسماعيل غازي ص ٣٥٤.

Perrot: L'adminstration. Rev. arb. Op. cit. P. 163. Robert et Moreau: op. cit. P. 151. N 175.

(٤) أنظر فيما يلى بند ١٠١.

للمادة ٣/٢٨ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي، حيث تنص على أنه "إذا طلب من أحد الطرفين تقديم وثائق للإثبات وتختلف دون عذر مقبول جاز للهيئة إصدار حكم التحكيم بناء على الأدلة الموجودة أمامها. مادة ٣٥ من نظام التحكيم السعودي.

وتجرى هيئة التحكيم إجراءات الإثبات باللغة التى اتفق عليها الأطراف، وإلا باللغة التى تقرها هيئة التحكيم، ويكون إقرارها ملزم لأطراف التحكيم<sup>(١)</sup> كما تجرى فى المكان الذى أتفق عليه الأطراف سواء فى مصر أو فى الخارج تطبيقاً للمادة ٢٨ تحكيم مصرى. مع مراعاة أن اختيار مكان معين لاتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات لا يعنى بالضرورة وجوب اتخاذ الإجراء فى هذا المكان، فيمكن أن يتم فى أكثر من مكان. ولهذا يجوز لهيئة التحكيم رغم هذا الاختيار، الاجتماع فى أى مكان آخر تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات الإثبات كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الإطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضاء الهيئة بشأن أى إجراء من هذه الإجراءات وفقاً للمادة السابقة.

ولا تؤدي مخالفة الهيئة للغة أو المكان الذى اتفق عليه الأطراف أو قررت الهيئة اختياره لاتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات إلى بطلان الإجراءات التى قامت بها<sup>(٢)</sup>، وإنما يمكن أن يتيح لأى من الطرفين دعوى ضد الهيئة للتعويض عما أصابه من ضرر من جراء هذه المخالفة. ذلك ما

---

(١) متى استندت الهيئة فى قرارها بشأن تحديد اللغة على معيار موضوعى، كان يكون المعيار هو لغة العقد أو المستندات المتبادلة بين الطرفين بشأن النزاع أو لغة الأدلة التى اتفق عليها الأطراف، أو لغة الدولة التى انعقد بها العقد محل النزاع وجرى تنفيذه أو كان يجب تنفيذه فيها أنظر فى تفصيل ذلك د. فتحي والى: ص ٣١٥ وما بعدها بند ١٦٥. وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٦ من لائحة I. C. C. على أنه "ما لم يتفق الأطراف لهيئة التحكيم تحديد لغة أو لغات التحكيم وتأخذ فى اعتبارها كافة الظروف المؤثرة بما فيها لغة العقد" وهو نفس ما نصت عليه المادة ١٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي.

(٢) الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٢/١٢/٢٠٠٨ مبادئ أحكام محكمة النقض فى التحكيم التجارى ص ٨٥ قاعدة رقم ٧٥.

لم يتبين أن اختيار الهيئة للغة أو المكان قد أدخل إخلالاً جوهرياً بمبدأ المساواة بين الطرفين، أو لم يتمكن أحد الطرفين من تقديم أدلته أو الرد على خصمه<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### الإنبابة القضائية

٤٩ - تعريف الإنبابة القضائية ومبرراتها:

قلنا الأصل أن هيئة التحكيم التي تنظر الدعوى، تتولى اتخاذ كافة إجراءات الإنبابات المتعلقة بها. ومع ذلك فقد يوجد من الناحية العملية موانع أو عقبات يتعذر بسببها على هيئة التحكيم أن تتخذ تلك الإجراءات بنفسها، فقد يكون الشاهد المراد سماعه أو الخصم المراد استجوابه أو المال المراد معاينته في مكان آخر بعيد عن مقر هيئة التحكيم داخل الدولة، أو يضعب الوصول إليه لكونه خارج الدولة. في مثل هذه الحالات يعطى المشرع في قانون التحكيم المصري لهيئة التحكيم التي تنظر الدعوى أن تطلب من المحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ من هذا القانون إصدار أمر بإنبابة الجهة القضائية المختصة للقيام بهذه الإجراءات تطبيقاً للمادة ٣٧ تحكيم<sup>(٢)</sup> وهو ما أعمدته التشريعات المقارنة<sup>(٣)</sup> والاتفاقيات الدولية<sup>(١)</sup> سواء كانت الإنبابة داخلية أو خارجية، كإحدى صور المساعدة التي يقدمها قضاء الدولة لنظام التحكيم<sup>(٢)</sup>.

(١) د. فتحى والى: ص ٣١٤ بند ١٦٤.

Paris 18 Nov. 1987 et 4 mai 1988. Rev. arb. 1988, 657 Note. Ph. Fouchard.

(٢) وقانون التحكيم بعد التعديلات التي صاحبت مرحلة إعداد صياغته أصبح قانوناً موحداً يمثل الشريعة العامة للتحكيم الدولي والتحكيم الداخلى. أنظر المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ملحق رقم ١ من مضبنة مجلس الشعب ٥١ دور الانعقاد العادى الرابع من الفصل التشريعى السادس فى ١٩٩٤/٢/٢٠ ص ٥٧ مشار إليه لدى محمود مصطفى يونس: الإنبابات القضائية ٢٠٠٢ الطبعة الأولى دار النهضة العربية ص ١٠ حاشية رقم ١٠.

(٣) فقد نظم المشرع الفرنسى موضوع الإنبابة القضائية الداخلية والخارجية فى المواد ٧٣٠ وحتى ٧٤٨ مرافعات، والقانون اللبنانى فى المادة ٨٣١ أصول محاكمات والمشرع الأردنى فى المادة ٦ من قانون البيئات والمادة ٩ من قانون الإجراءات=

والمقصود بالإنابة القضائية الداخلية هي حالة قانونية، بموجبها تقوم المحكمة المنببة بتكليف المحكمة المنابة في اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو الإثبات أو التنفيذ يلزم اتخاذه للفصل في المسألة المنظورة أمام المحكمة المنببة، لأنه ليس في مقدورها القيام به في نطاق دائرة اختصاصها<sup>(٣)</sup>.

ويقصد بالإنابة القضائية الخارجية، طلب من السلطة القضائية المنببة إلى السلطة القضائية المنابة قضائية كانت أو دبلوماسية أساسه التبادل، بالتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو جمع الأدلة أو أى إجراء قضائي آخر يلزم اتخاذه للفصل في المسألة المنظورة أمام السلطة القضائية المنببة والتي ليس في مقدورها القيام بها في نطاق اختصاصها<sup>(٤)</sup>.

- =المادة ٤ إثبات مصرى. مادة ٢/٢٣ من نظام تحكيم غرفة باريس، المادة ٢/٢٢ من نظام التحكيم السعودى.
- (١) أنظر في العديد من الإتفاقات الدولية الثنائية والجماعية التي أبرمت بين الدول بشأن الإنابة القضائية د. عكاشة عبد العال: الإنابة القضائية فى نطاق العلاقات الخاصة الدولية طبعة بيروت ص ١١١ وما بعدها.
- (٢) لكى يزيد من فاعلية التحكيم فى الفصل فى الخصومات، باعتباره وسيلة مساعدة لقضاء الدولة لتحقيق هذا الغرض، وبما لقضاء الدولة من سلطة = عامة فى تكملة القصور فى سلطة المحكم على خصومة التحكيم، فى كل حالة يكون فيها تدخل قضاء الدولة ضروريا لتحقيق فعالية التحكيم. د. محمد نور شحاته: المرجع السابق ص ٣١٥. فاطمة صلاح الدين يوسف: دور القضاء فى خصومة التحكيم دار النهضة العربية ٢٠١٠ ص ١٧٢ وما بعدها بند ٤١٠ وما بعده.
- (٣) محمود مصطفى يونس: ص ١٦. د. أحمد هندي: التحكيم: ص ٥٣ وما بعدها بند ١٤. د. سيد أحمد محمود: المسائل والمشاكل المتعلقة بالسلطة الولائية للمحكم. محاضرة بالمؤتمر الدولى الأول للتحكيم الهندسى - البحرين ١٥ - ١٧ مايو ٢٠٠٠ ص ٤ وما بعدها.
- CADIET: op. cit. P. 498 N 946.
- وفى الشريعة الإسلامية للقاضى أن يكتب إلى غيره من القضاة بما وجب عنده من حكم أو ثبت عنده من حق. أبو الحسن الماوردى: أدب القاضى ج ٢ ص ٩٥.
- (٤) د. عكاشة عبد العال: ص ١٤ وما بعدها. د. أحمد عبد الكريم سلامة: مسائل الإجراءات فى الخصومة المدنية الدولية - مجلة البحوث القانونية والإقتصادية حقوق المنصورة عدد أكتوبر ١٩٨٧ العدد الثانى ص ٩٦ بند ٦٦.

والإنابة القضائية داخلية أو خارجية بصدد الدعوى التحكيمية المنصوص عليها في المادة ٩ تحكيم لإصدار الأمر أو الإثبات أو جمع الأدلة أو أى إجراء قضائى آخر يكون لازم للفصل فى المسألة المنظورة أمام هيئة التحكيم والتي يتعذر عليها القيام بأى من هذه الإجراءات بنفسها، تطبيقاً للمادة ٣٧ تحكيم مصرى<sup>(١)</sup>. المادة ٢/٢٢ من نظام التحكيم السعودى. فقد أعطت المادة ٣٧ تحكيم الأمر بالإنابة القضائية لمحكمة المادة ٩ تحكيم بناء على طلب هيئة التحكيم بحيث لم تميز تلك المادة لهيئة التحكيم أن تأمر بالإنابة القضائية مباشرة، فليس لها أن تتيب عنها محكمة أخرى فى اتخاذ إجراء قضائى معين، ولكنها تطلب من محكمة المادة ٩ إصدار الأمر بالإنابة إلى السلطة المناوبة قضائية كانت أو دبلوماسية لتقوم بالإجراء نيابة عنها<sup>(٢)</sup> وتقييد هيئة التحكيم فى طلبها للإنابة بالإجراءات التى تملك اتخاذها، دون أن تمتد إلى الإجراءات التى لا تملك اتخاذها<sup>(٣)</sup>.

=CHATIN: Etudes sur les Commissaires rogatoires. La Notification des actes à L'étranger et L'aide judiciaire. Rév Crit. 1977. P 610.

GAVALDE "ch" Les Commissions rogatoires internationales matiere civile et Commerciale. Rév Crit. 1964. P. 15.

- (١) وغير صحيح قصر النص على الإنابة الداخلية، فالنص جاء عاماً، وليس تخصيصه بغير مخصص، سيما وأن المحكمة من اللجوء إلى الإنابة فى صورتها واحدة. د. عكاشة عبد العال: ص ١٢٢ وما بعدها.
- (٢) د. رضا السيد: المرجع السابق: ص ٥٥ وما بعدها. قارن حيث يرى البعض رخصة الأمر بالإنابة القضائية مباشرة لهيئة التحكيم نظراً لطبيعة أعمالها القضائية. د. محمود مصطفى يونس: ص ١٥٣ بند ٧٠.
- (٣) فلا تملك هيئة التحكيم على سبيل المثال أن تطلب من محكمة المادة ٩ تحكيم أن تنوب عنها فى طلب توقيع الحكم على أحد الخصوم بأية غرامات لصالح الدولة من محكمة أخرى. د. أحمد أبو الوفا: ص ٢٧٠ بند ١٠٨. وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٧ من اتفاقية التعاون القضائى بين مصر ورومانيا الموقعة فى ١٧/٨/١٩٧٦ على أنه "لا يجوز طلب الإنابة لتمكين الأطراف من الحصول على وسائل إثبات لا تكون معدة للاستعمال فى إجراءات قضائية قائمة أو مستقبلية".

وتجسد الإنابة القضائية مبرراتها، في كونها ضرورة إجرائية، لأنها قد تمثل الحاجة الماسة للخصوم، كما تملئها اعتبارات التيسير على الشهود أو من يساهم في إظهار الحقيقة، وأيضاً تقتضيها اعتبارات التعاون القضائي وفكرة التعايش المشترك بين الدول<sup>(١)</sup>.

وكون الإنابة القضائية ضرورة إجرائية، فذلك لضمان صدق سير العدالة، والوصول إلى قضاء عادل، فالعدالة تتأذى، من صدور حكم بالحق أو نفيه عن صاحبه، بموجب ما قدم إلى هيئة التحكيم من مستندات وأدلة ووقائع لا تستطيع الهيئة الوقوف على حقيقتها. فإذا تطلب الأمر اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات وكان لازماً للفصل في الدعوى، وتعدر على هيئة التحكيم أن تقوم به بنفسها، فلها أن تطلب من المحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ الأمر بالإنابة القضائية إلى الجهة أو المحكمة المناوبة، ومن هنا تظهر حاجة الخصوم الماسة إليها كي يستطيع أن يقيم بينته أو أن يقدم حجته<sup>(٢)</sup> كما تملئها اعتبارات التيسير على من تسمع شهادته، أو من يساهم في إظهار الحقيقة، كأن تؤخذ شهادتهم في مكان دائرة السلطة المناوبة التي يتبعونها، ذلك لدرء المشقة عنهم، لهذا كانت الإنابة الداخلية واجبة وملزمة، لخضوع الجهة طالبة الإنابة والمحكمة الأمر بها والجهة المناوبة لسيادة دولة واحدة مع وجوب احترام القانون.

(١) د. محمود مصطفى يونس: ص ٢٠ وما بعدها. عكاشة عبد العال: الإنابة القضائية ص ٢١ وما بعدها مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧١٥ وما بعدها.

(٢) وفي هذا يقول فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه "إذا تقدم رجل إلى القاضى، فسأله أن يقبل بينته على حق على رجل فى بلد آخر، ليكتب له كتاباً، إلى قاضى ذلك البلد، فالقاضى يسمع من شهوده على حقه الذى يدعى؛ لأن الحاجة ماسة إلى هذا، فإن الإنسان قد يتعذر عليه الجمع بينه وبين خصمه والشهود فى مجلس القاضى، فكان فيه حاجة ماسة إلى تجويز كتاب القاضى إلى القاضى، كما فى الشهادة على الشهادة، فجعلت حجة لمساس الحاجة. كتاب معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للإمام علاء الدين أبو الحسن الطرابلسى طبعة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ ص ١١٥.

أما الإنابة القضائية الدولية تجد مبررها في فكرة التعايش المشترك بين النظم القانونية والقضائية الدولية، وهو تعايش تبرره ضرورات عملية، تتمثل في الاستحالة على هيئة التحكيم في أن تضطلع بنفسها باتخاذ كافة إجراءات التحقيق والإثبات في شأن الخصومة الأصلية المنظورة أمامها، يمكن معه القول بأن هناك عرفاً دولياً ملزماً بتنفيذ الإنابة القضائية، متى تعلق الأمر بمسألة يجوز فيها هذه الإنابة، وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي في المواد ٧٣٣ : ٧٤٨ مرافعات.

٥٠- طلب الإنابة وموضوعها:

يجر طلب الإنابة من هيئة التحكيم المنظور أمامها النزاع، ليرسل إلى محكمة المادة ٩ تحكيم لتأمر بالإنابة، ويجب أن يكون الطلب مورخاً<sup>(١)</sup> وموقفاً عليه من رئيس هيئة التحكيم وجميع أعضائها، وإذا تعلق الأمر بإنابة خارجية فإن الطلب يجر وفقاً لقانون الدولة الطالبة<sup>(٢)</sup>. ويجب أن يكون طلب الإنابة واضحاً<sup>(٣)</sup> ومبيناً فيه المهمة المطلوبة على وجه الدقة، وكل ما يعين على حسن تنفيذها، فيجب أن يتضمن نوع القضية وجميع البيانات التفصيلية المتعلقة بوقائعها والإجراء المطلوب تنفيذه، وبيان تفصيلي ودقيق عن كل من هيئة التحكيم طالبة الإنابة، ومحكمة المادة ٩ مصدرة قرار الإنابة، والجهة المناوبة. والإجراء موضوع الإنابة، وأي بيانات أخرى لازمة لتلقى الأدلة بناء على يمين أو إثبات أو أي نموذج يتعين استخدامه ويكون ضروري لتنفيذ الإنابة.

ويمكن لهيئة التحكيم أن تطلب من محكمة المادة ٩ تحكيم أكثر من إنابة قضائية بخصوص منازعة واحدة، لأكثر من دولة، متى اقتضى الأمر اتخاذ

(١) للتأكيد من أن هيئة التحكيم قائمة ولم يلحق بأعضائها عارض من العوارض الخاصة بها من عزل أو تنحية أنظر في العوارض الخاصة بهيئة التحكيم د.

فتحى والى: ص ٢٥٣ وما بعدها بند ١٣٢ وما بعده.

(٢) وفقاً للمادة ١٧ من اتفاقية التعاون القضائي بين مصر والإمارات العربية المتحدة.

(٣) د. محمود مصطفى يونس: ص ١٤٥ - ١٥٢ بند ٦٨ وما بعده. د. أحمد عبد

الكريم سلامة: المقال ص ١٠٠ بند ٧٣.



عدة إجراءات من إجراءات التحقيق أو جمع الأدلة المتناثرة بين هذه الدول، وكان من شأنها جميعاً أن تتضافر لإظهار الحقيقة فى المنازعة المثارة، ومثال ذلك، كأن تطلب هيئة التحكيم من المحكمة المنبئة إنابة قضائية فى بلد لسماع شاهد وأخرى فى بلد ثان للإطلاع على مستندات معينة أو معاينة عقار أو منقول أو استجواب خصم وهكذا<sup>(١)</sup>.

وبناء على ما سبق، فإن الأمر بالإنابة القضائية من محكمة المادة ٩ - المنبئة إلى المحكمة المنابة متوقف على طلب الإنابة من هيئة التحكيم التى تنظر الدعوى، ومن ثم تنقيد المحكمة المنبئة فى أمرها بالإنابة بما ورد فى الطلب المقدم إليها من هيئة التحكيم، أى أن هيئة التحكيم هى التى تحدد الموضوع محل الإنابة، ولا يجوز للمحكمة المنبئة الخروج عن ذلك المحل فى أمرها بالإنابة والذى يعد فى تصورنا عمل من أعمال الإدارة القضائية<sup>(٢)</sup>. وموضوع الإنابة القضائية ينصب على اتخاذ إجراءات التحقيق<sup>(٣)</sup> أو الإثبات أو جمع الأدلة التى يتعذر على هيئة التحكيم أن تقوم بها بنفسها، أو أى إجراء قضائى آخر تطلبه هيئة التحكيم لكونه لازم للفصل فى موضوع الدعوى المنظورة أمامها<sup>(٤)</sup>.

(١) د. عكاشة عبد العال: الإنابة القضائية: ص ١٢٧.

(٢) قارن: حيث يرى البعض أن قرار الإنابة القضائية مجرد إجراء قضائى. د. عكاشة عبد العال: ص ١٢٨ ولكن هذا الرأى لم يبين طبيعة القرار.

(٣) وإجراءات التحقيق: هى إجراءات قضائية تدخل فى تكوين الخصومة القضائية بوصفها مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة، والتى يعد كل إجراء منها عملاً قانونياً قائماً بذاته، وقانون المرافعات باعتباره القانون الإجرائى يختص بضبط عناصره ويبين أثره ويرتب جزاء على مخالفة قواعده. أنظر فى تفصيل ذلك. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى: منشأة المعارف ١٩٧٤ ص ٦٢٢ وما بعدها، مبادئ القضاء المدنى ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص ٢٨٧ وما بعدها.

(٤) د. عكاشة عبد العال: ص ٦٦ وما بعدها، د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم: ص ٧١٧ بند ٤٨٨. محمود مصطفى يونس: ص ٨٥ وما بعدها بند ٥١ وما بعده.

Gavaldal Rév Crit 1964: op. cit. P. 15 ets. Chatin: Rév. Crit 1977. P. 611 ets.

## ٥١. ومن تطبيقات الإنابة القضائية فى نطاق إجراءات التحقيق والإثبات،

كالزام الخصم الموجود فى الخارج بتقديم مستند تحت يده منتج فى الدعوى<sup>(١)</sup> سماع شاهد مقيم فى الخارج أو فى الداخل تمنعه ظروفه من الحضور أمام هيئة التحكيم، أو معاينة عقار أو منقول أو مكان معين بالخارج يلزم معاينته للفصل فى النزاع<sup>(٢)</sup> فحص الدفاتر التجارية الموجودة بالخارج أو أخذ صورة منها، وكذا إرسال المستندات المتعلقة بمضاهاة الخطوط للوقوف على صحتها، أو استجواب خصم موجود بالخارج أو توجيه يمين<sup>(٣)</sup> أو الاستعانة بخبير للقيام بعمل من أعمال الخبرة الفنية<sup>(٤)</sup>. وقد يكون إجراء التحقيق لجمع الأدلة والحصول على المعلومات التى تساعد هيئة التحكيم فى تكوين عقيدتها للوقوف على وجه الحقيقة فى المنازعة المنظورة أمامها<sup>(٥)</sup>.

وقد يكون موضوع الإنابة القضائية أى إجراء تحكيمى يصدر عن هيئة التحكيم بمناسبة أداء وظيفتها التحكيمية كوظيفة قضائية، ترى أنه من الضرورى اتخاذه حتى يتسنى لها الفصل فى النزاع المنظور أمامها، ومن ثم يخرج عن موضوع الإنابة أى عمل إدارى أو تنظيمى يناط بهيئة التحكيم، ومن أمثلة الإجراءات التحكيمية القضائية كمحل لطلب الإنابة من محكمة

---

= ثم أنظر فى تطبيقات أخرى غير الواردة بالمتن للإنابة القضائية كاتخاذ إجراء من إجراءات التنفيذ. د. محمود مصطفى يونس ص ٩٧ وما بعدها بند ٥٤ وما بعده.

(١) Coss. Civ. 22 Fev. 1978. Rév. Crit. 1979. P. 593. Note.

Couchez cette per CADIET: op. cit. P. 499.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦١ بند ١٩٧. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم ص ٧١٨ بند ٤٨٨. د. أحمد هندى: التحكيم ص ٥٤ بند ١٤. د. على اسماعيل غازى ص ٣٨٧ حاشية رقم ٢.

(٣) Gavalda: op. cit. P. 18 ets.

(٤) Maurice: الإنابات القضائية فى القانون الدولى الخاص رسالة باريس

١٩٠٢ ص ١٥ مشار إليه لدى عكاشة عبد العال: الإنابة القضائية ص ٧٠.

(٥) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم: الإشارة السابقة. د. أحمد

عبد الكريم سلامة المقال ص ١٠٤ بند ٧٨.

المادة ٩ تحكيم طلب تعيين مصرفى للشركة، أو مدير لإدارة المال الشائع، أو حارس على المنقولات أو العقارات المتنازع عليها.

#### ٥٢- طرق تنفيذ الإنابة القضائية الداخلية والخارجية:

والإنابة الداخلية تنفذ دائماً بالطريق القضائى، وذلك عن طريق الطلب المقدم من هيئة التحكيم التى تنظر الدعوى إلى محكمة المادة ٩ تحكيم، والتى تأمر بالإنابة إلى المحكمة المناوبة التى يجرى اتخاذ الإجراء أو يوجد المال أو الأشخاص فى دائرتها.

والمحكمة المناوبة قد تكون محكمة أول درجة جزئية عادية أو خاصة أو متخصصة، أو محكمة ابتدائية، وقد تكون محكمة ثان درجة، لأنها تبحث مسائل الواقع والقانون شأن محكمة أول درجة، ولكن لا يجوز أن تكون محكمة النقض<sup>(١)</sup> لأنه ليس لمحكمة النقض أن تتخذ إجراء التحقيق أو الإثبات أو جمع الأدلة، أو على العموم الإجراء القضائى المتعلق بالإنابة القضائية، لكونها محكمة قانون تراقب صحة تطبيق القانون على القضية المطعون فى حكمها أمامها<sup>(٢)</sup>.

أما الإنابة القضائية الخارجية يتم تنفيذها أمام القضاء المصرى بأحد طريقين: الأول: الطريق القضائى، بأن تتم الإنابة من محكمة المادة ٩ تحكيم مصرى بناء على طلب هيئة التحكيم المنظور أمامها النزاع، إلى الجهة القضائية المختصة بالخارج، ويكون ذلك عن طريق إرسال طلب الإنابة عن طريق وزارة العدل التى ترسلها بدورها إلى وزارة الخارجية التى تقوم بإرسالها إلى وزارة العدل فى الدولة الأجنبية لتقوم بتنفيذ الإنابة وهو

(١) د. عكاشة عبد العال: ص ١٢٥.

(٢) د. نبيل عمر: الوسيط فى الطعن بالنقض: دار الجامعة الجديدة ٢٠٠١. وفى الشريعة الإسلامية، الإنابة جائزة على اختلاف درجات القضاة أو مراتبهم، فيكتب القاضى إلى من هو أعلى منه أو أدنى، وإلى خليفته ومستحلفه، فالرسول صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل خيبر فى أحد القتلى وهم أدنى منه درجة بإجماع الأمة: أدب القاضى للماوردى: الجزء المشار إليه سابق ص ٩٥.

ما اعتمده الفقه<sup>(١)</sup> والقضاء<sup>(٢)</sup> وأقرته الاتفاقات الدولية<sup>(٣)</sup>. الثاني: الطريق القنصلي، والذي يتم بناء على طلب الإنابة من هيئة التحكيم إلى محكمة المادة ٩ تحكيم ومنها إلى وزارة العدل والتي ترسله إلى وزارة الخارجية والتي بدورها ترسل طلب الإنابة إلى ممثليها الدبلوماسيين أو القنصلين في الخارج لتقوم بتنفيذ طلب الإنابة ثم إعادتها إلى وزارة الخارجية والتي تبلغها بدورها إلى وزارة العدل، فالمحكمة التي أمرت بها، وهيئة التحكيم التي طلبتها.

ويقتصر موضوع الإنابة في حالة أن عهد بها لرجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي على إجراءات التحقيق وسماع الشهود، دون الإجراءات الأخرى التي تتناول عملاً قضائياً فياً، وهو ما لا يملكه<sup>(٤)</sup> ويتعين أن يكون تنفيذ الإنابة على وجه الاستعجال<sup>(٥)</sup>.

#### ٥٢. الأثر القانوني للإنابة القضائية<sup>(٦)</sup>:

القاعدة أن الإجراء الذي تم بطريق الإنابة، يكون له نفس الأثر القانوني، كما لو كان قد تم أمام هيئة التحكيم المنظور أمامها النزاع، فما قامت به المحكمة المناوبة بشأن موضوع الإنابة، له قوته في الإثبات أمام هيئة التحكيم، ذلك سواء كانت الإنابة القضائية داخلية أو خارجية.

(١) د. عكاشة عبد العال: ص ١٥٨، د. محمود مصطفى يونس ص ١٦٦ وما بعدها بند ٧٤. د. أحمد عبد الكريم سلامة ص ٩٩.

Chatin: Rév. Crit: 1977. op. cit. P. 614

CADIET: op. cit. P. 499.

Coss. Civ. 22 Fév. 1978. Rév Crit.

(٢)

مشار إليه سابقاً.

(٣) الاتفاقية العربية الإماراتية الموقعة في القاهرة في ٢٠٠٠/٢/٥.

Chatin: Lic. Cit.

(٤)

(٥) وفقاً للمادة ٢١ من اتفاقية التعاون القضائي بين مصر والمغرب بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٨٩. والمادة ١٨ من اتفاقية التعاون القضائي بين كل من مصر وفرنسا الموقعة في باريس ١٥ مارس ١٩٨٢.

(٦) أنظر في الأثر القانوني للإنابة القضائية أمام محاكم الدولة د. محمود مصطفى يونس ص ١٩٣ وما بعدها بند ٨٢ وما بعده.

## المبحث الخامس

### القواعد الخاصة بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات

٥٤- وصف حكم هيئة التحكيم الصادر بإجراءات الإثبات :  
تملك هيئة التحكيم إصدار مختلف أنواع الأحكام<sup>(١)</sup>. كأحكام القضاء

(١) فهئة التحكيم وهى بسبيل حسم خلافات الخصوم لها سلطة إصدار أى حكم يتفق مع حقيقة ما طلبه الخصوم ، ويتمشى مع أسس المرافعات ، فمن ناحية : تصدر هيئة التحكيم الأحكام المتعلقة بتنظيم سير الخصومة التحكيمية وفقاً لما اتفق عليه الأطراف ، أو وفقاً لما تختاره الهيئة التحكيمية ، سواء بصورة كلية أو تكميلية ، وعلى النحو الذى تراه ملائماً لحسن نظر الخصومة والفصل فيها. وتعرف الأحكام الصادرة فى هذا الخصوص بطائفة الأحكام المنظمة لسير = لخصومة ، ويجمع هذه الطائفة كافة الأحكام التى تصدر بغرض تنظيم الخصومة وضمان حسن سيرها ، كالأحكام الصادرة بالتأجيل ، أو بإقفال باب المرافعة وفقاً للمادة ٢٨ من لائحة تنظيم التحكيم السعودى ، ٢٥ من لائحة التحكيم التجارى الدولى لهيئة التحكيم الأمريكية لعام ١٩٩٢ ، ١/٢٩ من قواعد اليونسترال. والحكم يفتح باب المرافعة وفقاً للمادة ٢/٢٩ من قواعد اليونسترال. والحكم بضم الخصومات التحكيمية كما نصت عليه بعض التشريعات المادة ٦ من قانون التحكيم بهنج كونج الصادرة ١٩٨٢ وأيده القضاء الأمريكى. أنظر فى الحكم الأخير هدى عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٢٦١ بند ٢٠٧.

ومن ناحية : تصدر هيئة التحكيم أحكامها المتعلقة بالدفع الإجرائية وفقاً لنص المادة ٢٢ تحكيم مصرى ، كالأحكام الصادرة بإنهاء الخصومة لعدم الاختصاص ، أو بنقضائها أو ببطالان الإجراء والمادة ١٦ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى. أنظر : د. فتحى والى : التحكيم : ص ٣٥٠ وما بعدها بند ١٩٠ وما بعده د. عزمى عبد الفتاح : التحكيم ص ١٥٣ وما بعدها د. محمود هاشم : استنفاد ولاية المحكمين مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٨٤ يناير العدد الأول والثانى السنة ٢٦ ص ٨٤ وما بعدها. د. علي بركات : ص ٣٤٧ بند ٣٥٢. د. عيد القصاص : حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ٦٨ ، د. أحمد هندى : التحكيم ص ٩٥ وما بعدها بند ٢٤٠.

Boisson: op. cit. P. 215. N 245. Loquin: jur. Clss. Fasc. 1032 op. cit. N 19 ets. Molulsky: question Préalable et question prejudicielle en Motière de Competence arbitrale. J. C. P. 1957. 1 – 1383 N 4.

Fouchard, Gaillard, Gold man; op.cit., P. 792. =

تماماً<sup>(١)</sup> والتي من بينها - وما يهمننا في هذا الصدد - تلك الأحكام

= ومن ناحية: تصدر هيئة التحكيم أحكامها بعدم قبول الدعوى التحكيمية، عدم قبول موضوعي لتخلف أحد شرطى المصلحة أو الصفة وفقاً لنص المادة ٣ مرافعات مصري، وتقضى بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها، أو بناء على دفع من أحد الخصوم، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى. د. محمود هاشم: المقال السابق = ص ٨٤. وتطبيقاً لذلك قضى بأن الدفع بانتفاء الصفة أمام هيئة التحكيم يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجب على هيئة التحكيم التصدي له من تلقاء نفسها استئناف القاهرة ٩١ تجارى فى ٢٠٠٣/١٢/٣٠ القضية ٥٤ لسنة ١٢٠ ق تحكيم.

وتصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها وفقاً للمواد ٢٤ تحكيم مصري، ١٧ من القانون النموذجي للتحكيم، ١/٢٣ من نظام = غرفة التجارة الدولية بباريس، ٢٦ من قواعد اليونسترال، ٤٧ من اتفاقية واشنطن. وفي تطبيق ذلك أنظر استئناف القاهرة ١٢/٢٠/١٩٩٥ فى التحكيم رقم ٤ لسنة ١٩٩٥.

وتصدر هيئة التحكيم أحكاماً غير منتهية للخصومة فاصلة في الموضوع بالنسبة لبعض الطلبات الموضوعية وتسمى بالأحكام الجزئية تطبيقاً للمادة ٤٢ تحكيم مصري حيث تنص على أنه "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً في جزء من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها" أنظر د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٩٧ وما بعدها بند ٢٣٠.

وأخيراً، تصدر هيئة التحكيم الأحكام المنتهية للخصومة كلها، وذلك خلال ميعاد معين اتفاقى أو قانونى. أنظر فى تفصيل ذلك. د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٧٠ وما يليها بند ١٠٩. د. فتحى والى: ص ٣٩٧ وما يليها بند ٢٢٩ وما بعده. د. نبيل عمر: التحكيم: ص ٢٨١ وما يليها بند ٢٣٩ وما بعده.

(١) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة. محمود هاشم: المقال ص ٦٩ وما بعدها. وجدى راغب: تأصيل الجانب الإجرائى فى هيئة تحكيم معاملات الاسهم بالأجل مجلة حقوق الكويت السنة السابعة العدد الرابع ديسمبر ١٩٨٣ ص ١١٢ وما بعدها. د. عادل الطببائى: الجوانب الدستورية والقانونية فى عملية إنشاء هيئة التحكيم. مجلة حقوق الكويت العدد السابق ص ١٣٨. د. حسن بغدادى: القانون الواجب التطبيق فى شأن صحة شرط التحكيم مجلة القضاة يناير ١٩٨٦ المجلد الأول ص ٨٨. د. عيد القصاص: حكم التحكيم ص ٦٨، د. أحمد هندى: التحكيم ص ٩٥ وما بعدها بند ٢٤ =

المتعلقة بتهيئة الدعوى وإعدادها للحكم فيها، والتي ترمى إلى التحقيق من الوقائع القانونية موضوع الإدعاءات المتبادلة بين الخصوم<sup>(١)</sup> والتثبيت منها، وتندرج في هذه الطائفة كافة الأحكام التي تأمر باتخاذ إجراء تحقيق أو تتعلق بإجراء من إجراءات الإثبات، كالحكم بإحالة الدعوى إلى التحقيق أو الانتقال إلى المعاينة أو استجواب أحد الخصوم أو سماع شاهد أو توجيه اليمين أو ندب خبير للتحقيق من وجود الحقوق أو مداها، أو من صحة المحررات المتعلقة بها، وتصدر هذه الأحكام<sup>(٢)</sup> أما بناء على طلب الخصوم أو أحدهم وأما من تلقاء نفس هيئة التحكيم.

---

=JAPIOT: op. cit. P. 632 ets. Boisseon: op. cit. P. 331 R. Rivire: La Sentence arbitrale. Jur. Cliss. Pre. Civ. Fosc. 1046. CADIET: op. cit. P. 791 N 1538 ets. Vincent et Guinehard. Op. cit. P. 983. N 1676. Cornu et Foyer: Procedure civil 1996. P. 753 N 197.

وفي تطبيق ذلك أنظر:

الطعون أرقام ٦٤٨ / ٧٣ ق، ٥٧٤٥، ٦٤٦٧، ٦٧٨٧ جلسة  
٢٠٠٥/١٢/١٣ المحاماة العدد ٦٢٥ لسنة ٢٠٠٧ ص ٤٩٨ نقض  
١٩٨٦/٢/٦ مجلة القضاة - ٢١ - ١ - ص ٣١٤. نقض ١٩٩٥/١/٢٣ مجلة  
القضاة العددان الأول والثاني رقم ٤٧ ص ٥٩٣.

Paris. 9 juill. 1992. Rev. arb. 1993. 303 Not. Jarrosson. Paris  
15 Oct. 1991. Rev. arb. 1991. 643. Not. Jarroasson. Coss. Civ.  
12 Oct. 2006. Rev. arb. 2008 P. 429 obs. CuniBerti.

(١) وتقتيد سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ إجراءات الإثبات بالوقائع التي آثارها الخصوم في الدعوى، فيحظر على المحكم التعرض لوقائع لم تطرح في الخصومة، ومن ثم يمتنع عليه الأمر باتخاذ إجراء إثبات بشأنها، ويجد هذا الحظر أصوله في مبادئ أساسية تحكم الخصومة التحكيمية وقواعد مباشرتها أنظر في مبدأ حياد المحكم والنتائج المترتبة عليه، انظر فيما سبق بند ٢٥ وما بعده.

(٢) وتهيمن على هذه الطائفة من الأحكام مجموعة من المبادئ الأساسية: أولها: أن تقدير الحاجة إلى إجراء تحقيق أو اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات يخضع لمطلق السلطة التقديرية لهيئة التحكيم. ونتيجة لذلك إذا وجدت هيئة التحكيم في الأوراق والمستندات المقدمة عناصر أساسية كافية لإثبات الوقائع، فلا =

وهذه الطائفة من الأحكام جرى الفقه التقليدى<sup>(١)</sup> والقضاء القديم<sup>(٢)</sup> على تقسيمها إلى أحكام تمهيدية وأحكام تحضيرية<sup>(٣)</sup> وراح الفقه يميز بين ما يعد تمهيدياً وما يعد تحضيرياً<sup>(٤)</sup> نظراً لأن القانون المقارن

=تثريب عليها إذا اقتنعت بهذه الوسائل، ورفضت الطلب المقدم إليها بالتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات. أنظر فيما سبق بند ١٩ وما بعده.

**وثانياً:** لهيئة التحكيم وهي بصدد تكوين عقيدتها كامل الحرية فى تقدير الأدلة ووسائل الإثبات المتعلقة بوقائع الدعوى فلا تعتمد إلا ما تطمئن إليه. إلا أنه استثناءً فإن المشرع يقيد سلطة هيئة التحكيم فى تقدير بعض أدلة الإثبات كما هو فى الدليل الكتابى، اليمين الحاسمة، والإقرار. فسلطة هيئة التحكيم تنحصر فى الحالات الثلاثة فى التأكيد من توافر الدليل، فإذا ثبت لديه ذلك، التزام بأعمال أثره ومقتضاه أنظر فيما سبق بند ١٩ وثالثها: اعتداداً بحرية المحكم فى تقدير الحاجة إلى إجراء من إجراءات الإثبات، ومن باب التيسير عليه لا يلتزم بتسبب حكمه الصادر بالتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات وفقاً للمادة ١/٥ إثبات مصرى أنظر فيما يلى بند ٥٩.

(١) أحمد نشأت: رسالة الإثبات ج ٢ ص ٢٢٧ وما بعدها بند ٦٢٥. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات ص ٧٢١ بند ٥٣٠.

GLASSON: Tissier et Moral: Trait Theorique et Pratique d'organisation judiciaire de Compétence et de Pracadère civile. T. 3. 1929 P. 5. N. 732.

GARSONNET et CEZAR – Bru: Traitie Thearique et civile et Commercaile 3e ed. T. 3. Srey 1913. P. 276 ets N 622 ets.

JAPIOT: op. cit. p. 389 ets N 535.

(٢) استئناف مصر ١٩٣٧/١١/٢٥ المحاماة السنة ١٨ عدد ٩ ص ٨٧٠ رقم ٤٠١.

استئناف مختلط ١٨٩١/٥/١٤ مجلة التشريع والقضاء السنة الثالثة ص ٣٣٣

استئناف مختلط ١٩١٦/٥/٤ مجلة التشريع والقضاء السنة ٢٨ ص ٢٩٨.

Coss. 19 Mars 1879. D. 1880 – 1 – 392. Coss. Civ. 31 Oct.

1888. D. 1889 – 1 – 56.. Coss. 3 de 1890 D. 1891 – 1 – 105.

(٣) أنظر فى تعريف كل من الحكم التمهيدى والتحضيرى. أحمد نشأت: الإشارة

السابقة. أحمد أبو الوفا: الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع دار

المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٧٨ وما بعدها بند ٦٤.

PuyBusque: jugement "Preporatoire" appel et autorié de chose jugée Goz Pol 1986. 133.

(٤) بتعبيرات شتى فى مناط التمييز بين ما بعد حكم تمهيدى، وما بعد تحضيرى.

فذهب البعض إلى القول بأن الحكم يكون تمهيدياً إذا كان يفصح عن اتجاه

المحكمة بالنسبة للحكم فى الدعوى، ويكون تحضيرياً إذا لم يقم بهذا الدور.=



القديم<sup>(١)</sup> كان يغير في القواعد التي تحكم هذين النوعين من الأحكام. وأهمها أنه كان يميز الطعن المباشر في الحكم التمهيدى دون التحضيرى، وأن الأول يستند ولاية القضاء دون الثانى.

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 الفقهى والقضائى فى تذليلها والتغلب

=GLASSON, Tissier et Morel: Lic. Cit.

ولهذا الاتجاه أنصار فى الفقه المصرى. محمد حامد فهمى، عبد الحميد أبو هيف، أحمد نشأت، وهو المعيار الذى أخذ قانون المرافعات الأهلى والمختلط فى المادة ٣٦١ / ٤٠٥، أنظر فى عرض هذا الاتجاه د. أحمد أبو الوفا: الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع: ص ٦٧ بند ٥٩. وذهب البعض إلى القول بأن الحكم يكون تمهيدياً إذا كان صادراً من تلقاء نفس المحكمة أو بناء على اتفاق الأطراف أو طلب من أحد الأطراف دون معارضة من الآخرين.

GARSONNET et CEZAR – Bru op. cit. P. 624.

وأخذ بهذا الاتجاه بعض أحكام القضاء فى مصر وفرنسا. أنظر فى عرض هذا الاتجاه ونقده د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق ص ٧٠. وذهب البعض إلى القول بأن الحكم يكون تمهيدياً إذا كان من شأنه تحسين مركز أحد الطرفين دون الآخر، كما لو أمر بتحقيق وقائع لا يفيد من ثبوتها إلا أحدهم، أما إذا ظل الخصوم - رغم الحكم - فى نفس المركز فلا يكون تمهيدياً. Japiat: Lic. Cit. ولهذا الاتجاه أنصار فى الفقه الفرنسى. أنظر فى عرض الاتجاه ونقده د. أبو الوفا: ص ٧٣ وما بعدها.

وذهب البعض إلى القول بأن الحكم الصادر من المحكمة باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات يعتبر تمهيدياً إذا كانت المحكمة قد أوجت به الفصل فى دفع شكلى أو موضوعى أو دفع بعد القبول أبداه خصم طالب التحقيق، وكان من شأن هذا الدفع لو أن المحكمة تعرضت للحكم فيه ثم قبلت أن يصبح إجراء التحقيق غير منتج فى الدعوى، أما الحكم التحضيرى ليس الغرض منه سوى إنارة المحكمة أمام أقوال الخصوم المتعارضة. جلاسون أنظر فى عرض هذا الاتجاه ونقده. أبو الوفا: ص ٧٥ وما بعدها.

(١) مثل القانون المصرى القديم الأهلى والمختلط فى المادتين ٣٦١ / ٤٠٥ وقانون المرافعات الإيطالى الملغى الصادر فى عام ١٨٦٥ وقانون المرافعات الفرنسى الملغى فى المادة ٤٥٢.

عليها<sup>(١)</sup> فكان لازم من تدخل تشريعى يعالج مواطن الخلل والقصور، فأخذ بزمام المبادرة المشرع الفرنسى<sup>(٢)</sup> وتبعه المشرع المصرى<sup>(٣)</sup> بالغاء التفرقة التقليدية بين الحكم التمهيدى والتحضيرى، والعمل على دمج هذه الأحكام فى تنظيم واحد أطلق عليه بالأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع<sup>(٤)</sup> وبهذا التنظيم خضعت كافة الأحكام المتعلقة بالتحقيق والإثبات لقواعد موحدة سواء فيما يتعلق بتنظيم الطعن فى الأحكام الصادر منها أمام القضاء العادى، أو دعوى بطلان أحكام المحكمين، أو فيما يتعلق بالفاعلية الداخلية والخارجية للأحكام.

(١) د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التى تموز الحجية دار النهضة العربية بدون تاريخ نشر ص ١٢٦ بند ٦٦، محمود هاشم استفاد ولاية القاضى المدنى المحاماة السنة ٦١ العددان ٥، ٦ عام ١٩٨١ ص ٨٨.

(٢) والتي بدأها المشرع الفرنسى بالقانون الصادر فى ٢٣ مايو ١٩٤٢ والقاعدة التى اعتمدها المشرع فى هذا التشريع هى قابلية كافة الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع للطعن المباشر استقلالاً عن الحكم الصادر فى الموضوع أنظر فى توضيح ذلك:

HEBRAUD: Réc. Crit. De juris. Et de Leg. 1943. 4 ets. Vizioz j. c. p. 1943. 1. 307. N 21 - 33. Cette Per. Vincentet Guinchard: op. cit. P. 715. N 1206.

(٣) وذلك وفقاً للمادة ١٦٥ من قانون المرافعات ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والتي جاء بالمذكرة التفسيرية تعليقاً على هذه المادة من أن القانون الجديد جاء به تعديلاً جوهرياً لتخليص الإجراءات المدنية من إحدى علل التعقيد والتعطيل القائمة فى ظل القانون السابق. أنظر فى ذلك د. محمود جمال الدين زكى: المرجع السابق ص ١٧٦ حاشية.

(٤) أنظر الدراسة التفصيلية للأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع. د. أحمد أبو الوفا: الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع مشار إليه سابقاً، نظرية الأحكام، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٤٠٦ وما يليها بند ١٩٦ وما يليه.

Bosquet "y" jugements avant dire droit jur. Class. Pre. Civ. 1989 Fosc. 532.

Loquin: arbitrage Competence arbitrale jur. Class. 1994. Fasc. 1034. N 93 ets.

قارن: د. معتز عفيفى: المرجع السابق، ص ٤١٠ وما بعدها.

٥٥- وفيما يتعلق بتنظيم الطعن: فقد منعت التشريعات الحديثة<sup>(١)</sup> الطعن

المباشر في كل الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها، ولم يخرج قانون التحكيم المصري عن هذا النهج، فنص في المادة ٣/٢٢ على أنه لا يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم بشأن الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع إلا مع الحكم المنهى للخصومة كلها، وجاء قضاء النقض مؤكداً على ذلك فقضى بأنه<sup>(٢)</sup> "إذا كانت الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى التحكيمية ولا تنتهي بها الخصومة لا يجوز النيل من سلامتها إلا مع الحكم المنهى للخصومة كلها، تعد من القواعد الإجرائية الأمرة في قانون المرافعات المصري - قانون البلد الذي أقيمت فيه الدعوى وبوشرت فيها إجراءاتها - لتعلقها بحسن سير العدالة، وهو ما أخذت به وسارت

(١) أدخل المشرع الفرنسي تعديلاً على المادة ٥٢٨ مرافعات ملغى بمقتضى الرسوم 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 الرسوم المؤرخ في ١٩٧١/٩/٩ وفقاً للمادة ٤٣ مرافعات، ثم أكد المشرع على هذه القاعدة وعممها على كافة الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع بمقتضى الرسوم بقانون الصادر في ١٩٧٢/٨/٢٨ ووفقاً لهذه القاعدة، فإن الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع والتي يندرج فيها الأحكام المتعلقة بالتحقيق والإثبات لا تقبل الطعن المباشر استقلالاً عن الحكم في الموضوع وفقاً للمواد ١٥٠، ١٧٠، ٥٤٤، ٥٤٥، ٦٠٦، ٦٠٨ مرافعات. أنظر في تفصيل ذلك:

Vicent et Guinchard: op. cit. P. 791 ets N 1342 ets.

وقانون المرافعات المصري الملغى كان يحظر الطعن المباشر مع الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، وجاء مؤكداً على ذلك في قانون المرافعات الحالي وفقاً للمادة ٢١٢ بعدم جواز الطعن على استقلال في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامي المنهى للخصومة، وذلك فيما عدا الحالات الاستثنائية والتي ليس من بينها الأحكام المتعلقة بالتحقيق والإثبات. والمادة ١٢٨ مرافعات كويتي.

(٢) الطعون أرقام ١٦٤٨ لسنة ٧٣ ق، ٥٧٤٥، ٦٤٦٧، ٦٧٨٧ لسنة ٧٥ ق

جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٣ المحاماة العدد ٥، ٦ لعام ٢٠٠٧ ص ٤٩٩.

Coss. Civ. 6 Dec 2001 Rev. arb. 2002. N. 3. P. 697.

على نهجه المادة ٢٢ من قانون التحكيم ١٩٩٤ / ٢٧ بما قررته من عدم جواز رفع دعوى بطلان حكم هيئة التحكيم فى الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، إلا مع الحكم المنهى للخصومة كلها".

وعليه فإذا قضت هيئة التحكيم بحكم من الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم المنهى للخصومة كلها، أى أنها تستمر فى نظرها للدعوى، وعلى الخصم صاحب المصلحة الانتظار حتى تفرغ هيئة التحكيم من النزاع بحكم منهى له، فلا يجوز الطعن فيما قضت به فى إجراءات التحقيق أو الإثبات على استقلال، وإنما السبيل إلى ذلك إثارته فى دعوى بطلان حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها.

وعليه فإذا قضت هيئة التحكيم بحكم من الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم المنهى للخصومة كلها<sup>(١)</sup>، أى أنها تستمر فى نظرها للدعوى، وعلى الخصم صاحب المصلحة الانتظار حتى تفرغ هيئة التحكيم من النزاع بحكم منهى له، فلا يجوز الطعن فيما قضت به فى إجراءات التحقيق أو الإثبات على استقلال، وإنما السبيل إلى ذلك إثارته فى دعوى بطلان حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها.

٥٦. أما فيما يتعلق بالفاعلية الداخلية أو الخارجية للأحكام: فلا يوجد شك حول تكييف الأحكام المتعلقة بإجراءات التحقيق أو الإثبات<sup>(٢)</sup>، أى

(١) انظر: د. معتز عفيفى: المرجع السابق ص ٤١١ وما بعدها، والمراجع المشار إليها.

Boisseson: op.cit., P. 287.

قارن:

(٢) أحمد نشأت: المرجع السابق ص ٢٢٧ وما بعدها. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٥٢٣ وما بعدها بند ٢٥٥ وما بعده، محمد وعبد الوهاب العشماوى: ج ٢ ص ٦٦٢ بند ١٠٥٤، د. أحمد مسلم: أصول ص ٦٦٨ بند ٩٦٥ د. محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى المدنى ص ٨٩، استنفاد ولاية المحكمين ص ٨٧ بند ١٦، د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى: ص ٦٧٠ =

الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها لا تعد أحكاماً قطعية<sup>(١)</sup> باعتبار أنها لا تبرز عقيدة هيئة التحكيم فى شأن إحدى المسائل التى تطرحها الخصومة، بل أن الأمر باتخاذ هذه الإجراءات يكشف عن افتقاد عقيدة هيئة التحكيم لجانب من عناصرها الأساسية يتم التحقيق أو الإثبات سعياً وراء تحصيلها<sup>(٢)</sup>.

= وما بعدها بند ٣٤٩، التحكيم ص ٣٦١ بند ١٩٧، وجدى راغب مبادئ القضاء المدنى: ص ٦٨٩. د. نبيل عمر: النظام القانونى للحكم القضائى ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة. ص ١٥٠ وما بعدها بند ١٠٣. د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ١١٩ بند ٦٤.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 716. N 1208.

CADIET: op. cit. P. 613. N 1175.

CORNU et FOYER: op. cit. P. 641 ets N 159.

وفى تطبيق ذلك أنظر: نقض مدنى ١٩٦٣/١/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٨٩، نقض مدنى ١٩٦٧/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٧٥١، نقض ١٩٧٨/٦/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٥٢٠ نقض ١٩٨٠/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص ٢٨٦. نقض ١٩٨٥/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٦ ص ١٢٧٢.

Coss. 19 Mai 1965. D. 1965. 485. Note P. B. J. C. P. 1965. 11.

14347 Note. J. A. 15 Mai 1979. J. C. P. 1979. IV. 224 Soc. 6

juill. 1979. J. C. P. 1979. IV. 305. act. 1979. J. C. P. 1980. IV. 3.

(١) والأحكام غير القطعية، هى التى لا تستند ولاية هيئة التحكيم التى أصدرتها فى ذات الخصومة الصادرة فيها. ومعيار عدم القطعية يرجع إلى عدم سقوط المراكز الإجرائية التى تحيط بهذه الأحكام وتكون أساساً لها، فبصدور هذه الأحكام لا تكون هذه المراكز قد تم استنفادها، بل تظل باقية رغم صدور هذه الأحكام. وهى فى بقائها يمكن لهيئة التحكيم الرجوع فى هذه الأحكام، وتظل هيئة التحكيم محتفظة بسلطتها تلك التى تكنها من الرجوع فى القضاء السابق صدوره منها، فهذه الأحكام غير القطعية لا تؤثر فى المراكز الإجرائية فى المعنى الذى يؤدى إلى سقوطها، أى سقوط هذه المراكز. أنظر فى تفصيل ذلك د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

(٢) أحمد ماهر زغلول: ص ١١٩ وما بعدها بند ٦٤، د. محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى: ص ٨٩.

وتأسيساً على ذلك، فإن هذه الأحكام لا ترتب الفاعلية الخاصة بالأحكام القطعية، وهى استنفاد المحكم لولايته<sup>(١)</sup> كما لا تقترن بها فاعلية الأحكام الموضوعية التأكيدية، وهى حجية الأمر المقضى به<sup>(٢)</sup>. وبغياب الصفة القطعية يتخلف أحد المفترضات الأساسية للحكم التأكيدى الموضوعى، فالحكم الموضوعى يفترض إعلان عقيدة لهيئة التحكيم، يتمثل محلها فى الحقوق والمراكز الموضوعية التى رفعت الدعوى بشأنها، ولا تتوافر فى الأحكام المتعلقة بالإثبات والتحقيق هذه المفترضات، سواء ما تعلق منها بوجود عقيدة لهيئة التحكيم أو ما تعلق بمحل هذه العقيدة<sup>(٣)</sup>.

وحيث أن الأحكام المتعلقة بتهيئة الدعوى للحكم فيها، لا تعد أحكاماً قطعية، فإن النتيجة المترتبة على ذلك، هى نفي ترتيبها للفاعلية اللصيقة بهذه الأحكام، سواء الفاعلية الداخلية المتمثلة فى استنفاد المحكم لولايته والتى تقترن بالأحكام القطعية فى عمومها. أو الفاعلية الخارجية المتمثلة فى حجية الأمر المقضى التى ترتبها الأحكام الموضوعية.

وعلى هذا التأسيس اعتمدت التشريعات المقارنة<sup>(٤)</sup> وأنظمة التحكيم بأن ما يصدره المحكم من أحكام على سبيل تهيئة الدعوى للحكم فيها لا تعد أحكاماً قطعية، وبالتالي لا تستنفد ولايته، ومن ثم يملك المحكم الرجوع عنها أو تعديلها، وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٣٠ من لائحة التحكيم السعودى القديم على أنه "لهيئة التحكيم أن تعدل عما أمرت به

(١) د. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين: ص ٨٧ بند ١٦، د. علي هيكل: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٨٣ وما بعدها بند ١٦٨.

PERROT: ops. R. T. D. civ. 1993. P. 195.

(٢) د. أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة، د. علي هيكل: ص ١٨٢ وما بعدها بند ١٦٧ والمرجع المشار ليه.

Coss. Civ. 25 Mai 1978 R. T. D. civ. 1979. 437 abs. Perrot. Civ. 1 er 10 Oct. 1979. Ret. D. Civ. 1980. 415 obs. Perrot.

(٣) أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ١٢٠ بند ٦٤.

(٤) أنظر المواد ١٦٥ مرافعات مصرى ملغى، ٩ إثبات مصرى، ٤٨٢، ٤٨٣، ١٧١ مرافعات فرنسى.

من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول فى محضر الجلسة، ويجوز للهيئة أن لا تأخذ بنتيجة الإجراء مع بيان أسباب ذلك فى الحكم".

٥٧- ونفى الفاعلية الداخلية، والمثلة فى استنفاد ولاية المحكم عن الأحكام المتعلقة بإجراءات التحقيق والإثبات، فذلك لغياب صفة القطعية - على نحو ما سبق - فالاستنفاد يرتبط بالصفة القطعية للأحكام. وتتوافر هذه الصفة فى الحكم حينما يكشف عن عقيدة محددة لهيئة التحكيم فى شأن مسألة من مسائل الخصومة التحكيمية. ويتحقق ذلك استثناءً فى شأن مسائل الإثبات، إذا كشف الحكم عن عقيدة محددة لهيئة التحكيم فى شأن مسألة من هذه المسائل. فقضاء هيئة التحكيم بجواز الإثبات قانوناً بطريق معين أو عدم جوازه، هو قضاء قطعى يعلن على عقيدة هيئة التحكيم فى شأن جواز الإثبات بهذا الطريق، وهو بهذه الصفة يستنفد ولاية هيئة التحكيم التى أصدرته ولا يجوز لها المساس به أو العدول عنه<sup>(١)</sup> فالحكم الذى يعتمد توجيه اليمين الحاسمة وفقاً للمادة ١١٤ إثبات مصرى، ويحدد صفتها وفقاً للمادة ١٢٣ إثبات، هو حكم قطعى يعلن عن عقيدة هيئة التحكيم فى توافر مفترضات اليمين وشروطها، وبهذه الصفة يستنفد ولاية هيئة التحكيم التى أصدرته فيمتنع عليها المساس به<sup>(٢)</sup>.

(١) ويقصد باستنفاد الولاية، هى عدم مباشرة المحكم لوظيفته التحكيمية أكثر من مرة واحدة بصدد المسألة الواحدة، فالمحكم يستفرغ جهده وسلطته فى شأن هذه المسألة بالحكم فى موضوعها، ولا يمكنه المساس به على أى نحو أياً كان بتعديله إضافة أو حذفاً أو بالغائه والعدول عنه، ولو كان ذلك باتفاق الخصوم د. علي هيكمل: المرجع السابق ص ١٨٣ وما بعدها بند ١٦٨ والمراجع المشار له لدية.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع ص ٥٧ وما بعدها بند ٤٧. د. أحمد ماهر زغلول ص ١٢٧ وما بعدها بند ٦٨ والأحكام المشار له لدية، د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى ص ٥١٦ بند ٢٩٤ نقض مدنى ١٩٦٣/١/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٨٩، نقض ١٩٧٢/٣/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٣٤١ نقض ١٩٩٦/٣/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٧ ص ٤٩٣.

وإذا كان الحكم المتعلق بإجراء من إجراءات الإثبات، يعد في بعض الأحوال حكماً قطعياً، ومن ثم يستنفد المحكم به ولايته، إلا أنه يظل مع ذلك عديم الحجية خارج الإجراءات التي صدر فيها<sup>(١)</sup> فالحجية أو الفاعلية الخارجية للأحكام أثر قاصر على أعمال الحماية القضائية التأكيدية، وهي الأحكام الموضوعية دون غيرها من الأحكام<sup>(٢)</sup> وتأسيساً على ذلك، فإن استنفاد الولاية الذي يترتب على الأحكام القطعية الصادرة استثناءً في مسائل الإثبات، ينحصر في إطار إجراءات الخصومة التي صدرت فيها هذه الأحكام<sup>(٣)</sup>.

(١) فالاستنفاد إذن لا يعمل إلا داخل الخصومة التي صدر فيها الحكم بتهيئة الدعوى للحكم فيها، فلا عمل له خارجها. د. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين ص ٨٩، وجمدى راغب: نظرية العمل القضائي: ص ٢١٥ وما بعدها. د. علي هيكل: الإشارة السابقة.

Paris 30 mars 1962, 11.12843. Note. P. Level.

(٢) والحجية وفقاً لمفهومها العادي، هي نوع من الحرمة تتمتع بها الأحكام الفاصلة في الحقوق والمراكز الموضوعية المتنازع عليها، في أثر قاصر على أعمال الحماية القضائية التأكيدية، هذه الحماية هي ما تصدر عن القاضي أو المحكم في خصوص الحقوق أو المراكز القانونية الموضوعية المتنازع عليها. فالحجية لا = يمكن أن تنصرف إلا لهذه الحقوق أو هذه المراكز لتعمل على حمايتها خارج الإجراءات التي صدرت فيها.

أنظر في كون الحجية أثر قاصر على أعمال الحماية القضائية التأكيدية. د. أحمد ماهر زغلول: ص ٣٤١ وما يليها بند ١٦٩ وما يليه والمراجع المشار إليه.

(٣) فإن الحكم المستنفد لولاية المحكم لا يستنفد إلا ولاية هذا الحكم، وفي خصوص المسألة التي صدر فيها الحكم بإجراء الإثبات القطعي. ولو صدر المحكم حكمه في النزاع، وتنازل الخصوم عنه، وانفقوا على عرض ذات النزاع مع محكم آخر، فإن هذا المحكم يملك ولاية القضاء في هذا النزاع. هذا من ناحية. د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٩٩ بند ١١٨.

ومن ناحية أخرى، فإن هذا الاستنفاد لا يؤثر على سلطة المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، إذا ما رفع إليها دعوى بطلان حكم التحكيم، إذا تملك هذه المحكمة الفصل في النزاع، وإصدار كافة الأحكام المتعلقة بإجراءات الإثبات، لأنها لم تكن قد استعملت سلطتها القضائية بشأنه. د. محمود هاشم: الإشارة السابقة.



٥٨- ويدق الأمر بالنسبة لما اصطلح على تسميته بالأحكام المركبة أو المختلطة<sup>(١)</sup> ومفادها، أن يصدر حكم التحقيق أو الإثبات مدموجاً في حكم آخر يتناول شق من موضوع الدعوى أو مسألة أخرى من المسائل المثارة في الخصومة، وبما لا شك فيه أن المحكم يملك إصدار هذه الأحكام<sup>(٢)</sup> ومن ثم تستنفذ ولايته بالنسبة للشق القطعي في الحكم، وبالتالي لا يملك الرجوع فيه أو العدول عنه، بعكس الشق غير القطعي من الحكم، فلا تستنفذ ولايته، ومن ثم يملك المحكم الرجوع فيه والعدول عنه، مثال ذلك الحكم الصادر بئدب خبير لتقرير التعويض المستحق لأحد طرفي الخصومة<sup>(٣)</sup> بمعنى أن كل شق في الحكم المركب يخضع للنظام القانوني الخاص به.

٥٩- هدم تسبب الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات:

القاعدة، هي عدم تسبب الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات، والاستثناء، هو تسبب هذه الأحكام إذا تضمنت قضاءً قطعياً، ما لم يتفق الأطراف على عدم تسببها، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم القطعي الصادر بإجراءات

(١) وفكرة الأحكام المختلطة هي نتاج للترابط الوثيق بين مختلف أعمال الحماية القضائية، وصورها المتنوعة من ناحية، وبين أعمال الحماية القضائية ووسائل تحقيقها من ناحية أخرى، وهو ترابط يجد مصدره في وحدة الغاية النهائية لأعمال الحماية القضائية مهما اختلفت مظاهرها وتنوعت صورها، فضلاً عن أن العمل القضائي يشكل غاية مباشرة للأعمال الوسيطة التي تؤدي إليه، وهي صلة تفرض حداً من الترابط والتداخل بين الغاية والوسيلة. حول فكرة الأحكام المختلطة وتعريفها ونطاقها أنظر: د. أحمد ماهر زغلول: ص ١٣٠ بند ١٣٢ حاشية.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 717 ets. N 1209 ets  
DURRY: les "jugements Mixtes" R. T. D. Civ. 1960. P. 5.  
CADIET: op. cit. P. 615 ets N 1197 ets.

(٢) د. محمود هاشم: الإشارة السابقة.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام: ص ١٨٠ بند ٦٩ مكرر، محمود هاشم: المقال ص ٨٨ بند ٢٦.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 718. N 1211.

الإثبات. فما هي القاعدة ومبرراتها والاستثناء الوارد عليها والقيود الواردة على هذا الاستثناء.

## ٦٠- أولاً: القاعدة ومبرراتها:

تنص المادة ١/٥ من قانون الإثبات المصري<sup>(١)</sup> على أن "الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لا يلزم تسيبها" وهي قاعدة خاصة تتعلق بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات ما لم تتضمن قضاءً قطعياً، وأحكام الإثبات لا تخضع بمقتضى هذه القاعدة للقواعد العامة فى التشريعات المقارنة<sup>(٢)</sup>

(١) أما المشرع الفرنسى فقد اعتمد قاعدة مختلفة فى خصوص تسيب الأحكام المتعلقة بالإثبات، وفقاً للمادة ١٥١ مرافعات ميز بين طوائف ثلاثة: الطائفة الأولى تشمل أعمال تحقيق لا تسيب وكفى بالنسبة لها مجرد التأشير فى دوسيه القضية، مثالها ما يقوم به القاضى أو المحكم من تلقاء نفسه من أعمال لسماع الخصوم وفقاً للمادة ٧٦٧ مرافعات، أو الأعمال التى تتعلق بمطابقة أصل مستند على صورته مادة ٧٦٥ مرافعات. والطائفة الثانية: هى أعمال تحقيق يصدر بها قرار مسبب ومثالها تبادل المستندات وفقاً للمادتين ٧٧٠، ٧٧٣ مرافعات، وما يصدر من القاضى أو المحكم من أعمال تتعلق بالخبرة وفقاً للمادتين ٧٧١، ٧٧٣ مرافعات. أما الطائفة الثالثة، يكون للقاضى أو المحكم سلطة تقديرية بشأن أعمال التحقيق، أما أن يصدر بها أمراً مسيباً، وإما أن يكتفى فقط بالتأشير بها فى دوسيه القضية وتشتمل هذه الطائفة كل ما يتعلق بأعمال التحقيق كالانتقال للمعاينة، سماع خبير، سماع شاهد... الخ. باستثناء نذب خبير يجب تسيبه. أنظر:

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 730 elss. N 232 etss. TOUFFAAT et TUNC. "Pour une motivation plus explicite des decisions de justice notamment celles de la Cour de Cassation. R. T. Civ. 1974. P. 487 Sa Sentence Rev. arb. 1976. 223.

(٢) والقاعدة العامة توجب تسيب كل حكم يصدر بصورة صريحة أو ضمنية فى طلب أصلى أو احتياطى، أو عارض، أو دفع موضوعى أو شكلى أو دفع من الدفع بعدم القبول، أو فى دفع رداً على دفع آخر، متى قدم الطلب. أو الدفع إلى هيئة التحكيم أو المحكمة تقديماً صحيحاً وضرهماً. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٢٩٤ بند ١٢٤ ثم أنظر فى الالتزام بالتسيب لدى التشريعات المقارنة. د. عزمى عبد الفتاح: تسيب الأحكام ص ٢٩ وما بعدها.

وأنظمة التحكيم المختلفة<sup>(١)</sup> التي توجب أن تشمل الأحكام على أسبابها، ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح وإلا كان الحكم باطلاً<sup>(٢)</sup>.

والمقصود بعدم تسيب الحكم، في هذا الصدد<sup>(٣)</sup> عدم الحاجة إلى بيان وقائع الدعوى، والأسباب الواقعية التي يستند إليها المحكم في بناء حكمه، اكتفاء منه بأن مجرد اتخاذ الإجراء من إجراءات الإثبات يدل بذاته ويفصح عن سبب إصداره<sup>(٤)</sup>.

ويبرر الفقه عدم تسيب الأحكام غير القطعية الصادرة في مسائل الإثبات بمبررات عدة<sup>(٥)</sup> أولها: أن سبب صدور هذه الأحكام لا يحتاج إلى

(١) الأغلبية العظمى من أنظمة التحكيم تشترط تسيب الأحكام، لكونه الضمانة الأوفى للخصوم في مواجهة هيئة التحكيم وحثهم على العناية بحكمهم، وتوخى الدقة في إصدارها، وإلا أصاب الحكم العوار بما يطله وتطبيقاً لذلك نصت أنظمة التحكيم على أنه "يجب أن يكون حكم التحكيم مسيباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم" مادة ٢/٤٣ تحكيم مصرى، المادة ٢/١٤٨٢ مرافعات فرنسي "يشترط في الحكم التحكيمي أن يكون مسيباً"، المادة ١/٤٢ من نظام التحكيم السعودي الجديد "يصدر حكم التحكيم ويكون مسيباً". المواد ٣/٣٤ من قواعد اليونسترال، ٢/٢٥ من لائحة غرفة باريس ٣/٣٢ من قواعد تحكيم الأمم المتحدة ٢/٣١ من القانون النموذجي للتحكيم. قارن بعض القوانين لا تشترط تسيب الحكم وفي مقدمتها القانون الإنجليزي، النمساوي، السويدى، النرويجى، الدنماركى.

(٢) د. أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٧٧ وما بعدها بند ١١٢.

(٣) د. أبو الوفا: نظرية الأحكام: ص ١٨٠ بند ٦٩ مكرر. التعليق على قانون الإثبات ص ١٠١.

(٤) أما التسيب فيقصد به، مجموعة الأسباب الواقعية والقانونية التي قادت القاضى أو المحكم إلى التقرير وإصدار حكمه أو إقراره على نحو معين د. عزمى عبد الفتاح: ص ١٨ وما بعدها. د. معتز عفيفى: المرجع السابق ص ٦٦٢ وما بعدها.

TOUFFATT et TUNC: Lic. Cit.

(٥) د. عزمى عبد الفتاح: ص ١٢٩ وما بعدها، د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام: ص ١٧٩ وما بعدها بند ٦٩ مكرر ص ٢٩٥ بند ١٢٥. المرافعات المدنية والتجارية دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٦٦٤ وما بعدها بند ٤٩٨ مكرر. د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى: ص ٥١٥ وما بعدها بند ٢٩٤.

بيان، وهو أن المحكمة أو هيئة التحكيم لم تجد ما يكفى لتكوين عقيدتها، لذلك فمجرد اتخاذ المحكم لإجراء من إجراءات الإثبات يدل بذاته على سبب صدوره لهذا الحكم، ولا يكون ثمة فائدة للتسبيب.

**وثانياً:** أن هيئة التحكيم تباشر فى هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة<sup>(١)</sup> وأن قضاءها باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات يخصها وحدها ولا شأن به للخصوم، كما أنها تكون محايدة عند الأمر باتخاذ إجراءات الإثبات، خاصة إذا أمرت بها من تلقاء نفسها، ودون مناقشة مسبقة من الخصوم، أو طلبها أحد الخصوم ولم ينازعه الخصم الآخر، أو طلبها كل الخصوم، كما لو طلبوا إحالة الدعوى إلى التحقيق مثلاً، أو على الكل إذا كان الأمر لا يمس النظام العام<sup>(٢)</sup>.

**وثالثاً:** أن عدم تسبيب الأحكام المتعلقة بإجراءات الإثبات<sup>(٣)</sup> يودى إلى سرعة الفصل فى القضايا، لأنه يسمح للمحكم بالأمر بإجراء الإثبات عند توافر العناصر اللازمة لتقدير مناسبته، دون حجز الدعوى للمحكم لتحرير الأسباب كما أن الحكم بإجراء الإثبات لا يكون محلاً لرفع دعوى بطلان حكم المحكم إلا مع الحكم المنهى للخصومة كلها<sup>(٤)</sup>.

وانطلاقاً من قاعدة عدم تسبيب الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات<sup>(٥)</sup> وتطبيقاً لمبرراتها، أجاز المشرع لهيئة التحكيم العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات، كما يجوز لها ألا تأخذ بنتيجتها وفقاً للمادة ٩ إثبات مصرى، ٣٠ من لائحة نظام التحكيم السعودى القديم.

---

(١) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٢) د. عزمى عبد الفتاح: ص ١٣٠، د. فتحى والى: ص ٥١٢ وما بعدها بند ٢٩٢.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: ص ١٣٠، د. فتحى والى: ص ٥١٢ وما بعدها بند ٢٩٢.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٥٥.

(٥) قارن د. رمزى سيف: الوسيط فى شرح قانون المرافعات ٦٩ / ١٩٧٠ ط ٩ ص ٦١٧ وما بعدها بند ٤٨٨.

وحيث أن القاعدة هي عدم تسبيب الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات، فإنه لو فرض وسبب المحكم قضاءه في هذا الشأن، وجاءت أسبابه ناقصة أو مشوبة بالقصور، فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان الحكم، طالما لم يتضمن قضاءً قطعياً في مسألة الإثبات<sup>(١)</sup>.

٦١- الاستثناء: تسبيب الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات إذا تضمنت قضاءً قطعياً:

وفقاً للمادة ١/٥ إثبات مصرى لا يعفى القاضى أو المحكم من بيان أسباب حكمه إلا إذا تعلق الأمر بحكم غير قطعى. فإذا تضمن الحكم الصادر بإجراءات الإثبات قضاءً قطعياً، فإنه يتعين في هذه الحالة العودة إلى القواعد العامة<sup>(٢)</sup> التى توجب تسبيب الأحكام وإلا كانت باطلة<sup>(٣)</sup>.

ويقصد بالحكم القطعى، وعلى حد تعبير محكمة النقض المصرية<sup>(٤)</sup> "ذلك الحكم الذى يضع حداً للنزاع فى جملته أو فى جزء منه أو فى مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة أو الهيئة التى أصدرته". فالقطعية صفة أو حالة قانونية فى الحكم تمنع من جواز المساس به بعد إصداره<sup>(٥)</sup> ومثال الأحكام القطعية الصادرة بالإثبات، الحكم الصادر بجواز الإثبات بطريق معين أو عدم جوازه<sup>(٦)</sup> والحكم ببطلان تقرير الخبير وندب خبير آخر<sup>(٧)</sup> فكل ذلك يلزم تسببيه لأنه يتضمن قضاءً قطعياً.

(١) د. عزمى عبد الفتاح: ص ١٣٠ والحكم المشار لديه نقض ١٩٨٠/٤/٢٨ الطعن رقم ٤٧/٤٨ ق.

(٢) أنظر المراجع المشار إليها بند ٦٠.

(٣) Paris 20 Avr. 1972 Rev. arb. 1973. P. 85. Paris 18 Nov. 1982. Rev. arb. 1983 P. 197. Note Level. Paris. 15 Oct. 1991. Rev. arb. 1991. 643 Note jarrosson. Coss. Civ. 11 Fev. 2009 Rev. arb. 2009. P. 517. Note jarrosson.

(٤) نقض مدنى ١٩٥٨/١١/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٦٧٧.

(٥) د. علي هيكمل: الدفع بالإحالة ص ١٧٩ بند ١٦٤.

(٦) نقض مدنى ١٩٦٢/٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٢٧٩.

(٧) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ١٨١ بند ٦٩ مكرر. د. عزمى عبد الفتاح: ص ١٣٨.

فالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات والتي تتضمن قضاءً قطعياً يجب تسببها<sup>(١)</sup> وهو ما اعتمده التشريعات وأنظمة التحكيم المختلفة<sup>(٢)</sup> فيجب أن يكون الحكم مسبباً ولو كان التحكيم مع التفويض بالصلخ وهو ما نص عليه قانون المرافعات المصري الملغى في المادة ٨٤٠ وفي المادة ٥٠٧ ملغاة من قانون المرافعات الحالي وواظب عليه قانون التحكيم المصري وفقاً لنص المادة ٤٣ / ٢ والمادة ٦١ من القانون التجارى الفرنسى ونصت عليه المادة ١٤٨٢ مرافعات فرنسى، وهو الاتجاه الذى أيده الفقه<sup>(٣)</sup> وأكدته

(١) لأن تسبب أحكام المحكمين، من أهم ضمانات التقاضى أمامهم، إذا هو يضمن حسن أدائهم لمهمتهم، والتحقيق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع ودفاع الخصوم، فالتزام المحكمين بكتابة أسباب الحكم يدفعهم التروى، والتفكير فى الحكم قبل إصداره أنظر فى معيار التسبب لدى المحكمين د: فتحي والى: التحكيم ص ٤٤٣ بند ٢٥٥. د. احمد هندى: التحكيم ص ١١١ بند ٢٧.

وفى تطبيق ذلك انظر:

Coss. Civ. 14 juin 2000 et paris 28 juin 2001, Rev. arb. 2001. N. 4. P. 729.

(٢) فوقاً لنص المادة ٣٤ / ٣ من قواعد اليونسترال تنص على "يجب أن تسبب هيئة التحكيم قراراتها ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم تسببها" والمادة ٣١ / ٢ من القانون النموذجى للتحكيم تنص على أنه "يجب أن يبين فى قرار التحكيم الأسباب التى بنى عليها القرار ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب، ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة ٣٠" والمادة ٢٥ / ٢ من لائحة غرفة تحكيم باريس والمادة ٣٢ / ٣ من قواعد الأمم المتحدة.

(٣) د: فتحي والى: التحكيم ص ٤٤٥ وما بعدها د. عزمى عبد الفتاح: تسبب الأحكام: ص ٩٢ قانون التحكيم الكويتى ص ٣١٧. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٧٧ وما بعدها بند ١١٢. أحمد صاوى: التحكيم ص ١٣٥ بند ١١٣. د. أحمد هندى: الإشارة السابقة.

Boisseson: op. cit. P. 310 ets N 364. Robert et Moreau: op. cit. P. 178. CADIET: op. cit. 722. N 1540 Loquin: Labligation Pour Lamiable. Op. cit. Rev. arb 1976. 223. Vicent et Guinchard op. cit. P. 984. N 1676. Cornu et Foyer: op. cit. p. 753. ets N 197.

القضاء<sup>(١)</sup> ولا توجد استثناءات على مبدأ تسيب أحكام المحكمين القطعية. فليس هناك إعفاء من تسيب هذه الأحكام<sup>(٢)</sup>.

٦٢- ومع اعتماد قاعدة تسيب كافة أحكام المحكمين القطعية، ومنها الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات والمتضمنة قضاءً قطعياً، فإن هذا التسيب غير لازم في حالتين، نصت عليهما أغلب أنظمة التحكيم<sup>(٣)</sup> الأولى: إذا اتفق الأطراف صراحة على صدور الحكم دون أسبابه. والثانية: إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والتي تحكم قواعد الإثبات لا تشترط ذكر أسباب الحكم الصادر بإجراء من إجراءات الإثبات تطبيقاً للمادة ٤٣ / ٢ تحكيم منصرى<sup>(٤)</sup>. فإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون إثبات معين، أو قانون إجرائى معين يحكم مرحلة الإثبات، أو على اتباع إجراءات التحكيم النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى مصر أو الخارج، وكان هذا القانون، أو تلك الإجراءات لا توجب ذكر الأسباب فى حكم هيئة التحكيم الصادر بإجراء الإثبات، فيجوز أن يصدر الحكم دون أسباب<sup>(٥)</sup>. وفى غير هاتين

(١) استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٢/١١/٢٠٠٣ فى القضية ١١٩/٤٢ تحكيم، استئناف القاهرة ٦٣ تجارى ١٨/٢/١٩٩٨ فى الدعوى رقم ١١٤/٢٦ ق

تحكيم.  
Paris. 28 Oct. 1962. Goz pal 1962 P. 762. Paris 26 janv. 1988  
Rev. Arb. 1988. 307 Note jarroson Paris. 18 Nov. 1982. Rev.  
Arb. 1983. 197 Note Level Coss. Civ. 19 avril. 1985. Rev. Arb.  
1986. 53 Note jarroson.

(٢) د. عزمى عبد الفتاح: تسيب الأحكام: الإشارة السابقة.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٦٠.

(٤) د. أحمد هندی: المرجع السابق ص ١١٢ بند ٢٧. نقض مدنى ١١/٧/١٩٩٨

مجموعة أحكام النقض السنة ٤٩ ع ٢ ص ٥٩٣.

(٥) أما إذا سكت القانون الإجرائى عن مسألة التسيب فذلك السكوت يتساوى مع النص على عدم التسيب. د. عيد القصاص: حكم التحكيم ص ١٢٣. قارن: حيث قضى أن سكوت القانون عن التسيب لا ينفى التزام هيئة التحكيم بتسيب حكمها.

Appel. Paris 1<sup>re</sup> 30 mars 1995. Rev. arb. 1996 P. 137 Note. 1.  
Pellerin.

الحالتين<sup>(١)</sup> إذا لم يسبب الحكم فإنه يكون باطلاً.

٦٢- تسبب الأحكام الصادرة برفض إجراء من إجراءات الإثبات:

قد ترفض هيئة التحكيم طلب الإثبات إذا رأت أن الطلب غير منتج في الدعوى، أو إذا رأت في وقائع الدعوى ما يكفي للفصل فيها أو إذا وجدت في أدلة الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها، ففي كل ذلك تقضى برفض إجراء الإثبات المطلوب<sup>(٢)</sup>.

وإذا كانت القاعدة الخاصة وفقاً للمادة ١/٥ إثبات مصرى تنص على أن الأحكام الصادرة باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات لا يلزم تسببها ما لم تتضمن قضاءً قطعياً، فوفقاً للنص لا تشمل عباراته الأحكام الصادرة برفض إجراء من إجراءات الإثبات. كما أن القاعدة الخاصة التي يتضمنها النص السابق، وكما ذهب إليه الفقه<sup>(٣)</sup> وبحق يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً لا يقبل القياس عليه.

وتأسيساً على ذلك، لا يجوز أن يمتد نطاق تطبيق القاعدة السابقة إلى الأحكام الصادرة برفض إجراء من إجراءات الإثبات، كالحكم الصادر برفض طلب أحد الخصوم بإجراء التحقيق أو القيام بالمعاينة أو رفض سماع الشهود، أو رفض طلب الإحالة إلى خبير، في كل ذلك يتضمن الحكم قضاءً قطعياً، ويلزم تسببه حتى لا يتعرض حكم التحكيم للتجريح لإخلاله بحق الدفاع وفقاً للمستفاد من نص المادة ٣٠ من لائحة التحكيم السعودي القديم والمادة ٩ إثبات مصرى.

ومع اعتماد كون الحكم الصادر برفض إجراء من إجراءات الإثبات يتضمن قضاءً قطعياً تردد القضاء<sup>(٤)</sup> والفقه بشأن تسبب هذا الحكم. فذهب

(١) د. فتحى والى: التحكيم الإشارة السابقة. د. احمد هندی: المرجع السابق ص ١١٢ بند ٢٧.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٢.

(٣) د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى ص ٥١٥ بند ٢٩٤. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ١٨١ بند ٦٩ مكرر.

(٤) وبصدد ذلك، تقول محكمة النقض، إذا كانت محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبوه من إحالة القضية إلى التحقيق لإثبات مدعاهم، =



اتجاه<sup>(١)</sup> إلى رفض تسبب هذا الحكم، بينما يقصر اتجاه ثان<sup>(٢)</sup> هذا الرفض على حالات معينة، في حين ذهب الاتجاه الراجح<sup>(٣)</sup> إلى تسبب كل حكم يصدر برفض اتخاذ إجراء الإثبات، لأن هذا الحكم قد سبقته مناقشة حول جدوى إجراء الإثبات، وهى مسألة قد تمت المواجهة بشأنها بين الخصوم، والحكم الصادر فيها هو حكم قطعى صادر فى منازعة بالمعنى الفنى الدقيق، ومن ثم فينبغى تسببه لأن هذا التسبب هو الذى يسمح ببيان

= إلا أنها ملزمة إذا هى رفضت الاستجابة لهذا الطلب أن توضح الأسباب التى دعته إلى هذا الرفض. نقض مدنى ١٦/٢/١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٤٠١. نقض مدنى ٢٨/١/١٩٨٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٧ ص ١٦٢، نقض مدنى ٢٣/١/١٩٩١ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٢ ص ٢٧٩. إلا أنها فى أحكام أخرى قررت، أن طلب إجراء التحقيق لإثبات وقائع يجوز إثباتها بالبينة ليس حقا للخصوم، وإنما هو من الرخص التى تملك محكمة الموضوع عدم الاستجابة إليها متى وجدت فى أوراق الدعوى ومستنداتها ما يكفى لتكوين عقيدتها، دون أن تلتزم ببيان سبب الرفض. نقض مدنى ١٩/١٢/١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض المجموعة ٢٤ ص ١٣١٠، نقض مدنى ٣١/٣/١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٨٢٣. أنظر فى موقف محكمة النقض المتردد. عزمى عبد الفتاح: تسبب الأحكام ص ١٤٢ وما بعدها. وفى تعيب هذا الموقف د. محمود جمال الدين زكى: المرجع السابق ص ١٧٩ بند ٣٧.

(١) وحجة الاتجاه الراض لتسبب الحكم الصادر بإجراءات الإثبات بالأمر أو بالرفض، أن الأمر يتعلق بحرية المحكمة - هيئة التحكيم - فى تكوين عقيدتها، وإنها تباشر رخصة فى هذا الصدد، وأنه ليس حق للخصوم فى هذه الحالة. د. رمزى سيف: الإشارة السابقة.

(٢) ويرى أنصار هذا الاتجاه، أن الأصل هو تسبب الحكم الصادر برفض اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، لكن هناك حالات معينة لا يلزم تسببها، وهى إذا كان سبب الرفض هو اكتفاء المحكمة أو هيئة التحكيم بالأدلة المقدمة، أو أن الوقائع التى يراد إثباتها غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فيها. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٨١٢ بند ٦٩ مكرر، ص ٥٢٥ بند ٢٥٧.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة، د. فتحى والى: قانون القضاء ص ٥١٥

بند ٢٩٤، التحكيم الإشارة السابقة. د. عاشور مبروك: ص ٢٩٠ حاشية. Paris 8 Juill 1982 Rev. arb. 1983. 346. Note. Bernard.

كيفية اقتناع هيئة التحكيم من أدلة أثبات أخرى غير الذى رفضتها، وهو الذى يسمح بالتأكيد من احترام حقوق الدفاع<sup>(١)</sup>.

وتسبب الحكم الصادر برفض إجراء من إجراءات الإثبات مقيد بالألا يكون الأطراف اتفقوا صراحة على صدور الحكم دون أسباب، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والتي تحكم قواعد الإثبات لا يشترط ذكر أسباب الحكم الصادر برفض إجراء من إجراءات الإثبات.

#### ٦٤- تسبب الأحكام الصادرة بعدم الأخذ بنتيجة إجراء الإثبات:

قلنا من قبل أن هيئة التحكيم لها مطلق الحرية فى اتباع طريق من طرق الإثبات دون غيره<sup>(٢)</sup> كما أنها لا تكون ملزمة بما أمرت به من إجراءات الإثبات، بل تملك العدول عنه بشرط أن تبين أسباب العدول بمحضر الجلسة وفقاً للمادة ٣٣ من لائحة التحكيم السعودى، المادة ٩ إثبات مصرى وإذا كانت هيئة التحكيم تملك هذا وتلك، فإنها تملك أيضاً فى أن تأخذ بنتيجة إجراء الإثبات أو لا تأخذ به، أو أن تكون عقيدتها من الإجراء الذى أمرت به، أو من غيره من وقائع الدعوى<sup>(٣)</sup>. فالمحكم، يحكم فى الدعوى بما يميله عليه اقتناعه، وله حرية كاملة فى اختيار العناصر التى يبنى عليها هذا الاقتناع، ما دامت هذه العناصر قد قدمت إليه بالطرق الجائزة، وله فى هذا السبيل أن يطرح ما أسفرت عنه بعض الأدلة، إذا لم يظمن إليها، ويعتمد على البعض الآخر الذى نال ثقته وارتاح إليه ضميره. وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٤)</sup> بأن لهيئة التحكيم أن تأخذ بما جاء بتقرير

(١) د. عزمى عبد الفتاح: الإشارة السابقة.

(٢) أنظر فيما سبق ٢٤.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض المجموعة ١٥ ص ١٢٨٨.

Coss. Civ. 9 Nov. 1977. R. T. D. Civ. 1978 P 728. Note. Perrot.

(٤) استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٤/٩/٢٩ فى الدعوى ٢٨ لسنة ١٢١ ق

تحكيم.

Paris. 8 Juill 1982. Rev. arb. 1993. P. 346.

الخبير أو أن تلتفت عن الأخذ به ، طالما أنها وجدت في الأدلة الأخرى المقدمة في الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها<sup>(١)</sup>.

وإن كان لهيئة التحكيم مطلق الحرية في أن تأخذ بنتيجة إجراء الإثبات أو لا تأخذ به ، إلا أن عدم أخذها بنتيجة الإجراء ليس مطلقاً ، وإنما مقيدة بأن تذكر في أسباب حكمها الأسباب التي دفعتها إلى عدم الأخذ بنتيجة الإجراء التي أمرت به. فلا يكفي أن تذكر الأسباب في محضر الجلسة ، وإنما يتعين أن تذكر هذه الأسباب في الحكم<sup>(٢)</sup> ما لم يتفق الأطراف على عدم تسيب الحكم ، أو القانون محل التطبيق على الإجراءات لا يشترط ذكر الأسباب.

والزام هيئة التحكيم ، بأن تذكر في أسباب حكمها الأسباب التي دفعتها إلى عدم الأخذ بنتيجة الإجراء ، هو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع ، حيث تنص المادة ٩ إثبات مصرى على أنه "يجوز للمحكمة - أو هيئة التحكيم - ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها" وهو ما أكدته أنظمة التحكيم حيث تنص المادة ٣٣ من لائحة التحكيم السعودي على أنه "يجوز للهيئة أن لا تأخذ بنتيجة الإجراء مع بيان ذلك في أسباب الحكم".

#### ٦٥- وجوب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات:

على هيئة التحكيم إذا أمرت بتعيين تاريخ إجراء الإثبات ، كما لو أمرت بتعيين تاريخ قيام الخبير بمهمته ، أو سماع المحكم للشهود أو استجوابه لأحد الخصوم ، أو الانتقال للمعاينة ، وذلك في غياب الخصوم أو أحدهم عن الجلسة التي تم فيها تحديد هذا التاريخ ، فإنه يجب إعلانهم

(١) نقض مدني ١٢/٣١/١٩٨٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٦ ص ١٢٧٢ ،  
نقض ١٧/١٢/١٩٨٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٥ ص ٢١٣٥ ، نقض  
١٤/٤/١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٩٤٩ .

(٢) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٥ بند ١٠٨. د.، عزمى عبد  
الفتاح: تسيب الأحكام: ص ١٤٥ وما بعدها التحكيم ص ٢٩٣ .  
PerrotL L'administration Rov. Arb. Op. cit. P. 163

بهذا الأمر، تطبيقاً للمادة ٢/٥ إثبات مصرى، ومبرر ذلك ومبناه<sup>(١)</sup> يتمثل في خطورة النتائج التي يمكن أن ترتب على تلك الإجراءات إذا ما تمت في غياب الخصوم.

وغياب الخصوم الذي يستوجب إعلانهم وفقاً للمادة ٢/٥ إثبات مصرى، هو تخلف الخصوم المادى عن الحضور بنفسهم أو بواسطة من يمثلهم عن حضور جلسة النطق بالحكم الصادر باتخاذ إجراءات الإثبات<sup>(٢)</sup> مع مراعاة أن الإعلان واجب فقط بالنسبة لتاريخ بدء الإجراء<sup>(٣)</sup> أو في حالة إعادة الإعلان لمن لم يتم إعلانه إعلاناً صحيحاً<sup>(٤)</sup>. أما إذا استلزم اتمام إجراء الإثبات أكثر من جلسة أو أكثر من يوم، ذكرت في المحضر اليوم والساعة اللذين يحصل التأجيل إليهما دون حاجة لإعلان الخصم الغائب بهذا التأجيل وفقاً للمادة ٦ إثبات مصرى. إذ لا يصح للخصم وقد أوجب القانون إعلانه بالتاريخ الذي بدأ منه الإجراء، أن يتعاس بعد ذلك عن متابعة إجراءات التحقيق<sup>(٥)</sup>. ويتم الإعلان وفقاً لما اتفق عليه أطراف التحكيم<sup>(٦)</sup> فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، يتم الإعلان إلى المرسل إليه

- (١) د. أحمد السيد صاوى: التحكيم ص ١٣٥ بند ١١٣.
- (٢) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق على قانون الإثبات ص ١٠٤.
- (٣) د. فتحى والى: قانون القضاء المدنى: ص ٥١٧ بند ٢٨٨.
- (٤) ويظهر ذلك الوجوب بوضوح من عبارة المادة ١/٣٦ من نظام مركز أبو ظبى للتوفيق والتحكيم التجارى، الذى يقضى بأن يترك لهيئة التحكيم أمر تقدير تمام الإخطار من عدمه، أو لزوم إعادته فى الأحوال التى يتخلف الطرف أو الأطراف عن الحضور.
- (٥) محمد وعبد الوهاب العشماوى: ج ٢ ص ٤٨٠ بند ٩١٥. د. فتحى والى: الإشارة السابقة.
- (٦) فإذا اتفق أطراف التحكيم مثلاً على أن يجرى الإعلان وفقاً لقانون المرافعات المصرى، فإن الإعلان سيباشر فى تلك الحالة بواسطة المحضر وإلا وقع باطلاً مادة ٦ مرافعات، مع مراعاة أن المحضر سوف يتقيد بأحكام المرافعات من حيث الزمان والمكان، بحيث لا يجرى إعلاناً إلا فى الأوقات المحددة، ولا يتجاوز حدود اختصاصه المكانى، المادة ٧٢٦ مرافعات كما أنه سوف لا يلجأ إلى وسائل الإعلان البديلة كالتسليم إلى جهة الإدارة أو النيابة العامة إلا فى حالة تعذر تسليم الإعلان لشخص المعلن إليه أو فى موطنه المادة ١٠، ١٣ مرافعات. د. عاشور مبروك: المرجع السابق ص ١٦٣ وما بعدها بند ٦٥. د. فتحى والى: التحكيم ص ٣١٠ بند ١٦٣ =

شخصياً أو فى مقر عمله أو فى محل إقامته المعتاد أو فى عنوانه البريدى المعروف للطرفين أو المحدد فى مشاركة التحكيم أو فى الوثيقة المنظمة للعلاقة التى يتناولها التحكيم تطبيقاً للمادة ١ / ٧ تحكيم مصرى<sup>(١)</sup>. ويعتبر الإعلان قد تم فى اليوم الذى يتلقاه فيه الطرف المرسل إليه أو من قام مقامه. أما إذا تعذر معرفة هذه الأماكن بعد إجراء التحريات اللازمة يعتبر الإعلان قد تم إذا كان بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدى معروف للمرسل إليه وفقاً للمادة ٢ / ٧ تحكيم مصرى، وهو ما يعرف بالعلم الافتراضى<sup>(٢)</sup>.

ولم تبين المادة السابقة الحل فى حالة امتناع المعلن إليه هو أو من يمثله عن تسلم الورقة أو عن التوقيع بالاستلام، أو كان محل المعلن إليه مغلقاً،

= أما إذا خلا اتفاق التحكيم من تحديد وسيلة معينة للإعلان، فإن من يباشره لا يكون مقيداً بوسيلة معينة، بل يجوز مباشرته بواسطة المحضر أو البريد أو التلكس أو الهاتف وغيرها من وسائل الإعلان حديثة كانت أم قديمة، كما أنه لا يكون مقيداً بالأوقات التى يحددها قانون المرافعات لمباشرة الإعلان د. عاشور مبروك: الإشارة السابقة.

(١) وما ذهب إليه المشرع المصرى لا يخرج عما انتهت إليه التشريعات وأنظمة التحكيم المعاصرة، حيث تنص المادة ١ / ٢ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى على أن "أى إخطار يسلم إلى المرسل إليه شخصياً أو فى محل إقامته المعتادة أو فى مقر عمله أو فى عنوانه البريدى، وفى حالة تعذر التعرف على أحد العناوين بعد إجراء التحريات المعقولة، يعتبر الإخطار قد تم تسليمه إذا سلم فى آخر محل إقامة أو فى آخر مقر عمل معروف للمرسل إليه ويعتبر وقت تسليم الإخطار هو يوم تسليمه على نحو ما ذكر" وهو مطابق لنص المادة ١ / ٢ من قواعد اليونسترال، المادة ٣ / ٣ من لائحة I. C. C. المادة ٣ من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، المادة ٤ / ٧ من لائحة الغرفة الطيبة للتحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٨٨، المادة ١٧ من اتفاقية عمان المصرية للتحكيم التجارى، المادة ٤ / ٧ من لائحة الجمعية الإيطالية للتحكيم.

(٢) ويشترط لصحة سلوك الحل البديل - العلم الافتراضى - قيام طالب الإعلان بإجراء التحريات اللازمة للوقوف على أحد العناوين المنصوص عليها فى المادة ٧ تحكيم مصرى، حتى يقع تسليم إعلانه بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدى معروف للمطلوب إعلانه صحيحاً. د. عاشور مبروك ص ١٦٥ وما بعدها بند ٦٥.

وهنا لا يكفي إثبات ذلك لاعتبار الإعلان قد تم ، كما أنه لا يجوز تسليم الإعلان إلى جهة الإدارة ، وإنما يلزم عندئذ إرسال الإعلان بالبريد المسجل أو بالبريد السريع حتى يكون مع المرسل دليل على إرسال الإعلان بالبريد<sup>(١)</sup>.

فإذا لم يعلن الخصوم أو الخصم الغائب بالأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات ، فالجزء المترتب على ذلك هو البطلان وفقاً للمادة ٢/٥ إثبات مصرى. ومقتضى هذا أن اتخاذ أى إجراء من إجراءات الإثبات دون تمكين الخصوم ، أو الخصم من العلم به ، يتضمن إخلالاً بحقوقهم فى الدفاع ، ويستتبع بطلان العمل الإجرائى<sup>(٢)</sup> وهو بطلان مقرر لمصلحة الخصم الذى تخلف عن الحضور ولم يعلن بالأمر الصادر بتعيين تاريخ إجراء الإثبات ، ولا تحكم هيئة التحكيم بهذا البطلان من تلقاء نفسها ، ولا يصح أن يتمسك به الخصم الآخر الذى حضر جلسة النطق بالحكم ، أو الذى استصدر ذلك الأمر<sup>(٣)</sup>.

ومع ذلك يزول البطلان بالرد على الإجراء بما يفيد أنه قد اعتبره صحيحاً ، كما لو حضر الخصم التحقيق أو ناقش تقرير الخبير مثلاً ، على الرغم من عدم إعلانه بالأمر الصادر بتعيين تاريخ هذا الإجراء<sup>(٤)</sup>.

#### الفصل الثانى

### القواعد الإجرائية الخاصة بأدلة الإثبات أمام المحكمين

#### ٦٦- تمهيد وتقسيم:

نص قانون التحكيم المصرى وأنظمة التحكيم المقارنة على بعض القواعد الخاصة بإجراءات الإثبات أمام المحكمين ، وهذه القواعد يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها ، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق تعين احترام تلك القواعد ، كما أنه إذا لم يتفق الأطراف على إجراءات خاصة بالنسبة

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣١٢ بند ١٦٣ والحكم المشار لديه استئناف

القاهرة ٥٠ تجارى ٢٨/٤/٢٠٠٢ فى الدعوى رقم ١١٦ / ١١٨ ق تحكيم.  
Coss. Civ 16 Janv 1974. J. C. P. 1974. G. 4. 74.

(٢)

(٣) د. أحمد أبو الوفا ، طلعت دويدار: التعليق ص ١٠١ والحكم المشار لديه

نقض ١٩٦٧/١/٥ - ٩٢.١٨.

(٤) د. أحمد أبو الوفا ، طلعت دويدار: الإشارة السابقة.

للإثبات، قررت هيئة التحكيم وضع تلك الإجراءات، وتلتزم بإعمال تلك القواعد، ذلك بشأن طرق وأدلة الإثبات المختلفة. نتناول تلك القواعد الإجرائية التي تثار بشأن أدلة الإثبات المختلفة في غضون المباحث الآتية:

**المبحث الأول:** الإجراءات المتعلقة بالأدلة الكتابية.

**المبحث الثاني:** شهادة الشهود.

**المبحث الثالث:** الاستجواب.

**المبحث الرابع:** المعاينة.

**المبحث الخامس:** اليمين.

**المبحث السادس:** الخبرة.

### المبحث الأول

#### الإجراءات المتعلقة بالأدلة الكتابية

٦٧- أهمية الأدلة الكتابية وما تثيره من مشكلات إجرائية:

تعتبر الأدلة الكتابية تقليدية<sup>(١)</sup> أو الكترونية<sup>(٢)</sup> من أقوى طرق الإثبات وأهمها، نظراً لما تلعبه في الحياة العملية من دور كبير في تصرفات الأطراف، وتمتاز تلك الأدلة عن غيرها من وسائل الإثبات، ففضلاً عن سموها<sup>(٣)</sup> فهي تعد موجودة مسبقاً منذ وجود الحق، ودون انتظار المنازعة

(١) وتعرف الكتابة التقليدية بأنها: الأحرف الأصلية المصحوبة بتوقيع خطى ومادى على وثائق ورقية رسمية أو عرفية. أنظر د. سليمان مرقس: المرجع السابق ص ١٣٨ وما بعدها بند ٤٦ وما بعده. د. عصام سليم: المرجع السابق ص ٥٢ وما بعدها خاصة ص ٧٠.

BERENGUERR et GALLIER: L'utilite des chartes déontologique relatives à L'alisation de L'outil informatique Goz Pal. Janvier 2001. P. 15.

(٢) وتعرف الكتابة الالكترونية بأنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أى علامات تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة = وتعطى دلالة قابلة للإدراك" محرر أو توقيع الكترونى. المادة الأولى من القانون المصرى ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الالكترونى. المادة الثانية من قانون الاونسترال النموذجى الصادر من لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية عام ٢٠٠١ بشأن التوقيعات الالكترونية. المادة ١٣١٦ / ٤ مدنى فرنسى المضافة بالقانون رقم ٢٠٠٠ - ٢٣٠ الصادر فى مارس عام ٢٠٠٠.

(٣) وأهمية الكتابة كدليل من أدلة الإثبات ليست وليدة العصور الحديثة، وما شهدته من تطور فى شتى مجالات الحياة، وإنما هى تضرب بجذورها فى =

فيه ، ولذا يطلق عليها الدليل المعد والمهيا<sup>(١)</sup> وتمتاز بسهولة تقديمها وتقييمها من قبل هيئة التحكيم ، وقلة تكاليف إحضارها ، وقلة الوقت الذى يستغرقه الإثبات بها نظراً لأنها تقلل عدد الجلسات التحكيمية<sup>(٢)</sup> كما تتمتاز بانفرادها عن باقى الأدلة بقوتها المطلقة فى الإثبات حيث تصلح لإثبات جميع التصرفات القانونية والوقائع المادية على حد سواء.

فإذا رغب أحد الأطراف فى تقديم دليل كتابى ، تقليدى أو الكترونى ، فإنه يجب على هيئة التحكيم - كما سبق القول - أن توفر له الفرصة لتقديمه ، وإحاطة الطرف الآخر علماً به ، وتمكنه من الإطلاع والرد عليه<sup>(٣)</sup> لأن تلك الأدلة تعد بمثابة الإيضاح القانونى أو الواقعى للدعوى المنظورة ، حيث يقدم كل طرف مع طلب التحكيم أو مع مذكرة الدفاع قائمة

---

=أعماق التاريخ البشرى ، حيث بدأ الإنسان منذ اكتشافه الكتابة فى استخدامها لإثبات الحقوق. وقد اعترفت الشريعة الإسلامية بأهمية الكتابة فى الإثبات ، حيث أنه بالكتابة انتقلت إلينا أحكام هذه الشريعة الغراء التى حفظها الله تعالى بتدوين كتابه الكريم وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم وكذلك أخبار السلف حتى علمناهم كما علمهم من قبلنا. وقد برزت الحكمة الألبية فى الأمر بالكتابة بنص القرآن الكريم فى آية المدائنة لحفظ الحقوق. وقد أكدت السنة النبوية كذلك أهمية الكتابة ، ومن ذلك أمر نبينا الكريم عليه السلام بكتابة المصالحة بينه وبين قريش. وفى الصحيح قوله " ما حق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصية مكتوبة عنده " أنظر فى تفصيل ذلك : الشيخ أحمد إبراهيم : طرق الإثبات الشرعية : إعداد المستشار واصل علاء الدين طبعة نادى القضاة ١٩٨٥ ص ٥٦.

(١) د. همام محمد زهران : الوجيز فى الإثبات دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٣ ص ٨٧.

(٢) د. عاطف الفقى : المرجع السابق ص ٤٣١.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح : التحكيم : ص ٢٨٧ : د. رضا السيد : المرجع السابق

ص ٥٧. د. عاشور مبروك : ص ٢٩٨ بند ١٧٨ ، ص ٣٠٨ بند ١٨٥. د. علي

بركات : ص ٣٣٤ بند ٣٣٦. د. السيد تمام : المرجع السابق ص ٤٨ وما بعدها

بند ٢٧. د. هدى عبد الرحمن : ص ٢٢٤ بند ١٧٨. د. عبد الحميد الأحذب :

إجراءات المحاكمة التحكيمية الدولية وقواعد الإثبات المقال السابق ص ١٠٢.

PERROT: L'adminstration de la Preuve. Op. cit. rev. arb.

1974. P. 161. Boisseson: op. cit. p. 449 N 292 Kessedjion:

Principe de la Contradiction et arbitrage op. cit. P. 382 ets.

Fouchard, Gaillard, Galdman: op.cit., P. 712. N. 1272.



بالمحررات التي في صالحه، والتي يعتبرها هذا الطرف أو ذاك مقيدة في إثبات ما يدعيه أو على العكس دحض مزاعم الطرف الآخر.

ولكن الإثبات بالأدلة الكتابية في أي من صورتها - تقليدية أو الكترونية - قد يثير العديد من المشاكل خاصة من الناحية الإجرائية، أهم هذه المشاكل مسألتين، الأولى: تتعلق بطلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده إذا كانت منتجة في الدعوى. الثانية: تتعلق بالمنازعة في صحة المحررات المقدمة في الدعوى التحكيمية. في غضون مطلبين نتناول تلك المسألتين، ذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول:** إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده.

**المطلب الثاني:** المنازعة في صحة المحررات المقدمة في الدعوى.

### المطلب الأول

**إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده**

٦٨ - سبق القول أن للأطراف الاتفاق على ما يروونه من إجراءات الإثبات فإذا اتفق الأطراف<sup>(١)</sup> على تحويل هيئة التحكيم سلطة إلزام أي من الطرفين بتقديم محرر تحت يده، أو كان القانون المصرى الإجرائى أو الإثبات، أو القانون الإجرائى الأجنبى أو اللائحة المختارة طبقاً لاتفاق الأطراف، أو عند اختيار هيئة التحكيم للقانون الذى يحكم إجراءات الإثبات عند عدم اتفاق الأطراف ينص على إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده. فإنه يجوز وفقاً لاتفاق الأطراف، أو تطبيقاً لنصوص القانون أو اللائحة المختارة أن يطلب الخصم من هيئة التحكيم أو القضاء إلزام خصمه بتقديم محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع المصرى فى المادة ٢٠ إثبات، المواد ٢/١١، ١٤٢، ١٤٦٧ / ٣ مرافعات فرنسى. المادة ٢٨ من لائحة نظام التحكيم السعودى

(١) أنظر فيما سبق بند ٧ أما إذا لم يوجد هذا الاتفاق فيطبق الأصل، وهو أنه يجب على صاحب الحق فيما يدعيه أن يجمع بنفسه وبمجهوده الأدلة التي تؤيد مزاعمه، فلا يجوز لخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم ورقة تحت يده ليقيد منها في إثبات دعواه د. أحمد السيد صاوى: التحكيم: ص ١٣٧ بند ١١٤.

القديم<sup>(١)</sup> مع إعمال ما تنص عليه المواد ٢/٢٣، ٢٤ إثبات مصرى، المادة ١٣٩ مرافعات فرنسى من آثار.

٦٩- الحالات التى يجوز فيها إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده:

حدد كل من المشرع المصرى فى المادة ٢٠ إثبات ولائحة التحكيم السعودى فى المادة ٢٨ الحالات التى يجوز فيها طلب إلزام الخصم بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده ١- إذا كان القانون يميز مطالبته بتقديمه أو تسليمه. ٢- إذا كان المحرر مشتركاً بينه وبين خصمه ٣- إذا استند إليه خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى.

وقبل توضيح تلك الحالات، نشير بداية أن طلب الخصم بإلزام خصمه بتقديم محرر تحت يده، أثر قاصر على تلك الحالات ولا يتعداها<sup>(٢)</sup>، فلا يجوز وفقاً لصراحة النصوص السابقة فى غير هذه الحالات إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك وهو ما استقر عليه الفقه فى مجموعته وتواترت عليه أحكام القضاء، وقضى تطبيقاً لذلك<sup>(٣)</sup> بأنه "متى كانت المذكرة أو المكاتبات التى طلب الطاعن إلزام المطعون عليه بتقديمها لا تندرج تحت أية حالة من هذه الحالات، فإن الحكم

(١) ومن ذلك أيضاً المواد ٥ من قانون التحكيم الإنجليزى، ٩ من قواعد جمعية لندن للتحكيم، ٣١ من قواعد جمعية المحكمين الأمريكية، ٣/٢٨ من قواعد اليونسترال. = أنظر د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٢٤ حاشية رقم ٢، عبد الحميد الأحمد: المقال ص ١٠٤ وما بعدها، سليمان مرقس: ص ٣٩٢ - ٣٩٥ بند ١٤٨، د. عاطف الفقى ص ٤٣١ وما بعدها. د. سحر عبد الستار يوسف: ص ٣٨٧ بند ٢٢٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٦١/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٤٠٤. مع ملاحظة أن المشرع الفرنسى لم يعدد حالات إلزام الخصم بتقديم المستندات التى تحت يده، وإنما أورد النص عام فنصت المادة ٣/١٤٦٧ مرافعات على أنه "إذا كان هناك دليلاً من أدلة الإثبات بيد أحد الأطراف جاز لهيئة التحكيم أن تلتزمه بتقديمه وفقاً للأصول التى تحددها ...".

(٣) قارن: المشرع الفرنسى لم يحدد الحالات التى يجوز فيها إلزام أحد الخصوم بتقديم ما تحت يده من محررات، وإنما أورد قاعدة عامة وفقاً للمادة ١٤٢ مرافعات أجاز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم ما تحت يده من أدلة إثبات.

Vincemt et Guinchard: op. cit. P. 620 N 1008 > Coss. Civ. 23  
Déc 1969 Bull. Civ. II N 366.

المطعون عليه إذ رفض إجابة طلب الطاعن لا يكون قد خالف القانون أو عاره قصوراً هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، لا يوجد ثمة شك حول تطبيق النصوص السابقة على المحررات الالكترونية<sup>(١)</sup> لعموميتها على نحو يشمل جميع المحررات بمختلف أنواعها وصورها. فيشمل المحررات الرسمية<sup>(٢)</sup> والعرفية<sup>(٣)</sup> كما يمتد ليشمل المحررات الالكترونية أياً كانت صورتها<sup>(٤)</sup> فعمومية النصوص لا يستقيم معها الاعتراض على ذلك بأن المقصود بالمحررات التي يجوز طلب إلزام الخصم بتقديمها هي المحررات التقليدية دون الالكترونية، لأن المشرع طالما اعترف بها واعتبرها كمحررات الورقية من حيث كونها دليل إثبات<sup>(٥)</sup> وللأطراف الاتفاق على إثبات

(١) د. الأنصاري النيداني: القاضى ص ١٥٠ وما بعدها. د. أسامة الروبي: المرجع السابق ص ١٠٦، ١٠٧ بند ٤٥.

(٢) وهي المحررات التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه المادة ١٠ إثبات مصرى المادة ١٣١٧ مدنى فرنسى.

(٣) وهي المحررات التي يحررها ذوى الشأن ويوقعوها بإمضاءهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم مادة ٢/١٠ إثبات مصرى.

(٤) وصور التوقيع الالكترونى متعددة ومتنوعة، ولعل أهم الأنواع المعروفة حالياً، والتي وصلت التكنولوجيا المتطورة إليها تتمثل فى التوقيع الرقمية Digital Signature والتوقيع بالقلم الالكترونى Pen. Op والتوقيع بالنقر على مربع الموافقة Ok - box والتوقيع بالخواص الذاتية البيومترى Biometrics والتوقيع باستخدام البطاقة الممغنطة الذكية المقترنة بالرقم السرى Pin أنظر فى تفصيل ذلك. د. الأنصاري النيداني: ص ١٢ وما بعدها. د. خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الالكترونى ٢٠٠٩ دار الفكر الجامعى ص ٤١٩ - ٤٢٦. د. سعيد قنديل: التوقيع الإلكتروني دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٤ ص ٥٨ وما بعدها.

(٥) وهو ما اعتمده التشريعات المعاصرة كدليل إثبات أنظر المواد الآتية: المادة الأولى من قانون التوقيع الالكترونى المصرى رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤. المادة الثانية من قانون الأونيسترال النموذجى الصادر من لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية عام ٢٠٠١ بشأن التوقيعات الالكترونية. المادة الثانية من قانون إمارة =

بها<sup>(١)</sup> ولها ذات حجية المحرر الورقي<sup>(٢)</sup> ولأحد الأطراف المنازعة في صحة المحررات المقدمة منها لهيئة التحكيم<sup>(٣)</sup> ... الخ فينطبق على المحررات الالكترونية ما ينطبق على المحررات التقليدية، بما في ذلك خطة هيئة

=دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٣ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية المادة ١٣١٦ /  
٤ مدني فرنسي المضافة بالقانون ٢٠٠ - ٢٣٠ الصادر في ١٣ مارس عام  
٢٠٠٠ المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية البحرين حيث نصت على  
أن التوقيع الإلكتروني هو "معلومات في شكل الكتروني تكون موجودة في  
سجل الكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقياً ويمكن للموقع استعمالها لإثبات  
هويته".

(١) قواعد الإثبات غير متعلقة بالنظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها، وطالما اتفق الأطراف على الإثبات بالطرق الالكترونية وجب احترام إرادة الأطراف، ويكون هذا الإتفاق ملزماً لأطرافه، بحيث يجوز لكل منهم أن يثبت العلاقة القائمة بينهما بالطريق الالكتروني. أنظر في تفصيل ذلك: د. الأنصاري النيداني: ص ٤٢ وما بعدها والمراجع المشار له.

(٢) ساوت التشريعات المعاصرة بين المحررات الالكترونية والمحررات التقليدية بحيث تتمتع بنفس الحجية والقوة في الإثبات، فنصت على أنه "للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، ووفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون" المواد ١٤، ١٥، ١٨ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، المادة ٧ من قانون المعاملات الالكترونية الأردني، والمادة ٥ من قانون التوقيع الإلكتروني للبحرين، المادة ١٢ من قانون التوقيع الإلكتروني للإمارات، المادة ٩ من قانون التوقيع الإلكتروني الفلسطيني، المادة ٣ / ١٣١٦ مدني فرنسي بنصها على أن يكون للكتابة على دعامة الكترونية نفس القوة في الإثبات التي تتمتع بها الكتابة على دعامة ورقية.

"L'écrit sur support électronique à La même force Probante que L'écrit sur support papier."

وفي تطبيق ذلك أنظر:

Coss. Civ. 8 Nov. 1989. D. 1990. P. 369 Note GAVALAD.  
Montpellier 9 Avril. 1987. J. C. P. éd. 11 N 20984.

مشار إليهما لدى د. سعيد قنديل: ص ٦٩.

(٣) أنظر فيما يلي بند ٧٧ وما بعده.

التحكيم فى إلزام الخصم بتقديم المحرر الإلكتروني الذى تحت يده فى الحالات الآتية:

٧٠- الحالة الأولى: إذا كان القانون يبيّن مطالبة الخصم بتقديم المحرر أو تسليمه: حيث يوجد نص فى القانون يلزم الخصم بتقديم محرر تحت يده منتج فى الدعوى، جاز لخصمه طلب ذلك، أو تأمر هيئة التحكيم من تلقاء نفسها بالإطلاع عليه<sup>(١)</sup>.

والمقصود بالقانون فى هذا الصدد ليس فقط القانون الموضوعى الذى ينص على إلزام الخصم بتقديم المحرر الموجود تحت يده كالقانون المدنى أو التجارى، وإنما القانون بمعناه العام<sup>(٢)</sup> وترتيباً على ذلك يكفى أن يكون الخصم ملتزماً بتقديم هذا المحرر التقليدى أو الإلكتروني بمقتضى الإتفاق على ذلك، أو بمقتضى نص فى القانون أو اللائحة المختارة لتحكم إجراءات الإثبات، سواء من جانب الأطراف أو من جانب هيئة التحكيم. بل يكفى أن يكون الخصم ملتزماً بتقديم هذا المحرر - عند الطلب - بمقتضى أى قانون أو لائحة أو أية جهة إدارية أو لأحد رجال الضبطية القضائية، كأن يطلب الخصم على سبيل المثال من هيئة التحكيم إلزام

---

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٥ بند ٢٠٢ د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٨٧، د. نبيل عمر التحكيم: ص ١٩٦ بند ١٦٢ د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٦ بند ٤٧٨ د. محمود نور شحاته: مفهوم الغير فى التحكيم ١٩٩٦ دار النهضة العربية ص ١٤٠ بند ١٧٧ وما بعده. د. عاشور مبروك ص ٢٩٥ وما بعدها بند ١٧٦ د. أحمد السيد صاوى: التحكيم ص ١٣٧ بند ١١٤ د. علي بركات: ص ٣٨٤ بند ٣٩٢ د. هدى عبد الرحمن: الإشارة السابقة. د. أحمد هندى: المشكلات ص ١٤٣ بند ٢٢.

Perrot:

L'administration. Rev. arb. 1974 op. cit. P. 169 Boisseson: op. cit. P. 256.

N 305. Vincent et Guinchard op. cit. P. 979. N 1667.

MOREOU: L'intervention du Tribunal. Rev. Arb. Op. cit. P. 323. E. Loquin. Instance arbitrale. Jur. Class. Fasc. 1036. op. cit. N 23.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: المرجع السابق ص ١٩٦، د. سليمان مرقس: ص ٣٩٦.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 612 N 995.

خصمه بأن يقدم لها جواز سفره لإثبات أنه في تاريخ معين لم يكن داخل الجمهورية أو على العكس خارجها، بدون حاجة إلى اللجوء لإدارة الجوازات لأستصدار شهادة إدارية تثبت ذلك<sup>(١)</sup> أو إلزام الخصم بتقديم البطاقة البنكية المغنطة المسلمة له من البنك لإثبات أنه تعامل بها في فترة معينة من عدمه<sup>(٢)</sup>.

فهذه المحررات يلتزم الخصم بتقديمها عند الطلب، فينطبق بصدها<sup>(٣)</sup> حكم الفقرة الأولى من المادة ٢٠ لإثبات مصرى، المادة ٢٨ من لائحة التحكيم السعودى، كما أنها تتضمن بيانات رسمية لا تتصل بشخص الخصم فحسب بحيث يملك عدم تقديمها، وإنما تثبت بيانات قصد المشرع أن تكون فى متناول العلم الفورى للجهات الإدارية عند الطلب، ومن باب أولى تكون فى متناول العلم الفورى للسلطة القضائية أو هيئة التحكيم عند الطلب.

ومن التطبيقات القانونية التى تميز إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده، ما نصت عليه المادة ٢٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ من أنه يجوز للمحكمة - هيئة التحكيم - أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها. ويستوى فى ذلك أن تطلع هيئة التحكيم على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير، على أن يتم الإطلاع بحضور صاحب الدفتر نفسه وتحت رقابته. والأمر بتقديم الدفاتر على هذا

(١) د. أحمد أبو الوفا؛ طلعت دويدار: الإشارة السابقة.

(٢) وتحتوى البطاقة البنكية على رقم سرى وتستخدم لسحب المبالغ النقدية من ماكينات توزيع النقود الآلية، أو فى دفع قيمة المشتريات التى يقوم العميل بشرائها من أماكن تقبل الدفع بهذه البطاقة. ويكون استخدام البطاقة وتكوين الرقم بمثابة التوقيع الصادر من جانبه، ويذيع استخدام هذا الشكل من أشكال التوقيع فى عمليات التجارة الالكترونية، وفى المراسلات التى تتم بين المصدرين والمستوردين سواء كانوا أفراداً أم شركات. د. خالد ممدوح إبراهيم: ص ٤٢٤ وما بعدها. د. سعيد قنديل: ص ٦٧.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: الإشارة السابقة. د. الأنصارى البندانى: ص ١٥٠.

الوجه جائز في جميع المنازعات تجارية كانت أو مدنية، سواء كان خصم التاجر تاجراً أو غير تاجر<sup>(١)</sup> وتملكه هيئة التحكيم سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم. وكذلك المادة ٥١٩ مدنى مصرى الذى يقضى فيما يتعلق بالشركات المدنية "بأن الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها، وكل اتفاق على غير ذلك باطلاً"<sup>(٢)</sup>.

ومن تطبيقات ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٦٩١ مدنى مصرى، فيما يتعلق بعقد العمل على أنه إذا نص العقد على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلاً منه حق في جزء من أرباح رب العمل أو نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بياناً بما يستحقه من ذلك وأن يقدم إليه أو إلى شخص موثوق به يعينه ذو الشأن أو يعينه القاضى ليقدم المعلومات الضرورية للتحقيق من صحة هذا البيان وأن يأذن له في ذلك بالإطلاع على دفتاره.

#### ٧١- الحالة الثانية: إذا كان المحرر مشتركاً بين الطالب وخصمه:

ويعد المحرر تقليدى أو الكترونى مشتركاً بين الطالب وخصمه إذا حرر لمصلحة الخصمين أو انعقد لمصلحتهما، أو كان مثبتاً لحقوقهم، أو متضمناً خدمات أو التزامات متبادلة بين الطرفين. أو على حد تعيين محكمة النقض<sup>(٣)</sup> يعتبر المحرر مشتركاً في مفهوم المادة ٢٠ إثبات مصرى إذا كان محرر لمصلحة خصمي الدعوى أو كان مثبتاً لالتزاماتهم وحقوقهما المتبادلة. ومن أمثلة المحررات التقليدية عقد البيع والإيجار والمقايضة، والفرص أن هذه العقود حررت من نسخة واحدة لدى أحد الطرفين دون الآخر، أو

(١) د. سليمان مرقس: ص ٣٩٧ بند ١٥٠.

(٢) على أن هذا الحق في الإطلاع يقتصر على الشركاء في شركات الأشخاص، فلا يثبت للشركاء في شركات المساهمة أو شركات التوصية بالأسهم د. محسن شفيق: الوسيط فى القانون التجارى ج ١ بند ١٦١ مشار إليه لدى سليمان مرقس ص ٣٩٩.

(٣) نقض مدنى ١٩٩٠/١١/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٤١ ص ٧٤١.

حررت من نسختين وفقدت من إحداهما. ومن أمثلة العقود الإلكترونية<sup>(١)</sup> عقود التجارة على الخط والتي من أهمها عقد البيع على الخط<sup>(٢)</sup> عقد الخط الساخن<sup>(٣)</sup>، العقود بصدد الأموال المعلوماتية<sup>(٤)</sup> والتي غالباً ما تتعدّد

(١) والعقد يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها. وفيما عدا ذلك، فإنه يتفق مع أي عقد آخر من حيث الموضوع والأطراف، إلا أن النطور المستمر في مجال نظم المعلومات والاتصالات الحديثة أدى إلى ظهور العديد من العقود الحديثة على الوسط القانوني، والتي يصعب حصرها ومنها فضلاً عن ما ورد بالمتن عقود الدخول الفني إلى الانترنت، عقود الإعلانات التجارية أنظر في تفصيل ذلك د. سمير الجمال: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة الطبعة الأولى ٢٠٠٦ دار النهضة العربية ص ٧٨ - ٩٣.

(٢) وهو في حقيقته عقد بيع تقليدي، ولكن ما يميزه هو أنه يتم عن بعد، ومن صوره عقد البيع عن بعد في قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٨٨ - ٢١ الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨ في المواد ١٢١ - ١٦، ١٢١ - ٢٠ وقد عرفته المادة ١٢١ - ١٦ بأنه "كل بيع لمال أو توريد أو تقديم خدمة، ينعقد دون حضور مادي متزامن للأطراف، بين المستهلك والمهني والذي يصدد إبرام هذا العقد يستخدم عدة جمل تقنية في الاتصالات عن بعد" أنظر د. سمير الجمال: ص ٨٣ وما بعدها والمراجع الفرنسية المشار لديه.

(٣) وعقد الخط الساخن نوع من أنواع المساعدة الهاتفية، وهو ليس مقصور على الانترنت فقط، وإنما يمكن أن يتم عبر تقنيات الاتصال الأخرى، وتبرز أهمية هذا العقد عند الحاجة لشراء أموال ذات طبيعة تقنية، أو تلك التي تتطلب - على الأقل - معرفة فنية من جانب مستخدميها، وتقدم هذه المساعدة الفنية من خلال المشروعات التي تقدم المنتج أو الخدمة وقد يتولاها طرف ثالث لحساب المشروع.

VIVANT: les contrats du Commerce électronique. Litee Paris 1999. P. 117 ets.

مشار إليه لدى د. سمير الجمال: ص ٨٦.

(٤) وهي طائفة من العقود ينعقد فيها العقد بصورة تامة في إطار شبكة المعلومات الدولية نفسها، بمعنى أن الخدمة تقدم من خلال الإنترنت، أو من خلال = الهاتف في حالة ما إذا كان محل العقد غير مادي، فإذا كان محل العقد تقديم مشورة مثلاً، فإن العميل يحصل عليها مباشرة على الخط، وإذا كان العقد يتمثل في الحصول على معلومات معينة، فإن الحصول عليها يتم من خلال الخط أيضاً، وفي كل هذه الحالات، فإن تقديم المشورة أو المعلومة تمثل قيمة مادية، ولكنها في ذاتها تعتبر أموالاً غير مادية، وهي بهذه الصورة تعيد أموالاً معلوماتية بغض النظر عن الشكل الذي اتخذته.



هذه العقود عن طريق الهاتف أو اجتماعات الفيديو أو الانترنت أو الكتالوج الالكتروني<sup>(١)</sup> والفرض أن الهاتف فقد من إحداهما أو كان شريط الفيديو أو الكتالوج الالكتروني تحت يد إحداهما دون الآخر. والعقود في صورتها التقليدية أم الالكترونية تثبت حقوق والتزامات متبادلة بين الطرفين، تبرر إلزام الخصم بتقديم ما تحت يده منتج فى الدعوى، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع المصرى فى المادة ٢٠ إثبات، وأنظمة التحكيم فى المادة ٢٨ من لائحة نظام التحكيم السعودى.

ولا يشترط لإجابة طلب الخصم بإلزام خصمه بتقديم المحرر الموجود تحت يده أن يثبت الطالب فقده للنسخة الأخرى من المحرر أو الوسيلة التى كانت مجوزته أو يثبت أن خصمه قد احتفظ بالنسخة الوحيدة من هذا المحرر أو تلك الوسيلة، لأن مجرد تقديمه لهذا الطلب يستنتج منه أن نسخة هذا المحرر أو هذه الوسيلة التى انعقد بها العقد ليست فى حوزته.

وتقدير ما إذا كانت الوسيلة التى انعقد بها العقد أو المحرر مشتركاً بين الطرفين أو يخص إحداهما دون الآخر، هو من مسائل الواقع التى تتعلق بأدلة الإثبات، والتى يستقل بتقديرها المحكم، شريطة ألا يخالف واقع الدعوى<sup>(٢)</sup>.

٧٢. الحالة الثالثة: حالة استناد الخصم إلى المحرر فى أى مرحلة من مراحل الدعوى:

ويقصد بهذه الحالة<sup>(٣)</sup> استناد الخصم فى الدعوى إلى محرر معين - تقليدى أو الكترونى - دون أن يقدمه. ولذا رأى المشرع أن يسمح للخصم

=أنظر: VIVANT: op. cit. P. 105.

مشار إليه لدى د. سمير الجمال: ص ٨٤، ٨٥.

(١) د. سمير الجمال: ص ٨٣.

(٢) د. أحمد أبو الوفاء، طلعت دويدار: ص ١٩٨. د. سليمان مرقس ص ٤٠٠ بند ١٥١.

(٣) د. سليمان مرقس: ص ٤٠١ بند ١٥٢. د. الأنصارى النيدانى: ص ١٥١. قارن حيث يرى البعض أن حقيقة المقصود من الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ إثبات أن يكون الخصم قد قدم محرر فى دعوى حكم بعدئذ بانقضائها دون الحكم فى =

الآخر فى هذا الفرض أن يطلب إلزام الأول بتقديم هذا المحرر حتى يصير التحقيق من وجوده وفحصه، والتأكيد من صحته وسلامته المادية وحقيقة مضمونه.

ومبرر ذلك أن حق الخصم قد تعلق - هو أيضاً - بذات المحرر الذي تقدم به خصمه واستند إليه بحيث يجوز له أن يتمسك به ويجعل منه دليلاً لصالحه<sup>(١)</sup>. كما أنه ليس من المقبول أن يسمح لأحد الخصوم بالتلويح بمحرر معين فى الدعوى دون أن يقدمه إلى هيئة التحكيم لإثبات مدى صحته وصدق ما يدعيه<sup>(٢)</sup>. وقضى تطبيقاً لذلك<sup>(٣)</sup> بأن تقديم الخصم محرراً فى الدعوى يفيد تمسكه بما ورد فيه فيصح الاحتجاج عليه بمضمونه.

وتنطبق هذه الحالة إذا كان الخصم قد استند إلى المحرر فى أية مرحلة من مراحل الخصومة، حيث يجوز بذلك لخصمه أن يطلب إلزامه بتقديم هذا المحرر، ولو نزل عن التمسك بهذا المحرر، إذا أثبت طالب تقديمه أن له مصلحة فى ذلك، رغم نزول خصمه عن الاستناد إليه<sup>(٤)</sup> وتمشياً مع ذلك حظر القانون وفقاً لنص المادة ٢٥ إثبات مصرى على الخصم إذا قدم محرراً للاستدلال به فى الدعوى أن يسحبه بغير رضا خصمه إلا بإذن كتابى من هيئة التحكيم أو رئيسها، بعد أن تحفظ منه صورة فى ملف الدعوى يؤشر عليها بمطابقتها للأصل.

ويتمد نطاق تطبيق هذه الحالة لتشمل كذلك إلزام الخصم بتقديم المحرر الذى سبق وقدمه فى دعوى انقضت الخصومة التحكيمية فيها بغير حكم

---

=موضوعها، ثم أقيمت دعوى جديدة بين ذات الخصوم، وبذات الموضوع والسبب، فيمتلك الخصم إلزام خصمه بتقديم المحرر الذى كان قد سبق أن استند إليه فى ذات الدعوى قبل انقضائها لغير الحكم فى موضوعها. د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق ص ٢٠٠.

- (١) د. أسامة المليجي: ص ٧٢ بند ٥٢.
- (٢) د. سليمان مرقس: الإشارة السابقة.
- (٣) نقض مدنى ١٦/٤/١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ ص ٩٠٤ قاعدة ١٣٤.
- (٤) د. سليمان مرقس: الإشارة السابقة.

فى موضوعها تطبيقاً للمادة ٤٨ تحكيم مصرى ، وذلك إذا رفعت الدعوى من جديد بين نفس الخصوم ولذات السبب والموضوع ، ففى هذه الحالة يستطيع الخصم - إذا لم يقدم خصمه المحرر الذى تمسك به وقدمه فى الدعوى عند رفعها للمرة الأولى - أن يطلب من هيئة التحكيم إلزامه بتقديم ذات المحرر ، لأن حق الخصم قد تعلق هو الآخر بهذا المحرر ، بحيث يكون له أن يجعل منه دليلاً لصالحه<sup>(١)</sup>.

ولكن لا يمتد نطاق تطبيق هذه الحالة إذا ما قدم المحرر فى دعوى أخرى سابقة بين نفس الخصوم ولكن مع اختلاف كل من الموضوع والسبب ، ففى هذه الحالة لا يستطيع الخصم أن يطلب من هيئة التحكيم إلزام خصمه بتقديم ذلك المحرر. وعلة اختلاف هذا الفرض عن سابقه أن تقديم المحرر من جانب أحد الخصوم فى الدعوى لا يفيد إلا باتجاه إرادته نحو قبول هذا المحرر كدليل فى هذه الدعوى فقط دون أية دعوى لاحقة حتى ولو كانت بين ذات الخصوم<sup>(٢)</sup>.

٧٢- إجراءات الطلب:

إذا ما توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها فى المادة ٢٠ إثبات مصرى ، ٢٨ من لائحة التحكيم السعودى ، فإن تدخل المحكم لإلزام الخصم بتقديم المحرر الذى تحت يده متوقف على طلب من الخصم ، فلا يملك المحكم الأمر به من تلقاء نفسه<sup>(٣)</sup> هذا الطلب يجب أن يكون صريحاً وقاطعاً<sup>(٤)</sup> وإلا كان لهيئة التحكيم ألا تلتفت إليه<sup>(٥)</sup> فأشارة الخصم فى

(١) د. أحمد أبو الوفاء ، طلعت دويدار: الإشارة السابقة د. أسامة المليجى: الإشارة السابقة.

(٢) د. أحمد أبو الوفاء ، طلعت دويدار: ص ١٩٨.

(٣) فالخصم لا المحكم هو المكلف بإثبات ما يدعيه بتقديم الأدلة التى تبرهن على صدق دعواه ، فإذا قدر أن محرراً فى حيازة خصمه ، وسوف يساهم فى إثبات دعواه ، فيتقدم بهذا الطلب إلى هيئة التحكيم. أنظر فى دور الخصوم فى الإثبات بند ٣٣ وما بعده.

(٤) نقض مدنى ١٩٧١/١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٥٢. نقض

مدنى ١٩٥٦/١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٩٤.

(٥) نقض مدنى ١٩٥٦/١/١٩ مشار إليه.

دفاعه إلى أن الطرفين تاجرین ويمسكان دفاتر حسابية لا يعد طلباً صريحاً وقاطعاً بتقديم الدفاتر<sup>(١)</sup>.

كما يتعين لقبول الطلب حسب نص المادة ٢٢ إثبات مصري، ٢٩ من لائحة نظام التحكيم السعودي أن تتوافر فيه البيانات التي نصت عليها المادة ٢١ إثبات مصري ٢٨ من لائحة نظام التحكيم السعودي، وهي: بيان المحرر بشكل كاف، بذكر أوصافه وبياناته على نحو يمكن الخصم من تحديد ذاتيته، وبيان فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل<sup>(٢)</sup> وتحديد الواقعة التي يستدل به عليها، والدلائل والظروف التي تؤيد وجود المحرر تحت يد الخصم<sup>(٣)</sup> ووجه إلزامه بتقديمه، أى يذكر الخصم في طلبه أن الحالة المعروضة التي يستند إليها في طلبه، هي إحدى الحالات التي حددتها المادة ٢٠ إثبات مصري، ٢٨ من لائحة التحكيم السعودي<sup>(٤)</sup>.

٧٤- سلطة المحكم إزاء طلب الخصم بإلزام خصمه بتقديم محرر تحت يده: توافر حالة من الحالات التي يميز القانون فيها إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده، لا يعنى إجابة الخصم لطلبه حتى ولو توافر كافة شروط قبوله<sup>(٥)</sup>.

- (١) نقض مدنى ١٩٧١/٥/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٦٦٩.
- (٢) نقض مدنى ١٩٨٩/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ ج ٣ ص ١٧٩. Coss. Civ. 15 Mars 1979. Bull. Civ. 11. N 88.
- (٣) نقض مدنى ١٩٨٩/١/٢٦ مشار إليه سابقاً.
- (٤) قارن القانون الفرنسى، لم يشترط المشرع شكلاً معيناً فى طلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده، حيث لم تشترط المادة ١/١٣٩ مرافعات فى الطلب شكل معين وذلك بنصها على النحو التالى: "Ledemand est Foite Sons Forme" ومع ذلك فقد استقر الفقه والقضاء الفرنسى على ضرورة أن تكون المحررات المطلوب تقديمها محددة تحديداً كافياً حتى يمكن التحقيق من ذاتيتها ومصحة مقدمها.

أنظر:

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 620 ets N 1008. Coss. Civ. 15 Mars. 1979. Bull. Civ. 11. N 88. R. T. D. Civ. 1979. P. 664. obs. Perrot.

- (٥) أما فى حالة عدم توافر شروط قبول الطلب، قضت هيئة التحكيم بعدم قبوله. نقض مدنى ١٩٨٩/١/٢٦ مشار إليه إلا أن الحكم بعدم قبول الطلب لا يمنع الطالب من أن يقدم طلباً جديداً مستوفياً شروط قبوله.

إنما يخضع هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات لتقدير هيئة التحكيم، فلها سلطة تقديرية في إجابة الطلب أو على العكس رفضه<sup>(١)</sup> فتملك هيئة التحكيم رفض الطلب إذا وجدت ما يتضمنه غير منتج في الدعوى، لعدم تعلق الواقعة محل الطلب بالنزاع المعروض عليها<sup>(٢)</sup> أو أن الأدلة المقدمة في الدعوى كافية لتكوين عقيدتها<sup>(٣)</sup> أو أن الخصم لا يستهدف من طلبه سوى التسوية وإطالة إجراءات الخصومة حتى تفوت مهلة التحكيم<sup>(٤)</sup>. فالمحکم يتمتع بسلطة تقديرية كبيرة في قبول الطلب أو على العكس رفضه حسب تقديره لدلائله ومبرراته<sup>(٥)</sup> فقبول الطلب أو عدم قبوله من إطلاقيات سلطة المحكم التقديرية.

#### ٧٥. الحكم في الطلب:

إذا أجابت هيئة التحكيم طلب الخصم بإلزام خصمه بتقديم المحرر الموجود تحت يده، فإنها لا تكون ملزمة بتسبيب حكمها الصادر في هذا الخصوص. باعتباره من الأحكام الصادرة بالتحايد إجراء من إجراءات الإثبات والتي لا يلزم تسبيبها<sup>(٦)</sup> أما إذا رفضت هيئة التحكيم هذا الطلب، فيجب عليها في هذه الحالة أن تسبب حكمها، وإلا كان الحكم باطلاً. لأن الأحكام الصادرة بالرفض تتضمن قضاءً قطعياً من الواجب تسببيه احتراماً لحقوق الدفاع<sup>(٧)</sup>.

- (١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم ص ٦٩٦ بند ٤٧٨ د. أحمد السيد صاوي: التحكيم: ص ١٣٨ بند ١١٤ د. السيد تمام: ص ٧٩ وما بعدها بند ٤٢. د. على اسماعيل غازي: المرجع السابق، ص ٣٦٣. نقض مدني ١٩٧٧/٦/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٥٤٣.
- (٢) نقض مدني ١٩٥٢/١٢/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ ص ١٨٣ المحاماة السنة ٣٤ ق ١٢٦٤.
- (٣) نقض مدني ١٩٦١/٣/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٢١٢.
- (٤) أنظر فيما سبق بند ٢٤.
- (٥) نقض مدني ١٩٦١/٣/٩ مشار إليه سابقاً.
- (٦) أنظر فيما سبق بند ٥٩ وما بعده.
- (٧) أنظر فيما سبق بند ٦١.

وتطبيقاً لنص المادة ١/٢٣ إثبات مصرى إذا أثبت الطالب طلبه وأقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت أمرته هيئة التحكيم بحسب الأحوال بتقديم المحرر فى الحال أو فى أقرب موعد يتم تحديده. لأن الواجب على الخصم تقديم المساعدة اللازمة أثناء إجراءات التحقيق وفقاً للمادة ١/١١ مرافعات فرنسى تطبيقاً للمادة ٣/١٤٦٧ مرافعات<sup>(١)</sup>.

ولما كان إثبات وجود المحرر تقليدى أو الكترونى تحت يد الخصم غير ميسور فى معظم الأحوال، نظم المشرع طريقاً آخر للإثبات<sup>(٢)</sup> حيث نصت المادة ٢/٢٣ إثبات على أنه إذا أنكر الخصم وجود المحرر تحت يده، ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب، وجب أن يحلف المنكر يميناً بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم بوجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل فى البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به. وفى هذه الحالة يمكن للهيئة تحليفه اليمين أو طلب الالتجاء إلى القضاء لتحليف الخصم اليمين<sup>(٣)</sup>.

فإذا لم يقدم الخصم المحرر فى الموعد المحدد الذى حددته هيئة التحكيم أو امتنع عن حلف اليمين المذكور سواء أمام الهيئة أو أمام المحكمة المتخصص عليها فى المادة ٩ تحكيم مصرى. فإنه ينبغى وفقاً للمادة ٢٤ إثبات أن تفرق بين حالة ما إذا كان الطالب قد قدم صورة للمحرر الذى يطلب إلزام خصمه بتقديمه، وحالة عدم تقديمه لهذه الصورة. فعند تقديم الطالب لصورة هذا المحرر، يجب على هيئة التحكيم أن تعتد بهذه الصورة، وأن تعتبرها صحيحة مطابقة لأصلها الذى امتنع الخصم عن تقديمه، وعن أداء اليمين بشأنه<sup>(٤)</sup>.

Fouchard, Gaillard, Galdman: op.cit., P. 713. N. (١)  
1275.

(٢) د. أحمد السيد صاوى: ص ١٣٩ بند ١١٦.

(٣) أنظر فيما يلى بند ١١٦.

(٤) وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٠ من نظام الدفاتر التجارية السعودى على أنه "إذا امتنع التاجر عن تقديم دفاتره يكون للجهة القضائية المختصة أن تعتبر هذا

وفى هذه الحالة يستوى أن تكون الصورة التى قدمها الطالب صورة محرر تقليدى رسمى أو عرفى، أو صورة ضوئية من صورة المحرر الالكترونى المنسوخة على الورقة، أو تقديمه للصورة المنسوخة على الورقة نفسها فى حالة عدم تمكنه من حيازة الدعامة الالكترونية التى تحمل أصل المحرر الالكترونى، وذلك لأن الطالب فى جميع الأحوال سيعجز عن إثبات تطابق الأصل مع الصورة، وخاصة فيما يتعلق بصورتى المحرر الالكترونى تطبيقاً للمادة ١٦ من قانون التوقيع الالكترونى المصرى.

أما حالة عدم تقديم الطالب لصورة المحرر كان لهيئة التحكيم أن تعتمد على أقوال الطالب، فتأخذ بقوله فيما يتعلق بشكل المحرر وموضوعه إذا ما ترجح لديها صدق دعواه، ودون أن تتقيد فى ذلك بالقواعد والإجراءات المحددة التى نص عليها قانون الإثبات<sup>(١)</sup>.

٧٦. اختصاص الغير لتقديم محرر تحت يده:

على عكس القضاء<sup>(٢)</sup> لم يتعرض قانون التحكيم المصرى للفرض

---

الامتناع بمثابة قرينة على صحة الوقائع المراد إثباتها بالدفاتر "مشار إليه لدى د. رضا السيد: المرجع السابق ص ٥٩ حاشية .  
= وأنظر نقض مدنى ١٨/١١/١٩٩٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٤١ : ج ٢ ص ٦٣٢.

- (١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٧ بند ٤٧٨.
  - (٢) حيث أجاز المشرع للخصم ذى المصلحة أن يطلب من المحكمة فى أى حالة كان عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن له فى إدخال ذلك الغير لإلزامه بتقديم المحرر الموجود تحت يده، وذلك فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٢٠ إثبات مع مراعاة الأحكام والأوضاع المقررة وفقاً لنص المادة ٢٦ إثبات. أنظر. د. سليمان مرقس: ص ٤١٣ وما بعدها بند ١٥٧. المؤلف: الدفاع بإحالة الدعوى ص ٥٨٤ وما بعدها بند ٥٧٥ وما بعده.
- والمشرع الفرنسى وفقاً لنص المادة ١٣٨ مرافعات أجاز لأحد الخصوم فى الدعوى أن يطلب إلزام الغير بتقديم ما يحوزه من أوراق ومستندات أنظر:  
j. Viatte: Pouvoir discrétionnaire de juge Gaz Pal 1973. 1. D. oct. P. 406. Vincent et Guinchard op. cit. P. 621 ets N 1009

الذي يكون المحرر فيه تحت يد الغير<sup>(١)</sup> حيث نصت المادة ٣٥ تحكيم على أنه إذا تخلف أحد الطرفين عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استناداً إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها<sup>(٢)</sup>. ولغياب النص التشريعي استقر الفقه في مجموعه<sup>(٣)</sup> على أن هيئة التحكيم لا تملك إلزام الغير بتقديم محرر تحت يده سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الأطراف.

ويبرر الفقه رفضه لإلزام الغير بتقديم محرر تحت يده، أنه يشترط لإعمال المادة ٢٠ إثبات مصري، ٢٨ من لائحة التحكيم السعودي أن يرد نص في القانون يبيّن مطالبة الغير بتقديم المحرر أو تسليمه وهو ما لم ينص عليه قانون التحكيم المصري، فضلاً عن افتقاد هيئة التحكيم لسلطة

---

etss. Coss. Civ. 20 déc 1977. j. c. p. 1979. 11. 19036. Note.

Dagat. Coss. Civ. 15 Mars. 1979. j. c. p. 1979. Iv. 178.

(١) في حين بعض التشريعات تذهب إلى تحويل هيئة التحكيم سلطة إلزام أي شخص للمثول أمامها وأن يقدم المستندات التي في حوزته مادة ٧ من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي. وفي إنجلترا يمكن لأى طرف الحصول على أمر بالثول بإلزام الغير أو الشاهد بالحضور أمام هيئة التحكيم وتقديم المستندات التي في حوزته. أنظر: د. محمد نور شحاته: مفهوم الغير في خصومة التحكيم دار النهضة العربية ص ١٤١، ١٤٢.

(٢) والمادة ٣٥ من نظام التحكيم السعودي الجديد والتي تنص على أنه "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور أحد الجلسات - بعد تبليغه - أو عن تقديم ما طلب منه مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم أو إصدار حكم في النزاع ...".

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٥ بند ٢٠٢. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٦ بند ٤٧٨ د. محمد نور شحاته: الغير ص ١٤١، النشأة الاتفاقية ص ٢٥٤. د. أحمد السيد صاوى: ص ١٣٩ بند ١١٧. د. الأنصارى التيدانى: الأثر النسبى لاتفاق التحكيم دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩ ص ١١٦ وما بعدها بند ٦٩. د. علي بركات: ص ٨٤ وما بعدها بند ٣٩٣. د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٢٥ بند ١٧٨.

PERROT: Rev. arb. 1974. op. cit. P. 169. Robert et Moreau: op. cit. P. 137 N 162.



الأمر<sup>(١)</sup> فاختصاص الغير لتقديم محرر تحت يده لا يكون إلا من يملك سلطة الأمر، وهيئة التحكيم لا تملك هذه السلطة<sup>(٢)</sup> هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، أن نظام التحكيم نسبي في أثره<sup>(٣)</sup> فلا يمكن أن يترتب عليه التزام الغير بأى شئ ولو كان مجرد تقديمه لمحرر تحت يده، ما لم يكن اتفاق التحكيم منتجاً لأثره في مواجهته<sup>(٤)</sup> كالإزام الشركة الفرع بتقديم محرر في حوزتها في نزاع الشركة الأم طرفاً فيه، على الرغم من عدم توقيع الشركة الفرع على العقد المتضمن شرط التحكيم. أو إلزام الشركة الأم بتقديم هذا المحرر رغم أنها ليست طرفاً في العقد المتضمن شرط التحكيم، متى إبرام الفرع هذا العقد، وكان نظام الشركة الأم يميز لها ذلك. وكذلك إلزام الشركة التي أدخلت مع عدة شركات في نشاط اقتصادى واحد - كونسرسیوم - بتقديم محرر منتج في الدعوى على الرغم من عدم توقيعها على العقد الذى تضمن شرط التحكيم، ما دام قد

(١) أنظر فيما سبق بند ٣١.

Robert et Moreau: Lic. Cit.

(٢)

(٣) ومبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير يعد من نتاج نشأته الاتفاقية، فالأثار المترتبة على هذه النشأة لها نطاق محدد من حيث الأطراف ومن حيث الموضوع، فهو لا يلزم سوى أطرافه ومن في حكمهم، كما أنه لا يلزم أطرافه إلا في حدود النزاع المتفق بشأنه على التحكيم. أنظر فى تفصيل ذلك: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٤٤٧ وما بعدها بند ٣٠٤ وما بعده. د. محمد نور شحاته: الغير: ص ٥ وما بعدها بند ٢ وما بعده. د. فتحى والى: ص ١٦١ وما بعدها بند ٧٦ وما بعده. د. الأنصارى النيدانى: الأثر النسبى: ص ١٩ وما بعدها.

Boisseson: op. cit. P. 125 N 132 ets.

Robert et Moreau: op. cit. P. 98 ets N 199 ets.

(٤) د. فتحى والى: ص ١٧١ وما بعدها بند ٨٧ وما بعده، مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٤٩٢ وما بعدها بند ٣٣٧ وما بعده. د. محمد نور شحاته: الغير: ص ٧٤ وما بعدها بند ٨٦. د. الأنصارى النيدانى ص ١٣٧ وما بعدها، د. رضا السيد: ص ٥٩. د. أحمد هندی: التحكيم ص ٣٨ وما بعدها بند ٩.

Robert et Moreau: op. cit: p. 100 N 120 ets.

شاركت فى تكوين العقد وتنفيذه ونهايته<sup>(١)</sup> فإذا قام الغير الذى طلب منه المحكم بتقديم المحرر الذى تحت يده، فإن للمحكم - بعد إرساله إلى أطراف التحكيم - الاعتداد به فى التحكيم<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الفقه مستقر فى مجموعه، على أن هيئة التحكيم لا تملك إلزام الغير بتقديم محرر تحت يده، ما لم يكن اتفاق التحكيم منتجاً لأثره فى مواجهة هذا الغير، ولكنه لم يتفق حول مدى سلطة هيئة التحكيم فى طلبها من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم بإلزام الغير بتقديم المحررات التى فى حوزته.

فذهب البعض<sup>(٣)</sup> إلى أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم إلزام الغير بتقديم المحررات التى فى حوزته، وذلك لغياب النص التشريعى الذى يبرر لهيئة التحكيم ذلك. كما لا يجوز الاحتجاج بالمادة ٣٧ تحكيم، والتى تبدو لهيئة التحكيم طلب المساعدة القضائية. فالنص قاصراً على حالتين<sup>(٤)</sup> ليس من بينهما المسألة التى نحن بصدددها.

ويؤكد ما ذهب إليه هذا الاتجاه بقوله، أنه يشترط لإعمال المادة ٢٠، ٢٦ إثبات مصرى أن يرد نص فى القانون يبيح مطالبة الغير بتقديم المحرر أو

(١) القضية التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ مركز القاهرة الإقليمى لجلسة ١١/٣/١٩٩٩ مجلة التحكيم العربى العدد الثانى ص ٢٢٤ مشار إليه لدى فتحى والى: ص ١٧٣.

الطعن رقم ٤٧٢٩، ٤٧٣٠ / ٧٢ ق نقض تجارى ٢٢/٦/٢٠٠٤ مجلة محكمة النقض يونيه ٢٠٠٦ العدد الأول ص ٦٩.

Coss. Civ. 25 Juin 1991. Rev. arb. 1991. 453. Note. Meyer.

(٢) د. فتحى والى: ص ٣٦٥ بند ٢٠٢. د. أحمد السيد صاوى: الإشارة السابقة. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٦٩٨ بند ٤٧٩. د. محمد نور شحاته: الغير ص ١٠٠ بند ١١٩.

Paris. 13 Mars. 1966 Rev. arb. 1966. P 100. Paris 28 Janv. 1988. P. 565.

(٣) د. محمد نور شحاته: الغير ص ١٤١ بند ١٧٩. د. رضا السيد: ص ٥٨، ٥٩.

(٤) الحالة الأولى طلب الحكم على من يتخلف من الشهود على الخصوم أو يمتنع عن الإجابة بالجزء المنصوص عليه فى المادتين ٧٨، ٨٠ إثبات. وثانيهما: طلب الإنابة القضائية.

تسليمه ، وهو ما لم يتناوله قانون التحكيم ، ومن ثم لا يجوز إلزام الغير بتقديم المحرر الذى فى حوزته ، كما لا يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إلزام الغير بتقديم المحرر الذى فى حوزته. ونرى مع البعض<sup>(١)</sup> أن هيئة التحكيم وإن كانت لا تملك إجبار الغير على تقديم محرر تحت يده ، إلا أن اللجوء إلى القضاء هو السبيل الوحيد لإلزام الغير ، يستوى فى اللجوء إليه طلبه من جانب الأطراف ، أو من جانب هيئة التحكيم. فالأتجاه العام لقانون التحكيم المصرى يعطى لهيئة التحكيم هذه الرخصة ، لأنه جعل من القضاء سلطة معاونتة للتحكيم ، تتدخل لحل كافة ما يفترض سير إجراءاته من صعوبات ، طالما لم يمس موضوع النزاع.

ويؤكد ذلك عمومية نص المادة ٣٧ تحكيم مصرى<sup>(٢)</sup> وما نص عليه صراحة قانون المرافعات الكويتى فى المادة ٢ / ١٨٠ حيث أجازت لهيئة التحكيم اللجوء إلى القضاء ، الحكم بتكليف الغير بإبراز محرر فى حوزته ضرورى للحكم فى النزاع المعروض على التحكيم ، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى وفقاً لنص المادة ٣ / ١٤٦٠ مرافعات.

ويؤكد ذلك عمومية نص المادة ٣٧ تحكيم مصرى<sup>(٣)</sup> وما نص عليه صراحة قانون المرافعات الكويتى فى المادة ٢ / ١٨٠ حيث أجازت لهيئة

---

(١) د. علي بركات: ص ٣٨٤ ، ٣٨٥ بند ٣٩٣. د. أحمد السيد صاوى: ص ١٤١ بند ١١٩.

(٢) ورغم أن النص يقتصر فى ظاهره الاستعانة بالقضاء على حالتين فإنه يمكن قياساً عليها الاستعانة بالقضاء فى كل ما يخرج عن اختصاص هيئة التحكيم كتكليف من أزمته هيئة التحكيم بتقديم مستند تحت يده وغيره. د. أحمد السيد صاوى: الإشارة السابقة.

(٣) ورغم أن النص يقتصر فى ظاهره الاستعانة بالقضاء على حالتين فإنه يمكن قياساً عليها الاستعانة بالقضاء فى كل ما يخرج عن اختصاص هيئة التحكيم كتكليف من أزمته هيئة التحكيم بتقديم مستند تحت يده وغيره. د. أحمد السيد صاوى: الإشارة السابقة.

التحكيم اللجوء إلى القضاء، الحكم بتكليف الغير بإبراز محرر فى حوزته ضرورى للحكم فى النزاع المعروض على التحكيم، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى وفقاً لنص المادة ١٤٦٩ / ١ مرافعات. والتي تنص على أن "لأى من أطراف الخصومة التحكيمية أن يطلب من هيئة التحكيم استدعاء الغير الذى تحت يده مستند أمام رئيس المحكمة الابتدائية بغرض الحصول منه على صورة طبق الأصل من هذا المستند أو بالزامة.

### المطلب الثانى

#### المنازعة فى صحة المحررات المقدمة لهيئة التحكيم

٧٧- تنوع المحررات المعدة للإثبات إلى محررات رسمية وأخرى عرفية، وذلك أيا كان الشكل الذى تتخذه، فى صورة محررات تقليدية أم الكترونية. هذه المحررات لا تكون لها قوة فى الإثبات إذا نازع الخصم فى صحة صدورها مما نسبت إليه<sup>(١)</sup>. وقد تضمنت المادة ٢٩ إثبات مصرى الطرق المعدة للمنازعة فى صحة هذه المحررات فنصت على أن "إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع يرد على المحررات غير الرسمية، أما التزوير فيرد على المحررات الرسمية وغير الرسمية" وهو ما اعتمده المشرع الفرنسى فى المادتين ٢٩٩، ٣٠٣ مرافعات فالمنازعة فى المحررات العرفية يكون إما عن طريق جحدها أو الإدعاء بتزويرها. أما المحررات الرسمية لا تكون المنازعة فى صحتها إلا عن طريق الإدعاء بتزويرها.

والمنازعة فى صحة المحرر قد تأخذ صورة الدعوى الأصلية، وقد تأخذ صورة دعوى فرعية تقدم أثناء نظر الخصومة التى يراد التمسك فيها بالمحرر الذى ينكره الخصم أو يدعى تزويره. وفى هذا الخصوص لا مجال للدعوى الأصلية أمام هيئة التحكيم، لأن ولاية الهيئة فى نظرها للنزاع قاصر على

(١) مع مراعاة أن حجية المحررات الرسمية لا تسقط إلا إذا ثبت تزويرها، بينما يكفى لإسقاط حجية المحررات العرفية مجرد إنكارها لمن يحتج عليه بها. لأنها محررة بخطه أو موقعة بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه أو توقيعه الالكترونى. د. أسامة الروبى: ص ١٣٧ بند ٥٦.

الحق الموضوعي، وما يتفرع عنه من طلبات أصلية أو فرعية. أما الدعوى الفرعية فيجوز تقديمها أمام هيئة التحكيم في صورة طلب لتحقيق الخطوط أو الإدعاء بالتزوير، باعتباره طلب لازم لتحقيق اليقين لدى هيئة التحكيم، فيما يتعلق بالمحررات المقدمة إليها.

#### ٧٨- أولاً: تحقيق الخطوط<sup>(١)</sup>:

اختلاف موقف المشرع الفرنسي عن المصري بصدد تحقيق الخطوط في المحررات العرفية، فنص الأول دون الثاني على أن لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة المحررات العرفية طبقاً للإجراءات المعمول بها أمام القضاء. بينما المشرع المصري لم يخول للهيئة هذه السلطة، وجاء قانون التحكيم خالياً من النص على ذلك. الأمر الذي يقتضى التعرض لموقف كل قانون على حده.

#### ١- القانون الفرنسي:

نص في المادة ١٤٧٠ / ١ مرافعات على أنه "ما لم يكن هناك اتفاق مخالف بين الخصوم فإن المحكم يملك الأمر بتحقيق الخطوط، والفصل في الإدعاء بتزوير محرر عرفي وفقاً لنصوص المواد من ٢٨٧ وحتى ٢٩٤، ٢٩٩ من هذا القانون" فالنص رخص للخصوم حرية الاتفاق في عرض تحقيق الخطوط والإدعاء بتزوير المحرر العرفي على المحكمة، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان للمحكم الأمر بتحقيق الخطوط والفصل في الإدعاء بتزوير المحرر العرفي<sup>(٢)</sup>.

فإذا قدر الخصوم باتفاقهم أن هيئة التحكيم غير مؤهلة للفصل في عارض من عوارض صحة المحرر العرفي حالة إدعاء إحداهم بتزويره أو

(١) ويقصد بتحقيق الخطوط، مجموعة الإجراءات التي حددها القانون لإثبات مدى صحة المحرر العرفي إذا أنكر الشخص المنسوب صدوره إليه. د. سليمان مرقس: ص ٢٩٠ بند ٩٩.

(٢) PERROT: L'application a L'arbitrage des Règles du nouveau code de procedure civile. Rev. arb. 1980. P. 646.  
Boisseson: op. cit. P. 255. N 302.  
Robert et Moreau: op. cit. P. 137 ets N 162.  
Vincent et Guinchard: op. cit. P. 623 N 1014 et P. 982. N 1673.

إنكار خطه أو توقيعه أو ختمه أو بصمة أصبعه، فيتعين على هيئة التحكيم مراعاة ذلك متى تبين لها جدية الإدعاء، ورأت أنه لازم للفصل في النزاع، قضت بوقف الخصومة التحكيمية أمامها حين الفصل في هذا العارض من جانب القضاء المختص به.

أما إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم أن تأمر بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما، أو بندب خبير طبقاً للإجراءات والأوضاع المنصوص عليها في المواد ٢٨٧ وحتى ٢٩٤، ٢٩٩ مرافعات فرنسي مع مراعاة موافقة هذه الإجراءات مع الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم<sup>(١)</sup> وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٢)</sup> بأنه إذا أنكر أحد أطراف الخصومة التحكيمية توقيعه على أحد المحررات المقدمة إلى المحكم، فإنه يمكنه الفصل في هذا العارض دون أن يجبر على وقف النزاع.

#### ٢- القانون المصري:

نظراً لغياب النص التشريعي في قانون التحكيم الحالي بشأن سلطة هيئة التحكيم في هذه المسألة، ذهب الفقه<sup>(٣)</sup> إلى أن لهيئة التحكيم أن تتخذ

(١) فلا تودع المحررات محل التحقيق سكرتارية المحكمة المختصة كما تقضى به المادة ٢٨٧ مرافعات، وإنما يحتفظ بها المحكم، وإذا كانت هذه المحررات في حيازة الغير، فالمحكم لا يملك إجباره على تقديمها وهو ما يملكه القاضى وفقاً لنص = المادة ٢٩٠ مرافعات، وإذا ثبت للمحكم صحة المحرر الذى أنكره أحد الخصوم، فلا يملك المحكم عليه بالغرامة المنصوص عليها فى المادة ٢٩٥ مرافعات وهو ما يملكه القاضى. كما لا يستطيع المحكم أن يستدعى من صدر عنه المحرر المتنازع عليه إلا إذا حضر تلقائياً أمام المحكم بناء على طلب أحد الخصوم.

أنظر: د. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية ص ٣٥٣ وما بعدها.

Robert et Moreau: Lic. Cit.  
Coss. Réq 5 Fév 1900. S. 199. 1. 280.

(٢)

(٣) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: التحكيم: ص ٦٩٨ بند ٤٧٩. د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٦ بند ٢٠٣. د. محمد نور شحاته: ص ٣٥٢. د. عزمى عبد الفتاح: ص ٢٨٠. د. علي بركات: ص ٣٩٠ وما بعدها بند ٣٩٩. قارن د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٨٧ بند ١١٤. د. عيد القصاص: قانون التحكيم: ص ٣١٦ بند ١٠٦. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٦٢.

الإجراءات اللازمة للتحقيق من صحة المحرر العرفي الذي قدمه أمامها أحد الخصوم فججده الخصم الآخر، متى تبين لها أن الفصل في النزاع متوقف على إثبات صحة هذا المحرر أو عدم صحته. وترتيباً على ذلك أن مجرد جحد المحرر العرفي لا يلزم هيئة التحكيم أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتحقيق إلا إذا كان المحرر منتجاً في النزاع التحكيمي، ولم تكف وقائعه ومستنداته لتكوين عقيدة هيئة التحكيم في شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع وفقاً للمادة ٣٠ إثبات مصري<sup>(١)</sup>.

فيذا تبين لهيئة التحكيم أن الفصل في النزاع متوقف على صحة المحررات العرفية، تقليدية أم الكترونية<sup>(٢)</sup> كان للهيئة أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتحقيق من صحة توقعها بسماع الشهود أو تحيل المحرر إلى خبير أو أكثر للتحقيق من الكتابة أو الدعامة الإلكترونية، أو التوقيع بسماع الشهود أو بالمضاهاة أو بكليهما<sup>(٣)</sup> أو ببصمة الصوت. فلهيئة التحكيم أن تختار الإجراءات التي تراها مناسبة، مع الالتزام بالمبادئ الأساسية في إجراءات

(١) وفي تطبيق ذلك أنظر: نقض مدني ١٩٦٧/٥/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١١٣٥. نقض مدني ١٩٧٠/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١١٩٧.

Coss. Civ. 2 Mars 1999 Bull Civ. 1999. P. 52.

Coss. Civ. 24 Fév. 1993. Bull. Civ. 1. 1993. P. 42.

(٢) وهو ما تبناه المشرع الفرنسي بموجب المادة ٢/٢٨٧ حيث أوجب على القاضي - المحكم - قبل التحقيق من صحة المحرر الإلكتروني - عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط - أن يتأكد من توافر الشروط الخاصة بضمان صلاحية المحرر أو التوقيع الإلكتروني والمنصوص عليها في المادة ١/٣١٦، ٤ مدني فرنسي، بعد إضافتها بموجب المرسوم رقم ٢٠٠٢ - ١٤٣٦ الصادر في ٢٠٠٢/١٢/٣ على النحو التالي:

“Si La denegation au le refus de reconnaissance Porte sur un signature électronique, le juge vérifie si les Conditions mises Par les articles 1316 - 1 - 4 - du Code civil à La validite de L'ecrit ou de La signature électronique sont satisfaites”.

(٣) نقض مدني ١٩٦٨/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٥٩٩ طعن ٦٤٥٦ نقض مدني جلسة ٢٠٠٠/٩/٢٦ السنة ٦٣ ق مشار إليهما لدى د. أسامة الروبي: ص ١٦٤.

الإثبات، ودون أن تلتزم الهيئة بالتنظيم الإجرائي الذي ينص عليه قانون الإثبات بالنسبة لتحقيق الخطوط<sup>(١)</sup>.

والإجراءات التي تختارها هيئة التحكيم لن تطبق آلياً، وإنما ينبغي مواءمتها مع الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم<sup>(٢)</sup>. فهئية التحكيم تحتفظ بالمحررات محل التحقيق<sup>(٣)</sup> وتستطيع أن تحدد للخصوم جلسة للاتفاق على ما يصلح منها للتحقيق ولاستكتاب الخصم الذي ينازع في صحة المحرر، فإذا امتنع هذا الخصم عن الحضور بنفسه للاستكتاب بغير عذر مقبول جاز الحكم بصحة المحرر وفقاً لنص المادة ٣٤ إثبات مصري<sup>(٤)</sup> ويمكنها الإستعانة بأحد الخبراء المتخصصين ليبدى رأيه في الخطوط محل النزاع<sup>(٥)</sup>. فإذا ثبت للمحكم صحة المحرر الذي أنكره أحد الخصوم، فلا يمكن الحكم عليه بالغرامة<sup>(٦)</sup>.

ويترتب على الحكم بصحة المحرر، كما في حالة الاعتراف به اعتباره حجة على الكافة بصدوره من الشخص المنسوب إليه، وبسلامته المادية، غير أنه لا يترتب على ذلك صحة التصرف المدون في المحرر الذي حكم بصحة صدوره من المنسوب إليه. لأن هذا الحكم يقتصر على سلامة المحرر المادية ولا يتناول موضوعه، فيظل للخصم الذي يحتج عليه بالمحرر الحق في إبداء جميع الدفوع المختلفة للتخلص من الالتزام المدعى عليه فيه<sup>(٧)</sup>.

#### ٧٩- ثانياً: الإدعاء بتزوير المحررات المقدمة لهيئة التحكيم:

والمقصود بالإدعاء بالتزوير في المواد المدنية<sup>(٨)</sup> هو مجموعة الإجراءات

- (١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: الإشارة السابقة.
- (٢) لأنه نظام يتميز بالتعقيد، كما أن الألتجاء إليه في الحياة العملية نادراً د. فتحى والى: قانون القضاء المدني: ص ٥٢٣ بند ٢٩٧.
- (٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤.
- (٤) Robert et Moreau: op. cit. P. 137 N 162.
- (٥) د. علي بركات: ص ٣٩١ بند ٣٩٩.
- (٦) د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٦٦ بند ٢٠٣.
- (٧) Robert et Moreau: op. cit. P. 138 N 162.
- (٨) أنظر فيما سبق بند ٣١.
- (٩) د. سليمان مرقس: ص ٣٢٨ بند ١١٧.
- (١٠) والتزوير هو تغيير الحقيقة فى الكتابة أو ما يمثّلها من العلامات والرموز والأختام والأمضاء بإحدى الطرق التى حددها القانون تغييراً من شأنه =



التي نظمها القانون، لإثبات تزوير المحررات، سواء كانت رسمية أم عرفية تقليدية أم الكترونية بهدف هدم قوتها في الإثبات<sup>(١)</sup>.

فإذا كان هناك إدعاء فرعى بتزوير محرر رسمي أو عرفي مقدم إلى هيئة التحكيم، أو إذا كانت هناك إجراءات جنائية قد اتخذت بالفعل بشأن المحرر الذي قدم أمام الهيئة، فنصت المادة ٤٦ تحكيم مصرى على أن لهيئة التحكيم الاستمرار فى نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل فى تزوير هذا المحرر أو فى الفعل الجنائي ليس لازماً للفصل فى موضوع النزاع وإلا أوقفت الهيئة الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي فى هذا الشأن. وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسى بشأن المحرر الرسمى دون العرفى وفقاً لنص المادة ١٤٧٠ / ٢ والمادة ٣١٣. مرافعات<sup>(٢)</sup>.

ومقتضى ذلك، إذا أراد أحد الأطراف الإدعاء بتزوير محرر رسمى أو عرفي - تقليدي أو الكتروني<sup>(٣)</sup> - مقدم إلى هيئة التحكيم، فإن هذا الإدعاء وفقاً لصراحة المادة ٤٦ تحكيم يخرج عن ولاية الهيئة. فإذا ادعى فرعياً أحد الأطراف بتزوير محرر مقدم للهيئة، فعلى الهيئة أن تتحقق أولاً مما إذا كان هذا المحرر لازماً للفصل فى الدعوى قبل أن تقضى بوقف خصومة التحكيم إلى حين الفصل فى الطعن بالتزوير من المحكمة المختصة

---

=إحداث ضرر للغير، والتزوير يعد جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات إذا ما توافر فيه القصد الجنائي. د. محمد نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات القسم الخاص طبعة ١٩٨٧ ص ١٩٣ مشار إليه لدى أسامة الروبى: ص ١٦٧.

- (١) د. أسامة الروبى ص ١٦٨ بند ٦٨ د. الأنصارى النيدانى: القاضى ص ٢٣٢.
- (٢) فالمشرع الفرنسى فى المادة ٢ / ١٤٧٠ مرافعات خول للمحكم نظر الإدعاء بالتزوير إذا تعلق بمحرر عرفي أنظر فيما سبق بند ٧٨.
- (٣) وذلك تطبيقاً لنص المادة ١٧ من قانون التوقيع الإلكتروني المصرى والتي تنص على أنه "تسرى فى شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية فيما لم يرد بشأنه نص فى هذا القانون أو فى لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها فى قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية".

به ، فإن لم يكن لازماً ، فإنها تستمر في إجراءات التحكيم بصرف النظر عن الإدعاء بالتزوير<sup>(١)</sup> هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية : أن تكون هناك إجراءات جنائية. قد اتخذت بالفعل بشأن المحرر الذي قدم للهيئة ، فإعمالاً للقاعدة العامة التي تقضى بأن الجنائي يوقف المدني ، إذا كانت الدعوى الجنائية مرتبطة بالدعوى المدنية ، بأن تكون ناشئة عن نفس الوقائع ، وأن يكون الحكم فيها له تأثير على الحكم في الدعوى المدنية<sup>(٢)</sup> فعلى الهيئة أن تتحقق أولاً بما إذا كان هذا المحرر لازماً للفصل في الدعوى قبل أن تقضى بوقف خصومة التحكيم ، فإن لم يكن لازماً فإنها تستمر في إجراءات التحكيم<sup>(٣)</sup>. مادة ٣٧ من نظام التحكيم السعودي الجديد.

وفي الحالتين ، يدخل تقدير لزوم المحرر ، أو عدم لزومه للفصل في موضوع الدعوى في السلطة التقديرية لهيئة التحكيم. والغالب يكون وقف الإجراءات بناء على طلب أحد الخصوم. فإذا ما استجابت له الهيئة ، فإن قرارها بالوقف لا يكون قابلاً للطعن عليه ، ويظل الوقف قائماً إلى أن يصدر حكم نهائي في الطعن بالتزوير وفقاً لصراحة المادة ٤٦ تحكيم ٣١٣ مرافعات فرنسي ، فلا يكفي صدور حكم أول درجة في الطعن بالتزوير ، وإنما ينبغي الانتظار حتى يصبح الحكم انتهائياً ، أي بصدور حكم محكمة الاستئناف أو بفوات ميعاد الطعن<sup>(٤)</sup>.

(١) د. فحى والى : التحكيم : ص ٣٦٦ بند ٢٠٣ ، د. عزمى عبد الفتاح : ص ٢٨٠ د. محمد نور شحاته : ص ٣٥٤ ، ٣٥٥. د. مصطفى الجمال ، عكاشة عبد العال : ص ٦٩٨ وما بعدها بند ٤٧٩. د. علي بركات : ص ٣٢٢ وما بعدها بند ٣٢٥. د. علي اسماعيل غازي : ٣٦٧.

Perrot: Rev. arb. 1980 op. cit. P. 646.

Robert et Moreau: op. cit. P. 139 N 165.

(٢) أنظر في قاعدة الجنائي يوقف المدني د. حسن صادق المرصفاوي : الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية منشأة المعارف ١٩٩٧.

(٣) د. مصطفى الجمال ، عكاشة عبد العال : ص ٦٩٩ بند ٤٧٩ ، د. علي بركات : ص ٣٢٣ بند ٣٢٥. د. علي اسماعيل غازي : ص ٣٦٧. د. عيد

القصاص : التحكيم ص ٣١٦ بند ١٠٦.

(٤) د. عزمى عبد الفتاح : الإشارة السابقة.

أما إذا لم تستجيب هيئة التحكيم لطلب الوقف ورفضته أو رأت أن المحرر ليس لازماً للفصل في موضوع الدعوى التحكيمية واستمرت في نظرها للدعوى، واستمرارها في نظرها للدعوى لا يخل بحق الطرف في التمسك بتزوير المحرر بدعوى أصلية أمام المحكمة المختصة<sup>(١)</sup> كما لا يخل بحق الطرف إذا صدر حكم في موضوع الدعوى التحكيمية أن يرفع دعوى بطلان حكم المحكم لمخالفته لقاعدة متعلقة بالنظام العام، وهي قاعدة الجنائي يوقف المدني، متى كانت الإجراءات الجنائية قد اتخذت بالفعل<sup>(٢)</sup>.

### المبحث الثاني

#### شهادة الشهود

#### ٨٠. تمهيد وتقسيم:

تنص المادة ٢٨/٢ من قواعد اليونسترال على أنه<sup>(٣)</sup> "إذا تقرر سماع الشهود يقوم كل طرف بإبلاغ الطرف الآخر" على أن يكون سماع الشهود بدون أداء يمين" وفقاً للمادة ٤/٣٣ تحكيم مصرى المادة ٢/١٤٦٧ مرافعات فرنسى. ويقصد بالشهادة قيام شخص من غير أطراف الخصومة التحكيمية - بغير يمين - بالإخبار أمام هيئة التحكيم عن إدراكه بحاسة من حواسه لواقعة تصلح محلاً للإثبات، صدرت من شخص آخر، ويترتب عليها حقاً لشخص ثالث. فالشاهد يخبر بوقائع قد تنشئ التزاماً على أحد طرفي الخصومة وليس عليه وإلا أصبحت إقراراً. كما أنه يخبر بوقائع تنشئ حقاً لأحد طرفي الخصومة، وليس له وإلا لصارت إدعاء بحق لا شهادة حيث لا يتصور صدور شهادة من المحكم على حق يطالب به<sup>(٤)</sup> فشهادة الخصم أو صاحب المصلحة غير مقبولة<sup>(٥)</sup>.

(١) Robert et Moreau: op. cit. 139 ets N 165.

(٢) Paris. 15 Déc 1972. Rev. arb. 1973. P. 98.

(٣) وهو ما نصت عليه لائحة مركز القاهرة الإقليمي في المادة ٢ / ٢٥ "إذا تقرر سماع شهود يقوم كل طرف بإبلاغ الهيئة والطرف الآخر...".

(٤) في هذا المعنى أنظر نقض مدنى ١٩٩٠/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٤١ ج ١ ص ٨٧٨.

(٥) المحكمة العليا بالسودان جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧ المجلة العربية - العدد السادس ١٩٨٩ مشار إليه لدى د/سحر يوسف: المرجع السابق ص ٢٣٩.

وهيئة التحكيم تلجأ إلى الإثبات بشهادة الشهود في حالة عدم كفاية الأدلة الكتابية - تقليدية أم الكترونية - التي تحت يديها لتكوين عقيدتها، نظراً لما يحيط هذا النوع من أدلة الإثبات من عيوب تتمثل في شهادة الزور، أما محاباة لشخص أو على العكس الانتقام منه أو للحصول على رشوة. هذا فضلاً عن الخطأ والنسيان الذي قد يعترى الشاهد لحظة أداء الشهادة، مما قد يؤدي إلى ضياع الحقوق على أصحابها<sup>(١)</sup>.

ودراستنا للإثبات بشهادة الشهود تقتصر على المجال الإجرائي للإثبات بها. ولغياب النص التشريعي في قانون التحكيم المصري على إجراءات خاصة لسماع الشهود، فيترك الأمر لتقدير هيئة التحكيم. ما لم يتفق الأطراف على إجراءات خاصة لذلك<sup>(٢)</sup> وللهيئة الاستعانة ببعض إجراءات سماع الشهود التي ينص عليها قانون الإثبات المصري ٢٥ لسنة ١٩٦٨، أو القانون الإجرائي المتفق عليه ليحكم إجراءات الإثبات، ولكن الهيئة لا تتقيد بهذه الإجراءات<sup>(٣)</sup>.

والإجراءات التي يمكن الاستعانة بها لسماع الشهود، تبدأ بطلب من أحد طرفي الخصومة التحكيمية، والحكم فيه من المحكم أو هيئة التحكيم، وأداء الشهادة، وصور أدائها شفوية أم كتابية، وما يعترض أدائها، وتدخل القضاء لإزالة هذا العارض. وسلطة هيئة التحكيم في تقديرها لأقوال الشهود. مع مراعاة أن اتفاق الأطراف على التحكيم لا يمنع من رفع دعوى أصلية أمام القضاء لسماع شاهد. في مطلبين متعاقبين نتعرض في الأول للإجراءات الخاصة بشهادة الشهود. والثاني: دعوى التحقيق الأصلية مع وجود الاتفاق على التحكيم.

(١) أحمد نشأت: رسالة الإثبات ج ١ ص ٥٣٢ وما بعدها بند ٣٧٧. د. على

اسماعيل غازي: المرجع السابق ص ٣٧٤.

(٢) أنظر فيما سبق بند ١٠.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٨ وما بعدها بند ٢٠٥. د. الجمال وعكاشة:

ص ٧٠١ بند ٤٨٠. د. أحمد هندي: التحكيم: ص ٥٤ بند ١٤. د. عيد

القصاص: التحكيم ص ٣١٨ بند ١٠٧.

**المطلب الأول:** الإجراءات الخاصة بشهادة الشهود أمام هيئة التحكيم.  
**المطلب الثاني:** الدعوى الأصلية بسماع شاهد مع وجود الإنفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته.

### المطلب الأول

#### الإجراءات الخاصة بشهادة الشهود

##### ٨١. طلب التحقيق بشهادة الشهود:

لهيئة التحكيم ومن تلقاء نفسها أن تستمع إلى شهود دون طلب من أي من طرفي الخصومة التحكيمية، متى كانت المستندات والأوراق المقدمة إليها غير كافية لتكوين عقيدتها بذات الشروط التي يتم بها ذلك أمام المحكمة<sup>(١)</sup>. أو رأت الهيئة أن في ذلك فائدة للحقيقة<sup>(٢)</sup>. فالمحكم لا يلجأ إلى إجراءات التحقيق بشهادة الشهود إلا إذا كانت أوراق الدعوى ومستنداتها غير كافية لتكوين عقيدته<sup>(٣)</sup>. فيمكنه الاستماع إلى أي شخص بدون حلف بين مادة ٢/١٤٦٧ مرافعات فرنسي. Cett audition á lieu sane prestation de serment.

أما إذا قدم الخصم طلب لسماع الشهود، لتكملة أدلة مقدمة في الدعوى، أو لتكوين دليل فيها بسماع شهادة شاهد خشية وفاته فإن هذا الطلب - كأي طلب عارض - يمكن أن يقدم كتابة أو يبدى شفويًا في

(١) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم: ص ٢٩١. د. عيد القصاص، الإشارة السابقة. وفي تطبيق ذلك، نصت المادة ٣٠ من مشروع قانون التحكيم السوري على أنه "لهيئة التحكيم أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف سماع الشهود، وكل ماترى فائدة في سماعه لتقدير النزاع".

(٢) نقض مدني ١٩٦٢/١١/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١٠٤٦، نقض مدني ١٩٨٧/١١/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٨ ص ١٠٢٥. Coss. Civ. 3 Juin 1976 J. C. P. 1976. Iv. 282.

Paris 15 Mars. 1984. Rev. arb. 1985. 280. (٣)

الجلسة، وفي أية حالة تكون عليها الدعوى<sup>(١)</sup> تطبيقاً للمادة ٣٧ من لائحة التحكيم السعودي، والمادة ١٤٤ مرافعات فرنسي. ويهدف الخصم من طلبه للإثبات بشهادة الشهود الحصول على أقوال تؤيد مزاعمه سواء كان محتكم أم محتكم ضده. وفي الغالب يكون هذا الإجراء متفرعاً عن خصومة أصلية، أراد منه الطرف أن يكمل أو يكون دليلاً في الدعوى، أو يكون هذا الإجراء ضمن ما تم الإتفاق عليه بكونه دليلاً من أدلة الإثبات في الدعوى.

ويقدم الطلب لهيئة التحكيم في صيغة صريحة جازمة، تدل على تصميم صاحبه عليه، وإلا كان لهيئة التحكيم أن تلتفت عنه<sup>(٢)</sup>. ويتعين أن يكون الطلب متضمناً الوقائع المراد إثباتها، وقابلية هذه الوقائع للإثبات بشهادة الشهود وأشخاص الشهود بشكل واضح ودقيق.

وإذا كان طلب الشهادة يتضمن سماع شاهد خشية فوات فرصة الاستشهاد، تعين أن تتوافر فيه شروط الدعوى المستعجلة، فيجب أن يكون هناك احتمال لوجود الحق أو المركز القانوني الموضوعي، وأن يتوافر الاستعجال، بمعنى أن يوجد خوف من احتمال وقوع ضرر بالحق أو المركز القانوني الموضوعي على فرض وجوده، إذا لم يحصل المدعى على الحماية الوقتية المطلوبة وأن تتوافر الصفة في طلب الحماية الوقتية<sup>(٣)</sup>.

(١) الطعن رقم ١٨٦ / ٥٩ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩١/١١/١٩ مشار إليه لدي أحمد أبو الوفا التعليق ص ٣٢٠.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لما كان البين من صحيفة الاستئناف المرفوعة من الطاعنة ومذكرة دفاعها المقدمة لمحكمة الاستئناف أنها وأن تضمنت قولاً مرسلًا باستعدادها للإثبات ما أوردته في سبب النعي على الحكم من وقائع بالبيئة إلا أنها لم تشفع ذلك بطلب صريح بإحالة الدعوى إلى التحقيق يقطع تمسكها به وإصدارها عليه، فمن ثم لا تثير على المحكمة الاستئنافية إن هي التفتت عن إحالة الدعوى إلى التحقيق أو أغفلت الرد عليه ويكون النعي على الحكم المطعون فيه بإخلاله بحق الدفاع في غير محله.

نقض مدني ١٩٨٣/٣/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ ص ٦٥٢.

(٣) د. فتحي والي: التحكيم: ص ٤٠٠ بند ٢٣٢.

والهدف من كل ذلك ، هو تمكين الخصم الآخر من المنازعة فى طلب سماع الشهود ، إذا كان لذلك مقتضى<sup>(١)</sup> وكذلك تمكين هيئة التحكيم من معرفة الوقائع التى يستند إليها الخصوم ، وتمكنها بالتالى من مباشرة سلطتها فى قبول الطلب أو على العكس رفضه ، ما لم يكن الأطراف اتفقوا - سواء فى اتفاق التحكيم أو فى اتفاق مستقل - على تحديد الشهود بشخصيتهم كانت هيئة التحكيم ملزمة بذلك .

ويحدث عملاً تيسيراً لسماع الشهود أن يقدم الأطراف قائمة تتضمن تحديد عدد الشهود وكافة التفاصيل المتعلقة بأسمائهم ووظائفهم وعلاقاتهم بأطراف النزاع والنقاط المتعين مناقشتهم فيها ، تيسيراً لحسمها ، ويتبادل الأطراف هذه القوائم ، وتتاح لهم فرصة التعليق عليها خلال فترة معقولة ، والاعتراض على قبول الشاهد أو موضوع الشهادة ، وعدد الشهود ، وتؤكد هيئة التحكيم فى حالة الاعتراض من ملائمته قبل إعلان قبول قائمة الشهود<sup>(٢)</sup> .

وتقدير ما إذا كانت الوقائع محل طلب التحقيق بما يجوز إثباتها بشهادة الشهود ، أو كون تلك الوقائع متعلقة بالدعوى أو منتجة فى النزاع من إطلاقيات السلطة التقديرية للمحكم<sup>(٣)</sup> . ودون أن تمتد هذه السلطة لتشمل حالة المنازعة فى جواز الإثبات بشهادة الشهود قانوناً . فإذا نازع الخصم الآخر فى جواز الإثبات بهذا الدليل قانوناً ، فيجب على المحكم أن يفصل فى هذه المنازعة ، ويحكم أما بجواز اللجوء إلى هذا الدليل أو على العكس بعدم جوازه . ويعتبر حكمه الصادر فى هذا الصدد حكماً قطعياً لا يجوز له

(١) د. أسامة المليجى : المرجع السابق ص ١٥٠ بند ٩٨ . د. أسامة الروبى : الوجيز ص ٢١٠ بند ٥٢ .

(٢) Arthur: L'Marriot. Evidence in international arbitration international arbitration 1984. P. 284.

مشار إليه لدى هدى عبد الرحمن : ص ٢٣١ .

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤ .

العدول عنه<sup>(١)</sup> حيث يرى أنه لا محل للإحالة للتحقيق لإثبات وقائع بشهادة الشهود سبق للخصوم الإتفاق عليها، حيث يجب أن يرى المحكم لزوماً لاتخاذ هذا الإجراء حتى يحكم به<sup>(٢)</sup>.

٨٢. سلطة هيئة التحكيم في قبول الطلب أو رفضه:

إذا اتفق الأطراف عند وضع الخطة الإجرائية على ملائمة الاستعانة بشهادة الشهود، ولو في غير الأحوال التي يسمح القانون بقبولها فيها<sup>(٣)</sup> فلا تملك هيئة التحكيم الامتناع عن سماع الشهود في هذه الحالة<sup>(٤)</sup> وتكون ملزمة بسماع الشهود المعينين في المشاركة بواسطة الخصوم وإلا عدت مجاوزة لحدود مهمتها<sup>(٥)</sup>، كما يمكن أن يمتد هذا الالتزام ليشمل الحالة التي تكون فيها الوقائع المطروحة على هيئة التحكيم غير كافية لتكوين عقيدتها ولا يكون هناك من سبيل أمامها لتكوين عقيدتها إلا بسماع الشهود. وما

(١) وفي تطبيق ذلك قضت محكمة النقض بأن "قاعدة عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليست من النظام العام فعلى من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة أن يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع قبل البدء في سماع الشهود، فإذا سكت عن ذلك عد سكوته تنازلاً منه عن حقه في الإثبات بهذا الطريق الذي رسمه القانون" نقض مدني ١٩٧٦/٢/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٤٧١.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: ص ٣١٩.

(٣) لأن مسألة قبول الدليل من عدمه لا تعتبر من النظام العام، فيجوز للأطراف الاتفاق على خلاف ما تقرره القواعد الخاصة، بخلاف القواعد المتعلقة بقبول الشهادة كدليل إثبات أو بحجيتها في الإثبات تعتبر من القواعد الموضوعية التي يتعين على هيئة التحكيم الالتزام بها وإلا كان حكمها باطلاً. أنظر: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٢ بند ٤٨٠.

(٤) د. هدي عبد الرحمن: ص ٢٢٩ بند ١٨٣.

(٥) د. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية: ص ٣٥١ والحكم المشار لديه باريس

١٥ مارس ١٩٨٤ مجلة التحكيم ١٩٨٥ ص ٢٨٥. د. نجيب الجبلى: المرجع

السابق ص ٣٧٨.



دون ذلك تسترد هيئة التحكيم سلطتها فى قبول طلب الإثبات بشهادة الشهود أو على العكس رفضه، حيث أن مضمون هذا الطلب ليس حقاً للخصوم يتعين دائماً إجابتهم إليه.

فقد ترفض هيئة التحكيم طلب الإثبات بشهادة الشهود رغم توافر الشروط المطلوبة فى الواقعة محل الإثبات بها، على أن تبدى الهيئة مبرراتها المقبولة لهذا الرفض. فقد ترى الهيئة أن تحقيقها للواقعة غير منتج ولا يحقق ثمة فائدة فترفض الطلب<sup>(١)</sup> وقد ترى أن الإثبات بشهادة الشهود بصدد تلك الواقعة غير مستساغ لعدم حدوث هذه الواقعة مما يغلب عليه النسيان، ويتعذر معها سماع الشهود على الوجه الأكمل وتفتح مجالاً للأكاذيب وتحريف الأقوال<sup>(٢)</sup> وقد ترى أن الواقعة محل طلب الإثبات بشهادة الشهود مستحيلة التصديق<sup>(٣)</sup> كما يمكن لهيئة التحكيم أن ترفض الطلب استناداً إلى قدرتها على الفصل فى النزاع بناء على المستندات المقدمة إليها<sup>(٤)</sup> وقضى تطبيقاً<sup>(٥)</sup> لذلك بأن نظراً لأن المحكمين عهد إليهم بمهمة عامة بسماع كل من يعلم بالنزاع، لا يتضمن بالنسبة لهم التزام بسماع الشهود، وعلى وجه التحديد أشخاص غير مسمين فى المشاركة والذي يطلب سماعهم إلا أثناء سير إجراءات التحكيم بواسطة أحد الخصوم مع مراعاة أنه فى كل حالة ترفض فيها هيئة التحكيم سماع الشهود، يتعين عليها أن تبين فى حكمها الأسباب التى اعتمدت عليها فى الرفض<sup>(٦)</sup>.

(١) نقض مدنى ١٩٨٢/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ ص ٩٠٥.  
(٢) أحمد نشأت: المرجع السابق ص ٥٣٤ بند ٣٧٨. د. السنهورى: ص ٤٢٠ بند ١٩٦.

(٣) د. السنهورى: الإشارة السابقة.

(٤) د. هدى عبد الرحمن: الإشارة السابقة والحكم المشار لديها. وفى تطبيق ذلك أنظر نقض ١٩٨٢/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ ص ٩٠٥، نقض ١٩٦٧/١١/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٥٩٩.

(٥) باريس ١٩٦٥/١٢/٣ - الأسبوع القانونى - ٦٦ - ٢ - ١٤٧٢٥ مشار إليه لدى محمد نور شحاته ص ٣٥١.

(٦) أنظر فيما سبق بند ٢٢.

وإذا كانت هيئة التحكيم تملك رفض طلب الخصوم بإحالة الدعوى للتحقيق بشهادة الشهود، إلا أنه لا يمكنها إجبارهم على الاستعانة بهذا الطريق من طرق الإثبات، ويمكنها الرجوع إليهم إذا ما تبينت لها ملائمة الاستعانة بهذا الطريق وأهميته في إثبات الوقائع المثارة<sup>(١)</sup>.

وقضاء هيئة التحكيم برفضها للطلب لا يمنعها من أن تأمر ولو من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى للتحقيق للإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجوز فيها القانون الذي يحكم إجراءات الإثبات<sup>(٢)</sup>. ومتى رأت أن في هذا الأمر فائدة لإظهار الحقيقة تطبيقاً للمادة ٧٠ إثبات مصري. وأمر هيئة التحكيم بذلك، يعد مظهر من مظاهر الدور الإيجابي للمحكم في مرحلة الإثبات<sup>(٣)</sup> الهدف منه، وكما عبرت المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصري، هو تأكيد هيمنة القاضى - أو المحكم - على الدعوى حتى يتمكن من تحرى الحقيقة واستخلاصها نقية مما يغلفها به مسلك الخصوم حسبما تمثله عليهم مصلحة كل منهم الخاصة في الإثبات.

أما إذا أجازت هيئة التحكيم الخصم إلى طلبه، أو أمرت من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى للتحقيق بشهادة الشهود، فلا تلتزم بإصدار حكم بسماع الشهود، ويكفى أن تشير إلى ذلك في محضر رسمى، ما لم ينازع الخصوم في سماع هيئة التحكيم لشهادة شاهد معين، فإذا نازع أحد الخصوم في ذلك، وجب عليها إصدار حكم لسماع الشهود، على أن تحدد في حكمها موضوع الشهادة، والوقائع التي ترى سماع الشهود بشأنها، وقابلية هذه الوقائع للإثبات بهذا الطريق، وأن تعين أشخاص الشهود حسبما يترأى لها أن شهادتهم لازمة لمعرفة الحقيقة في النزاع، ما لم يكن الخصوم قاموا بأنفسهم بتحديد أسماء الشهود<sup>(٤)</sup> كما يجب أن

(١) هدى عبد الرحمن ص ٢٣٠ بند ١٨٣.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٣) أنظر فيما سبق بند ١٦.

(٤) د. فتحي والى: التحكيم: ص ٣٦٨ بند ٢٠٥. د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٩١. د. على بركات ص ٣٩١ بند ٤٠٠. د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٢٩ بند ١٨٢. د. عبد الحميد الأحمد: المقال ص ٩٩. د. عصام سليم: المرجع السابق ص ١٣ وما بعدها.

PERROT: rev. arb. 1974. op. cit. P. 172 - N 16.

يتضمن الحكم مواعيد إجراء التحقيق، واليوم الذي يبدأ فيه التحقيق، والميعار الذي يجب أن يتم فيه تفادياً لإطالة أمد النزاع<sup>(١)</sup>.

٨٢. والحكم الصادر بإحالة الدعوى للتحقيق بشهادة الشهود بقاء على طلب الخصم، ينطوي في ذاته على أذن للطرف الآخر لنفي تلك المزاعم بذات الطريق وفقاً لنص المادة ٦٩ إثبات مصرية ٢٠٤ مرافعات فرنسي، ولكنه حقه في النفي قاصر على الوقائع التي يسعى الخصم لإثباتها<sup>(٢)</sup>. وحق الخصم في نفي مزاعم خصمه هو حق ثابت له بحكم القانون، سواء نص على ذلك في الحكم الصادر بالشهادة أو لم ينص، لأن ذلك يعتبر من مقتضيات حق الدفاع. ومع ذلك لا يترتب البطلان إذا أغفل الحكم الصادر بالإحالة للتحقيق السماح للخصم الآخر في نفي ما يثبته خصمه، كما أن هذا الإغفال لا يسقط حقه في إعلان شهود النفي وسماعهم ذلك، لأن خصم النفي يستمد حقه من القانون<sup>(٣)</sup>.

وحكم هيئة التحكيم في أي من صورتيه سواء صدر بالرفض، أم بإجابة الخصم لطلبه وإحالة الدعوى للتحقيق، يعد من الأحكام التي تهدف إلى تنظيم سير إجراءات الخصومة التحكيمية، ولا تفصل في جزء من موضوع النزاع<sup>(٤)</sup>، ومن ثم لا يقبل الطعن فيه على استقلال<sup>(٥)</sup> وإنما قد

VINCENT et GUINCHARD: op. cit. P. 677 N 1091. (١)

(٢) فإذا كان خصم النفي، لا يقصد نفي الوقائع محل الإثبات بالشهادة، وإنما يهدف إلى إثبات وقائع جديدة عن الوقائع محل طلب الإثبات، تعين عليه - في هذا الفرض - أن يطلب التحقيق من المحكم بطلب موضحاً فيه الوقائع = التي يسعى إلى الإذن بتحقيقها، ويخضع هذا الطلب لتقدير المحكم. في هذا المعنى أنظر: د. سحر يوسف: المرجع السابق ص ٢٥٨ وما بعدها بند ١٦٢ د. أسامة المليجي: ص ١٢٩ وما بعدها بند ٨٦. وفي تطبيقه أنظر: نقض ١٩٥٠/١٢/٢١ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً الجزء الأول ص ٥٠ قاعدة ١٩٦ مشار إليه لدى د. سحر يوسف: ص ٢٥٩.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق ص ٣٢٣، ٣٢٤.

(٤) وفي تطبيق ذلك نصت المادة ١/٣٢ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي "يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر... أحكام تحكيم تمهيدية". والمادة ٥/٣٩ من نظام التحكيم السعودي الجديد، المادة ١/٢٦ من قواعد اليونستيرال.

(٥) د. عزمي عبد الفتاح: الإشارة السابقة، د. رضا السيد: ص ٥٢.  
Perrot: Lic. Cit.

يكون سبباً لرفع دعوى أصلية ببطالان حكم التحكيم الصادر في الموضوع تطبيقاً للمادة ٥٣ / ز تحكيم مصري.  
٨٤ - أداء الشهادة وصور أداؤها شفوية أو مكتوبة:

إذا قبلت هيئة التحكيم طلب الإثبات بشهادة الشهود، أصدرت حكمها بإحالة الدعوى للتحقيق. وتبدأ هيئة التحكيم بعد ذلك في سماع الشهود، كما يجوز للشهود تقديم شهادتهم مكتوبة وطلب الهيئة بتدخل القضاء في مجال الشهادة.  
٨٥ - ١ - الشهادة الشفوية:

تنص المادة ٤/٣٣ تحكيم مصري على أن "يكون سماع الشهود بدون أداء يمين" وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الإجرائي وأنظمة التحكيم المختلفة<sup>(١)</sup> فلا يجوز لهيئة التحكيم توجيه يمين إلى الشاهد قبل سماع شهادته<sup>(٢)</sup> يستوى في ذلك أن يكون الشهود أشخاصاً عاديين يدلون

(١) حيث نص المشرع الفرنسي في المادة ٤٦٧ / ١ / ٢ مرافعات على أنه يتعين سماع غير الأطراف دون أخذ اليمين. والمادة ٤/٣٣. من قانون التحكيم العماني، المادة ٤٠ من قانون التحكيم اليميني، المادة ٧٧٩ / ٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية، المادة ٤/٢٥ مغربي.

قارن: حيث تستلزم بعض التشريعات حلف اليمين قبل أداء الشهادة، فنصت المادة ٣٢ / ٢ من قانون التحكيم الأردني على أن "يكون سماع الشهود بعد أداء اليمين وفق الصيغة التي تقررها هيئة التحكيم" كما نصت على أنه "يجوز لهيئة التحكيم قبول أداء اليمين بشهادة خطية مشفوعة بالقسم أمام أي جهة معتمدة في البلد الذي تم فيه تأدية تلك الشهادة حسب قانون ذلك البلد".

والمادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه "على المحكمين أن يملفوا الشهود اليمين، وكل من أدى شهادة كاذبة أمام المحكمين يعتبر مرتكباً لجرمة شهادة الزور" وهو نفس ما نصت عليه المادة ٢٣٨ / ٣ من قانون المرافعات البحريني، والمادة ٣٠ من مشروع قانون التحكيم السوري يكون سماع الشهود يعد حلف اليمين ما لم يتفق أطراف التحكيم على غير ذلك.

في حين أم بعض التشريعات تعطى للمحكم سلطة تقديرية في تخليف الشاهد اليمين من عدمه، حيث تعطى المادة ٣٥ / ٥ من القانون الإنجليزي للتحكيم للمحكم سلطة سماع الشاهد بعد حلف يمين أو بغير يمين.

(٢) د. فتحي والي: التحكيم: ص ٣٦٨ بند ٢٠٥. د. رضا السيد: المرجع السابق: ص ٤٨.

بشهادتهم حول الوقائع أم خبراء فنيين يدلون بشهادتهم حول مسألة فنية عاصروها<sup>(١)</sup>.

ويبرر الفقه<sup>(٢)</sup> استبعاد اليمين من مجال التحكيم مرجعه أن القانون يجرم الشهادة الزور ويعاقب عليها مرتكبها. فإذا أراد المحكم أو إذا طلب أحد الخصوم منه أن يوجه اليمين إلى أحد الشهود، ورفض الشاهد، فلا يكون أمامه إلا اللجوء إلى القضاء لإزالة هذا العارض - توجيه اليمين - ولا يكون للمحكم دور في هذا الشأن سوى إثبات مضمون اليمين الذي أدى أمام القضاء، وهو دور مجرد تحصيل حاصل، ومن ثم لا جدوى من أداء اليمين أمام المحكم.

وهيئة التحكيم لا تنقيد بحسب الأصل بالقواعد التي تحكم سماع الشهود والواردة في قانون المرافعات أو في قانون الإثبات، إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا على ذلك<sup>(٣)</sup> لكنها على أية حال مقيدة باحترام المبادئ الأساسية في الإجراءات وأخصها مبدأ احترام حق الطرفان في الدفاع، وما يتطلبه هذا المبدأ من مراعاة المساواة بين الخصوم، واتخاذ إجراءات الإثبات في مواجهتهم<sup>(٤)</sup>. فتستطيع هيئة التحكيم أن تقوم بنفسها بسماع الشهود وتوجيه الأسئلة وإدارة المناقشة، وإعادة الاستماع إليهم

(١) د. عاطف الفقى: المرجع السابق ص ٤٣٥.

(٢) E Loquin: jur. Class. Fosc. 1036 N 24 Perrot: Rev. arb. 1974. op. cit. P. 172

De Boisseson: op. cit. P. 253. N 303.

(٣) أنظر في القيود العديدة التي تحكم سماع الشهود أمام المحاكم د. سحر يوسف: ص ٢٦٢ وما بعدها بند ١٦٥ وما بعده وفي تطبيق ذلك. أنظر ما نصت عليه المادة ٨٦ إثبات مصرى على أنه "يجب على الشاهد قبل الإدلاء بأقواله أن يحلف يميناً حسب الأوضاع الخاصة بديانته، يكون توجيه الأسئلة إلى الشاهد من المحكمة أو القاضى المنتدب مادة ٨٧ إثبات مصرى والمادة ٢١٤ مرافعات فرنسى.

Coss. Civ. 23 Avr. 1959. Bull. Civ. 11. N 333.

(٤) د. مصطفى الجمال، عكاشة الجمال: ص ٧٠١ بند ٤٨٠.

واستجوابهم متى احتاجت إلى معلومات أو استفسارات إضافية<sup>(١)</sup>. كما يمكنها أن تسمح لأحد الخصوم أو محامييه أو ممثله بتوجيه الأسئلة إلى الشهود، وذلك حسبما يترأى لها من ظروف وموقف الخصوم، وعليها في كل الأحوال أن تضمن السير الطبيعي والعاды لعملية الإثبات بشهادة الشهود، دون أن يسئ الحق في استخدامها<sup>(٢)</sup>.

ولضمان السير الطبيعي والعاды لعملية الإثبات بشهادة الشهود، حالة أن تعطى هيئة التحكيم للخصوم أو محاميهم الفرصة لاستجواب الشهود، إلا تترك عملية الاستجواب كلية في أيدي الخصوم أو محاميهم، ويقتصر دورها - وكما عبر عنه البعض<sup>(٣)</sup> - على عد النقاط التي يتمكن محاموا الخصوم من الحصول عليها أثناء استجواب الشهود، وإنما يجب أن تقوم بالدور الأكبر في هذا الشأن، خاصة إذا أساء أحد الخصوم أو تعسف أحد المحامين في استعمال حقه في الاستجواب.

وتكون جلسات الاستماع لشهادة الشهود سرية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وذلك إعمالاً لمبدأ السرية الذي يسود خصومة التحكيم<sup>(٤)</sup>. وقد أعطت أنظمة التحكيم المعاصرة<sup>(٥)</sup> لهيئة التحكيم سلطة

- 
- (١) د. علي بركات: ص ٣٩١ وما بعدها بند ٤٠٠. د. أحمد هندي: التحكيم: ص ٥٥ بند ١٤. د. عيد القصاص: التحكيم: ص ٣١٨ وما بعدها بند ١٠٧. د. علي اسماعيل غازي: المرجع السابق ص ٣٧٢ وما بعدها.
- (٢) E Loquin: jur. Clas. Fasc. 1036 op. cit. N 63.
- (٣) R. DAVID: Cours de droit Compare Paris 1970 P. 445.
- مشار إليه لدى د. علي بركات: ص ٣٩٢ بند ٤٠٠.

- (٤) مادة ٣/٢٨ من قواعد اليونسترال على أن "تكون جلسات المرافعات الشفوية وسماع الشهود مغلقة، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك" وهو ذات ما نصت عليه المادة ٤/٢٥ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي، والمادة ٣/٢١ من لائحة الـ I. C. C. "لا يسمح بحضور أشخاص لا علاقة لهم بالإجراءات ما لم توافق هيئة التحكيم والأطراف على غير ذلك". وانظر في ذلك: د. شحاته شلقامي: المرجع السابق ص ١١٠ وما بعدها.
- (٥) المواد ٣/٢٨ من قواعد اليونسترال، ٤/٢٥ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي، ٣/٢٠ من لائحة I. C. C.

تنظيم الاستماع للشهادة، بأن قررت لهيئة التحكيم أن تطلب من أى شاهد أو أى عدد من الشهود الخروج قاعة الجلسة أثناء أدلاء شهود آخرين بشهادتهم بأن يؤدي كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقى الشهود الذين لم تسمع شهادتهم، وذلك حتى تضمن عدم التأثير المتبادل بين الشهود على بعضهم البعض، وهذا أبلغ فى قول الصدق<sup>(١)</sup>. على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تجمع الشهود للمقابلة بينهم، وذلك بأن تلزم كل من أدلى بشهادته بالانتظار لحين سماع أقوال الآخرين<sup>(٢)</sup> ويجب على الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها إن كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم، ويبين كذلك أن كان يعمل عند أحدهما وفقاً لنص المادة ٨٥ إثبات مصرى.

وجرى العمل فى التحكيم التجارى الدولى على أن تطلب هيئة التحكيم من الشهود كتابة أقوالهم قبل سماعها، وأن يتم تبادل هذه الكتابة بين الطرفين، وعندما يحضر الشاهد يسأله محامى الطرف الذى استشهد به ما إذا كان مصرراً على ما جاء بما كتبه وما إذا كان يريد الإضافة إليها<sup>(٣)</sup>. ويدلى الشهود بشهادتهم فى حضور جميع أعضاء الهيئة التحكيمية، ما لم يتفقوا مجتمعين على نذب إحداهما لسماع الشهود، أو يتفق الأطراف على نذبه<sup>(٤)</sup> وذلك فى حضور الأطراف أو محاميهم أو ممثلهم، حيث يحق للأطراف أو ممثلهم مناقشة الشهود فى شهادتهم سواء كانوا شهودهم أم شهود الطرف الآخر<sup>(٥)</sup> وإذا كان الشهود يجهلون لغة التحكيم فللهيئة

(١) د. أحمد أبو الوفاء، طلعت دويدار: التعليق ص ٣٣٣، د. طلعت دويدار: ضمانات التقاضى: ص ١٨٢.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٩ بند ٢٠٥، د. عبد الحميد الأحديب: المقال: ص ١٠٥.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٩ بند ٢٠٥، د. عبد الحميد الأحديب: المقال: ص ١٠٥.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٢٧.

(٥) د. عاطف الفقى: الإشارة السابقة.

De. Boisséson: op. cit. P. 252. N 298.

الاستعانة بترجم<sup>(١)</sup> ولا يجوز للهيئة سماع الشهود دون حضور الأطراف أو على الأقل دعوتهم للحضور وإلا كان الحكم المبني على هذه الأقوال باطلاً<sup>(٢)</sup>. تطبيقاً للمادة ٢٧ من نظام التحكيم السعودي الجديد "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة والمتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه" والمادة ٢٦ تحكيم مصرى.

وترتيباً على ذلك، ذهب الفقه فى مجموعه<sup>(٣)</sup> إلى أن لهيئة التحكيم سماع الشهود ولو فى غياب الخصوم - وإن كان نادر عملاً - إلا أنه يتعين عليها دعوتهم للحضور احتراماً لحق الدفاع، بأن تحدد مسبقاً الوقائع التى ستكون محلاً لشهادة الشهود، وأن تحرر محضراً رسمياً بمضمون هذه الشهادة، وتعرضه على الخصوم الذين لم يحضروا جلسة الاستماع إلى أقوال الشهود حتى يتمكنون من الإطلاع على ما تم إبدائه من أقوال والرد عليها. وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٤)</sup> بأنه "إذا ثبت للمحكمة التى تنظر الطعن فى حكم المحكمين أن هؤلاء المحكمين قد استدعوا شهوداً وأجروا معهم تحقيقاً فى غياب الخصوم ولم يحضروا. بذلك محضراً رسمياً، وبالتالي لم يطلع الخصوم على ما تم إبدائه من أقوال بل ولم يحددوا مسبقاً الوقائع التى ستكون محلاً لشهادة الشهود، ودون أن يعطوا للخصم المتضرر من الشهادة

(١) وفقاً للمادة ٢٢/٢٣ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى، حيث تنص على أنه "إذا كان الشهود يجهلون لغة التحكيم فللهيئة الاستعانة بترجم بعد أداء اليمين أمام الهيئة".

(٢) د. فتحي والى: التحكيم: الإشارة السابقة. د. معتز عفيفى: المرجع السابق ص ٦٢٢ وما بعدها.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ٢٩١ وما بعدها. د. محمد نور شحاته: ص ٣٥٠.

د. عاشور مبروك ص ٣٠٩ بند ١٨٣. د. علي بركات: ص ٣٩٢ بند ٤٠١. د. عبد القصاص: المرجع السابق ص ٣١٩ بند ١٠٧.

PERROT: Rev. arb. 1974. op. cit. P. 174 N 18. De Boissésou: op. cit. P. 252 ets N 298. E Loquin: jur. Class. Fasc. 1036. op. cit. N 47.

Paris 3 déc 1965. rev. arb. 1966. 22. J. C. P. 1966. 11. (٤)  
14625 Coss. Civ. 16 Déc. 1985. Rev. arb. 1987. 390. Paris.  
6 mai. 2003 Rev. arb. 2004 N. 3. P. 720.



الفرصة لإقامة الدليل العكسى ، فإن حكم المحكمين الذي صدر بعد كل هذه المخالفات يجب إبطاله لإخلال المحكمين بحق الدفاع".

٨٦- الانتقال لسماع الشهود:

اختيار مكان معين للتحكيم<sup>(١)</sup> لا يعنى وجوب اتخاذ جميع إجراءات التحكيم ومنها سماع الشهود - كإجراء من إجراءات التحكيم - فى هذا المكان ، فيمكن الاستماع للشهود فى أكثر من دولة أو مدينة ، خاصة وأن فى التحكيمات الدولية قد يختار الطرفان أو هيئة التحكيم عادة مكاناً محايداً لا ينتمى إليه أى من الطرفين<sup>(٢)</sup> وبالضرورة قد لا ينتمى إليه الشهود. ونظراً لتعذر حضورهم بأنفسهم جلسة الاستماع أو التكاليف العالية لانتقال الشهود عند تعددهم أو غيره من الأسباب. فيجوز للهيئة رغم اختيار مكان معين للتحكيم الانتقال بنفسها أو نذب أحد أعضائها<sup>(٣)</sup> لسماع الشهود أو للإطلاع على مستندات تحت أيديهم ، أو لسماع خبراء فنيين يدلون بشهادتهم حول مسألة فنية ، وذلك فى محل إقامتهم ، فيتم عقد الجلسات حيث يقيم الشهود لسماع شهادتهم.

وانتقال هيئة التحكيم لسماع الشهود حيث محل إقامتهم ، هو ما صادف اعتماد ثابت من جانب أنظمة التحكيم المختلفة ، حيث أجازت المادة ٢٨ تحكيم مصرى<sup>(٤)</sup> لهيئة التحكيم أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً

(١) فالمادة ٢٨ تحكيم مصرى تنص على أن "لطرفى التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم فى مصر أو خارجها". فالمرجع لم يأت فى نصوص القوانين بما يمنع أن يكون التحكيم فى الخارج على يد أشخاص غير مصريين. نقض مدنى أول مارس ١٩٩٩ فى الطعن رقم ١٠٣٥ لسنة ٦٥ ق. وفى أهمية اختيار مكان معين للتحكيم أنظر د. فتحى والى : ص ٣١٢ وما بعدها بند ١٦٤.

(٢) دافيد بند ٣٠٥ بند ٣٩٢ مشار إليه لدى د. فتحى والى : التحكيم : الإشارة السابقة.

(٣) وذلك فى الأحوال التى يجوز للهيئة نذب أحد أعضائها من تلقاء نفسها ، أو بناء على اتفاق الخصوم للقيام بإجراء من إجراءات الإثبات. أنظر فيما سبق بند ٢٩.

(٤) والمادة ٢/١٦ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى ، والتى تنص على أنه ما لم يتفق الطرفان ... للهيئة سماع الشهود .... فى أى مكان تراه مناسباً. المادة =

للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم، لسماع الشهود أو الإطلاع على مستندات تحت أيديهم أو غير ذلك من الإجراءات. فعقد بعض الجلسات لسماع الشهود خارج المكان الذي تمحدد لإجراء التحكيم فيه، لا يعنى تغييراً لمكان التحكيم، ولو عقدت في دول مختلفة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>(١)</sup>.

ولا يترتب على مخالفة هيئة التحكيم للمكان الذي اتفق عليه الأطراف، أو للمكان الذي قررت اختياره بطلان الإجراءات، وإنما يمكن أن يتيح لأى من الأطراف رفع دعوى ضد الهيئة لتعويضه عما أصابه من ضرر من جراء هذه المخالفة، وذلك ما لم يتبين أن انتقال الهيئة حيث محل إقامة الشهود، قد أدخل بحق من حقوق الدفاع<sup>(٢)</sup>.

فإذا تم أداء الشهادة، سواء في مكان التحكيم، أو في محل إقامة الشهود، في حضور الخصوم جميعاً، فإنهم سيقفون على مضمونها، وبالتالي في إمكانهم الاعتراض عليها. أما إذا تم سماعها في غيابهم جميعاً أو بعضهم، فإنه يجب على هيئة التحكيم في تلك الحالة أن تحرر محضراً<sup>(٣)</sup> بمضمونها حتى يتمكن الخصوم من الإطلاع عليها والاعتراض أن بدأ لهم ذلك، وذلك إعمالاً لمبدأ المواجهة<sup>(٤)</sup>.

---

= ٢/١٨ من قواعد اليونسترال "هيئة التحكيم .... سماع الشهود وعقد اجتماعات للمداولة بين أعضائها في أى مكان تراه مناسباً مع مراعاة ظروف التحكيم. المادة ٢/٢٠ من القانون النموذجي للتحكيم. المادة ٢/١٤ من لائحة الـ I. C. C.

- (١) استئناف القاهرة دائرة ٩١ جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٦ في الدعوى ٢٣ لسنة ١١٩ ق تحكيم مشار إليه لدى د. فتحى والى: ص ٣١٤.
- (٢) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. استئناف القاهرة دائرة ٨ تجارى جلسة ١٩٩٩/٧/٢٠، الدعوى رقم ٧ لسنة ١١٦ ق تحكيم.
- (٣) أنظر فيما يلى بند ٨٩.
- (٤) د. عاشور مبروك: ص ٣٠٩ بند ١٨٦. د. معتز غففي: المرجع السابق، ص ٦٢٨ ومابعدها.

Perrot: Rev. arb. 1974. op. cit. P. 172.

صورة غير تقليدية لإحاطة هيئة التحكيم علماً بأقوال الغير. فإذا لم يتسير حضور الشاهد، فيمكن للطرف الذي يستشهد به أن يوثق شهادته بمكتب من مكاتب التوثيق ويقدمها موثقة إلى هيئة التحكيم<sup>(١)</sup> فهي ورقة مكتوبة يحررها الغير، تتضمن اعترافاً منه بصدد واقعة معينة علمها شخصياً وحررها بغرض تقديمها إلى هيئة التحكيم، بعد توقيعها وتوثيقها بمكتب من مكاتب التوثيق.

وقد سوى المشرع الفرنسي وفقاً للمادة ١٩٩ مرافعات فى القوى القانونية، بين الشهادة الشفوية فى صورتها التقليدية والشهادة المكتوبة استجابة للضرورة العملية، ولشروع استخدامها، والتعويل عليها فى الإثبات<sup>(٢)</sup> فيمكن إحاطة المحكم علماً بأقوال الغير عن طريق الشهادة فى أى من صورتها التقليدية وغير التقليدية.

واعتمدت أنظمة التحكيم المقارن الشهادة المكتوبة كوسيلة للإثبات، يستعان بها فى خصومة التحكيم، فنصت على أنه "يجوز تقديم الشهادة المكتوبة فى صورة بيانات مكتوبة تحمل توقيعات الشهود" مادة ٥/٢٧ من قواعد اليونسترال، المادة ٥/٢٥ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي<sup>(٣)</sup>. وما

(١) د. فتحي والى: التحكيم: ص ٣٦٩ بند ٢٠٥.

DEKARA: "attestation mode d'adminstrtion de la Preuve testimoniate memoire. Paris 1977.

مشار إليه لدى د. سحر يوسف ص ٢٩٧.

ALHALEL. ESNAULT: "L'attestatim dans les Procés civil mode Preuve secondaire. Reuve judiciaire de L'auet 1977 P. 1 ets.

مشار إليه لدى سحر يوسف الإشارة السابقة.

(٢) والمادة ٤٠ من نظام التوفيق والتحكيم التجارى لغرفة دى حيث نصت على أنه "تودى الشهادة شفاهة، ويجوز للهيئة أن تقبل بتأديتها بإفادة خطية موقعة من الشاهد وموثقة وبدون حلف اليمين ما لم يكن اليمين إلزامياً لقبولها بموجب القانون الواجب التطبيق على التحكيم، وفى جميع الأحوال للهيئة دعوى الشاهد أمامها للمناقشة".

أعتمدته أنظمة التحكيم تلقاه الفقه<sup>(١)</sup> والقضاء<sup>(٢)</sup> بالقبول، حيث يجوز الاستعانة بالشهادة المكتوبة تفادياً لمشقة وتكاليف انتقال الشهود، أو انتقال أعضاء هيئة التحكيم حيث سماع الشهود في محل إقامتهم، واختصاراً للوقت حالة طلب الإنابة القضائية<sup>(٣)</sup>.

وتحرر الشهادة المكتوبة من الغير بغرض تقديمها إلى هيئة التحكيم. وتقدم في الغالب من الخصوم، كمستندات واردة في ملف الدعوى لتأييد دعواهم، ويمكن أن يطلبها المحكم من تلقاء نفسه، ولكنه لا يطلب تقديمها من الغير مباشرة، وإنما يطلبها من الخصوم وفقاً لنص المادة ٢٠٠ مرافعات فرنسي<sup>(٤)</sup>.

٨٨ ورغم أن للشهادة المكتوبة ذات القيمة القانونية التي للشهادة الشفوية،

حيث أن المشرع الفرنسي سوى بينهما صراحة من حيث المرتبة في الإثبات وفقاً لنص المادة ١٩٩ مرافعات إلا أن الفقه<sup>(٥)</sup> والقضاء الغالب<sup>(٦)</sup> يرى أن الشهادة المكتوبة أقل درجة وأدنى مرتبة من حيث القوة في الإثبات من

(١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. د. السنهورى: ص ٣١٢ بند ١٦١. د. محمد نور شحاته: ص ٣٥٠. د. نبيل عمر: التحكيم: ص ٢٠١ بند ١٦١، د. عاطف الفقى: الإشارة السابقة. د. طلعت دويدار: ضمانات التقاضى: ص ١٨٢. د. عبد الحميد الأحذب: المقال ص ٩٩. د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٣٠ بند ١٨٢.

(٢) Coss. Civ. 27 Févr. 1979. J. C. P. 1979. IV. 161.  
Coss. Com. Nov. 1983. Bull. Civ. IV. N 290.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٤٩.

(٤) Art. 200 dispose que "les attestations sont Produits Par les Parties ou à La demande du - juge - Le juge Communique aux Parties celles qui Lui Sont dinectement adressés".

(٥) أنظر في اتجاهى الفقه والقضاء المختلف حول قوة الشهادة المكتوبة في الإثبات. د. سحر يوسف: ص ٢٩٨ - ٣٠١ بند ١٨٢ والمراجع المشار لها.

(٦) Rennes, 22 juin 1976, ch. 1, N 406. Rennes, 24 Janvier 1977 ch. 1, 475. Coss. Com. 3 Nov 1983. Bull. Civ. Iv. N 290.

مشار لهذه الأحكام لدى د. سحر يوسف: الإشارة السابقة.

الشهادة الشفوية، لما يحيط الأخيرة من إجراءات رسمية، وتؤدي في ظروف تعطى مزيداً من الطمأنينة والتلقائية عند الإدلاء بها.

وترتيباً على ذلك، فالشهادة الشفوية تفوق الشهادة المكتوبة من حيث القوة في الإثبات<sup>(١)</sup> مما يقيد هيئة التحكيم في استنادها للشهادة المكتوبة في حكمها، حيث يتوقف استنادها إليها على عدم اعتراض الطرف الآخر على صحتها اعتراضاً مقبولاً. فإذا أثير الاعتراض فهیئة التحكيم لا تملك إزاء هذا الاعتراض إلا إحضار الشاهد لسماع شهادته<sup>(٢)</sup>، أو استبعاد شهادته كلية احتراماً لحق الدفاع. كما تملك هيئة التحكيم استبعادها إذا ما تشككت في صدقها استناداً إلى مبررات مقبولة<sup>(٣)</sup> فالشهادة لم تكتب على سبيل الجمالة أو لوجود مصلحة متبادلة بين الشاهد والخصم<sup>(٤)</sup> ففي كل ذلك للهيئة دعوى الشاهد أمامها للمناقشة وفقاً للمادة ٤٠ من لائحة تحكيم دبي ليجلئ ما في صدرها من شكوك حيالها وقلق يساورها إزاءها<sup>(٥)</sup> وإلا كان الحكم المبني على الأقوال الواردة بالشهادة المكتوبة باطلاً.

فإذا قدمت الشهادة المكتوبة من الغير بناء على طلب أحد الخصوم، أو قدمها الخصم كمستند وارد في ملف الدعوى تأييد لدعواه في حضور

(١) فالشهادة المكتوبة خارج مجلس القضاء لا تخرج عن كونها قرينة من ضمن القرائن والإمارات الواردة في الدعوى المتروكة لقناعة القاضي - المحكم - واقتناعه ولكنها لا تساوي مع شهادة الشهود أمام القضاء. د. سحر يوسف: ص ٣٠١ بند ١٨٢.

(٢) Coss. Com. 3 Nov. 1983. Bull. Civ. IV. P. 254.

(٣) وقد حدث في منازعة أمام المحاكم الأمريكية أن ادعت الشركة الخاسرة بطلان حكم التحكيم استناداً إلى التفات المحكم عن ثلاث شهادات مكتوبة قدمت في الدعوى، قرر المحكمون استبعادها لأنها موجهة ومغرضة أكثر منها واقعية، = وقد أقرت المحكمة مسلك المحكمين، وقررت أن يدخل في نطاق مهمة المحكمين في استخلاص الوقائع. أنظر الحكم. د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٣٠ حاشية رقم ٢.

(٤) سحر يوسف: ص ٣١٠ بند ١٨٨.

(٥) Coss. Com. 3 Nov 1983. Bull Civ. IV. P. 254.

الخصيم الآخر، فإنه سيتقف على منضمونها، وبالتالي يمكنه الاعتراض عليها، ولا يكون أمام هيئة التحكيم إلا دعوى الشاهد للمناقشة. أما إذا تم تقديمها في غياب الخصوم أو بعضهم، فإنه يجب على هيئة التحكيم تمكين الخصوم من الإطلاع عليها. وفي الخالتين تحرر هيئة التحكيم محضراً بذلك حتى يتمكن الخصوم من الإطلاع عليها والاعتراض أن بدأ لهم ذلك تحقيقاً لمبدأ المواجبة.<sup>(١)</sup>

#### ٨٩- تحرير محضر التحقيق وحق الخصوم في الإطلاع عليه:

قلنا أن الشهادة تؤدي شفاهة، ويجوز للهيئة أن تقبل تأديتها بإفادة مكتوبة موقعة من الشاهد وموثقة، وفي الخالتين تحرر هيئة التحكيم إجابات الشهود في محضر، حالة سماع شهادتهم أو في حالة مناقشة الشاهد فيما حرره بقصد تقديمه لهيئة التحكيم، وما إذا كان مصيراً على ما جاء بما كتبه، وما إذا كان يريد الإضافة إليه، والمحضر في الخالتين يطلق عليه محضر التحقيق. وتلى بعد ذلك على الشاهد شهادته، وما تم مناقشته فيما حرره وقدمه لهيئة التحكيم، لكي يقوم بالتوقيع عليه. وإذا امتنع الشاهد عن التوقيع فيثبت ذلك في المحضر، ويذكر أيضاً سبب امتناعه عن التوقيع وفقاً للمادة ٩١ إثبات مصري.

ويتضمن محضر التحقيق، تاريخ التحقيق ومكانه وساعة بدئه وانتهائه، والجلسات التي استغرقتها وأسماء الخصوم وذكر حضورهم وغيابهم وطلباتهم، وأسماء الشهود والقائهم وموطن كل منهم وما صدر بشأنهم وما يئديه الشهود من أقوال، وما قدموه من إفادات خطية، وتوقيع الشهود وقرار تقدير مصروفاتهم، وتوقيع رئيس هيئة التحكيم وأعضائها والكاتب إن وجد وفقاً للمادة ٩٣ إثبات مصري.

وللخصوم حق الإطلاع على المحضر، والمستندات التي حرر المحضر بشأنها احتراماً لحقوق الدفاع. فإذا بنى المحكم حكمه على أقوال سماعها،

(١) والقضاء يفترض صحة الأعمال الإجرائية التي اتخذها المحكم طالما أنه أشار إليه في حكمه، ويقع على عاتق الخصم عبء إثبات مخالف المحكم لمبدأ المواجبة، أنظر:

Paris. 15 janv. 1984. Rev. arb. 1984. P. 531 abs Beqnard.

أو على إفادة خطيئة، تقليدية أو الكترونية، دون تمكين الخصوم من مناقشتها والإطلاع والرد عليها كان الحكم معيباً ويستوجب بطلانه لإهداره. أجد مقتضيات حق الدفاع.<sup>(١)</sup>

٩٠. طارئ قادية الشهادة أمام هيئة التحكيم وتدخل القضاء لإزالته:

افتقاد هيئة التحكيم لسطة الإلزام والخبر<sup>(٢)</sup> قد لا يمكنها من الحصول على دليل الإثبات المستمد من الشهادة، إذا تخلف الشاهد عن الحضور، أو حضر وامتنع عن الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه، وهو ما نص عليه قانون التحكيم المصري، حيث نصت المادة ٣٧ على أن يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون ببناء على طلب هيئة التحكيم بما يأتي "أ) الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين ٧٨، ٨٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية"<sup>(٣)</sup>.

ووفقاً لذلك، فإن أداء الشهادة أمام هيئة التحكيم واجب على من يطلب لها، شأن الشهادة أمام المحاكم. لكن الجهة التي تؤدي أمامها الشهادة ليس لها الصلاحية اللازمة للحكم على الشاهد المتخلف عن الحضور أو عن الإجابة، وإنما عين المشرع رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من قانون التحكيم لتطبيق الجزاء المنصوص عليه في المادتين ٨٧، ٨٠ ذاتها بناءً

(١) Paris. 24. oct. 1991. Rev. arb. 1993: 110 abs. Jarrosson.  
(٢) Paris. 25. Nov. 1997 Rev. arb. 1998: 698 Note: G. Bolard

(٣) أنظر فيما سبق بند ٣١.

وما نصت عليه المادة ٣٧ تحكيم مصري أعتمده العديد من أنظمة التحكيم، فنصت المادة ٧ من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي على أن محكمة أول درجة في المقاطعة التي يوجد بها مقر هيئة التحكيم، هي التي يجوز لها = التدخل للمساعدة في مسائل الإثبات، وذلك إذا كان التحكيم يجري في الولايات المتحدة الأمريكية والمادة ٢٧ من القانون النموذجي للتحكيم نصت على أنه "في إجراءات التحكيم يجوز لهيئة التحكيم، أو لأي من الطرفين بموافقتهم طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول على أدلة، ويجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها ووفقاً لقواعدها. الخاصة = بالحصول على الأدلة".

على طلب هيئة التحكيم<sup>(١)</sup>. فالمادة ٣٧ تحكيم حددت نطاق تدخل القضاء في مجال الشهادة من ناحية. ومن ناحية أخرى حددت القاضي المختص بهذا التدخل.

#### ٩١- أولاً: نطاق تدخل القضاء في مجال الشهادة:

ينحصر في توقيع الجزاءات المنصوص عليها في المادتين ٧٨ ، ٨٠ من قانون الإثبات: ويجب على القضاء قبل توقيع الجزاء أن يتأكد من توافر الشروط المنصوص عليها في المادتين السابقتين حتى يقضى بذلك<sup>(٢)</sup> فالمادة ٧٨ تنص على أنه يجب تكليف الشاهد بالحضور تكليفاً صحيحاً، فإذا لم يحضر حكمت عليه المحكمة بغرامة قدرها أربعون جنيهاً، ويكون حكمها غير قابل للطعن عليه، وفي حالة الاستعجال يجوز للمحكمة أن تصدر أمراً بإحضار الشاهد. أما المادة ٨٠ فتقضى بأنه إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانوني عن الإجابة حكم عليه بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه.

والهدف من منح هذه السلطة للقضاء وتدخله لتوقيع تلك الجزاءات على الشاهد، هو إجباره على الحضور أمام هيئة التحكيم أو إلى الإجابة على الأسئلة التي توجهها إليه هذه الهيئة، فالقضاء المتدخل لا يختص بسماع الشهادة، إذ أن ذلك من اختصاص هيئة التحكيم وفقاً لنص المادة ٤ / ٣٣ تحكيم مصري<sup>(٣)</sup>.

ونطاق تدخل القضاء في مجال الشهادة قاصر على توقيع الجزاءات المنصوص عليها في المادتين ٧٨ ، ٨٠ إثبات، ودون أن يمتد إلى الحالة التي ترفض فيها هيئة التحكيم طلب سماع شاهد أو تعديل عن سماع الشاهد، متى قدرت أن شهادته غير منتجة في الدعوى. فالهيئة هي التي تقرر قبول الطلب أو على العكس رفضه<sup>(٤)</sup> ولا معقب عليها من قبل القاضي المشار

(١) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: ص ١٩٢ بند ١٢٤، ص ٧٠١ بند

٤٨٠. د. علي اسماعيل غازي: المرجع السابق، ص ٣٧٤.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٩ بند ١٠٨. فاطمة صلاح الدين:

المرجع السابق ص ١٧٢ بند ٤٠٧.

(٣) د. رضا السيد ص ٥٢ وما بعدها. د. عاطف الفقى: الإشارة السابقة.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٨٢.



إليه فى المادة ٩ تحكيم. فلا يجوز لأحد طرفى النزاع حالة عدول هيئة التحكيم عن سماع شاهد أن يطلب من هذا القاضى إجبار الشاهد على الحضور أمام هيئة التحكيم عن طريق توقيع الجزاءات المشار إليها<sup>(١)</sup>. فلا يكون أمام الخصم الذى طلب سماع شاهد، ورفضت الهيئة طلبه أو عدلت عنه سوى الطعن على الحكم بالبطلان مع الحكم الصادر فى الموضوع وفقاً للمادة ٥٣/ ج تحكيم مصرى، استناداً على إخلال الحكم بحقه فى الدفاع.

٩٢- ثانياً: القاضى المختص بتوقيع الجزاءات المنصوص عليها بالمادتين ٧٨، ٨٠ إثبات:

هو رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم مصرى. والذى تنص على أن "يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج، فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر". فالنص يغير فى القاضى المختص بتوقيع الجزاءات حالة إذا كنا بصدد تحكيم داخلى عنه إذا كنا بصدد تحكيم تجارى دولى.

فإذا كنا بصدد تحكيم داخلى:

يكون القاضى المختص بتوقيع الجزاءات هو رئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أى المحكمة المختصة بنظر النزاع وفقاً لقواعد الولاية والإختصاص التى ينص عليها القانون المصرى. فإذا كان النزاع يدخل فى ولاية القضاء الإدارى، فإن محكمة القضاء الإدارى تكون هى صاحبة

(١) ولو أجزى لأحد الأطراف طلب تدخل رئيس المحكمة فى الفرض الوارد بالمتن، فهذا معناه أن التدخل سيكون لرقابة هيئة التحكيم فى قرارها بعدم الاستماع للشهادة وليس للمساعدة فى إجبار الشاهد على الحضور، والقانون لم يعترف بهذا الحق لرئيس المحكمة، وحيث أن تدخل القضاء فى مجال التحكيم عموماً هو حكم استثنائى، فلا يجوز التوسع فيه وقصره على الحالات التى قررها المشرع صراحة. د. رضا السيد. الإشارة السابقة.

الولاية، وإذا كان النزاع يدخل في ولاية القضاء المدني تحدد اختصاص المحكمة وفقاً لقواعد الاختصاص القيمي والنوعى والمحلى التى تنطبق على طلب هيئة التحكيم للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع<sup>(١)</sup>، والتي يختص رئيسها بتوقيع الجزاء المنصوص عليها بالمادتين ٧٨، ٨٠ إثبات<sup>(٢)</sup>.

أما إذا كان التحكيم تجارى دولى:

فيجب التفرقة بين فرضين<sup>(٣)</sup> (الأول: إذا كانت مسألة توقيع الجزاءات على الشهود هى أول اتصال للمحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم، ولم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة استئناف أخرى غير محكمة استئناف القاهرة، فالقاضى المختص بتوقيع الجزاءات هو رئيس محكمة استئناف القاهرة، ولو كان النزاع أصلاً من اختصاص القضاء الإدارى<sup>(٤)</sup>. وعلة اختصاص رئيس محكمة استئناف القاهرة دون غيرها، أن هيئة التحكيم هى التى تطلب المساعدة فى مسألة الشهود وليس أطراف النزاع. وتلك الهيئة لا تستطيع أن تختار محكمة أخرى خلاف محكمة استئناف القاهرة، حيث أن تفسير الاختصاص المحلى إلى محكمة استئناف أخرى قاصر على الخصوم<sup>(٥)</sup>.

والفرض الثانى: إذا كانت المحكمة قد اتصلت بالنزاع فى مرحلة سابقة بشأن مسائل أخرى بخصوص المنازعة التحكيمية، وثبت اختصاصها بشأن هذه المسائل. فمن المعروف وفقاً للمادة ٢/٩ تحكيم أنها تظل مختصة دون غيرها بمسائل التحكيم حتى تنتهى جميع إجراءاته، ومن ثم فإن القاضى

(١) ويطبق بشأن طلب هيئة التحكيم بتوقيع الجزاءات جميع قواعد عدم الاختصاص التى ينص عليها قانون المرافعات بالنسبة لكل نوع من أنواع عدم الاختصاص. فإذا رفع الطلب بتوقيع الجزاء إلى محكمة غير مختص وفقاً لما تقرره المادة ٩ تحكيم، فإن المحكمة إذا قضت بعدم الاختصاص تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة وفقاً للمادة ٩ تحكيم تطبيقاً للمادة ١١٠ مرافعات. أنظر المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٣٥ وما بعدها بند ١٢٦ وما بعده.

(٢) د. رضا السيد: الإشارة السابقة. د. فتحى والى: التحكيم. ص ٧٦ بند ٣٣.

(٣) د. رضا السيد: الإشارة السابقة.

(٤) استئناف القاهرة - دائرة تجارى - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢٠ فى التحكيم رقم ٤

لسنة ١٩٩٥ مشار إليه لدى د. فتحى والى: التحكيم: ص ٧٥.

(٥) د. رضا السيد. الإشارة السابقة.

المختص هو رئيس محكمة الاستئناف التي سبق وتدخلت في التحكيم، سواء كانت محكمة استئناف القاهرة أم محكمة استئناف أخرى، حسب اتفاق الأطراف عليها صراحة أو ضمناً، ففي هذا الفرض يكون الأطراف قد حددوا محلياً محكمة الاستئناف المختصة في المراحل السابقة على التدخل في مسألة الشهادة<sup>(١)</sup>.

والقيد الوارد على تدخل القضاء في مسألة الشهادة هو أن يكون طلب تدخله من جانب هيئة التحكيم، وتدخله يكون لتوقيع الجزاءات المنصوص عليها في المادتين ٧٨، ٨٠ إثبات، بقصد مساعدة هيئة التحكيم على إجراء التحقيقات اللازمة، والوصول إلى حكم عادل وصحيح.

٩٢- سلطة هيئة التحكيم في تقديرها لأقوال الشهود شفوية أم مكتوبة: ... الشهادة في أي من صورتها، التقليدية أو المكتوبة، من الأدلة ذات الحجية النسبية<sup>(٢)</sup>. بمعنى أن الأخذ بها يخضع لتقدير هيئة التحكيم، بنفس السلطة التي تكون لها بصفة عامة فيما يتعلق بتقدير أدلة الإثبات المختلفة<sup>(٣)</sup> فتمتع هيئة التحكيم بالحرية في تقريرها لأقوال الشهود الشفوية أو الواردة في ورقة مكتوبة، فلها أن تأخذ بها إذا ما أطمئنت إليها، أو أن ترفضها إذا ساورها الشك حولها<sup>(٤)</sup> فلها أن تسمح للخصوم أو ممثلهم بمناقشة الشهود، أو تجري تحقيقاً لسماع محرر الشهادة المكتوبة لتزيل ما في صدرها من شكوك حيالها. فاستناد هيئة التحكيم للشهادة مرهون بما يطمئن إليه وجدانها، وإلا كان لها استبعادها كدليل يمكن أن تستند عليه في حكمها. ومن مظاهر حرية هيئة التحكيم في تقديرها للشهادة، أنها غير مقيدة بالرأي الذي يبديه الشاهد، أو بما حرره من شهادة تعليقا على ما رآه وسمعه أو حرره، إذ أن تقرير أقوال الشهود وما حرروه واستخلاص الواقع منها هو ما يستقل بتقديره هيئة التحكيم، فلها أن تعدل عن إجراء

(١) د. فتحى والى: ص ٧٨ بند ٣٤. د. رضا السيد ص ٥١. د. على اسماعيل غازى: الإشارة السابقة.

(٢) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٠ بند ٤٨١.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٤) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: الإشارة السابقة. د. على اسماعيل

غازى: ص ٣٧٣. 96. 21Jun 1990 Rev. arb. 1991. P. 96.

التحقيق بالشهادة إذا رأت أنه غير منتج أو مقيد<sup>(١)</sup> ولها أن تأخذ ببعض أقوال الشاهد، أو ببعض ما حرره دون البعض الآخر وفقاً لما تطمئن إليه وثق فيه<sup>(٢)</sup>. ولها أن ترجع شهادة شاهد على شهادة أخرى، أو شهادة مكتوبة على أخرى دون أن تكون ملزمة ببيان أساس الترجيح<sup>(٣)</sup>. كما أن لها أن تأخذ بمعنى الشهادة دون معنى آخر محتمله أيضاً، متى كان المعنى الذى تأخذ به لا تنحرف به عن مدلولها<sup>(٤)</sup> بل لها فوق كل ذلك، العدول عن نتيجة الإجراء ذاته لسلطتها فى تحصيل وفهم الواقع فى الدعوى وفى تقديرها لما يقدم لها من أدلة<sup>(٥)</sup>.

وهيئة التحكيم وإن كانت تملك تقدير الشهادة، ولا معقب عليها من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم لسلطتها وحررتها فى التقدير، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة فحرية هيئة التحكيم فى التقدير، والترجيح، وتجزئة الشهادة، والأخذ بمعنى الشهادة دون الآخر، والعدول عن الإجراء بها، وأيضاً العدول عن نتيجته، كل ذلك مقيد<sup>(٦)</sup> بالأخراج الشهادة عن ما يؤدى إليها مدلولها، فالشهادة شفوية أم مكتوبة لا تخرج بها الهيئة إلى ما يؤدى إليه مدلولها، وإلا عد تحريفها فيها يستوجب بطلان الحكم إذا بنى على هذه الشهادة<sup>(٧)</sup>.

(١) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٢) نقض مدنى ١٩٨٧/١١/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٨ ص ٩٨٤.

Coss. Civ. 29 avril 1981 Bull. Civ. 1981. P. 118.

Coss. Civ. 6 Févr. 1975. Bull. Civ. 11. P. 33.

(٣) نقض مدنى ١٩٩٠/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٤١ ج ١ ص ٩٧٤،

نقض ١٩٧٦/١/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٢٧١.

Coss. Civ. 15 Avr. 1991. Bull. Civ. 11. P. 69.

(٤) أنظر فى تفصيل ذلك: د. سحر يوسف: ص ٢٨٩ وما بعدها بند ١٧٧

والمراجع والأحكام المشار إليها.

د. أسامة الروبى: المرجع السابق ص ٢٤٢ وما بعدها بند ٧٢: والأحكام

المشار إليها.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٦) د. أسامة المليجى: ص ١٥٤ وما بعدها بند ١٠١. د. أسامة الروبى: ص ٢٤٢

بند ٧٢.

(٧) استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٣/١١/٢٢ فى القضية رقم ٢٦/٢٠ ق.

وترتيباً على ذلك، إذا كانت أقوال الشهود، شفوية أم مكتوبة واضحة ومحددة، فلا يجوز لهيئة التحكيم المساس بها، فلا يجوز لها مناقضة شهادة كل شاهد على حده لإببات عدم كفايتها<sup>(١)</sup>. فإذا كانت الشهادة فى أى من صورتها يكتنفها بعض الغموض، فتملك الهيئة توضيحها وتفسيرها شريطة ألا تعدل مدلولها، وإلا عد تحريفاً لاستعمال الهيئة سلطتها فى تفسير وتكييف أقوال الشهود الشفوية والمكتوبة، دون أن تخل بالمعنى المقصود من الشهادة<sup>(٢)</sup> كما يتعين على الهيئة تمكين الخصوم من مناقشة أقوال الشهود، وتمكينهم من الإطلاع على أقوالهم المكتوبة احتراماً لحق الدفاع وتحقيقاً لمبدأ المواجهة، فإذا بنت الهيئة حكمها على الشهادة دون تمكين الخصوم من مناقشتها والإطلاع عليها كان الحكم باطلاً ويستوجب بطلانه، لإخلاله بحقوق الدفاع<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الثانى

الدعوى الأصلية بسماع شاهد مع وجود الإتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته  
٩٤- سلطة هيئة التحكيم فى إصدارها للحكم المستعجل بسماع شاهد:  
الاتجاه الحديث<sup>(٤)</sup> فى الفقه<sup>(٥)</sup> وأنظمة التحكيم

- (١) نقض مدنى ١٣/١٢/١٩٨١ طعن رقم ٤٨/٣٣٩ ق.
- (٢) Coss. Civ. 27 Nov. 1963. Bull. Civ. 1. N 521 P 437.
- مشار إليه لدى د. سحر يوسف ص ٣١٢.
- (٣) أنظر فيما سبق بند ١٨.
- (٤) حيث كان الاتجاه السائد فى الماضى قصر الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقتية على محاكم الدولة، فكانت هيئة التحكيم ينظر إليها على أنها تختص فقط بالفصل فى النزاع الموضوعى. أما ما قد يثور من منازعات وقتية، فيظل القضاء صاحب الولاية الأصلية بالفصل فيها. أنظر د. فاطمة صلاح الدين: المرجع السابق ص ٢١١ بند ٤٩٤ وما بعده. ثم أنظر حاشية رقم ٣.
- (٥) د. فتحى والى: التحكيم ص ٣٩٩ بند ٢٣٢. د. فاطمة صلاح الدين: ص ٢٣٢ وما بعدها بند ٥٤٥ وما بعده. د. محمد نور شحاته: النشأة الإتفاقية ص ١٧٨ د. أحمد السيد صاوى: التحكيم ص ١٤٣ بند ١٢٠. د. هبه بدر أحمد صادق: الحماية الوقتية فى التحكيم، رسالة عين شمس، ٢٠٠٩، ص ٤٩ وما بعدها.

Robert et Moreau: op. cit. P. 104 N. 127. =

المعاصرة<sup>(١)</sup> يرى أن اتفاق التحكيم يخول لهيئة التحكيم ليس فقط إصدار حكم فى الموضوع بل أيضاً إصدار أحكام وقتية أو مستعجلة<sup>(٢)</sup> قبل الحكم فى الموضوع. وهذا الاتجاه هو ما صادف به اعتماد ثابت من جانب قانون التحكيم المصرى فنص فى المادة ٤٢ على أنه "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية ... وذلك قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها" وبهذا النص خول المشرع لهيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام وقتية أو مستعجلة كالحكم بسنخ شاهد متى توافر شروط إصداره<sup>(٣)</sup> سواء اتفق الخصوم على

=Couchez: référé et arbitrage. "essai de bilon Provisoire".  
Rev. arb. 1986. P. 155.

(١) حيث بدء الاتجاه نحو منح هيئة التحكيم الاختصاص بإصدار الأحكام الوقتية والإجراءات التحفظية، وذلك بصدر قواعد التحكيم الخاصة باليونسترال الصادر فى ١٩٧٦، والتي نصت فى المادة (٢٦) على اختصاص هيئة التحكيم والقضاء باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية. والمادة ١/٢٣ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، المادة ٤٧ من اتفاقية واشنطن. المادة ١٧ من القانون النموذجى للتحكيم المادة ٢٦ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى. المادة ١/١٤٤٩ مرافعات فرنسى.

قارن: ما زالت بعض التشريعات وأنظمة التحكيم تقصر الاختصاص بنظر الإجراءات الوقتية على قضاء الدولية المواد ٨١٨ مرافعات إيطالى، ٧٥٨ مرافعات ليبى، المادتان ١٧، ١٨ من قواعد التحكيم الخاصة بمفوضية الصين للتحكيم التجارى والاقتصاد الدولى.

(٢) والحكم الوقتى وإن كان يشترك مع الحكم المستعجل فى أن كلاهما يصدر بقصد اتخاذ إجراء وقتى أو بتحديد مركز الخصوم تمهيداً مؤقتاً، إلا أن الحكم المستعجل لا يصدر إلا بتوافر الاستعجال فى الطلب محل الحكم، فالطلب = الذى يبيده أحد الخصوم لتعيين حارس على الأموال المتنازع عليها إلى حين الفصل فى النزاع على ملكيتها دون أن = يكون هناك خطر يهدد هذه الأموال هو طلب وقتى، أما إذا كان هناك خطر من وجودها لدى أحد الخصوم أو وجدت ظروف أخرى يمكن وصفها بالاستعجال، فإن الطلب فى هذه الحالة = يكون طلباً مستعجلاً، وما يصدر فيه يكون حكماً مستعجلاً. أنظر د. أمينة النمر: مناط الاختصاص والحكم فى الدعوى المستعجلة. منشأة المعارف ١٩٦٧ ص ١١٤ وما بعدها بند ٧٧ وما بعده.

(٣) أنظر فى الشروط الواجب توافرها فى الطلب المستعجل. د. أمينة النمر: المرجع السابق ص ٤٤ وما بعدها بند ٢٧ وما بعده.

=CossA: L'urgence en matiere de référé gaz pal 1955 doct. 45.=

تحويل الهيئة هذه السلطة أم لم يتفقوا، طالما لم يتفقوا على عدم تحويل الهيئة سلطة إصدار هذا الحكم<sup>(١)</sup>.

وسلطة هيئة التحكيم في إصدارها للحكم بسماع شاهد، هي نفس سلطة القضاء المستعجل عند فصله في الدعوى المستعجلة، كما تنقيد بالقيود التي يتقيد بها هذا القضاء<sup>(٢)</sup> وتصدر الهيئة أحكامها المستعجلة على النحو الذي نص عليه القانون بالنسبة لأحكام المحكمين<sup>(٣)</sup>.

ومع اعتماد اختصاص هيئة التحكيم بإصدارها للحكم بسماع شاهد، فهذا لا يحول دون اختصاص القضاء المستعجل بإصداره لهذا الحكم، وهو ما يعبر عنه بالاختصاص المشترك بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم<sup>(٤)</sup> متى كانت إجراءات التحكيم قد بدأت. أما إذا لم تكن هذه الإجراءات قد بدأت، انعقد الاختصاص بنظر طلب سماع الشاهد والحكم فيه لقضاء

---

=Couchez: référé et arbitrage op. cit. P. 155.

(١) فاتفق الأطراف على التحكيم في نزاع معين، يعنى تحويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في موضوع النزاع وفي إصدار الأحكام الوقتية والمستعجلة تبعاً لاختصاصها بموضوع النزاع. د. فتحى والى: التحكيم ص ٤٠٠ بند ٢٣٢. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٢٠٣ وما بعدها بند ١٣٣، ص ٥٢٦ بند ٣٦٠. د. هبة بدر أحمد صادق: المرجع السابق ص ٩٥ وما بعدها. د. أحمد هندی: التحكيم: ص ٦٠، المشكلات ص ١٤٥ وما بعدها بند ٢٤. د. سيد أحمد محمود: المسائل والمشاكل المتعلقة بالسلطة الولائية للمحكم، مؤتمر التحكيم الهندسى بالبحرين في الفترة من ١٥ - ١٧ مايو ٢٠٠٠ ص ٤ وما بعدها.

مع ملاحظة إذا كانت الهيئة تملك إصدار أحكام وقتية ولو من تلقاء نفسها، فهي لا تستطيع إصدار أوامر بتدابير أو إجراءات تحفظية أو وقتية إلا إذا اتفق الأطراف على تحويلها هذه السلطة. انظر في توضيح الخلط بين ما بعد إجراء وقتي أو تحفظي وبين ما بعد حكم وقتي، د. أحمد هندی: قانون التحكيم ص ٦٢ وما بعدها بند ١٥.

(٢) د. فتحى والى: قانون القضاء ص ١٣١ وما بعدها بند ٨١.

(٣) د. فتحى والى: التحكيم: الإشارة السابقة د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٧٢ وما بعدها بند ١٠٩.

E. Loquin: L'instance arbitrale. Jur. Class. Op. cit. Fasc. 1036.

(٤) د. فاطمة صلاح الدين ص ٢٢٢ بند ٥١٩.

الدولة وحده. ويكون اللجوء إلى قضاء الدولة سواء بدأت إجراءات التحكيم أو لم تبدأ عن طريق الدعوى الأصلية بطلب سماع شاهد. مادة ١/١٤٤٩ مرافعات فرنسي.

٩٥- اختصاص قضاء الدولة بالدعوى الأصلية بطلب سماع شاهد:

فكما ثبت الاختصاص بطلب سماع شاهد لهيئة التحكيم - على النحو السابق - فإنه يثبت أيضاً لقضاء الدولة. ولا يعني ذلك، إمكانية رفع الطلب في نفس الوقت أمام قضاء الدولة وهيئة التحكيم مجتمعين، وإنما يعني الاعتراف للطالب بحق الخيار Droit d'option في رفع طلبه أمام قضاء الدولة، فإذا استعمل الخصم الحق في الخيار، ورفع طلبه أمام قضاء الدولة، فإنه يغلغ عليه إمكانية اللجوء إلى هيئة التحكيم. فمباشرة ممكنة الحق في الخيار تقتضي أن ولوج طريق معين يغلغ تلقائياً ولوج الطريق الآخر<sup>(١)</sup>. وفي هذا الفرض اختيار الطرف أو الخصم اللجوء إلى قضاء الدولة<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر في فكرة الاختصاص المشترك والحق في الخيار. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص ٤١٣ وما بعدها بند ٣٩٥. د. هبه بدر أحمد صادق: الحماية الوقتية في التحكيم، رسالة عين شمس، ٢٠٠٩، ص ١١٣ وما بعدها.

(٢) واختيار الخصم اللجوء إلى قضاء الدولة بدلاً من التحكيم لا يبرره أفضلية الأول على الثاني، وإنما تبرره الناحية العملية، كما أنه أعم وأشمل. فمن الناحية العملية، قد يؤثر الخصم اللجوء إلى قضاء الدولة لأنه يملك سلطة = الجبر التي لا تملكها هيئة التحكيم، ويكون حكمه مشمول بالإنفاذ المعجل ولا يحتاج إلى أمر بالتنفيذ، كما هو الحال بالنسبة لهيئة التحكيم.

G. CORNU: le juge. Arbitre Rev. arb. 1980. P. 373.

كما أن اللجوء إلى قضاء الدولة أعم وأشمل، لأنه يشمل إمكانية إصدار الحكم المستعجل بسماع شاهد سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم، أو أثناء سيره، الأمر الذي يحقق فائدة كبرى للطرف صاحب المصلحة في اتخاذ الإجراء الوقتي في الوقت الذي لم يكن فيه التحكيم قد بدء بعد، تجنباً لما يترتب على هذا التأخير من أضرار بمصالحه. د. أحمد السيد صاوي: التحكيم ص ١٤٨ بند ١٢٣.



ولهذا تتجه معظم التشريعات المعاصرة<sup>(١)</sup> وأنظمة التحكيم المختلفة<sup>(٢)</sup> إلى تعزيز إمكانية اللجوء إلى قضاء الدولة بجانب هيئة التحكيم لاتخاذ إجراءات وقتية، وإصدار أحكام وقتية ومستعجلة ضمناً لفاعلية نظام التحكيم وحماية لحقوق الأطراف. فنصت المادة ١٤ تحكيم مصرى على أنه "يجوز للمحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون، أن تأمر بناء على طلب أحد طرفى التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة .... سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها". وما ذهب إليه التشريعات وأنظمة التحكيم، استقر عليه - وكما سنرى - الفقه واعتمده القضاء.

٩٦- ويقصد بالإجراءات الوقتية، وإن كان يعبر عنها بعبارات مختلفة<sup>(٣)</sup> فهى

بشكل عام تلك الإجراءات التى تهدف إلى حماية حقوق أطراف النزاع

(١) أنظر المواد الآتية: المادة ١٦٧٩ / ٢ من قانون القضاء البلجيكى، المادة ١٧٣ / ٦ مرافعات كويتى حيث نصت على أنه "لا يشمل التحكيم المسائل المستعجلة ما لم يتفق الخصوم صراحة على خلاف ذلك" المادة ١٨٣ / ٢ من القانون السويسرى للتحكيم الدولى. المادة ٨٠٨ مرافعات فرنسى والتى نصت على جواز اللجوء إلى القاضى المستعجل فى حالة الاستعجال للحصول على تدبير وقتى فى الحالات التى لا يوجد فيها أدنى منازعة جديدة. المادة ١٤٤٩ / ١ من القانون الأخير.

(٢) واعتمدت أنظمة التحكيم المقارن اختصاص قضاء الدولة بجانب اختصاص هيئة التحكيم بإصدار الأحكام الوقتية فنصت المادة ٢٦ من قواعد اليونسترال على أن "الطلب الذى يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية لاتخاذ تدابير وقتية لا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم" المادة ٢٦ / ٣ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى. المادة ٢٣ / ٢ من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس. المادة ٢٠ / ٢ من القانون النموذجى للتحكيم، المادة ٢٥ من قواعد هيئة لندن للتحكيم التجارى الدولى. المادة ٣ من قانون التحكيم الفيدرالى الأمريكى.

(٣) منها على سبيل المثال إجراءات الحماية الوقتية، التدابير الوقتية، التدابير المستعجلة، الإجراءات المستعجلة وغيرها، ومع ذلك وبالرغم من اختلاف العبارات المستخدمة فإنها جميعاً تستخدم للدلالة على نفس المعنى. أنظر فى العبارات المتعددة لمصطلح التدابير الوقتية. د. فاطمة صلاح الدين: ص ٢٠٥ بند ٤٨٥. د. سيد أحمد محمود أحمد: سلطة المحكم فى إصدار الأحكام الوقتية والأوامر فى القانون المقارن الكويتى والمصرى مجلة حقوق الكويت =

لحين صدور الحكم المنهى للنزاع التحكيمى<sup>(١)</sup> مادة ٢/٢٦ من قواعد اليونستيرال، فقد تقتضى طبيعة هذا النزاع أو ظروف وملازمات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة سماع شاهد فى مرض الموت، أو خشية تعذر حضوره أمام هيئة التحكيم<sup>(٢)</sup> وصدور حكم مستعجل بسماعه، وذلك تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهى للخصومة.

٩٧- واختصاص قضاء الدولة بنظر دعوى سماع شاهد والحكم فيها، وإن كان مقطوع به قبل البدء فى إجراءات التحكيم، وكذلك فى حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم على اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى والحكم فيها، فذلك أيضاً اللجوء إلى قضاء الدولة واختياره لإصدار هذا الحكم حالة وجود هذا الاتفاق لا يتعارض معه، كما لا يعد تنازلاً عن الحق فى التمسك به وفقاً لنص المادة ٣/٢٦ من قواعد اليونستيرال، المادة ٣/٢٦ من لائحة تحكيم مركز القاهرة الإقليمى. المادة ١/١٤٤٩ مرافعات فرنسى.

وقضاء الدولة المختص بالدعوى الأصلية بطلب سماع شاهد، هي المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم مصرى، وهى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا لم يكن التحكيم تجارياً دولياً، والمحكمة استئناف القاهرة أو أى محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف<sup>(٣)</sup> وذلك لإصدار حكم مستعجل بسماع شاهد لحين رفع الدعوى الموضوعية أو الفصل فيها أمام هيئة التحكيم.

---

=العدد الثالث السنة ٢٥ عام ٢٠٠١ ص ٨١ وما بعدها. د. هبة بدر أحمد صادق: المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

(١) أنظر حكم محكمة العدل الأوروبية - الدائرة الخامسة - رقم ٢٦١ / ٩٠ - ٢ الصادر فى ١٩٩٢/٣/٢٦ مشار إليه لدى د. فاطمة صلاح الدين: ص ٢٠٤ بند ٤٨٤.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٨٦.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٩٠.

وترفع الدعوى الأصلية بطلب سماع شاهد في الحالتين وفقاً للقواعد والشروط التي يخضع لها القضاء المستعجل في قانون المرافعات. حيث أن المحكمة المشار إليها في المادة ٩ تحكيم قد حلت محل القضاء المستعجل في هذا الشأن، وتنفيذ بذات القواعد والشروط التي يخضع لها القضاء المستعجل<sup>(١)</sup>.

والقضاء المستعجل وفقاً للمادة ٤٥ مرافعات لا يختص بنظر الدعوى المستعجلة إلا إذا كان الإجراء المطلوب إجراءً وقتياً تتوافر فيه حالة الاستعجال واحتمال وجود الحق وعدم المساس بأصله<sup>(٢)</sup> فإذا تخلف بشرط الاستعجال قضى القاضى المستعجل بعدم الاختصاص وتنتهى الدعوى عند هذا الحد<sup>(٣)</sup>. فالقضاء المستعجل أسند إليه مواجهة عارض خطر التأخير في منح الحماية المستعجلة بإصدار أحكام مستعجلة تحمى مصالح صاحب الحق الظاهر إلى أن يصدر الحكم في الموضوع<sup>(٤)</sup>.

(١) د. فتحى والى: التحكيم: ص ١٨٨ بند ٩٨.

(٢) د. أمينة النمر: المرجع السابق ص ٤٤ وما يليها بند ٢٧ وما بعده المؤلف: قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٧ دار المطبوعات الجامعية ص ١١٠ وما بعدها بند ٨٧.

VINCENT et Guinchard: op. cit. P. 205 ets N 242 ets.  
PERROT: La Compétence du juge des référés gaz pal  
1974. doct 895.

(٣) المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى: ص ٦١ وما بعدها بند ٦٠ والأحكام المشار  
لديه.

(٤) وبجانب توافر شرطى الاستعجال، واحتمال وجود الحق وعدم المساس به، يجب حتى تقبل الدعوى المستعجلة توافر الشروط العامة لقبول الدعوى، فينبغى توافر شرط الصفة في الدعوى المستعجلة وهى تثبت لمن به حاجة للحماية الوقائية المطلوبة فى مواجهة من يحتمل أن يكون طرفاً سلبياً فى =  
=الدعوى الموضوعية، بالإضافة إلى شرط المصلحة بأوصافها المختلفة، مع مراعاة أن شرط المصلحة فى الدعوى المستعجلة يتمثل فى ضرورة توافر الاستعجال، ووقية الطلب. المؤلف: قانون المرافعات: الإشارة السابقة.  
وإذا كانت الدعوى المستعجلة بسماع شاهد، ترمى فقط الاعتداد بدليل، أو الحفاظ على دليل من المحتمل تقديمه فى دعوى إلى هيئة التحكيم، فيشترط لقبول الدعوى، أن تكون الواقعة موضوع الشهادة لم تعرض على هيئة =

ولذا يشترط الفقه الغالب<sup>(١)</sup> حتى تختص المحكمة المشار إليها في المادة ٩ تحكيم بإصدار الحكم المستعجل بسماع شاهد، أن يتوافر جميع شروط الدعوى المستعجلة، لأن هذه المحكمة ثبت لها ولاية القضاء المستعجل في مواجهة الخطر المطلوب درؤه بشكل مستعجل، فهي تختص على الرغم من وجود اتفاق التحكيم، بدأت الخصومة التحكيمية أو لم تبدأ بعد. ويكون لقضاء الدولة نظر دعوى سماع الشاهد ولو اتفق الخصوم على قصر الاختصاص بهذه الدعوى على هيئة التحكيم، لأن مثل هذا الاتفاق لا يسلب قضاء الدولة اختصاصه بنظر هذه الدعوى وفقاً لنص المادة ١٤ تحكيم مصرى. كما أن هذا القضاء منعقد دائماً، ويمكن اللجوء إليه فى أى وقت وتحدد جلسة عاجلة أمامه<sup>(٢)</sup> وتطبيقاً لذلك

=التحكيم ولكنه يحتمل عرضها، وأن تكون الواقعة مما يجوز إثباتها بالشهادة، وأن تستشعر المحكمة وجه الضرورة فى الدعوى بأن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد عند نظر الموضوع. المؤلف: المرجع السابق ص ١٨٦ بند ١٤٠.

قارن حيث يرى البعض أن اختصاص المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم بإصدار الحكم المستعجل لا يشترط فيه بالضرورة عنصر الاستعجال، وإنما يشترط فقط أن يكون الإجراء المطلوب ذا طبيعة وقتية، وذلك على أساس أن عنصر الاستعجال يعد مناط اختصاص القضاء المستعجل. د. رفعت عبد المجيد: دور القضاء الدائم والمعاون لتحقيق فعالية التحكيم فى التشريع المصرى والمقارن. ورقة بحث مقدمة فى مؤتمر الدور الفعال للقضاء الوطنى فى التحكيم المقام فى الفترة من ١٩ نوفمبر إلى ٢١ نوفمبر ٢٠٠٧ بمدينة شرم الشيخ تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي ص ٩.

(١) د. فتحى والى: ص ١٨٨ بند ٩٨، د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٢٠٤ بند ١٣٤. د. فاطمة صلاح الدين ص ٢٣٩ بند ٥٦٠. د. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية ص ١٧١ وما بعدها. د. عاشور مبروك ص ٢٨١ بند ١٦٤. د. أحمد السيد صاوى: ص ١٤٧ بند ١٢٣. د. هدى عبد الرحمن: ص ٣٥٨ بند ٢٧٤. د. أحمد هندى: المشكلات، ص ١٤٧. د. هبه بدر أحمد صادق: المرجع السابق، ص ٩٥ وما بعدها.

Bertin: le juge des référés et Le novuel arbitrage. Gaz Pal 1980 - 2 52.

(٢) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. قارن: Coss. Civ. 14 Mars. 1984. Rev. arb. 1985. P. 71.

قضى<sup>(١)</sup> بأن وجود اتفاق تحكيم لا يستبعد اختصاص القضاء المستعجل، طالما أنه لا يمس موضوع النزاع المطروح على المحكمين.

٩٨. إجراءات الدعوى المستعجلة يطلب سماع شاهد:

نص المشرع المصرى على إجراءات مبسطة وسريعة للدعوى المستعجلة على نحو تحقق الغاية منها، وهى الحفاظ على الحق من تضييع أدلته بسبب بطء التقاضى. فترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم وتشتمل الدعوى على البيانات التى نصت عليها المادة ٦٣ مرافعات. وتتميز هذه الدعوى بأن ميعاد الحضور فيها هو أربع وعشرون ساعة، ويجوز فى حالة الضرورة انقاصه إلى ساعة واحدة بشرط إعلان الخصم نفسه وفقاً للمادة ٦٦ مرافعات، كما جعل ميعاد الطعن فى الحكم الصادر فى هذه الدعوى هو خمسة عشر يوماً أياً كانت المحكمة التى أصدرته، مادة ٢٢٧ / ٢ مرافعات. بالإضافة إلى أن الحكم المستعجل بسماع شاهد يقبل الطعن بالاستئناف فى جميع الأحوال متادة ٢٨٨ مرافعات، رغم قابليته للطعن بالاستئناف، وحتى ولو طعن فيه بالفعل. بالإضافة إلى أن الحكم المستعجل بسماع شاهد يجوز للمحكمة أن تأمر بتنفيذه بموجب مسودته بغير إعلان وفقاً للمادة ٢٨٦ مرافعات، دون حاجة لانتظار إعداد نسخة الحكم الأصلية، ثم الصورة التنفيذية، ودون حاجة إلى اتخاذ مقدمات تنفيذ، غاية الأمر أن يطلب المحكوم له تنفيذ الحكم بموجب مسودته، حتى تستطيع المحكمة أن تقضى بذلك.

٩٩. نطاق سلطة المحكمة عند الفصل فى الدعوى والحكم فيها:

فى إطار الإجراءات المختصرة للدعوى المستعجلة تنظرها محكمة المادة ٩ تحكيم، وتصدر فيها حكماً وقتياً لا يمس أصل الحق. فليس لها أن تبحث فى أصل الحق، وصاحبه، أو تنظر فى المستندات المقدمة من الخصوم فى الدعوى التحكيمية، لتحقق على ضوءها من صاحب الحق أو

(١) بنى سوييف الجزئية فى ١٩٣٠/١/٨ المحاماة السنة ١١ ص ١٨٣، مستعجل

مصر فى ١٩٥١/١٢/٥ المحاماة السنة ٣٤ ص ٨٥٣.

Coss. Civ. 20 déc 1982. Bull. Civ. 111. 195.

Coss. Civ. 9 Juin 1979 rev. arb 1980, 1. 78. J. C. P. 1980. 2. 1938.

Paris 10 Dec. 1982. Rev. arb. 1983. 181. Note Moseau.

المركز المطلوب حمايته. على أنه ليس هناك ما يمنع المحكمة من أن تتناول مؤقتاً حاجة الدعوى بسماع الشاهد، بحث ظاهراً الأوراق والمستندات المتعلقة بالحق الموضوعي للتأكيد من أن وقائع الدعوى تؤدي لاحتمال وجود الحق محل الدعوى الموضوعية من الناحية الفعلية، ذلك ليس بهدف حسم النزاع حول أصل الحق، وإنما هي تقوم بمجرد تقدير وقتى عاجل لتستشف به المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ما يبدو للنظرة الأولى أن يكون هو وجه الصواب فى خصوص الإجراء المطلوب مع بقاء أصل الحق سليماً يتناضل به ذوى الشأن لدى هيئة التحكيم<sup>(١)</sup> أى أن بحث المحكمة للأوراق والمستندات المتعلقة بأصل الحق يكون عرضياً تتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب فى الطلب بسماع شاهد.

وتعرض محكمة المادة ٩ تحكيم لظاهر الأوراق والمستندات المتعلقة بأصل الحق الموضوعى، فضلاً عن كون ذلك للتأكيد من أن وقائع الدعوى تؤدي لاحتمال وجود الحق الموضوعى من الناحية الفعلية. فالمحكمة قد لا يمكنها إصدار حكمها المستعجل بسماع الشاهد بدون البحث الظاهر لهذه الأوراق وتلك المستندات، كى تقدر مدى توافر حالة الاستعجال فى الدعوى. بحيث تشتمل على مصالح يخشى فواتها أو إلحاق ضرر بالغ بها لفوات الوقت. كذلك قد تقوم المحكمة<sup>(٢)</sup> ببحث اتفاق التحكيم بحثاً ظاهرياً للتأكد من وجوده وصحته، فهى لا تحكم بسماع الشاهد إذا ثبت لها عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه بطلان ظاهراً، وكذلك إذا كان رافع الدعوى المستعجلة ليس طرفاً فى اتفاق التحكيم.

وتصدر المحكمة حكمها بسماع الشاهد، على أساس توافر شروط القضاء المستعجل، وليس على أساس ثبوت الحق الموضوعى أو نفيه،

(١) نقض ١٩٦١/١١/٨ طعن ١٢٧/٢٧ق، نقض ١٩٧٨/١١/١٨ طعن ٤٧/١٤٣٤ق.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ١٩١ بند ٩٨.

فيكون الحكم معيماً إذا قضت بسماع شاهد على أساس ثبوت الحق الموضوعي لرافع الدعوى المستعجلة<sup>(١)</sup> ذلك لأنها تكون قد فصلت موضوعياً في الحق في أسباب الحكم بسماع الشاهد، وهي ممنوعة من المساس بأصل الحق. وإنما يجب على المحكمة أن تسبب حكمها فيما يتعلق بالحق بعبارات تدل على أنها لا تفصل فيه قطعياً، فتقرر أنه يبدو لها من ظاهر الأوراق والمستندات وجود الحق، أو أنه يظهر ذلك من المستندات أو أنه يرجح وجود الحق إلى آخر هذه العبارات التي تفيد الطعن والترجيح لا القطع واليقين<sup>(٢)</sup>.

أما منطوق الحكم المستعجل، فإنه يكون إما بإجابة الخصم إلى طلبه الوقتي، إذا تبين للمحكمة توافر شروط اختصاصها "الاستعجال"، وعدم مساس الإجراء المطلوب بأصل الحق "أى أنها تقضى بالإجراء الوقتي الذي طلبه المدعى بسماع الشاهد، أما إذا انتهت المحكمة إلى عدم توافر شروط اختصاصها، فإنها تحكم بعدم اختصاصها وتنتهي الدعوى عند هذا الحد<sup>(٣)</sup>.

#### ١٠٠- حجية الحكم المستعجل بسماع شاهد وسلطة هيئة التحكيم:

القاعدة<sup>(٤)</sup> أن الأحكام المستعجلة ومنها الحكم بسماع شاهد، لا تحوز حجية الأمر المقضى أمام قضاء الموضوع، ومن باب أولى أمام هيئة

(١) استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٨/١/٢٠٠٤ فى القضية ٣ لسنة ١٢٠١ ق مشار إليه لدى د. فتحى والى: ص ١٨٨.

(٢) د. وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٣١٣. المؤلف: قانون المرافعات ص ١١٧ بند ٨٩. د. أحمد هندی: الوسيط فى قانون المرافعات، مشار إليه سابقاً ص ٢١١ بند ١٢٨.

(٣) وفى تطبيق ذلك قضى بأنه "بأن قضاء القاضى المستعجل بعدم اختصاصه النوعى بنظر الدعوى ينهى الخصومة، ولا يبقى منها ما يجوز إحالته إلى محكمة الموضوع طبقاً لنص المادة ١١٠ مرافعات...". نقض ١٥/١٠/١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى السنة الخامسة ص ٥٥. نقض ٢١/١٢/١٩٧٧ المكتب الفنى السنة ٢٨ ص ١٨٤١.

(٤) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة. د. فتحى والى: قانون القضاء ص ١٣١ بند ٨١. د. نبيل عمر: النظام القانونى للحكم القضائى دار الجامعة الجديدة =

التحكيم. فهذا الحكم لا يحول دون قبول الدعوى الموضوعية بشأن الحق أمام هيئة التحكيم، كما أنه لا يقيد هيئة التحكيم عند الفصل في هذه الدعوى بمضمونها.

وعدم حيازة الحكم بسماع شاهد حجية الأمر المقضى أمام هيئة التحكيم يعتبر أمراً طبيعياً، فهو من ناحية يتفق مع قاعدة نسبية الحجية من حيث الموضوع<sup>(١)</sup> فموضوع الدعوى بسماع شاهد يختلف عن موضوع الدعوى الموضوعية التحكيمية. ومن ناحية أخرى، فهو يتمشى مع المنطق، فلا يعقل أن يقيد الحكم بسماع شاهد، وهو قائم أساساً على الاحتمال والترجيح والبحث السطحي، هيئة التحكيم التى تفصل فى أصل الحق. وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الإجرائى وفقاً لنص المادتان ٤٨٢، ٤٨٨ مرافعات فرنسى.

ولكن الحكم بسماع شاهد يقيد المحكمة التى أصدرته فهذا الحكم وعلى ما جرى به قضاء النقض<sup>(٢)</sup> هو حكم وقتى بطبيعته، ولا تكون له حجية متى تغيرت الظروف. فلا يجوز هذا الحكم حجية أمام هيئة التحكيم التى تفصل فى أساس الحق المتنازع عليه وبالتالي فإنها لا تتقيد بما انتهى إليه حكم المادة ٩ تحكيم فى قضائها الوقتى القائم على مجرد تحسس

---

= ٢٠٠٦ ص ٣٢٢ بند ٢٣٠ مكرر. المؤلف: المرجع السابق الإشارة السابقة أحمد نشأت: رسالة ص ٢٣٤ بند ٦٣٨. د. هبة بدر أحمد صادق: المرجع السابق، ص ٢١٢.

GARSONNET et CEZAR – BRU: op. cit. T. 8. p 43.

Glasson Tissier et MOREL: op. cit. T. 3. P. 97.

(١) د. فتحى والى: المرجع السابق ص ١٣٨ وما بعدها بند ٨٥. د. وجدى راغب: الإشارة السابقة. د. أحمد هندى: المرجع السابق، ص ٥٩٣ وما بعدها، بند ٤٦٥.

(٢) نقض ١٩٩٠/١/١٨ طعن ١٠٧٨/٥٤ ق نقض ١٩٨٩/١١/١٤ السنة ٤٠

ص ٧٣ ج ٣.  
Coss. Civ. 12 Déc 1973, gaz pal 1974. 1. 8. Civ 8 juin 1977  
Bull. Civ. 111. p. 193.



الظاهر من الأوراق. ويتقدم الطرف الذى طلب سماع الشاهد أن تأخذ به أو ترفضه حسبما ترى<sup>(١)</sup>. فالحكم الصادر من محكمة المادة ٩ تحكيم يقدم إلى هيئة التحكيم كدليل، ومن ثم يكون للهيئة بشأنه سلطة تقديرية شأن أى دليل فى الدعوى، فلها الأخذ به أو على العكس رفضه، لكون الأدلة المقدمة فى الدعوى من غير هذا الدليل كافية لتكوين عقيدتها<sup>(٢)</sup>.

### المبحث الثالث

#### الاستجواب

##### ١٠١- أهمية الاستجواب وماهيته:

لهيئة التحكيم استخدام الاستجواب كطريق لإثبات، وإن كان نادراً الاستعمال من حيث الواقع، لأن الغالب هو حضور الخصوم نظر الدعوى بأنفسهم أو بمن ينيبونهم أو بمن يناب عنهم. إلا أن هذا لا يحول دون الهيئة والإصرار على استجواب الخصوم أو بعضهم إذا ما استدعت الظروف ذلك<sup>(٣)</sup> كأن ترى ضرورة له أو جدوى منه<sup>(٤)</sup> وتكون للهيئة جميع السلطات التى لقضاء الدولة فيما يتعلق بالاستجواب<sup>(٥)</sup>.

(١) د. رضا السيد: ص ٥٤. د. محمد نور شحاته: ص ١٧٨ والحكم المشار لديه.

Paris. 14 Janv. 1975. Rev. arb. 1976. 24. Fouchard.

(٢) انظر فيما سبق بند ٢٢.

(٣) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٢ بند ٤٨١ د. أحمد أبو

الوفا: عقد التحكيم ص ٢٦٧ بند ١٠٨. د. أسامة المليجي: ص ١٦٣ بند

١٠٦. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٨٤ وما بعدها.

PERROT: L'administration. Op. cit. Rev. arb. P. 163.

MOREAU: Rev. arb. 1978 op. cit. P. 334.

(٤) د. نبيل عمر: التحكيم ص ٢٠٤ بند ١٧١.

(٥) د. محمد وعبد الوههاب العشماوى: ج ٢ ص ٦١٣ بند ١٠١٥. د. سليمان

مرقس: ص ٥٨١ بند ٢٠٢.

والاستجواب طريق من طرق تحقيق الدعوى، تستهدف به هيئة التحكيم تمكّنها من تلمس الحقيقة الموصلة لإثبات الحق في الدعوى<sup>(١)</sup> مع ترك الأمر للهيئة في ترتيب النتائج القانونية الناتجة عن موقف الخصم المطلوب استجوابه.

والاستجواب على هذا النحو، طريق فعال يسمح بالاتصال المباشر بين هيئة التحكيم وأطرافه، والرد على الأسئلة الموجهة إليهم بدون إعداد مسبق للإجابة بين أطراف التحكيم ومحاميهم، مما يسمح بإعطاء إجابات تتسم بالصدق والتلقائية، بعيداً عن الإجابات الملتوية في ثوب قانوني، والتي تحول دون تحقيق الهدف من الإجراء<sup>(٢)</sup>.

وبهذا يختلف الاستجواب كطريق من طرق التحقيق، عن مجرد قيام المحكم بدعوة أطراف التحكيم لتقديم بعض الإيضاحات والتفسيرات التي ترى هيئة التحكيم أنها ضرورية لحل النزاع تطبيقاً للمادة ٨ مرافعات فرنسي، والتي تعد مجرد رخصة للهيئة تستعملها إن شاءت دون إصدار حكم بإجرائها، بل تجرّيها مباشرة إذا قدرت ضرورتها دون حاجة إلى إجراء التحقيق. فتلجأ الهيئة لهذه الإيضاحات لإزالة الغموض أو اللبس بشأن ما قدمه الأطراف من مذكرات أو أدلة وفقاً للمادة ٢/٢٨ من قواعد اليونسترال. على عكس الاستجواب الذي يستلزم إصدار حكم بشأنه سواء أمرت به هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم. كما يختلف الاستجواب عن الشهادة، ولذا فإنه يجوز في كل الدعوى ولو كان موضوعها لا يقبل الشهادة<sup>(٣)</sup>.

(١) في هذا المعنى أنظر: نقض مدني ١٩٧٩/٢/١٤ مجموعة المكتب الفني السنة ٣٠

ص ٥٢٧. نقض مدني ١٩٧٩/١١/١٥ مجموعة المكتب الفني السنة ٣٠ ص ٢٧. وفيه أن استجواب الخصوم طريق من طرق تحقيق الدعوى شرع الاستجلاء بعض عناصر ووقائع المنازعة المرددة في الخصومة توصلنا إلى معرفة وجه الحق فيها.

(٢) د. سحر يوسف: المرجع السابق ص ٤٤١ بند ٢٥٨.

(٣) د. رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٩ ص ٦٥١ بند ٥٠٤.

## ١٠٢- سلطة توجيه الاستجواب ومن يوجه إليه وقتها:

تنص المادة ٣٢ من لائحة التحكيم السعودي<sup>(١)</sup> " لهيئة التحكيم استجواب "المحتكمين بناء على طلب إحداهم أو بمبادرة منها". والمادة ٣/٢٧ من قواعد اليونسترال تنص على أن "لهيئة التحكيم أن تطلب من الطرفين فى أى وقت أثناء إجراءات التحكيم أن يقدموا خلال المدة التى تحددها ... أية أدلة أخرى" فلهيئة التحكيم أن تطلب حضور الخصوم أو أحدهم لاستجوابه بشأن المسائل التى يثرها النزاع. وطلب الخصم لاستجوابه يتم إما من تلقاء نفس الهيئة، أو بناء على طلب الخصوم. والاستجواب كإجراء، مثل سائر إجراءات التحقيق الجائز الأمر بها. تأمر به هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، ودون توقف على طلب من أحد طرفى التحكيم، ولو كانت بصدد مسألة مستعجلة<sup>(٢)</sup> فيمكن لهيئة التحكيم من أجل التحقيق من جدية المنازعة أن تتخذ كافة إجراءات التحقيق التى تراها مجدية، لا سيما استجواب الخصم<sup>(٣)</sup>. وإذا أمرت الهيئة بتوجيه الاستجواب إلى أحد الخصوم، يكون للخصم الآخر طلب سماع أقواله<sup>(٤)</sup> واستجوابهما لا يعد إهدار من الهيئة لوسائل الإثبات الأخرى، طالما لم تفصح عن ذلك صراحة<sup>(٥)</sup>.

ويكون توجيه الاستجواب من جانب هيئة التحكيم من تلقاء نفسها إلى أى من طرفى الدعوى التحكيمية. أما الاستجواب الذى يوجه بناءً على

---

(١) وفى نظام التحكيم السعودى الجديد تنص المادة ٢٨ على أن "لهيئة التحكيم أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً للمداولة بين أعضائها". والمادة ٢٨ تحكيم مصرى تنص على أن "لطرفى التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم .... ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم فى أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع".

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢١.

(٣) Coss. Civ. 30 Jani 1993. Bull Civ. N 237. R. T. D. Civ. 1994. 162. obs. Perrot.

مشار إليه لدى د. سحر يوسف: ص ٤٤٥.

(٤) Fouchard, Gaillard, et Gadman: op. cit., P. 721 N. 1290.

(٥) نقض مدنى ١٤ فبراير ١٩٧٩ طعن رقم ١١١١ / ٤٨ ق.

طلب أحد الأطراف، فلا يجوز توجيهه إلا إلى من يعتبر خصمه فى الدعوى<sup>(١)</sup> فلا يجوز لأحد المحتكم ضدهم أن يستوجب محتكم ضده آخر توصلأ إلى إثبات دفاعه ضد المحتكم، لأن المحتكم ضده الآخر لا يعتبر خصماً للمحتكم ضده الأول<sup>(٢)</sup>.

والطلب الذى يقدمه الخصم لاستجواب خصمه، لا يشترط فيه شكل معين، فقد يبدى شفاهة فى الجلسة ويثبت فى محضرها، وقد يبدى مكتوباً، وفى الحالتين لا بد وأن يوضح فيه الطالب الواقعة المراد استجواب خصمه بشأنها، حتى تتمكن هيئة التحكيم من ممارسة سلطتها التقديرية بشأنه.

وهيئة التحكيم ليست ملزمة بأن تستجيب لطلب الخصم لاستجواب خصمه فى الدعوى، فلها أن ترفض هذا الطلب إذا رأت الدعوى ليست فى حاجة إلى استجواب<sup>(٣)</sup> كأن تكون الواقعة المراد الاستجواب عنها ثابتة ثبوتاً تاماً، ولا يوجد أى ظرف فى الدعوى يسمح بالتشكك فى هذا الثبوت<sup>(٤)</sup>.

وإذا لم يكن الخصم حاضراً بالجلسة كان لهيئة التحكيم كذلك أن تأمر بحضوره لاستجوابه من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه، وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التى حددها القرار وفقاً للمادة ١٠٦ إثبات مصرى. بعد إعلانه بصدور الأمر باستجوابه وبالجلسة التى تحددت لإجراء الاستجواب<sup>(٥)</sup>.

ويشترط فى الخصم المستجوب<sup>(٦)</sup> أن يكون كامل الأهلية، فإن كان

- (١) نقض مدنى ١٢/٢/١٩٦٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٦ ص ١١٨٤.
- (٢) فى هذا المعنى أنظر محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ٢ ص ٦١٠ بند ١٠١٣.
- (٣) أنظر فيما سبق بند ٢٢.
- (٤) محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٦١١ بند ١٠١٣.
- (٥) د. سليمان مرقس: ص ٥٧٨ بند ٢٠١. المؤلف: المرافعات: ص ٤٢٣ بند ٢٨٨.
- (٦) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٢، ٧٠٣ بند ٤٨١، د. سليمان مرقس: الإشارة السابقة. المؤلف: ص ٤٢٤ بند ٢٨٨. د. سحر يوسف: ص ٤٤٦ بند ٢٦١.

عديم الأهلية، أو ناقصها جاز استجواب من ينوب عنه، إذا كان لهذا النائب أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه. وتطبيقاً لذلك يجوز استجواب القاصر المأذون له بالإدارة فيما أذن له فيه، كما يجوز استجواب الممثل القانوني للشخص المعنوي، إذا كان له سلطة التصرف في الحق المتنازع فيه<sup>(١)</sup> وأن يكون خصماً في الدعوى، فلا يجوز سماع من ليس خصماً إلا باعتباره شاهداً في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بهذا الطريق. كما يتعين أن يحضر الخصم المطلوب استجوابه بنفسه وأن يجيب على الأسئلة الموجهة إليه<sup>(٢)</sup>.

ولهيئة التحكيم أن تستعمل سلطتها في توجيه الاستجواب من تلقاء نفسها لأي من الخصوم، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى<sup>(٣)</sup> طالما لم يقفل بعد باب المرافعة، بل لها ذلك حتى ولو أقفل باب المرافعة، طالما لم يصدر حكم، فتقرر من تلقاء نفسها إعادة فتح باب المرافعة إذا رأت ضرورة لذلك وفقاً لنص المادة ٢٨ / ٢ من قواعد اليونسترال، نظراً لوجود ظروف تستلزم الاستجواب.

ويجوز لأي من خصوم الدعوى أن يطلب إلى هيئة التحكيم توجيه الاستجواب إلى خصمه، في أية حالة كانت عليها الدعوى، طالما كان ذلك قبل قفل باب المرافعة، بل يجوز للخصم أن يطلب ذلك حتى ولو أقفل باب المرافعة، طالما قررت الهيئة فتحه بناءً على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها - كما في الحالة السابقة - إذا رأت أن أدلة الإثبات<sup>(٤)</sup>

(١) استئناف القاهرة - ٦٢ تجارى - ٢٠٠٢/١٢/٦ في الدعوى رقم ٢٧ لسنة ١١٨ ق.

(٢) د. مصطفى الجمال، عكاشة: الإشارة السابقة.

(٣) تطبيقاً للمادة ١٤٤ مرافعات فرنسي والتي تنص على قاعدة عامة لإجراءات الإثبات:

"Les mesures d'instruction Peuvent être ardonnées entont état de cause".

(٤) محمد وعبد الوهاب العشماوى: الإشارة السابقة. د. سليمان مرقس: ص ٥٨١ بند ٢٠٢.

المقدمة فى الدعوى غير كافية ، وأن فى توجيه الاستجواب فائدة فى استكمال الأدلة.

١٠٢- الواقعة موضوع الاستجواب وما يشترط فيها:

القاعدة يجوز إجراء الاستجواب فى كل موضوع قائم بشأنه نزاع أمام القضاء<sup>(١)</sup> عادى أم تحكيمى ، ترى هيئة التحكيم أن الأمر بالاستجواب ضرورى لتوفير عقيدتها بصدده ، مهما كان نوع الإجراءات المتبعة بالنسبة له ، سواء كان إثبات بالبينه جائزاً أم غير جائز<sup>(٢)</sup>.

ويشترط فى الواقعة موضوع الاستجواب ، فضلاً عن الشروط العامة الواجب توافرها فى الواقعة محل الإثبات<sup>(٣)</sup> أن تكون شخصية بالنسبة للخصم المطلوب استجوابه ، فلا يجوز أن يتناول الاستجواب واقعة لا علاقة لها بالشخص المطلوب استجوابه. أما بالنسبة للشخص الاعتبارى ، فيقصد بالواقعة الشخصية ، تلك الواقعة المتعلقة بالشخص الاعتبارى لا بشخص الممثل القانونى للشخص الاعتبارى. أو تلك التى يعلمها الممثل القانونى بصفته عن الشخص الاعتبارى. فإذا أقر ممثل الشخص الاعتبارى ، فإن إقراره يلزم الأخير ما دامت له صفة فى تمثيله<sup>(٤)</sup>.

وإذا كانت القاعدة هى جواز إجراء الاستجواب فى كل موضوع قائم بشأنه نزاع أمام هيئة التحكيم ، إلا أنه لا يجوز توجيهه من قبل هيئة التحكيم ، أو طلبه من الخصوم بشأن الوقائع<sup>(٥)</sup> غير المشروعة ، أو الثابتة بمقتضى حكم قضائى حائزاً لقوة الشئ المقضى به ، ولو كان هذا الحكم بشأن واقعة ثبتت عن طريق اليمين الحاسمة أو كانت تلك الوقائع يتطلب

---

Art. 184. N. C. P. Civ. "le juge Peut, en toute matière faire Comparaitre Personnellement les Parties au L'une d'elles". (١)

(٢) د. سحر يوسف : ص ٤٤٧ بند ٢٦٢. نقض مدنى ١٥/١١/١٩٧٩ مشار إليه سابقاً.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢.

Morel: op. cit. P. 408. N 508.

(٤)

(٥) محمد وعبد الوهاب العشماوى : ص ٦١٤ وما بعدها بند ١٠١٦ وما بعده ، د. سليمان مرقس : ص ٥٨١ وما بعدها بند ٢٠٣.

لإثباتها شكل معين، أو أثبتها موظف عام في ورقة رسمية، لأن الواقعة الأخيرة<sup>(١)</sup> لا يجوز نقضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير.  
١٠٤ - سلطة هيئة التحكيم في العدول عن الاستجواب:

الاستجواب شأن سائر إجراءات التحقيق الأخرى التى نص عليها قانون التحكيم المصرى، وأنظمة التحكيم المقارن. تعد هذه الإجراءات فى مجملها وسائل بيد المحكم أو هيئة التحكيم، تعيينها على كشف الحقيقة. فهى تملك الحرية فى اختيار الإجراء المناسب لتتوير عقيدتها بصدد النزاع المعروض عليها، ودون أن تخضع لقضاء الدولة فى اختيارها لهذا الإجراء، فاختيار الهيئة لإجراء من إجراءات التحقيق من إطلاقات السلطة التقديرية لهيئة التحكيم<sup>(٢)</sup>.

وترتيباً على ذلك، تملك الهيئة العدول عن إجراء الاستجواب بعد أن أمرت به، سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم، كان ترى الهيئة أن الواقعة موضوع الاستجواب غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فى النزاع. أو أن الأدلة على صحة المطالب أو الدفع الخاصة بها مكتملة أو مقنعة وكافية لتكوين عقيدتها<sup>(٣)</sup> فتعول الهيئة عن تنفيذ قرارها باستجواب أحد الخصوم، استناداً إلى ما قرره من أن الدعوى تستقيم بغير حاجة إلى إجراء الاستجواب، معنى ذلك، أنها رأت فى عناصر الدعوى ما يغنيها عنه، ويكفى لتكوين عقيدتها، وهو أمر يخضع لتقديرها<sup>(٤)</sup> ومن ثم يعد تنفيذ الإجراء بالاستجواب عديم الجدوى ولا محل له، لأن الإصرار على تنفيذه برغم عدم جدواه سيخرج إجراءات التحقيق عن الهدف منها كوسائل تعين هيئة التحكيم على سرعة البت فى النزاع لا كوسائل لإطالة أمده<sup>(٥)</sup>.

(١) أنظر فيما سبق بند ٧٧.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٣) د. نبيل عمر: ص ٢٠٤ بند ١٧١.

(٤) نقض مدنى ١٢/٢١/١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١٣٠٤.

(٥) د. سحر يوسف: ص ٤٥٣ بند ٢٦٥.

وعدول هيئة التحكيم عن الاستجواب الذي سبق وأن أمرت به، كما يكون صريح، يمكن أن يكون ضمناً، كأن تذكر في مدونات الحكم أنها وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها للحكم في موضوع النزاع، دون حاجة إلى تنفيذ ما سبق وأن أمرت به، فلا يعيب الحكم عدم الإفصاح صراحةً في محضر الجلسة أو في مدوناته عن أسباب هذا العدول<sup>(١)</sup>.

وعدول الهيئة عن الاستجواب، لا يمنعها من أن تأمر بإجراء تحقيق آخر، حيث أن أمرها بالاستجواب وعدولها عنه، لا يعنى إهدار حقها من اللجوء إلى وسائل أخرى لتحقيق الدعوى، ما لم تفصح عن ذلك صراحةً، حيث أن الأمر بإجراء أو العدول عنه، يعد من إطلاقات السلطة التقديرية لهيئة التحكيم.<sup>(٢)</sup>

١٠٥- إجراءات الاستجواب:

إذا لم ينازع في طلب الاستجواب<sup>(٣)</sup> أو إذا رأت هيئة التحكيم من تلقاء نفسها أن تستجوب الخصم، قام المحكم إذا كان فردي، أو رئيس الهيئة بتوجيه الأسئلة التي يراها إلى الخصم، ويوجه إليه أيضاً ما يطلب الخصم الآخر توجيهه منها وفقاً للمستفاد من نص المادة ١٠٩ إثبات مصرى. ولهيئة التحكيم سلطة تقديرية في توجيه الأسئلة، فلها أن تمنع توجيه أسئلة الخصم التي لا تتعلق بالدعوى، أو تكون غير منتجة فيها،

(١) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٢) أنظر في حقوق المحكم: د. شحاته غريب شلقامى: المرجع السابق ص ٨٢ وما بعدها.

(٣) للخصم المطلوب استجوابه أن ينازع في جواز الاستجواب، سواء لعدم تعلقه بموضوع النزاع، أو لكون الوقائع المطلوب الاستجواب بشأنها غير منتجة في الدعوى أو غير جائزة الإثبات عن طريق الاستجواب د. سليمان مرقس: ص ٥٨٨ بند ٢٠٥.

= وحيث تعد هذه المنازعة مسألة أولية لهيئة التحكيم الفصل فيها، متى نص عليها اتفاق التحكيم، أما إذا كانت لا تدخل في اتفاق التحكيم، فإنها تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، ما لم يطلب الطرفان معا من الهيئة الفصل فيها، إذ بهذا يتفقان على التحكيم بشأنها، وتكون للهيئة ولاية نظرها وفقاً لنص المادة ٨١٩ مرافعات إيطالي. أنظر د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٥٧ بند ١٩٤.



أو تتضمن ما يخالف النظام أو الآداب العامة، أو على الكل ما يتضمن تجريحاً للخصم المستجوب.

ويجوز الاستجواب في الجلسة المحددة لإجرائه، ويجب المستجوب شخصياً على الأسئلة، ولا يوجد ما يمنع حضور محامي معه أو مع طالب الاستجواب، وتكون الإجابة في مواجهة من طلب الاستجواب، ولكن لا يتوقف الاستجواب على حضوره وفقاً للمادة ١١٠ إثبات مصري، طالما أعلن بها هذا الأخير إذا لم يكن حاضراً، وإلا فإن غيابه لا يمنع من إجراء الاستجواب متى ثبت أنه علم بتحديد هذه الجلسة، أو أعلن بها قانوناً<sup>(١)</sup>.

وإذا كان للخصم عذر يمنعه نهائياً عن الحضور للاستجواب، جاز للهيئة أن تندب أحد أعضائها لاستجوابه<sup>(٢)</sup>. أما إذا كان الخصم المطلوب استجوابه مقيماً في الخارج، كان للهيئة طلب الإنابة القضائية من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وفقاً للمادة ٣٧/ب تحكيم مصري<sup>(٣)</sup>.

وإجابة الخصم على الأسئلة الموجهة إليه، تكون تلقائية، فلا يجوز الاستعانة بمذكرات أو بمحام للإجابة على الأسئلة، وعدم إجابة الأخير على الأسئلة لا تمنع من حضوره<sup>(٤)</sup>. ما لم تكن الأسئلة التي توجهها هيئة التحكيم للخصم تتطلب إجابات محددة، كأرقام، أو ذكر بنود وشروط واردة في عقد أو حسابات، ولا تسمح ذاكرة الخصم المستجوب بالإجابة دون الإطلاع عليها، فتسمح له هيئة التحكيم بالإجابة من خلال تلك الأوراق المكتوبة للرد على ما يوجه للخصم من أسئلة<sup>(٥)</sup>.

(١) د. سليمان مرقس: ص ٥٨٩ بند ٢٠٥. د. عيد القصاص: التحكيم ص ٣٢٠ بند ١٠٨. د. علي اسماعيل غازي: المرجع السابق، ص ٣٨٥.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٩.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٤٩.

(٤) محمد وعبد الوهاب العشماوي: ص ٦١٦ بند ١٠١٨.

(٥) MIGUET: Comparation Personnelle des Partis. Jur. Class. Fasc. 672. P 10 N 77.

١٠٦- ويتم تدوين الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة في محضر الجلسة، ثم تتلى على الحاضرين. ويوقع على المحضر المحكمين والخصوم الذي تم استجوابهم، وإذا امتنع المستجوب عن الإجابة أو عن التوقيع فإنه يجب ذكر سبب امتناعه، ويكون تحرير هذا المحضر وجوبياً لضبط وقائع جلسة الاستجواب بكاملها، نظراً لما يترتب على بعضها من نتائج هامة للحكم في النزاع، لأن تخلف الخصم عن الحضور أو الإجابة بغير عذر مقبول أو مبرر قانوني، ورغم أن المشرع<sup>(١)</sup> لم يرتب جزاء على هذه المخالفة، إلا أن ذلك يخول لهيئة التحكيم أن تتخذ مسوغاً لاعتبار الوقائع التي تقرر الاستجواب عنها، إعادة الاستجواب بشأنها مرة ثانية كما أن احتجاج المستجوب بالنسيان أو الجهل بالوقائع يميز لهيئة التحكيم قبول شهادة الشهود، طالما لم يرفض الخصم الإجابة<sup>(٢)</sup>.

وإذا كانت القاعدة هي تدوين المحضر والتوقيع عليه، فيمكن الخروج على هذه القاعدة استثناءً إذا ما نص القانون الإجرائي محل التطبيق على الخصومة التحكيمية<sup>(٣)</sup> على إعفاء الهيئة من تدوين هذا المحضر، والاكتفاء

(١) لم ينص قانون الإثبات المصري على جزاء يوقع حالة تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو الإجابة بغير عذر مقبول أو مبرر قانوني. ولعدم وجود مثل هذا الجزاء رأى بعض الفقهاء أن عدم تدوين الأسئلة والأجوبة يتفصيلها في محضر الجلسة، وكذلك عدم توقيع محضرها من رئيس الجلسة وكاتبها يستتبع بطلان الاستجواب. بخلاف مسألة تلاوة الأسئلة والأجوبة على المستجوب قبل دعوته للتوقيع على المحضر فلا يترتب بطلان، إلا إذا ثبت أن المستجوب طلب تلاوة = أقواله ولم تستجيب المحكمة - أو هيئة التحكيم له. د. سليمان مرقس: ص ٥٨٩ بند ٢٠٥.

قارن: حيث قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن إغفال بيانات في أقوال الخصم المستجوب في محضر الجلسة لا يترتب عليها بطلان الإجراء، إلا بعد إثبات الأضرار التي نجمت عن إغفال هذا البيان وتأثيرها في هذا الإجراء. Coss. Civ. 28 Nov. 1977 gaz pal 1977. 2. 602 Note Viatte

مشار إليه لدى د. سحر يوسف: ص ٤٥٥.

(٢) د. نبيل عمر: ص ٢٠٤، ٢٠٥ بند ١٧١. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٣ بند ٤٨١. د. أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٧٠ بند ١٠٨.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٧.

بيان مضمون أقوال الخصم المستجوب في الحكم الصادر في الموضوع إذا كانت الدعوى محجوزة للحكم فيها<sup>(١)</sup>. وشأن ذلك هو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع الفرنسي حيث نصت المادة ١٩٤ / ٢ مرافعات على إعفاء المحكمة - هيئة التحكيم - من ضرورة تدوين أقوال الخصم المستجوب في محضر الجلسة، والاكتفاء ببيان مضمون تلك الأقوال في الحكم الصادر في الموضوع إذا كانت الدعوى محجوزة للحكم فيها.

وما دون الحالة التي ينص عليها القانون الإجرائي محل التطبيق على الإجراءات، والتي تخول نصوصه على إعفاء الهيئة من تدوين محضر بأقوال الخصم المستجوب، تسترد القاعدة تطبيقها، ويكون تحرير المحضر وجوبياً لضبط وقائع جلسة الاستجواب، نظراً لما يترتب على بعضها من نتائج هامة للحكم في النزاع.

وإذا كان عدم حضور الخصم المطلوب استجوابه أو حضوره واحتجازه أمام الهيئة بالنسيان أو الجهل بالوقائع يبرر لها قبول الإثبات بشهادة الشهود فيما لا يجوز قبولها فيه أصلاً<sup>(٢)</sup>، أو أن تستمر في الإجراءات وتحكم على أساس ما هو متاح لها من أدلة الإثبات مادة ٣٥ من نظام التحكيم السعودي. ولكن لا تستطيع إجباره على الحضور واستجوابه أو توقيع جزاء عليه<sup>(٣)</sup>. فإذا حضر الخصم وتم استجوابه فإن

(١) لهيئة التحكيم عندما تأمر بحجز الدعوى للحكم، تصرح للأطراف بتقديم مذكرات أو بإيداع مستندات أو بهما معاً، وذلك في ميعاد تحدده، كما يجوز لها بعد حجز الدعوى لأجل معين أن تقرر فتح باب المرافعة، ذلك سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب من أي الأطراف وفقاً لنص المادة ٢/٢٨ من قواعد اليونسترال، المادة ٢/٢٩ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي وفي تطبيق ذلك أنظر: استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجارى جلسة ٢٩/٦/٢٠٠٣ فى الدعوى ١١٩/٢٧ ق.

(٢) ولما كان الاستجواب على خلاف الشهادة، فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من محكمة المادة ٩ تحكيم معاقبة من يتخلف عن الحضور بشأن الاستجواب بالعقوبة المنصوص عليها، فى المادة ٧٨، ٨٠ إثبات مصرى. انظر فيما سبق بند ٩٠ وما بعده.

(٣) د. عيد القصاص: قانون التحكيم، ص ٣٢١ بند ١٠٨.

ذلك يخول لبيئة التحكيم أن ترتب على إيجابته أثرها القانوني وفقاً لقواعد الإثبات. فقد تتضمن الإجابة إقراراً صريحاً أو ضمناً، فيكون أثرها هو أثر الإقرار، وتتمتع بما له من حجية. وقد لا تتضمن مثل هذا الإقرار، فيمكن اعتبارها بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة استناداً إلى أنها تكون مدون في محضر الجلسة، على نحو يجوز معه استكمالها بالبيننة وصولاً إلى الإثبات المطلوب<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن القواعد المتعلقة بالاستجواب على النحو السابق، منها أحكام موضوعية، وأخرى إجرائية. ومن الأحكام الموضوعية ما يتعلق بحجية الدليل المستمد من الاستجواب، والشروط القطعية لقيام هذه الحجية، وشأن هذه الأحكام يتعين على هيئة التحكيم إعمالها في جميع الأحوال باعتبارها ملزمة بتطبيق أحكام القانون الموضوعي المتعلقة بالنظام العام ولو كان التحكيم تحكيمياً بالصلح<sup>(٢)</sup>.

أما الأحكام الإجرائية، كتحرير محضر يذكر فيه حضور الخصوم، والأسئلة الموجهة إليهم، والإجابات عليها، ثم تلاوة المحضر والتوقيع عليه من رئيس الهيئة وأعضائها والكاتب أن وجد والمستجوب، مثل هذه الأحكام، وإن كانت تخضع لما تخضع له الإجراءات من أحكام، من حيث جواز الإتفاق على خلافها، أو من حيث سلطة هيئة التحكيم في استبدالها بغيرها، إلا أنها في الحقيقة تبدو ضرورية لتتبع مسار

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٣ بند ٤٨١. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. وفي تطبيق ذلك انظر نقض مدني ١٩٦٩/١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٧٠.

(٢) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ١١٠، ١١١ بند ٧٦. د. عزمي عبد الفتاح: ص ٢٣٧. د. عاشور مبروك: ص ١٠٩ وما بعدها بند ٣٨ وما بعده. د. علي بركات: ص ٤٢٦ وما بعدها بند ٤٣٠ وما بعده.

ROBERT et MOREAU: op. cit. P. 277 N 311.

Boisseson: op. cit. P. 418 N 501.

Eloquin: L'instance arbitrale Arbitrage de droit amiable  
Composition jur. Class. Pr. Civ. Fasc. 1038. N 4 ets.

الاستجواب، ونتيجة لذلك، فمن الصعب، تصور اتفاق الأطراف على خلافها، أو عدم تقييد هيئة التحكيم بها من تلقاء نفسها<sup>(١)</sup>.

١٠٧- عدم تقييد هيئة التحكيم بنتيجة الاستجواب: لهيئة التحكيم أن تعدل عن الإجراء باستجواب الخصم شريطة أن تبين أسباب العدول في محضر الجلسة<sup>(٢)</sup> بل أن الهيئة تملك الحرية بأن لا تأخذ بنتيجة الاستجواب مع بيان ذلك في أسباب الحكم وفقاً للمادة ٣٠ من لائحة التحكيم السعودي. ومن ثم تملك هيئة التحكيم الحرية في عدم الأخذ بنتيجة الاستجواب التي أمرت به وأجرته إذا لم تقتنع بما أسفر عنه هذا الإجراء. فتقدير نتائج الاستجواب من إطلاقات سلطة هيئة التحكيم التقديرية<sup>(٣)</sup> لأنها تأمر بالاستجواب بقصد تلمس حقيقة الواقعة المتنازع عليها<sup>(٤)</sup> وعليه فهي غير مقيدة بأقوال الخصوم في الاستجواب ولو توافر شروطه، ولها أن تقضى بخلافها إذا كان في الدعوى وما تحويه من أوراق ومستندات كافية لتكوين عقيدتها والحكم فيها<sup>(٥)</sup>.

### المبحث الرابع المعاينة

١٠٨- تمهيد وتقسيم:

المعاينة طريق مباشر للإثبات<sup>(٦)</sup> وتتحقق عندما تكون هيئة التحكيم اعتقادتها بلامستها للوقائع ذاتها، واستخلاص الدليل من مشاهداتها، لا

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٣، ٧٠٤ بند ٤٨١.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٤) نقض مدني ١٤/٢/١٩٧٩، نقض ١٥/١١/١٩٧٩ مشار إليهما سابقاً.

(٥) محمد وعبد الوهاب العشماوي: ص ٦١٧ بند ١٠١٩. د. سحر يوسف: ص ٤٦٥ بند ٢٧٠ والأحكام المشار إليها.

(٦) محمد وعبد الوهاب العشماوي: ج ٢ ص ٥٦٥ بند ٩٧٨. د. فتحى والى: قانون القضاء المدني ص ٥٥٨ بند ٣٠٦. المؤلف: قانون المرافعات ص ٤٣٥ بند ٢٩٥. د. عاطف الفقى ص ٤٣٦. د. عيد القصاص: المرجع السابق، ص ٣٢٥ بند ١١٠.

بما يقدمه أطراف التحكيم من الأقوال والمستندات أو البيانات. فالمعاينة تعنى انتقال هيئة التحكيم أو أحد أعضائها لمشاهدة الواقعة المتنازع عليها بقصد تكوين عقيدتها، فهي تقدم لها معرفة وعلم شخص بالوقائع المتنازع عليها<sup>(١)</sup>. ولذا يطلق على هذا الطريق من طرق الإثبات بالتحقيق الشخصي للقاضي أو المحكم<sup>(٢)</sup> Les verification Personnelles d'arbitrale ليصل إلى الحقيقة على أحسن وجه<sup>(٣)</sup>.

وهيئة التحكيم تلجأ إلى الإثبات بالمعاينة عندما يكون من الضروري معاينة محل النزاع، وفحص حالته لتمكن الهيئة من تكوين اعتقاد صحيح عن حقيقة المنازعة، وكيفية استخلاص وجه الحكم فيها، فهي تعتمد إلى الانتقال لتباشر هذه المعاينة والفحص بنفسها ولجوء الهيئة إلى الإثبات بالمعاينة مقيد بعدم اتفاق أطراف التحكيم على استبعادها كوسيلة للإثبات. واستعانة هيئة التحكيم بالمعاينة كطريق للإثبات، هو ما صادف به اعتماد ثابت من جانب التشريعات وأنظمة التحكيم المقارن، فنصت المادة ١/١٨ من قواعد اليونسترال على أن "لهيئة التحكيم أن تجتمع في أى مكان تراه مناسباً لمعاينة بضائع أو أموال أخرى ....". والمادة ٢٨ تحكيم

(١) وليس المقصود بالعلم الشخصي، العلم الشخصي الذي يتحقق لهيئة التحكيم في غياب الخصوم، ودون رقابة منهم، وهو ما ينطبق على العلم الشخصي السابق على الخصومة، وهو ما لا يجوز أن يقضى به المحكم، وإلا كان قضاء بعلمه الشخصي، وهو ما لا يجوز أنظر فيما سبق بند ١٨. أما العلم الشخصي الذي يتوافر للهيئة أثناء الخصومة، وبناء على إجراء تتخذه فيها، ويتم إعلام الخصوم به بغاية إتاحة الفرصة لهم للرقابة عليه، فللهيئة أن ترتب عليه نتيجته في الإثبات، ومن ثم في الفصل في الدعوى. د. فتحي والي: الإشارة السابقة. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٧ بند ٤٨٤.

(٢) فالمشرع الفرنسي في المادة ١/١٧٩ مرافعات، يعطى للقاضي من أجل أن يتحقق بنفسه من الوقائع المتنازع عليها، أن يحصل على علم شخصي بتلك الوقائع في أى موضوع يقدمه الأطراف أو يثروه.

"Le juge peut afin de les verifier lui - memé, Prendre en toute matière une Connaissance Personnelle des faits Litigieux les parties presentes ou appetées".  
Morel: op. cit. P. 381. N 480.

(٣)

مصرى على أن ".... لهيئة التحكيم أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء ... معاينة بضاعة أو أموال محل النزاع ..."<sup>(١)</sup>.

ودراستنا للمعاينة تقتصر على المجال الإجرائى للإثبات بها. ولغياص النص التشريعى فى قانون التحكيم المصرى على إجراءات خاصة بالمعاينة، فيترك الأمر لتقدير هيئة التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على إجراءات خاصة لذلك. وللهيئة الاستعانة ببعض إجراءات المعاينة التى ينص عليها قانون الإثبات المصرى ٢٥ لسنة ١٩٦٨، أو القانون الإجرائى المتفق عليه ليحكم إجراءات الإثبات<sup>(٢)</sup> ودون أن تكون الهيئة ملزمة بهذه الإجراءات.

والإجراءات التى يمكن الاستعانة بها للمعاينة كإجراء إثبات، تبدأ بطلب من أحد طرفى الخصومة التحكيمية والحكم فيه، وكيفية إجراءات المعاينة، وسلطة هيئة التحكيم فى العدول عن إجراء المعاينة أو العدول عن نتيجتها. مع مراعاة أن اتفاق الأطراف على التحكيم لا يمنع من رفع دعوى أصلية أمام قضاء الدولة بالانتقال للمعاينة. فى مطلبين متعاقبين، نتعرض فى الأول للمعاينة كإجراء إثبات، وفى الثانى: الدعوى الأصلية بطلب الانتقال للمعاينة مع وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته.

**المطلب الأول: المعاينة كإجراء إثبات.**

**المطلب الثانى: الدعوى الأصلية بطلب الانتقال للمعاينة مع وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته.**

**المطلب الأول**

**المعاينة كإجراء إثبات**

**١٠٩- طلب التحقيق بالمعاينة:**

تنص المادة ٣٥ من لائحة التحكيم السعودى<sup>(٣)</sup> على أن "لهيئة التحكيم

(١) والمادة ٣/١٦ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، المادة ٢/٢٠، ٢/٢٤ من القانون النموذجى للتحكيم المادة ٢٨ من نظام التحكيم السعودى، المادة ٢/٢٤ من قانون التحكيم البحرينى، المادة ٤/٢٨ من مجلة التحكيم التونسية، المادة ٣٣ من قواعد جمعية المحكمين الأمريكية، المادة ٣/٨ من قواعد محكمة لندن للتحكيم التجارى الدولى.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٧.

(٣) والمادة ٢٨ من نظامه الجديد على أن "..... أو لمعاينة محل النزاع". والمادة ٢٨ تحكيم مصرى على أن "..... أو معاينة بضاعة أو أموال ....."

مبادرة منها أو بناء على طلب أحد المحكّمين أن تقرر الانتقال لمعاينة بعض الوقائع أو المسائل المنتجة في الدعوى والمنازاع عليها... فهئية التحكيم ومن تلقاء نفسها تقرر الانتقال لمعاينة المنازاع فيه؛ متى كانت المعاينة ضرورية له، ودون طلب من أى طرفي الخصومة التحكيمية، أو بناء على طلب من أحدهما، وسواء كان المنازاع فيه منقولاً أم عقاراً<sup>(١)</sup> بل تتسع عبارة المنازاع فيه لتشمل كل ما يقع عليه النزاع ويعتقد أن معاينته مجدبة<sup>(٢)</sup> فهئية التحكيم لا تلجأ إلى إجراء التحقيق بالمعاينة إلا إذا قدرت أن ذلك ضروري لكشف الحقيقة، واستخلاص الدليل من مشاهدتها للواقعة محل النزاع لتكوين عقيدتها بذات الشروط التي يتم بها ذلك أمام المحكمة<sup>(٣)</sup>. إجراء التحقيق بالمعاينة إلا إذا قدرت أن ذلك ضروري لكشف الحقيقة، واستخلاص الدليل من مشاهدتها للواقعة محل النزاع لتكوين عقيدتها بذات الشروط التي يتم بها ذلك أمام المحكمة<sup>(٤)</sup>.

أما إذا قدم الخصم طلب المعاينة، لتكوين دليل في الدعوى، فإن هذا الطلب - كأي طلب عارض - يمكن أن يقدم كتابة أو يبدى شفاهة في الجلسة ويثبت في محضرها، ويقدم في أية حالة كانت عليها الدعوى، وحتى قفل باب المرافعة. ويهدف الخصم من طلبه الحصول على دليل في البدعوى سواء بالإثبات أو النفي، أو لكون هذا الإجراء ضمن ما تم الإتفاق عليه بكون دليلاً من أدلة الإثبات في الدعوى.

ويقدم الخصم طلب الانتقال للمعاينة، في صيغة صريحة جازمة، تدل على تصميم صاحبه عليه، وإلا كان لهئية التحكيم أن تلتفت إليه. ويتعين أن يكون الطلب متضمناً الواقعة المراد معاينتها، وقابليتها للإثبات بالمعاينة بشكل واضح ودقيق، ذلك حتى يتمكن الخصم الآخر من المنازعة في الطلب إذا كان لذلك مقتضى، وكذلك تمكن هئية التحكيم من معرفة

Morel: op. cit. P. 383. N 475.

(١)

(٢) د. أسامة المليجي: ص ١٩٦ بند ١٢٧.

(٣) د. نبيل عمر: التحكيم ص ٢٠٣ بند ١٧٠.

(٤) د. نبيل عمر: التحكيم ص ٢٠٣ بند ١٧٠. د. عيد القصاص: التحكيم: ص

٣٢٦ بند ١١٠. د. على اسماعيل غازي: المرجع السابق، ص ٣٦٩.



الواقعة المراد معاينتها، وتمكنها بالتالي من مباشرة سلطتها في قبول الطلب أو على العكس رفضه، فلا عليها إن هي لم تستجيب إلى طلب الخصم متى وجدت من أوراق الدعوى ما يكفي لإقناعها بالفصل فيها<sup>(١)</sup> أو إذا وجدت أن المعاينة قد تصيب شخصاً بضرر جسيم سواء كان طرفاً في الدعوى أم من الغير<sup>(٢)</sup> إلا إذا كانت المعاينة هي وسيلة الخصم الوحيدة في الإثبات لا يمكن حرمانه منها<sup>(٣)</sup>.

وإذا قررت هيئة التحكيم الانتقال للمعاينة، فيمكنها ذلك ولو لم تصدر حكم في هذا الشأن، طالما لم يتنازع أحد الخصوم في شرعية هذا الإجراء<sup>(٤)</sup> ولكن الأولى يكون أن تأخذ الهيئة لهذا الإجراء<sup>(٥)</sup> بقرار منها - مثلها في ذلك مثل قضاء الدولة - بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسها، وفقاً للمادة ٣٥ من لائحة التحكيم السعودي، على أن يكون انتقالها للشئ المطلوب معاينته، وهي الواقعة محل الإثبات، ويكون الدليل هو ما تقرره الهيئة بشأنه من ملاحظات<sup>(٦)</sup>.

#### ١١٠- طرق إجراء المعاينة:

إذا كان الشئ أو الواقعة محل المعاينة يمكن نقلها إلى محل التحكيم دون أن يلحقها ضرر أو تلف، فتجرى الهيئة المعاينة في مقر التحكيم في حضور الخصوم أو على الأقل دعوتهم للحضور سواء بأنفسهم أو بواسطة من يمثلهم في الحضور تحقيقاً لمبدأ المواجهة<sup>(٧)</sup> ما لم يتفق الخصوم

(١) نقض مدني ١٩٦٠/٢/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ ص ١٨٤. نقض

١٩٧٠/٤/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٦٥٣.

(٢) د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٣) نقض مدني ١٩٧٨/٦/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٥٦١.

(٤) د. علي بركات: المرجع السابق ص ٣٩٥ بند ٤٠٤.

Coss. Civ. 13 Mars. 1910 D. 1916 - 1 - 109.

(٥) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال ص ٧٠٧ بند ٤٨٤.

(٦) د. فتحى والى: قانون القضاء ص ٥٥٨ بند ٣٠٦.

(٧) أنظر فيما سبق بند ١٨.

على إجراء المعاينة دون حضورهم<sup>(١)</sup>. أما إذا كان يتعذر نقل الشئ إلى مقر التحكيم، ورأت الهيئة ضرورة معاينته بنفسها انتقلت الهيئة إلى محل المعاينة لإجرائها.

ولهيئة التحكيم أن تجتمع في أى مكان تراه مناسباً لمعاينة بضائع أو أموال النزاع، وتجرى المعاينة فى الحال إذا كان الخصوم حاضرين فى مكان إجراء المعاينة، أما إذا لم يكونوا حاضرين، وجب على هيئة التحكيم إخطارهم بوقت كاف قبل ميعاد المعاينة ليتمكنوا من الحضور وقت إجرائها، وفقاً للمادة ١٨/١ من قواعد اليونسترال، ٢٨ تحكيم مصرى.<sup>(٢)</sup>

١١١- عدول هيئة التحكيم عن إجراء المعاينة:

المعاينة كإجراء تحقيق يخضع لمطلق تقدير الهيئة<sup>(٣)</sup> فلها أن تعدل عن قرارها بالانتقال للمعاينة، بعد أن أمرت به سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب الخصوم، متى رأت أن إجراء المعاينة أصبح غير مجدى أو غير منتج، وإن ما استجد فى الدعوى بعد حكم الإثبات يكفى لتكوين عقيدتها<sup>(٤)</sup>. فهىة التحكيم وحدها هى التى تقدر مدى مناسبة أى إجراء من إجراءات التحقيق، وما إذا كان منتجاً فى الدعوى من عدمه<sup>(٥)</sup> وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٦)</sup> بأن الهيئة متى قدرت أنها استكملت التحقيق فى النزاع، وأن القضية أصبحت جاهزة للحكم فيها، فإنها تملك رفض الطلب الذى تقدم به أحد الخصوم لإجراء معاينة، دون أن تكون قد

(١) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. عيد القصاص: المرجع السابق ص ٣٢٧ بند

١١٠. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٦٩.

(٢) الطعن رقم ٦٥٤٦ لسنة ٧٩ ق جلسة ٢٥/٥/٢٥، الطعن رقم ٤٧٢١ لسنة ٧٣ ق جلسة ٢٧/١٢/٢٠٧٧ المبادئ القانونية لمحكمة النقض فى حكم التحكيم ص ٨١ قاعدة ٦٩، ٧٠.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٤) د. عزمى عيد الفتاح: التحكيم: ص ٢٩١. نقض ٣٠/٣/١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٧٥١ نقض ١١/١/١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٦٣.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٦) Paris 8 Juill 1982 Rev. arb. 1983. 345 Note Bernard.

أخلت بحق من حقوق الدفاع". على أن تبين الهيئة سبب رفضها للطلب أو عدلها عن الإجراء في محضر الجلسة<sup>(١)</sup>.

١١٢. كيفية إجراء المعاينة:

إذا قررت الهيئة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم إجراء المعاينة، فيرجع لها وحدها تحديد الطريقة التي يتم بها هذا الإجراء، ودون التقيد بشكل معين. فقد تجرى المعاينة في الجلسة إذا تعلق الأمر بمنقول مثل معاينة طوبة أو قطعة من الأسمت، أو قطعة غيار سيارة أو قطعة معدن أو غير ذلك مما يمكن نقله إلى الجلسة. وقد تجرى المعاينة بعد الانتقال لمحل المعاينة، كما هو الحال بالنسبة لمعاينة مبنى أو كوبري أو سد مائي أو محطة توليد كهرباء<sup>(٢)</sup> أو محطة خدمة اتصالات. وقد تجرى المعاينة في المكان الذي تم فيه تسليم البضاعة، أو السفينة محل النزاع والراسية في الميناء الإقليمية لدولة أجنبية<sup>(٣)</sup>.

وتتم المعاينة غالباً في حضور الأطراف أو ممثليهم، ولا توجه هيئة التحكيم أسئلة مباشرة في مكان المعاينة إلى القائمين على الشئ الجاري معاينته إلا إذا وجه ممثلوا الأطراف أسئلة إليهم<sup>(٤)</sup> فيمكن لكل منهما لفت نظر المحكم أو الهيئة إلى بعض ما يهمه لفت نظر هيئة التحكيم له عند المعاينة<sup>(٥)</sup> ولكن عدم حضور الخصوم أو ممثلوهم لا يمنع الهيئة من إجراء المعاينة طالما تحقق علمهم بمكانها وميعادها، شريطة أن تمكن الهيئة الخصوم أو ممثلوهم من الإطلاع والرد على النتائج المستخلصة من تلك المعاينة<sup>(٦)</sup>.

(١) أنظر فيما سبق بند ٢٢، ٢٣.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٧ بند ٢٠٤.

(٣) د. عاطف الفقى: الإشارة السابقة.

(٤) د. عاطف الفقى: الإشارة السابقة.

(٥) د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٦) د. عيد القصاص: التحكيم ص ٣٢٧ بند ١١٠.

Paris 12 Janv. 1979. Rev. arb. 1980. P. 83.

والأصل أن تجرى المعاينة بواسطة أعضاء الهيئة مجتمعون<sup>(١)</sup>، ولكن هذا الأصل لا يمنع الهيئة من أن تنتدب أحد أعضائها للقيام بالمعاينة، كأن تجتمع الهيئة على ندب أحدهم للقيام بهذا الإجراء، أو أن يميز الخصوم لهم في اتفاق التحكيم أن تنتدب الهيئة أحد أعضائها للقيام بالمعاينة<sup>(٢)</sup> ولكن لا يجوز للهيئة أن تنتدب قاضى المحكمة الجزئية التى يقع المال المطلوب معاينته فى نطاق اختصاصها لإجراء المعاينة، وليس لها أيضاً أن تنتدب للقيام بالمعاينة شخصاً آخر من الغير<sup>(٣)</sup> ولكن يمكنها طلب الإنابة القضائية من محكمة المادة ٩ تحكيم لإجراء المعاينة<sup>(٤)</sup>.

وللهيئة أو أحد أعضائها عند إجراء المعاينة سماع من ترى سماعهم من الشهود. ومهمة الشهود فى هذه الحالة تكون مجرد الإعانة على إجراء المعاينة، وليس تقديم أدلة إثبات فى الدعوى، كما لو كان القصد من المعاينة معرفة المبنى المتنازع عليه، واقتضى الأمر تحديدها بواسطة الشهود، ولذلك لا يشترط فى الشهود فى هذه الحالة الأهلية المطلوبة فى الشاهد الذى يطلب للشهادة باعتبارها دليل إثبات، كما لا يلزم أداؤهم لليمين قبل الشهادة<sup>(٥)</sup>.

كما لهيئة التحكيم عند إجراء المعاينة مكنة استخدام الوسائل الفنية المتاحة لتسجيل كافة العمليات والإجراءات المتعلقة بالمعاينة أو فى شقٍ منها حسبما ترى، سواء كان تسجيلاً صوتياً أو مرئياً أو كلاهما معاً، ويمكن الهيئة الخصوم من الإطلاع عليها والمناقشة بشأنها<sup>(٦)</sup>. ولكى تكون إجراءات المعاينة ونتائجها ثابتة يمكن الإرتكان عليها والرجوع إليها فى الدفاع والحكم، أوجبت أنظمة التحكيم على الهيئة أن

(١) قارن : عيد القصاص : الإشارة السابقة.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٩.

(٣) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال : ص ٧٠٨ بند ٤٨٤.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٩٠.

(٥) د. فتحى والى : قانون القضاء ص ٥٦٠ بند ٣٠٦، د. مصطفى الجمال،

عكاشة عبد العال : الإشارة السابقة.

(٦) فى هذا المعنى أنظر المادة ١٧٤ مرافعات فرنسى.

تحرر محضراً تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعينة وفقاً للمادة ٣٥ من لائحة التحكيم السعودي، كما أستر الفقه<sup>(١)</sup> والقضاء<sup>(٢)</sup> على التزام الهيئة بتحرير هذا المحضر وإلا كان الإجراء باطلاً، كما تلتزم الهيئة بمناقشة نتيجة المعينة مع الخصوم بسماع دفاعهم قبل الاستناد عليها في حكمها.

١١٣. سلطة هيئة التحكيم في تقدير نتائج المعينة:

متى انتهت الهيئة من إجراء المعينة، فإن كل ما يثبت لها من هذا الإجراء يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى، يحتم عليها أن تقول كلمتها فيه<sup>(٣)</sup>. وإن كانت الهيئة تملك العدول عن قرارها بالانتقال للمعينة، سواء كانت أمرت به من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، فتملك أيضاً أن تطرح ما أسفرت عنه المعينة من نتائج إذا لم تقتنع بها، أو استشعرت أن ثمة تغييرات قد أدخلت على ما عاينته بحيث لم يعد يطابق الحقيقة، بشرط أن تبين ذلك في حكمها<sup>(٤)</sup> ودون أن تكون ملزمة ببيان هذه الأسباب صراحة، وإنما يكفي أن تبين في مدونات حكمها أنها وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها، دون حاجة للأخذ بإجراء المعينة، التي سبق وأن أمرت به أو أجرته.

### المطلب الثاني

الدعوى الأصلية بطلب الانتقال للمعينة مع وجود الاتفاق

على التحكيم أو بدء إجراءاته

١١٤. اختصاص هيئة التحكيم بنظر طلب وقتي لإثبات حالة:

تنص المادة ٤٢ تحكيم مصري<sup>(٥)</sup> على أنه "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم

(١) د. فتحى والى: التحكيم: الإشارة السابقة. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة، هدى عبد الرحمن: ص ٢٢٨ بند ١٨١. د. عاشور مبروك: ص ٣١٥ بند ١٩١. د. عيد القصاص: ص ٣٢٧ بند ١١٠.

Boisséon: op. cit. P. 253. N 299.

(٢) استئناف القاهرة - دائرة ٩١ تجارى جلسة ٢٨/٥/٢٠٠٣ فى الدعوتين رقمى ٧١، ٧٢ لسنة ١١٩ ق مشار إليه لدى د. فتحى والى: ص ٣٦٧. طعن رقم ٤٧٢١ لسنة ٧٣ ق جلسة ٢٧/١٢/٢٠٠٧ المبادئ القانونية لمحكمة النقض ص ٨١، ٨٢ قاعدة ٧٠.

(٣) نقض مدنى فى ٨ فبراير ١٩٤٥ مجموعة عمرج ٤ ص ٥٦٤.

(٤) د. سحر يوسف: ص ٤٧٧ بند ٢٧٧.

(٥) وتنص المادة ١/١٤٦٨ على أنه "لهيئة التحكيم أن تأمر الأطراف فى ضوء الشروط التى تحددها... باتخاذ كافة التدابير التحفظية أو المؤقتة التى ترى أنها مناسبة" المادة ٢٦ من قواعد اليونستيرال.

أحكاماً وقتية ... وذلك قبل إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها" وتطبيقاً لهذا النص خول المشرع لهيئة التحكيم نظر طلب وقتي لإثبات حالة يخشى ضياع معالمها، ذلك متى بدأت إجراءات التحكيم وتشكلت الهيئة، ولو قبل نظرها لموضوع النزاع، وتصدر الهيئة حكماً مستعجلاً بإثبات الحالة، متى توافرت شروط إصداره، سواء اتفق الخصوم على تحويل الهيئة هذه السلطة أم لم يتفقوا، طالما لم يتفقوا على عدم تحويل الهيئة سلطة إصدار هذا الحكم<sup>(١)</sup>.

واختصاص الهيئة بنظر طلب إثبات الحالة كطلب فرعي<sup>(٢)</sup>، وكذلك حكمها فيه، هي نفس سلطة القضاء المستعجل، عند فصله في الدعوى،

(١) أنظر فيما سبق بند ٥٤ حاشية رقم ١.

(٢) قارن د. عياد القصاص: المرجع السابق، ص ٣٢٧ بند ١١٠. حيث يرى إمكانية اللجوء إلى هيئة التحكيم ابتداءً بدعوى أصلية يكون المطلوب فيها إجراء معانة يمكن أن تكون دليلاً في دعوى تعرض عليها فيما بعد تماماً مع ما تقرره المادة ٢٤ تحكيم مصري وقياساً على نص المادة ١٣٣. إثبات مصري بشأن قضاء الدولة من أنه يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتل أن تصبح = محل نزاع أمام القضاء أن يطلب في مواجهة ذوى الشأن وبالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعانة.

وما ذهب إليه هذا الرأي محل نظر، لأن رفع دعوى أصلية بإثبات حالة أمام هيئة التحكيم غير متصور، لأن اختصاصها بالطلبات المستعجلة أو التدابير التحفظية اختصاص تبعي لا اختصاصها بالموضوع - محل الدعوى التحكيمية - سواء رفع الطلب المستعجل مع الطلب الأصلي أو في صورة طلب عارض أثناء نظره، ففي الحالتين يرفع على سبيل التبعية، واختصاص هيئة التحكيم به اختصاص تبعي وليس اختصاص أصل سواء نظرت قبل الموضوع أو معه. وذلك لأن ولاية هيئة التحكيم في نظرها للنزاع قاصرة على الحق الموضوعي وما يتفرع عنه، هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية: قياس هيئة التحكيم على قضاء الدولة هو الآخر غير محلل لأن دعوى إثبات الحالة حالت أن ترفع كدعوى أصلية لتكون دليلاً في دعوى ترفع فيما بعد لا يكون إلا أمام القضاء المختص بها اختصاص أصيل هو القضاء المستعجل وليس قضاء الموضوع، لأن الأخير لا ينظر دعوى إثبات الحالة إلا على سبيل التبعية وفقاً للمادة ٦٠ مرافعات.

كما تتقيد الهيئة بالقيود التي يتقيد بها القضاء<sup>(١)</sup> وتصدر الهيئة حكمها المستعجل بإثبات الحالة، على النحو الذى نص عليه القانون بالنسبة لأحكام المحكمين<sup>(٢)</sup>.

وتفريعاً على هذا، تختص هيئة التحكيم بطلب إثبات حالة تلف فى حائط منزل يخشى تغيير معالنه بزوال الحائط بسبب خلل فى دورة مياه المنزل<sup>(٣)</sup> وإثبات حالة الأعمال التى أجزاها المقاول المتوقف عن العمل تمهيداً لتمكين صاحب العمل من الاستمرار فى البناء لحين الفصل فى الموضوع<sup>(٤)</sup> فتقوم بهذه المعاينات هيئة التحكيم قبل نظر الموضوع، وتصدر حكماً مستعجلاً بإثبات الحالة، ودون أن يقيدها هذا الحكم فى الموضوع. ومع اعتماد اختصاص هيئة التحكيم بإصدارها للحكم المستعجل بإثبات الحالة، فهذا لا يحول دون اختصاص قضاء الدولة بإصداره لهذا الحكم، ممثلاً هذا القضاء فى القضاء المستعجل متى كانت إجراءات التحكيم قد بدأت، وإلا انعقد الاختصاص وحده للقضاء المستعجل بإصدار هذا الحكم، فإذا كانت الإجراءات قد بدأت كان لأطراف التحكيم الخيار<sup>(٥)</sup> بين اللجوء إلى قضاء التحكيم للانتقال للمعاينة بمقتضى طلب وقتى فرعى. أو اللجوء إلى قضاء الدولة بمقتضى الدعوى الأصلية بطلب الانتقال للمعاينة، وذلك على النحو التالى.

#### ١١٥- اختصاص قضاء الدولة بالدعوى الأصلية بطلب الانتقال للمعاينة:

يحدث عملاً إذا ما كان نظر الدعوى أمام هيئة التحكيم يستغرق وقتاً تضيق معه معالم الحالة المراد معاينتها، كما لو كانت هيئة التحكيم لم يستكمل تشكيلها بعد، فقد رخصت التشريعات وأنظمة التحكيم

(١) د. أمينة النمر: المرجع السابق ص ٨٨ بند ٦٠. د. أحمد هندی: المشكلات:

ص ١٤٦ بند ٢٤. التحكيم: ص ٥٩ وما بعدها بند ١٥.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٥٤.

(٣) مستعجل مصر ١٢ نوفمبر ١٩٣٤ المحاماة ١٩ ص ١٤٥٨.

(٤) استئناف مختلط ١٤ أبريل ١٩٠٠ المجموعة ١٢ ص ١٦٧ مشار إليه لدى أمينة:

النمر ص ٩٠.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٩٥.

المقارن<sup>(١)</sup> الالتجاء إلى قضاء الدولة بدعوى إثبات حالة. فنصت المادة ١٤ تحكيم مصرى على أنه "يجوز للمحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفى التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

ويقصد بدعوى إثبات الحالة، هى إجراء تحفظى يصور حالة مادية يتعذر إثباتها مستقبلاً صيانة للدليل المثبت للحق من خطر الضياع<sup>(٢)</sup>. واختصاص القضاء المستعجل وإن كان مقطوعاً به قبل بدء إجراءات التحكيم. فالمستقر عليه تشريعاً وفقهاً وقضاء<sup>(٣)</sup> جواز الالتجاء إليه برفع هذه الدعوى ولو اتفق الأطراف على تخويل هيئة التحكيم صلاحية الفصل فى هذه الدعوى<sup>(٤)</sup>.

والقضاء المستعجل المختص بالدعوى الأصلية بإثبات الحالة، هى المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم مصرى تختص وحدها بإصدار حكم مستعجل بإثبات الحالة لحين رفع الدعوى الموضوعية أمام هيئة التحكيم أو الفصل فيها من جانب هذه الهيئة إذا كانت الدعوى الموضوعية مطروحة أمامها<sup>(٥)</sup>. وفى الخالتين ترفع الدعوى الأصلية بإثبات الحالة وفقاً للقواعد والشروط التى تخضع للقضاء المستعجل فى قانون المرافعات<sup>(٦)</sup> حيث أن المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ تحكيم قد حلت محل القضاء المستعجل فى

- (١) أنظر فيما سبق بند ٩٥ والخواش المذكورة فيه.
- (٢) د. أمينة النمر: المرجع السابق ص ٨٩ بند ٦٠. د. هبة بدر أحمد صادق: المرجع السابق ص ٤٩ وما بعدها.
- (٣) أنظر فيما سبق بند ٩٥، ٩٦.
- (٤) د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٧٠، استئناف مختلط ١٣/٣/١٩٢٢ المجموعة جـ ٣ ص ١٣٠٦ مشار إليه لدى د. محمد نور شحاته ص ١٦٧.
- (٥) أنظر فيما سبق بند ٩٩.
- (٦) د. أمينة النمر: الإشارة السابقة. د. فتحى والى: قانون القضاء: ص ٥٦٠ وما بعدها بند ٣٠٧. د. وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ١٣٩ وما بعدها. المؤلف: قانون المرافعات: ص ١٨٤ بند ١٤٠. د. أحمد هندى: الوسيط فى قانون المرافعات، ص ٢٠٨ وما بعدها بند ١٢٨.



هذا الشأن، وتقييد بذات القواعد والشروط التي يخضع لها القضاء المستعجل.

فيجب لقبول هذه الدعوى توافر الشروط العامة للدعوى المستعجلة، وبصفة خاصة أن يكون هناك اعتداء محتمل مَثلاً في هذه الدعوى في أن تكون الواقعة المطلوب معاينتها متغيرة المعالم بحيث يخشى ضياع معالمها كلها أو بعضها مع ضياع الوقت، إذا انتظر المدعى المعاينة بواسطة هيئة التحكيم، فيضيع حق من له مصلحة فيها.

وتفريعاً على هذا، تختص محكمة المادة ٩ تحكيم بطلب إثبات حالة منقول عرضة للتلف أو بضاعة عرضة للفساد أو محاصيل زراعية معرضة لتقلب الأسعار أو عقاراً آيل للسقوط، أو مياه رى قد تسربت من أرض الجار فأغرقت أرض المدعى أو معاينة الموقع قبل البدء في الإنشاءات عليه، فترفع دعوى إثبات الحالة تعلق الشئ أو الواقعة المراد معاينتها بمنقول أو عقار أمام محكمة المادة ٩ تحكيم.

فإذا قبلت المحكمة الدعوى، فإن نشاطها يقتصر على الانتقال والمعاينة بنفسها أو مستعينة بخبير للقيام بهذه المهمة، مع تحرير محضر في الحالتين، وللمحكمة أو الخبير المنتدب سماع الشهود بغير حلف يمين، وتكون دعوتهم للحضور بطلب ولو شفويًا من كاتب محكمة المادة ٩ تحكيم وفقاً للمادة ١٣٢ إثبات مصرى، وسماع الشهود هنا يكون للمساعدة على المعاينة. وإذا ندب خبير لإجراء المعاينة يراعى القواعد المنصوص عليها في الخبرة كطريق إثبات<sup>(١)</sup> كما يجب على المحكمة تحديد جلسة أمامها لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وفقاً للمادة ١٣٤ إثبات مصرى. بهدف تمكين الخصوم من سماع اعتراضاتهم على تقرير الخبير في الوقت المناسب بدلاً من الانتظار حتى رفع الدعوى الموضوعية أمام هيئة التحكيم، أو استئناف سيرها بعد وقف الدعوى أمامها حين صدور الحكم

(١) أنظر فيما يلى بند ١٢٦ وما بعده.

بإثبات الحالة. إذ قد يؤدي الانتظار إلى الإضرار بمصلحة المدعى لاحتمال زوال المعالم<sup>(١)</sup>.

وتنتهى الدعوى بعد ذلك، بصدور حكم بانتهائها، وهو حكم مستعجل، يقوم على أساس توافر شروط القضاء المستعجل، وليس على أساس ثبوت الحق الموضوعى أو نفيه، فيجب أن يكون غير ماس بأصل الحق. ويقبل هذا الحكم الطعن بالاستئناف، ولا يجوز حجية الأمر المقضى أمام قضاء التحكيم. فهذا الحكم لا يحول دون قبول الدعوى الموضوعية بشأن الحق أمام هيئة التحكيم كما أنه لا يقيد عند الفصل فى الدعوى بمضمونها، وإن كان يقيد المحكمة التى أصدرته<sup>(٢)</sup>.

والحكم الصادر من محكمة المادة ٩ تحكيم بإثبات الحالة، يقدم إلى هيئة التحكيم كدليل، ومن ثم يكون للهيئة بشأنه سلطة تقديرية شأن أى دليل فى الدعوى، فلها الأخذ به أو على العكس رفضه، لكونه الأدلة المقدمة فى الدعوى من غير هذا الدليل كافية لتكوين عقيدتها<sup>(٣)</sup>.

#### المبحث الخامس

##### اليمين

#### ١١٦- تعريف اليمين ومدى تطبيقها فى مجال التحكيم:

اليمين هو إخبار عن أمر مع الاستشهاد بالله تعالى على صدق الخبر، ويكلف بها أحد الخصوم لتأييد إدعائه عندما يعوزه الدليل عليه<sup>(٤)</sup> وهى تقوم مقام الدليل كطريق من طرق الإثبات.

واليمين التى يكلف بها الخصوم نوعان، قضائية وغير قضائية. والأولى هى تحلف أمام القضاء، والثانية هى التى تحلف أو يتفق على حلفها فى

(١) د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق ص ٤٨٧.

(٢) أنظر فيما سبق بند ١٠٠.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٤) وقد يكلف باليمين الشهود أمام القضاء دون التحكيم، ذلك قبل تأدية شهادتهم لإشعاراً لهم بوجوب قول الحق. أنظر د. سليمان مرقس: المرجع السابق ص ٥٩٥ بند ٢٠٧.

غير مجلس القضاء<sup>(١)</sup> واليمين القضائية نوعان، اليمين الحاسمة Serment décisoire واليمين المتممة Serment Supplétif ou Suplétoire والأولى فقط هي التي تحسم النزاع وتقوم مقام الدليل، ودور القضاء فيها دور رقابي. أما الثانية، فهي وسيلة يستكمل بها القاضي اقتناعه ولا تقوم مقام الدليل، ويشارك فيها القاضي في استقصاء الحقيقة.

واليمين كطريق من طرق التحقيق بصدد الدعوى التحكيمية، لم يوجد بشأنها نص صريح في تشريعات وأنظمة التحكيم المقارنة التي تحكم توجيه اليمين بنوعها، الحاسمة والمتممة، بشأن مرحلة الإثبات في هذه الدعوى، مما أوجد غياب هذا النص بدوره عن عدم وجود رأى موحد في الفقه بشأن هذه المسألة، مما أسفر عن اتفاق الفقه عن اتجاهين متعارضين، يرى الأول، عدم جواز إعمال اليمين في مجال التحكيم. والثاني يرى بعكس ذلك. وإن كانت أقل وسائل الإثبات استخداماً في هذا المجال، بل إن استخدامها مرهون مقدماً بعدم جواز اتفاق الأطراف على عدم جواز توجيهها.

#### اتجاه الفقه:

يرى فقه الاتجاه الأول<sup>(٢)</sup> أن المحكم أو هيئة التحكيم لا تملك السلطة العامة، ومن ثم تفتقد سلطة الأمر، والتي لا تستطيع لافتقادها هذه السلطة أن تحلف اليمين لا للشهود ولا للخصوم، عكس قضاء الدولة الذي يملك ذلك. وترتيباً على ذلك يظل اللجوء إلى القضاء هو السبيل

(١) واليمين غير القضائية، يتفق عليها وعلى أحكامها بين الطرفين، ويخضع الإتفاق الخاص بها للقواعد العامة المتعلقة بالعقود، وهي تقضى بأن الإتفاق يجب إثباته بالكتابة، إذا كان موضوع الحلف تجاوز قيمته مائة جنيهها، وأن واقعة الحلف في ذاتها يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، شأنها في ذلك شأن سائر الأفعال المادية، ومتى حلفها ترتب عليها جميع آثار اليمين القضائية، وإذا اضطرت إحدهما بعدئذ إلى اللجوء إلى المحاكم، فلا يكون ذلك إلا بإثبات حصول الحلف أو النكول، وما ترتب على أيهما من آثار أنظر في تفصيل ذلك د. سليمان مرقس: ص ٥٩٥، ٥٩٦ بند ٢٠٧.

(٢) د. نبيل عمر: التحكيم: ص ٢٠٥ بند ١٧٢.

Robert et Moreau: op. cit. P 237 N 196. E. Loquin: jur. Class. Op. cit. Fasc 1036 N 24.

الوحيد لتلقى اليمين. وطلبه يكون من المحكمة بناء على طلب الخصم إذا كانت اليمين حاسمة، أما إذا كانت اليمين متممة فيكون طلبها من هيئة التحكيم وليس من الخصم، وفي الحالتين يقتصر دور هيئة التحكيم على إثبات مضمون اليمين الذي أداه الخصم أمام القضاء.

ويتمسك أنصار هذا الاتجاه بظاهر نص المادتين ٤/٣٣ تحكيم مصرى، ١٤٦٧ / ٢ مرافعات فرنسي<sup>(١)</sup> اللتين نصتا على "أن يتم سماع الشهود والخبراء بدون أداء يمين" وعلّة استبعاد اليمين من مجال التحكيم يرجع إلى أن القانون يحرم الشهادة الزور ويعاقب مرتكبها، ومن ثم لا جدوى من أداء اليمين، فإذا طلب أحد الخصوم توجيه اليمين الحاسمة أو أرادت هيئة التحكيم توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم فلا سبيل من اللجوء إلى القضاء لتلقى هذه اليمين.

ويكمل بعض أنصار هذا الاتجاه تبريره لعدم جواز أعمال اليمين في مجال التحكيم، يقوله<sup>(٢)</sup> إلى أن هناك تعارض بين اليمين الحاسمة، وبين الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم، وطلب اليمين الحاسمة يؤدي إلى استبدال حل النزاع بواسطة اليمين بدلاً من حلها بواسطة التحكيم، ظالماً أن الخصم الذي وجه إليه اليمين ورفض أدائها أو ردها إلى الخصم الذي وجهها يخسر دعواه.

أما الاتجاه الثاني:

فيرى أنصاره<sup>(٣)</sup> أن هيئة التحكيم شأن قضاء الدولة فيمكنها ومن تلقاء

(١) "ولهيئة التحكيم أن تستمع إلى أى شخص دون إلزام إلى تحليف اليمين".

" Le Tribunal arbitral peut entendre laute personne, cette audition a lieu sans prestation du sermenst".

Robert et Moreau: Lic. Cit.

(٢)

(٣) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم ص ٢٦٧ بند ١٠٨. التحكيم بالقضاء

والصلح: ص ٢٣٢ بند ١٠١ د. عاشور مبروك: ص ٣٠٦، ٣٠٧ حاشية د.

علي بركات: ص ٣٩٣ وما بعدها بند ٤٠٢، ٤٠٣ د. أحمد هندی:

التحكيم: ص ٥٨ بند ١٤ د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع

السابق ص ٧٠٤ وما بعدها بند ٤٨٢ د. عيد القصاص: التحكيم ص ٣٢٤

بند ١٠٩ د. على اسماعيل غازى: ص ٣٨٣ وما بعدها. =

نفسها أن توجه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم لتستكمل به عقيدتها، كما يمكنها بناء على طلب أحد الخصوم أن توجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء مع التزامها بشروط توجيه اليمين ونتيجة حلفها أو النكول عنها أو ردها وكافة القواعد التي تحكمها والتي وردت في قانون الإثبات أو القانون الإجرائي المتفق عليه محل التطبيق، ما لم تكن هيئة التحكيم مفوضة بالصلح فتعفى من التقيد بتلك القواعد<sup>(١)</sup>. ومبرر هذا الاتجاه ومبناه، أن اليمين دليل من أدلة الإثبات يمكن الاستناد إليها، ولا يوجد ما يمنع الاستناد إلى دليل دون الآخر، وهو ما صادف اعتماد ثابت من جانب أنظمة التحكيم المعاصرة، والتي نصت على أن "لهيئة التحكيم وهي بصدد التحقيق في النزاع سلطات واسعة، وتملك الأمر بإجراءات الإثبات التي تراها مناسبة" تطبيقاً للمادة ٢٠ من لائحة غرفة تحكيم باريس<sup>(٢)</sup>. كما أن اليمين وسيلة الإسعاف التي يتقدم بها القانون إلى الخصم الذي يعوزه الدليل القانوني، بل هي وكما قيل وبحق<sup>(٣)</sup> الكفارة التي يكفر بها القانون عن تشدده في اقتضاء أدلة معينة لا يغنى عنها بديل. وفضلاً عن هذا أو ذلك اليمين كدليل إثبات تعد من القواعد الموضوعية<sup>(٤)</sup> التي لا يعارض الأخذ بها مع طبيعة التحكيم<sup>(٥)</sup>.

=Boissésou: op. cit. P. 251. N 301. Moreau: Rev. arb. 1978. op. cit. P. 335. PERROT: L'application ... Rev. arb. 1980 op. cit. P. 642.

(١) - قارن، حيث يرى البعض، أن المحكم المفوض بالصلح يلتزم مثله مثل المحكم العادي بالقواعد التي تحكم توجيه اليمين الحاسمة، لأن توجيه هذه اليمين هو في ذاته من قبيل الصلح الملزم للخصوم والمحكم. د. أحمد أبو الوفا الإشارة السابقة.

(٢) - المواد ٢٤، ١/٢٧، ٣، ١/٣١ من قواعد اليونسترال، ٢، ٣/٢٤، ٣/٢٥، ١/٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي، المواد ٢٣، ٢٥ من اتفاقية عُمان العربية للتحكيم التجاري الدولي، المواد ٢٧ - ٣٦ من نظام التحكيم السعودي، المادة ٢١ من لائحة غرفة تحكيم سترابورج.

(٣) - د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق: ص ٤٤٨.

(٤) - د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: المرجع السابق ص ٧٠٥ وما بعدها بند ٤٨٢.

(٥) - د. عيد القصاص: الإشارة السابقة.

والقول بأن جواز العمل باليمين فى مجال التحكيم يتعارض مع ما نصت عليه المادتين ٤/٣٣ تحكيم مصرى، ٢/١٤٦٧ مرافعات فرنسى، هو ما لا يستقيم، لأن النصين وردا بشأن الغير وليس لهيئة التحكيم سلطة عليهم<sup>(١)</sup> بخلاف الخصوم يكون لهيئة التحكيم سلطة عليهم، ومصدر هذه السلطة هو اتفاقهم.

والقول بتعارض اليمين الحاسمة مع نظام التحكيم هو ما لا يستقيم هو الآخر، لأن هيئة التحكيم وهى بصدد البحث عن الأسباب التى سببى عليها حكمها، سوف تعرض فى أسباب الحكم الألفاظ التى وجهت بها اليمين، والحل الذى انتهى إليه النزاع، بالإضافة إلى أنها إذا كانت مفوضة بالصلح لن تكون ملزمة بالآثار التى رتبها القانون على اليمين الحاسمة سواء بالنسبة لوجود الحقوق المتنازع عليها، أو لمضمونها ومقدارها، ومن ثم فإن مضمون اليمين ليس قيمة فى نظر هيئة التحكيم سوى أنه عنصر من عناصر التقدير مثل غيره من العناصر<sup>(٢)</sup>.

وترتيباً على ذلك، تستطيع هيئة التحكيم أن توجه اليمين الحاسمة بناء على طلب أحد الخصوم. واليمين المتممة من تلقاء نفسها، ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ودورها بالنسبة لليمين الحاسمة دور رقابى، أما بالنسبة لليمين المتممة، فالهيئة تشارك فى استقصاء الحقيقة<sup>(٣)</sup> غاية الأمر أنها تكون مقيدة بنفس القواعد الواردة فى قانون الإثبات أو القانون الإجرائى محل التطبيق، مع ملاحظة أن هذا القيد ينتفى إذا كانت هيئة التحكيم مفوضة بالصلح متى بنت حكمها على أسباب سائغة.

ودراستنا لليمين كطريق للإثبات، بعد جواز إعمالها أمام هيئة التحكيم، تقتصر على القواعد الإجرائية، ممثلة هذه القواعد فى توجيه

(١) د. علي بركات: الإشارة السابقة. د. أحمد هندى: التحكيم، الإشارة السابقة.

د. على اسماعيل غازى: ص ٣٨٣.

(٢) د. علي بركات: الإشارة السابقة.

(٣) د. عبد الرازق السنهورى: ص ٦٧٦ بند ٢٦٧. د. سليمان مرقس: ص ٥٩٩

بند ٢٠٩. المؤلف: قانون المرافعات ص ٤٢٦ بند ٢٩٠. د. الجمال وعكاشة:

ص ٧٠٤ بند ٤٨٢.

CADIET: op. cit. P. 515. N 974.

اليمين ، وما يجب توافره فيمن يوجه وتوجه إليه اليمين ، وسلطة هيئة التحكيم إزاء اليمين وأثارها ، ذلك فى أى من نوعى اليمين حاسمة أو متممة. فى مسألتين متعاقبتين. نتناول فى الأول اليمين الحاسمة. والثانية: اليمين المتممة.

### أولاً: اليمين الحاسمة:

#### ١١٧- تعريف اليمين الحاسمة وطلب توجيهها وما يشترط فيه :

يعرف الفقه<sup>(١)</sup> اليمين الحاسمة بأنها تلك التى يوجهها أحد الخصوم لخصمه حسماً لنزاع قائم بينهما إذا افتقد الدليل الذى يسمح به القانون لإثبات دعواه محتكماً لضمير وذمة ودين هذا الخصم. فلا يجوز الاحتكام لليمين الحاسمة إلا فى شأن الواقعة المتنازع عليها أياً كان مصدرها واقعة مادية أم تصرف قانونى ، وأياً كانت قيمة الحق المدعى به ولو تجاوزت قيمته نصاب الإثبات بالبينة ، كما أنه لا يقبل الاحتكام إليها إلا حيث يعود الخصم الدليل على ما يدعيه ، بحيث لا يجوز الاحتكام إليها تعزيراً لما قدمه من أدلة.

والواقع أن حق الخصم فى الاحتكام لذمة خصمه يقابله التزام الخصم الآخر بالاستجابة لهذه الدعوة وإلا تجرد هذا الحق من أى أثر أو أية منفعة ، وفى المقابل حق الخصم الآخر فى الاحتكام أيضاً لذمة خصمه ، فجعل له أن يرد اليمين فيحتكم بذلك إلى ذمة من وجهها إليه.

واليمين الحاسمة تصرف قانونى بإرادة منفردة<sup>(٢)</sup> توجه من الخصم إلى الخصم ، فلا تملك هيئة التحكيم توجيهها من تلقاء نفسها تطبيقاً للمادة ١١٤ إثبات مصرى "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر". ويقدم طلب<sup>(٣)</sup> اليمين من الخصم نفسه أو ممن يوكله فى

(١) د. أسامة المليجى: ص ١٧٤ بند ١١١. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٨٢.

(٢) د. السنهورى: ص ٦٧٦ وما بعدها بند ٢٦٧، د. سليمان مرقس: ص ٦٠٠ وما بعدها بند ٢١٠.

(٣) د. فتحى والى: قانون القضاء ص ٥٥٠ بند ٣٠٤، د. الجمال وعكاشة: الإشارة السابقة. د. سليمان مرقس: ص ٦٠٣ بند ٢١١ مكرر. المؤلف قانون المرافعات ص ٤٢٧ بند ٢٩٠.

ذلك، بشرط أن يصدر له توكيل خاص يفوضه فى توجيه اليمين، فإذا كان الخصم ممثلاً بغيره نتيجة نقص أهليته أو لكونه شخصاً معنوياً كان لمثله أن يوجه هذا اليمين. وتوجه اليمين إلى الخصم الآخر وليس إلى شخص من الغير، فإذا كان الخصم الموجه إليه اليمين قاصر الأهلية أو شخصاً معنوياً، وجهت اليمين إلى ممثله الذى له صفة فى الخصومة.

ويجب أن يتوافر فى الخصم - سواء الذى وجه الطلب أم الذى يوجه إليه الطلب - أهلية التصرف فى الحق المرتبط بالواقعة محل اليمين لكلا من الخصمين، لأن حلفها سيترتب عليه حسم موضوع الدعوى لأنها تحكيم لضمير الخصم، كما يجب أن تكون إرادة من وجه اليمين صحيحة خالية من عيوب الرضا، غلط أو تدليس أو إكراه، فوجود أى من هذه العيوب كافي لطلب إبطال توجيه اليمين حتى بعد أن يقبلها الخصم أو حتى بعد أن يحلفها<sup>(١)</sup>.

وطلب الخصم بتوجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه، شأن أى طلب لا بد وأن يكون مستوفياً الشروط الموضوعية الواجب توافرها لإمكان أن تأذن هيئة التحكيم للخصم بتوجيهها<sup>(٢)</sup> وشأن أدلة الإثبات الأخرى اليمين لا ترد إلا على وقائع، فلا يجوز توجيه اليمين أو حلفها بالنسبة لمسائل قانونية<sup>(٣)</sup> والواقعة محل اليمين الحاسمة يجب أن تتوافر فيها فضلاً عن الشروط العامة الواجب توافرها فى الواقعة محل الإثبات<sup>(٤)</sup> شروط خاصة بها، ممثلة هذه الشروط فى كونها حاسمة للنزاع، وأن تكون الواقعة متعلقة بشخص من وجهت إليه أو من ردت عليه<sup>(٥)</sup>.

- (١) د. السنهورى: ص ٦٨٣ بند ٢٧٢. د. سليمان مرقس: ص ٦٠٥ وما بعدها بند ٢١٢ وما بعده. المؤلف: الإشارة السابقة.
- (٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣١٨ بند ١٦٦.
- (٣) د. فتحى والى: قانون القضاء الإشارة السابقة. د. سليمان مرقس: ص ٦١٦ وما بعدها بند ٢١٥.
- (٤) أنظر فيما سبق بند ٢.
- (٥) فى تفصيل ذلك أنظر د. سحر يوسف: ص ٨٤ وما بعدها بند ٥٨ وما بعده.



فمن ناحية أولى، يشترط في الواقعة محل اليمين أن تكون حاسمة للنزاع، إذ يتعين أن يكون الغرض من توجيهها حسم النزاع أو وضع حد له ولو في جزء من موضوعه بصفة نهائية<sup>(١)</sup> ويعتبر موضوع اليمين حاسماً إذا كان يؤدي إلى الفصل في النزاع أو في جزء منه أو في دفع موضوعي فيه بحيث ينهي الخصومة كلها أو في شق منها على نحو يمنع من معاودة نظره مرة أخرى، وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٢)</sup> بأن اليمين الحاسمة يجب أن توجه في الواقعة التي ينحسم بها النزاع، ولا يجوز توجيهها إذا كانت تنصب على مجرد دليل في الدعوى، وترتيباً على ذلك إذا لم تكن الواقعة حاسمة للنزاع فلا يجوز أن تكون محلاً لتوجيه اليمين الحاسمة ويتعين على هيئة التحكيم رفضها.

ومن ناحية أخرى: يشترط في الواقعة محل اليمين الحاسمة أن تكون متعلقة بشخص من وجهت إليه مادة ١١٥، إثبات مصري، ويكون الحلف في هذه الحالة على البتات<sup>(٣)</sup> فإذا كانت غير شخصية له أنصبت على مجرد علمه بها وفقاً للمادة ١١٥ / ٢ إثبات. وفي هذه الحالة يسمى اليمين يمين العلم وهي أيضاً يمين حاسمة<sup>(٤)</sup> ويتضح ذلك في حالة ما إذا وجه اليمين إلى ممثل الخصم الذي لا يحلف إلا على ما يتصل بشخصه هو دون ما يتصل بشخص من يمثله إلا إذا تعلق الأمر بيمين العلم<sup>(٥)</sup>.

ويكفي أن تكون الواقعة شخصية لمن توجه إليه اليمين، ولا يشترط أن تكون شخصية لمن وجهها إلا لإجازة رد اليمين عليه وفقاً للمادة ١١٤ / ٢ إثبات، فإذا كانت الواقعة مشتركة بين الطرفين جاز الرد على البتات، أما

(١) CADIET: op. cit. P. 515. N 975.

(٢) طعن ٥١٩ / ٤٢ ق نقض ١٩٨٢/٣/٩.

Coss. 22 Fév 1978. Bull. Civ. 111. N 100.

مشار إليهما لدى د. سحر يوسف الإشارة السابقة.

(٣) د. السنهوري: ص ٧١٠ وما بعدها بند ٢٨٥.

(٤) استئناف أسبوط ١٠ مارس ١٩٤٩ المحامة ٢٩ ص ٦٢٥.

(٥) د. أسامة المليجي: ص ١٧٦ بند ١١٣.

إذا كانت شخصية لمن وجهت إليه اليمين فقط، فلا يجوز الرد إلا على عدم العلم فقط<sup>(١)</sup>.

ومتى توافرت هذه الشروط، فإنه يمكن طلب توجيه اليمين الحاسمة أياً كانت قيمة الواقعة محل اليمين، وأياً كان الدليل الذى لدى موجه الطلب ما دام لم يؤد إلى إثبات هذه الواقعة<sup>(٢)</sup> ويجب على من يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه أن يبين بدقة الوقائع التى يريد استحلافه عليها، ويذكر صيغة اليمين بعبارات واضحة تطبيقاً لنص المادة ١٢٢ إثبات مصرى، ويكون طلب توجيه اليمين فى أية حالة كانت عليها الدعوى طالما لم يصدر حكم فى الموضوع وفقاً للمادة ٤/١١٥ إثبات<sup>(٣)</sup>. كما يمكن للخصم طلب اليمين على سبيل الاحتياط<sup>(٤)</sup> فالخصم الذى يقدم أدلة إثبات، ثم يقول أنه على سبيل الاحتياط إذا لم تكن هذه الأدلة كافية،

(١) د. السنهورى: ص ٧١١ بند ٢٨٥. د. سليمان مرقس: ص ٦٢٧ بند ٢١٥. المؤلف: قانون المرافعات ص ٤٢٩ بند ٢٩١.

(٢) د. فتحى والى: قانون القضاء: ص ٥١١ بند ٣٠٤. المؤلف: الإشارة السابقة.

(٣) د. سليمان مرقس: ص ٦٣٠ وما بعدها بند ٢١٦، د. السنهورى: ص ٦٩٧ بند ٢٧٨. المؤلف: ص ٤٢٩ بند ٢٩٢.

(٤) د. السنهورى: ص ٦٩٨ وما بعدها بند ٢٧٩. د. فتحى والى: قانون القضاء Coss. Civ. 14 Mars 1966. J. C. P. 1966. 11. 14614 Note J. A.

ص ٥٥٢ بند ٣٠٤. وفى تطبيق ذلك قضى بأن "اليمين الحاسمة جواز = توجيهها على سبيل الاحتياط، وقبل أى دفاع أو بعده أثناء نظر الدعوى وحتى صدور حكم نهائى فيها، خلو التشريع المصرى الحالى مما يجرمه، تعذر معرفة طالب توجيهها لرأى المحكمة من الأدلة التى ساقها خاصة فى الأنزعة التى لا يفصل فيها بصفة نهائية إلا بعد الحكم فى النزاع، فلا مفر من توجيهها أثناء نظر النزاع، بحيث أن إغفال الحكم المطعون فيه الرد على طلب الطاعن توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط لإثبات دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، إخلال بحق الدفاع، خاصة بعد أن أصبح الباب مغلقاً أمامه لإبداء مسكه بتوجيهها إذا ما رفضت المحكمة الأدلة الأخرى التى تمسك بها بصدور حكم نهائى فى النزاع" طعن ٩٣٨ / ٦٤ ق نقض ١٩٩٤/١٢/٨ مجلة نادى القضاة السنة ٢٨ ع ٢ - ص ٩٦ قارن طعن ٣٠٦٧ / ٥٩ ق نقض ١٩٩٤/١١/١٢ مجلة نادى القضاة السنة ٢٨ العدد السابق ص ٤٤٣.

فإن طلبه لليمين الحاسمة تقبل منه ، فتنظر هيئة التحكيم فى الأدلة التى قدمها ، فإن لم تكون اقتناعها ، فإنها تقبل طلب الخصم بتوجيه اليمين الحاسمة.

#### ١١٨- سلطة هيئة التحكيم إزاء طلب توجيه اليمين الحاسمة:

كان السائد فى الفقه<sup>(١)</sup> والقضاء<sup>(٢)</sup> أن اليمين الحاسمة ملك للخصوم لا للمحكمة أو هيئة التحكيم ، على أن لا يكون للخصم توجيه إياها إلى خصمه مباشرة ، بل عن طريق هيئة التحكيم ، ويعزز الفقه رأيه بأن اليمين صلح وليس للمحكمة أو هيئة التحكيم أن تعترض على هذا الصلح.

ونرى مع البعض<sup>(٣)</sup> أن هذا النظر لا يستقيم مع ما يستلزم توافره من شروط معينة فى موضوع اليمين ، ولا يتفق مع كونها طريقاً احتياطياً يلجأ إليه الخصم الذى يعوزه الدليل ليطلب إلى خصمه أن يخرج من دائرة القانون الجامدة إلى ميدان العدالة الرحب ، وسلطان القانون يقتضى ألا يترك سبيل الخروج عن دائرته حراً ، وإنما يقيد ذلك بالحصول على ترخيص به من هيئة التحكيم ، لذا يخضع طلب توجيه اليمين - كأي دليل - لتقدير هيئة التحكيم<sup>(٤)</sup> . فاليمين لا توجه إلا بإذن الهيئة ، وهى لا تأذن بتوجيه اليمين إلا بعد التأكيد من توافر شروطها<sup>(٥)</sup> فلها أن ترفض توجيه اليمين إذا كانت الواقعة المطلوب تحليف الخصم عليها ليست متعلقة لشخصه<sup>(٦)</sup> أو ليست منتجة ولا حاسمة<sup>(٧)</sup> أو القصد منها تأخير الفصل فى

(١) فى تفصيل ذلك : أنظر د. السنهورى ص ٦٨٦ وما بعدها بند ٢٧٣. د. سليمان مرقس : ص ٦٣٢ بند ٢١٧.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/٤/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٨٧١.

(٣) د. سليمان مرقس : الإشارة السابقة.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٥) د. مصطفى الجمال ، عكاشة عبد العال : ص ٧٠٥ بند ٤٨٢ ، د. فتحى والى : قانون القضاء المدنى ص ٥٥٢ بند ٣٠٤.

(٦) نقض مدنى أول يونية ١٩٤٤ المحاماة السنة ٢٧ ص ٥٤٦.

Coss. Soc. 17 Nov. 1983 Bull Civ.V. P. 400.

(٧) انظر فيما سبق بند ٢.

الدعوى<sup>(١)</sup> أو اتضح من الأوراق التي قدمها أحد الخصوم ما يثبت قطعاً عدم صحة دعوى طالب اليمين<sup>(٢)</sup> وشأن ذلك هو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع فنصت المادة ١١٤ إثبات مصرى "على أنه للقاضى - المحكم - أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها".  
ورقابة المحكم أو هيئة التحكيم لمنع التعسف فى توجيه اليمين تعد مظهر من مظاهر الدور الإيجابى للمحكم فى مجال الإثبات<sup>(٣)</sup>، فالمادة ١١٤ إثبات لم تحدد الحالات التى يعتبر فيها الخصم متعسفاً فى توجيهها، وإنما ترك أمر تقدير وتحديد مظاهر التعسف لهيئة التحكيم شريطة أن توضح المظاهر والشواهد التى استند إليها لاعتبار الخصم متعسفاً فى طلب توجيهها.

ومع اعتماد سلطة هيئة التحكيم فى هذا الشأن، إلا أنها سلطة ليست مطلقة<sup>(٤)</sup> وإنما تقتصر على رقابة الخصوم فى استعمال الحق فى توجيه اليمين ومنع التعسف فيها، بحيث لا تستطيع الهيئة أن ترفض توجيهها إذا كانت اليمين مستوفية الشروط الموضوعية المطلوبة، ولم يكن هناك مظهر للتعسف أو الكيد فى طلب توجيهها، وإلا اعتبرت الهيئة نفسها متعسفة فى رفض طلب توجيهها، مما يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم لبطلان الإجراءات التى أثرت فيه تطبيقاً لنص المادة ٥٣ تحكيم مصرى، ١٤٨٤ مرافعات فرنسى.

(١) نقض ١٩٧٦/٤/٦ مشار إليه سابقاً.

(٢) د. عبد الباسط جميعى: الإساءة فى المجال الإجرائى المقال ص ٢١٦. نقض مدنى الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ٤٤ ص ٢٩٣ بند ١٨٧، بنى مزار الجزئية ١٩٣٩/٢/٢٣ المحاماة السنة ١٩ ص ٨٨٢.

Coss, Civ. 2<sup>o</sup> mars. 1937. Goz Pal 1937-1-850.

(٣) أنظر فيما سبق بند ١٦.

(٤) د. سليمان مرقس: ص ٦٣٦ بند ١١٧، د. السنهورى: ص ٦٩١ بند ٢٧٣. د.

سحر يوسف ص ٨٨ بند ٦٠.

وإذا قبلت هيئة التحكيم طلب توجيه اليمين، أصدرت حكماً بتوجيهها<sup>(١)</sup> وبالتحديد صيغتها<sup>(٢)</sup> متى كانت الواقعة محل اليمين مستوفية للشروط المطلوبة، ولم يكن الخصم متعسفاً في توجيهها، ومتى صدرت الهيئة حكمها بتوجيه اليمين، فليس لها تغيير صيغتها بما يؤثر في مدلولها، إذ صيغة اليمين من شأن من وجهها وحده<sup>(٣)</sup> فمن وجه اليمين الحاسمة حق العدول عنها، ويبقى له هذا الحق حتى يعلن من وجهت إليه اليمين استعداداً للحلف، فإذا لم يتم هذا الإعلان كان لمن وجه اليمين حق العدول حتى يتم الحلف تطبيقاً لنص المادة ١١٦ إثبات مصرى.

وإذا كان العدول عن صيغة اليمين حق للخصم موجه اليمين وحده، فلهيئة التحكيم<sup>(٤)</sup> الحق في تعديل صيغة اليمين التي يقترحها الخصم سواء كان هذا التعديل من تلقاء نفسها أو بناء على اعتراض من الخصم الآخر، شريطة أن يكون التعديل قاصراً على إيضاح عباراتها دون أن يمس موضوعها، فليس للهيئة أن تغير من صيغة اليمين تغييراً يؤثر في مدلولها أو موضوعها، إذ أن الشأن في ذلك هو لمن يوجه اليمين دون غيره<sup>(٥)</sup> ومن ثم يجوز لهيئة التحكيم تعديل صيغة اليمين تعديلاً يقتصر على إيضاح عباراتها دون موضوعها، فإن فعلت عكس ذلك تكون قد تجاوزت حدود

(١) وقضى تطبيقاً لذلك "أنه متى استوفت الواقعة محل الحلف الشروط المطلوب توافرها قانوناً، فإن المحكمة لا يسعها سوى إجابة المستأنف إلى طلبه بتوجيه اليمين الحاسمة إلى المستأنف ضده خاصة وأن هذا الأخير لم ينازع في هذا الطلب واقتصر دفاعه على طلبه رفضه الاستئناف" استئناف إسكندرية - الدائرة المدنية الرابعة - جلسة ١٩٩٦/٩/٥ مشار إليه لدى د. سحر يوسف: ص ٩٤ حاشية.

(٢) ويراعى في صفة اليمين أن تكون اليمين دائماً على النفى حتى يتأتى بها الاستيعاب، وهى أما على نفي الفعل أو نفي العلم وأما على نفي السبب أو نفي الحاصل، فى تفصيل ذلك أنظر د. سليمان مرقس ص ٦٣٨ بند ٢١٨.

(٣) Coss. Com. 26 Jan 1981. Bull. Civ. Iv. N 47.

(٤) حيث تنص المادة ١٢٣ إثبات مصرى على أن "للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها".

(٥) نقض مدنى ١٩٨٩/٥/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٠ ص ٤٤٦.

سلطتها، وما قصده المشرع من تحويلها إمكانية تعديل صيغة اليمين تطبيقاً للمادة ١٢٣ إثبات مصرى<sup>(١)</sup>.

ولمن توجه إليه اليمين من الخصوم أن ينازع في جواز توجيهها إليه لعدم توافر شروط توجيهها<sup>(٢)</sup> وحينئذ يتعين على هيئة التحكيم أن تفصل في منازعته<sup>(٣)</sup> وأن توجه إليه اليمين على مقتضى ما تنتهى إليه، وأن تحدد له جلسة لحلفها أن رأت توجيهها إليه، ولا يجوز لها أن تعتبره ناكلاً قبل الفصل في هذه المنازعة<sup>(٤)</sup> ويعلن منطوق الحكم المتضمن توجيه اليمين وصيغته إلى الخصم المأمور بتخليفه إذا لم يكن حاضراً بشخصه تطبيقاً للمادة ١٢٥ إثبات، ويكلف بالحضور للحلف في اليوم الذي تجرده هيئة التحكيم وفقاً للمستفاد من نص المادة ١٢٦ إثبات.

١١٩- إجراءات حلف اليمين الحاسمة أو ردها أو النكول عنها:

إذا قضت هيئة التحكيم بتوجيه اليمين ولم ينازع من وجهت إليه اليمين لافتي جوازها ولا في تعلقها بالدعوى، أو نازع وفصلت الهيئة في منازعته، وأعلنت منطوق الحكم بتوجيه اليمين للخصم إذا لم يكن حاضراً، فإن الأمر لا يخرج عن احتمالات ثلاثة:

١- النكول عن حلف اليمين:

والنكول هو موقف سلبي يقع بعدم الحلف حين يجب الحلف<sup>(٥)</sup> فإذا حضر الخصم الموجه إليه اليمين ورفض الحلف سواء ابتداءً فلم يرددها على خصمه أو بعد رد اليمين عليه - وهو لا يستطيع ردها قانوناً - ولم يحلفها اعتبر في الحالتين ناكلاً. ويعتبر الخصم ناكلاً إذا لم يحضر الجلسة المحددة

(١) قارن أحمد نشأت: رسالة الإثبات ج ٣ ص ٤٩.

(٢) د. سليمان مرقس: ص ٦٢٩ بند ٢١٥، د. فتحى والى: قانون القضاء: ص ٥٥٣

بند ٣٠٤.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٧٧.

(٤) نقض ١٩٦٢/٤/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٤٥٥.

Coss. Civ. 7 Oct 1980 Rev. arb. 1982. 36. Paris. 18 Mars. 1983. Rev. arb. 1983. 491.

(٥) د. السنهورى: ص ٧٣٧ بند ٢٩٨، د. سليمان مرقس: ص ٦٦٤ بند ٢٢٨.

لحلف اليمين ما لم يكن تغيبه بعذر تقبله الهيئة، ويجوز لها أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً، أو إذا حضر وسكت ولم يحلف ولم ينازع في جواز اليمين أو في تعلقها بالدعوى اعتبار ناكلاً. ويعتبر أيضاً ناكلاً الخصم الذي ردت عليه اليمين التي وجهها ورفض أن يحلفها، ذلك كله تطبيقاً<sup>(١)</sup> لنص المادة ١١٨ إثبات والتي تنص على أن "لكل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

## ٢- رد اليمين:

هو التزام بدلى بردها على الخصم<sup>(٢)</sup> فالخصم الذي وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، أى له أن يرفض أداء اليمين ويطلب ممن وجهها أن يحلفها هو، ويعتبر رد اليمين بمثابة حلف يمين موجه للخصم،<sup>(٣)</sup> ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه.... مادة ١١٤ إثبات.

والحق في رد اليمين وسيلة لإيجاد توازن بين مركزي الطرفين<sup>(٤)</sup>، من وجه ومن وجهت إليه اليمين، بالنسبة لهذا الدليل، كما أنه يعتبر ضماناً لجديته، إذ يؤدي إلى أن من يوجه اليمين يجب أن يكون متأكداً من قوة مركزه لاحتمال رد اليمين عليه وقيامه هو بحلفه.

ويعتبر رد اليمين بمثابة طلب حلف يمين موجه إلى الخصم<sup>(٥)</sup> فيشترط في رد اليمين ما يشترط في توجيهها<sup>(٥)</sup>. ولا يجوز الرد إلا إذا انصبت اليمين على واقعة مشتركة بين الخصمين، فإذا كانت خاصة بمن وجهت إليه دون خصمه فليس له ردها عليه مادة ١١٤ / ٢ إثبات. ويرد اليمين تصبح

(١) نقض مدنى ١٩٨٣/٢/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ ص ٥٤٧.

(٢) د. السنهورى: ص ٧٣١ بند ٢٩٣.

(٣) د. فتحى والى: قانون القضاء ص ٥٥٣، ٥٥٤ بند ٣٠٤. د. سليمان مرقس: ص ٦٦٢ بند ٢٢٧. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٨٢ وما بعدها.

(٤) د. السنهورى: ص ٧٣٢ بند ٢٩٤.

(٥) أنظر فيما سبق بند ١١٧.

موجهة إلى من وجهها، ليصبح هذا الأخير ملتزماً بالحلف ولا يمكن رد اليمين ثانية على من ردها عليه، وإلا استمر التحقيق إلى ما لا نهاية، وللخصم الذي ردت عليه اليمين أن يحلفها فيكسب الدعوى أو ينكل عنها فيخسرها مادة ١١٨ إثبات.

### ٢. حلف اليمين بالصيغة التي تقرها هيئة التحكيم:

يجب على الخصم الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة ولم يردها على خصمه أن يؤدي اليمين بنفسه، لأن خصمه قد احتكم إلى ضميره، فلا يصح أن يؤكل غيره في الحلف<sup>(١)</sup> فإذا كان الخصم حاضراً بنفسه الجلسة التي صدر فيها حكم توجيه اليمين أو الفصل في المنازعة الخاصة بجوازها أو تعلقها بالدعوى، وجب عليه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه وإلا اعتبر ناكلاً. ويمكن للهيئة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً، فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه بالحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها الهيئة وفي اليوم الذي حددته، فإن حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلاً مادة ٢٤ إثبات.

وإذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور أمام هيئة التحكيم انتقلت إليه أو نذبت أحد أعضائها لتكليفه<sup>(٢)</sup> ويترتب على إعلان الخصم الذي وجهت إليه اليمين استعداده لحلفها وعدم جواز الرجوع في الطلب الموجه إليه بحلف اليمين سواء كان الطلب ابتداءً أم رداً ليمين مادة ١١٦ إثبات.

ويكون تأدية اليمين<sup>(٣)</sup> شفوياً بأن يقول الخصم "أحلف" ثم يذكر الصيغة التي أقرتها الهيئة مادة ١٢٧ إثبات، فإذا كان دين الخصم يفرض أوضاعاً مقررة في الحلف، جاز للخصم أن يطلب تأدية اليمين وفقاً لهذه الأوضاع<sup>(٤)</sup>. ويعتبر في حلف الأخرس ونكوله، إشارته المعهودة إن كان لا

- (١) د. السنهوري: ص ٧١٩ بند ٢٩٠، د. فتحى والى: ص ٥٥٤ بند ٣٠٤. د. سليمان مرقس: ص ٦٥٥ وما بعدها بند ٢٢٦.
- (٢) أنظر فيما سبق بند ٢٩.
- (٣) د. السنهوري: ص ٧٢٠ بند ٢٩٠.
- (٤) بنى سويف الجزئية ١٩٢٠/١١/٣٠ المحاماة ١ ص ٤٩٠.



يعرف الكتابة فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها يتم بها تطبيقاً للمادة ١٢٩ إثبات. فإذا ما تم حلف اليمين، أو توافرت واقعة النكول حرر محضر بذلك، يوقعه الحالف ورئيس الهيئة أو العضو المنتدب والكاتب أن وجد تطبيقاً للمادة ١٣٠ إثبات.

#### ١٢٠. التزام هيئة التحكيم بنتيجة اليمين الحاسمة:

أياً كان الاحتمال الذي اتخذته الموجه إليه اليمين - من بين الاحتمالات الثلاثة السالفة - أو من ردت عليه<sup>(١)</sup>، فالنتيجة ملزمة لهيئة التحكيم، حتى ولو كانت قناعة أعضائها الشخصية مغايرة لذلك، إذ تفقد الهيئة سلطتها التقديرية عندما يتم قبول توجيه اليمين وتعتبر مكتوفة اليد عاجزة أمام قوة اليمين الحاسمة في الإثبات.

كما أن هذه النتيجة أياً كانت واجبة الاحترام حتى ولو كان من خسر الدعوى نتيجة أداء خصمه لها يعتقد أن خصمه كاذب. وفي ذلك تنص المادة ١١٧ إثبات على أنه " لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه"<sup>(٢)</sup>.

وتنحسم الدعوى التحكيمية بإرادة أطرافها، لا بحكم هيئة التحكيم، وينحصر دورها إزاء اليمين الحاسمة في مراقبة الشروط التي نص عليها القانون، دون أن يكون لديها سلطة تقديرية إزاء اليمين ونتيجته<sup>(٣)</sup> على أن يشترط لإعمال هذه النتيجة أن يكون توجيه اليمين وحلفها أو النكول قد تم مطابقاً للقانون<sup>(٤)</sup>.

(١) د. سحر يوسف: المرجع السابق ص ١٠٣، ١٠٤ بند ٦٨.

CADIET: op. cit. P. 515 N 975.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 678. N 1146.

Coss. Civ. 22 Fév 1978. D. 1978. inf rep. 411. abs. Julien. Paris 12 Mars. 1966 J. C. P. 1966. 11. 14747 Note J. A.

(٢) على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أو هو من خسر الدعوى أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده، مادة ١١٧ إثبات. انظر د. عيد القصاص: المرجع السابق، ص ٣٢٥.

MOREAU: Rev. arb. 1978. op. cit. P. 335. (٣)

(٤) تقض مدني ١٩٨٨/١١/٢٠ في الطعن رقم ٢٤٠٥ لسنة ٥٦ ق.

ثانياً: اليمين المتممة:  
١٢١- ماهية اليمين المتممة ومفترضها:

هى إجراء<sup>(١)</sup> تتخذه هيئة التحكيم من تلقاء نفسها رغبة منها فى تحرى الحقيقة لتستكمل بها دليلاً ناقصاً فى الدعوى. فاليمين المتممة ليست عقداً ولا صلحاً ولا عملاً قانونياً ولا حتى دليلاً<sup>(٢)</sup> وإنما هى إجراء - واقعة مادية - تتخذها الهيئة رغبة منها فى استقصاء الحقيقة. والهيئة بما لها من دور توجيهى فى الدعوى يمكنها خروجاً على مبدأ الحياد والذى يقصر وظيفتها على تقدير الأدلة التى تقدم إليها فحسب<sup>(٣)</sup> اتخاذ هذا الإجراء، ويكون لها السلطة المطلقة فى تقدير نتيجته<sup>(٤)</sup>. فاليمين المتممة توجه لاستكمال أدلة ناقصة<sup>(٥)</sup> ولا يحسم النزاع بمقتضاها، إلا أن لهيئة التحكيم بعد حلفها أن تقضى على أساسها باعتبارها مكتملة لعناصر الإثبات الأخرى<sup>(٦)</sup>.

واليمين المتممة على هذا النحو ليس الغرض منها أن تكون طريقاً يلجأ إليها الخصم عندما يعوزه الدليل لى يحسم بها النزاع، وإنما الغرض منها قد يتحقق عندما يتجمع لدى هيئة التحكيم أدلة على واقعة منتجة فى الدعوى، لكنها ترى فى الوقت ذاته، أن هذه الأدلة غير كافية لتحقيق اليقين لديها بشأن هذه الواقعة، ومن ثم يكون لها توجيه اليمين المتممة استكمالاً لهذه الأدلة، وهى تختار عادة فى توجيهها الخصم الذى يتوسم فيه الصدق أكثر من غيره<sup>(٧)</sup> فتمخض اليمين المتممة إذن طريقاً من طرق

- (١) نقض مدنى ١٩٧٣/٣/٢٧ مجموعة أحكام النقض السن ٢٤ ص ٣٤٢.
- (٢) د. السنهورى: ص ٧٤٦ بند ٣٠٤. د. سليمان مرقس: ص ٦٧٩ بند ٢٣١ والحكم المشار إليه استئناف مختلط ١٩٠٣/١٢/٢ - ١٦ - ص ٢١.
- (٣) أنظر فيما سبق بند ١٥.
- (٤) د. سليمان مرقس: الإشارة السابقة.
- (٥) د. السنهورى: الإشارة السابقة، د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق: ص ٤٧١.
- (٦) نقض ١٩٧٣/٣/٢٧ مشار إليه سابقاً.
- (٧) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٦ بند ٤٨٣، د. سليمان مرقس ص ٦٧٩ والحكم المشار إليه بيا الجزئية ١٩٢٢/٦/١٣ المجموعة ٢٦ - ٢٠ - ٩.

الإثبات ذات القوة المحدودة وذات الأثر التكميلي، ولا تنطوي على أى تصرف قانوني<sup>(١)</sup>.

١٢٢- من يوجه اليمين المتممة:

يوجهها المحكم أو هيئة التحكيم من تلقاء نفسها ولو لم يطلبها أحد الخصوم، فهى من الرخص المخولة لهيئة التحكيم تستعملها إن شاءت دون إلزام عليها، كما أنها تعد أحد تطبيقات<sup>(٢)</sup> المادة ١٠ مرافعات فرنسى التى تنص على أن للقاضى - المحكم - السلطة فى أن يأمر من تلقاء نفسه بكافة إجراءات التحقيق الجائزة قانوناً واليمين المتممة أحد إجراءات التحقيق التى تأمر بها هيئة التحكيم ولو لم يطلبها أحد الخصوم، ولو فرض وطلبها كان للهيئة بشأن هذا الطلب سلطة توجيهها أو على العكس عدم توجيهها<sup>(٣)</sup> وأن أمرت بتوجيهها فيكون لها ذلك فى أية حالة كانت عليها الدعوى، طالما لم يصدر حكم فى الموضوع، حتى ولو أقر باب المرافعة وأمرت بإعادة فتحه، ورات توجيه اليمين المتممة كان لها توجيهها<sup>(٤)</sup>.

وإذا كان توجيه اليمين المتممة من الرخص المخولة لهيئة التحكيم تأمر بتوجيهها ولو من تلقاء نفسها، إلا أن هذا لا يمنع من أن يطلب أحد الخصوم من هيئة التحكيم توجيهها، ولهيئة التحكيم السلطة التقديرية الكاملة فى توجيه اليمين بناء على هذا الطلب أو عدم توجيهه<sup>(٥)</sup> فههيئة

(١) د. السنهورى: الإشارة السابقة.

(٢) Rusquec: Serment Suppléaire. Class. 1994. Fasc. 673. CADIET: op. cit. P. 505. N 957.

قارن د. أحمد هندی: التحكيم: ص ٥٩ بند ١٤، حيث يرى أنه لا يجوز لهيئة التحكيم توجيه اليمين المتممة لأى من الخصوم لأنها لا تملك سلطة تحليف خصم أو شاهد أو خبير. انظر فى الرد على ذلك فيما سبق، بند ١١٦.

(٣) وقضى تطبيقاً لذلك بأنه "لا تتريب على محكمة الموضوع أن لم تستعمل حقها فى توجيه اليمين المتممة إذا هى من الرخص القانونية التى تستعملها إن شاءت بلا إلزام عليها فى ذلك ولو تحققت شروط الحق فى توجيهها" نقض مدنى ١٩٧٧/١١/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٦٧٣.

(٤) د. السنهورى: ص ٧٤٩ بند ٣٠٨. CADIET: op. cit. P. 504 N 956.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

التحكيم غير ملزمة بتتبع الخصوم فيما يطلبونه، ولا تنقيح بالاستجابة إلى مقترحاتهم، فهي وحدها التي تقدر مدى ملائمة وجدوى اللجوء إلى هذا الإجراء<sup>(١)</sup> لكونه إجراء يتعلق بمطلق سلطتها التقديرية.

ويجب لكي تستطيع هيئة التحكيم توجيه اليمين المتممة أن تتعلق بواقعة قانونية يتوافر فيها - فضلاً عن الشروط العامة الواجب توافرها في الواقعة محل الإثبات - الشروط الخاصة الآتية<sup>(٢)</sup>:

١- أن تتعلق الواقعة بشخص من توجه إليه اليمين وإلا نصبت على مجرد علمه بها مادة ٢/١١٥ إثبات مصري.

٢- ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وإلا تكون الدعوى خالية من أى دليل مادة ٢/١١٩ إثبات، ١٣٦٧ مدنى فرنسى.

والمقصود بذلك أن تكون هناك أدلة إثبات قدمت في الدعوى إلا أنها غير كافية لتكوين اقتناع هيئة التحكيم، وتقدير ذلك يرجع للهيئة، فإذا قدمت أدلة إثبات كافية لا تقوم الحاجة لتوجيه اليمين المتممة، ويلحق ذلك أن لم يكن في الدعوى أى دليل، ففي الحالتين لا تستطيع الهيئة أن تلجأ إلى توجيه اليمين المتممة.

والدليل الناقص<sup>(٣)</sup> التي تكمله الهيئة باليمين المتممة، لا يشترط أن يكون كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة، بل يصح أن يكون بينة أو قرائن ترى

(١) د. سحر يوسف: ص ٤٢٦ بند ٢٤٩.

(٢) د. فتحي والى: قانون القضاء: ص ٥٥٦ بند ٣٠٥. د. سليمان مرقس: ص ٦٧٩ وما بعدها بند ٢٣٣.

CADIET: Lic. Cit. Rusquec: op. cit. N 85.

(٣) وقضى تطبيقاً لذلك "بأن شرط توجيه اليمين المتممة هو أن يكون لدى كل من الطرفين مبدأ ثبوت لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل، فإذا ما وجهت المحكمة اليمين إلى أحد الخصمين وحلفها، وقدرت من ذلك أن الدليل الكامل قد توافر على صحة ما يدعيه، فليس في ذلك ما يناقض ما سبق أن قرره في حكمها الصادر بتوجيه اليمين من أن كلا من الطرفين يستند في دعواه إلى دليل له قيمته. نقض مدنى ١٩٥١/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة الثانية ص = ٦٢٢. نقض مدنى ١٩٦٨/١٠/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٢٧٦.

الهيئة فيها مجرد مبدأ ثبوت عادي، وإن كان يجعل الإدعاء قريب الاحتمال، إلا أنه غير كاف بمفرده لتكوين دليل كامل تقتنع به الهيئة، فتقوم بتكملة باليمين المتممة.

#### ١٢٢- لمن توجه اليمين المتممة:

لكون اليمين المتممة ليست دليلاً قائماً بذاته، بل إجراء من إجراءات التحقيق تملك هيئة التحكيم توجيهها من تلقاء نفسها، كما تملك تقدير نتيجته، ومن ثم فلا محل للتقييد فيها<sup>(١)</sup> بقاعدة البيئة على من ادعى. وترتيباً على ذلك، تملك الهيئة توجيهها لأي من الخصمين في الدعوى لتبنى على ذلك حكمها في موضوع الدعوى تطبيقاً للمادة ١١٩ / ١ إثبات. فإذا رأت الهيئة أن أحد الخصمين - محتكم أو محتكم ضده - قدم أدلة على إدعائه في الدعوى أو الدفع أرجح من الخصم الآخر، وإن كانت في ذاتها غير كافية، ورأت إلى جانب ذلك أن هذا الخصم صاحب الدليل الأرجح أولى بالثقة فيه والاطمئنان إليه، وجهت إليه هو دون الخصم الآخر اليمين المتممة، لتستكمل أدلته بها. وأن رأت أن الخصمين متكافئين في كل ما تقدم، فالظاهر أنها توجه اليمين إلى المطلوب من الخصمين لا الطالب، لأن الأصل براءة الذمة<sup>(٢)</sup> مع مراعاة<sup>(٣)</sup> أن هيئة التحكيم في كل هذا إنما تسير بحسب اقتناعها وبمقدار ما تطمئن إلى أي من الخصمين، دون أن تقتيد بقاعدة معينة، وحسب ما تراه من الخصمين أجدر بالثقة حلفته اليمين.

وإذا كان لهيئة التحكيم توجيه اليمين المتممة لأي من الخصمين، والتي تطمئن إليه أكثر، فليس لها أن توجهها إلى الخصمين معاً<sup>(٤)</sup> كما لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه الهيئة اليمين أن يردها على الخصم الآخر تطبيقاً للمادة ١٢٠ إثبات. ومبرر ذلك ومبناه، أن هذه اليمين توجه إليه من هيئة

(١) د. سليمان مرقس ص ٦٨٣ بند ٢٣٤.

(٢) في هذا المعنى أنظر: د. السنهوري: ص ٧٤٨، ٧٤٩ بند ٣٠٧. أحمد نشأت ج ٢ ص ٤٧. د. سحر يوسف: ص ٤٢٧ بند ٢٥٠.

Rusque: op. cit. N 91.

(٣) د. السنهوري: الإشارة السابقة.

(٤) د. فتحي والي: ص ٥٥٧ بند ٣٠٥.

التحكيم وليس من الخصم الآخر، ولا يتصور ردها على من وجهها - هيئة التحكيم - فضلاً عن أن اليمين المتممة، هي وسيلة تكميلية لتكوين اقتناع الهيئة، وليست احتكاماً إلى ضمير الخصم حتى يمكنه ردها ليحتكم هو إلى ضمير خصمه<sup>(١)</sup> لذلك ليس للخصم الذى وجهت إليه اليمين المتممة إلا أن يحلفها أو ينكل عنها، أمام محكمة المادة ٩ تحكيم مصرى.<sup>(٢)</sup>

١٢٤- أولاً: نكول الخصم عن اليمين المتممة:

إذا نكل الخصم عن حلف اليمين التى وجهت إليه من هيئة التحكيم، فإن الأدلة الناقصة التى كان قد قدمها لإثبات إدعائه تبقى ناقصة كما كانت، بل أن الريبة لتزداد فى صحة إدعائه بعد أن نكل عن حلف اليمين<sup>(٣)</sup>.

وعلى الرغم من نكول الخصم عن اليمين المتممة يظل لهيئة التحكيم شأن قضاء الدولة<sup>(٤)</sup> حرية استخلاص ما تراه من هذا النكول، بحيث يكون لها أن تعيد تقدير الأدلة الناقصة، وقد تعيد النظر فى الأدلة التى كانت تحسبها ناقصة فترجع عن رأيها وتقرر أنها كافية لتكوين عقيدتها. ففهم الواقع وتقديره من إطلاقيات سلطة هيئة التحكيم التقديرية<sup>(٥)</sup> فقد تقضى لصالح الخصم الناكل.

ومبرر ذلك ومبناه، أن اليمين المتممة إجراء من إجراءات التحقيق<sup>(٦)</sup>

(١) د. السنهورى: ص ٧٥٥ بند ٣١٢. د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٠٦ بند ٤٨٣.

(٢) د. أحمد هندي: التحكيم ص ٥٩ بند ١٤. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق، ص ٣٨٤.

(٣) د. السنهورى: ص ٧٥٩ بند ٣١٤.

(٤) أنظر فى نكول الخصم عن أداء اليمين أمام قضاء الدولة: د. السنهورى: الإشارة السابقة: د. فتحى والى: ص ٥٥٧ بند ٣١٥. د. سحر يوسف ص ٤٣٥ وما بعدها بند ٢٥٦ والأحكام والمراجع المشار إليها.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٦) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ".... لا تعتبر اليمين المتممة حجة قاطعة ملزمة، بل يكون للقاضى مطلق الخيار فى الاعتداد بها أو التجاوز عنها، فله أن يقضى على أساس اليمين التى أدت، أو على = أساس عناصر إثبات أخرى، اجتمعت له قبل أداء هذه اليمين أو بعد أدائها"

التي تقرر هيئة التحكيم اللجوء إليها في ضوء ما قدم في الدعوى من أدلة ومستندات، ولها أن تعدل عن هذا الإجراء، أو لا تأخذ بنتيجته تطبيقاً للمادة ٩ إثبات مصرى. فهي من الرخص المخولة للهيئة تسير لها الحصول على دليل تقتضيه العدالة ليعزز اقتناعها في الدعوى، فإذا لم تقتنع بالنتائج المترتبة على توجيه اليمين لا تنقيد بها، فهي لا تحكم إلا على أساس ما يرتاح إليها ضمير أعضائها، غاية الأمر، على الهيئة حالة عدولها عن الأخذ بنتيجة الإجراء أن تبين أسباب ذلك<sup>(١)</sup>.

١٢٥- ثانياً: حلف اليمين المتممة وسلطة هيئة التحكيم:

يحلف الخصم اليمين بنفسه ولا يجوز له أن يوكل أحداً غيره. في الحلف، شأن اليمين المتممة في هذا، شأن اليمين الحاسمة. ذلك أن المقصود من الحلف في الحالتين، هو تأكيد الخصم لما يدعيه مع تعزيز التأكيد بالإيمان<sup>(٢)</sup>. فإذا حلف الخصم اليمين المتممة<sup>(٣)</sup>، حررت محكمة المادة ٩ تحكيم محضر بذلك ويوقع عليه من رئيسها والخصم الذي حلف، ولكن هل يتعين على الهيئة اعتبار الواقعة التي تم الحف بشأنها ثابتة أم تملك سلطة إعادة تقييم ما قدم في الدعوى من أدلة ومستندات لتصدر حكمها بناء على هذه الأدلة وتلك المستندات غير مقيدة بحلف الخصم. لم يتفق الفقه بشأن هذه المسألة حول رأى موحد، فذهب البعض<sup>(٤)</sup> إلى أنه إذا حلف الخصم اليمين المتممة التي وجهت إليه تحقق للهيئة ما أرادته من استكمال الأدلة التي لديها، وصارت الواقعة محل اليمين ثابتة على نحو لا يجوز معه للهيئة أن تعود بعد ذلك فتقبل أدلة جديدة بخالفة

---

مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٢ مشار إليه لدى د. السنهورى ص ٧٥٨.

- (١) أنظر فيما سبق بند ٢٣.
- (٢) د. السنهورى: ص ٧٥٦ بند ٣١٣.
- (٣) ما لم يثبت كذب الحالف بحكم جنائي، فإذا صدر هذا الحكم، جاز للخصم الآخر أن يطالب بتعويض مدنى، وهذا دون إخلال برفع دعوى أصلية ببطلان حكم التحكيم الذي صدر تأسيساً على اليمين المتممة.
- (٤) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: الإشارة السابقة. د. فتحى والى: الإشارة السابقة.

لمقتضاها فى الدعوى، أو أن تعيد تقدير الأدلة الموجودة فيها، وشأن ذلك هو ما يتفق مع نص المادة ١١٩ إثبات التى تقضى بأن للقاضى - المحكم - أن يوجه اليمين المتممة لىنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى. ونرى مع الفقه الغالب<sup>(١)</sup> مؤيداً بأحكام القضاء<sup>(٢)</sup> بأن حلف اليمين المتممة لا يلزم هيئة التحكيم، فليس بالضرورى إذا حلف الخصم اليمين أن تقضى الهيئة لصالحه، فقد تقف الهيئة بعد حلف اليمين وقبل النطق بالحكم على أدلة جديدة تقنعها بأن إدعاء الخصم الذى حلف اليمين يقدم على غير أساس فتحكم ضده، بل ليس من الضرورى أن تكشف الهيئة أدلة جديدة، فقد تعيد النظر - كما سبق - بعد الحلف وقبل الحكم، فتقتنع بغير ما كانت مقتنعة به عند توجيه اليمين المتممة، فتقضى ضد من حلف<sup>(٣)</sup>. فهىئة التحكيم لها مطلق الحرية فى أن تقضى على أساس اليمين التى أدت أو على أساس عناصر إثبات أخرى اجتمعت لديها قبل الحلف أو بعد الحلف.

ويراعى أن السلطة التى تتمتع بها الهيئة إزاء اليمين التى حلفت، أو نكل عن حلفها الخصم، ليست قاصرة عليها فحسب، بل تتمتع بها محكمة المادة ٩ تحكيم مصرى<sup>(٤)</sup> إذا ما طعن أمامها ببطلان حكم الهيئة<sup>(٥)</sup> لتأسيس هذا الحكم على أدلة من بينها اليمين المتممة. ويحدث ذلك إذا ما قضت هيئة التحكيم لمصلحة من حلف أو من نكل عن الحلف، ثم طعن

(١) ذ. السنهورى: ص ٧٥٧ وما بعدها بند ٣١٣، د. سليمان مرقس: ص ٦٨٥ وما بعدها بند ٢٣٦ د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار: التعليق: ص ٤٧٧. د. سحر يوسف ص ٤٣٥ بند ٢٥٥. د. عيد القصاص: التحكيم: ص ٣٢٥ بند ١٠٩. CADIET: op. cit. P. 504 N 956.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٢/٥/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٥٧١، نقض مدنى ١٩٧٣/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٤٦٣.

(٣) أنظر فيما سبق حاشية رقم ٣ ص ٢٦٢.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٩١ وما بعده.

(٥) وترفع دعوى البطلان التى ينظمها قانون التحكيم المصرى وفقاً للمواد ٥٢ - ٥٤ سواء كان التحكيم تحكيمياً عادياً أو تحكيمياً مع التعويض بالصلح. وقاضى الدعوى هو صاحب السلطة فى تكييف هذه الدعوى التكييف القانونى الصحيح دون التقييد بما يصفه بها المدعى. فى تفصيل ذلك أنظر د. فتحى والى: التحكيم ص ٥٤٢ وما بعدها والحكم المشار لديه استئناف القاهرة - ١٩ تجارى - ٢٠٠٢/١٢/٣ فى الدعوى ١١٩/٤ ق تحكيم.



فى حكمها وفقاً للمادة ٥٢ تحكيم. فقد تقضى المحكمة ببطلان الحكم لأنه لا محل لتوجيه اليمين المتممة، أو لكون الأدلة المقدمة فى الدعوى كانت كافية قبل توجيه اليمين. أو لأن الأدلة معدومة بحيث لا يجوز توجيه هذه اليمين. أو أن الخصم الذى كان يجب أن توجه إليه اليمين هو الخصم الآخر وليس من حلف، أو من حلف أو نكل عن حلفها كان فاقد الأهلية أو ناقصها وقت الاتفاق على التحكيم وفقاً للقانون الذى يحكم أهليته<sup>(١)</sup> أو لكون المسألة محل الواقعة التى وجهت اليمين بشأنها لا يشملها اتفاق التحكيم<sup>(٢)</sup> ففى كل ذلك تقضى المحكمة ببطلان حكم التحكيم رغم أن الهيئة أصدرت هذا الحكم عن اقتناع تأسيساً على اليمين المتممة.

### المبحث السادس

#### الخبرة

١٢٦. تمهيد وتقسيم:

الخبرة هى إحدى طرق الإثبات المتاحة أمام الأطراف وهيئة التحكيم، بموجبها يمكنهم الاستعانة بخبير متخصص فى إحدى النقاط التى يثيرها النزاع ليفحص وقائعها ويتحقق من ملبساتها، ثم يعرب عن رأيه الاستشارى بشأنها<sup>(٣)</sup>.

وللأطراف وهيئة التحكيم الاستعانة بالخبرة كطريق للإثبات رغم اعتراض البعض<sup>(٤)</sup> فللأطراف حق الاستعانة بخبراء يعبرون عن وجهة نظرهم ويشرحون دقائقها وتفصيلاتها فى محاولة لإثباتها لكسب القضية.

(١) أنظر فى جزاء عدم توافر اتفاق صحيح للتحكيم: د. فتحى والى: ص ١٣٩ وما بعدها بند ٦٦ وما بعده. د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: ص ٣٠٤ وما بعدها بند ٢٠٦، ص ٤٠٥ وما بعدها بند ٢٧٤.

(٢) تطبيقاً للمادة ١/٥٣ - هـ تحكيم مصرى المادة ١٤٩٤ مرافعات فرنسى. أنظر: Fouchard, Gailard et Goldman: op. cit., P. 956. Paris. 6 avril 2006. Rev. orb. 2006. P. 485.

(٣) د. عاطف الفقى: المرجع السابق ص ٤٣٧.

(٤) حيث يرى، بأن الخبير هذه الأيام لم تعد لديه الخبرة المباشرة والكافية فى الموضوعات الفنية المتخصصة كما أن مشورته لم تعد محايدة، حيث يتأثر كل خبير بأراء الطرق الذى استعان به، مما يخلق تعارضاً بين آراء الخبيرين فى نفس الدعوى، بل تعارضاً بين آراء نفس الخبير فى دعوى عن دعوى أخرى حول نفس الموضوع، كما أن العديد من المنازعات التحكيمية عادة ما يتم النظر فيها على أساس الوثائق والمستندات فقط دون الاستعانة بشهود وخبراء. فى تفصيل ذلك أنظر: د. عاطف الفقى ص ٤٣٨، ٤٣٩ والمرجع المشار إليه.

كما أن للهيئة الحق في الاستعانة بخبير يساعدها في استيعاب ما يخرج عن نطاق تخصصها تحقيقاً للهدف الأسمى من التحكيم، والذي يسعى إليه الجميع من أطراف ومحكمين، وهو الوصول إلى حل عادل للنزاع<sup>(١)</sup>. ولذا تعد الخبرة من أكثر وسائل الإثبات شيوعاً واستخداماً في مجال التحكيم<sup>(٢)</sup> نظراً لما تنطوي عليه بعض منازعاته من إشكاليات فنية دقيقة لا يستطيع سبر أغوارها سوى خبير متخصص<sup>(٣)</sup> أياً كان دور هذا الخبير ووظيفته، فني<sup>(٤)</sup> أو معاین<sup>(٥)</sup> أو استشاري<sup>(٦)</sup> أو شاهد<sup>(٧)</sup>.

(١) د. عاطف الفقى: ص ٤٤٠.

PERROT: Rev. arb 1974 op. cit. P. 165.

(٢) د. عاشور مبروك: ص ٣١٠ بند ١٨٧. د. رضا السيد: المرجع السابق ص ٦٢.

د. عيد القصاص: المرجع السابق ص ٣٢٨ بند ١١١.

(٣) د. طلعت دويدار: ضمانات التقاضى: ص ١٨٤.

(٤) والخبير الفني وهو الذى يندب من تلقاء نفس هيئة التحكيم أو المحكمة، أو بناءً

على طلب أحد الخصوم أو بناءً على اتفاقهم عليه، فى نزاع مطروح على

الهيئة أو المحكمة، ومطلوب فى وقائعه معرفة الرأى الفنى فيها، لعدم معرفة

الهيئة أو المحكمة أو عدم إلمامها بها، لذلك يقوم الخبير بفحص الوقائع محل

الخبرة وتمحيصها وإبداء الرأى فيها كتابةً وفقاً للمادة ١٥٠ إثبات مصرى،

١/٣٦ تحكيم مصرى.

MOREAU: Rev. arb 1978 op. cit. P. 333.

(٥) والخبير المعاین، هو الذى تستعين به هيئة التحكيم أو المحكمة حينما تقر

الانتقال للمعاينة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم، وذلك

لإثبات حالة الواقعة محل النزاع وفقاً للمادة ١٣١/١٣٢ إثبات مصرى، المادة

٣٦ من نظام التحكيم السعودى، ودون إبداء الرأى شفاهةً أو كتابةً، وتحضر

هيئة التحكيم أو المحكمة محضراً تبين فيه جميع الأعمال التى قام بها الخبير،

ويوقع على المحضر هو وأعضاء هيئة التحكيم أو المحكمة. أنظر فيما سبق بند

١١٢.

(٦) والخبير الاستشارى، هو من يستعين به أحد الأطراف ويستند إلى رأيه الفنى

بالنسبة لبعض وقائع النزاع، ويكون لأى من الأطراف ذلك، سواء قررت

الهيئة الاستعانة بخبير أم لا. ودور الخبير فى هذه الحالة يقتصر على مجرد تقديم

استشارة فى مسألة فنية، ولهيئة التحكيم الأخذ بها، أو أن تلتفت عن الأخذ

بها، وذلك دون حاجة للرد على التقرير. د. فتحي والى: التحكيم ص ٢٧٣

بند ٢٠٨. د. على اسماعيل غازى: ص ٣٨.

(٧) والشاهد الخبير، جرى العمل فى التحكيم، على أن يدعى شخص فنى

لإعطاء شهادته فى مسألة فنية باعتباره خبير فنى، ومثل هذا الشخص وإن

سمى شاهداً إلا أنه يعتبر خبيراً، وبالتالي يخضع لما ينظمه قانون التحكيم

بالنسبة للخبير من قواعد وإجراءات، وتكون مهمته تزويد المحكم المعرفة الفنية

واستعانة هيئة التحكيم والأطراف بالخبرة كطريق للإثبات، هو ما صادف به اعتماداً ثابتاً من جانب التشريعات<sup>(١)</sup> وأنظمة التحكيم المقارنة، فنصت المادة ٢٦ من القانون النموذجي للتحكيم على أن "ما لم يتفق الطرفان على خلاف ما يلي، يجوز لهيئة التحكيم أن تعين خبيراً أو أكثر من خبير ليقدم تقريراً إليها بشأن مسائل معينة تحددها الهيئة" والمادة ١/٣٦ من نظام التحكيم السعودي على أن "لهيئة التحكيم عند الاقتضاء الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير فني بشأن بعض المسائل أو الوقائع الفنية والمادية المنتجة في الدعوى...."<sup>(٢)</sup>

ودراستنا للخبرة<sup>(٣)</sup> تقتصر على المجال الإجرائي للإثبات بها، ممثلاً هذا المجال في طلب الاستعانة بها وندب الخبير، وردده، وسلطة هيئة التحكيم في العدول عن ندب الخبير، ونطاق الاستعانة بالخبرة، وكيفية مباشرة الخبير لمأموريته، وتقرير الخبير، ومناقشته واستعانة الأطراف بخبير استشاري، وسلطة هيئة التحكيم إزاء التقرير، وعدولها عن نتيجته. مع

بالنسبة لما يشهد به. د. فتحى والى: ص ٣٧٣ وما بعدها بند ٢٠٩. د. على اسماعيل غازى: الإشارة السابقة.

(١) أنظر المواد ٣٦ تحكيم مصرى، ٣٦ من قانون التحكيم العماني، ٣٤ تحكيم أردنى، ٢٦ تحكيم بحرينى ٤١ تحكيم يمنى، ٢/١٧٩ مرافعات كويتى، = ١/١٤٦٤ مرافعات فرنسى، ١/١٦٩٦ من قانون القضاء البلجيكى، ٢٩ من قواعد اليونستيرال.

(٢) أنظر المواد ٢٩ من قواعد اليونستيرال، ٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي، ٢٠ من لائحة تحكيم غرفة باريس، ٢/١٤ من قواعد غرفة التجارة الدولية،

٤١ من نظام التوفيق والتحكيم التجارى لغرفة تجارة وصناعة دبي. أنظر الدراسة التفصيلية للخبرة: د. علي الحديدى: دور الخبير الفنى فى الخصومة رسالة المنصورة ١٩٨٩ محمود جمال الدين زكى. الخبرة فى المواد المدنية والتجارية ١٩٩٨٠ مطبعة جامعة القاهرة. د. سيد أحمد محمود أحمد: المرجع السابق. د. مصطفى المتولى قنديل: دعوى الخبرة بدون تاريخ طبع دار النهضة العربية.

CARATINM: De quelques Propositions Tendânt Oméliorer L'expertise judiciaire Goz Pal 1984. P. 215.

مراعاة أن اتفاق الأطراف على التحكيم وكذا بدء إجراءاته لا يمنع من رفع دعوى أصلية بالخبرة لإثبات حالة أمام قضاء الدولة.

في مطلبين متعاقبين، نتعرض في الأول، للخبرة كإجراء للإثبات. وفي الثاني: للدعوى الأصلية بالخبرة أمام قضاء الدولة مع وجود الإتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته. ذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول:** الخبرة كإجراء للإثبات.

**المطلب الثاني:** الدعوى الأصلية بالخبرة مع وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته.

### **المطلب الأول** **الخبرة كإجراء للإثبات**

١٢٧- **ندب الخبير:**

لهيئة التحكيم ولو من تلقاء نفسها ندب خبيراً أو أكثر لمعرفة رأيه في مسألة معينة ولو لم يرد في اتفاق نص يبيح لها ذلك، المادة ١/٣٦ تحكيم مصرى. كما قد يكون ندها للخبير بناء على طلب أحد الأطراف. وفي الحالتين لا تتمتع هيئة التحكيم عند ندب الخبراء بالإجراءات المتبعة أمام القضاء.

١٢٨- **ندب الخبير بناء على طلب الأطراف:**

فندب الخبير أو الخبراء قد يكون بواسطة الأطراف، سواء كان الندب بقصد تقديم استشارة من الخبير إلى أحد الأطراف، أو ندهه بقصد إبداء الرأي في مسألة متعلقة بالواقعة محل النزاع، ثم بعد ذلك يبدى هذا الرأي إلى هيئة التحكيم إما شفاهة أو فى شكل تقرير مكتوب، أو ندب خبير لإعطاء شهادة فى مسألة فنية باعتباره خبيراً فيها وهو الشاهد الخبير<sup>(١)</sup>.

ويعترض البعض<sup>(٢)</sup> على ندب الخبراء بواسطة الأطراف، لأن ندب الخبير بهذا الطريق قد يتخذ ذريعة ليعطل سير الإجراءات التحكيمية، فكلما تسنى لأحد الأطراف تعطيل سير الخصومة فيقوم بندب خبير، وهذا بدوره سوف يؤدي إلى زيادة تكاليف التحكيم، كما أن ندب الخبير بواسطة

(١) أنظر فيما سبق ص ٢٦٧ حاشية رقم ٥.

(٢) د. عاطف الفقى: ص ٤٤٤ وما بعدها والمراجع المشار له.

الطرف سيصدر رأيه غالباً متأثراً بوجهة نظر الطرف الذى اختاره، والذى سيدفع له اتعابه، ونفس الوضع بالنسبة للطرف الآخر، مما يؤدي فى النهاية لعدم حياد كلاً من الخبيرين إلى تقارير متعارضة حول موضوع واحد، مما يؤدي فى النهاية إلى تشتيت آراء المحكمين، وصعوبة فصلهم فى النزاع، ولا يختلف ذلك حالة نديهم للخبراء لمناقشة تقرير الخبير الذى نديته هيئة التحكيم.

واعترض البعض على ندي الخبراء بواسطة الأطراف هو ما لا نعتقد فى صحة تصوره ولا فى دقة أساسه، لأنه من ناحية يصلح بنصوص قانونية صريحة ولوائح تحكيم ثابتة، فالمادة ٣٦ / ٤ تحكيم مصرى تنص على ".... لكل من الطرفين أن يقدم فى هذه الجلسة خبيراً أو أكثر من طرفه لإبداء الرأى فى المسائل التى تناولها تقرير الخبير الذى عينته هيئة التحكيم". والمادة ٥/٢٩ قواعد اليونسترال على أنه ".... يجوز لكل من الطرفين أن يقدم فى الجلسة المحددة لسماع تقرير الخبير شهوداً من الخبراء ليدلوا بشهادتهم فى المسائل موضوع النزاع".

ومن ناحية ثانية يتعارض ما ذهب إليه البعض مع القاعدة العامة فى اختيار الأطراف للإجراء الذى يحكم إجراءات الإثبات وفقاً للمادة ٢٥ تحكيم مصرى، والتى تنص على أن لطرفى التحكيم الاتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقها فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو لائحة مركز تحكيمى<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية أخرى، يستمد المحكم أو هيئة التحكيم ولايتها من اتفاق الأطراف، فإذا أُنفق الأطراف على استبعاد الخبرة، أو على العكس الاستعانة بها كإجراء للإثبات، فلا يجوز لهيئة التحكيم مخالفة ما اتفق عليه الأطراف، لأن دون ما اتفق عليه الأطراف تفقد هيئة التحكيم ولايتها. وما تصدره بالمخالفة للاتفاق يكون محلاً للبطلان.<sup>(٢)</sup>

(١) أنظر فيما سبق بند ٧.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٩ وما بعدها بند ٢٠٦.

تنص المادة ١/٣٦ تحكيم مصرى على أن "لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يثبت في محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحددها ...". وهو ما استقرت عليه معظم التشريعات وأنظمة التحكيم المعاصرة<sup>(١)</sup> فهيئة التحكيم إذا احتاجت إلى مساعدة خبير فإنه لا يوجد سبب معقول يمنعها من الحصول على هذه المساعدة<sup>(٢)</sup> بشأن أية مسألة عملية أو فنية<sup>(٣)</sup> متى اقتضى الفصل العادى فى النزاع ذلك. بل يفضل البعض<sup>(٤)</sup> ندب الخبراء عن طريق الهيئة لأنها أقدر على اختيار خبراء أكفاء فى التقدير حول المسائل العملية أو الفنية التى تتعلق بالمنازعات التحكيمية.

١٣٠- وفى العاليتين، سواء تم ندب الخبير بواسطة الأطراف أم بواسطة هيئة التحكيم، فالهيئة لا تتقيد بالإجراءات المتبعة أمام القضاء بشأن ندب الخبراء. ومع ذلك ينبغى على الهيئة، خاصة إذا نازع أحد الأطراف فى حدود الاستعانة بالخبير أن تصدر حكماً بندبه متضمناً تكليفه بتقديم تقرير مكتوب أو شفوي، وذلك على نحو غير مخالف للاتفاق على التحكيم<sup>(٥)</sup> وتحدد فيه اسم الخبير ومأموريته، والنقاط والمسائل التى سيبدى فيها رأيه، والمدة اللازمة لإتمام هذه المأمورية. كما أن للهيئة تحديد أمانة الخبير وفقاً لما اتفق عليه الأطراف. والأمانة<sup>(٦)</sup> هى المبالغ اللازمة لمصروفات الخبير وأتعابه، وحيث أن تحديد الأمانة من القواعد الإجرائية التى يجوز للأطراف الخروج عليها، كما يجوز لهيئة التحكيم عدم الالتزام بها، ومن ثم فليس

(١) أنظر فيما سبق ص ٢٦٧.

Boissésou: op. cit. P. 247 ets N 292.

(٢) د. فتحى والى: التحكيم: ص ٣٦٩ بند ٢٠٦.

(٣) د. عاطف الفقى: ص ٤٤٨.

Boissésou: op. cit. P. 250 N 293.

(٤) د. علي الحديدى: ص ١٦٢ وما بعدها بند ١٠٧. د. أحمد هندى: التحكيم

ص ٥٦ بند ١٤.

هناك ما يمنع من اتفاق الطرفين مقدماً على أمانة الخبير أو على من يلتزم منهما بإيداعها أو على اشتراكهما في الإيداع<sup>(١)</sup>.

وعلة تحديد اسم الخبير، فذلك لإعطاء الأطراف الفرصة لردده - وكما سنرى - وفقاً للمادة ١٤١ إثبات مصرى. أما تحديد أمورته، فذلك ليعرف ما يريد المحكم أو هيئة التحكيم بدقة حتى تستطيع الفصل فى موضوع الدعوى، ولتفادى المناقشات غير المجدية التى غالباً ما يثيرها أطراف الخصومة التحكيمية بهدف تأخير وتعطيل الخبير، ومحاوله إبعاده عن المصاعب الفنية الحقيقية للمنازعة<sup>(٢)</sup>.

والعلة من تحديد المسائل والنقاط التى ستكون محلّ المهمة الخبير، فهى للتأكيد من أن الهيئة لم تفوض الخبير فى كل موضوع النزاع الذى هو جوهر مهمتها التحكيمية. وتطبيقاً لذلك قضى بأن المحكم الذى كلف الخصوم بإجراء القسمة بينهم يمكنه أن يستشير أحد الخبراء فى مسألة بعينها ولكنه لا يملك أن يعهد بهذه المهمة فى مجملها إلى هذا الخبير، وإلا يكون قد أناب غيره فى أداء مهمته التحكيمية<sup>(٣)</sup>.

أما العلة من تحديد المدة اللازمة لإتمام المأمورية، احترام الخبير والأطراف ومثلوهم، وكل شخص يسهم فى الدعوى للمواعيد الإجرائية التى يحددها القانون، أو يعهد بتحديد لها لهيئة التحكيم، كى تسير الخصومة فى مجراها الطبيعى، ويصدر فيها الحكم دون بقاء أو مماطلة وفقاً للمستفاد من نص المادة ١٣٥ إثبات مصرى<sup>(٤)</sup>.

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧١٠ بند ٤٨٥.

(٢) د. علي الحديدى: ص ١٦٠ بند ١٠٦. د. أحمد هندی: الإشارة السابقة.

(٣) د. على اسماعيل غازى: ص ٣٧٦، د. عيد القصاص: المرجع السابق، ص ٣٢٩ بند ١١٣. د. علي بركات: ص ٣٩٨ بند ٤٠٥ والحكم المشار لديه.

Trib. Civ. Lille 29 Fév 1956.

Rev. arb. 1956. 101.

(٤) د. علي الحديدى: ص ١٧٠ بند ١١١.

وإذا قضت الهيئة بنذب خبير أعلنت الأطراف بهذا الحكم، حتى يكون على بينة من أمرهم قبل وأثناء تأدية الخبير لمهمته<sup>(١)</sup> تطبيقاً لنص المادة ١/٣٦ تحكيم مصرى "وترسل الهيئة إلى كل من الطرفين صورة من قرارها بتحديد المهمة المستندة إلى الخبير"<sup>(٢)</sup>. ولا جناح على الأطراف أو على هيئة التحكيم إن رسم أى منهما طريقاً آخر لإعلان حكم الهيئة بنذب الخبير، لكن عدم إعلان الأطراف به من الأصل يعرض حكم التحكيم للبطلان، إن هى اعتمدت على تقرير الخبير دون أن يكون قد أعلن إلى الخصمين، ودون أن تتاح لهما مكنة الحضور مع الخبير أثناء قيامه بمأموريته لما فى ذلك من إخلال بحق الدفاع وبمبدأ المواجهة<sup>(٣)</sup>.

ولا يؤدي حكم الهيئة بنذب الخبير إلى وقف ميعاد التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على هذا الوقف سواء فى اتفاق التحكيم، أو فى اتفاق لاحق، ويمكن للطرفين بدلاً من الإتفاق على وقف التحكيم الإتفاق على مد مدته، بما يوازى المدة التى تستغرقها الخبرة<sup>(٤)</sup> وتعديل الميعاد يجب أن يكون بقرار من الهيئة، وعلى الخبير أن يودع الهيئة مذكرة يوضح فيها الأسباب التى أدت إلى تأخيره عن الميعاد المحدد، فإذا ما وجدت الهيئة ما يبرر هذا فإنها تمنحه أجلاً لإتمام مأموريته<sup>(٥)</sup> ولأن مهمة الخبرة تستغرق عادة وقتاً طويلاً، فإنه من الملائم، وكما يرى البعض<sup>(٦)</sup> - وبحق - إضافة نص

(١) Coss. Civ. 30 Nov. 1978. Rev. arb. 1979. P. 355. Note Fouchard.

(٢) والمادة ٢٩ من قواعد اليونسترال، المادة ١/٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي.

(٣) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧١٠، ٧١١ بند ٤ ٨٥ قارن: Paris. 25 Juin 1993. Rev. arb. 1993. P. 685 Note Bureau. Paris, 14 oct. 1993. Rev. arb. 1994. 380. Paris. 12, mars. 1998 Rev. arb 1999. N.I. P. 95, note Georges Fléchux.

والتي انتهت فيه المحكمة إلى أن عدم دعوى أحد الطرفين إلى عمليات الخبرة، ليس فيه ما يخالف مبدأ المواجهة، لأن العملية محل الخبرة، الخاضعة للسر المهني، لا علاقة لها بمجال مبدأ المواجهة.

(٤) د. فتحى والى: ص ٣٧٠ بند ٢٠٦.

(٥) د. على الحديدى: ص ١٧١ بند ١١١.

(٦) د. فتحى والى: الإشارة السابقة.



فى قانون التحكيم يقضى بعدم احتساب مدة مباشرة الخبير لمأموريته ضمن ميعاد التحكيم.

والخبير الذى يتم نديه سواء بواسطة الأطراف أم بواسطة الهيئة لا يلزم أن يكون من المقيدين بجدول الخبراء بوزارة العدل<sup>(١)</sup>. وقد يندب موظف بالاسم من موظفى إحدى المصالح الحكومية التى يعهد إليها بأعمال الخبرة، فعندئذ عليه الحصول على موافقة جهة عمله على مباشرة الخبرة، ولكن عدم الحصول على هذه الموافقة لا يؤدي إلى بطلان الخبرة التى يجرىها، وإن كان قيامه بها دون موافقة الجهة يشكل من جانبه مخالفة إدارية<sup>(٢)</sup>. ولا مانع من أن تنتدب الهيئة خبيراً اتفق الأطراف على تحديده بالاسم<sup>(٣)</sup>. ولا يخلف الخبير ميمناً قبل مباشرة مأموريته أو بعدها وفقاً للمادة ٤/٣٣ تحكيم مصرى<sup>(٤)</sup>.

#### ١٢١- رد الخبير:

هو إمكانية إبعاده عن القيام بتنفيذ المأمورية المحالة إليه، إذا وجد سبب يؤدي به إلى الميل أو التأثير بعواطفه فى تنفيذ مهمته<sup>(٥)</sup>. وهو حق اختيار مقرر للخصوم وحدهم<sup>(٦)</sup> فلائى منهم طلب رد الخبير إذا وجد سبب من الأسباب التى ينص القانون عليها والتى حددتها المادة ١٤١ إثبات مصرى، وهى تتطابق مع حالات عدم صلاحية القاضى المادة ١٤٦ مرافعات مصرى، والحالتين الأخيرتين من حالات رده وفقاً للمادة ١٤٨، ٣، ٤

(١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. د. على اسماعيل غازى: المرجع السابق ص ٣٧٩.

(٢) د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية فى القانون المصرى مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية. الجزء الثانى. الأدلة المقيدة ط ٤ القاهرة ١٩٨٦ ص ٣٣٨ بند ٣٤٢.

(٣) Boissésou: op. cit. P. 247 N 292.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٨٠.

(٥) د. علي الحديدى: ص ١٩٦ بند ١٢٤.

(٦) Coss. Civ. 30 Nov. 1978 op. cit.

مرافعات، وتقوم هذه الأسباب على فكرة واحدة، هي وجود مصلحة له في الدعوى أو قيام شك في حياده أو استقلاله<sup>(١)</sup>.

وفي القانون الفرنسى نصت المادة ٢٣٤ مرافعات على إمكان رد الخبير لذات الأسباب التى يرد بها القضاة والتى نصت عليها المادة ٣٤١ مرافعات<sup>(٢)</sup> وقياساً على ذلك ينبغى التسليم بأنه يمكن رد الخبراء لنفس أسباب رد المحكم<sup>(٣)</sup> متى قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حياده أو استقلاله وفقاً للمادة ١ / ١٨ تحكيم مصرى<sup>(٤)</sup>.

والمنازعة المتعلقة برد الخبراء لا يطبق عليها المبادئ التى قررتها المادة ١ / ١٩ تحكيم مصرى ١٤٥٩ مرافعات فرنسى واللذين تنصا على أن المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع هى المحكمة المختصة بحسم المنازعات المتعلقة برد المحكمين.

ومع ذلك، يرى بعض الفقه<sup>(٥)</sup> أن هيئة التحكيم لا تختص بنظر المنازعة برد الخبير، لأن الخصومة فى الرد تخرج عن حدود سلطاتها المخولة إليها بمقتضى عقد التحكيم، ولأن أحد خصوم هذه الدعوى هو الخبير، وهو

(١) د. محمود جمال الدين زكى: الخبرة: ص ١٢٥ بند ٢٩.

(٢) أنظر فى تطور أسباب رد الخبراء فى التشريع الفرنسى د. علي الحديدى: ص ١٩٨ وما بعدها حاشية رقم ٣. وفى تطور أسباب رد المحكمين د. علي بركات: ص ٢٣٨ وما بعدها بند ٢٤٤.

(٣) Boissésou: op. cit. P. 249. N 296.

(٤) والمواد ٢ / ٢٩ من قواعد اليونسترال، ١ / ١٠ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى، ١ / ١١ من لائحة I. C. C. وفى تفصيل ذلك أنظر: د. عزمى عبد الفتاح: إجراءات رد المحكمين فى قانون المرافعات الكويتى مجلة الحقوق ١٩٨٤ السنة ٨ ع ٤ ص ٢٢٧.

MOREAU: La récusation des arbitres dans La jurisprudence recente. Rev. arb. 1975. 223.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم: ص ٢٦٨ بند ١٠٨، د. نبيل عمر: ص ٢٠٢ بند ١٦٩، د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٣٣ بند ١٨٤ استئناف القاهرة ٦٣ تجارى جلسة ٢٠٠٢ / ٦ / ١٩ فى الدعوى ٣٦ لسنة ١٧ ق.

ليس طرفاً في عقد التحكيم، والمختص بها هي المحكمة التي لها ولاية الفصل في النزاع الأصلي.

والراجع<sup>(١)</sup> هو أن هيئة التحكيم هي التي تتولى الفصل في طلب رد الخبير سواء بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع أو مع الحكم النهائي. لأن رد الخبير من المنازعات التي يمكن أن تثور بين الخبير وأحد الخصوم في هذا الصدد. واختصاص الهيئة بنظر طلب رد الخبير هو ما صادف اعتماد ثابت من جانب المشرع، حيث نصت المادة ٢/٣٦ تحكيم مصرية على أن ".... تفصل هيئة التحكيم في كل نزاع يقوم بين الخبير وأحد الطرفين في هذا الشأن"، وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٢)</sup> إذا تعلقت المنازعة بالخبير فالمنطقي أن يتم طرحها على الهيئة التحكيمية لكي تحسم تلك المنازعة بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع أو مع الحكم النهائي Une Premiere sentence de finitif

وإذا كان لهيئة التحكيم على هذا النحو، صلاحية النظر في طلب رد الخبير، فإنها لا تكون مقيدة بالمواعيد التي حددها قانون الإثبات لتقديم طلب الرد، فلها أن تقبله ولو قدم لها بعد هذه المواعيد، وأن تقبله في أي وقت قبل إصدار حكمها، كما لو تبين لها وجود عذر مقبول لتأخير الطالب في تقديمه، وتفصل في الطلب فوراً<sup>(٣)</sup> ويمكنها العدول عن نذب الخبير وتعيين خبير بدلاً منه، كما أن لها أن تتجاهل الطلب إذا وجدت أنه لا أساس له ولا يرمى إلا إلى المماطلة ومد أجل النزاع.

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧١٢ بند ٤٨٥. د. فتحي والي: ص ٣٧٤ بند ٢١٠. د. محمد نور شحاته: النشأة الإتفاقية: ص ٣٤٨، د. علي بركات: ص ٣٩٨ بند ٤٠٥. د. أحمد هندي: التحكيم: ص ٥٦ بند ١٤.

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 981 N 1671.

Boisseson: op. cit. P. 249 N 298 Loquin: jur. Class. Op. cit. Fosc. 1036. N 42.

Trib. Civ. Lille 29 Fév. 1956 Rev. arb. 1956. 101. Coss. (٢)  
Civ. 14 Nov. 1991 Rev. arb. 1992 N 220 – Note Bellet.

(٣) د. فتحي والي: الإشارة السابقة. وقرار الهيئة برد الخبير غير قابل للطعن بأى طريق عن طريق الطعن مادة ٢/٣٦ من نظام التحكيم السعودي.

أما إذا لم يكتشف الخصم سبب رد الخبير إلا بعد صدور حكم التحكيم، وكان هذا الحكم مبنى على تقرير الخبير المذكور، وفي هذه الحالة تكون هيئة التحكيم قد استنفذت ولايتها، فلا يبقى أمام المحكوم عليه سوى تقديم طلب الرد إلى محكمة المادة ٩ تحكيم، فإذا ما قضت بالرد، فإن حكم التحكيم يكون باطلاً لبنائه على تقرير الخبير الذي حصل رده. وحفظاً للمواعيد المقررة لطلب القضاء ببطلان الحكم، فإنه يكون للمحكوم عليه أن يقدم طلب القضاء بالبطلان في الميعاد وأن يطلب تأجيل النظر فيه إلى حين الفصل في منازعة الرد<sup>(١)</sup>.

١٢٢. سلطة هيئة التحكيم في العدول عن قرارها بندب الخبير:

لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تحكم بندب خبير أو أكثر، وحكمها بالندب يعد إجراءً من إجراءات الإثبات لا تنقيد به، وتملك العدول عنه متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها، أو ما استجد في الدعوى بعد الحكم بالندب كافياً لتأسيس اقتناعها<sup>(٢)</sup>. كما أن الهيئة غير مقيدة بالإبقاء على الإجراء بالخبرة، وتملك الفصل في الدعوى دون انتظار نتيجة الخبرة التي أمرت بها متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها<sup>(٣)</sup>. وتطبيقاً لذلك قضى<sup>(٤)</sup> بأن الحكم الصادر بندب خبير لبيان أجره المثل لا يقيد المحكمة - الهيئة - وتملك العدول عنه إذا ما تبينت الأجرة الحقيقية، ولا يعد ذلك مخالفاً لحجية الأمر المقضى.

(١) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال: ص ٧١٣ بند ٤٨٥ قارن د/ فتحى والى: ص ٣٧٤ حاشية حيث يرى سيادته بأن محكمة الدولة لا تختص بطلب رد الخبير ولو رد حكم في الدعوى التحكيمية لكون الاختصاص قاصر على هيئة التحكيم سواء أثناء سير الخصومة التحكيمية أو بعد صدور الحكم فيها.

(٢) استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٣/١٢/٣٠ فى الدعوتين ٩١، ٩٦ لسنة ١١٩ ق تحكيم.

(٣) Coss. Civ. 9 Nov 1977. R. T. D. Civ. 1978. P. 728 Note Perrot.

(٤) نقض ١٠/٦/١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٧٤٣.

وعدول هيئة التحكيم عن قرارها بندب الخبير، وكذلك عدم إبقاءها على الإجراء بالخبيرة، لا يتطلب صدور حكم من الهيئة به، فإذا نذبت خبير من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، ولم يباشر هذا الخبير مأموريته لسبب أو آخر، فإن للهيئة - دون قرار منها بالعدول عن نذبه - القيام بالفصل في الدعوى استناداً إلى ما في الدعوى من أدلة أخرى<sup>(١)</sup>.

#### ١٢٢. نطاق الاستعانة بالخبيرة:

لغياب النص التشريعي في قانون التحكيم المصري، وأنظمة التحكيم المقارن<sup>(٢)</sup> الذي يحدد نطاق استعانة هيئة التحكيم بالخبيرة، لم يتفق الفقه حول رأى موحد بشأن تحديد هذا النطاق، فذهب اتجاه أول<sup>(٣)</sup> إلى أن مهمة الخبير تنحصر دائماً في مسائل الواقع، فيمتنع على هيئة التحكيم - شأن قضاء الدولة - أن تكلف الخبير بإعطاء رأى قانونى أو حل قانونى للنزاع، أو حكماً بإبداء تقرير له الطابع القانونى أو القيام بمهمة المصالحة بين الخصوم. ولذا لا تستطيع هيئة التحكيم أن تنتدب خبيراً لإبداء رأيه فى

(١) د. فتحي والى: ص ٣٧١ بند ٢٠٦ والحكم المشار لديه استئناف القاهرة ٥٠ تجارى ١٢/٢٥/٢٠٠٠ فى الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١١٧ ق.

(٢) على عكس قضاء الدولة، حيث نصت التشريعات المختلفة على المسائل التى يجوز للقاضى نذب خبير فيها والنذب قاصر على المسائل الفنية البحتة. فنصت المادة ٩٦٢ من قانون القضاء البلجيكى على أنه لا يجوز للقاضى أن يكلف = الخبير إلا بإجراء المعاينات أو الإدلاء برأى ذات صبغة فنية. والمادة ٣٠٢ مرافعات فرنسى قديم والتي تنص على أنه "لا يجوز أن تنصب الخبيرة إلا على المسائل الفنية البحتة" وغير ذلك من التشريعات الألمانى والسويسرى والعراقى ... الخ أنظر فى تفصيل ذلك د. علي الحديدى: ص ٢٢٦ وما بعدها بند ١٤٢ وما بعده.

(٣) د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم ص ١٩٢. د. نبيل عمر: التحكيم: ص ٢٠٢، ٢٠٣ بند ١٦٩، د. هدى عبد الرحمن: ص ٢٣٣ بند ١٨٥. د. محمد نور شحاته: النشأة الإتفاقية: ص ٣٤٨ وما بعدها والأحكام المشار له نذب R. Levy مدنى ١٩٧٨/٦/٧ مجلة التحكيم ١٩٧٩ - ٣٤٣ تعليق R. Levy ١٩٥٨/١٠/٧ مجلة التحكيم ١٦ - ١٩٥٩.

PERROT: Rev. arb. 1974 op. cit. P. 166.

مسألة قانونية، أو أن تعهد له بمهمة قضائية، ولا أن تقرر مسبقاً اعتماد  
الرأى الذى سينتهى إليه الخبير فى تقريره. فإذا حصل مثل هذا التكليف أو  
ذلك التعهد، أو قررت الهيئة مسبقاً اعتماد الرأى الذى سينتهى إليه الخبير،  
أو إصدار الخبير قراراً فاصلاً فى النزاع، فيمكن إبطاله لصدوره بدون أو  
خارج عن اتفاق التحكيم وفقاً لنص المادة ١٤٩٢ مرافعات فرنسي،  
وقضى تطبيقاً لذلك بأن المحكم المكلف من قبل الخصوم بإجراء قسمة لا  
يمكن أن ينيب عنه شخصاً من الغير فى هذه المهمة، بمعنى لا يمكنه أن  
يكمل هذه المهمة بواسطة شخص من الغير.

ويرى اتجاه آخر<sup>(١)</sup> جدير بالتأييد أن ما ذهب إليه الاتجاه الأول ينطبق  
أمام القاضى فقط، لأن القاعدة أن القاضى يعلم القانون *jura Novil*  
*Curia* وهى قاعدة رسخت فى التشريعات المختلفة وتناولها العديد من  
هذه التشريعات بالنص عليها، ومن تطبيقاتها المادة ١٢ مرافعات فرنسي.  
فالقاضى هو السيد فى نطاق القانون بحكم مؤهله واحترافه للعمل  
القضائى، ووظيفته حماية القانون، ولذا يعلم القاضى القانون، وجوهر  
مهمته هو تطبيقه، ولا يجوز له بالتالى أن يندب خبيراً قانونياً وإلا اعتبر  
ذلك تخلياً عن وظيفته. وشأن ذلك هو ما صادف به اعتماد ثابت من جانب  
التشريعات المختلفة<sup>(٢)</sup> حيث نصت المادة ٢٣٨ / ٣ مرافعات فرنسي على أنه  
"يجب على الفنى ألا يتعرض مطلقاً لتقدير مسألة قانونية" *"il Ne doit  
jamais porter d'appréciation d'ordre juridique"*

ولكن الأمر - جد - مختلف بالنسبة لهيئة التحكيم التى قد يكون كل  
أعضائها من غير القانونيين، وتثور أمامهم بعض المسائل القانونية التى  
يستعصى عليهم حلها، دون استشارة خبير قانونى، تعلقت تلك المسائل

- 
- (١) د. فتحى والى: ض. ٣٧١ بند ٢٠٦. د. وجدى راغب: هل التحكيم نوع من  
القضاء مقال منشور فى مجلة الحقوق التى تصدرها جامعة الكويت السنة ١٧  
العدد الأول والثانى مارس يونيو ١٩٩٣ ص ١٦٥، ١٦٦، د. علي بركات:  
ص ٣٩٨ وما بعدها بند ٤٠٦.  
(٢) أنظر فيما سبق بند ١٤ وما بعده.

بقانون وطنى أم قانون أجنبى ، ولذا فإن نذب الهيئة للخبراء القانونيين لا يعد تخلياً منها عن مهمتها ، طالما كان نذبهم بقصد إيضاح حكم القانون بالنسبة لمسألة قانونية معينة ، خاصة وأن رأى الخبير استشارى لبيئة التحكيم وغير ملزم لها .

وترتيباً على ذلك ، يمكن لبيئة التحكيم أن تعهد للخبير أو الخبراء بأية مهمة فنية حساسية ، ميكانيكية زراعية أو هندسية أو طبية أو قانونية لإيضاح حكم القانون بالنسبة لمسألة معينة<sup>(١)</sup> مع مراعاة أنه إذا قررت الهيئة ترجمة بعض الوثائق المكتوبة المقدمة فى الدعوى إلى اللغة المستعملة فى التحكيم وفقاً للمادة ٢/٢٩ تحكيم مصرى ، فإن هذا القرار لا يدخل فى مدلول الاستعانة بخبير التى تنظمها المادة ٣٦ من هذا القانون .

وإذا كانت هيئة التحكيم ، هى التى تقدر شأنها شأن قضاء الدولة ، مدى الحاجة إلى الاستعانة بخبير ، فإنه إذا تعلق الأمر بمسائل فنية لا تعتبر من المعلومات العامة ، ولا يعلمها إلا أهل الخبرة ، فإن على الهيئة - كما هو الحال بالنسبة لقضاء الدولة - أن تفصح فى حكمها عن مصدر علمها بها من أوراق القضية ، وإلا اعتبر حكمها قضاءً بعلمها الشخصى غير جائز ، مما يؤدى إلى بطلان الحكم<sup>(٢)</sup> .

١٣٤- مباشرة الخبير بأمره:

إذا انتدبت هيئة التحكيم خبيراً أو أكثر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، ولم تثار منازعة بشأن الخبير ، باشر مأموريته بحضور

(١) د. فتحى والى : الإشارة السابقة والحكم المشار لديه استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٠٠٤/٢/٢٨ القضية ٨٩ لسنة ١٢٠ ق.

(٢) د. فتحى والى : الإشارة السابقة. وتطبيقاً لذلك قضى ببطلان حكم التحكيم ، لأن هيئة التحكيم استندت أثناء المداولة على معلومات شخصية Information Personnelle لأحد أعضائها تحصل عليها أثناء ممارسته للنشاط المهني les activiles Professionne دون أن تخضع هيئة التحكيم هذه المعلومات لمناقشة تواجيهية بالرغم من التأثير الواضح لهذه المعلومات على القرار الصادر منها :

Paris 10 Juin 1993. Rev. arb. 1995. P. 440. Paris 6 moris 1986. Rev. arb. 1987. 390.

أطراف التحكيم، وعلى الخبير أن يحترم فى عمله المبادئ الأساسية فى التقاضى وأهمها مبدأ المواجهة<sup>(١)</sup>. وإذا كان الالتزام باحترام وإعمال مبدأ المواجهة يقع على عاتق المحكم نفسه، فإنه لذات السبب يلتزم به الخبير فى تنفيذ مأموريته التى تعهد بها إليه، فيجب على الخبير أن يحافظ على تطبيق مبدأ المواجهة فى كل الأعمال التى يقوم بها. وقد أكدت أحكام المحاكم الفرنسية والمصرية هذه الحقيقة منذ فترة طويلة، بأن تطبيق مبدأ المواجهة فى أعمال الخبرة ضرورية، فلا يجوز الاحتجاج بالخبرة إلا على الخصم الذى استدعى أو حضر أعمال الخبرة، وهذه الحقيقة تستند إلى ضرورة احترام حقوق الدفاع<sup>(٢)</sup>.

وتطبيق مبدأ المواجهة بالنسبة لأعمال الخبرة، قد يتمثل فى توجيه الدعوة للأطراف بالطريق الذى حدده القانون محل التطبيق سواء باتفاق الأطراف أو بتفويضهم لهيئة التحكيم فى اختياره<sup>(٣)</sup> أو على الكل وفقاً لما يتفق عليه الأطراف، وتكون الخبرة صحيحة حتى ولو لم يحضر الأطراف ما داموا قد دعوا لذلك بالطريق القانونى الصحيح<sup>(٤)</sup> وعلى كل طرف أن يقدم إلى الخبير المعلومات المتعلقة بالنزاع وأن يكتفه من معاينة وفحص ما يطلبه من وثائق أو بضائع أو أقوال أخرى متعلقة بالنزاع، وإذا ثار خلاف بين الخبير وأحد الأطراف فصلت الهيئة فيه<sup>(٥)</sup> تطبيقاً لنص المادة ٢ / ٣٦ / ٢ تحكيم مضرى<sup>(٦)</sup>.

(١) أنظر فيما سبق بند ٢٦.

(٢) د. علي الحديدى: ص ٢٦٣ بند ١٦٧ والأحكام المشار لديه طعن ٧٨٠ /

٤٥ ق جلسة ١٩٨١ / ١ / ٢٦

Coss. Civ. 17 Janv. 1985. D. 1985. 320

Coss. Civ. 14 Avril Goz Pal. 4 - 5 Janv. 1984. Note Rusquée.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٧ وما بعده.

(٤) د. علي الحديدى: ص ٢٦٤ بند ١٦٧.

(٥) أنظر فيما سبق بند ٢٦.

(٦) والمادة ٢ / ٢٩ من قواعد اليونسترال تنص على أن ".... كل خلاف بين أحد الطرفين والخبير بشأن صلة المعلومات أو الوثائق أو البضائع المطلوب تقديمها بالنزاع يرفع إلى هيئة التحكيم للفصل فيه" والمادة ٢ / ٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى.



وإعمالاً لمبدأ المرونة التي تتميز به الخصومة التحكيمية فقد ذهب القضاء الفرنسي<sup>(١)</sup> وأيده الفقه<sup>(٢)</sup> إلى أبعد مدى في تطبيق مبدأ المواجهة بصدده هذه الخصومة حيث قرر أنه لا إخلال بحقوق الدفاع ولا بمبدأ المواجهة إذا ما دعت هيئة التحكيم الأطراف إلى حضور جلسة مناقشة تقرير الخبير لتقديم ملاحظاتهم بشأن النتائج التي انتهت إليها بالرغم من عدم إحاطتهم سلفاً بمهمة الخبير من حيث الزمان ولا المكان المحددين لمباشرة مهمته، بل وبدون مشاركتهم الفعلية في جلسة المناقشة المذكورة، طالما أعلنوا بها إعلاناً صحيحاً.

وفي مرحلة مباشرة الخبير لمأموريته<sup>(٣)</sup>، يقوم بجمع المعلومات الضرورية لتنفيذ أعماله، وذلك بالاجتماع مع الأطراف والحصول على ما يلزم من أوراق ومستندات تكون في حوزتهم، ثم القيام بالمعاينات الضرورية التي يكون في حاجة إليها، وقد يقدر الخبير أنه لتحقيق الفائدة المرجوة يجب سماع غير الأطراف الذين يستعين بهم الخصوم، أو سماع الخصوم أنفسهم، وقد يستعين الخبير بنفسه آخر إذا قابلته صعوبات فنية لا تدخل في تخصصه، فإذا ما جمع الخبير تلك المعلومات، فيقوم باستخدامها وفقاً لنطاق مأموريته، ويعد تقريراً عنها يودعه لدى هيئة التحكيم.

#### ١٢٥- تقرير الخبير:

إذا كان الهدف من استعانة هيئة التحكيم بالخبرة، يتمثل في تقديم العون الفني والقانوني لها، والذي يكون ضروري لتصدر الهيئة حكمها على ضوءه، فإن الخبير عند الانتهاء من مأموريته يقدم للهيئة نتيجة ما قام به من أعمال. ومن حيث المبدأ فإن ما قام به الخبير من أعمال يأخذ شكل

(١) Coss. 7 Juin 1978. rev. arb. 1978. 343. Coss. Civ. 30 Nov. 1978 rev. arb. 1979. 355.

(٢) د. نبيل عمر: ص ٢٠٢ بند ١٦٩.

Boisséon: op. cit. P 251 N 294

(٣) أنظر الدراسة التفصيلية لمرحلة جمع الخبير للمعلومات واستخدامها د. علي الحليدي: ص ١٨٦ - ٣١٦ بند ١٧٧ - ١٩٢. د. سيد أحمد محمود أحمد: المرجع السابق ص ٦٢ وما بعدها.

تقرير مكتوب يحرره الخبير، ويضع فيه كل النتائج التي توصل إليها ويوقع عليه. بعد الاطلاع على ما أبداه طرفا التحكيم حوله، مادة ٣/٣٦ من نظام التحكيم السعودي. ولكن قد ترى الهيئة استدعاء الخبير لتقديم رأى شفوي حول مسألة فنية أو قانونية بالجلسة دون تقديم تقرير مكتوب، وفي هذه الحالة ثبت رأيه فى محضر الجلسة تطبيقاً لنص المادة ١/٣٦ تحكيم مصرى، لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفوي يثبت فى محضر الجلسة بشأن مسألة معينة تحدها.

**تقديم الخبير رأيه شفاهة فى الجلسة:**

قد ترى هيئة التحكيم أن رأى الخبير لا يستلزم عرضه كتابة لأمر تقدرها، فتستطيع فى تلك الحالة أن تستعين بخبير لتقديم رأيه شفاهة بالجلسة دون تقديم تقرير، ويثبت رأيه فى محضر الجلسة وهو ما اعتمده العديد من التشريعات المادة ١/٣٦ تحكيم مصرى، ٢٨٢ مرافعات فرنسى، ١٥٥ إثبات مصرى.

وسماع الخبير وإبداء رأيه شفاهة بالجلسة قد يكون بناءً على طلب أحد الأطراف، أو تأمر به الهيئة من تلقاء نفسها، ولكن ليست ملزمة بإجابة الطرف إلى طلبه، فالأمر جوازى وتقديرى لها. وغالباً ما تلجأ الهيئة لهذا الأسلوب إذا ما اختلط عليها الأمر وتعذر عليها الترجيح بين رأى الخبير المنتدب ورأى الخبير الاستشارى فتستعين فى ذلك برأى خبير ثالث يساعدها على الترجيح. وكذلك إذا قامت الهيئة بنفسها بإجراء التحقيق واستعانة بخبير لمساعدتها فى التحقيق، ففى تلك الحالة وغيرها<sup>(١)</sup> يقدم الخبير رأيه شفويًا دون كتابة تقرير، ويثبت ذلك فى محضر يتضمن جميع أعمال التحقيق التي قامت الهيئة بها أو أحد أعضائها ومنها الاستعانة

(١) كحالة حضور هيئة التحكيم أو أحد أعضائها أعمال الخبرة، ويحضر محضراً بذلك يثبت فيه معاينات وأعمال الخبرة، وسماع غير الأطراف أو الأطراف، ويوقع أعضاء الهيئة أو العضو المنتدب على هذا المحضر وفقاً للمستفاد من نص المادة ٢٧٤ مرافعات فرنسى.

بخير، مع ملاحظة أن تلك الوسيلة تظل استثناءً بالنسبة للتقرير المكتوب،  
الذي يعد الشكل المعتاد والمألوف بالنسبة لرأى الخبير<sup>(١)</sup>.  
**تقديم الخبير تقرير مكتوب:**

لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير كتابي إليها بشأن مسائل  
معينة تم تحديدها<sup>(٢)</sup>. والتقرير يعد الورقة الجوهرية والرئيسية في الخبرة، لأنه  
المستند الذي يودع فيه الخبراء العلاقة بين ما قاموا به من أعمال والنتائج  
التي توصلوا إليها، وتزداد أهمية التقرير نظراً لأنه غالباً ما يتخذ أساساً  
للحكم الذي تصدره الهيئة<sup>(٣)</sup>. ويودع التقرير لدى هيئة التحكيم سواء تم  
الإيداع مباشرة أو إرسال التقرير عن طريق البريد<sup>(٤)</sup>.

و بمجرد إيداع التقرير أو وصوله هيئة التحكيم، تقوم الهيئة بإرسال  
صورة منه إلى كل طرف من أطراف التحكيم، ويكون لكل طرف الإطلاع  
على المستندات التي استند إليها الخبير في تقريره وفحص أى منها، مع  
إتاحة الفرصة له لإبداء رأيه فيه كتابةً وفقاً للمادة ٤/٣٦ تحكيم مصرى<sup>(٥)</sup>  
وليس للهيئة أن تحدد جلسة بعد إيداع التقرير دون أن تعطى فرصة زمنية  
للأطراف لمباشرة هذا الحق، كما يجب عليها أن تتيح مكاناً تحفظ فيه  
المستندات التي استند إليها الخبير، ويكون للأطراف الإطلاع عليها فيه  
لإبداء رأيهم بشأنها. فإذا بنت هيئة التحكيم حكمها على تقرير الخبير دون

(١) د. علي الحديدي: ص ٣٣٢ وما بعدها بند ٣٠٢ وما بعده. د. عيد القصاص:

المرجع السابق، ص ٣٣١ بند ١١٤.

(٢) مادة ٢٩ من قواعد اليونسترال، ١/٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي،

١/٣٦ تحكيم مصرى.

(٣) RETAIL et BRAY: Principes et Cadre juridique de  
L'expertise judiciaire 1951. P. 55.

مشار إليه لدى د. علي الحديدي ص ٣٣٣.

(٤) د. علي الحديدي: ص ٣٤٢ بند ٢٠٨. د. محمود جمال الدين زكى: ص ١٥١

بند ٣٤. د. عيد القصاص: الإشارة السابقة.

(٥) مادة ٢٩ من قواعد اليونسترال، ٣/٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي.

أن ترسل صورة منه إلى الخصوم أو دون أن تتيح لهم فرصة إبداء ملاحظاتهم عليه كان حكمها باطلا لإخلاله بحق الدفاع<sup>(١)</sup>.

١٢٦- مناقشة تقرير الخبير واستعانة الأطراف بـخبير استشاري:

بعد أن تناح الفرصة للأطراف لتقديم رأيهم بشأن التقرير، ولو لم يقدموا ملاحظات بشأنه، يجوز للهيئة أن تحدد جلسة لسماع الخبير، سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم. وفي الجلسة المحددة والتي يعلن بموعدها الأطراف، يجرى سماع الخبير دون حلف يمين وفقاً للمادة ٤/٣٣ تحكيم مصري، وتقوم الهيئة والأطراف بمناقشته بشأن ما ورد في تقريره وفقاً للمادة ٤/٣٦ تحكيم، ويستوى في الطرف أن يكون من قدم التقرير لصالحه أو غيره من الأطراف.

فإذا كانت المناقشة من الطرف الذي قدم التقرير لمصلحته فله أن يدلل على صحة مزاعمه أو دفاعه بما تضمنه التقرير من الحجج والآراء، وما وصل إليه الخبير من نتائج وما شمله محضر الأعمال من الأقوال والملاحظات وسماع أقوال غير الخصوم، ويفسر ما غمض من العبارات بما يتفق مع مصلحته، كما يجوز للطرف الآخر أن يقدم من الأدلة التي تجعل هيئة التحكيم لا تعتمد على التقرير فيظهر لها موضع الخطأ سواء كان في البيانات أو التبرير أو عدم اتفاق النتيجة التي وصل إليها مع الأبحاث والأعمال التي قام بها الخبير، وتجرى تلك المناقشة بالجلسة كأي دفاع يديه الأطراف<sup>(٢)</sup>.

وإذا كانت مناقشة التقرير من حق كل طرف للدفاع عن مصلحته الخاصة في الدعوى، فإن هيئة التحكيم ليست كذلك، فهي لا تدافع عن مصالح خاصة، ولكن تتركز مهمتها في إظهار الحقيقة وتطبيق القانون، فإذا اتضح للهيئة بعد إيداع الخبير تقريره أن هناك ثمة مصاعب يتضمنها

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧١٣، ٧١٤ بند ٤٨٦، د. فتحي والي: التحكيم ص ٣٧٢ بند ٢٠٧، د. عاطف الفقى: ص ٤٤٩، د. عاشور مبروك: ص ٣١٢ بند ١٨٨.

Paris. 13 Mai 1988. Rev. arb. 1989. P 251 Note. 4. Derain.

(٢) محمد وعبد الوهاب العشناوى ج ٢ ص ٥٩٣ وما بعدها بند ١٠٠٠. د. عيد القصاص: التحكيم ص ٣٣٢، بند ١١٤.

التقرير، ففي هذه الحالة تستطيع وفقاً لسلطتها التقديرية أن تأمر بخبرة  
تكميلية لتدارك أى نقص أو قصور فى التقرير السابق تطبيقاً للمادة ١/٣٦  
من نظام التحكيم السعودى<sup>(١)</sup>.

وفى الجلسة المحددة توجه الهيئة من تلقاء نفسها أو بناء على طلبه  
الأطراف الأسئلة التى تستطيع بها استيضاح ما غمض فى التقرير أو تكملته  
أو ما يكون صعب الفهم وبصفة عامة توجه إليه كل ما تراه مفيد للفصل  
فى الدعوى ليقدم الخبير الإجابة عن كل التساؤلات، ويقرن رأيه  
بالأسباب المؤيدة، ويثبت ذلك كله بمحضر الجلسة<sup>(٢)</sup>.

ويستطيع الأطراف عند مناقشة الخبير بالجلسة أن يستعينون بخبير  
استشارى أو أكثر لمناقشة الخبير المنتدب فى تقديره لإظهار الحقيقة، فإذا  
كانت الهيئة قد قررت الاستعانة بخبير<sup>(٣)</sup> وحددت جلسة لسماعه ومناقشة  
تقريره، "كان لأى من الطرفين أن يقدم فى هذه الجلسة خبيراً أو أكثر من  
طرفه لإبداء الرأى فى المسائل التى تناولها تقرير الخبير الذى عينته هيئة  
التحكيم، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك" وفقاً للمادة ٤/٣٦  
تحكيم مصرى<sup>(٤)</sup> ومن المتعارف عليه عملاً بتقديم الأطراف لشهادة خبير  
مكتوبة تدعيماً لوجهات نظرهم، وبصفة خاصة فى المسائل القانونية<sup>(٥)</sup>

(١) وتنص المادة ٢٤٥ مرافعات فرنسى على أنه "يمكن للقاضى دعوى الفنى  
لتكملة أو تحديد أو شرح المعاينات والنتائج كتابة أو بالجلسة". وهو نفس ما  
أعتمده المشرع المصرى فى المادة ١٥٣ إثبات بنصها على أن "للمحكمة أن تأمر  
باستدعاء الخبير فى جلسة تحددها لمناقشته فى تقريره أن رأت حاجة لذلك ..."  
أنظر مناقشة الخبير فى تقريره د. علي الحديدي: ص ٣٥٣ وما بعدها بند ٢١٦.

(٢) د. علي الحديدي: ص ٣٥٦ بند ٢١٦.

(٣) وكذلك يمكن للأطراف الاستعانة بخبير استشارى ولو لم تنتدب هيئة التحكيم  
خبيراً. أنظر فيما سبق ص ٢٦٧ حاشية رقم ٤.

(٤) وتنص المادة ٢٩ من قواعد اليونسترال على أنه ".... يجوز لكل من الطرفين أن  
يقدم فى هذه الجلسة شهوداً من الخبراء ليدلوا بشهادتهم فى المسائل موضوع  
الزراع وتطبق بالنسبة لهذا الإجراء أحكام المادة ٢٥" وهو نفس ما نصت عليه  
المادة ٤/٢٧ من لائحة مركز القاهرة الإقليمى.

(٥) ففى قضية وستلاند التى كانت مصر إحدى المدعى عليهم فيها، قدمت  
الشركة البريطانية المدعية فتاوى من أربع عشر من أساتذة القانون من فرنسا=

ولهيئة التحكيم أن تأخذ بما جاء بتقرير الخبير الاستشاري أو بالشهادة المقدمة، أو أن تلتفت عن الأخذ به وذلك دون حاجة للرد على هذا التقرير<sup>(١)</sup>.

وترتيباً على ذلك، إذا لم تتيح هيئة التحكيم للأطراف الفرصة الكافية لتقديم رأيهم بشأن تقرير الخبير المودع لديها، أو لم تحدد جلسة لمناقشة التقرير وإعلانهم بها، وكذا تمكنهم من مناقشة ما انتهى إليه الخبير في تقريره، كل ذلك قبل إصدار الهيئة لحكمها، فإذا صدرت حكمها مستندة إلى هذا التقرير دون أن تراعى تلك الضمانات، وقع حكمها باطلاً. وقضى تطبيقاً لذلك<sup>(٢)</sup> بأنه إذا ثبت أن محكمة الاستئناف لم تستفسر عما إذا كانت هيئة التحكيم قد أطلعت الأطراف على اسم الخبير الذي انتدبته، وما إذا كان التقرير الذي قدمه هذا الخبير قد تم عرضه على الخصوم لمناقشته والرد عليه قبل إصدار الحكم، فإن حكمها الصادر برفض الطعن المقدم من أحد الأطراف بقصد إبطال حكم التحكيم لاخلاله بحق الدفاع يستوجب نقضه. أما إذا راعت الهيئة تلك الضمانات، بأن أطلعت الأطراف على تقرير الخبير، وأتاحت لهم الفرصة الكافية من الإطلاع والرد عليه، وأعلنتهم بجلسة مناقشة التقرير ومكنتهم من ذلك ولو لم يحضروا، فلا تسريب على الهيئة إن هي استمرت في إجراءات التحكيم وأصدرت حكمها مستندة إلى هذا التقرير، وقضى تطبيقاً لذلك<sup>(٣)</sup> بأنه "لا يحق لأحد الأطراف النعي على

---

= والمجلتا والمانيا وسويسرا ومن مصر، بينما قدم المدعى عليهم فتاوى من ثمانية أساتذة من فرنسا والمانيا والمجلتا وأمريكا. انظر د. علي حامد الغنيت: التحكيم التجاري الدولي دراسة تفصيلية لقضية وستلاند دبلوم التجارة الدولية حقوق عين شمس ١٩٩٠ مشار إليه لدى د. هدى عبد الرحمن: ص

٢٣٥

(١) استئناف القاهرة ٩١ تجارى ٢٩/٩/٢٠٠٤ فى الدعوى ٢٨ لسنة ١٢١ تحكيم مشار إليه لدى د. فتحي والى: ص ٣٧٣.

(٢) Coss. Civ. 30 Nov. 1978 Rev. arb. 1979. P. 355 Note Fouchard.

(٣) Coss. Civ. 16 Fév 1978 Rev. arb. 1978. P. 469 Note Moreau.

هيئة التحكيم بأنها خالفت حقوق الدفاع إذا كان الخصم لم يستغل الفرصة التي أتاحتها الهيئة للأطراف لإبداء ملاحظاتهم على تقرير الخبير الذي أدى مهمته كاملة أمام الأطراف". كما قضى بأنه إذا ثبت أن ممثل الخصم قد تسلم صورة من تقرير الخبير قبل إصدار حكم هيئة التحكيم بعدة شهور ولم ينازع فيه، ولم يطلب نذب خبير آخر، بأن الهيئة لا تكون قد خالفت حقوق الدفاع في شيء<sup>(١)</sup>.

### ١٢٧- سلطة هيئة التحكيم إزاء تقرير الخبير:

تقرير الخبير دليل من أدلة الإثبات يخضع لسلطة هيئة التحكيم التقديرية<sup>(٢)</sup> ولها وحدها الكلمة الحاسمة في تقييم تقرير الخبير، فلها أن تأخذ به وتبنى حكمها عليه، إذا رأت فيه ما يقنعها ويتفق مع وجه الحق في الدعوى، ويقوم على أسباب لها أصل في الأوراق، وإذا أخذت الهيئة بما انتهى إليه الخبير، فإنها ليست ملزمة بالرد استقلالاً على ما أثير من اعتراضاته عليه، إذ في أخذها به محمولاً على أسبابه ما يفيد أنها لم تجد في الاعتراضات الموجهة إليه ما يستحق الرد عليها بأكثر مما تضمنه التقرير<sup>(٣)</sup>.

وللهيئة أن تأخذ ببعض ما ورد بالتقرير وأن تطرح بعضه الآخر بناء على ما قدره من أسباب، ولها أن تطرحه كلية للأسباب التي تقدمها وأن تفصل في الدعوى بناء على غيره من الأدلة المتوفرة لديها متى رأت أنها كافية لتكوين عقيدتها، كأن تأخذ مثلاً برأى الخبير الاستشاري الذي قدمه أحد الخصوم. ولها من تلقاء نفسها أن تعيد المأمورية للخبير مرة أخرى لاستكمال ما تراه من أوجه القصور في عمله، أو ترفض طلب الخصم بإعادة المأمورية إلى الخبير متى اقتنعت بكفاية الأبحاث التي أجراها وبسلامة

(١) Coss. Civ. 30 Nov 1978. Rev. arb 1978 P 343.

مشار إليه لدى د. علي بركات ص ٤٠٠.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

(٣) د. فتحي والي: ص ٢٧٣ بند ٢٠٧ والحكم المشار لديه استئناف القاهرة دائرة

٦٣ تجارى جلسة ٢٠٠٢/٦/١٩ في الدعوى ٣٦ لسنة ١١٧ ق.

الأسس التي بنى عليها رأيه<sup>(١)</sup> ولها أخيراً أن تأمر بندب خبير آخر أو أكثر من قبلها للقيام بالمهمة من جديد إذا ما رأت حاجة إلى ذلك<sup>(٢)</sup>.

١٢٨- سلطة هيئة التحكيم في العدول عن نتيجة التقرير:

قلنا أن الهيئة تملك العدول عن قرارها بندب خبير سواء كانت أمرت بندبه من تلقاء نفسها أم بناء على طلب أحد الأطراف، شريطة أن تبين أسباب العدول في محضر الجلسة<sup>(٣)</sup> وتملك أيضاً أن تطرح ما أسفر عنه التقرير من نتائج إذا لم تقتنع بها بشرط أن تبين ذلك في حكمها، ودون أن تكون ملزمة ببيان هذه الأسباب صراحة، وإنما يكفي أن تبين في مدونات حكمها أنها وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى الأخذ بتقرير الخبير التي سبق وأن أمرت بندبه<sup>(٤)</sup> مع ملاحظة أن الواقع العملي يقرر أن هيئة التحكيم عندما تكون هي التي اختارت الخبير وبعناية، فإنه سيكون من الصعب عليها عدم الأخذ بما انتهى إليه في تقريره<sup>(٥)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الدعوى الأصلية بالخبرة مع وجود الاتفاق

#### على التحكيم أو بدء إجراءاته

١٢٩- تمهيداً وتعريفياً:

دعوى الخبرة<sup>(٦)</sup> أو دعوى إثبات الحالة بواسطة خبير، من دعاوى الأدلة، موضوعها ليس حقاً موضوعياً للمدعى، وإنما مجرد دليل. وترمى هذه الدعوى إلى المحافظة على الدليل Conservation de Preuve

(١) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: ص ٧٤ بند ٤٨٦، د. فتحي والي: الإشارة السابقة.

(٢) د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: الإشارة السابقة. Vincent et Guinchard: op. cit. P. 983 N 1675.

(٣) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٤) أنظر فيما سبق بند ٢٣.

(٥) Kopelmanas. L. Le role de L'expertise dans L'arbitrage Commercial international. Rev. arb. 1979. P. 212.

(٦) أنظر الدراسة التفصيلية في دعوى الخبرة المراجع المشار إليها ص ٢٧٠ حاشية رقم (٢) وبصفة خاصة دعوى الخبرة د. مصطفى المتولى قنديل.



وأحياناً إنشاؤه **etablissement** وأياً كان القصد منها، فهي مقصورة فقط على إثبات عناصر واقعة يتوقف عليها حل نزاع في المستقبل سي طرح على محكم أو هيئة تحكيم، أو طرح الفعل.

وتعد هذه الدعوى وقتية، ولذلك جعلها المشرع من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ويبدو الاستعجال فيها، في خطر انعدام الدليل في دعوى الحق نتيجة ضياع معالم الواقعة المراد إثباتها، وهي دعوى وقائية لأنها تؤدي إلى تفادي وقوع هذا الخطر، بإقامة الدليل على الواقعة<sup>(١)</sup>.

ويقصد بدعوى الخبرة، أو إثبات الحالة بواسطة خبير، هي إجراء تحفظي يصور حالة مادية يتعذر إثباتها مستقبلاً صيانة للدليل المثبت للحق من خطر الضياع<sup>(٢)</sup>. موضوعها طلب إثبات واقعة معينة، مما يقتضى الانتقال والمعاينة لإثبات هذه الواقعة بواسطة خبير تنتدبه المحكمة<sup>(٣)</sup>.  
١٤٠. الإتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته لا يحول دون رفع دعوى الخبرة أمام قضاء الدولة:

حيث تنص المادة ١٤ تحكيم مصري على أنه "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم بإتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

ففي فرنسا، يجوز رفع دعوى الخبرة قبل عرض النزاع الموضوعي على التحكيم كإحدى تطبيقات المادة ١٤٥ مرافعات<sup>(٤)</sup> والتي تميز ذلك ما لم يعرض النزاع بعد على هيئة التحكيم، فيتم اللجوء إلى قاضي الأمور

(١) د. وجدى راغب: مبادئ ص ١٣٩.

(٢) أنظر فيما سبق بند ١١٥.

(٣) د. مصطفى المتولى قنديل: ص ٢٧ بند ٧.

(٤) والتي تنص على أنه:

"S'il existe un motif Légitime de Conserver ou détablir avant Tout Procés La Preuve de faite dont Pourrait dépendre La solution d'un Lilige, Les mesures d'instrection Légalement admissibles Peuvent être ordannées â La demande de Tout intéressé, sur requite ou en référé"

وفي تطبيق ذلك أنظر:

Coss. Civ. 25 Avril 2006 Rev. arb. 2007 P 79. Note ELALLDAB.

المستعجلة لكي يأمر بإجراءات الإثبات اللازمة للحفاظ على الأدلة. ودون أن يوجد تعارض مع ما تقضى به المادة ١٤٤٨/١ مرافعات<sup>(١)</sup> والتي تنص على أنه إذا عرض النزاع أمام محكمة التحكيم ولو لم يرفع أمامها بعد متى وجد الاتفاق على التحكيم، على محاكم الدولة أن تحكم بعدم الاختصاص.

وعدم وجود تعارض بين ما تشير إليه المادة ١٤٥ مرافعات من جواز رفع دعوى الخبرة قبل عرض النزاع الموضوعي على التحكيم، وما تقضى به المادة ١٤٥٨ مرافعات، لأن الفقه<sup>(٢)</sup> مستقر على أن عدم الاختصاص المشار إليه في المادة الأخيرة لا يتعلق إلا بالنزاع حول الموضوع. أما إجراءات التحقيق، ومنها الخبرة التي تقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة فلا يسرى عليها ما تنص عليه المادة ١٤٤٨/١ مرافعات.

وترتيباً على ذلك، يجوز رفع دعوى الخبرة وفقاً للقانون المصري سواء طرح النزاع على هيئة التحكيم أو لم يطرح بعد، أما في فرنسا فجواز رفع دعوى الخبرة قاصر على كون المنازعة الموضوعية لم تطرح بعد على هيئة التحكيم avant Tout Procès.

١٤١- وترفع دعوى الخبرة أمام قضاء الدولة ممثلاً في محكمة المادة ٩ تحكيم مصري - ولو اتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم صلاحية الفصل في هذه الدعوى<sup>(٣)</sup> وذلك بالأوضاع العادية لرفع الدعاوى المستعجلة بضميمة تودع

(١) حيث تنص المادة ١٤٤٨ مرافعات على أنه:

“Lorsqu’ un Litige dont relevant d’une Convention d’arbitrage est Porté devant une juridiction de L’Etot, celle-ci déclare incompétente.

FOUCHARD: La Coopération du president du Tribunal de grande instance à L’arbitrage Rev. arb. 1985, 5.

CADIET: op. cit. P. 785. N 1523. Vincent et Guinchard. Op. cit. P. 978 N-1664.

MOREAU: Rev. arb. 1978 op. cit. P. 327 ets.

Coss. Civ. 1 Fév. 1989 Rev. arb 1989 494 Note COUCHEZ.

Coss. Com. 10 Juin 1986 Rev. arb. 1987 461 Note Bloch.

(٣) أنظر في إجراءات دعوة الخبرة: د. مصطفى المتولى قنديل: ص ٢١١ وما بعدها بند ١٠٣ وما بعده.

أما في فرنسا ترفع دعوى الخبرة إما باتباع طريق التكليف بالحضور، أو باتباع طريق الأمر على عريضة. وإن كان طريق التكليف بالحضور هو الطريق المعتاد=

قلم كتاب المحكمة، وتعتبر الدعوى مرفوعة من تاريخ إيداعها ومستنداتهما قلم الكتاب، وتقديم طلب بقيدها، ويتم إعلانها بالطريق الذى رسمه القانون مادة ١/٦٨ مرافعات مصرى، على أن يراعى قلم المحضرين عند إعلان صحيفة دعوى الخبرة أن تكون المدة بين تمام الإعلان وبين ميعاد الافتتاح الرسمى للجلسة المحددة أربعة وعشرون ساعة على الأقل، مع جواز نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة وفقاً للمادة ٢/٦٦ مرافعات، أو تمديد جلسة غير عادية تعقد بالمحكمة أو بمنزل القاضى أو حتى فى أيام الأعياد أو فى أيام العطلة الرسمية، وذلك للفصل فى هذه الدعوى.

ويشترط لقبول هذه الدعوى، فضلاً عن توافر الشروط العامة لقبول الدعوى المستعجلة<sup>(١)</sup> أن تكون الواقعة المطلوب إثباتها بدعوى الخبرة متغيرة المعالم ومن المحتمل ضياع معالمها، وأن يكون هناك احتمال من أن تصبح هذه الواقعة محل نزاع أمام المحكم أو هيئة التحكيم، أو قام بشأنها نزاع بالفعل أمام الهيئة ويخشى ضياع معالمها إن تم الانتظار حتى يفصل فى الموضوع.

وتكون الواقعة متغيرة المعالم<sup>(٢)</sup> إذا كانت قابلة للتغير زيادة أو نقصاناً من وقت لآخر، أو تكون عرضة للزوال بفعل الزمن أو الطبيعة أو بفعل الغير أو بفعل الخصم نفسه أو يخشى أن تضيع كل أو بعض آثارها إذا عرض أصل النزاع أمام هيئة التحكيم أو انتظر حتى يفصل فى موضوع النزاع التحكيمى. من ذلك طلب إثبات حالة البضائع إذا كانت أثمانها معرضة لتقلب الأسعار فى السوق كالمحاصيل الزراعية، أو طلب المدعى إثبات حالة أرضه التى غرقت نتيجة لتسرب المياه من أرض جاره تمهيداً

---

=لدعوى الخبرة، ويرجع ذلك إلى أن اتباع طريق الأمر على عريضة لا يكون إلا فى ظل توافر الشروط المنصوص عليها قانوناً. أنظر:

Vincent et Guinchard: op. cit. P. 670 ets N 1132 ets.

(١) أنظر فيما سبق بند ٩٧.

(٢) د. مصطفى المتولى قنديل: ص ٦٦ بند ٢٠ والحكم المشار لديه مستعجل

مستأنف القاهرة ٣٠ أبريل ١٩٨٤ الدعوى ٥٦١ لسنة ١٩٨٣.

لتقدير قيمة الزراعة التي أتلقت، أو طلب ندب خبير هندسى لمعاينة الشقة  
التي يستأجرها وإثبات الأعمال التي قام بها وقيمتها، وكذلك بيان  
الأعمال التي تلتزم لإعداد الشقة للكسنى وقيمتها والمدة التي تستلزمها<sup>(١)</sup>.

ويستوى فى الواقعة موضوع دعوى الخبرة<sup>(٢)</sup> أن تكون حدثت فى  
الماضى، أو موجودة ومستمرة حتى لحظة الحكم فى الدعوى، أو لكونها  
واقعة مستقبلية. ومثال الأولى طلب ندب خبير لتحديد أسباب الاختلال  
فى أحد المباني. والثانية، طلب ندب خبير لإثبات العيوب الموجودة فى أحد  
الأجهزة أو المعدات التي تم تسليمها. والثالثة، طلب ندب خبير للانتقال  
بصحة أحد المساهمين فى الشركة إلى المركز الرئيسى للشركة لإثبات وقائع  
معينة.

ولا يكفى أن تكون الواقعة متغيرة واحتمال ضياع معالمها، وإنما يشترط  
أيضاً<sup>(٣)</sup> احتمال أن تصبح هذه الواقعة محل نزاع يثار أمام المحكم أو هيئة  
التحكيم، كإثبات حالة بضائع سريعة التلف كالفاكهة لنزاع حول نوعها  
ومقدارها. أو أثير نزاع بالفعل بمقتضى هذه الواقعة أمام هيئة التحكيم  
وطلب ندب خبير لإثبات العيوب الموجودة فى أحد الأجهزة أو المعدات  
التي تم تسليمها. ونتيجة لذلك فإن الخبرة المطلوبة<sup>(٤)</sup> لا يكون لها إذا سوى  
هدف إعداد أو تمهيد، أى تجهيز الأدلة.

(١) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة، د. أمينة النمر: ص ٣٧ بند ١٩. د. فتحى  
والى قانون القضاء المدنى: ص ٥٦١ بند ٣٠٧. د. سليمان مرقس: ص ٣١٧  
بند ٣٣٠. المؤلف: قانون المرافعات: ص ١٨٤ بند ١٤٠.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك: د. مصطفى المتولى ص ٧٠ - ٧٣ بند ٢١ - ٢٤  
والأحكام المشار إليها.

Coss. Civ. 19 Mars 1985. Bull. Civ. 111. N 58.

Coss. Com. 7 Nov. 1983. Bull. Civ. Iv. N 297.

نقض مدنى ١١ مارس ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ٥ ص ٦١٥.

(٣) د. سليمان مرقس: ص ٣٢٠ بند ٣٣٢.

(٤) د. مصطفى المتولى: ص ٤٣ بند ١٢.

إذا قبلت المحكمة الدعوى، فإن نشاطها يقتصر على ندب خبير أو أكثر للقيام بمهمة، وتحرر محضر بإثبات الوقائع، ثم تحدد جلسة أمام المحكمة لمناقشة ما جاء فى المحضر، وتخضع دعوى الخبرة أمامها للقواعد المطبقة فى مجال الخبرة وفقاً للمواد ٢٦٣ - ٢٨٤. مرافعات فرنسى، المادة ١٣٤ إثبات مصرى. وتنتهى الدعوى بعد ذلك بصدور حكم بانهاؤها وهو مثل سائر الأحكام المستعجلة قابل للاستئناف.

الحكم بندب خبير<sup>(١)</sup> تصدر محكمة المادة ٩ تحكيم مصرى حكمها فى دعوى الخبرة بندب خبير أو أكثر للمحافظة أو لإثبات الوقائع التى يخشى من زوال معالمها بمرور الوقت. متضمناً هذا الحكم تكليف الخبير بتقديم تقرير مكتوب أو شفوى، وتحديد فيه اسم الخبير ومأموريته والنقاط والمسائل التى سيبدى فيها رأيه، وأمانته، والمدة اللازمة لإتمام هذه المأمورية<sup>(٢)</sup>. وتاريخ الجلسة التى تؤجل إليها القضية للمرافعة فى حالة إيداع الأمانة، وجلسة أخرى أقرب منها لنظر القضية فى حالة عدم إيداعها وفقاً للمادة ١٣٥ إثبات مصرى، وإعلان الخصوم بهذا الحكم لتمكنهم من رد الخبير من عدمه<sup>(٣)</sup>. ويتم إخطار الخبير بكتاب مسجل للإطلاع على ملف الدعوى، وذلك فى اليومين التالين لإيداع الأمانة، وفى حالة قبوله للقيام بالمأمورية يقوم مباشرة بمأموريته بعد حلف اليمين، ما لم يكن مقيداً ضمن قائمة الخبراء، حيث يكتفى فى هذه الحالة باليمين الذى أداه الخبير عند بداية تعيينه.

ويقوم الخبير بتنفيذ مأموريته التى حددتها محكمة المادة ٩ تحكيم. فيجب على الخبير الانتقال وإتمام المعاينة المحددة وإثبات الوقائع التى يخشى من

(١) د. علي الحديدى: ص ١٤٤ وما يليها بند ٩٥ وما يليه، د. محمود جمال الدين زكى ص ١١١ وما بعدها بند ٢٧. د. مصطفى المتولى: ص ٢٣٤ وما بعدها بند ١١٤ وما بعده.

(٢) أنظر فيما سبق بند ٩٩.

(٣) أنظر فيما سبق بند ١٣١.

تغيير أو زوال معالمها ، ويقدم للمحكمة تقريراً بنتيجة أعماله<sup>(١)</sup> وتعلن الخصوم بالتقرير للحضور فى الجلسة المحددة لمناقشة التقرير وإبداء ملاحظاتهم بشأنه ، ويمكن للمحكمة أن تأمر بخبرة تكملية بشأن واقعة جديدة حتى ولو كانت موجودة من قبل ولم تدخل ضمن المأمورية الأولى<sup>(٢)</sup>.

وتنتهى الدعوى بصدور حكم بانتهائها ، وهو حكم مستعجل ، شأن الأحكام الصادرة من القضاء المستعجل ، لا يتمتع بالحجية المطلق<sup>(٣)</sup> وإنما بحجية مؤقتة<sup>(٤)</sup> تمنع من تغييره أو الغاءه من قبل المحكمة التى أصدرته إلا إذا تغيرت الظروف التى صدر فيها. ويقبل هذا الحكم للطعن بالاستئناف<sup>(٥)</sup> ولا يحول دون قبول الدعوى الموضوعية أمام هيئة التحكيم أو فصلها فى الدعوى دون الاعتداد به ، لكونه مجرد دليل فى الدعوى ، لها سلطة تقديرية بشأنه شأن أى دليل فى الدعوى. يمكنها العدول عن الحكم الصادر بنتيجة التقرير إذا ما وجدت الهيئة فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها<sup>(٦)</sup>.

(١) د. مصطفى المتولى : ص ٢٥٠ وما بعدها بند ١٢٦. د. علي الحديدى : ص ٣٣٢ وما بعدها بند ٢٠٢ وما بعدها.

(٢) مستعجل إسكندرية ١٠ مايو ١٩٤١ المحاماة السنة ٢٢ ص ٤١١.

(٣) لأن الحجية المطلقة أثار قاصر على أعمال الحماية القضائية الموضوعية التأكيدية أنظر فيما سبق بند ٥٤ وما بعده.

(٤) أنظر فى الحجية المؤقتة. د. أحمد ماهر زغلول : الحجية الموقوفة. الطبعة الثانية دار النهضة العربية ١٩٩٥.

(٥) د. نبيل عمر : الوسيط فى الطعن بالاستئناف دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٠ ص ٣٨٢ بند ١٨١.

NORMAND: obs. R. T. D. Civ. 1983. P. 781.

(٦) أنظر فيما سبق بند ٢٤.

## الغاية

تناولت هذه الدراسة مرحلة الإثبات، وتطبيقاتها من الناحية الإجرائية في الخصومة التحكيمية. وقد بينت أهميتها كأهم مراحل تلك الخصومة، والتي انتهت إلى الآتى:

**من ناحية، أن الإثبات حق إجرائي للخصم داخل الخصومة التحكيمية،** شأن الخصومة العادية، وهو أحد الحقوق المكونة لمضمون المركز القانوني للخصم، ولذا يعترف به لأى خصم محتكم أو محتكم ضده. وتفرض تشريعات وأنظمة التحكيم المقارن عبء الإثبات على الخصم لتمكين هيئة التحكيم من الفصل فى الدعوى، فإذا امتنع الخصوم جميعاً أو عجزوا عن الإثبات، اعتبرت الواقعة محل الإثبات غير حقيقية مع مراعاة حق الخصم الآخر فى إثبات العكس.

**ومن ناحية ثانية، ينظم الإتفاق الذى تم بين الأطراف طرق الإثبات** وأدلته، ولهم أن يختاروا القانون أو اللائحة التى تحكم إجراءات الإثبات، فإن لم يتفقوا على ذلك اختارت هيئة التحكيم القانون الذى تراه مناسباً، ويتفق مع أطراف النزاع، أو تتفق معهم على طرق الإثبات، وما يجوز وما لا يجوز من الأدلة، فإذا وقع الاختيار على قانون أو لائحة معينة، كانت ملزمة للهيئة وإلا كان حكمها محلاً للبطلان.

**ومن ناحية ثالثة، بينت الدراسة تطور مفهوم حياد المحكم من الحياد** السلبي الذى كان يقصر دور المحكم على الفصل فى النزاع فى ضوء ما قدمه الخصوم دون تدخل من جانبه فى توجيه الخصومة، إلى حياد إيجابى لتطور مفهوم الخصومة من جانب، ومن جانب آخر منح المحكم سلطات واسعة فى إدارة الخصومة تقارب سلطات القاضى فى محل الإثبات، فىأمر المحكم باتخاذ ما يرى اتخاذه من إجراءات الإثبات، أو بالعدول عنه أو برفضه، بل يمكنه العدول عن نتيجة الإجراء وفقاً لسلطته التقديرية، وإن كانت هذه السلطة ليست مطلقة، وإنما مقيدة بقيود أهمها، مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضى، مبدأ التحقيق الجماعى، افتقاد المحكم سلطة الجبر،

كما أن دور المحكم بصدد أدلة الإثبات، قد يكون مجرد دور رقابي لبعض الأدلة، ولكن الغالب منها يكون دوره تقديري.

ومن ناحية رابعة، يصدر المحكم بشأن قاضي الدولة أحكاماً بإحالة الدعوى للتحقيق، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، وهي أحكاماً ليست بالتمهيدية ولا التحضيرية، وإنما هي أحكام صادرة قبل الفصل في الموضوع، لأنها أحكام لا تنهى بها الخصومة كلها ولا في جزء منها. ومن ثم لا يطعن فيها استقلالاً فوزى صدورها، وإنما يطعن فيها مع الحكم الصادر في الموضوع بدعوى بطلان حكم التحكيم.

وأخيراً، يجرى الإثبات أمام هيئة التحكيم، كما يجرى أمام قضاء الدولة، ويكون الإثبات بطرق وأدلة الإثبات المختلفة، والمقررة قانوناً بالنسبة للواقعة محل الإثبات. فتأمر الهيئة بإلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده، يستوى في هذا المستند أن يكون تقليدي أم الكتروني، وتفصل فيما يثار بشأن صحة هذا المستند متى كان مستند عرفي دون المستند الرسمي. ولها طلب المطالبة القضائية لإلزام الغير بتقديم مستند تحت يده.

وللهيئة أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً لسماع الشهود، أو قبول شهادتهم المكتوبة، وتمكين الخصوم من الإطلاع عليها، وتحقيق مبدأ المواجهة بمعناه الواسع بمقتضاها. ولها استجواب الخصوم أو معاينة بضاعة أو أموال، ولها توجيه اليمين الحاسمة عندما يعوزه الدليل في الدعوى بناء على طلب أحد أطرافها، كما لها توجيه اليمين المتممة لتكملة اقتناعها بالأدلة المطروحة في الدعوى. وأيضاً لها ندب خبير أو أكثر بشأن مسألة فنية أو قانونية لازمة للفصل في الدعوى.

ومع اعتماد اختصاص هيئة التحكيم بكل ما سبق، فضلاً عن اختصاصها بنظر ما يثار بشأن أدلة الإثبات من منازعات أثناء نظر الدعوى، فهذا لا يمنع من رفع دعوى أصلية أمام قضاء الدولة بإلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده، أو بسماع شاهد أو إجراء معاينة أو بندب خبير رغم وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته، فاختصاص هيئة



التحكيم بطلب فرعى بشأن دليل من أدلة الإثبات لا يمنع من اختصاص قضاء الدولة بشأن هذه الأدلة بمقتضى دعوى أصلية.

### قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

المراجع العامة:

- ١- د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص. الجزء الأول منشأة المعارف ١٩٧٤.
- ٢- د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات المدنية والتجارية دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧.
- ٣- د. أحمد أبو الوفا، طلعت دويدار التعليق على نصوص قانون الإثبات منشأة المعارف الطبعة الرابعة ١٩٩٤.
- ٤- د. أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات دار النهضة العربية.
- ٥- د. أحمد مسلم أصول المرافعات دار الفكر العربى طبعة ١٩٦٩.
- ٦- د. أحمد نشأت رسالة الإثبات الجزء الأول ط ٧ - ١٩٧٢. الجزء الثانى ط ٢ - ١٩٥٥ دار الفكر العربى.
- ٧- د. أحمد هندى: الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة.
- ٨- د. أسامة الروبى: الوجيز فى القواعد الإجرائية الإثبات المدنى ٢٠٠٢ دار النهضة العربية.
- ٩- د. أسامة المليجى: شرح القواعد الإجرائية فى الإثبات ١٩٩٧.
- ١٠- د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة الجزء الأول عالم الكتب الجزء الثانى الأدلة المقيدة الطبعة الرابعة ١٩٨٦.
- ١١- د. عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الثانى الإثبات دار النهضة العربية ١٩٨٢.
- ١٢- د. عصام أنور سليم: قواعد الإثبات ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة.
- ١٣- د. علي أبو عطية هيكل: قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٧ دار المطبوعات الجامعية.

- ١٤- د. فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى ٢٠٠١ دار النهضة العربية.
- ١٥- د. محمد وعبد الوهاب العشماوى : قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن ج٢، ١٩٥٨.
- ١٦- د. وجدى راغب: مبادئ القضاء المدنى ٢٠٠١ دار النهضة العربية.

## ٢- المؤلفات الخاصة بالرسائل:

- ١- د. إبراهيم نجيب سعد "قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم" منشأة المعارف ١٩٨١.
- ٢- د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته: دار المطبوعات الجامعية. التحكيم بالقضاء وبالصلح دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧. نظرية الأحكام دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧. الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧.
- ٣- د. أحمد السيد صباوى: التحكيم ٢٠٠٢ دار النهضة العربية.
- ٤- د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التى تحوز الحجية دار النهضة العربية ١٩٩٠.
- ٥- د. أحمد هندى: التحكيم : دراسة اجرائية ٢٠١٣، دار الجامعة الجديدة. المشكلات العملية فى نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودى ٢٠٠٨ دار الجامعة الجديدة.
- ٦- د. أسامة الروبى: الأحكام الإجرائية للإثبات بالدليل الكتابى فى المواد المدنية والتجارية الطبعة الثانية ٢٠٠٨ دار النهضة العربية.
- ٧- د. الإنصارى حسن النيدانى: القاضى والوسائل الالكترونية الحديثة دار الجامعة الجديدة. الأثر النسبى لاتفاق التحكيم دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩.
- ٨- د. أمينة النمر: مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة منشأة المعارف ١٩٦٧.
- ٩- د. السيد تمام: مبدأ المواجهة وخصومة التحكيم ٢٠٠٠ دار النهضة العربية.
- ١٠- د. جمال الكردى: القانون الواجب التطبيق فى دعوى التحكيم ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة.

- ١١- أ. حسام أحمد هلال منصور، حسين ابراهيم خليل، هبة الله  
عمارة، قانون التحكيم الفرنسى الجديد، بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة  
٢٠١١.
- ١٢- د. حسام الدين ناصف: التحكيم الإلكتروني فى منازعات  
التجارة الدولية ٢٠٠٥ دار النهضة العربية.
- ١٣- د. خالد عمروح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني فى عقود التجارة  
الدولية ٢٠٠٩ دار الفكرى العربى.
- ١٤- د. رضا السيد عبد الحميد: مسائل فى التحكيم دار النهضة  
العربية.
- ١٥- د. سحر عبد الرحمن يوسف: دور القاضى فى الإثبات ٢٠٠٢  
دار النهضة العربية.
- ١٦- د. سعيد السيد قنديل: التوقيع الإلكتروني دار الجامعة الجديدة  
٢٠٠٤.
- ١٧- د. سمير حامد الجمال: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة الطبعة  
الأولى ٢٠٠٦ دار النهضة العربية.
- ١٨- د. سيد أحمد محمود أحمد: النظام الإجرائى للخبرة القضائية  
طبعة ٢٠٠٠/٢٠٠١ دار النهضة العربية.
- ١٩- د. شحاته غريب شلقامى: عقد المحكم ٢٠١٥، دار الجامعة  
الجديدة.
- ٢٠- د. طلعت دويدار: ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم دار  
الجامعة الجديدة.
- ٢١- د. عاشور مبروك: النظام الإجرائى لخصومة التحكيم الطبعة  
الأولى بدون ناشر.
- ٢٢- د. عاطف محمد الفقى: التحكيم فى المنازعات البحرية ٢٠٠٧ دار  
النهضة العربية.
- ٢٣- د. عزمى عبد الفتاح: التحكيم فى القانون الكويتى مطبوعات  
جامعة الكويت ١٩٩٠. أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى ١٩٩١  
دار النهضة العربية. تسبيب الأحكام وأعمال القضاة الطبعة الأولى  
دار الفكر العربى ١٩٨٣. واجب القاضى فى تحقيق مبدأ المواجهة  
باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع ١٩٩٢، ١٩٩٣ دار النهضة  
العربية.

- ٢٤- د. عكاشة عبد العال: الإنابة القضائية في نطاق المعاملات الخاصة الدولية طبعة بيروت.
- ٢٥- د. علي أبو عطية هيكل: الدفع بإحالة الدعوى فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ٢٠٠٤.
- ٢٦- د. على اسماعيل دياب غازى: موسوعة المحكم فى التحكيم ٢٠١٥، دار الفتح للطباعة والنشر.
- ٢٧- د. علي الشحات الحديدى: دور الخبير الفنى فى الخصومة ١٩٩٣ دار النهضة العربية.
- ٢٨- د. علي بركات: خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن ١٩٩٦ دار النهضة العربية.
- ٢٩- د. عيد القصاص: - قانون التحكيم ٢٠١٥، الطبعة الأولى. - حكم المحكم ٢٠٠٠، دار النهضة العربية.
- ٣٠- د. فاطمة صلاح الدين يوسف: دور القضاء فى خصومة التحكيم ٢٠١٠ دار النهضة العربية.
- ٣١- د. فتحى والى: قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق الطبعة الأولى ٢٠٠٧ منشأة المعارف.
- ٣٢- د. محسن شفيق: التحكيم التجارى الدولى طبعة ١٩٧٣، ١٩٧٤.
- ٣٣- د. محمد نور شحاته: - مفهوم الغير فى خصومة التحكيم: دار النهضة العربية. - النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن دار النهضة العربية.
- ٣٤- د. محمود جمال الدين زكى: - الخبرة فى المواد المدنية والتجارية ١٩٩٠ دار النهضة العربية. - المبادئ العامة فى نظرية الإثبات مطبعة جامعة القاهرة ٢٠٠١.
- ٣٥- د. محمود مصطفى يونس: الإنابات القضائية ٢٠٠٢ الطبعة الأولى دار النهضة العربية.
- ٣٦- د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية الجزء الأول ١٩٩٨. الطبعة الأولى بدون دار نشر.
- ٣٧- د. مصطفى المتولى قنديل: دعوى الخبرة دار النهضة العربية.
- ٣٨- د. معتز عفيفى: نظام الطعن على حكم التحكيم ٢٠١٢، دار الجامعة الجديدة.

٣٩- د. نبيل إسماعيل عمر: التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية دار الجامعة الجديدة الطبعة الثانية ٢٠٠٥ - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى فى قانون المرافعات منشأة المعارف ١٩٨٩.

٤٠- د. نجيب عبد الله الجبلى: التحكيم فى القانون اليمنى دراسة مقارنة دكتوراه جامعة الإسكندرية ١٩٩٦.

٤١- د. هبه بدر أحمد صادق: الحماية الوقتية فى التحكيم، رسالة عين شمس، ٢٠٠٩.

٤٢- د. هدى محمد عبد الرحمن: دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته دار النهضة العربية ١٩٩٧.

### ٣- مقالات:

- د. أحمد عبد الكريم سلامة: مسائل الإجراءات فى الخصومة الحديثة الدولية مجلة البحوث القانونية الاقتصادية حقوق المنصورة عدد أكتوبر العدد الثانى ١٩٨٧.

- سلطة المحكم فى إصدار الأحكام الوقتية والأوامر فى القانون المقارن الكويتى والمصرى مجلة حقوق الكويت العدد الثالث السنة ٢٥ لسنة ٢٠٠١.

- د. سيد أحمد محمود: المسائل والمشاكل المتعلقة بالسلطة الولاية للمحكم، مؤتمر التحكيم الهندسى بالبحرين ١٥ - ١٧ مايو ٢٠٠٠.

- د. عبد الحميد الأحمد: إجراءات المحاكمة التحكيمية، وقواعد الإثبات فى القوانين المدنية مجلة الدراسات القانونية جامعة بيروت العدد الثانى المجلد الثانى يناير ١٩٩٩.

- د. محمد سليم العوا: سلوك المحكمين مجلة التحكيم العربى أكتوبر ٢٠٠٠ العدد الثالث.

- د. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ٢٦ يناير ويوليو ١٩٨٤ - استنفاد ولاية القاضى المدني المحاماة السنة ٦١ العدد ١، ٥، ٦ عام ١٩٨١.

- د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٧٦ العدد الأول السنة ١٨.

### ٤- الدوريات ومجموعات الأحكام:

- الأحكام التى تصدرها محكمة استئناف القاهرة.

- المبادئ القانونية لمحكمة النقض فى التحكيم التجارى.
- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق المنصورة.
- مجلة التحكيم العربى.
- مجلة الدراسات القانونية تصدرها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية.
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس.
- مجموعة أحكام النقض يصدرها المكتب الفنى لمحكمة النقض.
- المحاماة وتصدرها نقابة المحامين بالقاهرة.

## ثانياً: باللغة الفرنسية:

### ١- المؤلفات العامة:

- Boisseson: Le droit Français de L'arbitrage Paris 1983.
- CADIET: Droit judiciaire Privé Litec 1992.
- CORNU et FOYER: Procédure civile 3<sup>e</sup> ed Paris 1996.
- GARSONNET et CÉZOR – BUR: Traite Theaique et Commercaile 3<sup>e</sup> ed. T. 3. Sirey 1913.
- GLASSON, Tissier et Morel: Traite Theaique et Pratique d'arganisation judiciaire de Competence et de Procedure civile T. 3. 1929.
- JAPIOT: Traite élémentaire de Procedure civile et Commercialé 1939.
- MOREL: Troite elementaire de Procedure civile Sirey 1949.
- TERRÉ: introduction générale au droit éd 4. 1998.
- VINCENT et GUINCHARD: Procedure civile 23<sup>e</sup> ed Dalloz 1994.

### ٢- المؤلفات الخاصة بالرسائل والمقالات:

- BERNARDINI: "L'arbitrage en italie après La récente reforme Rev. arb 1994. P. 490.
- Bosquet: Jugementes avant dire droit, jur. Class. Pre. Civ. 1989. Fasc. 532.
- Couchez: Principe directeur du Precés Principe Contradiction. Jur. Class. Pre. Civ. 1973. Fasc. 156.
- Référé arbitrage. Rev. arb 1986. P. 155.
- Dufouleur et le boulanjer: Le nouveau droit egyption de L'arbitrage. Rev. arb. 1994. P. 665.

- FOUCHARD et Gaillard et Goldman: Traite de L'arbitrage dommercial international Paris 1996.
- FOUCHARD: La Coopération du Président du Tribunal de geande instance à L'arbitrage Rev. arb 1985. 5.
- GAVALDE: Les Commissions ragatoire internationaux matiere civile et Commerciale Rév Crit. 1964.
- Kessedjion: Principe de La Contradiction arbitrage Rev. arb. 1995. 381.
- L'abligation Pour L'abioble Compositeur de mativer so Sentence Rev. arb 1976. 223.
- L'application a L'arbitrage des regles du Nouveau Code de Procedure Civile Rev. arb. 1980 P. 645.
- L'instance arbitrale arbitrage de droit abioble Comosition. Pr. Civ. Fosc. 1038.
- L'instance arbitrale La Procedure devant Les arbitros, Jur clasc 1036.
- La leve: le regle de Conflit de Lois appliqués au Fond du Litige Par L'arbitre international Rev. arb. 1976.
- La récusation des arbitrs dans La jurisprudence recenté Rev. arb 1975. 223.
- Loquin: arbitrage. Competence arbitrale jur. Class. 1994 Fasc. 1034.
- MARRUD: Le droit de La Preuve La Production Forceedes Preuve en justice. J. C. P. 1973. 2572.
- MAYER: La sentence Contraire al'aordere Public au Fond Rev. arb 1994 P. 615.
- MAYER: le Pouvoir des arbitres de regler le Procedure. Rev. arb. 1995. P. 163.
- MOLULSKÝ: question préalable et question prejudicielle en Motiere de Competence arbitrale J. C. P. 1957 - 1 - 1383.
- MOREAU: L'intervention du Tribunal au Cours de La Procedure arbilrale en droit Francais et droit Compore Rev. arb, 1978. P. 323.
- NORMAND: le juge et le Litige Thé. L. G. D. J. 1965.
- PERROT: L'adminstration de la Preuve enmatiere d'arbitrage Rev. arb. 1974. P. 159.

- Puybusque: jugement Preforatoire appel et autarié de chose jugée Goz Pol 1986. 133.
- Reymond: des Connaissance Personelle de L'arbitre Son information privilege Rev. arb. 1991. P. 3.
- ROBERT et MOREAU: L'arbitrage droit interne droit international Prive Paris Dalloz 1993.
- Rusques; Serment Suppletaire. Jur. Class 1994. Fasc. 673.

### ٣- المجموعات الفقهية والدوريات والأحكام:

- Bull – civ: Bulletin des arêtes des chambers de La Cour de Cassation Française.
- Coss Cour de Cassation.
- Encyclopdie: Dalloz réperatoire de Procédure civile ENCY. D. pr. Civ. Mise a jour permanent.
- G. P. Gozette du Palais.
- J. C. P.: juris – classeur Périadique – semaine juridique.
- Juris classeur de ProcEDURE civile = jur. Class. Pr. Civ. Mise a jour Permanents.
- R. T. D. Civ: Revue Trimestrielle de droit civil.
- Rev. arb: Revue de L'arbitrage.



## محتويات الدراسة

الصفحة	الموضوع
٦٢٧	مقدمة .....
٦٣٦	<b>الفصل الأول</b> القواعد الإجرائية العامة للإثبات أمام المحكمين
٦٣٦	تمهيد .....
٦٣٧	<b>المبحث الأول</b> سلطة تنظيم إجراءات الإثبات
	تمهيد .....
٦٣٧	<b>المطلب الأول:</b> حرية الأطراف في اختيار القانون الذى يحكم إجراءات الإثبات .....
٦٤٩	<b>المطلب الثانى:</b> اختيار هيئة التحكيم للقانون الذى يحكم إجراءات الإثبات .....
٦٥٤	<b>المبحث الثانى</b> دور المحكمين فى الإثبات وما يرد عليه من قيود
٦٥٤	تمهيد وتقسيم .....
٦٥٥	<b>المطلب الأول:</b> مبدأ حياد المحكم .....
٦٧٥	<b>المطلب الثانى:</b> سلطات المحكمين فى اتخاذ إجراءات الإثبات وما يرد عليهم من قيود .....
٧٠٥	<b>المبحث الثالث</b> دور الخصوم فى الإثبات وما يرد عليه من قيود
٧٠٦	<b>المطلب الأول:</b> دور الخصوم فى الإثبات .....
٧٢٤	<b>المطلب الثانى:</b> القيود الواردة على دور الخصوم فى الإثبات ....
٧٣١	<b>المبحث الرابع</b> السلطة التى يجرى أمامها الإثبات
٧٣١	<b>المطلب الأول:</b> هيئة التحكيم تتولى اتخاذ كافة إجراءات الإثبات المتعلقة بالدعوى .....
٧٣٤	<b>المطلب الثانى:</b> الإنابة القضائية .....

الصفحة	الموضوع
٧٤٢	المبحث الخامس القواعد الخاصة بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات
٧٦٨	الفصل الثاني القواعد الإجرائية الخاصة بأدلة الإثبات أمام المحكمين
٧٦٨	تمهيد وتقسيم .....
٧٦٨	المبحث الأول الإجراءات المتعلقة بالأدلة الكتابية
٧٧٠	المطلب الأول: إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده .....
٧٨٩	المطلب الثاني: المنازعة في صحة المحررات المقدمة لهيئة التحكيم .....
٧٩٦	المبحث الثاني شهادة الشهود
٧٩٦	تمهيد وتقسيم .....
٧٩٨	المطلب الأول: الإجراءات الخاصة بشهادة الشهود أمام هيئة التحكيم .....
٨٢٣	المطلب الثاني: الدعوى الأصلية بسماع شاهد مع وجود الإ اتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته .....
٨٣٤	المبحث الثالث الاستجواب
٧٣٤	- أهمية الاستجواب وماهيته .....
٨٣٦	- سلطة توجيه الاستجواب ومن يوجه إليه ووقته .....
٨٣٩	- الواقعة موضوع الاستجواب وما يشترط فيها .....
٨٤٠	- سلطة هيئة التحكيم في العدول عن الاستجواب .....
٨٤١	- إجراءات الاستجواب .....
٨٤٧	المبحث الرابع المعاينة
٨٤٧	تمهيد وتقسيم .....
٨٤٩	المطلب الأول: المعاينة كإجراء إثبات .....

الصفحة	الموضوع
٨٥٥	المطلب الثاني: الدعوى الأصلية بطلب الانتقال للمعاينة مع وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته ...
٨٦٠	المبحث الخامس اليمين
٨٨٣	المبحث السادس الخبرة
٨٨٦	المطلب الأول: الخبرة كإجراء للإثبات
٩٠٦	المطلب الثاني: الدعوى الأصلية بالخبرة مع وجود الاتفاق على التحكيم أو بدء إجراءاته .....
٩١٢	..... الخاتمة
٩١٤	..... قائمة المراجع
٩٢٢	..... الفهرس

---

---

***Enforcement of Annulled Arbitration Awards:  
How the dead is resurrected in France and the  
United States?***

---

---

***Amr Abdelhamied Elattar***<sup>1</sup>

***"We raise in degrees whom We will, but over every  
possessor of knowledge is one [more] knowing."  
[Holy Qur'an 12:76]***

---

<sup>1</sup> ***Civil and Commercial Procedures Law Assistant Professor,  
Kuwait International Law School & Alexandria University  
Law School. S.J.D '12 Golden Gate University Law  
School, LL.M '08 George Washington University Law  
School; B.A '06 Alexandria University Law School, Egypt.  
Author can be reached at: [aelattar@kilaw.edu.kw](mailto:aelattar@kilaw.edu.kw). Cell  
phone: +96569300477.***

---

---

***Enforcement of Annulled Arbitration Awards:  
How the dead is resurrected in France and the  
United States?***

***Amr Abdelhamied Elattar***<sup>2</sup>

***"We raise in degrees whom We will, but over every  
possessor of knowledge is one [more] knowing."  
[Holy Qur'an 12:76]***

---

---

***I. Introduction***

International arbitration provides an "efficient and effective" mean for resolving different sorts of disputes including commercial disputes and state-to-state disputes.<sup>3</sup> Such popularity is based on the fact that arbitration provides both the courts and the arbitrating parties with valuable benefits.<sup>4</sup> By submitting their disputes to arbitration, parties are able to take their

---

<sup>2</sup> *Civil and Commercial Procedures Law Assistant Professor, Kuwait International Law School & Alexandria University Law School. S.J.D '12 Golden Gate University Law School, LL.M '08 George Washington University Law School; B.A '06 Alexandria University Law School, Egypt. Author can be reached at: [aelattar@kilaw.edu.kw](mailto:aelattar@kilaw.edu.kw). Cell phone: +96569300477.*

<sup>3</sup> *Gary Born, INTERNATIONAL ARBITRATION: LAW AND PRACTICE, 2<sup>nd</sup> edition, at p.1, Wolters Kluwer, 2016.*

<sup>4</sup> *Jessica Rodriguez, Enforcement of Annulled Arbitral Awards in the United States: Is a Return to Chromalloy Warranted? 34 Rev. Litig. 379, at 380 (2015)*

disputes before a forum other than the traditional litigation one and avoid the delay of different motions found in court proceedings such as depositions, summary judgements and motion to appeal.<sup>5</sup> This reduces the number of cases before the domestic courts which allow them to better deal with the cases before them.<sup>6</sup>

On the other hand, arbitration provides the parties with valuable benefits, most important is the freedom of the parties to agree to any provisions, within the arbitration agreement, to satisfy their needs in less formal and less adversarial settings.<sup>7</sup> It can be, in some cases, faster than litigation before courts.<sup>8</sup> Moreover, and based on the fact that arbitration is a "creature of contract", the parties enjoy the freedom to choose the applicable law, whether procedural or substantive, and to select their arbitrators, as they can choose individuals who are disconnected from both the subject matter of the dispute and their respective home state courts.<sup>9</sup> Further, parties can choose arbitrators with expertise both in international transaction and areas of the law relevant to the dispute.<sup>10</sup>

Another benefit of international arbitration is to provide the parties with the possibility of confidential, or at least private, dispute resolution mechanism as most national court proceedings are not

---

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> *Id.*

<sup>7</sup> *Edna Sussman, Why Arbitration? The Benefits and Savings, N.Y. St. B. J. Oct. 2009, at 20.*

<sup>8</sup> *Id.*, at 22.

<sup>9</sup> *Rodriguez, supra note 3, at 380.*

<sup>10</sup> *Sussman, supra note 6, at 21.*

confidential.<sup>11</sup> Among these benefits, enforceability of the arbitration agreements and awards is the most essential benefit for the parties. One of the most important objectives of legal regimes for international arbitration is to provide for enforceability of arbitration agreements and arbitral awards.<sup>12</sup> The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 “known as the New York Convention” states an obligation upon its contracting parties to recognize and enforce both arbitration agreements and arbitral awards.<sup>13</sup> The New York Convention also provides for the grounds under which the court of the enforcing state “may” refuse to recognize and enforce the said award.<sup>14</sup>

In fact, the benefits discussed, in addition to others, are very encouraging and promising for the parties to settle their disputes by arbitration, however, enforcement of an arbitral award in a foreign country is the most important benefit the parties seek. No doubt that the success of an arbitration process is based on the ability of the parties to enforce the arbitral award.

---

<sup>11</sup> *Born, supra note 2, at 13.*

<sup>12</sup> *Gary Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 2n Ed. Vol. I, at p. 77, Walters Kluwer (2014).*

<sup>13</sup> *The New York Convention Art. II stipulates that “Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them...”. Art. III states that “Each contracting state shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedures of the territory where the award is relied upon...”*

<sup>14</sup> *The New York Convention, Art. V.*

Once an arbitral award is rendered, the parties may have that award enforced or annulled by a domestic court, either in the same jurisdiction where arbitration took place or in a different jurisdiction.<sup>15</sup> The losing party may proceed to annul the arbitral award before the domestic courts of the country where the arbitration take place (seat of arbitration) where he/she may prevail and then the arbitral award shall be null. In that case, the annulled arbitral award may not be granted recognition and enforcement in the enforcing state.<sup>16</sup> Nonetheless, domestic courts in different jurisdictions have adopted a new approach contrary to what is provided under the New York Convention. In both France and the United States, domestic courts granted recognition and enforcement to arbitral awards which had been set aside by courts of the seat of arbitration. Both jurisdictions tried to establish an acceptable theory in order to justify the possibility to enforce an annulled arbitral award that has been set aside at the seat of arbitration.

The author would like to point out that this issue, subject discussion, is governed by two important Articles under the New York Convention:

*First:* Article V (1) (e) which provides that "Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where recognition and enforcement is sought,

---

<sup>15</sup> *Rodriguez, supra note 3, at 382.*

<sup>16</sup> *The New York Convention, Art. V (1) (e) provides that "recognition "may be refused" if the award has "set aside" by a competent authority of the country in which, or under the law of which, the award was made."*



proof that: the award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”<sup>17</sup>

*Second: Article VII (1) of the same Convention states that “the provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreement concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting nor deprive any interested party of any right he may to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.”*<sup>18</sup>

According to one commentator, these two provisions have given rise to two different approaches when it comes to the recognition and enforcement of arbitral award annulled at their home jurisdiction; first is the classic approach which can be called “New York Convention enforcement standard” while the second approach, which based on Article VII of the Convention known as the more favored rule, shall be called “local enforcement standard.”<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> *The New York Convention, Art. V (1)(e).*

<sup>18</sup> *Id, Art VII (1).*

<sup>19</sup> *Christopher Koch, The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin: The French and U.S. Experience, 26(2) J. Int'l Arb. 267, 268 (2009). Christopher Koch borrowed the term “local enforcement standard” from Jan Paulsson who coined the term “local standard annulment” (LSA) in opposition to “international standard annulment” (ISA) to determine whether an annulment of an award met internationally recognized standard.*

This paper examines the different approaches in both France and the United States discussing the justification behind granting annulled arbitral award recognition and enforcement in the light of recent case law in both jurisdictions. It also will help, humbly, to set some criteria for a proper treatment for annulled awards in other jurisdictions.

## *II. The French Approach*

French courts have held, for a very long time, that an award which has been annulled at the seat of arbitration could be recognized in France.<sup>20</sup> Although France is a signatory state to the New York Convention, French courts have gone beyond the terms of the Convention by stating that annulment of an arbitral award in the rendering state does not constitute a ground for refusing enforcement of the said award in France.<sup>21</sup> France does not apply the Convention, when it comes to recognizing and enforcing arbitral awards, but it applies its local standard for enforcement, which it considers more favorable and advantageous to the enforcement of arbitral awards than the Convention.<sup>22</sup>

Under Article 1502 (Article 1520 of the New French Code of Civil and Commercial Procedures (NFCCP), the order enforcing a foreign award may appealed only in the following five cases:

---

<sup>20</sup> *Born, supra note 11, Vol. 3, at 3625.*

<sup>21</sup> *Hamid G. Gharavi, Enforcement Set Aside Arbitral Awards: France's Controversial Steps Beyond the New York Convention, 6 J. Transnat'l L. & Pol'y 93, at 96 (1996).*

<sup>22</sup> *Koch, supra note 18, at 269.*

- (1) If the arbitrator decided in the absence of an arbitration agreement, or on the basis of a void or expired agreement;<sup>23</sup>
- (2) If the arbitral tribunal was irregularly constituted or the sole arbitrator irregularly appointed;<sup>24</sup>
- (3) If the arbitrator decided in a manner incompatible with the mission conferred upon him;<sup>25</sup>
- (4) If due process has not been respected;<sup>26</sup>
- (5) If recognition or enforcement is contrary to international public policy.<sup>27</sup>

The FCCP does not provide annulment or suspension of an arbitral award in its place of origin as a ground for appealing an enforcement order, therefore, such ground is not a reason to refuse enforcement of foreign arbitral awards in France.<sup>28</sup> By combining Article 1502 of FCCP with Article VII(1) of the New York Convention, the French courts can legally refuse to apply Article V(1)(e) of the Convention and can, instead, enforce an arbitral award annulled in the country in which, or under the law of which, it was

---

<sup>23</sup> *NOUVEAU C. PR. CIV. Art 1502 (1).*

<sup>24</sup> *Id, art. 1502 (2).*

<sup>25</sup> *Id, art. 1502 (3).*

<sup>26</sup> *Id, art. 1502(4).*

<sup>27</sup> *Id, art 1502(5).*

<sup>28</sup> *Koch, supra note 18, at 270.*

made.<sup>29</sup> The French approach was the fruit of an evolution of cases which started in 1984.<sup>30</sup>

### A. *Societe Pabalk Trcaret v. Societe Norsolor*

This case is considered the starting point for France's movement away from the New York Convention toward a local enforcement standard.<sup>31</sup> In *Norsolor, Societe Pabalk*, a Turkish company, entered into an agency agreement with *Societe Norsolor*, a French company, under which *Pabalk* was to receive commission for delivering certain products to a third party.<sup>32</sup> *Norsolor* terminated the agreement, and, claiming the unpaid commission and damages, *Pabalk* submitted the dispute to ICC Court of Arbitration.<sup>33</sup> In 1978, the arbitral tribunal issued an award against *Norsolor* applying "*Lex mercatoria*"<sup>34</sup> instead of the municipal law of either of the parties to the merits of the case, finding that *Norsolor* had breached its obligation of good faith.<sup>35</sup> However, since allocating damages for each head of claim was too difficult, the tribunal "evaluated in equity by way of global lump

---

<sup>29</sup> Gharavi, *supra* note 20, at 97.

<sup>30</sup> Koch, *supra* note 18, at 270.

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> Gharavi, *supra* note 3, at 97-98.

<sup>33</sup> *Id.*, at 98.

<sup>34</sup> *Lex mercatoria* (merchant law) is a system of principles governing merchants in Europe during medieval times. Rodriguez, *supra* note 3, at footnote 78 (citing Michael Douglas, *The Lex Mercatoria and the Culture of Transnational Industry*, 13 *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.* 367, 369 (2006).

<sup>35</sup> Koch, *supra* note 18, at 270.

sum, the amount of the damages due to *Pabalk* ... the sum of 800,000 French francs.<sup>36</sup>

The arbitral award was set aside by the Vienna Court of Appeal based on that the arbitral tribunal “had exceeded its mission in applying *lex mercatoria* rather than a national law as Article 13 of the then current ICC Rules of Arbitration required.”<sup>37</sup> The court also found that the tribunal had exceeded its mandate by awarding damages “in equity,” thereby, assuming powers of amiable composition which the arbitration agreement did not give it.<sup>38</sup> On the other hand, *Pabalk* applied was granted a request for the enforcement of the award by the French lower court, however, *Norsolor* appealed the enforcement decision after the award was set aside by the Vienna Court of Appeal.<sup>39</sup> The Paris Court of Appeal (*cour d’appel de Paris*) refused to confirm the enforcement order in accordance with Article V(1)(e) of the New York Convention.<sup>40</sup> However, the French Court of Cassation reversed the decision of the Court of Appeal and held that the award was enforceable against *Norsolor*.<sup>41</sup> The French Court of Cassation based its decision on the ground that nothing in the French law authorizes refusal of recognition and enforcement of a foreign award that has been set aside.<sup>42</sup> The Court held that by simply refusing enforcement of the award under Article V(1)(e) of the Convention without examining whether under Article VII of the Convention that award could be enforced in

---

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> *Id.*

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> *Gharavi, supra note 3, at 98.*

France pursuant to French Arbitration law, the Paris Court of Appeal had violated Article VII of the Convention.<sup>43</sup>

In fact, this decision had increased the French “liberalism” in enforcing annulled arbitral awards; as the court held that French judges “have the duty, and not just the right, to apply the more-favorable-right provision of Article VII in enforcing arbitral awards, even where enforcement would be otherwise refused under Article V(1)(e) of the Convention.”<sup>44</sup>

### *B. Societe Polish Ocean Line v Societe Jolasry*

In 1993 the French Court of Cassation rendered another decision confirming its earlier approach and elaborated in the rational for recognition and enforcement of annulled arbitral awards,<sup>45</sup> applying the French approach in enforcing arbitral awards set aside at their place of origin.

In *Societe Polish Ocean Line v Societe Jolasry*,<sup>46</sup> a French company, *Jolasry*, obtained an award against *Polish Ocean Line*.<sup>47</sup> *Polish* appealed the award and the award was stayed pending annulment proceedings before the Polish courts.<sup>48</sup> The French company sought enforcement in France and the enforcement order was granted and confirmed by the Paris Court of

---

<sup>43</sup> *Koch, supra note 18, at 271.*

<sup>44</sup> *Gharavi, supra note 3, at 97.*

<sup>45</sup> *Born, supra note 11, at p. 3625.*

<sup>46</sup> *Koch, supra note 18, at 271.*

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> *Id.*

Appeal.<sup>49</sup> *Polish Ocean Line* appealed the order before the French Court of Cassation arguing that the award should not be enforced in France as long as it was suspended in Poland.<sup>50</sup> The court held that:

*“A French court may not deny an application for leave to enforce an arbitral award which was set aside or suspended by a competent authority in the country which the award was rendered, if the grounds for opposing enforcement, although mentioned in Art V(1)(e) ... are not among grounds specified in French domestic arbitration law.”*<sup>51</sup>

In that case, the French court did not address the preclusive effect of the Polish decision, which set aside the arbitral award, instead, treating the recognition provision of Article 1502 of the FCCP as the sole relevant criteria to the decision.<sup>52</sup> Moreover, the French court in *Polish* took the rationale of *Norsolor* case and expanded it one step further, as in the *Norsolor* decision, the French Court of Cassation acknowledged that Article V(1)(e) alone was not sufficient to deny the enforcement of an arbitral award.<sup>53</sup> In *Polish*, the court held that not only was Article V (1)(e) independently insufficient for denial of enforcement, but also that the “more favorable law” clause, Article VII (1), prevailed over Article V(1)(e).<sup>54</sup> Thus, the French domestic law applied.<sup>55</sup>

---

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> *Id.*

<sup>52</sup> *Born, supra note 11, at 3626.*

<sup>53</sup> *Rodriguez, supra note 3, at 392 citing Koch, supra note 18, at 271.*

<sup>54</sup> *Id.*

<sup>55</sup> *Id.*

### C. *Societe Hilmarton v Societe OTV*

In *Societe Hilmarton v. Societe OTV*<sup>56</sup>, a contract made on December 12, 1980, between Hilmarton Ltd. ("Hilmarton"), an English consulting company, which agreed to assist Omnimum de Traitement et de Valorisation ("OTV"), a French company, in obtaining a public work contract in Algeria.<sup>57</sup> Swiss law governed the agreement between Hilmarton and OTV and the place of arbitration was Geneva.<sup>58</sup> The Swiss sole arbitrator rejected Hilmarton's claim based on that the contract between the parties violated a mandatory principles of Algerian law which prohibited the use and payment of intermediaries in the procurement of public works contracts.<sup>59</sup> However, in 1989, the Geneva Court of Appeal set aside the award, finding that the arbitrator's decision was arbitrary and could thus be set aside in accordance with Article 36(f) of the Swiss Concordat on Arbitration.<sup>60</sup> On the other hand, succeeded to have the award enforced in France and obtained an exequatur of the award from the Paris Court of First Instance on February 27, 1990,<sup>61</sup> Hilmarton appealed the said exequatur before the Paris Court of Appeal based on the annulment of the arbitral

---

<sup>56</sup> *Gharavi, supra note 3, at 100 citing Judgment of Nov. 17, 1989 (Societe Hilmarton v. Societe OTV), Cour de Justice de Geneve, 1993 REV. ARB. 315, 316, translated in XIX Y.B. COM. ARB. 214 (1994).*

<sup>57</sup> *Id.*

<sup>58</sup> *Koch, supra note 18, at 272.*

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> *Id.*

<sup>61</sup> *Id.*



award by the Swiss courts.<sup>62</sup> The Paris Court of Appeal, on December 19, 1991 decided that:

*“the provision of Art V (1)(e) of the Convention- according to which an exequatur must be denied to an award which has been set aside in the country in which it was made- does not apply when the law of the country where enforcement is sought permits enforcement of such an award. In case, recognition and enforcement is sought in France of an arbitral award rendered in Geneva; the award having been set aside by the Swiss courts is not a ground for denying exequatur under Art. 1502 of FCCP.”*<sup>63</sup>

The French Court of Appeal, resting upon *Norsolor* and *Polish Ocean Line*, determined that henceforth the enforcement of foreign awards in France would be no longer be governed by Article V(1)(e) of the New York Convention, but solely by the more “lenient” provision of the French domestic law as they result from Article 1502 of the FCCP.<sup>64</sup> This decision was confirmed by the French Court of Cassation on its decision on March 23, 1994, which added “a new twist to the debate” by providing that:

*“lastly, the award rendered in Switzerland is an “international award” which is not “integrated” in the legal system of that State, so it remains “in existence” even if set aside and its recognition in France is not contrary to international public policy”*<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> *Id.*

<sup>63</sup> *Id.*, (citing judgment of *Cour d'appel (court of appeal)*, Paris, December 19, 1991, 19 *y.B Com. Arb.* 655-57 (1994).

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> *Id.*

The French Court of Cassation, by stating that the award in Switzerland was an international award which is not integrated into the legal order of Switzerland, took a resolute, if not adamant "internationalist" standard.<sup>66</sup> By other words, despite the fact that the parties had agreed that the place of arbitration is Switzerland and the Swiss law shall be applied, the French Court of Cassation considered this award as totally independent from the Swiss legal system. This award, once is rendered by the arbitrator, has no attachment to any legal order even to the legal order of the place where it was rendered.<sup>67</sup>

A second arbitration took place also in this case in which the tribunal rendered an award in favor of *Hilmarton*, but the French Court of Cassation held that the award of the second arbitration could not be enforced in France because of *res judicata*.<sup>68</sup>

*D. Bechtel v Department of Civil Aviation of Dubai (DAC)*

On February 20, 2002, a sole arbitrator rendered an award in favor *International Bechtel Co. ("Bechtel")*, a company registered in Panama, in a dispute against the *Directortate General of Civil Aviation of the Emirate of Dubai ("DAC")*.<sup>69</sup> *Bechtel* requested enforcement of

---

<sup>66</sup> *Id.*

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> *Rodriguez, supra note 3, at 393.*

<sup>69</sup> *Koch, supra note 18, at 274 (citing Michael Polkinhorne, Enforcement of Annulled Awards in France: The Sting in the Tail (January 2008), available at:*

[www.whitecase.com/files/Publication/9519e3f5-1c7b-4531-8a62-a6ac59dc87de/Presentation/PublicationAttachment/](http://www.whitecase.com/files/Publication/9519e3f5-1c7b-4531-8a62-a6ac59dc87de/Presentation/PublicationAttachment/)

the award in France. In October 2003, the Paris Court of First Instance issued an enforcement order.<sup>70</sup> In 2004, the UAE Court of Cassation in Dubai, annulled the arbitral award on the basis that the arbitrator had violated a mandatory procedural rule of the UAE by failing to swear in witnesses before they were heard.<sup>71</sup> *DAC* filed an appeal in the Paris Court of Appeal against the enforcement order issued by the Paris Court of First Instance.<sup>72</sup> It asked the Court of Appeal to recognize the decision rendered by the Dubai Court of Cassation which set aside the arbitral award rendered in favor of *Bechtel*.<sup>73</sup> During that time, UAE was not yet a member to the New York Convention, therefore, *DAC* based its case in the 1991 bilateral judicial enforcement treaty between the UAE and France, arguing that, under the treaty, the award could not have been enforced in France as it was still subject to judicial review in UAE when the execution order was issued in 2003.<sup>74</sup> Article 13 (1)(c) of the mutual enforcement treaty provides that a judicial decision can be recognized in France only once it can no longer be appealed in the UAE and is accordingly capable of enforcement in its country of origin.<sup>75</sup> Moreover, *DAC* argued that enforcement of the said arbitral award

---

=153d6bd2-17f4-48a0-94b2-

af4265abf8fc/article\_Annulled\_awards\_v3.pdf>. (citing *Direction General de l'Aviation Civile de l'Emirat de Dubai v Societe International Bechtel*, case available at: <[http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice\\_display&id=169](http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=169)>)

<sup>70</sup> *Id.*

<sup>71</sup> *Id.*

<sup>72</sup> *Id.*

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> *Id.*

would constitute a violation to international public policy, a ground for refusal to grant recognition and enforcement of an international arbitral award under Article 1502 of the French Code of Civil Procedure.<sup>76</sup>

The Paris Court of Appeal rejected the submitted arguments because an award was not a judicial decision with the meaning of the said treaty.<sup>77</sup> Therefore, there was no need to exhaust all local instance in the UAE, mentioned under Article 13 (1)(c), before seeking enforcement in France.<sup>78</sup> Resting upon the same rationale of *Hilmarton*, the Court of Appeal emphasized the fact the judicial effect of the annulment decision, issued by the Dubai Court of Cassation, did not have to be recognized or given any weight by the French Court of Appeal.<sup>79</sup>

#### *E. Putrabali v Rena Holding*

The position of the French Court of Cassation, in emphasizing that an international annulled arbitral award could be executed in France, has been reconfirmed by its decision in *Putrabali* case. In that case, an Indonesian company, *Putrabali*, had sold a shipment of pepper to a French company, *Rena Holding*, the latter refused to payment, because the goods were lost at the sea.<sup>80</sup> *Putrabali* initiated arbitration proceedings in London under International General Produce Association rules (IGPA).<sup>81</sup> The arbitral tribunal issued a first award in favor of

<sup>76</sup> *Polkinhorne, supra note 68.*

<sup>77</sup> *Koch, supra note 18, at 274.*

<sup>78</sup> *Id.*

<sup>79</sup> *Polkinhorne, supra note 68.*

<sup>80</sup> *Koch, supra note 18, at 274.*

<sup>81</sup> *Id.*

*Putrabali*, however, according to the IGPA rules, it is possible to appeal the award to a Board of Appeal which, on April 10, 2001 ruled that *Rena Holding* was excused from paying the price of the pepper.<sup>82</sup> This "First Award" was appealed to the English High Court on "points of law".<sup>83</sup>

On May 19, 2003, the English High Court partially set aside the award under the English Arbitration Act of 1996, causing the IGPA Board of Appeal to render a second award "The Second Award" in favor of *Putrabali*.<sup>84</sup> In the meanwhile, *Rena Holding* presented the IGPA Board of Appeal's award dated April 10, 2001, absolving it of any obligations for recognition and enforcement in France.<sup>85</sup> On September 13, 2003, *Rena Holding* was granted an exequatur for enforcement from the Paris Court of First Instance.<sup>86</sup> The said exequatur was appealed, based on the annulment award issued by the London Court, before the Paris Court of Appeal which rejected the appeal on basis of Article 1502.<sup>87</sup> The French Court of Cassation affirmed the decision of the Court of Appeal stating that:

*"an international arbitration award – which is not anchored to any national legal order – is an international judicial decision" whose validity must be ascertained with regard to the rules applicable in the*

---

82 *Id.*, at 275.

83 *Id.*

84 *Id.*

85 *Id.*

86 *Id.*

87 *Id.*

country where its recognition and enforcement is sought”<sup>88</sup>

In other words, by this decision, the French Court of Cassation held that an international arbitral award has no connection to any domestic legal system; as such an award is considered a decision of “international” justice whose validity should be assessed in accordance with the applicable rules in the country where its recognition and enforcement is sought.<sup>89</sup> The Court of Cassation may have recognized the existence of an international arbitral legal order which exists “independently” of the national arbitral system under which the arbitral award was rendered.<sup>90</sup> Similar to previous decisions, the French Court of Cassation does not recognize judicial decisions which set aside the arbitral award; since such decisions have only local effects within the jurisdiction where it was rendered.

### III. The American Approach

Although some the US courts welcomed the principle of the possibility to enforce annulled arbitral awards, however, these courts developed an analysis which less expansive than the French approach.<sup>91</sup> On the other hand, some case law in the United States appear to have “reject or limited” the possibility of enforcing an award that has been set aside in the seat of arbitration.<sup>92</sup> This section discusses the evolution of the

<sup>88</sup> *Id* (citing *Cass.*, June 20, 2007, 24 *Arb, Int’L* 295 (No. 2, 2008).

<sup>89</sup> *Polkinhorne*, *supra* note 68.

<sup>90</sup> *Koch*, *supra* note 18, at 275.

<sup>91</sup> *Born*, *supra* note 11, at 3629.

<sup>92</sup> *Id.*

American case law in considering whether to recognize annulled awards.

### *A. Chromalloy v Arab Republic of Egypt*

On July 31, 1996, the U.S. District Court for the District of Columbia issued its decision in *Chromalloy Aeroservices ("CAS") v The Arab Republic of Egypt ("Egypt")*<sup>93</sup> by which the US courts started to join the French courts in their approach to enforce annulled arbitral award.<sup>94</sup> *Chromalloy* was the first case before the US court to examine the possibility of enforcing an arbitral award which has been annulled in its place of origin.<sup>95</sup>

On June 16, 1988, Egypt and CAS entered into a contract under which CAS agreed to provide parts, maintenance, and repair for helicopters belonging to the Egyptian Air Force.<sup>96</sup> Due to several delays in the work, on December 2, 1991, Egypt terminated the contract by notifying CAS representatives in Egypt.<sup>97</sup> On December 4, 1991, Egypt notified CAS headquarter in Texas of the termination.<sup>98</sup> On December 15, 1991, CAS notified Egypt by its rejection to the cancellation of the contract "and commenced arbitration proceedings on the basis of the arbitration clause contained in Article XII and Appendix E of the contract."<sup>99</sup> Both parties agreed to submit their disputes to arbitration in

---

<sup>93</sup> 939 F. Supp. 907 (D.D.C) 1996.

<sup>94</sup> Koch, *supra* note 18, at 276.

<sup>95</sup> *Chromalloy*, 939 F. Supp. 907, 911.

<sup>96</sup> *Id.*, at 908.

<sup>97</sup> *Id.*

<sup>98</sup> *Id.*

<sup>99</sup> *Id.*

Cairo, Egypt, according to the Egyptian law.<sup>100</sup> The arbitration agreement stating that “any disputes or differences arising from the contract would be referred to arbitration, the decision therefore being “final and binding” and not subject to “any appeal or other recourse.”<sup>101</sup>

On August 24, 1994, the arbitral tribunal ordered Egypt to pay to CAS over than \$ 18 million and ordered CAS to pay to Egypt the sum of 606,920 sterling.<sup>102</sup> After the award was render, on October 28, 1994, CAS sought recognition and enforcement of the award before the U.S. District Court for the District of Columbia, however, On March 1, 1995, Egypt filed an appeal before the Egyptian Court of Appeal seeking nullification of the award.<sup>103</sup> On December 5, 1995, the Cairo Court of Appeal issued an order nullifying the arbitral award due to the fact that the arbitral tribunal wrongfully applied the Egyptian private law rather than the administrative law.<sup>104</sup> On July 31, 1996, the U.S. District Court for the District of Columbia granted CAS an order to enforce the arbitral award which had been annulled in Egypt.

In its decision, the District Court, applying the French approach, addressed, *firstly*, the application of Article V(1)(e) of the New York Convention to the case emphasizing the permissive nature of the said Article. It provided:

---

<sup>100</sup> *Id.*, at 912.

<sup>101</sup> Stephen T. Ostrowski & Yuval Shany, *CHROMALLOY: United States and International Arbitration at the Crossroads*, 73 *N.Y.U.L Rev.* 1650, at 1666-1667 (1998)

<sup>102</sup> *Chromalloy*, 939 *F. Supp.* 908

<sup>103</sup> *Id.*

<sup>104</sup> *Id.*



*“in the present case, the award was made in Egypt, under the laws of Egypt, and has been nullified by the court designated by Egypt to review arbitral awards. Thus, the court “may, at its discretion, decline to enforce the award.”*

The court then moved to discuss the mandatory nature of Article VII of the New York Convention, known as the “more favorable right’s provision”, which states that *“the provisions of the present Convention shall not ... deprive any interested party of any right he may avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law ... of the country where such award is sought to be relied upon.”*<sup>105</sup> The court found itself obliged by Article VII of the Convention rather than Article V(1)(e) which the court found not mandatory. The court relied upon Article VII which enable parties to utilize provisions of national law that are more favorable than those in the New York Convention.<sup>106</sup>

*Secondly*, the court turned to U.S. law, specifically Section 10 in Chapter 1 of the Federal Arbitration Act<sup>107</sup> (“FAA”) which lists the grounds for setting aside an arbitral award. The court found that these grounds are limited and none of them applied, therefore, enforcement of the arbitral award was

---

<sup>105</sup> *Id*, at 909.

<sup>106</sup> Robert C. Bird, *Enforcement of Annulled Arbitration Awards: A Company Perspective and an Evaluation of A “New” New York Convention*, 37 N.C. J. Int’l L. & Com. Reg. 1013, at 1031 (2012).

<sup>107</sup> 9 U.S.C, Sec. 10

“proper” according to the U.S. law.<sup>108</sup> Section 10 of Chapter 1 of the FAA states that an arbitration awards are presumed to be binding, and may only be vacated by a court under very limited circumstances:

- (a) If the award was procured by corruption, fraud, or undue means.
- (b) Where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them.
- (c) Where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced.
- (d) Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.
- (e) If the award was made in “manifest disregard of the law.”

The grounds under Section 10, Chapter 1 of the FAA provide “an enforcement standard” that did not consider annulment of an award under the law of the seat of arbitration as a ground for nullifying the award.<sup>109</sup> Since the Cairo Court of Appeal based its

---

<sup>108</sup> *Johnthan I. Blackman & Ellen London, Respecting Awards Annulled at the Seat of Arbitration: The Road From Chromalloy to Termorio*, 63-OCT Dis. Resol. J. 70, at 73.

<sup>109</sup> *Koch*, supra note 18, at 277.

annulment decision on the fact that the arbitrators had misapplied the law to the subject matter of the dispute, since they had applied the Egyptian private law and not the administrative law, the District Court examined this fact under the "manifest disregard of law" under the FAA. Manifest disregard of law may be found if "the arbitrator(s) understood and correctly stated the law, but proceeded to ignore it."<sup>110</sup> The court found that the application of the private law rather than the administrative law is considered, at most, a mistake of law, and not a manifest disregard of the law.<sup>111</sup> The court added:

*"the arbitrator in the present case made a procedural decision that allegedly led to a misapplication of substantive law. After considering Egypt's argument that Egyptian administrative law should govern the contract, the majority of the arbitral panel held that it did not matter which substantive law they applied -civil or administrative. At worst, this decision constitutes a mistake of law, and thus is not subject to review by this court"*<sup>112</sup>

Thirdly, the court addressed whether it was required to recognize the decision issued by the Cairo Court of Appeal, as a valid foreign judgement. In fact, the court did not recognize that decision as a valid foreign judgement. It based its decision on the assumption that the Egyptian court illegally assumed

<sup>110</sup> *Chromalloy*, 939 F. Supp. 907, 910, citing *Kanuth v. Prescott, Ball, & Turben Inc.*, 949 F.2d 1175, 1179 (D.C.Cir.1991).

<sup>111</sup> *Id.*, at 910-911, citing *Al-Harbi v. Citibank*, 85 F.3d, 680, 683 (D.C.Cir. 1996).

<sup>112</sup> *Id.*, at 911.

jurisdiction over the award since both parties agreed not subject the award to appeal or any other recourse.<sup>113</sup> However, since the decision had been issued by the Cairo Court of Appeal, the court had to examine the possibilities for recognizing this decision as a valid foreign judgement.<sup>114</sup> The requirement for enforcement of a foreign judgment are that there be (i) proper service of process, and (ii) the original claim did not violate public policy.<sup>115</sup> The court found that the annulment decision, issued by the Egyptian court, violate the U.S. public policy.<sup>116</sup> In determining the meaning of U.S. public policy, the court mentioned that "judges have no license to impose their own brand of justice in determining applicable public policy."<sup>117</sup> The court, citing *Mitsubishi v. Chrysler*<sup>118</sup>, held that there is an "emphatic federal policy in favor of arbitral dispute resolution."<sup>119</sup> Moreover, there is a strong public policy behind judicial enforcement of binding arbitration clauses.<sup>120</sup> Therefore, recognizing the decision rendered by the Egyptian court, which is considered by the U.S. court a violation to the arbitration agreement between both parties, would violate the clear U.S. public policy.<sup>121</sup>

---

<sup>113</sup> *Koch, supra note 18, at 277.*

<sup>114</sup> *Id.*

<sup>115</sup> *Chromalloy, 939 F. Supp. 907, 913 citing Tahan v. Hodgson, 662 F.2d 862, 864 (D.C.Cir. 1981)*

<sup>116</sup> *Id.*

<sup>117</sup> *Id, citing Northwest Airlines Inc., v. Air Line Pilots Association, Int'l, 808 F.2d 76, 78 (D.C.Cir.1987).*

<sup>118</sup> *Mitsubishi v. Solar Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614, 631.*

<sup>119</sup> *Chromalloy, 939 F. Supp. 907, 911.*

<sup>120</sup> *Id.*

<sup>121</sup> *Id.*

## B. *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys "R" Us*

A year after *Chromalloy*, the US courts faced a very important issue regarding the "interplay" between the New York Convention and the provisions of the FAA. This issue was examined in a decision rendered by the U.S. Court of Appeal for the Second Circuit on September 10, 1997, in the case of *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys "R" Us*.<sup>122</sup>

This case concerned a dispute between a Kuwaiti company, *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons* ("*Alghanim*") and a U.S. Company, *Toys "R" Us Inc.*, ("*Toys "R" Us*"). On November 1982, the two parties concluded a License and Technical Assistance Agreement (the "agreement").<sup>123</sup> According to this agreement, *Toys "R" Us* granted *Alghanim* a limited right to open *Toys "R" Us* stores in several countries in the Middle East using its trademarks.<sup>124</sup> From 1982 to December 1993, *Alghanim* only opened four stores all in Kuwait.<sup>125</sup> Due to disagreement between the parties, on July 20, 1992, *Toys "R" Us* terminated the agreement sending *Alghanim* notice of non-renewal stating that the agreement would terminate on January 31, 1993. *Alghanim* refused the termination of the agreement and considered it a breach of the contract between the parties.<sup>126</sup> On December 20, 1993, *Toys "R" Us* initiated arbitration proceedings, under the auspices of the American Arbitration Association (AAA) seeking a declaration that the agreement was terminated on

---

<sup>122</sup> *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys "R" Us, Inc.*, 125 F.3d 15 (2<sup>nd</sup> Cir. 1997).

<sup>123</sup> *Id.*, at 17.

<sup>124</sup> *Id.*

<sup>125</sup> *Id.*

<sup>126</sup> *Id.*, at 18.

December 31, 1993. *Alghanim* counterclaimed the breach of the contract by *Toys "R" Us*.<sup>127</sup> An arbitration was held in New York and the arbitral tribunal issued an award in favor of *Alghanim* of \$ 46.44 million plus interest. *Alghanim* sought recognition and enforcement of the award, under the New York Convention, before the district court, while *Toys "R" Us* cross-moved to vacate the award under Section 10 of the FAA, arguing that the award was clearly irrational, in manifest disregard of the law and in manifest disregard of the agreement.<sup>128</sup> In its decision, the district court concluded that "the Convention and the FAA afford overlapping coverage, and the fact that a petition to confirm is brought under the Convention does not foreclose a cross-motion to vacate under the FAA, and the Court will consider *Toys "R" Us* cross-motion under the standards of the FAA."<sup>129</sup> Moreover, the Court of Appeal, in its decision, discussed the role of the domestic courts in both the state of the seat of arbitration and the enforcing state as follow;

*"In sum, we conclude that the Convention mandates very different regimes for the review of arbitral awards (1) in the state in which, or under the law of which, the award was made, and (2) in other state where recognition and enforcement are sought. The Convention specifically contemplates that the state in which, or under the law of which, the award was made, will be free to set aside or modify an award, in accordance with its domestic arbitral law and its full panoply of express and implied grounds for relief. See Convention Art. V(1)(e). However, the Convention is*

---

<sup>127</sup> *Id.*

<sup>128</sup> *Id.*

<sup>129</sup> *Id.*

*equally clear that when an action of enforcement is brought in a foreign state, the state may refuse to enforce the award only on the grounds explicitly set forth in Art. V of the Convention.*"<sup>130</sup>

The words of this decisions provide that Article V(1)(e) of the Convention is "positive directive" to courts at the seat of arbitration to apply domestic arbitration law grounds for annulment of foreign arbitral awards governed by this Convention.<sup>131</sup> After this award, U.S. courts have accepted that the Convention itself obligates the United States to apply its domestic arbitration law standards of annulment when there is a motion to vacate a Convention award that was issued by a tribunal sitting in the United States.<sup>132</sup> Although the court decision in *Toys "R" Us*, did not directly address the issue of the possibility to enforce annulled arbitral awards in the United States, however, the court addressed the issue of whether the FAA had a role to play defining the standards for enforcement under the New York Convention.<sup>133</sup> The court's

---

<sup>130</sup> *Id.*, at 23.

<sup>131</sup> Marc J. Goldstein, *Annulled awards in the U.S. Courts: How Primary is "Primary Jurisdiction?"*, 25 *Am Rev. Int'l Arb.* 19, 22 (2014).

<sup>132</sup> *Id.*, at 23. Citing *Gulf Petro Trading Co. v. Nigerian Int'l Petroleum Copr.*, 512 F. 3d 742, 746 (5<sup>th</sup> Cir. 2008); *TermoRio S.A.E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928, 935 (D.C. Cir. 2007); *KarahaBodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 346 F.3d 274, 287 (5<sup>th</sup> Cir. 2004); *China Minmetals Materials Import & Exports Co. v. Chi Mei Corp.*, 334 F.3d 274, 285 (3d Cir. 2003); *Thai-Lao Thailand (Thailand) Co. v. Government of The Lao People's Democratic Republic*, 2014 WL 476239 at \* 3 (S.D.N.Y Feb, 2014).

<sup>133</sup> *Koch*, *supra* note 18, at 280.

decision provided that the Convention states the exclusive grounds for not enforcing foreign awards, thus, excluding the application of any implicit grounds under Section 10 of FAA.<sup>134</sup> In this regard, *Toys "R" Us* decision can be considered in contrary to *Chromalloy* decision which attempted to introduce FAA as more favorable local standard for enforcement.<sup>135</sup>

### *C. Baker Marine (Nig.) Ltd v. Chevron (Nig.) Ltd.*

After *Toys "R" Us* decision, The U.S. Court of Appeal, the Second Circuit, discussed the issue between hands and rendered a decision, in *Baker Marine* case, contrary to what *Chromalloy* had concluded before. In this case, *Baker Marine, Chevron & Danos*,<sup>136</sup> are corporations involved in Nigeria's oil industry. In September 1992, Baker Marine and Danos entered into a contract to bid to provide barge services for Chevron.<sup>137</sup> Baker Marine agreed that it would provide local support, while Danos agreed it would provide management and technical equipment. The bid by Baker Marine and Danos was successful, and in October 1992, the two companies entered a contract with Chevron to provide barge services.<sup>138</sup> Later, Baker Marine alleged that Chevron and Danos violated the contracts.<sup>139</sup> The dispute was submitted by parties to arbitration before panels of arbitrators in Lagos,

<sup>134</sup> *Alghanim v. Toys "R" Us*, *supra* note 121, at 20,21.

<sup>135</sup> *Koch*, *supra* note 18, at 280.

<sup>136</sup> *Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd, & Chevron Corp., Inc., Baker marine (Nig.) Ltd. V. Danos and Curole Marine Contractors, Inc.*, 191 F.3d 194, 195 (2<sup>nd</sup> Cir. 1999).

<sup>137</sup> *Id.*, 195.

<sup>138</sup> *Id.*

<sup>139</sup> *Id.*



Nigeria. In 1996, two arbitral awards were rendered in favor of Baker Marine against both Chevron and Danos, one of award of \$ 2.23 million in damages against Danos, the second award was about \$ 750,000 in damages against Chevron.<sup>140</sup>

Baker Marine sought recognition and enforcement of both award in the Nigerian Federal High Court, while the Chevron and Danos appealed to the same court to vacate the arbitral awards.<sup>141</sup> The Nigerian court had annulled both awards concluding that Danson's award was unsupported by the evidence, while it found that the arbitrators in Chevron's award had improperly awarded punitive damages, gone beyond the scope of submissions and incorrectly admitted parole evidence.<sup>142</sup> In August 1997, Baker Marine sought enforcement and recognition of both awards, before the District Court of the Northern District of New York, under the United States law implementing the Convention (Chapter 2 of the FAA, Sections 201-209). The court denied Baker Marine's petition concluding that under the Convention and the principles of comity "it would not be proper to enforce a foreign arbitral award under the Convention when such an award has been set aside by the Nigerian courts."<sup>143</sup> Baker Marine appealed the decision of the district court before the U.S. Court of Appeal, Second Circuit, relying upon two basic arguments; (1) the district court decision failed to give effect to Article VII of the Convention; and (2) Baker Marine had the right to have the awards recognized under the more

---

<sup>140</sup> *Id.*, 196.

<sup>141</sup> *Id.*

<sup>142</sup> *Id.*

<sup>143</sup> *Id.*

favorable provisions under FAA (Baker Marine was invoking application of the local standard for enforcement). In rejecting the first argument, the U.S. Court of Appeal stated that the parties had contracted in Nigeria and their disputes shall be settled in accordance with Nigerian laws.<sup>144</sup> Moreover, the governing agreements "make no reference" to the United States law and nothing suggests that the parties intended to apply the United States domestic arbitral law to their disputes.<sup>145</sup> Citing Albert Jan van den Verg<sup>146</sup>, in footnote 2, the court added that:

*"as a practical matter, mechanical application of the domestic arbitral law to foreign awards under the Convention would seriously undermine finality and regular produce conflicting judgments. If a party whose arbitration award has been vacated at the site of the award can automatically obtain enforcement of the award under the domestic law of other nations, a losing party will have every reason to pursue its adversary with enforcement actions from country to country until a court is found, if any, which grants enforcement."*<sup>147</sup>

The *Baker Marine* court rejected the Article VII approach adopted by *Chromalloy* decision.<sup>148</sup> Since the parties agreed to arbitrate their disputes in Nigeria, and

---

<sup>144</sup> *Id.*, at 197

<sup>145</sup> *Id.*

<sup>146</sup> Albert Jan van den Berg, *the New York Arbitration Convention 1958: Towards a Uniform Judicial interpretation* 355 (1981).

<sup>147</sup> *Baker Marine*, 191 F. 3d 194, at 197.

<sup>148</sup> *Koch*, *supra* note 18, at 281.

in accordance with the Nigerian law, there was no reason to apply the FAA provisions to this context.<sup>149</sup>

Baker Marine's second argument was based on the permissive language of Article V(1)(e) of the New York Convention, arguing that this use of the permissive "may" rather than mandatory term, implies that the court might have enforced the awards, notwithstanding the Nigerian judgments vacating them.<sup>150</sup> The court's answer was short and simple, as it stated that "*Baker Marine has shown no adequate reason for refusing to recognize the judgments of the Nigerian courts.*"<sup>151</sup> To continue its rationale behind its decision in, in footnote 3, the court discussed the difference between Baker Marine, where recognition and enforcement were denied, and *Chromalloy* case, where enforcement was granted and on which Baker Marine was relying. According to the U.S. Court of Appeal, there are two basic differences:

- (1) The *Chromalloy* case involved a U.S. company while *Baker Marine* did not.
- (2) In *Chromalloy*, since the parties had agreed not to subject the arbitration award to "any appeal or other recourse", the Egyptian government violated its obligation by submitting the arbitral award to the Cairo Court of Appeal, which is not the case in *Baker Marine*, as Chevron and Danos did not violate any promise in appealing the arbitration award within Nigeria, therefore, recognition of the Nigerian judgements in this

---

<sup>149</sup> *Id.*

<sup>150</sup> *Baker Marine*, 191 F. 3d 194, at 197

<sup>151</sup> *Id.*

case does not violate the United States public policy.<sup>152</sup>

The court in *Baker Marine* specified that the decision in *Chromalloy* applies only where "the foreign vacatur has been obtained in proceedings that violated an express waiver of any recourse against the award before the courts of the place of arbitration."<sup>153</sup>

*D. Martine I. Spier v. CALAZATURIFICIO TECNICA S. p. A.*

On October 22, 1999, two months after *Baker Marine*, the U.S. District Court for the Southern District of New York issued a decision, discussing the question of whether it should enforce an award that had been set aside by the Italian courts, in *Spier v. CALAZATURIFICIO TECNICA S. p. A.*<sup>154</sup> In this case, Martin I Spier, an American citizen, entered into a consulting agreement with an Italian company, *CALAZATURIFICIO TECNICA* ("*Tecnica*"), regarding the manufacture of plastic footwear and ski boots.<sup>155</sup> Later, a dispute arose between both parties after Spier alleged that the Italian company created a new footwear production system based on Spier's expertise.<sup>156</sup> The dispute was submitted to arbitration, according to the agreement between the parties, in which the tribunal awarded *Spier* one billion lire, plus interest.<sup>157</sup> *Tecnica*

<sup>152</sup> *Id.* See also *Koch*, supra note 18, at 281; *Blackman & London*, supra note 107, at 74.

<sup>153</sup> *Rodriguez*, supra note 3, at 400.

<sup>154</sup> *Martin I. Spier v. CALAZATURIFICIO TECNICA S. p. A.*, 71 F. Supp. 2d 279 (S.D.N.Y. 86 Civ. 3447 (CSH) 1999).

<sup>155</sup> *Id.*, at 280.

<sup>156</sup> *Id.*, at 281

<sup>157</sup> *Id.*

move to annul the award before the Italian courts. The three courts deciding the issue have held that the arbitral award could not stand.<sup>158</sup> On the other hand, *Spier* brought an action before U.S. courts to recognize and enforce the arbitral award, while *Tecnica* defended against *Spier's* petition, through denying enforcement under the Convention.<sup>159</sup> The U.S. District Court of New York denied *Spier's* petition for enforcement. In fact, the district court decision in *Spier's* was echoing previous cases rationale, *Alghanim* and *Baker Marine*. In its decision, the court concluded that the FAA did not apply to *Spier's* claim, finding itself "constrained" by Article V (1)(e).<sup>160</sup> The court stated that, unlike *Alghanim*, the court was requested to enforce an award which was rendered in Italy, therefore, the arbitral award, in this case, is considered a foreign award not an American "non-domestic" award.<sup>161</sup> Thus, FAA does not apply since recognition and enforcement of foreign arbitral award are governed by Article V of the Convention.<sup>162</sup>

In addition, *Spier* attempted to apply *Chromalloy* rationale and have the Italian arbitral award recognized by application of the "most favorable" standard of the FAA, however, the reject that argument holding that:

*"Spier seek to apply United States arbitral law in order to escape the Italian courts' nullification of an Italian award. The effort cannot survive the court of appeals' observations in Yusuf that under the*

---

<sup>158</sup> *Id.*

<sup>159</sup> *Id.*, at 282-83.

<sup>160</sup> *Id.*, at 285.

<sup>161</sup> *Koch*, *supra* note 18, at 282.

<sup>162</sup> *Id.*

Convention "the state in which, or under the law of which, the award is made, will be free to set aside or modify an award in accordance with its domestic arbitral law and its full panoply of express and implied grounds for relief."<sup>163</sup>

The court also stated the differences between *Spier* and *Chromalloy* on which *Spier* was relying to have his arbitral award enforced within the United States. Although the court stated that in this case *Spier* is an American citizen who seeking enforcement of an arbitral award in the United States, however, the court highlighted the differences between both cases. In *Chromalloy*, the action of the Egyptian government, in seeking appeal of the arbitral award, considered a violation to the agreement between the parties.<sup>164</sup> This circumstance "is singled out as violating the American public policy articulated in FAA, thereby justifying the district court's enforcement of the Egyptian award."<sup>165</sup>

#### *E. TermoRio v. Electrana*

Although the court decision in this case did not follow the rationale of *Chromalloy*, however, this decision did reshape *Chromalloy's* analysis in supporting enforcement of annulled arbitral award. This decision was rendered by the U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit on May 25, 2007, in the case of *TermoRio & LeaseCo Group v. Electrana S.P. et al.*<sup>166</sup> In this case *TermoRio*, which was a wholly owned subsidiary of LeaseCo Group, an

<sup>163</sup> *Spier*, supra note 153, at 288.

<sup>164</sup> *Id.*, at 287

<sup>165</sup> *Id.*

<sup>166</sup> *TermoRio S.A. E.S.P. & LeaseCo Group, LLC v. Electrana S.P., et al.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir 2007).

Oregon corporation, and *Electrana* entered into an agreement by virtue of which *TermoRio* had an obligation to generate energy, and *Electrana* had an obligation to buy it.<sup>167</sup> *Electrana* failed to buy power from *TermoRio* and breached the agreement.<sup>168</sup> Consequently, the parties submitted their dispute to arbitration, under the ICC rules, according to the arbitration agreement between them.<sup>169</sup> The arbitral tribunal, which seated in Barranquilla, Colombia, determined that *Electrana* had breached the contract and ordered *Electrana* to pay *TermoRio* an award of \$ 60.3 million.<sup>170</sup> *Electrana* sought to have the award vacated before the Columbian Council of State which set aside the award. the Colombian Council of the State reasoned that the arbitration had to be conducted in accordance with Colombian law, and Colombian law in effect as the date of the agreement did not expressly permit the use of ICC procedural rules in arbitration.<sup>171</sup> However, *TermoRio* sought enforcement of award before the U.S District Court for the District of Columbia. The district court denied enforcement and the Court of Appeals affirmed that decision.<sup>172</sup> In its decision the Court of Appeals rejected the *Chromalloy* approach which *TermoRio* had argued stating that:

*“The Convention does not endorse a regime in which a secondary States routinely second-guess the judgement in a primary State, when the court in the primary state has lawfully acted pursuant to “competent authority” to “set aside” an arbitration award made in its*

---

<sup>167</sup> *Id.*, at 930.

<sup>168</sup> *Id.*, at 931.

<sup>169</sup> *Id.*

<sup>170</sup> *Id.*

<sup>171</sup> *Id.*

<sup>172</sup> *Id.*, at 932.

country. Appellants go much too far in suggesting that a court in a secondary State is free as it sees fit to ignore the judgment of a court of competent authority in a primary jurisdiction State vacating an arbitration award. It takes much more than a mere assertion that the judgement of the primary State. "offends the public policy" of the secondary State to overcome a defense raised under Article v (1)(e)"<sup>173</sup>

The Court of Appeals in its decision noted that the Colombian court was "indisputably" a "competent authority" in Colombia, which was the primary jurisdiction (the courts of the state of seat of arbitration).<sup>174</sup> Moreover, it stated that nothing is the record indicated to the court that Colombian's court proceedings were "tainted" or that its judgement was "other than authentic."<sup>175</sup> Moreover, citing *Baker Marine case*, the court provided that *TermoRio* had no cause of action to enforce the award in a secondary jurisdiction based on the FAA or the New York Convention.<sup>176</sup>

The court, significantly, established a test according to a judgement for of annulment is "unenforceable as against public policy to the extent that is "repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the state where enforcement is sought."<sup>177</sup> The court concluded, applying this test, that there is no basis for ignoring the Colombian court's

---

<sup>173</sup> *Id.*, at 937.

<sup>174</sup> *Id.*, at 935.

<sup>175</sup> *Id.* See also *Blackman & London*, *supra* note 107, at 74.

<sup>176</sup> *Id.*

<sup>177</sup> *Id.*, at 938 citing *Tahan v. Hodgson*, 662 F. 2d. 862, 864 (D.C. Cir. 1981).



judgement annulling the award.<sup>178</sup> Moreover, as the other courts had discussed, the D.C. Circuit discussed the differences between *Chromalloy* and *TermoRio*, stating that the *Chromalloy* effect is only limited to the case in which there is a violation of express contractual language prohibiting an appeal of awards.<sup>179</sup> This decision seems to have “swung” from local enforcement standard under *Chromalloy* to a strict application of Article V (1)(e) of the New York Convention.<sup>180</sup>

### **F. COMMISA v PEMEX**

Once again, the U.S. courts were faced by the question whether they should enforce an arbitral award that had been annulled by the courts of the primary jurisdiction. In fact, this decision was different from what was applied before the domestic courts in the United States. Significantly, the U.S. courts decided to grant recognition and enforcement for an award which had been set aside in a primary jurisdiction. Although the effect of that decision was similar to *Chromalloy*, however, the court in that case developed a new rationale which is different from *Chromalloy*.

This case was between a State-owned Petroleos Mexicanos (“PEMEX”), based in Mexico City, and COMMISA, a Mexican corporation a subsidiary of KBR, Inc., a company incorporated in Delaware and headquartered in Huston, Texas.<sup>181</sup> The two parties

---

<sup>178</sup> *Blackman & London, supra note 107, at 75.*

<sup>179</sup> *TermoRio, supra note 165, at 937-38.*

<sup>180</sup> *Koch, supra note 18, at 287.*

<sup>181</sup> *CORPORACION MEXICANA DE MANTENIMIENTO INTEGRAL, S. DE R.L. DE C.V., v. PEMEX-EXPLORACION Y PROCDUCCION, 962 F.Supp. 2d 642, 644 (S.D.N.Y 2013).*

concluded an agreement, in October 1997, for COMMISA to build and install two offshore natural gas platforms in the Gulf of Mexico.<sup>182</sup> This agreement includes, not only but also, several terms such as (i) a clause providing that the contract is governed by the Mexican law; (ii) a clause providing for any dispute to be settled by arbitration conducted in Mexico City in accordance with the Conciliation and Arbitration regulations of the International Chamber of Commerce (ICC); and (iii) a clause allowing PEMEX to rescind the contract if COMMISA failed to comply with certain obligations under the contract.<sup>183</sup> At the time the contract was concluded between the parties and at the time controversies arose, the PEMEX enabling statute authorized PEMEX to enter into arbitration agreements with private contractors.<sup>184</sup> After failure to reach an agreement through conciliation, COMMISA filed a demand for arbitration with the ICC.<sup>185</sup> On December 16, 2004, PEMEX notified COMMISA that it was proceeding by administrative rescission.<sup>186</sup> In response, on December 23, 2004, COMMISA filed a petition for an indirect *amparo* (a judicial challenge to the validity of the constitutionality of acts of a government authority)<sup>187</sup> before the Mexican courts alleging that PEMEX administrative rescission was untimely and that the statutes on which it was based were unconstitutional and inapplicable to the parties'

---

<sup>182</sup> *Id.*

<sup>183</sup> *Id.*

<sup>184</sup> *Id.*, at 645.

<sup>185</sup> *Id.*

<sup>186</sup> *Id.*

<sup>187</sup> *Id.*, footnote 5, the court citing Michael Taylor, *Why Do Rule of Law in Mexico? Explaining the Weakness of the Mexican Judicial Branch*, 27 *N.M. L. Rev.* 151, 151 (1997)

dispute.<sup>188</sup> After trials before several courts, on February 23, 2007, the court held that PEMEX had properly followed the administrative rescission statutes and that the rescission was timely.<sup>189</sup> While the *amparo* proceedings unfolded, the ICC tribunal was formed according to COMMISA' demand.<sup>190</sup> After initiation of the arbitration proceedings between both parties, there were changes and modification to the Mexican law. Under a new law took effect on December 2007, the litigation relating to the issue of compliance with the requirements of public contracts was to be litigated in special administrative court which means that lawsuits regarding administrative rescission would be litigated before domestic administrative court.<sup>191</sup> A second statutory change took effect on May 28, 2009, addressed the arbitrability of administrative rescission, according to which, all cases that challenged administrative rescission, that occurred after May 28, 2009, could not be arbitrated.<sup>192</sup>

On December 16, 2009, the ICC tribunal rendered an award in favor of COMMISA of more than \$ 280 million.<sup>193</sup> Consequently, COMMISA filed a petition to confirm the award which was granted on November 2, 2010.<sup>194</sup> With the litigation initiated by COMMISA to confirm the award, PEMEX sought nullification of the ICC award before the Mexican courts.<sup>195</sup> On September 21, 2011, a Mexican court

---

<sup>188</sup> *Id.*, at 645-46.

<sup>189</sup> *Id.*

<sup>190</sup> *Id.*

<sup>191</sup> *Id.*, at 647.

<sup>192</sup> *Id.*, at 648.

<sup>193</sup> *Id.*

<sup>194</sup> *Id.*, at 649.

<sup>195</sup> *Id.*

issued an order nullifying the ICC arbitral award due to the lack of jurisdiction of the ICC tribunal. The court based its decision on the new law issued on May 2009, prohibited arbitrating disputes regarding administrative rescission.<sup>196</sup> The issue was brought before the U.S. Court for the Southern District of New York and on August 27, 2013 the district court hold that the ICC award could be enforced despite the Mexican annulment.<sup>197</sup> As mentioned before, although the result of PEMEX case decision led to the same results as *Chromalloy* which is enforcement of annulled arbitral award, however, the *PEMEX* decision had a different rationale than *Chromalloy*. In its decision, the court was resting upon *TermoRio* case. It stated that “under the standard announced in *TermoRio*, the decision violated “basic notion of justice.”<sup>198</sup> The violation of “basic notion of justice” occurred when the Mexican court applied a law that came into effect after the parties entered into their contract and initiation of the arbitration proceedings.<sup>199</sup> The circuit court, affirmed by the district court, stated that there may be circumstances where an arbitral award should be confirmed despite a judgment of nullification in the primary jurisdiction.<sup>200</sup> Such circumstance, according to the court citing *TermoRio*, exist only when such judgement is “repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the United States.”<sup>201</sup> The decision adopted what is called “public policy gloss” on Article V(1)(2) of the New York Convention in order to

---

<sup>196</sup> *Id.*, at 650.

<sup>197</sup> *Id.*, at 661.

<sup>198</sup> *Id.*, at 657 citing *TermoRio*, 487 F. 3d at 939.

<sup>199</sup> *Id.*, at 659-60.

<sup>200</sup> *Id.*, at 656.

<sup>201</sup> *Id.* Citing *TermoRio*, 847 F. 3d, at 937

leave the door open to enforce annulled arbitral award in case nullification judgement violates “basic notion of justice”.

### *G. Thai-Lao Lignite v Government of Lao*

This case is the most recent case which examined the issue of enforcement of annulled arbitral awards. The court in that case applied *Pemex's* “basic notion of justice” standard. In this case, a foreign mining companies (“*Thai-Lao Lignite & Hangsa Lignite (Laopdr)*”) requested recognition and enforcement of Malaysian arbitral award against the government of Laos which was granted by the District Court and then affirmed by the U.S. Second Circuit Court of Appeals.<sup>202</sup> However, the arbitral award in question was annulled by the competent court in Kuala Lumpur.<sup>203</sup> In its decision, the court stated that the courts in a secondary jurisdiction should not enforce an arbitral award vacated by a court with a primary jurisdiction over the award, however, still there are certain circumstances in which enforcement of the annulled award may be appropriate, meaning in case of violation of notion of justice.<sup>204</sup> The court went to examine whether if there was a violation to “basic notion of justice” during annulment of the award. The court hold that “the alleged errors Petitioners point out in the proceedings before the Malaysian courts and in the

---

<sup>202</sup> *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. V. Government of the Lao People's Democratic Republic*, 2014 WL476239 (S.D.N.Y Feb. 6, 2014).

<sup>203</sup> *Goldstein*, *supra* note 130, at 28.

<sup>204</sup> *Id.*, at 29.

judgement of those court do not rise to the level of violating basic notion of justice ...”<sup>205</sup>

#### *IV. The French or the American Approach?*

Both, the French and American approaches, grant recognition and enforcement of arbitral awards set aside at their place of origin. However, there are some differences between both jurisdiction regarding the rationale behind granting enforcement in such cases. While the French courts seem to have a “numerous appetite” to enforce annulled arbitral awards, the American courts do not seem to have such approach, as they developed, through deciding multiple cases, a unique standard for enforcing annulled arbitral awards.

First, the French courts’ approach basically based on several principles, one of them is Article VII of the New York Convention, known as “more favorable right” provision, which states that the New York Convention does not “deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law of the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.” Meaning that the Convention does not affect the validity of other treaties or domestic laws which will facilitate recognition and enforcement of foreign arbitral award and make them easier.<sup>206</sup>

The domestic French law concerning arbitration is the New French Code of Civil Procedures, basically Article 1520, does not provide that annulment of an

---

<sup>205</sup> *Id.*

<sup>206</sup> *Albert Jan van den Berg, Y.B. Com. Arb., Vol. XXVIII, p. 671-74 (Kluwer Law; Kluwer Law International 2003).*

arbitral award at the seat of arbitration could be a ground for refusing enforcement of the said award. Therefore, the French courts can legally refuse to apply Article V(1) (e) of the New York Convention, according to which an annulled arbitration award may not be enforced, and instead applying its own domestic law to allow enforcement. As mentioned earlier, such mechanism is called enforcement according to "Local Enforcement Standard"<sup>207</sup>In *Norsolor*<sup>208</sup> case, the French Court of Cassation applied that standard stating that the French judges have, not only the right, but the duty to apply Article VII(1) in enforcing a foreign arbitral award, even where enforcement would otherwise be refused under Article V(1)(e) of the Convention.<sup>209</sup>The French courts' approach was supported by several commentators. Professor Emmanuel Gillard stated that "as per its Article VII, the Convention sets only a minimum standard (for recognition and enforcement). States can always be more liberal ... The number of cases referring to the New York Convention in French law is scarce precisely because the ordinary rules governing the enforcement in France are more liberal than those of the Convention and are routinely applied without any need to refer to the Convention."<sup>210</sup>

This is the basic philosophy for the French approach which encourages the application of the domestic law, which is more favorable, rather than the

<sup>207</sup> *Supra* note 18.

<sup>208</sup> *Supra* note 30.

<sup>209</sup> Gharavi, *supra* note 3, at 97.

<sup>210</sup> Emmanuel Gaillard, *The Urgency of Not Revising the New York Convention*, in *50 YEARS OF THE NEW YORK CONVENTION*, ICC CONGRESS SERIES NO. 14, AT 689, 691 (Albert Jan van den Berg ed., 2009).

provisions of the Convention, under which an annulled arbitral award could be refused. However, this approach should not be adopted as a model since it leads to some negative consequences.<sup>211</sup> In his commentary, Albert Jan van den Berg pointed out:

*“A losing party must be offered the right to have the validity of the award finally adjudicated in one jurisdiction. If that were not the case, in the event of a questionable award a losing party could be pursued by a claimant with enforcement with enforcement actions from country to country until a court is found, if any, which grants the enforcement. A claimant could obviously refrain from doing this if the award has been set aside in the country of origin and this is a ground for refusal of enforcement in other Contracting States.”*<sup>212</sup>

**Second:** In trying to avoid the *res judicata* effect of judgments which set aside arbitral awards, in the country in which, or under the law of which the award was made, the French courts went to state the arbitral award issued in the seat of arbitration (primary jurisdiction) is not “integrated” in the legal system of the country of the seat of arbitration and remains in existence even if such award was nullified in the seat of arbitration.<sup>213</sup> Stating that, the French courts consider the arbitral award as “international” which has no connection or roots to the seat of arbitration. Since the arbitral award is issued in international arbitration proceedings, it will be “delocalized” when it is rendered

<sup>211</sup> Gharavi, *supra* note 3, at 100.

<sup>212</sup> Baker Marine, 191 F. 3d 194, at 197. Citing Albert Jan van den Berg, *the New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* 355 (1981).

<sup>213</sup> Koch, *supra* note 18, at 272.



by the arbitral tribunal.”<sup>214</sup> Therefore, to the French courts, the fact that the parties agree to arbitrate in certain country has no importance in the courts’ consideration.<sup>215</sup> As for domestic judgments setting aside arbitral awards, the French courts consider such judgments “cannot be made the object of recognition in France” since they do not have “international effects because they apply only to certain territorial sovereignty.”<sup>216</sup> On the other hand, some scholars argue that courts of the enforcing state should refuse to grant recognition and enforcement to arbitral awards annulled at the seat of arbitration simply because annulled arbitral awards no longer exist.<sup>217</sup> Thus, enforcing an arbitral award which does not exist would be against public policy in the enforcing state.<sup>218</sup>

On the other hand, the American courts, under certain circumstances, grant enforcement and recognition to arbitral awards, which were annulled in the country in which, or under the law of which, the award was made. However, it should be noted that American approach is more developed than the French approach. While French courts enforce annulled arbitral awards in a very liberal way, the American court, after *Chromalloy*, started to justify more clear and effective standard. The *Chromalloy* decision was an American decision rendered in a French “flavor”. This decision was subject to a broad discussion and different

---

<sup>214</sup> *Id.*, at 273.

<sup>215</sup> *Id.*

<sup>216</sup> *BECHTEL case, Koch, supra note 18, at 274.*

<sup>217</sup> *Gharavi, supra note 3, at 104, citing P. Sanders, New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 6 NETHERLAND Int’l L. Rev. 43, 55 (1959).*

<sup>218</sup> *Id.*

commentators criticized it specially in applying Section 10 of the FAA to recognition of a foreign arbitral award. The court's decision in *Chromalloy* adopted the French view in applying the domestic law through Article VII, which does not prevent enforcement of annulled arbitral awards, rather than applying Article V (1)(e) of the Convention. In *Chromalloy*, the situation was different, as the New York Convention is the "exclusive source in the domestic law on the question of recognition and enforcement of foreign awards."<sup>219</sup> Moreover, the district court did not put into consideration the Congress' decision in adopting the New York Convention within Chapter Two of the FAA, which was to make Chapter Two is the exclusive regime for U.S. recognition and enforcement of arbitral awards subject to the Convention.<sup>220</sup> FAA chapter Two is, in fact, the U.S. domestic law applicable to foreign law, and Chapter Two expressly reduces the role of Chapter One, so that "it applies only to the extent that chapter is not in conflict with this chapter or the Convention..."<sup>221</sup> The *Chromalloy* rationale regarding the application of Article VII of the Convention, as a basis for recognition and enforcement of annulled award, has not been adopted in any other U.S. case till after.<sup>222</sup> However, and despite all the controversy that *Chromalloy* created, the author believe that this decision was the first to turn on a little light to guide other courts, not to apply, but to develop a certain standard for enforcement of annulled awards and to reach a certain level of consistency. One of the arguments that *Chromalloy* relied upon, that the

---

<sup>219</sup> *Blackman & London, supra note 107, at 73. See also Ostrowski&Shany, supra note 100, at 1677.*

<sup>220</sup> *Goldstein, supra note 130, at 20.*

<sup>221</sup> *Id, at 21*

<sup>222</sup> *Id, at 20.*

Egyptian government did not honor its contractual obligation by submitting the arbitral award to the Cairo Court of Appeal, while the parties had agreed that arbitral award "could not be subject to any appeal or other recourse."<sup>223</sup>

The district court examined the Egyptian action and considered it as a violation to the "sacred" arbitration agreement between the parties, and therefore, a violation to the American public policy which favoring arbitration agreement.<sup>224</sup> Such analysis launched the first sparkle for American courts to evaluate the circumstances under which the annulment judgment was rendered. After *Chromalloy*, American courts started to be more careful and strict in enforcing annulled arbitral awards. In later cases, the U.S. courts rejected applying domestic law (FAA) through applying the most-favorable-law" under Article VII holding that since the parties to the arbitration agreement did not agree to apply the American law, FAA would not applicable.<sup>225</sup> Moreover, unlike the French courts' approach, the American courts gave weight to the judgments that nullified arbitral awards in the country in which, or under the law of which, the award was made as long as these judgments rendered by a "competent authority" and do not contradict with the U.S. public policy.<sup>226</sup> Finally, in *TermoRio* case, the American courts created one more condition to recognize a judgment, annulling the arbitral award, which is not violating "basic notion of justice".<sup>227</sup> Briefly, in order to recognize a foreign judgement,

---

<sup>223</sup> *Chromalloy*, 939 F. Supp. 907, at 912.

<sup>224</sup> *Id.*, at 912-13.

<sup>225</sup> *See Baker Marine*, 191 F. 3d 194, at 197.

<sup>226</sup> *Id.*

<sup>227</sup> *TermoRio*, 487 F.3d 928, 938 (D.C. Cir 2007).

which set aside an arbitral award, such judgment must be (i) rendered by the competent authority in the country in which, or under the law of which, the arbitral award was made; and (ii) such judgment does not violate "basic notion of justice" in the United States.

### *V. Conclusion*

Recognition and enforcement of annulled arbitral awards has become a very critical issue in the field of international arbitration. The French approach in doing so seems that it should be subject to many consideration, one of them is the issue of the *res judicata* effect of the judgment which set aside arbitral awards at the seat of arbitration. It is very important to examine case by case and the circumstances under which the award was set aside. In some cases, annulment could be considered a violation of "basic notion of justice" as in *PEMEX* case, where the courts of the seat of arbitration, in setting aside the arbitral award, applied a law which was not in effect when the parties conclude their agreement. While in some cases, annulment should be considered a valid ground under the New York Convention to refuse enforcement of annulled arbitral awards.

---

---

**دور أجهزة العدالة الجنائية في  
حماية حقوق ضحايا الجريمة  
" دراسة مقارنة "**

---

---

**دكتور/ سعيد أحمد قاسم**

---

---

دور أجهزة العدالة الجنائية في  
حماية حقوق ضحايا الجريمة  
"دراسة مقارنة"  
سعيد أحمد قاسم  
أستاذ القانون الجنائي المساعد  
كلية شرطة أبوظبي

---

---

بسم الله الرحمن الرحيم

"وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ  
الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا" صدق الله العظيم  
سورة الإسراء الآية ٧٠

مقدمة

موضوع البحث:

تزايدت معدلات الجريمة في السنوات الأخيرة واختلفت أنواعها وأشكالها، واتسع نطاقها، فأصبحت الجرائم المستحدثة منها تمتد عبر الحدود الوطنية للدول، مما أدى إلى تضاعف أعداد ضحايا الجريمة، الذي أدى إلى زيادة حجم الأضرار التي تصيب الكثير منهم في أرواحهم وممتلكاتهم، سواء كانت هذه الأضرار مادية أو نفسية أو اقتصادية أو اجتماعية .

ومن ثم بدأ الاهتمام بهؤلاء الضحايا، وذلك للسعي لمعرفة هذه الظاهرة الاجتماعية، ومحاولة إيجاد الوسائل التي تكفل لهم الحماية، سواء أكانت هذه الوسائل وسائل قانونية أم وسائل اجتماعية، أم

قيام التنظيمات الاجتماعية التي تعمل في مجال مساعدة هؤلاء الضحايا<sup>(١)</sup>.

فإنسان هو محور القانون الجنائي سواء كان جنائياً أو مجنياً عليه، فقد أحاط القانون الجنائي بسياج من الحقوق التي تضمن له محاكمة عادلة، كحق المتهم في الإحاطة بالتهمة المنسوبة إليه، والحق في الاستعانة بمحام للدفاع عنه، وكفالة حقوق المتهم في كافة مراحل الدعوى الجنائية، وأيضاً تنفيذاً للعقوبة يصون كرامته .

في حين أغفل القانون الجنائي حقوق المجني عليه وضحايا الجريمة، وذلك في إجراءات سريعة تمكنهم من اقتضاء حقوقهم في جبر الضرر والتعويض عنه الناتج عن الجريمة .

بيد أن حقوق ضحايا الجريمة تبدأ منذ لحظة وقوعها، لذا وجب العمل على كفالة تلك الحقوق منذ تلك اللحظة وأثناء جمع الاستدلالات، ثم في مرحلة التحقيق الابتدائي، ثم في مرحلة المحاكمة. أهمية البحث:

اهتمت الدراسات العلمية في مجال السياسة الجنائية بالمتهم منذ القدم، وظهر ذلك في تضمين الدساتير والقوانين الضمانات التي تحفظ على المتهم حقوقه، ومن ثم تتحمل أنظمة العدالة الجنائية مسؤولية مواجهة الجريمة منذ لحظة القبض عليه وصولاً إلى الحكم في الدعوى، ثم تنفيذ الحكم، وكذا أيضاً الرعاية اللاحقة بعد الإفراج عنه وخروجه من السجن لإعادة إدماجه في المجتمع<sup>(٢)</sup>.

ولما كان كل هذا الاهتمام بالجاني، إلا أننا لم نجد من يهتم بالمجني عليه أو ضحايا الجريمة ورعايتهم وصون حقوقهم، فلم يهتم

(١) د. محمد علي سالم جاسم - حماية حقوق ضحايا الجريمة في المرحلة الابتدائية من التحقيق - مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية - العدد الرابع - السنة السابعة ٢٠١٥م ص ٦٧.

(٢) د. محمد الأمين البشري - علم ضحايا الجريمة وتطبيقاته في الدول العربية - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الطبعة الأولى - الرياض - ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م ص ١٣.

المشروع الجنائي بحقوق ضحايا الجريمة كما اهتم بحقوق المتهم والتي تبدو منذ وقوع الجريمة ؛ لذا كان لزاماً علينا إيجاد آلية قانونية تكفل حماية حقوق الضحايا في السياسة الجنائية المعاصرة من خلال الموازنة بين حقوق الجاني وحقوق الضحايا بعيداً عن النظرية العامة للتجريم والعقاب من ناحية. ومن ناحية أخرى تعزيز دور نظم العدالة الجنائية في حماية حقوق الضحايا في جميع المراحل التي تمر بها الدعوى الجنائية منذ وقوع الجريمة.

كشفت بعض الدراسات الحديثة في علم الإجرام والعقاب عن التحول الحالي في السياسة الجنائية من الاهتمام بالجاني وبكيفية معاملته منذ أكثر ما يزيد على قرنين من الزمان، إلى الاهتمام بالمجني عليه وحماية حقوقه وكذا الضحايا من الجريمة، وإعطائهم دوراً أكبر في مجال الدعوى الجنائية (١)

مشكلة البحث:

ومن الإشكالات التي يثيرها علم الضحية، هو صعوبة حصر مفهوم شامل وكامل له، وذلك لما يثيره من خلاف حول مفهومه ومدى نطاقه، وهذا راجع بالأساس إلى كونه علم من العلوم المركبة والمختلف بشأنها، لذلك يبقى تحديد مفهومه ونطاقه مرتبطاً أساساً بحصر أسباب الأضرار التي يتعرض لها الإنسان في هذا العصر سواء أكانت أسباب تعزى لعوامل طبيعية أو تعزى للإنسان نفسه، وبالتالي فوظيفة علم الضحية هو اكتشاف شخصية الضحية، وتحديد الحقوق المخولة له التي لحقها الإهمال والنكران، لذلك أصبح هذا العلم بمثابة قوة ضاغطة على الحكومات وعماملاً مؤثراً في الأجهزة التشريعية والتنفيذية ونظم العدالة من أجل تعديل القوانين وتطوير

---

(١) د. محمد أبو العلا عقيدة - حماية حقوق ضحايا الجريمة في النظام الجنائي الإسلامي والتشريعات العربية - بحث مقدم إلى مؤتمر أكاديمية شرطة دبي الدولي حول ضحايا الجريمة - دبي الإمارات العربية المتحدة من ٣ - ٥ مايو ٢٠٠٤ م ص ٢٣ .



إجراءات الشرطة والنيابة العامة والقضاء في اتجاه حماية حقوق الضحايا وتعويضهم.

إن إهمال حقوق الضحايا لا يضر بالسياسات الجنائية فقط إنما أصبح ضاراً بحقوق المجتمع وفشلاً في المعالجة الاجتماعية والنفسية والاقتصادية التي تنعكس على الضحايا وذويهم ومن ثم تؤثر على أمن وسلامة المجتمع بأسره.

بالرغم من تزايد معدلات الجريمة وتضاعف خسائرها. رغم الجهود التي تقوم بها أجهزة الشرطة ونظم العدالة الجنائية في معاملة الجناة، إلا أن كثيراً من الجرائم التي يتم الإبلاغ عنها لا يتم معرفة مرتكبيها، وإن تم اكتشافها ومعاينة الجناة بإيادهم المؤسسات العقابية والإصلاحية؛ إلا أن ذلك لا يعوض الضحايا ولا يعود عليهم بالنفع وبالتالي حقوقهم إلى الضياع.

#### منهج البحث :

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي والتأصيلي للقواعد القانونية والأحكام الموضوعية التي تتعلق بدور أجهزة العدالة الجنائية في حماية حقوق ضحايا الجريمة في التشريع الجنائي، على المستويين الدولي والإقليمي، وذلك من خلال التعرض إلى ماهية حقوق ضحايا الجريمة، ثم حماية حقوق ضحايا الجريمة في مراحل الدعوى الجنائية، والتوصل للضمانات التي تكفل تلك الحماية في التشريعات الجنائية.

#### خطة البحث :

تتعلق هذه الدراسة ببيان دور أجهزة العدالة الجنائية في حماية حقوق ضحايا الجريمة في التشريعات الجنائية، لذلك سوف نقسم الدراسة إلى مبحث تمهيدي ثم ثلاثة مباحث أساسية نتناولهم على النحو التالي:

- مبحث تمهيدي: ماهية حقوق ضحايا الجريمة
- المبحث الأول: حماية حقوق الضحايا في مرحلة جمع الاستدلالات .
- المبحث الثاني: حماية حقوق الضحايا في مرحلة التحقيق الابتدائي .
- المبحث الثالث: حماية حقوق الضحايا في المحاكمة .

## مبحث تمهيدي ماهية حقوق ضحايا الجريمة

كانت المجتمعات قديماً تولي اهتماماً بالمجني عليه باعتباره ضحية الجريمة والمضرور منها، وكان الجاني يلقي أنواعاً مختلفة من العذاب، بالإضافة إلى تعويض المجني عليه عن الضرر الذي لحقه من الجريمة، ثم تراجع الاهتمام بالمجني عليه تدريجياً حيث تم اللجوء إلى الصلح بين الجاني والمجني عليه، والتي استقرت في النهاية إلى الدية والتعويضات العينية التي يتولى الجاني أو أسرته دفعها للمجني عليه، ثم تغير الأمر بعد أن زاد الاهتمام بالجاني مع إهمال المجني عليه، واتجهت الآراء للمطالبة بحماية الجاني باعتباره ضحية ظروف اجتماعية واقتصادية دفعته لارتكاب الجريمة<sup>(١)</sup>.

وبعد نهاية الحرب العالمية الثانية ظهر علم الضحايا "Victimology" الذي نادى بتصحيح الوضع وضرورة النظر إلى ضحايا الجريمة والمتضررين منها؛ لذا يجب العمل على كفالة هذا الحق منذ وقت وقوع الجريمة، وأن العدالة توجب أيضاً أن ينصب الاهتمام على إنصاف هؤلاء الضحايا من خلال تعويضهم ومساعدتهم لجبر الضرر، فهؤلاء الضحايا ظلوا زمناً طويلاً في طي النسيان حتى ظهور هذا العلم "علم الضحايا"<sup>(٢)</sup>.

(١) د. محمد الأمين البشري - مرجع سابق ص ٦٧.

(٢) د. محمد أبو العلاء عقيدة - المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية - دار الفكر العربي ١٩٩١م ط ٢ - ص ٥٥٤.

وسوف نتناول ماهية حقوق ضحايا الجريمة في مطلبين نستعرض التعريف بضحايا الجريمة في الوثائق الدولية في (المطلب الأول)، ثم نتعرض إلى أنواع ضحايا الجريمة في (المطلب الثاني)، وذلك على النحو التالي :-

**المطلب الأول :** التعريف بضحايا الجريمة في الوثائق الدولية.

**المطلب الثاني :** أنواع ضحايا الجريمة.

### **المطلب الأول**

### **التعريف بضحايا الجريمة في الوثائق الدولية**

**تمهيد وتقسيم:**

ظل وضع ضحايا الجريمة لزمان بعيد خارج اهتمامات المجتمع الدولي، فكانت حالة ضحايا الجريمة هي الدليل التي ينظر إليه المجتمع الدولي الذي يدل على جسامة وخطورة تلك الجريمة ؛ ومنذ زمن قريب بدأ الاهتمام الدولي بهؤلاء الضحايا محدوداً، وذلك من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨، وأيضاً العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦، اللذان تناولوا حقوق الإنسان وحمايته بصفة عامة، وأيضاً من خلال المواثيق الدولية التي تناولت حماية ضحايا الجريمة بصفة خاصة مثلاً لإعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة عام ١٩٨٥، وبروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، خاصة النساء والأطفال، والمكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة<sup>(١)</sup>.

فقد نادت تلك الوثائق الدولية بحماية حقوق الضحايا من الجريمة وإساءة استعمال السلطة، وعملت على إنصافهم وجبر الأضرار التي تلحق بهم ومساعدتهم مادياً وطبياً ونفسياً واجتماعياً، وأيضاً تأهيلهم وإدماجهم في المجتمع مرة أخرى، لذا طالب المجتمع

---

(١) اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٥ الدورة ٤٥ بتاريخ ٢ نوفمبر ٢٠٠٠.

الدولي بمختلف مؤسساته ومنظماته بضرورة الاهتمام بوضع ضحايا الجريمة عن طريق تطوير النظر إلى هؤلاء الضحايا<sup>(١)</sup>.

أولاً : الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

نصت المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في العاشر من ديسمبر عام ١٩٤٨، على أنه " لكل فرد حق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه"<sup>(٢)</sup>. كما نصت المادة السابعة من هذا الإعلان على أن الناس جميعاً سواء أمام القانون، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الإعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز.

ومن ثم كان هذا الميثاق العالمي أحد الموثيق الدولية التي اهتمت بحقوق الإنسان وصيانة حياته وحرية وأمنه، وذلك بحماية حقه في الحياة، وكذا حماية حقه في التمتع بالحرية الشخصية والفردية، وبمفهوم المخالفة حظر تقييد حريته أو اعتقاله إلا بمسوخ قانوني، وفي تحقيق الأمن والسكينة في حياته الخاصة<sup>(٣)</sup>.

كما نصت المادة العاشرة منه على أنه " لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحيدة، نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جنائية توجه إليه. فقد قررت هذه المادة ضمانات المحاكمة

---

(١) د. وائل أحمد علام - المركز القانوني لضحايا الجريمة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - بحث مقدم لمؤتمر أكاديمية شرطة دبي الدولي حول ضحايا الجريمة - دبي الإمارات العربية المتحدة من ٣-٥ مايو ٢٠٠٤ ص ٥٣٥.

(٢) موقع الأمم المتحدة

<http://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/index.html>.

(٣) د. علي محمود علي حموده - حماية ضحايا إساءة استعمال السلطة في الفكر الجنائي الحديث - بحث مقدم إلى مؤتمر أكاديمية شرطة دبي الدولي حول ضحايا الجريمة - دبي - الإمارات العربية المتحدة من ٣-٥ مايو ٢٠٠٤ ص ٣٦٣.

العادلة لتحقيق الحصول على التعويض العادل المساوي لما لحقه من ضرر من جراء الجريمة.

ثانياً : العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:

نص البند رقم (٣) من المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية<sup>(١)</sup> على أن " تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد (أ) بأن تكفل توفير سبيل فعال للنظم لأي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته المعترف بها في هذا العهد، حتى لو صدر الانتهاك عن أشخاص يتصرفون بصفتهم الرسمية ؛ فقد قرر هذا النص من العهد الدولي سالف الذكر أن الدولة تكفل حق الشكوى لأي شخص تنتهك حقوقه وحرياته بالاعتداء عليها، حتى لو كان هذا الاعتداء صادر عن رجال السلطة العامة تتم الشكوى ضد هؤلاء.

كما نصت المادة التاسعة من هذا العهد على أنه " ١- لكل فرد حق في الحرية وفي الأمان على شخصه<sup>(٢)</sup>. ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً. ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقاً للإجراء المقرر فيه. ٢- يتوجب إبلاغ أي شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف لدى وقوعه كما يتوجب إبلاغه سريعاً بأية تهمة توجه إليه. ٣- يقدم الموقوف أو المعتقل بتهمة جنائية، سريعاً، إلى أحد القضاة أو أحد الموظفين المخولين قانوناً مباشرة وظائف قضائية، ويكون من حقه أن يحاكم خلال مهلة معقولة أو أن يفرج عنه.

- (١) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية - اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ من ديسمبر ١٩٦٦ تاريخ بدء النفاذ: ٢٣ من مارس ١٩٧٦، وفقاً لأحكام المادة ٤٩. حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣ ص ٢٨.
- (٢) هذا الجزء من النص تكرر أحياناً جاء به الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته الثالثة، وهذا يُعد تأكيداً على هذا الحق - أنظر ص ٩ من هذا المؤلف.

تحمي هذه المادة حقوق وحرية الإنسان وشعوره بالأمن، وحرية في التنقل، فلا يتعرض للقبض عليه دون مبررات تستند إلى القانون، حيث يجب إبلاغه بالأسباب التي أدت إلى القبض عليه أو توقيفه، كما قررت سرعة عرض الشخص عند القبض عليه وتوقيفه إلى الجهات القضائية المختصة حتى تتم محاكمته محاكمة عادلة منصفة في مدة زمنية معقولة، كما مكنته من تعليق الإفراج على ضمانات لكفالة حضوره المحاكمة أو تنفيذ الحكم، وقد أعطت الحق للضحية أن يحصل على تعويض عادل إذا كان الاعتداء عليه أساساً بحريته أو تعسفاً لا يستند إلى مبررات قانونية<sup>(١)</sup>.

سنت الأمم المتحدة أيضاً، اتفاقية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والتي أقرها مؤتمر باليرمو في إيطاليا عام ٢٠٠٠م، ثم البروتوكول المكمل للاتفاقية السابقة والمتعلق بمنع وقمع ومعاينة الاتجار بالبشر خاصة النساء والأطفال عام ٢٠٠٤م، ويهدف هذا البروتوكول إلى إيجاد شكل أفضل للتعاون الدولي من أجل مكافحة تلك الجريمة ومعاينة المتورطين فيها<sup>(٢)</sup>؛ والبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية<sup>(٣)</sup>.

(١) د. علي محمود علي حموده - حماية ضحايا إساءة استعمال السلطة في الفكر الجنائي الحديث - مرجع سابق - ص ٣٦٨.

(٢) بروتوكول منع وقمع ومعاينة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٥ الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في ١٥ نوفمبر ٢٠٠٠.

(٣) البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية الذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٦٣ الدورة الرابعة والخمسون في ٢٥ مايو ٢٠٠٠، ودخل حيز النفاذ ١٨ يناير ٢٠٠٢.

وسوف نتناول الوثائق الدولية المتخصصة في حماية ضحايا الجريمة من خلال الإعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة في فرع أول ؛ وبروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، خاصة النساء والأطفال في فرع ثان ؛ وذلك على النحو التالي:

**الفرع الأول : الإعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة.**

**الفرع الثاني : بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص.**

### **الفرع الأول**

#### **الإعلان بشأن المبادئ الأساسية**

#### **لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة**

أكدت الجمعية العامة في هذا الإعلان على الضرورة الملحة لاتخاذ التدابير سواء الوطنية أو الدولية لضمان الاعتراف العالمي والفعال لحقوق الضحايا على ألا يتعارض ذلك مع حقوق المتهم، وقد انقسم قرار الجمعية في هذا الإعلان إلى قسم أول هو يختص بضحايا الجريمة، وقسم ثان يتعلق بضحايا إساءة استعمال السلطة<sup>(١)</sup>.

جاءت المادة الأولى من الإعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة إنه يقصد بمصطلح "الضحايا" الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردياً أو جماعياً، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية، أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاكاً للقوانين الجنائية النافذة في

(١) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٠ / ٣٤ الصادر في ٢٩ من نوفمبر ١٩٨٥ - الوثيقة (A/RES/٤٠/٣٤).

الدول الأعضاء، بما فيها القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة<sup>(١)</sup>.

يحتوي هذا التعريف على أضراراً متعددة يعاني منها ضحايا الجريمة، منها الإصابات الجسدية والنفسية، والأضرار المالية أو غير ذلك من الأضرار الاقتصادية، كما يستوي أن تكون الأضرار ناتجة عن جريمة عمدية أو إهمال أو كانت الجريمة عمل إيجابي أو عمل سلبي أي بالامتناع عن عمل.

فأي شخص يمكن اعتباره ضحية كما جاء بنص المادة الثانية بصرف النظر عما إذا كان مرتكب الجريمة قد تم القبض عليه أو غير ذلك سواء هارباً أو مجهولاً، أو قدّم للمحاكمة أو تمت إدانته، وكذا بصرف النظر عن علاقته بالضحية<sup>(٢)</sup>.

ويجب التنويه إلى أهمية التمييز بين ضحايا الظروف الاجتماعية والإهمال والزعونة وبين ضحايا الجريمة، بمعنى أن الجاني مرتكب الفعل الإجرامي لا يمكن اعتباره من ضحايا الجريمة، ولكنه قد يندرج تحت طائفة ضحايا الظروف الاجتماعية والتي قد تكون من أسباب ارتكابه للجريمة، إلا أنه يمكن اعتبار أسرة الجاني من ضحايا الجريمة إذ كان هو العائل المباشر لهم<sup>(٣)</sup>.

ينقسم هذا الإعلان إلى قسمين أولهما المتعلق بضحايا الجريمة، والذي يقصدُ به ضحايا الأفعال أو حالات الإهمال التي تُشكل

(١) أنظر وثيقة الأمم المتحدة E/CN.15/1997/16 استعمال وتطبيق إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة، مذكرة من الأمين العام، الفقرة ١.

(٢) د. نواف وبدان الجشعي - الحماية الشرطية لضحايا الجريمة (الجهود الدولية والإقليمية وإنجازات دولة الإمارات العربية المتحدة في العناية بضحايا الجريمة - مركز بحوث الشرطة - القيادة العامة لشرطة الشارقة - الطبعة الأولى ٢٠١١م ص ٩٨.

(٣) د. وجدي محمد بركات - دور الشرطة في رعاية ضحايا الجريمة - ورقة عمل مقدمة إلى مركز البحوث الأمنية - الأكاديمية الملكية للشرطة - وزارة الداخلية مملكة البحرين - أغسطس ٢٠٠٨م ص ٣.



انتهاكاً للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء، بما فيها القوانين التي تُحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة؛ أما الثاني المتعلق بضحايا إساءة استعمال السلطة، يُقصد به ضحايا الأفعال أو حالات الإهمال التي لا تُشكل حتى الآن انتهاكاً للقوانين الجنائية الوطنية، ولكنها تُشكل انتهاكاً للمعايير الدولية المعترف بها والمتعلقة باحترام حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

كان للتعريف الوارد في الإعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة بشأن تعريف الضحية محل نظر، حيث ذكر الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردياً أو جماعياً، فلم يحدد ما إذا كان لفظ الأشخاص، الذين اعتبرهم هذا الإعلان ضحايا، مقتصرأ على الأشخاص الطبيعيين فقط أم يشمل أيضاً الأشخاص الاعتبارية.

وتعريف الضحايا على هذا النحو الوارد في هذا اعلان يتسع ليشمل المجني عليه والمضروب من الجريمة<sup>(٢)</sup>، كما ورد في الإعلان في نفس المادة أن مصطلح الضحية يشمل أيضاً العائلة المباشرة للضحية الأصلي أو الأفراد الذين يعولهم مباشرة والأشخاص الذين أصيبوا بضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحايا في محنتهم أو لمنع الإيذاء<sup>(٣)</sup>.

بينما تناول التعريف الذي اعتمدهت الأكاديمية القومية لمساعدة الضحايا في البند (٢) الذي ينص على " ولأغراض حقوق ضحايا الجريمة يشمل تعريف الضحايا ما يلي :

- (١) د. وائل أحمد علام - المركز القانوني لضحايا الجريمة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - مرجع سابق ص ٥٣٨ .
- (٢) المستشار . عادل ماجد - الاتجاهات الحديثة لحماية ضحايا الجرائم الدولية - بحث مقدم إلى مؤتمر أكاديمية شرطة دبي الدولي حول ضحايا الجريمة - دبي - الإمارات العربية المتحدة من ٣- ٥ مايو ٢٠٠٤م ص ٦٥٢ .
- (٣) أنظر وثيقة الأمم المتحدة E/CN.15/1997/16- المرجع السابق.

- الشخص الذي عانى مباشرة أو تعرض لتهديد مادي، عاطفي أو كنتيجة لارتكاب جريمة تشمل :
- في حالة كون الضحايا دون سن (١٨) سنة أو ناقص الأهلية أو معاقاً أو مريضاً، أو أحد الزوجين، أو الحارس القانوني، أو الوالدين، أو الأطفال، أو الأخوان، أو عضواً آخر للأسرة أو أي شخص آخر تعينه المحكمة.
- في حالة أن يكون الضحية مؤسسة أو كياناً أو ممثل المؤسسة المخول قانوناً<sup>(١)</sup>.

ومن ثم يمكن من خلال هذه التعريفات أن نقسم ضحية الجريمة إلى مجني عليه وهو المتضرر المباشر من الجريمة، أي الشخص الذي وقعت عليه الجريمة سواءً على جسمه أو ماله أو سمعته، وإلى متضرر من الجريمة وهو ما يسمى المتضرر غير المباشر، أي أنه الشخص الذي تأثر بالجريمة التي لحقت بالمجني عليه كالآباء والأبواب والأقارب .

ففي الجرائم الإرهابية - كتفجير الكنائس أو المساجد أو المنشآت الحيوية في الدولة - نجد أن آثار تلك الجريمة تمتد إلى كل شخص يتواجد في مكان الجريمة، أو كمن يستهدف أحد الشخصيات العامة في الدولة ويقوم بتنفيذ عمل إرهابي يؤدي إلى سقوط قتلى ومصابين. هذا بالإضافة لحدوث تلفيات بممتلكات الآخرين<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني

#### بروتوكول منع وقوع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص

كانت أهم أغراض هذا البروتوكول هي منع ومكافحة الاتجار بالأشخاص، مع إيلاء اهتمام خاص للنساء والأطفال ؛ وحماية ضحايا

(١) منقول عن د. محمد الأمين البشري - مرجع سابق ص ٧٠.  
 (٢) محاولة اغتيال وزير الداخلية المصري إثر انفجار سيارة مفخخة قرب موكبه بتاريخ ٥ سبتمبر ٢٠١٣ م .

ذلك الاتجار ومساعدتهم، مع احترام كامل لحقوقهم الإنسانية؛ وتعزيز التعاون بين الدول الأطراف على تحقيق تلك الأهداف.

فقد جاء في القسم الثاني من هذا البروتوكول تحديداً لأحكام حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص حيث تناولت المادة السادسة بيان الوسائل والإجراءات اللازمة لمساعدة ضحايا الاتجار بالأشخاص وحمايتهم، ومن هذه الوسائل والإجراءات جعل الإجراءات القانونية المتعلقة بمكافحة ذلك الاتجار سرية، وذلك صوناً للحرمة الشخصية للضحايا، فضلاً عن توفير الرعاية والضمانات لحقوقهم الأساسية مثل الرعاية الصحية عند اقتضاها والمأوى اللائق والمساعدة القانونية لتعريفهم بحقوقهم القانونية. وفرص توفير التعليم والعمل وإمكانية الحصول علي التعويض المادي الجابر للأضرار التي لحق بهم سواء الأضرار المادية أو الأدبية<sup>(١)</sup>.

بينما اهتمت المادة السابعة بتناول وضع ضحايا الاتجار بالأشخاص في الدول المستقبلية، وذلك بإمكانية بقائهم في أراضيها سواء بصورة دائمة أو مؤقتة، مع مراعاة الجوانب الإنسانية عند اتخاذ القرار في هذا الشأن، كما حددت المادة الثامنة البديل لما هو وارد بالمادة السابقة، وذلك ببيان أحكام إعادة ضحايا الاتجار بالأشخاص إلى أوطانهم، وذلك بوضع بعض الالتزامات على الدولة الطرف التي يكون ضحايا الاتجار بالأشخاص من رعاياها أو كانوا يتمتعون بحق الإقامة الدائمة فيها مثل تسهيل عودتهم إلي بلدانهم بصورة آمنة مع التحقق من صفتهم كضحايا لهذا النشاط غير المشروع، فضلاً عن توفير الوثائق اللازمة لسفرهم في حالة فقدهم إياها مع الأخذ في

(١) هاني فتحي جورجي - دور النيابة العامة المصرية في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والاتجار في الأفراد - ورقة عمل مقدمة للدورة التدريبية الرابعة عشر لمنع الاتجار بالأطفال لضباط أمن الموانئ بالتعاون مع وزارة الداخلية المنعقدة من ٢٦-٢٧ مايو ٢٠٠٩م.  
<http://www.f-law.net/law/showthread.php?>

الاعتبار أية اتفاقات أو ترتيبات ثنائية متعددة الأطراف تحكم عودة هؤلاء الضحايا<sup>(١)</sup>.

مدى تأثير رضا الضحية:

ولإضفاء الحماية على ضحايا الاتجار بالبشر فإن البروتوكول قد اعتبر أن هذه الجريمة تتوافر في حق فاعليها حتى ولو تمت بناءً على موافقة ورضاء الضحية على استغلاله في أحد الأعمال المنصوص عليها في البروتوكول، ومعنى ذلك أن رضاه المجني عليه باستغلاله لا يعتبر سبباً مبيحاً للجريمة أو يعفي الجاني من المسؤولية والعقاب، لذا قرر المبدأ السابع من المبادئ التوجيهية الموصى بها فيما يتعلق بحقوق الإنسان والاتجار بالأشخاص، الصادر عن مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان عدم مسؤولية الأشخاص المتاجر بهم، حيث نص هذا المبدأ على أن "لا يعنقل الأشخاص المتاجر بهم أو توجه لهم التهمة أو تتم مقاضاتهم بسبب عدم قانونية دخولهم بلدان العبور والوجهة أو إقامتهم بها، أو بسبب ضلوعهم في أنشطة غير قانونية إلى درجة أن ضلوعهم هذا أصبح نتيجة مباشرة لوضعيتهم كأشخاص تم الاتجار بهم"<sup>(٢)</sup>.

وهذا ما أشار إليه مصطلح "الاتجار بالأشخاص" في هذا البروتوكول أنه تجنيد الأشخاص أو نقلهم أو تنقيطهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال.

(١) هاني فتحي جورجي - المرجع السابق.

(٢) الوثيقة E/٢٠٠٢/٦٨/Add.١ المتعلقة بالمبادئ والمبادئ التوجيهية الموصى بها فيما يتعلق بحقوق الإنسان والاتجار بالأشخاص؛ تقرير مفوضة الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان المقدم إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الدورة الموضوعية ٢٠٠٢ بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠٠٢

كما قرر المبدأ الثامن أن تعمل الدول على حماية الأشخاص المتاجر بهم من المزيد من الاستغلال والضرر، وعلى أن تتاح لهم سبل الحصول على الرعاية البدنية والنفسية؛ وليست هذه الحماية والرعاية مشروطة بقدرة الشخص المتاجر به أو عزمه على التعاون خلال الإجراءات القضائية، كما تقدم المساعدة القانونية وغيرها للأشخاص المتاجر بهم طوال مدة أي إجراءات جنائية أو مدنية أو غيرها تتخذ ضد التجار المشتبه فيهم، كما توفر للأطفال ضحايا الاتجار المساعدة والحماية المناسبة.

ومن جهة أخرى فإن ضحية الجريمة هو الشخص المستضعف الذي تدفعه الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية لأن يبيع نفسه سواء للوصول لحلم أن يعيش حياة أفضل أو السفر، فيعد الوصول لدولة المقصد يتلقاه التاجر أو أحد من أعوانه لاستغلاله جنسياً، وبالتالي يجب إنقاذ الضحية من حالة الاستضعاف التي يعيشها في مواجهة العصابات الإجرامية المنظمة<sup>(١)</sup>.

كما دعا البروتوكول أيضاً الدول المنضمة إليه للمبادرة بتجريم الاتجار بالأشخاص، وتجريم الأفعال المكونة له والتصرفات المرتبطة به، من الاستغلال الجنسي وأعمال السخرة أو الخدمة قسراً؛ حتى ولو توقف حد الشروع في ارتكاب الجريمة أو مجرد المساهمة في ارتكابها بطريق التواطؤ أو التنظيم والتوجيه، وهو الأمر الذي يعني مزيداً من إحكام السيطرة على ملاحقة الجماعات الإجرامية المنظمة<sup>(٢)</sup>.

فقد جاءت المبادئ التوجيهية للأمم المتحدة توجب على الدول أن تطبق عقوبات فعالة ومنتاسبة على الأفراد والأشخاص الاعتباريين الذين تثبت إدانتهم بالاتجار بالأشخاص أو الأفعال المكونة له أو

(١) د. حامد سيد محمد حامد - الاتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود - بين الأسباب، التداعيات، الرؤى الاستراتيجية - القومي للاصدارات القانونية - الطبعة الأولى ٢٠١٠م ص ١٠٥.  
(٢) هاني فتحي جورجي - المرجع السابق.

التصرفات المرتبطة به ؛ فضعف نظام العقوبات يسمح للمتاجرين بالبشر بالإفلات من العقوبة، وبالتالي تدهور تلك التجارة، وأن المتاجرين بالأشخاص يستغلون ضعف الملاحقة القانونية، وقلة التعاون الدولي في هذا الشأن، وأن ضعف معدل إدانة مرتكبي جريمة الاتجار بالبشر يثير قلقاً كبيراً ويحتاج إلي مواجهة. كما تعمل الدول على أن يُمنح الأشخاص المتاجريهم سبل الانتصاف القانونية الفعلية والمناسبة.

## المطلب الثاني أنواع ضحايا الجريمة

تمهيد:

أضحت السياسة الجنائية المعاصرة تهدف إلى حماية أكبر لضحايا الجريمة وضمان حقوقهم التي أهدرتها الجريمة، فقد كان تعويض الضحايا من أهم الحقوق التي تتال قدر كبير من الاهتمام والرعاية في السياسة الجنائية، فكان من اللازم أن يقوم الجاني بتقديم التعويض المناسب للضحية، فإذا التزم بتنفيذ ذلك من خلال الوسائل القانونية التي تمنحها التشريعات الحديثة، يكون قد أدى دوراً فعالاً في حماية حقوق ضحية الجريمة التي أهدر جانبها الموضوعي بفعله<sup>(١)</sup>.

المقصود بمصطلح " ضحايا الجريمة " طبقاً لإعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة الصادر عن الأمم المتحدة في عام ١٩٨٥م "أولئك الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي، ويدخل في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان بدرجة كبيرة في التمتع بحقوقهم الأساسية عن طريق أفعال أو حالات إهمال،

(١) د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الجاني والمجني عليه وحقوق ضحايا الجريمة - دار الفجر للنشر والتوزيع ٢٠٠٣ م ص ٩.

وتشكل انتهاكاً للقوانين الجنائية النافذة المفعول في الدول الأعضاء بما فيها القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة<sup>(١)</sup>.

فالشخص يمكن أن يُعتبر ضحية للجريمة بمقتضى هذا الإعلان، بصرف النظر عما إذا كان مرتكب الفعل قد تم معرفته أو القبض عليه أو مقاضاته أو إدانته أم لا، كمرتكب الجريمة الإرهابية قد لا يتم التعرف عليه أو القبض عليه، وبصرف النظر عن العلاقة بينه وبين الضحية، ومع ذلك تعمل الدولة على تعويض ضحايا الجريمة عما أصابهم من ضرر جراء تلك الجريمة؛ ويشمل مصطلح الضحية أيضاً العائلة المباشرة للمجني عليه، ومن يعولهم مباشرة.

يشتمل هنا مفهوم الضحية على المجني عليه<sup>(٢)</sup> أو أي شخص آخر قد أصيب بضرر من جراء ارتكاب الجريمة مثل المضرور منها، وهذا يتفق مع ما نص عليه القانون المصري أيضاً بشأن مكافحة الاتجار بالبشر<sup>(٣)</sup>. ومن جهة أخرى فإن ضحية الجريمة هو الشخص المستضعف الذي تدفعه الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية لأن يبيع نفسه سواء للوصول لحلم أن يعيش حياة أفضل أو السفر للعمل، فتبعد الوصول لدولة المقصد يجد نفسه بين أيدي جماعات إجرامية تعمل في تجارة المخدرات والأعمال الجنسية، وبالتالي يجب إنقاذ الضحية من حالة الاستضعاف التي يعيشها في مواجهة العصابات الإجرامية المنظمة<sup>(٤)</sup>.

- (١) اعتمد ونشر علي الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣٤/٤٠ المؤرخ في ٢٩ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٥م
- (٢) لواء د. نشأت عثمان الهلالي - مجالات تحقيق الحماية لضحايا الجريمة - بحث مقدم للندوة الدولية لحماية حقوق ضحايا الجريمة المنعقدة في الفترة من ٢٢-٢٥ يناير ١٩٨٩م مركز بحوث الشرطة - أكاديمية الشرطة ص ٤.
- (٣) د. محمد علي العريان- عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها- دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة ٢٠١١م ص ٢٠.
- (٤) د. حامد سيد محمد حامد- الاتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود- مرجع سابق ص ١٠٥.

وستتناول ضحايا الجريمة في فرعين ؛ المجني عليه في " فرع أول " والمضروب من الجريمة في " فرع ثان " على النحو التالي :

الفرع الأول : المجني عليه .

الفرع الثاني : المضروب من الجريمة .

### الفرع الأول

#### المجني عليه

اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم المجني عليه، فيرى البعض منهم أنه "هو من وقعت الجريمة على نفسه أو ماله أو على حق من حقوقه"<sup>(١)</sup>. ويرى آخر أنه "هو كل شخص أراد الجاني الاعتداء على حق من حقوقه، وتحققت فيه النتيجة الجنائية التي أرادها الفاعل"<sup>(٢)</sup>، يرى البعض أن المجني عليه هو من وقعت عليه نتيجة الجريمة، أو من تم الاعتداء على حقه المحمي قانوناً سواء ناله ضرر أو لم يناله<sup>(٣)</sup>، والمجني عليه في رأي آخر هو صاحب الحق الذي يحميه القانون بنص التجريم ووقع الفعل الإجرامي عدواناً مباشراً عليه<sup>(٤)</sup>.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية المجني عليه فقالت "أنه من يقع عليه الفعل أو يتناوله الترك المؤثم قانوناً بحيث يكون هذا الشخص نفسه محلاً للحماية القانونية التي يهدف إليها الشارع"<sup>(٥)</sup>. وفي حكم آخر عرفت محكمة النقض المصرية المجني عليه بأنه : كل من

- (١) د. عبد القادر عودة- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي- الجزء الأول- الطبعة الخامسة- القاهرة ١٩٦٨م ص ٣٩٧.
- (٢) د. حسن المرصفاوي- الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية - دار المعارف- الاسكندرية ١٩٦٤م ص ١٩.
- (٣) د. محمود محمود مصطفى- حقوق المجني عليه في القانون المقارن- مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ١٩٧٥ ص ١١٢.
- (٤) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية ١٩٨٨ م ص ١٢٢.
- (٥) نقض ٢ فبراير سنة ١٩٦٠م - مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٤١ رقم ٢٩ ص ١٤٢.



يقع عليه الفعل أو تناوله الترك المؤثم قانوناً سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً<sup>(١)</sup>.

وبناءً على ما تقدم، يقصد بالمجني عليه هو من قصده الجاني باعتدائه، ولا يكون إلا شخصاً طبيعياً فلا يمكن أن يكون شخصاً معنوياً<sup>(٢)</sup>. ومن ثم يمكن اعتبار المجني عليهم الأشخاص المتأجر بهم طبقاً لما جاء في بروتوكول قمع ومنع الاتجار بالأشخاص، أو من لحقت بهم الأعمال الإرهابية من تفجيرات لأماكن العبادة كالكنائس والمساجد، أو أية أماكن حيوية من أضرار جسدية أو في الممتلكات. لم يتناول التشريع المصري، مثله مثل بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي والإماراتي والأردني، في قانون الإجراءات الجنائية تعريفاً للمجني عليه، ولكنه تناول مصطلح المجني عليه عندما قرر عدم جواز تحريك الدعوى الجنائية إلا بناءً على شكوى من المجني عليه إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي كما جاء في المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية<sup>(٣)</sup>.

كما تعرض المشرع إلى مصطلح المجني عليه عندما أراد أن يتناول الشخص الذي وقعت عليه الجريمة وأصابته بضرر مباشر أياً كان نوع هذا الضرر مادياً أو اقتصادياً أو اجتماعياً؛ ومن ثم أي شخص أصابه ضرر جسدي أو نفسي من أية جريمة - الاتجار بالبشر أو الإرهاب - سواء كان هذا الشخص هو المقصود من الجريمة أم لا.

(١) الطعن رقم ٢٠٧٣ لسنة ٢٩ قضائية جلسة ٢٧ / ٥ / ١٩٦٣ س ١١ ع ١٤٢ ص.

(٢) د. وجدي محمد بركات - ورقة عمل حول دور الشرطة في رعاية ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ٦.

(٣) نصت المادة (٣) على أنه " لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناءً على شكوى شفهية أو كتابية من المجني عليه أو من وكيله الخاص، إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد ١٨٥، ٢٧٤، ٢٧٧، ٢٧٩، ٢٩٢، ٢٩٣، ٣٠٣، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨ من قانون العقوبات، وكذلك في الأحوال التي ينص عليها القانون."

ولا يخرج القضاء الفرنسي في أحكامه عن ذلك فقال أن  
المجني عليه هو من وقعت عليه الجريمة شخصياً، ولكنها لا تعترف  
له بالحق في إقامة الدعوى الجنائية إلا إذا كان قد أصابته أضرار  
شخصية ومباشرة وادعى بحقوق مدنية حتى يُطلق عليه تعبير  
المضروب من الجريمة<sup>(١)</sup>.

ويرى الباحث أن المجني عليه هو من وقعت الجريمة عليه،  
أي مسّت الجريمة بأحد حقوقه سواء الحق في الحياة، أم سلامة جسمه،  
أم في عرضه، أم شرفه، أم مكانته الاجتماعية، أو لحقت  
بحقوقه المالية والأدبية والمعنوية، فهو الشخص الذي يحميه القانون.

وهذا الاعتداء الذي ترتب على الجريمة يمس شخص المجني  
عليه سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً، فهما في وضع  
متساو أمام القانون في اكتساب صفة المجني عليه<sup>(٢)</sup>، فعلى سبيل  
المثال جريمة السب التي تنال من شخص طبيعي فيكون مجنياً عليه،  
وأيضاً إذا نال نفس الفعل من إحدى المؤسسات أو أياً من الأشخاص  
الاعتبارية أصبح هذا الشخص الاعتباري مجنياً عليه طالما أن القانون  
يعترف لها بذلك، كما يعهد إليها بوظيفة اجتماعية تقتض صيانتها،  
حيث عاقبت المادة (١٨٤) من قانون العقوبات كل من أهان أو سب  
مجلس الشعب أو مجلس الشورى أو غيره من الهيئات النظامية أو  
الجيش أو المحاكم أو السلطات العامة أو المصالح العامة<sup>(٣)</sup>.

مثال على ذلك، التفجيرات التي استهدفت مديرية أمن  
الدقهلية<sup>(٤)</sup>، ومديرية أمن القاهرة، ولحقت أضراراً مادية بمبنى

(١) Bull.. Crim. No. 188. 21/9/1999.

(٢) د. جمال شديد علي الخرباوي - حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى  
الجنائية - المركز القومي للإصدارات القانونية - الطبعة الأولى ٢٠١١ م  
ص ٣٣.

(٣) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة  
العربية - القاهرة ١٩٨٦ م ص ٦٢٦.

(٤) حدث في ٢٤ ديسمبر ٢٠١٣م، تفجير مديرية أمن الدقهلية، أدى إلى سقوط ١٦  
قتيلون و ١٥٠ مصابين حسب بيان وزارة الداخلية. موقع ويكيبيديا .  
<https://ar.m.wikipedia.org/wiki>

المديرية، هذا بجانب ما لحق كثير من الأشخاص المتواجدين بداخل هذه المديرية من أضرار جسيمة منها القتل ومنها الإصابات الخطيرة<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### المضور من الجريمة

يمكن تعريف المضور من الجريمة بأنه الشخص الذي أضرت به الجريمة وأثرت فيه، فقد قررت المادة (٢٥١) من قانون الإجراءات الجنائية أنه "لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجنائية، في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور القرار بإقفال باب المرافعة طبقاً للمادة (٢٧٥)، ولا يقبل منه ذلك أمام المحكمة الاستئنافية." كما نصت المادة (٢٥١) مكرر (١) من نفس القانون على أنه "لا يجوز الإدعاء بالحقوق المدنية وفقاً لأحكام هذا القانون إلا عن الضرر الشخصي المباشر الناشئ عن الجريمة والمحقق الوقوع، حالاً أو مستقبلاً".

فالإدعاء بالحقوق المدني يعد تحريكاً للدعوى الجنائية للمطالبة بالتعويض استثناءً على حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية، كما أنه يعد خرقاً لقواعد الاختصاص التي نص عليها القانون باختصاص القضاء المدني بالدعوى المدنية<sup>(٢)</sup>.

وحد بعض الفقه بين المجني عليه والمضور من الجريمة، على اعتبار أن الجريمة أضرت بمركز قانوني للمجني عليه مباشرة حيث وقع عليه الفعل الآثم، وأيضاً من أضرت به الجريمة حيث عانى

(١) حدث في يوم ٢٤ من يناير ٢٠١٤م عملية إرهابية عبارة عن تفجير لمبنى مديرية أمن القاهرة مما أدى إلى قتل ٤ أشخاص وإصابة ٧٦ شخصاً وفقاً لبيانات وزارة الصحة . موقع ويكيبيديا .

<https://ar.m.wikipedia.org/wiki>

(٢) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ١٦٧.

منها بما لحقه من أذى بدني أو غير بدني، وأيضاً أسرة المضرور من الجريمة، فكل مضرور من الجريمة يعد مجنياً عليه. فلا بد أن الجريمة تحدث ضرراً بدرجة معينة بالمجني عليه ليكون بذلك أول الضحايا<sup>(١)</sup>.

فلا يشترط في المضرور أن يكون هو المجني عليه، فلا يلزم أن يكون الضرر الناتج عن الجريمة بالنسبة للمضرور هو النتيجة الإجرامية عن الفعل والذي أصاب المجني عليه مباشرة، كما يحدث في أغلب الجرائم الإرهابية من تفجيرات لأماكن العبادة والأماكن الحيوية، حيث يتضرر كثيراً من الأشخاص المتواجدين من الجريمة، بالإضافة إلى الشخص المقصود من الجريمة وهو المجني عليه قد يكون قد استشهد من جراء هذه الجرائم؛ ولكن في أغلب الأحيان نجد أن المجني عليه هو المضرور من الجريمة حيث يصاب بإصابات بالغة<sup>(٢)</sup>. وبالتالي أعطاه القانون الحق في التقدم لطلب التعويض عن تلك الأضرار التي لحقت به من جراء تلك الجريمة.

وقد قررت المحكمة النقض المضرية أنه ليس في القانون ما يمنع أن يكون المضرور من الجريمة أي شخص ولو كان غير المجني عليه، مادام قد أثبت قيام هذا الضرر وكان ناتجاً عن جريمة، ذلك أن المناطق في صفة المدعي ليس وقوع الجريمة عليه وإنما هو إلحاق الضرر الشخصي به بسبب وقوع الجريمة<sup>(٣)</sup>.

كما قررت المحكمة في حكم آخر لها أنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون المضرور من الجريمة شخصاً آخر خلاف المجني عليه، وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن زوجة المجني عليه قد لحقها

(١) د. نبيل محمود حسن - الحماية الجنائية لضحايا الجريمة في القانون الدولي الإنساني - دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩م ص ٥٢.

(٢) المستشار الدكتور / محمد حنفي محمود - حقوق الأفراد في الإجراءات الجنائية المصرية - على هذا الموقع بتاريخ ٢٨/١٠/٢٠١١م.  
<http://rooad.net/print.php>.

(٣) الطعن رقم ٧٥٥٥ لسنة ٦٠ قضائية جلسة ١١/٢٥/١٩٩٦ س ٤٦ ع ١٢٥٠ ق ١٨١.

ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة التي وقعت على زوجها، فإن ما يثيره الطاعن بخصوص قبول دعواها يكون غير سديد<sup>(١)</sup>.

يعرف القانون الكندي المجني عليه بأنه الشخص الذي أصيب بأضرار بدنية أو عاطفية، أو أضرار في الممتلكات، أو خسائر اقتصادية نتيجة لجريمة<sup>(٢)</sup>. وقد عرفه القانون البولندي بأنه صاحب الحقوق التي انتهكتها الجريمة مباشرة أو هددتها بالانتهاك سواء كان شخصاً طبيعياً أو قانونياً؛ وعرفه القانون النيوزلندي بأنه الشخص الذي أصيب بأضرار شخصية أو قتل بسبب فعل جنائي صادر عن شخص آخر<sup>(٣)</sup>.

ونجد أن بعض الفقه قد استخلص تعريفاً للمضروب من الجريمة بالنظر في المادة (٢٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي تنص على أنه "لكل من يدعي حصول ضرر له من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية في الشكوى التي يقدمها إلى النيابة العامة، أو أحد مأموري الضبط القضائي؛ يتضح ذلك في حالة أن يكون المضروب من الجريمة ليس هو المجني عليه.

وتبدو التفرقة بين المجني عليه والمضروب من الجريمة لها أهميتها، فنجد أن رضاء المجني عليه دون المضروب من الجريمة له أثر فعال في إباحة بعض الجرائم أو هدم أركانها، وأيضاً حق المجني عليه في الشكوى كأهم القيود على النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية في بعض الجرائم التي حددها القانون، وهذا الحق لا يملكه

---

(١) الطعن رقم ٢٧١٩٨ لسنة ٥٩ قضائية جلسة ١١/١/١٩٩٠ س ٤١ ع ١ ص ٩٧٤ ق ١٧٣.

(2) A victim is defined as a person who has suffered physical or emotional harm, property damage, or economic loss as a result of a crime. Canada, Department of Justice. <http://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/victims-victimes/rights-droits/who-qui.html>

(٣) د. سعود محمد موسى - شكوى المجني عليه - في النظام الجنائي الإسلامي مقارناً بالنظام الجنائي الوضعي - دار الحكيم للطباعة ١٩٩٠م - الحاشية رقم (١) ص ١٧٧.

المضرور من الجريمة. بينما تحريك الدعوى الجنائية بالإدعاء المباشر لا يملكه المجني عليه إلا إذا كان مضروراً من الجريمة بل يملكه المضرور منها<sup>(١)</sup>.

## المبحث الأول

### حماية حقوق ضحايا الجريمة في مرحلة جمع الاستدلالات

تمهيد:

بالرغم من أن القانون الدولي لازال في المراحل الأولى في مجال حماية حقوق الضحايا، إلا أن المحاولات الدولية لتحسين وضع الضحايا من الجريمة في إطار إقامة العدل تمثل اعترافاً بأن نظم العدالة الوطنية كانت تركز في كثير من الأحيان على الجاني وعلاقته بالدولة مع استبعاد حقوق واحتياجات ومصالح الضحايا.

وفي البداية يجب كفالة شعور الضحايا من الجرائم بأن العدالة تتحقق بطريقة أو بأخرى، لذلك يكون من الأهم في هذا المجال أن يقوم كل من يعمل في نظام العدالة الجنائية بإبداء الاحترام والفهم لاهتمامات واحتياجات ومصالح الضحايا من الجريمة، إذ أن عدم التنبه والتفكير في احتياجات ومصالح هؤلاء الضحايا يؤدي إلى زيادة الأهم وحسرتهم وخيبة أملهم<sup>(٢)</sup>.

لذا ينبغي العمل على إنشاء وتعزيز الآليات الشرطية والقضائية لتمكين هؤلاء الضحايا من الحصول على الإنصاف من خلال الإجراءات العاجلة والعادلة، فيجب تعريف الضحايا بدورهم ونطاق الإجراءات وتوقيتها وسيرها، كما يجب إتاحة الفرصة لهم لعرض وجهات نظرهم وأوجه قلقهم، وعادة ما يكون أول اتصال للضحية بعد ارتكاب الجريمة بنظام العدالة الجنائية عادة من خلال

(١) د. نبيل محمود حسن - مرجع سابق ص ٥٣.

(٢) أنظر وثيقة الأمم المتحدة A/CONF.144/20، دليل الممارسين، الصفحة رقم ١٠ الفقرة ٣١.

أجهزة الشرطة، واستجابة رجال الشرطة في هذا الاتصال الأول قد ترتب أثراً حاسماً على موقف الضحية تجاه نظام العدالة الجنائية<sup>(١)</sup>.

تعتبر أجهزة الشرطة الجهة الأولى لنظام العدالة الجنائية التي يقابلها ضحايا الجريمة عقب حدوثها، حيث يقع العبء الأكبر في مجال حماية حقوق هؤلاء الضحايا، فدورها كفالة الطمأنينة والأمن لكافة المواطنين، ويأمل هؤلاء الضحايا من رجال الشرطة في تقديم الكثير لمساعدتهم ومساندتهم<sup>(٢)</sup>.

لذا يجب على رجال الشرطة إبلاغ الضحايا بإمكانيات الحصول على المساعدة والمشورة العملية والقانونية والتعويض من الجاني وتعويض الدولة كما ينبغي أن تكون الضحية قادرة على الحصول على معلومات عن نتيجة تحقيقات الشرطة<sup>(٣)</sup>.

---

(١) أنظر وثيقة الأمم المتحدة A/CONF.144/20، دليل الممارسين، الصفحة رقم ١٠ الفقرة ٣٦.

(٢) د. أحمد إبراهيم مصطفى - الشرطة وضمانات حقوق الإنسان في مرحلة جمع الاستدلالات - مركز الإعلام الأمني - الأكاديمية الملكية للشرطة - وزارة الداخلية - مملكة البحرين - بدون تاريخ نشر ص ٢.

- (3) Recommends the governments of member states to review their legislation and practice in accordance with the following guidelines: A. At police level
1. Police officers should be trained to deal with victims in a sympathetic, constructive and reassuring manner;
  2. The police should inform the victim about the possibilities of obtaining assistance, practical and legal advice, compensation from the offender and state compensation;
  3. The victim should be able to obtain information on the outcome of the police investigation;
  4. In any report to the prosecuting authorities, the police should give as clear and complete a statement as possible of the injuries and losses suffered by the victim;
- RECOMMENDATION No. R (85) 11 OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES ON THE POSITION OF THE VICTIM IN THE FRAMEWORK OF CRIMINAL LAW AND PROCEDURE (Adopted by the Committee of Ministers on 28 June 1985 at the 387th meeting of the Ministers' Deputies)

فالمسئولية الملقاة على عاتق رجال الشرطة تتمثل في المبادرة في قبول البلاغات من هؤلاء الضحايا عن جريمة<sup>(١)</sup>، فهم يريدون الاستجابة السريعة لطلب الاستغاثة، ويعتمدون على أجهزة الشرطة في قبول سردهم للأحداث بصورة تفصيلية والعمل على اكتشاف غموض الجريمة، والقبض على المجرم والوصول إلى الحقيقة، وجمع الأدلة التي تؤدي إلى الإدانة أثناء مرحلتي التحقيقات والمحاكمة الجنائية . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها أن مهمة الشرطة الوطنية هي الإساهام في حماية الأشخاص<sup>(٢)</sup> .

وسوف نتناول هذا المبحث في مطلبين منفصلين نتعرض لتلقي البلاغات والشكاوى في مرحلة جمع الاستدلال في المطلب الأول ؛ ونتناول الحفاظ على مسرح الجريمة وسرعة ضبط الجناحي المطلب الثاني، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول : تلقي البلاغات والشكاوى في مرحلة جمع الاستدلال.  
المطلب الثاني : الحفاظ على مسرح الجريمة وسرعة ضبط الجناة

### المطلب الأول

#### تلقي البلاغات والشكاوى

#### في مرحلة جمع الاستدلالات

يعتبر البلاغ هو الخطوة الأولى في مرحلة جمع الاستدلالات، ومنه يستطيع مأمور الضبط القضائي التأكد من وقوع الجريمة وزمانها ومكانها وكيفية ارتكابها، أو أسباب الجريمة وأركانها المادية والمعنوية، وعمّا إذا كان هناك اشتراك أو تحريض<sup>(٣)</sup>.

(١) د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - دار النهضة العربية - ٢٠٠١م ص ٧٥.

(2) Attendu que, pour confirmer le jugement sur le seul appel de la partie civile, l'arrêt retient que la mission de la police nationale est de concourir à la protection des personnes, et que les investigations entreprises se rattachent aux obligations normales qui lui incombent; Bull.. Crime. No: 08-82.357, 20 janvier 2009.

(٣) د. محمد علي السالم آل عياد - اختصاص رجال الضبط القضائي - الطبعة الثانية منشورات ذات السلاسل - بدون تاريخ نشر - ص ١١٩ وما بعدها.



نصت المادة (٢٤) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه " يجب على مأموري الضبط القضائي أن يقبلوا التبليغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم، وأن يبعثوا بها فوراً إلى النيابة العامة ويجب عليهم وعلى مرءوسهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجزوا المعايين اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم، أو التي يعلنون بها بأية كيفية كانت، وعليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة. ويجب أن يثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمورو الضبط القضائي في محاضر موقع عليها منهم يبين بها وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصوله، ويجب أن تشمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا، وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة ". أوجب المشرع على مأموري الضبط القضائي قبول البلاغات والشكاوى التي ترد إليهم عن الجرائم طبقاً لنص المادة (٢٤) من قانون الإجراءات الجنائية؛ لأنهم لا يتسنى لهم القيام بالاستدلال بشأن جريمة معينة إلا بعد اتصال علمهم بالجريمة، فالبلاغات تقدم غالباً من أي شخص سواء كان متضرر أو غير متضرر، وقد يكون ضد أي شخص سواء معلوم أو مجهول؛ بينما قصد المشرع بالشكاوى في هذا الصدد البلاغات المقدمة عن الجرائم المحددة في القانون، ويجب أن تكون من المجني عليه أو يئوب عنه، وضد شخص معين بالذات حدد القانون علاقته بالمجني عليه لتحريك الدعوى الجنائية، والتي يدعي فيها مقدمها حقوق مدنية، فإذا لم تشتمل على الإدعاء تعد من قبيل التبليغات<sup>(١)</sup>.

أكدت محكمة النقض المصرية على أنه " من المقرر أن من الواجبات المفروضة قانوناً على مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصاتهم أن يقبلوا التبليغات التي ترد إليهم بشأن الجرائم، وأن

(١) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - الطبعة السابعة ١٩٩٣م ص ٤٧٨.

يقوموا بأنفسهم أو بواسطة مرؤوسينهم بإجراء التحريات اللازمة عن الوقائع التي يعلمون بها بأي كيفية كانت وأن يستحصلوا على جميع الايضاحات والاستدلالات المؤدية لثبوت أو نفي الوقائع المبلغ بها إليهم أو التي يشاهدونها بأنفسهم<sup>(١)</sup>.

وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية قررت أنه ولما كان الثابت من مطالعة الحكم المعروض أنه عرض للدفع المبدئي من الطاعة واطرحه تأسيساً على أن الشرطة أبلغت بالحادث واتهام المتهمه بارتكابه، وعليه قام مأمور الضبط القضائي باستدعائها لسؤالها فاعترفت بما نسب إليها، ومن ثم حرر محضراً بالإجراءات وتم عرضها على النيابة التي تولت التحقيق معها حيث اعترفت بما نسب إليها من اتهام، فاستدعاء مأمور الضبط القضائي للطاعة لا يدعو أن يكون توجيه الطلب إليها بالحضور دون المساس بحريتها الشخصية، فإن الحكم يكون سليماً فيما انتهى إليه من رفض الدفع ببطلان القبض<sup>(٢)</sup>.

قرر المشرع المصري في المادة (٢٣) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر أن يُراعى في جميع مراحل الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة في جرائم الاتجار بالبشر العمل على التعرف على المجني عليه وتصنيفه والوقوف على هويته وجنسيته وعمره لضمان إبعاد يد الجناة عنه.

الاستدلال هو مجموعة من الإجراءات التمهيدية التي تسبق تحريك الدعوى الجنائية، وتهدف هذه الإجراءات إلى جمع المعلومات في شأن جريمة ارتكبت لكي تتخذ سلطات التحقيق بناء عليها القرار في تحريك الدعوى الجنائية، هذا بقصد التثبت من وقوع الجريمة

(١) الطعن رقم ٣٨٢٧٣ لسنة ٧٤ قضائية جلسة ٢٠١٠/١٢/٤ ص ٦١ ق ٦٨٢.

(٢) الطعن رقم ٤٢١٠٣ لسنة ٧٥ قضائية جلسة ٢٠٠٦/٤/٤ ص ٥٧ ق ٥٥.

والبحث عن مرتكبها وجمع الأدلة والعناصر اللازمة للتحقيق<sup>(١)</sup>؛ فالغاية من الاستدلال توضيح الأمور لسلطة التحقيق بشأن جريمة معينة، ومأموري الضبط القضائي فهم من يقومون بالاستدلال لحساب سلطة التحقيق وتحت إشرافها<sup>(٢)</sup>.

لا تبدأ عملية جمع الاستدلالات في جرائم الاتجار بالبشر إلا عندما ترد إلى مأموري الضبط القضائي التبليغات من المجني عليهم بتلك الجرائم والتي تقبلوها فور الإبلاغ بها<sup>(٣)</sup>، ويلزم أن يحصلوا هم ومرءوسيتهم على جميع الإيضاحات والمعلومات وإجراء المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق هذه الجرائم، ثم يتم إثبات هذه المعلومات في محاضر يقوم بها مأموري الضبط القضائي ويوقع منه عليها، ويثبت بها وقت ومكان الحصول على هذه المعلومات، وما قام به من إجراءات خوله إياها المشرع، وهذا ماخوله لهم القانون مما يعني شرعية تلك الإجراءات التي يقوم بها مرءوسي مأمور الضبط القضائي.

كما أن جميع إجراءات جمع الاستدلالات عن الجريمة التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي هي من أجل حماية حقوق المجني عليه من الجريمة، فينبغي أن تكون بمسوغ قانوني، ذلك لإعطاء صفة المشروعية لهذه الإجراءات، ومن ثم مشروعية تحريك الدعوى الجنائية ضد المتهم من قبل النيابة العامة، وذلك طبقاً لمبدأ الشرعية لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني. وكل هذه الإجراءات بطبيعتها

(١) د. سعد أحمد محمود سلامة - التبليغ عن الجرائم - دراسة مقارنة - بدون ناشر - القاهرة ٢٠٠٣م ص ١٨٥.

(٢) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ٤٩٩.

(٣) د. إبراهيم حامد طنطاوي - سلطات مأمور الضبط القضائي - المكتبة القانونية - الطبعة الثانية ١٩٩٧م ص ١٨٨.

سرية، فيجب أن تتم جميع إجراءات جمع الاستدلالات بسرية مطلقة، لأن العلانية هنا قد تفسد هذه المرحلة وتعطلها<sup>(١)</sup>.

وفي التشريع الفرنسي أوجبت المادة ١٥-٣ من قانون الإجراءات الجنائية أن يقوم مأموري الضبط القضائي بتلقي الشكاوى من ضحايا الجريمة المنصوص عليها في قانون العقوبات<sup>(٢)</sup>.

يمثل البلاغ من الوجهة الجنائية إخبار السلطات المختصة بالتحقيق أو جمع الاستدلالات عن أية جريمة وقعت بالفعل، أو على وشك الوقوع، أو أن هناك أدلة أو قرائن على وجود نية أو اتفاق أو عزم على ارتكاب مثل هذه الجرائم، أو وجود شك أو خوف من تمام ارتكابها، ويجب على رجل الشرطة بمجرد وصول البلاغ إليه على أية صورة أو من أي طريق أن يتخذ الإجراءات القانونية اللازمة للحفاظ على حقوق المجني عليهم أو الضحايا<sup>(٣)</sup>.

وذلك من خلال إثبات جميع الإجراءات المتخذة من خلال محضر جمع الاستدلالات، وعليه أن يتحقق من كل كلمة تضمنها البلاغ من خلال التحري والفحص والتمحيص وجمع الأدلة، واتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على الآثار المادية بمسرح الجريمة حتى يعرف مدى ما ينطوي عليه البلاغ من صدق أو كذب<sup>(٤)</sup>.

(١) د. عويس دياب - الحماية الجنائية لسرية التحقيق الابتدائي - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى ١٩٩٩م ص ١٤٠.

(٢) النص بالفرنسية:

"La police judiciaire est tenue de recevoir les plaintes déposées par les victimes d'infractions à la loi pénale et de les transmettre, le cas échéant, au service ou à l'unité de police judiciaire territorialement compétent."

Article 15-3 ..Modifié par LOI n°2017-242 du 27 février 2017 - art. 1

(٣) راجع في ذلك د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ٨٧ وما بعدها.

(٤) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ٣٦٠.

ومن ثم يمكن لمأموري الضبط القضائي من أجل حماية حقوق المجني عليه القيام بأية أعمال في حدود الشرعية والقانون تحقق له جمع المعلومات عن الجريمة، فيجوز له التخفي وانتحال الصفة والاختلاط بالجناة ليتعرف على أسرارهم، وأيضاً يجوز له إرسال من يساعده على الدخول بين الجناة ويرشده على أسرارهم ومن هم فاعلين أصليين في الجريمة ومن هم شركاء فيها، والأماكن التي يستخدمونها في جرائمهم<sup>(١)</sup>.

وتتميز أعمال جمع الاستدلال بأنها أعمال تتعد عن أساليب القهر و الإكراه، فهي مجرد جمع للمعلومات عن الجريمة بأساليب مشروعة ليس فيها اعتداء على الحقوق والحريات، لذا لا يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيش مسكن إلا برضاء حائزه، ولا يجوز له أن يسمع شاهداً إلا برضاه، فلا وسيلة لمأمور الضبط القضائي لإكراه الشاهد على الحضور أو الإدلاء بأقواله<sup>(٢)</sup>.

ونصت على ذلك أيضاً المادة (٧٦) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي أنه لا يجوز إجراء عمليات تفتيش منزل أو ضبط الأشياء أو الممتلكات المنصوص عليها في المادة (١٣١-٢١) من قانون العقوبات (للموافقة صريحة من الشخص الذي تجري عملية التفتيش له. ويجب إثبات هذه الموافقة كتابة من الشخص المعني أو إذا لم يكن قادراً على الكتابة، يجب ذكره في المحضر وموافقته<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمود نجيب حسني- شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ٥١٢.

(٢) د. محمود نجيب حسني- شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ٥١٤.

(٣) النص بالفرنسية :

“Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu.

Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment”. Article 76 Modifié par LOI n°2010-768 du 9 juillet 2010 - art. 1

نلاحظ أن كثيراً من ضحايا الجرائم التي تمس العرض، كالجرائم الاغتصاب وهناك العرض وجرائم الإجهاض، تنأى عن الإبلاغ خشية من افتضاح أمرها، لكون هذه الجرائم تتم في الخفاء ويؤثر الناس على التكتّم على الفضيحة؛ وقد يكون الإحجام عن التبليغ يرجع إلى الخوف من انتقام الجاني وذويه أو خوفاً من الاستهجان الاجتماعي، أو عدم الثقة في أجهزة العدالة الجنائية، وعدم احترامها، ورغبتهم في تجنب الدخول في محاضر الشرطة وإجراءات النيابة العامة والمحاكمة، هذا بالإضافة إلى الشعور بأن نسبة قليلة من الجرائم المعروفة لدى أجهزة الشرطة هي التي يتم الحكم فيها بالإدانة<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن ضحايا الجريمة، لاسيما ضحايا الجرائم التي تتصل بالعرض والأخلاق يكونون على درجة عالية من التوتر والحيرة والارتباك والخجل عند عرض تجربتهم المريرة على الشرطة، وتزداد هذه الانفعالات إذا وقعت هذه الجرائم في نطاق الأسرة، فضلاً عن أن استمرار هذه الحالة يتوقف على مدى جسامة الاعتداء وبشاعة التنفيذ، ودرجة حساسية المجني عليه، وسابقة تعرضه للاعتداء وعدد مرات ترده على الشرطة.

كما يجب أن يكون الالتجاء إلى السلطات للإبلاغ بدون عوائق إجرائية خاصة أو تكلفة مالية أمام الضحية، وأن يُمنح فرصة التعبير بحرية عن شكواه، وعلى رجال الشرطة مساعدته في استرجاع التفاصيل دون ضجر<sup>(٢)</sup>.

ينبغي رجال الشرطة الطريقة التي تساعد على التعبير بتلقائية عما يراد الاستفسار منه عليه بشأن الجريمة، لاسيما في مجال معاملة

- 
- (١) د. أحمد عوض بلال - الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية - دار النهضة العربية ١٩٩٠ م ص ١٤.
  - (٢) د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ٧٦.

جرائم العنف أو الجرائم الجنسية، عليهم أن يقدروا الحالة النفسية والعصبية التي يكون عليها هؤلاء الضحايا، وأن يؤمنوا بأن ذلك أمر طبيعي للحالة التي تعرضوا لها، و يجب أن يتمتع رجل الشرطة بالدراية الكافية لتقييم كل عنصر من عناصر رواية الضحية، وما جاء بأقوال الشهود مع الأخذ في الاعتبار الوسيلة المستخدمة في ارتكاب الجريمة، والربط بين الفروض والمعطيات والنتائج والأدلة المتحصل عليها، ذلك حتى يصل إلى كيفية تصور وقوع الجريمة الأمر الذي يؤدي إلى كشف ملابسات الجريمة والوصول إلى الحقيقة<sup>(١)</sup>.

يجب على مأموري الضبط القضائي أيضاً ألا يرفض بلاغاً يُقدم إليه من مجهول أو يهمل فيما يصل إلى علمه من جرائم، ففي ذلك خطورة كبيرة على الحقيقة والأمن العام على السواء، فضلاً عما فيه من الإخلال بالواجب المنوط بهم، وإضعاف ثقة أفراد المجتمع وأملهم في عون القائمين على إنفاذ القانون.

يجب على مأموري الضبط القضائي عند علمه بأية معلومات عن حدوث أية جريمة من الجريمة الحصول على جمع المعلومات والإيضاحات بشأنها ومرتكبيها، وله أن يستعين في ذلك بالوسائل التي كفلها القانون من إجراء التحريات السرية سواء عن طريق التخفي أو انتحال الصفة أو الاستعانة بالمرشدين، على ألا ينطوي ذلك على المساس بحرية الأفراد أو حرمة مساكنهم<sup>(٢)</sup>.

كما ينبغي على رجل الشرطة فور تلقيه البلاغ بحدوث الفعل الإجرامي المحدد في جريمة الاتجار بالبشر - على سبيل المثال - من استغلال النساء أو الأطفال في الأعمال الجنسية أن يهيب لنجدة ومساعدة الضحايا قبل أن يؤدي إلى نتائج قد يتعذر تداركها، وذلك لأن

(١) د. وجدي محمد بركات - المرجع السابق ص ١٤.

(٢) د. رفعت رشوان - التحري والاستدلال عن جرائم الاتجار في البشر - بحث مقدم لندوة مكافحة جرائم الاتجار في البشر وزارة - دولة الإمارات العربية المتحدة ٢٠٠٩ ص ٤٩.

دور الشرطة لا ينحصر فقط في سماع أقوال الضحايا، ولكنه يمتد ليشمل تقدير ظروفهم وحماية سلامتهم وحياتهم، ومن جهة أخرى ألا يسمحوا بمغادرة الضحية قسم أو مركز الشرطة وهو في وضع غير مؤمن من حيث السلامة، وأن يراعوا الظروف الخاصة بالضحية .

ويدعم هذا الحق أيضاً في حماية أسر ضحايا هذه الجرائم وشهود الإثبات فيها من تهديدات الجناة بإيقاع الأذى بهم، وينبغي أن تمتد هذه الحماية أيضاً للخبراء والأطباء الذي يكون لهم دوراً في إظهار حقوق الضحايا، وأيضاً القضاة الذين يباشرون الدعوى بالإضافة إلى المحامين، ويتفرع عن ذلك أيضاً التزام الشرطة بإخطار الجهات المختصة التي يمكن أن تتخذ أموال الضحايا من الخطر إذا كان هناك أخطاراً تهددها.

كما يجب على رجل الشرطة مراعاة عدم تقييد حرية الضحايا، إلا في حدود ما تسمح به القوانين، وتطبيقاً لذلك لا يحق لرجل الشرطة أن يمنع الضحية من مبارحة مكانه في محل الحادث إلى أي مكان آخر يريده، أو أن يستحبونها إلى أقسام ومراكز الشرطة على غير رغبته في البقاء بهدف الإسراع في إنهاء الإجراءات، أو أن يقوموا بتفتيشه إذا لم يرغب في ذلك، أو أن يكرهوه على إجراء تجارب فنية لا يرتضيها حتى ولو اقتضت مصلحة البحث عن الحقيقة ذلك، أو أن يأخذوا منه عينات بقصد تحليلها ما لم يأذن بذلك.

الإعفاء من العقوبة في حالة المبادرة بالإبلاغ:

نصت المادة (١٥) من قانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر على أنه "إذا بادر أحد الجناة بإبلاغ أي من السلطات المختصة بالجريمة ومرتكبها قبل علم السلطات بها، تقضي المحكمة بإعفائه من العقوبة إذا أدى إبلاغه إلي ضبط باقي الجناة والأموال المتحصلة من هذه الجريمة. وللمحكمة الإعفاء من العقوبة



الأصلية، إذا حصل الإخبار بعد علم السلطات بالجريمة وأدى الي كشف باقي الجناة وضبطهم و ضبط الأموال المتحصلة منها".<sup>(١)</sup>  
ونصت المادة (٨٤) (أ) من قانون العقوبات على أنه "يُعفى من العقوبات المقررة للجرائم المشار إليها في هذا الباب كل من بادر ممن الجناة بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية قبل البدء في تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق، ويجوز للمحكمة الإعفاء من العقوبة إذا حصل البلاغ بعد تمام الجريمة وقبل البدء في التحقيق، ويجوز لها ذلك إذا مكن الجاني في التحقيق السلطات من القبض على مرتكبي الجريمة الآخرين أو على مرتكبي جريمة أخرى مماثلة لها في النوع والخطورة".

وإذا كان المشرع قد قرر بموجب نص المادة سالفة الذكر وجوب أو جواز - حسب الأحوال - إعفاء الجاني في بعض الجرائم من العقاب في حالة الإبلاغ عن هذه الجريمة، وذلك حرصاً من المشرع على منع هذه الجريمة قبل ارتكابها أو الكشف عنها بعد ارتكابها، وهناك رأي في الفقه يقول - وبحق - أنه من باب أولى ضرورة تفعيل قاعدة عدم الإفصاح عن شخصية المبلغ إذا كانت ظروف الحال تقتضي ذلك، وخاصة أن بعض الجرائم ذات طبيعة خاصة ويقدم على ارتكابها جماعات إجرامية منظمة، الأمر الذي قد يكون من شأنه تعريض حياة المبلغ للخطر في حالة الكشف عن شخصيته، علاوة على ما يمثله ذلك من حافز إضافي للتبليغ عن هذه النوعية من الجرائم<sup>(٢)</sup>. وقد قضى بأن شرط الإعفاء من العقوبة في جريمة تقليد أوراق العملة أن يكون الجاني قد أرشد عن معرفه من باقي الجناة<sup>(٣)</sup>.

- 
- (١) الجريدة الرسمية - العدد ١٨ مكرر في ٩ مايو سنة ٢٠١٠م.
  - (٢) د. رفعت رشوان - التحري والاستدلال عن جرائم الاتجار في البشر - مرجع سابق ص ٤٧.
  - (٣) الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٢١ ق جلسة ٢٢/٥/١٩٥١م .

## المطلب الثاني

### الحفاظ على مسرح الجريمة وسرعة ضبط الجناة

أولاً: حق المجني عليه في الحفاظ على مسرح الجريمة :

لاشك أن مسرح الجريمة له دلالة على أن الجريمة قد وقعت بالفعل أم لا، أو أنها جريمة جنائية أم لا تشكل جريمة، وقد يلجأ بعض الأشخاص في الإبلاغ عن تعرضه لجريمة معينة لإخفاء جريمة أخرى قام هو بارتكابها<sup>(١)</sup>.

كما أن من أهم الإجراءات التي تقوم بها أجهزة الشرطة عند وقوع الجريمة لحماية حقوق المجني عليه هو سرعة الانتقال إلى مسرح الجريمة ومعاينته وإثبات ما فيه، والهدف الأساسي من المحافظة على مسرح الجريمة وتأمينه وبقاؤه على حالته دون أي عبث أو تغيير يؤدي إلى فشل إجراءات إثبات الجريمة والكشف عن الجناة .

يبدأ دور خدمات علم التحليل الجنائي في مسرح الجريمة لحماية حقوق المجني عليه عن طريق استبانة الأدلة المادية واستخراجها، ثم ينتقل إلى تحليل هذه الأدلة وتقييم النتائج في المختبر، وتقديم ما تسفر عنه هذه العملية إلى القضاة ووكلاء النيابة العامة والمحامين وسواهم ممن يحتاجون إلى المعلومات الواقعية<sup>(٢)</sup>.

العبث بمسرح الجريمة يؤدي إلى فشل إجراءات إثبات الجريمة، ومن ثم صعوبة حماية حقوق الضحايا من الجريمة<sup>(٣)</sup> .  
ومسرح الجريمة يتيح تحديد مكان ارتكاب الجريمة، فعلى سبيل المثال

(١) د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي-الشرطة وحقوق ضحايا الجريمة-دار الفجر للنشر والتوزيع ٢٠٠٣م ص ٥٨.

(٢) قسم المختبر والشؤون العلمية - مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة فيينا - مسرح الجريمة والأدلة المادية، توعية الموظفين غير المتخصصين في التحليل الجنائي - الأمم المتحدة نيويورك ٢٠٠٩- ص ٤.

(٣) عميد د. محمد محمد محمد عنب - معاينة مسرح الجريمة - المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب - الرياض ١٩٩١ م ص ٢٢.

العثور على جثة داخل سيارة وعليها آثار أترية أو مخلفات زراعية يدل على أن مسرح الجريمة هو غير المكان الذي تم اكتشاف الجريمة فيه، وأيضاً يمكن أن يحدد وقت ارتكاب الجريمة كأن تكون المصابيح مضاءة نهاراً فهذا يدل على أن الجريمة قد وقعت ليلاً<sup>(١)</sup>.

ويبدأ التوثيق مع وصول أول شخص إلى مسرح الجريمة ؛ ويتم تسجيل مسرح الجريمة بالوضع التي شوهد فيها لأول مرة، باستخدام وسائل ملائمة كالملاحظات والصور الفوتوغرافية والفيديو والرسوم والقياسات، ويشمل هذا التسجيل بيان وقت الوصول إلى مسرح الجريمة ووضع الأبناب والنوافذ والظلال والروائح وآثار الأنشطة ؛ ويسجل أيضاً أي شخص موجود في مسرح الجريمة وأي شخص يدخل إليه أو يخرج منه، وأي تغييرات تحدث نتيجة نشاط يضطلع به أو تتم ملاحظته. وبمجرد العثور على دليل مادي، يُوثق هذا الدليل تفصيلاً قبل نقله من مكانه أو استخراجه<sup>(٢)</sup>.

فالمهمة الأساسية لرجل الشرطة في مسرح الجريمة هي جمع أكبر قدر من الحقائق التي تستخدم لتحقيق هدف رئيس هو حماية حق المجني عليه تجاه الجاني، فيمكن التعرف على شخصية الجاني من مسرح الجريمة، ومعرفة إذا ما كانوا أكثر من جان، كما يمكن أيضاً تحديد مكانه، وتقديم الأدلة التي تؤكد ارتكابه للجريمة، هذه العناصر تعتمد أساساً على الموضوعية العلمية لتحديد إدانة أو براءة الجاني، وتساهم في إعادة سيناريو لوقائع الجريمة وتمكن من التأكد من صحة الشهادات والتصريحات<sup>(٣)</sup>.

(١) د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الشرطة وحقوق ضحايا الجريمة -

مرجع سابق ص ٥٩.

(٢) قسم المختبر والشؤون العلمية - مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة فيينا - مسرح الجريمة والأدلة المادية، مرجع سابق - ص ١٢.

(٣) د. نجيم مزيان - أهمية مسرح الجريمة في كشف غموض الحوادث الإجرامية- من موقع

<http://www.nadorcity.com/a36341.html>

أن المعاينة في مسرح الجريمة يؤكد حدوثها، بالرغم من انتقال الجاني بجسم الجريمة إلى مكان آخر لتضليل رجال الشرطة، كأن يتم العثور على آثار دماء في مكان معين يدل على وقوع الجريمة في هذا المكان حتى ولم يتم العثور على الجثة في نفس المكان. ومن هنا يمكن القول أن عمل رجال الشرطة في المحافظة على مسرح الجريمة ومعاينته ورفع الأدلة الموجودة فيه، يدل دلالة قاطعة على حماية حقوق المجني عليه وكذا الضحايا من تلك الجريمة.

ثانياً : حق المجني عليه في سرعة ضبط الجناة:

نصت المادة (٢١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه " يقوم مأمورو الضبط القضائي بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى. " ؛ ومن هذا تتضح أهمية دور رجل الشرطة في حماية ضحايا الجريمة، وذلك عندما يتم القبض على المتهم ومعاقبته، يتيح فرصة كبيرة للضحايا للحصول على تعويض من الجاني، بالإضافة إلى الحالة النفسية التي تهدأ بمجرد القبض على الجاني ومحاكمته وتوقيع العقوبة عليه .

ضبط الجاني غاية القصاص زجراً له وردعاً لغيره من ارتكاب الجريمة، وحماية لحقوق المجني عليه وضحايا الجريمة، فالقصاص فهو من الوسائل التي اقترتها الشرائع بأهميتها الملحة وضرورتها في الحد من الجريمة. ومكافحتها ووقاية المجتمع من شروها ؛ فسرعة ضبط أي شخص يرتكب عمل إرهابي - على سبيل المثال - يحقق الردع والزجر لغيره، وحماية لحقوق ضحايا هذا العمل الإرهابي، ومن ثم حماية لأفراد المجتمع من الجريمة، وكذا حمايتهم من أن يكونوا جناة مرتكبي الجرائم<sup>(١)</sup>.

وقيام رجال الشرطة بسرعة ضبط الجناة له أهميته بالنسبة للتحقيق والاثام، حيث تستقيم أمام المحقق طرق التحقيق وتعتبر

---

(١) د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ١٠٢.

الاستدلالات حجر الزاوية للاتهام، مما تكفل حقوق ضحايا الجريمة  
لكون هذه الاستدلالات يتوقف عليها السير في الدعوى أو حفظها .  
ثالثاً : الإدعاء المدني للمضروب من الجريمة في مرحلة جمع  
الاستدلال :

تمر الدعوى الجنائية بعدة مراحل، وطبقاً لنص المادة (٢٧)  
من قانون الإجراءات الجنائية أنه لكل من يدعي حصول ضرر له من  
الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية في الشكوى التي يقدمها إلى  
النيابة العامة، أو أحد مأمور الضبط القضائي .  
ولا يعتبر الشاكي مدعياً بحقوق مدنية إلا إذا صرح بذلك في  
شكواه أو في ورقة مقدمة منه بعد ذلك، حسب نص المادة (٢٨) من  
ذات القانون، وتكون العبارات الواردة في هذه الورقة عبارات صريحة  
بالمطالبة بحقوقه المدنية؛ ويقصد به أيضاً البلاغ الذي يتقدم به  
المضروب من الجريمة إلى السلطات المختصة مطالباً فيه بالتعويض؛  
فإذا كانت الشكوى أو البلاغ من المضروب مقدمة إلى أحد مأموري  
الضبط القضائي وجب عليه إرسالها إلى النيابة العامة مع محضر جمع  
الاستدلال الذي يحرره<sup>(١)</sup>.

## البحث الثاني

### حماية ضحايا الجريمة

#### في مرحلة التحقيق الابتدائي

تمهيد:

للنيابة العامة دور هام في حماية ضحايا الجريمة، فقد نصت  
المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أن تختص  
النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع  
من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون، كما نصت المادة (٢١)  
من قانون السلطة القضائية على أنه تمارس النيابة العامة  
الاختصاصات المخولة لها قانوناً.

(١) د. محمد عيد الغريب - الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة - بدون ناشر -  
١٩٩٥ م ص ١٨٤.

كما نصت المادة الثانية من التعليمات القضائية للنيابات تحت عنوان وظيفة النيابة العامة على أنه " تختص النيابة العامة أساساً - دون غيرها - بتحريك الدعوى الجنائية، وذلك بإجراء التحقيق بنفسها أو بمن تتدبه لذلك من مأموري الضبط القضائي أو يطلب ندب قاض للتحقيق أو بتكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة الجنائية المختصة لمحاكمته".

فإن المشرع قد خرج عن القاعدة العامة، فقد أورد قيوداً تحد من حرية النيابة العامة في هذا الصدد، ومؤدى ذلك أن النيابة العامة لا تملك مباشرة سلطاتها التقديرية في ملائمة تحريك ورفع الدعوى إلا بعد زوال تلك القيود<sup>(١)</sup>.

وحماية حقوق هؤلاء الضحايا في مراحل الإجراءات الجنائية إنما هي مسألة بالغة الدقة، ومع ذلك فهي واجبة وشديدة اللزوم، وبخاصة إذا اتصلت بواجب النيابة العامة ودورها في تلك المراحل الاجرائية، فالنيابة العامة هي الجهة التي تهيمن على الدعوى الجنائية خلال مرحلة التحقيق الابتدائي؛ فهي تستطيع تقديم الحماية اللازمة لضحايا هذه الجرائم، وذلك من خلال تمثيل المجني عليه كأحد أفراد المجتمع في كافة مراحل الدعوى الجنائية. وذلك أيضاً من خلال الإشراف الجيد والفعال على مأمور الضبط القضائي أثناء قيامه بجمع الاستدلالات وتحرير المحضر الذي يثبت به كل ما يقوم به<sup>(٢)</sup>.

(١) حيث تضمنت المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية، عدم جواز رفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجني عليه أو وكيله الخاص إلى النيابة العامة، أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد ١٨٥، ٢٧٤، ٢٧٧، ٢٧٩، ٢٩٢، ٢٩٣، ٣٠٣، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨ من قانون العقوبات، وكذلك في الأحوال التي ينص عليها القانون.

(٢) نصت المادة (١٣) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أن توضع الشرطة القضائية في كل محكمة من محاكم الاستئناف تحت إشراف النائب العام وتحت إشراف غرفة التحقيق وفقاً للمادة (٢٢٤) التي نصت على أن تمارس غرفة التحقيق السيطرة على أنشطة موظفي الخدمة المدنية وأفراد الجيش والضباط وأفراد الشرطة القضائية بصفتهم تلك.

ثم التصرف بحكمة في التحقيق سواء بتقرير حفظ الدعوى أو التصرف بأن لاوجه لإقامة الدعوى، أو أمر الإحالة وقرار الاتهام، ومتابعة جلسات المحاكمة، وحسن التعامل مع ضحايا هذه الجرائم وتعريفهم بحقوقهم القانونية أثناء التحقيق والمحاكمة<sup>(١)</sup>.

لم يضع المشرع المصري تعريفاً محدداً للتحقيق الابتدائي، واقتصر على الإشارة إليها في أكثر من نص وخاصة فيما يتعلق باعتبارها من الإجراءات القاطعة للنقاد، ولكن يمكن تحديد المقصود من التحقيق الابتدائي بأنه البحث من أجل الوقوف على حقيقة أمر ما<sup>(٢)</sup>.

وسوف نتناول هذا الدور الهام والرئيس في الدعوى الجنائية لحماية ضحايا الجريمة من خلال التعرض حق المجني عليه في الشكوى والتنازل عنها في مطلب أول ؛ ثم نتناول حق المضرور من الجريمة في الإدعاء المدني في مطلب ثان، وذلك على النحو التالي :

**المطلب الأول : حق المجني عليه في الشكوى والتنازل عنها.**

**المطلب الثاني : حق المضرور من الجريمة في الإدعاء المدني.**

---

= Article 13، La police judiciaire est placée، dans chaque ressort de cour d'appel، sous la surveillance du procureur général et sous le contrôle de la chambre de l'instruction conformément aux articles 224 et suivants. Modifié par LOI n°2009-971 du 3 août 2009 - art. 3.

Article 224، La chambre de l'instruction exerce un contrôle sur l'activité des fonctionnaires civils et des militaires، officiers et agents de police judiciaire، pris en cette qualité. Modifié par Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 - art. 83 JORF 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001

(١) د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ١٨٩.

(٢) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ٥٨٩، د. أمين مصطفى محمد - قانون الإجراءات الجنائية التحقيق الابتدائي والمحاكمة - دار المطبوعات الجامعية ٢٠١٢م ص ٤.

## المطلب الأول

### حق المجني عليه في الشكوى والتنازل عنها

تمهيد:

يتجلى تأكيد حق المجني عليه في الشكوى والتنازل عنها واضحاً في تقرير الحماية الجنائية لهذا الحق من قبل المشرع في نصوص القانون، وسوف نتناول حق المجني عليه في الشكوى في فرع أول، وحقه في التنازل عن الشكوى في فرع ثانٍ، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول حق المجني عليه في الشكوى

الفرع الثاني حق المجني عليه في التنازل عن الشكوى

### الفرع الأول

#### حق المجني عليه في الشكوى

نصت المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "لا يجوز أن تُرفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفوية أو كتابية من المجني عليه أو وكيله الخاص إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد ١٨٥، ٢٧٤، ٢٧٧، ٢٧٩، ٢٩٢، ٢٩٣، ٣٠٣، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨ من قانون العقوبات، وكذلك في الأحوال التي ينص عليه القانون .

يمثل حق المجني عليه في تقديم الشكوى إلى النيابة العامة قيداً على سلطتها في الاستئثار بتحريك الدعوى الجنائية، فهو ضماناً للمجني عليه في مواجهة أفراد النيابة العامة بهذه السلطة<sup>(١)</sup>؛ وهنا يجب التمييز بين أمرين الأول: حق المجني عليه في الشكوى في الجرائم التي لا يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها إلى هذه الشكوى،

(١) مؤيد محمد علي القضاة، مأمون محمد سعيد أبو زيتون - حقوق المجني عليه في مواجهة أفراد النيابة العامة بسلطة تحريك الدعوى الجنائية - دراسة مقارنة - المجلة الدولية للقانون . Alqudah MM. International . Review of Law : Vol 2017 1,4. P.5 . <http://dx.doi.org>



فهنا لا تُعد الشكوى قيداً على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية ؛ الأمر الثاني : حق المجني عليه في الشكوى في الجرائم التي يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها إلى هذه الشكوى، فهنا يظهر القيد الوارد على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية ؛ فلا يمكن لها تحريك الدعوى الجنائية رغم أنها ترى ملائمة ذلك<sup>(١)</sup>.

لذا غل المشرع يد النيابة العامة من تحريك الدعوى الجنائية، وترك ذلك بناءً على تقدير المجني عليه لأنه أقدر من النيابة العامة على تقدير ملائمة اتخاذ الإجراءات الجنائية<sup>(٢)</sup>، فنجد أن الشكوى تُعد قيداً على النيابة العامة في النظام الاتهامي، ولكنها تُعد تأكيداً للنظام الفردي حيث لا تتصل بعض الجرائم إلى علم القاضي إلا بعد تقديم الشكوى من المجني عليه<sup>(٣)</sup>.

### حق المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية:

تعتبر الشكوى عن إرادة المجني عليه في أن تتخذ الإجراءات الجنائية التي تنشأ عن الجريمة، فجوهر الشكوى هي إرادة المجني عليه التي تتجه إلى إنتاج الآثار الإجرائية لها، وهي تحريك الدعوى الجنائية، أو أنها إعلام المجني عليه للسلطة المختصة خلال مدة معينة، أن جريمة معينة قد لحقت به ويطلب منها بمقتضاه تحريك الدعوى الجنائية ضد الجاني<sup>(٤)</sup>.

في حالة عدم تقدم المجني عليه بالشكوى يؤدي بالضرورة إلى إعاقة تحريك الدعوى الجنائية، فلا تملك النيابة العامة تحريكها، بينما

(١) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ١١٢.

(٢) نقض في ٧ مارس سنة ١٩٦٧ - مجموعة أحكام محكمة النقض - س ١٨ - رقم ٦٨ - ص ٣٣٤.

(٣) د. محمود محمود مصطفى - حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية في الشريعة والقانون - مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - كلية حقوق المنصورة - العدد الثاني ١٩٨٧م - ص ٢٤.

(٤) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - حق الدولة في العقاب - دار الهدى للطبوعات الطبعة الثانية ١٩٨٥م ص ٢٨٢.

في حالة التقدم بالشكوى فللنيابة العامة الحرية في تحريك الدعوى الجنائية فلها أن تحفظ الأوراق قبل التحقيق فيها، أو إجراء الاستدلالات فيها، حيث أنها في هذه الحالة تسترد سلطتها الأصلية<sup>(١)</sup>.

وكان هو الشأن في القانون الفرنسي - في الأصل - حيث نصت المادة ١/٤٠ من قانون الإجراءات الجنائية على اختصاص النيابة العامة بتلقي الشكاوى والبلاغات وتقدير الإجراءات التي ينبغي اتخاذها بشأنها، لهذا فإن عدم تقدم المجني عليه بشكوى أو تنازله عن شكواه بعد تقديمها لا يحول دون استعمال النيابة العامة سلطتها في تحريك الدعوى الجنائية<sup>(٢)</sup>.

بالرغم من ذلك، فقد استثنى المشرع الفرنسي - من الأصل - دور المجني عليه في إعاقة تحريك الدعوى الجنائية في بعض الجرائم - كما فعل المشرع المصري - وذلك باشتراط تقديم شكوى أو طلب منه، وقد قضى بأنه إذا لم يتقدم المجني عليه بالشكوى أو الطلب، فلا تستطيع النيابة العامة تحريك الدعوى، فإذا قامت بتحريكها تصبح جميع إجراءاتها باطلة<sup>(٣)</sup>.

ويسلم المشرع أن جرائم الشكوى ما هي إلا جرائم تمس المجتمع لما فيها من إخلال بالأمن الاجتماعي، ولكنها في نفس الوقت تتأذى بها مصالح المجني عليه وأحيانا أولاده، ومن ثم يجب رضاء

---

(١) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ١٣٤.

(2) Article 40 : Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. Modifié par Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 74 JORF 10 mars 2004

(3) Cass.Crim, 24 avril, 1948, Bull. Crim.114.

المجني عليه عن تحريك الدعوى الجنائية، كما هو الحال في معظم جرائم الشكوى مثل جريمة زنا الزوجية، أو جريمة السرقة بين الأزواج أو بين الأصول والفروع؛ أو أن المجني عليه يرى عدم ملائمة تحريك الدعوى الجنائية للحفاظ على سمعته واعتباره هو شخصياً وليس بالنسبة لشخص المتهم؛ ففي هذه الجرائم يغلب المشرع المصلحة الخاصة بالمجني عليه على المصلحة العامة التي توجب على الدولة إقرار سلطتها في عقاب كل من يخرج على النظام الاجتماعي ويرتكب الجريمة<sup>(١)</sup>.

كما يشترط لصحة التوكيل بالشكوى أن يكون خاصاً، أي أن تحدد فيه الواقعة التي تقوم بها الجريمة موضوع الشكوى، ويرتبط بذلك أن يكون التوكيل لاحقاً على الجريمة، ويترتب على ذلك أنه لا محل في الشكوى لتوكيل عام، ولا يقبل توكيل خاص توقعاً لجريمة ترتكب في المستقبل، ذلك أن استعمال الحق في الشكوى يفترض تقديراً لظروف الجريمة ومدى ملاءمة الشكوى. لما كان ذلك، وكانت المادة (٣) من قانون الإجراءات الجنائية تضع قيداً على حق النيابة في تحريك الدعوى العمومية بجعله متوقفاً على تقديم الشكوى من المجني عليه أو من وكيله الخاص في الفترة المحددة بتلك المادة<sup>(٢)</sup>.

**الخلاف الفقهي حول حق المجني عليه في الشكوى:**

اختلفت آراء الفقهاء حول اعتبار حق شكوى المجني عليه قيد على النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية، فمنهم من أيد هذا الحق وقال بضرورة التمسك به، ومنهم من عدم جدوى هذا الحق للمجني عليه وطالب بإلغائه<sup>(٣)</sup>.

- 
- (١) د. فوزية عبد الستار - الإدعاء المباشر - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية ١٩٩٦م ص ٩٤.
  - (٢) الطعن رقم ٤٣٦٥ لسنة ٧٠ قضائية جلسة ٢٠٠٨/٧/١٩ ص ٣٣٦ ق ٦١.
  - (٣) د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - النيابة العامة وحقوق ضحايا الجريمة - دار الفجر للنشر ٢٠٠٣م ص ١٣.

• الرأي المؤيد لحق المجني عليه في الشكوى:

فيرى الرأي المؤيد لهذا الحق في الشكوى للمجني عليه، أن هذا يحقق مصلحة المجني عليه باعتبار الشكوى وسيلة تمكنه من مواجهة سلطة النيابة العامة واستئثارها بتحريك الدعوى الجنائية، فلا يمكن منحها سلطة مطلقة في ملاحقة الجاني أو عدم ملاحقته دون الأخذ في الاعتبار لرغبة المجني عليه أو مصلحته في ذلك؛ فهذا القيد على سلطة النيابة العامة يخفف من حدة إطلاق هذه السلطة في التحريك التلقائي للدعوى الجنائية؛ فقد تتأذى مصلحة المجني عليه من ملاحقة الجاني ومعاقبته في الحالات التي تربطه بالجاني علاقة، كالعلاقة بين الأصول والفروع أو الزوج والزوجة. فالمجني عليه أفضل من يقدر حجم الاعتداء ومدى ملاحقة الجاني من عدمه؛ لذا يكون تقرير حق الشكوى للمجني عليه كقيد على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية إحدى وأهم الوسائل التي تحقق الحماية لحقوق ضحايا الجريمة<sup>(١)</sup>.

• الرأي المعارض لحق المجني عليه في الشكوى:

أما الرأي الذي عارض منح هذا الحق للمجني عليه، استند إلى أن ربط تحريك الدعوى الجنائية بشكوى يتقدم بها المجني عليه لا يحقق مصلحته، بل قد تلحق به ضرراً جسيماً، عندما لا يستطيع المجني عليه تقديم شكواه للجهات التي حددها المشرع في القانون، وذلك لأسباب عديدة منها خوفه من الجاني في حالة السرقة بين الأصول والفرع، أو خوف المجني عليه من الفشل في إثبات الجريمة فيؤدي به ذلك إلى التعرض لجريمة البلاغ الكاذب، وقد يكون هذا الحق يفتح المجال للمجني عليهم بابتزاز الجناة في الحالات التي تكون أهلية المجني عليه لا تسمح له باتخاذ أية إجراءات، ويكون ذلك بإرادة

(١) د. عادل محمد الفقي - حقوق المجني عليه في القانون الوضعي مقارناً بالشرعية الإسلامية - رسالة دكتوراة - كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٤م ص ١٠٥.

الولي أو الوصي أو القيم ؛ ذلك بالإضافة أن يفتح ذلك الباب لإفلات بعض الجناة من العقاب في الحالات التي يعجز فيها المجني عليه عن تقديم الشكوى<sup>(١)</sup>.

### نطاق جرائم الشكوى:

طبقاً لما نصت عليه المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى في الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات في المواد (١٨٥) والمتعلقة بقذف موظف أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة؛ والمادة (٢٧٤) والخاصة بزنا الزوجة؛ والمادة (٢٧٧) المتعلقة بزنا الزوج في منزل الزوجية؛ والمادة (٢٧٩) بشأن ارتكاب أمر مخل بالحياة مع امرأة ولو في غير علانية؛ والمادة (٢٩٢) الخاصة بامتناع الوالدين أو الجدين عن تسليم الولد الصغير إلى من له الحق في طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضائته أو حفظه أو اختطاف أحدهم الولد ممن له الحق في حضائته وحفظه؛ والمادة (٢٩٣) بشأن الامتناع عن دفع النفقات الصادرة بها حكم قضائي واجب النفاذ؛ والمادة (٣٠٣) المتعلقة بالقذف؛ والمادة (٣٠٦) المتعلقة بالسب العلني؛ والمادة (٣٠٧) المتعلقة بجرائم النشر؛ والمادة (٣٠٨) المتعلقة بالعيب أو الإهانة أو القذف أو السب طعنأ في عرض الأفراد وخذشأ بسمعة العائلات؛ والمادة (٣١٢) بشأن السرقة إضراراً بالزوج أو الأصل أو الفرع.

والمروق من سلطة الأب أو الولي أو الوصي أو من له سلطة الأم في حالة وفاة الولي أو الوصي أو عدم أهليته، وذلك بالنسبة للأحداث، فقد جاء بالبند رقم (١١) من المادة رقم (٩٦) من قانون الطفل أنه " ١١- إذا كان سيء السلوك ومارقأ من سلطة أبيه أو وليه

(١) د. عادل محمد الفقي - المرجع السابق ص ١٠٥.

أو وصيه أو متولي أمره، أو من سلطة أمه في حالة وفاة وليه أو غيابه أو عدم أهليته . ولا يجوز في هذه الحالة اتخاذ أى إجراء قبل الطفل، ولو كان من إجراءات الاستدلال، إلا بناء على شكوى من أبيه أو وليه أو وصيه أو أمه أو متولى أمره بحسب الأحوال<sup>(١)</sup>.

فجميع الجرائم سالفة الذكر يلزم لتحريك الدعوى الجنائية فيها أن يقوم المجني عليه أو من ينوبه بتقديم شكوى شفوية أو كتابية إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي حتى تتخذ إجراءات الملاحقة للجاني<sup>(٢)</sup>. بيد أن القيد الوارد على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية إنما هو استثناء ينبغي عدم التوسع في تفسيره وقصره في أضيق نطاق على الجريمة التي خصها القانون بضرورة تقديم الشكوى دون سواها ولو كانت مرتبطة بها والتي لا تلزم فيها الشكوى.

### حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية:

ينبثق من حق الشكوى مظهراً آخر هو حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية، وهذا يُعد قيداً على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية، فلا تملك هذه السلطة دون رغبة المجني عليه أو من يمثله، عندما تكون الجريمة ضده معلقة على الشكوى، وقد سبق ذكر الجرائم التي لا تملك النيابة العامة سلطة تحريك الدعوى الجنائية فيها دون رغبة المجني عليه، ومنها جرائم القذف على سبيل المثال<sup>(٣)</sup>، وقد زيل المشرع نص المادة الثالثة بعبارة "وكذلك في الأحوال التي ينص عليه القانون"، وهي عبارة تتسع لجرائم في

(١) قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦م والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨م

(٢) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ١٢٦.

(٣) د. محمود محمد عبد العزيز الزيني - شكوى المجني عليه والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٤م ص ٣٣٤.

نصوص قانونية أخرى قرر لها المشرع أن لا تحرك النيابة العامة إلا بناء على رغبة المجني عليه أو من يمثله بتقديم الشكوى، وحسناً فعل المشرع المصري حيث جعل النص يستوعب صوراً جديدة لأي جرائم يراها من جرائم الشكوى .

لكن المشرع لم يترك هذا الحق للمجني عليه مطلقاً، بل حدد فترة معينة من يوم علمه بالجريمة فقرر أنه لا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة، ومركبها ما لم ينص القانون على غير ذلك، ويشترط في هذا العلم أن يكون يقيناً بالجريمة ومركبها، ولا يحتسب يوم العلم من مدة الثلاثة شهور المذكورة ؛ وقد جعل المشرع من مضي هذه المدة من تاريخ العلم بالجريمة وبمركبها قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس بما قدره من سكوت المجني عليه هذه المدة يُعد بمثابة نزول عن الشكوى لأسباب ارتأها، حتى لا يتخذ من حق الشكوى إذا استمر أو تأبى سلاحاً للتهديد أو الابتزاز أو النكايه<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### حق المجني عليه في التنازل عن الشكوى

يؤدي التنازل عن الشكوى إلى انقضائها، وذلك كقاعدة عامة وفقاً للمادة العاشرة من قانون الإجراءات الجنائية، والتي تنص على أنه " لمن قدم الشكوى أو الطلب في الأحوال المشار إليها في المواد السابقة وللمجني عليه في الجريمة المنصوص عليها في المادة (١٨٥) من قانون العقوبات وفي الجرائم المنصوص عليها في المواد (٣٠٢، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨) من القانون المذكور إذا كان موظفاً عاماً أو شخصاً ذا صفة نيابية عامة أو مكلفاً بخدمة عامة وكان ارتكاب الجريمة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة أن يتنازل عن

(١) الطعن رقم ٢١٢١٩ لسنة ٥٩ جلسة ١١/٢٩/١٩٩٤ س ٤٥ ص ١٠٣٥ ق ١٦٢.

الشكوى أو الطلب في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي وتتقضي الدعوى الجنائية بالتنازل".

جرائم السب من الجرائم التي لا تجوز أن يرفع الدعوى الجنائية فيها إلا بناء على شكوى من المجني عليه، و لمن قدم الشكوى أن يتنازل عنها في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي وتتقضي الدعوى الجنائية بالتنازل طبقاً للمادة (١٠) من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم ٤٤١ لسنة ١٩٥٤<sup>(١)</sup>.

الشكوى تصرف قانوني من قبل المجني عليه فقط صاحب الحق في الشكوى، والذي ينبثق منه حقه في التنازل عن الشكوى<sup>(٢)</sup>، فهو تصرف قانوني كذلك يعبر عن إرادته في وقف الأثر القانوني لشكواه، وهو وقف السير في الدعوى الجنائية السابق الشكوى عنها .

نلاحظ أن أثر تنازل المجني عليه عن شكواه يمتد خلال الدعوى الجنائية ويقف هذا الحق عند صدور حكم نهائي الذي يُنهي الدعوى الجنائية، فلا يستطيع المجني عليه استخدام هذا الحق بعد صدور الحكم النهائي في الدعوى<sup>(٣)</sup>، فلا يمتد أثر التنازل بعد صدور هذا الحكم؛ بينما يكون للمجني عليه التنازل في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية مادامت قيد المحاكمة، ولا يجوز الرجوع فيه ولو كان ميعاد الشكوى مازال ممتداً لأنه من غير المستساغ قانوناً العودة للدعوى الجنائية بعد انقضائها إذ الساقط لا يعود، فإن الدعوى الجنائية

(١) الطعن رقم ٧٠٢ لسنة ٢٥ قضائية جلسة ١١/٢١/١٩٥٥ ص ٦ ع ٢٤  
ص ١٣٧٤ ق ٤٠٢

(٢) د. حسنين عبيد - شكوى المجني عليه - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - كلية الحقوق جامعة القاهرة - العدد الثالث من السنة الرابعة والأربعين عام ١٩٧٤ ص ١٠٢.

(٣) د. سعود محمد موسى - مرجع سابق ص ٥٤٠.



في الواقعة المطروحة تكون قد انقضت بالتنازل عنها قبل رفعها من النيابة العامة دون أن ينال من الانقضاء اللاحق لحصوله<sup>(١)</sup>.

ويرى الباحث أن يمتد حق المجني عليه في التنازل عن الشكوى إلى ما بعد صدور حكم نهائي في الدعوى الجنائية كما قرر المشرع في المادة (٢٧٤) من قانون العقوبات إلى تنفيذ العقوبة، فيمكنه وقف تنفيذ العقوبة بشرط رضائه معاشرتها له كما كانت، وكما أن الدعوى تنقضي بالتنازل تنقضي العقوبات أيضاً بهذا التنازل.

### التطبيق على جريمة الزنا:

نصت المادة (٢٧٤) من قانون العقوبات على أن "المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضاها معاشرتها له كما كانت؛ لا تخرج هذه الجريمة بوجهها لوجوه عن هذه القاعدة العامة المتعلقة بالتنازل، إلا أنه توجد بعض الأحكام الخاصة بتلك الجريمة، فقد رأى المشرع أن هذه الجريمة تتصل اتصالاً كبيراً بكيان الأسرة الاجتماعي، وأنه ليس من الملائم أن تخضع تلك الجريمة للقواعد العامة للتنازل عن الشكوى بصفة عامة، ولكن يجب أن تتميز بأحكام خاصة لما لها من أهمية كبيرة من الناحية الاجتماعية.

### • صاحب الحق في التنازل عن الشكوى:

لم يعط القانون حق التنازل عن الشكوى لأي شخص، ولكنه اشترط أن يكون هو المجني عليه في الجريمة، وفي جريمة الزنا فإن المجني عليه كقاعدة عامة هو الزوج المثلوم شرفه، فهو وحده صاحب الحق في تقديم التنازل عن رغبته في عدم اتخاذ أي إجراء قانوني ضد زوجته في تلك الجريمة<sup>(٢)</sup>، والتي كان قد سبق وتقديم بشكواه من قبل

(١) الطعن رقم ١٩٣١٩ لسنة ٦٦ قضائية جلسة ٢٩/٩/٢٠٠٢ س ٥٣ ص ٩٠٠ ق ١٤٩. والطعن رقم ١٠٤٤٥ لسنة ٦٤ قضائية جلسة ٩/٣/٢٠٠٠ س ٥١ ص ٢٦٨ ق ٥٠.

(٢) د. محمد محمود سعيد - حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي ١٩٨٢ م ص ٣٤٣.

ضده، ومع ذلك فإنه يجوز للزوج الذي لا يملك تقديم الشكوى لعدم أهليته لذلك، يجوز أن يقدمها بدلاً عنه من يمثله قانوناً، فإن هذا الأخير يملك أيضاً التنازل عن هذه الشكوى، كما نرى أنه في الحالة التي تقوم النيابة العامة في تمثيل الزوج المجني عليه، يجوز لها تقديم التنازل عن الشكوى حتى وإن كانت قد قدمتها عنه من قبل.

بيد أنه لا يجوز التنازل من وكيل الزوج المجني عليه بوكالة عامة أو حتى إذا كان هو الذي قدم الشكوى بتوكيل خاص، إذ يجب صدور توكيل خاص آخر للتنازل عن هذه الشكوى أو أي شكوى أخرى طالما كانت محددة في التوكيل هذا، ولا يشترط في نظرنا ضرورة قيام علاقة الزوجية وقت تقديم التنازل، إذ إنه لم يرد في القانون ما يحظر ذلك، ونحن نؤيد في ذلك ما ذهب إليه البعض في هذا الشأن.

#### • مدى حق الأبناء في التنازل عن الشكوى :

الأصل أن حق التنازل عن الشكوى حق شخصي لا يقبل التوارث، فلا يجوز لغير المجني عليه في الجريمة التي تتطلب شكوى أن يقدم تنازلاً عن شكوى تقدم بها المجني عليه، غير أن المشرع رأى أن صدور حكم في دعوى الزنا التي تقدم فيها الزوج المتوفى بشكوى، يمس الأولاد كما يمس الزوج، وقد يهملهم منع صدوره كما كان يهملهم، ولذلك فقد أدخل استثناءً هاماً على قاعدة منع التوارث في حق التنازل عن الشكوى، ونص على جواز التنازل عن شكوى تقدم بها زوج ضد زوجته لتحريك دعوى الزنا قبله، على أن هذا التنازل لا يكون سوى للأبناء فقط<sup>(1)</sup>، وفي هذا تنص المادة الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من قانون الإجراءات الجنائية على أنه " إذا توفي الشاكي فلا ينتقل حقه في التنازل إلي ورثته إلا في دعوى الزنا، فلكل واحد من

(1) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ١٣٣.

أولاد الزوج الشاكي من الزوج المشكو منه أن يتنازل عن الشكوى وتنقضي الدعوى".

### • مدة التنازل عن الشكوى:

الأصل أنه يجوز التنازل عن الشكوى المقدمة إلى الجهة المختصة بتحريك الدعوى العمومية في أي وقت من مراحل الدعوى ما لم يصدر فيها حكم نهائي، والمقصود من كون الحكم نهائي أن يكون باتاً، وبالتالي يجوز التنازل عن الشكوى في أي مرحلة ولو لأول مرة أمام محكمة النقض؛ على أنه بالنسبة لجريمة الزنا فقد خرج المشرع عن القاعدة العامة وضمن هذه الجريمة بحكم خاص، ففضيانه للزوج أن يقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها على الزوجة الزانية، وذلك بشرط هام جداً، وهو ما نصت عليه المادة (٢٧٤) من قانون عقوبات بقولها "رضائه معاشرتها له كما كانت" وجعل المشرع حق وقف تنفيذ العقوبة هنا بالنسبة للزوج ضد زوجته الزانية، لذلك تتخذ سلطة الزوج المجني عليه صورة للعفو الخاص عن العقوبة، ومع ذلك لا يقبل من الزوجة طلبها وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها ضد زوجها في جريمة الزنا.

ويرى الباحث أن المشرع قد فرق بين حالتين، الأولى إذا كان من حق الزوج أن يقف تنفيذ العقوبة برضائه معاشرته زوجته، والثانية أنه ليس من حق الزوجة الشاكية وقف تنفيذ العقوبة بشرط رضائها معاشرته لها مرة أخرى؛ لذا نهيب بتدخل المشرع لينص صراحة على حق الزوجة في أن تقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها ضد زوجها الزاني إذ ارضيت معاشرتها له أسوة بحق الزوج الوارد في نص المادة (٢٧٤) عقوبات.

### المطلب الثاني

#### حق المضرور من الجريمة في الإدعاء المدني

نصت المادة (١٩٩) مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يدعي بحقوق مدنية أثناء التحقيق في الدعوى وتفصل النيابة العامة في قبوله بهذه الصفة في

التحقيق خلال ثلاث أيام من تقديم هذا الإيداع، ولمن رفض طلبه الطعن في قرار الرفض أمام محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة خلال ثلاثة أيام تسري من وقت إعلانه بالقرار".

بناءً على ما سبق، يكون لمن أصابه ضرر من الجريمة الإيداع بالحق المدني أمام سلطة التحقيق في مواجهة المتهم، فإذا لم يكن الأخير حاضراً وجب إعلانه بالدعوى المدنية، ومن ثم تفصل النيابة العامة في قبول الإيداع خلال ثلاثة أيام من تقديم هذا الإيداع، فالنيابة لها السلطة التقديرية في قبول الطلب أو رفضه، حيث ترى أن تدخل المضرور بطلبه الإيداع بالحق المدني فيه تعطيل لإجراءات الدعوى الجنائية حيث أوشكت التحقيقات الجنائية على الانتهاء، ومن ثم ترفض طلبه.

ولا يشترط أن يكون قبول الإيداع بالحق المدني بقزار صريح، بل يمكن أن يكون ضمناً بإعطاء المضرور كافة الحقوق المترتبة على هذا الإيداع قانوناً<sup>(١)</sup>، مثل السماح له بحضور إجراءات التحقيق، أو أن تطلب منه النيابة العامة إعلان من يطلبهم للشهادة معه، أما في حالة الرفض - في رأي الباحث - أن يتم إعلان المدعي بالحق المدني صراحة ولا يجوز أن يكون ضمناً فسكوت النيابة العامة عن إعلانه بالرفض، فهذا الموقف السلبي لا يُفسر ضد مصلحة المدعي بالحق المدني، بل يُفسر لصالحه ويعتبر السكوت قبولاً لطلبه الإيداع بالحق المدني.

يتضح من النص السابق أن المشرع قد قصر حق الإيداع المدني على المضرور فقط دون ذكر المجني عليه صراحة، فلا يمنع من أن يكون المضرور من الجريمة شخص آخر غير المجني عليه<sup>(٢)</sup>

(١) د. محمد عيد الغريب - الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة - مرجع سابق ص ١٨٦.

(٢) راجع في هذا البحث ص ٢٥. وأيضاً؛ بالإضافة إلى كون المدعي المدني غير المجني عليه - على سبيل المثال - حالة أبناء المقتول كمدعين مدنيين عما لحقهم من ضرر شخصي بسبب حرمانهم من عائلهم. انظر د. محمد =

؛ بالرغم من أن الحق المراد حمايته من النص عن طريق الإدعاء المدني بصفة استثنائية أمام القضاء الجنائي هو حق المجني عليه في عقاب الجاني، فكان طبيعياً على المشرع أن يخول المجني عليه هذا الحق باعتباره صاحب المصلحة المباشرة في عقاب الجاني.

غالباً ما يكون المجني عليه هو المضرور من الجريمة، فهنا لا تتورأ أية مشكلة فمن حقه الإدعاء بالحق المدني طبقاً لنص المادة (١٩٩) مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية " لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يدعي بحقوق مدنية أثناء التحقيق في الدعوى.."<sup>(١)</sup>.

أما في حالة كون المضرور من الجريمة ليس هو نفس المجني عليه فيها، ففي جريمة الشروع في القتل بإطلاق عيار ناري لا يصيب المجني عليه بضرر، فتحويل المضرور من الجريمة وليس المجني عليه، هذا الحق في الإدعاء المدني يعني تحريك الدعوى الجنائية قد أصبح من حق أفراداً تسعى للحصول على تعويض مالي، بينما الغرض الحقيقي من تقرير المشرع حق الإدعاء المدني أمام القضاء الجنائي هو ضمان توقيع العقاب على الجاني، والذي هو حق المجني عليه فكان من الأحرى تحويل المجني عليه هذا الحق بجانب المضرور من الجريمة، لما أصابه من أزعاج واضطراب كفايين لتمثيل عنصر الضرر<sup>(٢)</sup>، وإن كان المضرور من الجريمة يمكنه

---

=محي الدين عوض - حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية - المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون - القاهرة ١٢-١٤ مارس ١٩٨٩م - دار النهضة العربية ١٩٩٠م الحاشية رقم ٢ص ٢٢.

(١) طبقاً لنص المادة (٧٢) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أنه يجوز لكل شخص متضرر من جريمة الإدعاء مدنياً أمام قاضي التحقيق، وإذا كانت الدعوى العمومية قد تحركت من قبل النيابة العامة أو مدعي مدني آخر في كل وقت أثناء سير التحقيقات، هنا يعتبر الطرف المتدخل أثناء سير التحقيق طرفاً منضمّاً في الدعوى التي أقامها المدعي الأول حيث ترتب آثارها بالنسبة لهم جميعاً.

(٢) د. حسن صادق المرصفاوي - دعوى التعويض أمام المحاكم الجنائية - المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي - القاهرة ١٢-١٤ =

اللجوء إلى القضاء المدني للمطالبة بالتعويض<sup>(١)</sup>.

### حق الإدعاء المدني في الجرائم الإرهابية:

ينشأ عن وقوع الجريمة الإرهابية أضراراً مادية ومعنوية لبعض الأشخاص، سواء أكان المجني عليه نفسه أو المضرور من الجريمة، وقد سبق ذكر أن المشرع قد خوّّل كل من لحقه ضرر من الجريمة أن يدعي بحقوق مدنية أثناء التحقيق في الدعوى، وهذا الإدعاء المدني أمام جهات التحقيق يكون لكل من يدعي حصول ضرر من الجريمة الإرهابية، وذلك في الشكوى التي يقدمها إلى النيابة العامة، وذلك ما نصت عليه المادة (٢٧) من قانون الإجراءات الجنائية، وأيضاً ما نصت عليه المادة (٧٦) من نفس القانون "أنه من لحقه ضرر من الجريمة أن يدعي بحقوق مدنية أثناء التحقيق في الدعوى. ويفصل قاضي التحقيق نهائياً في قبوله بهذه الصفة في التحقيق".

ففي حالة وقوع جريمة إرهابية - كتفجير مكان حيوي أو مسجد أو كنيسة - ونتج عن هذا الحادث إرهابي ضحايا سواء قتلى أو مصابين، فيحق لمن لحق ضرر من تلك الجريمة الإدعاء بالحقوق المدنية أمام جهات التحقيق طبقاً لنص المادة (٧٦) سالف الذكر.

يكتفي في فرنسا لقبول الإدعاء مدنياً أمام قضاء التحقيق أن يدعي المدني إصابته بضرر حال شخصي مباشر من الجريمة دون أن يقدم الدليل على وقوع الجريمة ولا على إصابته منها<sup>(٢)</sup>، والعلّة من هذا الإدعاء المباشر للمضرور من الجريمة الإرهابية، هو إقامة الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء

---

=مارس ١٩٨٩م حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٩٠م ص ٢٨٨.

- (١) مؤيد محمد علي القضاة، مأمون محمد سعيد أبو زيتون - حقوق المجني عليه في مواجهة أفراد النيابة العامة بسلطة تحريك الدعوى الجنائية - مرجع سابق ص ١٤.
- (٢) د. محمد محمود سعيد - حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية - مرجع سابق ص ٤١٢.

الجريمة الإرهابية، فيلزم حدوث ضرراً مفترضاً . وقد خول المشرع المدعي المدني سلطة تحريك الدعوى الجنائية في الجرائم الإرهابية، وهو نفس المركز القانوني المقرر أصلاً للنيابة العامة<sup>(١)</sup>.

يتضح من نصوص قانون الإجراءات الجنائية المتعلقة بالإدعاء المدني في مرحلة التحقيق الابتدائي، إن الأمر وإن تطلب وجود مصلحة في الإدعاء مدنياً يمثل شرطاً لقبول هذا الإدعاء أمام جهات التحقيق، فيجب على هذه الجهات التحقق من توافر شرط المصلحة في الإدعاء بحدوث الضرر من جراء الجريمة الإرهابية التي وقعت، هذا من الاستدلال الظاهري لسأوراق أن للمدعي المدني مصلحة في إدعائه وأنه قد ناله ضرر شخصي من تلك الجريمة<sup>(٢)</sup>.

جاء في المادة (١٩٩) مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية بشأن سلطة النيابة العامة التقديرية في الموافقة على طلب الإدعاء المدني فنصت على أنه "من لحقه ضرر من الجريمة أن يدعي بحقوق مدنية أثناء التحقيق في الدعوى، وتفصل النيابة العامة في قبوله بهذه الصفة في التحقيق خلال ثلاث أيام من تقديم هذا الإدعاء، ولمن رفض طلبه الطعن في قرار الرفض أمام محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة خلال ثلاثة أيام تسري من وقت إعلانه بالقرار".

بناءً على ما سبق فيكون لمن لحقه ضرر من الجريمة الإرهابية الإدعاء بالحق المدني أمام سلطة التحقيق في مواجهة المتهم، فإذا لم يكن حاضراً وجب إعلانه بالدعوى المدنية، ومن ثم تفضل النيابة العامة في قبول الإدعاء خلال ثلاثة أيام من تقديم هذا الإدعاء، فالنيابة لها السلطة التقديرية في قبول الطلب أو رفضه، حيث ترى أن تدخل المضرور بطلبه الإدعاء بالحق المدني فيه تعطيل لإجراءات

(١) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ١٧١.

(٢) د. محمد محمود سعيد - حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية - مرجع سابق ص ٤١٣.

الدعوى الجنائية حيث أوشكت التحقيقات الجنائية على الانتهاء، ومن ثم ترفض طلبه<sup>(١)</sup>.

ولا يشترط أن يكون قبول الإدعاء بالحق المدني بقرار صريح، بل يمكن أن يكون ضمناً بإعطاء المضرور كافة الحقوق المترتبة على هذا الإدعاء قانوناً<sup>(٢)</sup>، مثل السماح له بحضور إجراءات التحقيق، أو أن تطلب منه النيابة العامة إعلان من يطلبهم للشهادة معه، أما في حالة الرفض - في رأي الباحث - أن يتم إعلان المدعي بالحق المدني صراحة، ولا يجوز أن يكون ضمناً، فسكوت النيابة العامة عن إعلانه بالرفض، يُعد هذا الموقف السلبي لا يُفسر ضد مصلحة المدعي بالحق المدني، بل يُفسر لصالحه ويعتبر السكوت قبولاً لطلبه الإدعاء بالحق المدني.

### حق الطعن في الأمر الصادر برفض الإدعاء المدني:

وطبقاً لنص المادة (١٩٩ مكرر) سالف الذكر أنه "ولمن رفض طلبه الطعن في قرار الرفض أمام محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة خلال ثلاثة أيام تسري من وقت إعلانه بالقرار". ففي حالة الإدعاء المدني أمام النيابة العامة، ورفضت الأخيرة قبول طلبه، فله حق الطعن في هذا الأمر أمام محكمة الجناح المستأنفة منعقدة فيغرفة المشورة خلال ثلاثة من وقت إعلانه بالقرار؛ ففي حالة قبول الطعن يكتسب المدعي المدني وكان له الحق في استئناف الأمر بأن لاوجه لإقامة الدعوى في خلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه به طبقاً لما جاءت به المادة (٢١٠) من قانون الإجراءات الجنائية<sup>(٣)</sup>.

- (١) د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ٢٠٤.
- (٢) د. محمد عيد الغريب - الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة - مرجع سابق ص ١٨٦.
- (٣) د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ٢١٩.



أما في التشريع الفرنسي في حالة إصدار جهة التحقيق قراراً بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى أو رفضت إجراء التحقيق، فهي بذلك ترتب ضرراً مباشراً بمصالح ضحايا الجريمة، لذا كان للمدعي المدني أن يستأنف الأمر الصادر من قاضي التحقيق برفض شكواه التي ادعى فيها بحقوق مدنية والأمر الصادر بأن لا وجه لإقامة الدعوى<sup>(١)</sup>. وإذا صدر قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى، فللمدعي بالحق المدني الطعن في هذا القرار ويفصل القضاء من الناحيتين الجنائية والمدنية.

### المبحث الثالث

#### حماية حقوق ضحايا الجريمة في مرحلة المحاكمة

قرر المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية كثيراً من الحقوق لضحايا الجريمة أمام القضاء، منها الحق في الإدعاء بالحقوق المدنية، حسبما نصت المادة (٢٥١) من قانون الإجراءات الجنائية، والحق في الإدعاء المباشر طبقاً لنص المادة (٢٣٢) من ذات القانون، وذلك خلال إجراءات المحاكمة طلباً للتعويض عن الأضرار التي لحقت من الجريمة.

وسوف نتناول هذا المبحث في مطلبين، خصصنا المطلب الأول في حق ضحايا الجريمة في الإدعاء بالحقوق المدنية، ثم نتناول حق ضحايا الجريمة في الإدعاء المباشر في المطلب الثاني، وذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول: حق ضحايا الجريمة في طلب التعويض.**

**المطلب الثاني: حق ضحايا الجريمة أثناء المحاكمة.**

(١) النص باللغة الفرنسية:

Article 186-2 " En cas d'appel contre une ordonnance prévue par l'article 181, la chambre de l'instruction statue dans les quatre mois suivant la date de déclaration d'appel, faute de quoi, si la personne est détenue, elle est mise d'office en liberté. Modifié par LOI n°2016-731 du 3 juin 2016 - art. 59.

## المطلب الأول حق ضحايا الجريمة في طلب التعويض

أولاً : الحق في الإدعاء بالحقوق المدنية:

بمجرد وقوع الجريمة يُعتبر اعتداء على حق المجتمع في أمنه واستقراره، ويتولد عنها حق الدولة في معاقبة مرتكبها جنائياً، وإذا ترتب على الجريمة ضرر بالغير تولد عنها، كذلك حق للمضرور برفع دعوى تعويض، وذلك عن طريق الدعوى المدنية، أي أن الجريمة هي أساس هذه الدعوى المدنية، فله الحق أن يرفعها أمام القضاء المدني المختص أصلاً بنظرها، أو يرفعها أمام القضاء الجنائي ليفصل فيها بالتبعية للدعوى الجنائية<sup>(١)</sup>.

أصبحت المادة (٢٥١) من قانون الإجراءات الجنائية عن ذلك بقولها " لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجنائية " فإذا تبين للمحكمة أن الفعل المنسوب إلى المتهم لا يعتبر جريمة وجب الحكم ببراءة المتهم في الدعوى الجنائية وبعدم الاختصاص بالدعوى المدنية . وقد قضى بأنه متى كان من الواضح مما أثبتته الحكم المطعون فيه أن إخلال المتهم بالتعاقد الذي يدعيه الطاعن لا تتكون به جريمة الغش المرفوعة بها الدعوى، فإن قضاءه بالبراءة اعتماداً على هذا السبب يترتب عليه عدم اختصاص المحكمة بالفصل في الدعوى المدنية<sup>(٢)</sup>.

(١) د. محمد عيد الغريب- الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة - مرجع سابق ص ٥٠.

(٢) الطعن رقم ٢٥٩٧ لسنة ٥٩ قضائية جلسة ١٩٩١/٣/٢٨ س ٤٢ ع ١ ص ٥٣٩ ق ٧٩. وقضى بأن الضرر الذي يصلح أساساً للمطالبة بتعويض أمام المحكمة الجنائية يجب أن يكون ناشئاً مباشرة عن الجريمة ومن ذات الواقعة المطروحة على المحكمة والمطلوب المحاكمة عنها، فإذا كان نتيجة لظرف خارج عن الجريمة ولو متصلاً بواقعتها فلا يجوز المطالبة بتعويض عنه أمام تلك المحكمة لأن قضاءها في الدعوى المدنية استثناء لا يقبل التوسع، ومؤدى ذلك أن المحاكم الجنائية لا يكون لها ولاية الفصل في الدعاوى المدنية إذا كانت محمولة على أسباب غير الجريمة المطروحة أمامها حتى =

لكن المشرع ارتأى وجود علاقة وثيقة بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية، لذلك جعل الاختصاص للقضاء الجنائي في نظر الدعوى المدنية في حالة قيام المضرور برفع الدعوى المدنية لكونه له حق الاختيار بين رفعها أمام القضاء الجنائي أو القضاء المدني<sup>(١)</sup>. ويشترط لاختصاص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجنائية، ضرورة رفع دعوى جنائية عن جريمة وقعت بالفعل، وتم نسبتها إلى المتهم، وأن يكون نشأ عن الجريمة ضرر وهو عنصر خاص في ركن الضرر في الدعوى المدنية التي يختص القضاء الجنائي بنظرها، وهذا العنصر الخاص هو مناط اختصاص القضاء الجنائي بهذه الدعوى<sup>(٢)</sup>.

فالدعوى المدنية التي يتم رفعها أمام القضاء الجنائي هي دعوى تعويض عن الأضرار الناشئة عن الجريمة أي كان نوعها<sup>(٣)</sup>، وهذه الدعوى تكتسب صفات تميزها عن الدعوى الجنائية، حيث أطرافها هم المتهم والمدعي بالحق المدني، وفي بعض الحالات المسئول عن الحقوق المدنية بينما أطراف الدعوى الجنائية هم النيابة العامة والمتهم والمسئول عن الحقوق المدنية إن أدخلته النيابة العامة للحكم عليه بمصروفاتها<sup>(٤)</sup>.

---

يظل القضاء الجنائي بمعزل عن وحدة النزاع المدني ونفادياً من التطرق إلى البحث في مسائل مدنية صرف، وترتيباً على ذلك فإنه لا محل لما يرمي به الطاعنان الحكم المطعون فيه من القصور في التسبب لعدم تصديبه لبحث مدى مسئولية المطعمون ضدهم طبقاً لقواعد المسئولية الشيئية ومسئولية المتبوع عن أعمال تابعه باعتبار أنها من الدعامات التي أقاما عليها دعواهما المدنية. (الطعن رقم ١٢٦٦ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ١٩٧٤/٢/٣ ص ٢٥ ع ١ ص ٨٠).

- (١) د. فوزية عبد الستار - الإدعاء المباشر - مرجع سابق ص ٣.
- (٢) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ٢٠٨.
- (٣) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ٢٥٦.
- (٤) د. محمد عيد الغريب - المرجع السابق ص ١١.

ومن ناحية أخرى، تتميز الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية في أن الأخيرة يُعد السبب في قيامها هو الضرر الناتج عن الجريمة الذي يُخل بالأمن والنظام في المجتمع وسكنته، وبالتالي معاقبة مرتكب الجريمة؛ أما السبب في قيام الدعوى المدنية هو الضرر الذي أحدثته الجريمة ولحق بالمضروب فقط<sup>(١)</sup>، ولا يؤدي بالإخلال بنظام المجتمع وأمنه.

وقد قضت محكمة النقض في حكم لها، الأصل أن ولاية المحاكم الجنائية بالنسبة إلى الحكم بالتعويضات المدنية هي ولاية استثنائية تقتصر على تعويض الضرر الناشئ مباشرة عن الفعل المكون للجريمة المرفوعة بها الدعوى الجنائية ولا تتعداها إلى الأفعال الأخرى غير المحمولة على الجريمة ولو كانت متصلة بالواقعة التي تجرى المحاكمة عنها لانقضاء علة التبعية التي تربط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية<sup>(٢)</sup>.

**الإدعاء بالحقوق المدنية في الجريمة الإرهابية:**

قبل إصدار القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥م بشأن قانون مكافحة الإرهابية، في ظل القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢م الخاص بتعديل بعض

---

(١) من المقرر أنه يكفي في بيان وجه الضرر المستوجب للتعويض أن يثبت الحكم إدانة المخكوم عليه عن الفعل الذي حكم بالتعويض من أجله، وكان الحكم قد أثبت بالأدلة السائغة التي أوردها ارتكاب الطاعن للجرائم التي دانه بها، وهي الفعل الضار الذي ألزمه بالتعويض المدني على مقتضاه، فإن ما يثيره الطاعن في هذا الصدد يكون غير شديد. الطعن رقم ٦٥٢٣ لسنة ٧١ قضائية جلسة ٢٠٠٨/١٠/١٨م.

(٢) الطعن رقم ١٠٩٢ لسنة ٢٩ قضائية جلسة ٢٦ أكتوبر ١٩٥٩م ص ١٠ ص ٨٢٠ ق ١٧٦. وقضي في حكم آخر لا تقضي المحكمة الجنائية في الدعوى المدنية إلا إذا كانت تابعة للدعوى الجنائية ومتفرعة عن ذات الفعل الذي رفعت به الدعوى العمومية، وما دامت ملكية المسروقات لم تثبت للمدعي بالحقوق المدنية، فهو إذن لم يكن الشخص الذي أصابه ضرر شخصي ومباشر من الجريمة، وإذا كانت الدعوى العمومية قد قضى فيها بعدم القبول فقد صح ما قضت به المحكمة من عدم قبول الدعوى المدنية التابعة لها. (الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٢٩ جلسة ١٩٥٩/٣/٣١ ص ١٠ ع ١ ص ٣٩٧ ق ٨٨).

نصوص قانون العقوبات، قد أغفل المشرع معالجة مسألة تعويض الأضرار الناتجة عن الجريمة الإرهابية، حيث جعل نظر تلك الجرائم من اختصاص محاكم أمن الدولة العليا وذلك طبقاً لنص المادة الخامسة التي تنص على أن " يُضاف إلى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠م بإنشاء محاكم أمن الدولة فقرة ثانية إلى المادة الثالثة، ومادة جديدة برقم (٧ مكرر) حيث تنص المادة الثالثة الفقرة الثانية على ما يلي : "

تختص محكمة أمن الدولة العليا المنشأة بدائرة محكمة استئناف القاهرة - في دائرة أو أكثر - بنظر الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات دون التقيد بقواعد الاختصاص المنصوص عليها في المادة ٢١٧ من قانون الإجراءات الجنائية".

ففي ظل هذا القانون قرر المشرع حرمان أي متضرر من الجريمة الإرهابية من الإدعاء بالحق المدني أما محاكم أمن الدولة العليا التي كانت تنظر تلك الجرائم. فلم يبق سوى طريق الدعوى المدنية أمام القضاء المدني ؛ ثم صدر القانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣م بشأن إلغاء محاكم أمن الدولة العليا، على أن تتولى المحاكم العادية نظر الجرائم الإرهابية المنصوص عليها في القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات . وبالتالي عاد للمتضرر من الجريمة الإرهابية أن يلجأ للإدعاء بالحق المدني أمام المحكمة الجنائية طالباً التعويض عما أصابه من ضرر من تلك الجريمة.

ويكون رفع الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض تبعاً للدعوى الجنائية عن الجريمة الإرهابية، فلا يجوز له الإدعاء بالحق المدني أمام القضاء الجنائي مستقلاً عن الدعوى الجنائية، ولكن بالتبعية فقط، واختصاص القضاء الجنائي بنظر هذه الدعوى المدنية إنما هو استثناء،

وذلك لأن هذه الدعوى الأخيرة تجد سبباً لها في الجريمة التي يختص القضاء الجنائي أصلاً بنظرها<sup>(١)</sup>.  
ثانياً : الإدعاء المباشر :

نصت المادة (٢٣٢) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه " تحال الدعوى إلى محكمة الجنح والمخالفات بناء على أمر يصدر من قاضي التحقيق أو محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة أو بناء على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل أحد أعضاء النيابة العامة أو من المدعى بالحقوق المدنية."

ويتميز نظام الإدعاء المباشر، سواء عن طريق المضرور من الجريمة أو النيابة العامة، وذلك دون المرور على مرحلة التحقيق الابتدائي، لذلك قصره المشرع على المخالفات والجنح دون الجنايات، لكون التحقيق الابتدائي في الجنايات إلزامياً لخطورة تلك النوع من الجرائم<sup>(٢)</sup>.

---

(١) وقد قضي أنه "لما كان النعي على حكومي أول وثاني درجة باغفال الفصل في الدعوى المدنية المقامة من الطاعن . لما كان ذلك، وكان من المقرر أنه إذا كانت الدعوى المدنية قد رفعت بطريق التبعية للدعوى الجنائية، فإن على الحكم الصادر في موضوع الدعوى الجنائية أن يفصل في التعويضات التي طلبها المدعي بالحقوق المدنية، وذلك عملاً بصريح نص المادة ٣٠٩ من قانون الإجراءات الجنائية، فإن هو أغفل الفصل فيها فإنه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يكون للمدعي بالحقوق المدنية أن يرجع إلى ذات المحكمة التي فصلت في الدعوى الجنائية للفصل فيما أغفلته عملاً بالمادة ١٦٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهي قاعدة واجبة الإعمال أمام المحاكم الجنائية لخلو قانون الإجراءات الجنائية من نص مماثل، وباعتبارها من القواعد العامة الواردة بقانون المرافعات . ولما كان ذلك، وكان الطعن في الحكم بالنقض لا يجوز إلا فيما فصلت فيه محكمة الموضوع، فإن منعي الطاعن - بفرض استكمال الدعوى المدنية لشروط قبولها - على حكم أول وثاني درجة عدم الفصل في دعواه المدنية يكون غير جائز لعدم صدور حكم قابل له في خصوص دعواه المدنية، ويكون منعي الطاعن في هذا الخصوص غير مقبول. الطعن رقم ١٤٤٥١ لسنة ٤ قضائية جلسة ٢٠١٤/٧/٣م س ٦٥ ص ٤٧١ .

(١) د. فوزية عبد الستار - الإدعاء المباشر - مرجع سابق ص ٣.

كما يتميز نظام الإدعاء المباشر من المضرور من الجريمة عن الإدعاء المباشر الذي تقوم به النيابة العامة، فنجد الأخير يكون موضوعه الدعوى الجنائية، بينما الإدعاء المباشر من المضرور من الجريمة هو الدعوى المدنية التي تستتبع تلقائياً بقوة القانون تحريك الدعوى الجنائية المستندة إلى نفس الجريمة التي أضرت به.

ومن ثم يكون لكل مضرور من الجريمة الإدعاء المباشر، وقد استند المشرع في منحه هذا الحق على مراعاة حماية وصيانة الحقوق المدنية للأفراد<sup>(١)</sup>؛ وتطبيقاً لذلك، إن زوجة القتيل وأولاده، وزوج المرأة التي تم الاعتداء عليها بالسب والقذف، والأب الذي اغتصبت ابنته، ومستأجر المال المسروق كل هؤلاء لهم الإدعاء المباشر بالرغم من أنهم جميعاً ليسوا المجني عليهم. والعلة من قصر الإدعاء المباشر على المضرور من الجريمة، هو إقامة الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض ضرر الجريمة<sup>(٢)</sup>.

وفي حالة تحريك الدعوى الجنائية بناءً على الإدعاء المباشر من المدعي بالحقوق المدنية، فهو هنا بصفته نائباً عن المجتمع، وهذه الصفة التي أولاهها المشرع للنيابة العامة وتمارس بها سلطاتها، وبالتالي لا يجوز للمدعي المدني التنازل عن الدعوى التي سبق حركها، فيكون المركز القانوني للمدعي المدني كما هو المركز القانوني للنيابة العامة؛ فهو يمثل الإدعاء في الدعوى المدنية فقط<sup>(٣)</sup>.

وبناءً على ما تقدم يجوز للمضرور الإدعاء المباشر عن الجرح التي جعلها المشرع بصفة استثنائية من اختصاص محكمة الجنايات،

- (١) د. مأمون محمد سلامة - قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٩٢م ص ٢١٨.
- (٢) د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ١١٩.
- (٣) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ١٧٠.

وهي الجنج التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا الجنج المضررة بأفراد الناس<sup>(١)</sup>.

بينما اتخذ المشرع الفرنسي موقفاً أكثر مرونة من موقف المشرع المصري، أنه لم يشترط في حالة الإحالة بواسطة المجني عليه إلا نفس الشروط الشكلية التي تطلبها القانون بواسطة النيابة العامة، بالرغم من أن المادة (٣٩٢) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي تشير إلى أن المدعي بالحق المدني من يملك حق تحريك الدعوى أمام المحكمة الجنائية<sup>(٢)</sup>.

فقد اكتفى المشرع الفرنسي بتوافر صفة المجني عليه فيمن يقوم بتحريك الدعوى بالإدعاء المباشر ضد المتهم أمام محكمة الجنج، ولا يشترط أن يدعى المجني عليه بحقوق مدنية في ورقة تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة<sup>(٣)</sup>.

فضلاً عن ذلك، توسع المشرع الفرنسي في حالات تحريك الدعوى بالإدعاء المباشر أمام المحكمة من قبل المجني عليه فقد جعلها في كل الجنج دون استثناء، ولكن المشرع المصري فقد استثنى من تحريك الدعوى بالإدعاء المباشر أمام المحكمة بعض الجنج والمتعلقة بالجرائم التي وقعت من موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ما لم تكن مشار إليها في المادة ١٢٣ من قانون العقوبات<sup>(٤)</sup>.

(١) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ٥٦٠.

(2) Article 392 : La partie civile, qui cite directement un prévenu devant un tribunal répressif, fait, dans l'acte de citation, élection de domicile dans le ressort du tribunal saisi, à moins qu'elle n'y soit domiciliée.

(٣) بين الشريعة الإسلامية والتطورات الحديثة في القانونين المصري والفرنسي - بحث مقدم إلى مؤتمر أكاديمية شرطة دبي الدولي حول ضحايا الجريمة - دبي الإمارات العربية المتحدة ٣-٥ مايو ٢٠٠٤م - ص ١٢٩.

(٤) د. محمود كبيش - المرجع السابق - ص ١٣٠.



والعلة من الإدعاء المباشر، أنه يمثل ممارسة فعلية للرقابة على عمل النيابة العامة، بحيث إذا امتنعت عن تحريك الدعوى الجنائية أو حفظت الأوراق، قام الإدعاء المباشر بتحريك الدعوى الجنائية على خلاف إرادة النيابة العامة.

### المطلب الثاني

#### حق ضحايا الجريمة أثناء المحاكمة

قرر المشرع في قانون الإجراءات الجنائية حقوقاً لضحايا الجريمة، وذلك بالإضافة لحق في المطالبة بالتعويض، فقد نص المشرع على حق الضحايا في حضور كل جلسات المحاكمة والإطلاع على الإجراءات مثله مثل جميع الأطراف في الدعوى، كما نص المشرع على حقهم أيضاً في تقديم الدفوع وسؤال الشهود ومناقشتهم؛ وأخيراً قرر المشرع لضحايا الجريمة الحق في الطعن على الأحكام.

أولاً: الحق في حضور الجلسات والإطلاع على الإجراءات:

نصت المادة (٧٧) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "للنيابة العامة وللمتهم وللمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية وللمستول عنها ولوكلائهم أن يحضروا جميع إجراءات التحقيق، ولقاضي التحقيق أن يجري التحقيق في غيبتهم متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة وبمجرد انتهاء تلك الضرورة يبيح لهم الإطلاع على التحقيق. ومع ذلك فللقاضي التحقيق أن يباشر في حالة الاستعجال بعض إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم، ولهؤلاء الحق في الإطلاع على الأوراق المثبتة لهذه الإجراءات. وللخصوم الحق دائماً في استصحاب وكلائهم في التحقيق".

ومن هذا النص نلاحظ أن المشرع قد أعطى لضحايا الجريمة سواءً كان المجني عليه أو المدعي بالحقوق المدنية، وأيضاً المتهم على أساس أنه طرف في الدعوى، حضور جميع إجراءات التحقيق، وهذا ما يسري بصورة طبيعية في التحقيق النهائي، فقد سبق وتناولنا أن

جلسات المحاكمة علنية، و استثناءً من هذا الأصل فقد جعل المشرع الجلسة سرية في حالات معينة بناءً على أمر المحكمة .

لذا فقد حرص المشرع على تقرير حق خصوم الدعوى في حضور إجراءاتها، وإثبات بياناتهم وصفاتهم، فقد ألزم إعلانهم رسمياً بميعاد الجلسة لكي تتم مباشرة جميع الإجراءات في حضورهم، ومناقشة الشهود ومواجهة الخصوم وهي من أهم قواعد المحاكمة الجنائية ؛ ويفترض هذا المبدأ أن يحضر كل خصم في الدعوى ويُطلع خصمه على ما لديه من أدلة، ويتيح له إبداء ما يراه فيها . وأول ما يقتضيه مبدأ المواجهة بين الخصوم هو حق جميع أطراف الدعوى في حضور كل إجراءات الدعوى سواء ما كان منها داخل قاعة المحكمة، أو ما كان خارجها، إذ يجب على المحكمة إعلانهم بذلك<sup>(١)</sup>.

ويُقصد من الحضور هو التواجد بجلسة المحاكمة بشخصه أو وكيل عنه - حسب ما يتطلبه القانون - فهو ضروري لصحة الإجراءات، إلا أن المشرع قد أوجب صحتها رغم غياب الضحايا من الجريمة، إذ لا يستقيم عقلاً أن تتوقف صحة الإجراءات على مشيئة الخصوم .

تناول المشرع الفرنسي أيضاً هذا الحق حيث نصت المادة (١٠-٤) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "وفي جميع مراحل التحقيق، يجوز للضحية، بناءً على طلبه، أن يكون مصحوباً بممثله القانوني وبالشخص الذي يختاره، ما لم تقرر السلطة القضائية المختصة خلاف ذلك"<sup>(٢)</sup>.

(١) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ٨١٥.

(٢) النص بالفرنسية:

Article 10-4 A tous les stades de l'enquête, la victime peut, à sa demande, être accompagnée par son représentant légal et par la personne majeure de son choix, sauf décision contraire motivée prise par l'autorité judiciaire compétente. Créé par LOI n°2015-993 du 17 août 2015 - art. 7

نصت المادة (٢٦١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه "يعتبر تركاً للدعوى عدم حضور المدعى أمام المحكمة بغير عذر مقبول بعد إعلانه لشخصه، أو عدم إرساله وكبلاً عنه، وكذلك عدم إيدائه طلبات بالجلسة"، يعترف قانون الإجراءات الجنائية بالترك الصريح للدعوى كما جاء بنص المادة (٢٦٠) من قانون الإجراءات الجنائية، فالترك في الأصل لا يتوقف على قبول المتهم، وهذه نتيجة لازمة لاستخلاص الترك ضمناً من عدم حضور المدعي.

وبناءً على ذلك، يترتب على ترك الدعوى إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى والحكم على التارك بالمصاريف، كما يترتب على انقضاء الدعوى خروجها من حوزة المحكمة فلا تستطيع الحكم بالتعويض المطلوب؛ مع بقاء الحق للمدعي بالحق المدني اللجوء للمحكمة المدنية لرفع دعواه طلباً للتعويض<sup>(١)</sup>؛ كما أنه يجب في حالتي ترك الدعوى المدنية واعتبار المدعي بالحقوق المدنية تاركاً لدعواه، الحكم بترك الدعوى الجنائية ما لم تطلب النيابة العامة الفصل فيها<sup>(٢)</sup>.

وهذا ما صار عليه المشرع الفرنسي فقد نصت المادة رقم (٤٢٥) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا لم يحضر المدعي المدني أو وكيله الجلسة المعلن بحضورها، اعتبر هذا تنازلاً عن إدعائه المدني<sup>(٣)</sup>.

- 
- (١) الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٦١ قضائية جلسة ١٨/١٠/٢٠٠١ س ٥٢ ع ١ ص ٧٣٥ ق ١٣٩.
- (٢) الطعن رقم ١٣٦٠٣ لسنة ٦٣ قضائية جلسة ٣/١٠/٢٠٠٢ س ٥٣ ص ٩٣٢ ق ١٥٥.
- (٣) النص بالفرنسية

Article 425 : La partie civile régulièrement citée qui ne comparait pas ou n'est pas représentée à l'audience est considérée comme se désistant de sa constitution de partie civile. Modifié par Loi n°81-82 du 2 février 1981 - art. 86 JORF 3 février 1981.

ثانياً : الحق في تقديم الدفوع والطلبات.

نصت الفقرة الأخيرة من المادة (٢٧١) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "والنيابة العامة وللمجني عليه والمدعى بالحقوق المدنية أن يستجوبوا الشهود المذكورين مرة ثانية، لإيضاح الوقائع التي أدوا الشهادة عنها في أجوبتهم" من هذا النص يتضح أن المشرع قد منح الضحايا من الجريمة أن يقدموا الدفوع التي تؤيد أقوالهم ودفاعهم، فقد استطاع أطراف الدعوى من المساهمة في المرافعات الجنائية دفاعاً عن مصالحها المدنية، بإثبات خطأ المتهم والضرر الذي سببه ورابطة السببية بينهما<sup>(١)</sup>.

فقرر المشرع للنيابة وللضحايا من الجريمة حق سؤال ومناقشة شهود الاتهام والدفاع بعد سؤالهم من جانب المتهم والمسئول عن الحقوق المدنية، والحق أيضاً في إعادة مناقشة الشهود لإيضاح الوقائع التي أدوا الشهادة عنها في أجوبتهم.

كما نصت المادة (٢٧٢) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "بعد سماع شهادة شهود الإثبات يسمع شهود النفي ويسألون بمعرفة المتهم أولاً، ثم بمعرفة المسئول عن الحقوق المدنية، ثم بمعرفة النيابة العامة، ثم بمعرفة المجني عليه، ثم بمعرفة المدعى بالحقوق المدنية، وللمتهم والمسئول عن الحقوق المدنية أن يوجها للشهود المذكورين أسئلة مرة ثانية لإيضاح الوقائع التي أدوا الشهادة عنها في أجوبتهم عن الأسئلة التي وجهت إليهم. ولكل من الخصوم أن يطلب إعادة سماع الشهود المذكورين لإيضاح أو تحقيق الوقائع التي أدوا شهادتهم عنها، أو أن يطلب سماع شهود غيرهم لهذا الغرض."

ويمكن إجمال الإجراءات المنصوص عليها في القانون ؛ بعد النداء على الخصوم والشهود، وسؤال المتهم عن اسمه وبياناته التي تحدد شخصيته، وتلاوة التهمة، تبدأ النيابة العامة والمدعي المدني

(١) د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ٣٢٧.

بتقديم طلباتهما ؛ وبعد سؤال المتهم عما إذا كان معترفاً بالجريمة، فإذا لم يعترف المتهم يتم سماع أقوال شهود الإثبات من النيابة العامة، ثم من المجني عليه، ثم من المدعي المدني، ثم من المتهم، ثم من المسئول عن الحقوق المدنية<sup>(١)</sup>.

كما يجوز للنيابة العامة والمدعي المدني أن يوجها السؤال لشهود الإثبات مرة أخرى، ثم يتم سماع شهود النفي بدأ من المتهم، ثم المسئول عن الحقوق المدنية، ثم من النيابة العامة ؛ وأيضاً منح المشرع المتهم إعادة سؤال هؤلاء الشهود مرة ثانية، ولجميع الخصوم كذلك إعادة سؤال الشهود، وهذا مما يؤكد على أن المشرع كان حريصاً على حماية حقوقهم كضحايا للجريمة باشتراكهم في المناقشة وتوجيه الأسئلة طبقاً لمبدأ مواجهة الخصوم.

كما نصت المادة (٤٤٢) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي أنه قبل الشروع في الاستماع إلى الشهود، يتساءل الرئيس عن المتهم ويتلقى أقواله<sup>(٢)</sup>. وكذا نصت المادة (٤٤٢-١) طبقاً للأحكام المادة (٤٠١)، يجوز للنيابة العامة ومحامي الأطراف توجيه أسئلة إلى المتهم، والمدعي بالحق المدني، والشهود، وغيرهم من الأشخاص الذين يطلبهم الرئيس. ويجوز للمتهم والمدعي بالحقوق المدنية أيضاً طرح أسئلة من خلال الرئيس<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص ٨٥٢.

(٢) النص بالفرنسية:

Article 442: Avant de procéder à l'audition des témoins, le président interroge le prévenu et reçoit ses déclarations. Modifié par Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 - art. 39 JORF 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001

(٣) النص بالفرنسية:

Article 442-1: Sous réserve des dispositions de l'article 401, le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement des questions au prévenu, à la partie civile, aux témoins et à toutes personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président. Créé par Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 - art. 39 JORF 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001

### ثالثاً: الحق في الطعن في الأحكام.

حرص المشرع على أن تنقضي الدعوى بحكم أدنى ما يكون إلى الحقيقة الواقعية والقانونية، فاحتمال وقوع الخطأ على العمل القضائي بصفة عامة، وعلى الحكم الصادر من المحكمة بصفة خاصة، واحتمالات الخطأ يمكن ردها إلى القصور في إمكانيات القاضي في الإحاطة الشاملة بجميع عناصر الدعوى، وقد يصدر في نطاق الوقائع، وإما في نطاق إنزال الأحكام القانونية عليها، ومن المصلحة لإقامة العدالة تصحيح الحكم الصادر من المحكمة عن طريق الطعن في هذا الحكم المعيب.

ومن الأمثل لإقامة العدل أن شرع الطعن في الأحكام، وهذا يحقق مزايا عديدة، أهمها أنها تؤدي إلى أن يبذل القاضي قصارى جهده في فحص وتمحيص الدعوى وتحقيق دفاع الخصوم وتطبيق القانون على الواقعة تطبيقاً صحيحاً، كما أن الطعن على الأحكام ينقلها من المحكمة الأدنى إلى المحكمة الأعلى، لأن القضاة في المحكمة الأعلى أكثر عدداً وخبرة واحتمال الخطأ أقل. ومن ثم تناولت السياسة التشريعية الطعن على أحكام القضاء، ولكن في إطار تنظيمي للمحاكم، وتحت قيود وشروط معينة يحددها المشرع .

رغم ذلك - يرى الباحث - أن المشرع لم يُجز لضحايا الجريمة جميعهم هذا الحق في الطعن على الأحكام على السواء، فقد أجاز للمدعي المدني الطعن في الحكم في شقه المدني دون الشق الجنائي .

وقد قضت محكمة النقض أنه من المقرر أن المدعي بالحقوق المدنية لا يملك استعمال حقوق الدعوى الجنائية أو التحدث عن الوصف الذي يراه هو لها، وإنما يدخل فيها بصفته مضروراً من الجريمة التي وقعت طالباً تعويضاً مدنياً عن الضرر الذي لحقه منها ؛ إذ إن دعواه مدنية بحتة ولا علاقة لها بالدعوى الجنائية إلا في تبعيتها لها، هذا فضلاً عن أنه لما كان البين من محاضر جلسات المحاكمة أمام محكمة

الموضوع أن الطاعن بصفته لم يثر شيئاً بخصوص وصف التهمة فلا يجوز له إثارة ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض، فإن ما يثيره نعيماً على الحكم في هذا الصدد يكون غير مقبول<sup>(١)</sup>.

ويثور تساؤل عندما يقوم المدعي المدني بتحريك الدعوى الجنائية عن طريق الإدعاء المباشر، ثم تقضي المحكمة عدم قبول الدعوى المدنية، ففي هذه الحالة هل يكون للمدعي المدني أن يطعن في هذا الحكم وهو رفض الدعوى المدنية فقط، أم يشمل الطعن حق المدعي المدني في تحريك الدعوى الجنائية؟

والإجابة على هذا التساؤل يجب النظر إلى الحق المتنازع عليه وهو حق المدعي المدني برفع دعواه المدنية أمام المحكمة الجنائية لتحريك الدعوى الجنائية تبعاً لها؛ فهذا الحق الذي خولاه المشرع للمدعي المدني، هو موضوع التقاضي على درجتين، فله الحق أن يستأنف الحكم الصادر من محكمة الجناح الذي قضى بعدم قبول الدعوى المدنية وعدم تحريك الدعوى الجنائية تبعاً لها، وهنا يجب على محكمة الاستئناف إلغاء حكم محكمة الجناح وتلزمها بقبول الدعوى المدنية كما رفعها مع ما يترتب عليها من تحريك الدعوى<sup>(٢)</sup>.

ومن جهة أخرى في حالة تطلب الفصل في الدعوى المدنية تعطيل الدعوى الجنائية يجوز للمحكمة إحالة الدعوى المدنية للمحكمة المدنية لأنها الأجدر على الفصل فيها، ولا يحق للمدعي بالحق المدني الطعن على هذه الإحالة لأنها لا تنهي الدعوى أو تمنع السير فيها.

فقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر أن الحكم بإحالة الدعوى المدنية إلى المحكمة المدنية المختصة ليس منهيماً للخصومة في الدعوى المدنية أو مانعاً من السير فيها. فإن الطعن فيه بطريق النقض يكون غير جائز إعمالاً لنص المادة (٣١) من قانون حالات

(١) الطعن رقم ١٥٧٢٩ لسنة ٤ جلسة ٢٠١٤/٧/١٥ ص ٦٥ ص ٤٩١.

(٢) د. أحمد عبد اللطيف الفقي - القضاء الجنائي وحقوق ضحايا الجريمة - دار الفجر للنشر والتوزيع ٢٠٠٣ م ص ١٠٢.

إجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ - ولا يغير من ذلك أن المحكمة قضت ببراءة المطعون ضده من التهمة المسندة إليه - لأن هذا القضاء لن يقيد القاضي المدني اعتباراً بأن البراءة قد بنيت على أن الفعل المنسوب إلى المطعون ضده لا تتوافر فيه أركان الجريمة المسندة إليه - ولم تبين على عدم حصول الواقعة أو عدم ثبوت اسنادها إليه<sup>(١)</sup>.

نصت المادة (٤٠٣) من قانون الإجراءات الجنائية "يجوز الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في الدعوى المدنية من المحكمة الجزئية في المخالفات والجنح من المدعي بالحقوق المدنية ومن المسئول عنها أو المتهم فيما يختص بالحقوق المدنية وحدها إذا كانت التعويضات المطلوبة تزيد على النصاب الذي يحكم فيه القاضي الجزئي نهائياً"

يشترط هذا النص شرطان أساسيين هما : الأول هو صدور حكم في الدعوى المدنية التبعية، والثاني هو أن تزيد التعويضات المطلوبة على النصاب الذي يحكم به القاضي الجزئي نهائياً ؛ فالعبرة بقيمة التعويضات المذكورة بطلب المدعي بالحقوق المدني<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم لا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تقلل من قيمة التعويضات المطلوبة، ذلك لأنه لا يُضار طاعن من طعنه، ومن ثم إذا رأت المحكمة عدم ثبوت التهمة لا يجوز لها إلغاء الحكم الصادر بالتعويض<sup>(٣)</sup>.

للمدعي بالحقوق المدنية أن يطعن بالنقض فيما حكم به في الدعوى المدنية طبقاً لنص المادة (٣٠) من قانون حالات وإجراءات

(١) الطعن رقم ١٣١٣٣ لسنة ٦٥ قضائية جلسة ١٧/١٢/٢٠٠٣م س ٥٤ ص ١٢٤٥ ق ١٧٣.

(٢) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق ص ٨٩٠.

(٣) د. أحمد عبد اللطيف الفقي - القضاء الجنائي وحقوق ضحايا الجريمة - مرجع سابق ص ١٠٣.



الطعن أمام محكمة النقض المعدل في مصر، حيث قصرت حق الطعن بطريق النقض على النيابة والمحكوم عليه والمسئول عن الحقوق المدنية والمدعي بها في الأحكام النهائية الصادرة من أخص درجة في مواد الجنايات .

وكذا الحال في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في المادتان (٥٦٧، ٥٧٣) فقد نصت المادة (٥٦٧) في الفقرة الثانية على أنه "يقدم الطعن أمام الشعبة الجنائية التابعة لمحكمة النقض". وكذا نصت المادة (٥٧٣) على أنه غير أنه يجوز للطرفين أن يطعنا في الطعن في الأحكام التي تصدرها محكمة الاستئناف إما بعد تبرئتهما بالشروط المنصوص عليها في المادة (٣٧١) من ذات القانون أو بعد البراءة أو الإغفاء من العقوبة بموجب الشروط المنصوص عليها في المادة ٣٧٢. وينطبق الشيء نفسه على الأحكام المتعلقة بالاسترداد، على النحو المنصوص عليه في المادة (٣٧٣)"<sup>(١)</sup>.

على عكس لما جاء بنص المادة (٣٩٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري بالنسبة للطعن بالمعارضة لا يجوز للمدعي بالحق المدني بإتباع هذا الطعن في الشق المدني من الحكم إذا كان الحكم غيابيا.

(١) النص بالفرنسية:

-Article 567 : Le recours est porté devant la chambre criminelle de la Cour de cassation. Modifié par Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 - art. 83 JORF 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001.

-Article 573 Peuvent toutefois donner lieu à un recours en cassation de la part des parties auxquelles ils font grief les arrêts prononcés par la cour d'assises soit après acquittement dans les conditions prévues par l'article 371, soit après acquittement ou exemption de peine dans les conditions prévues par l'article 372. Il en est de même des arrêts statuant sur les restitutions, comme il est dit à l'article 373. Modifié par Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 - art. 57 JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994.

ويرى الباحث - أملاً من المشرع أن يمد للمدعي بالحقوق المدنية الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الجنائية لما لحقه من ضرر من جراء الفعل الإجرامي الذي ارتكبه الجاني، وذلك ليُشعر بالعدالة من نيل الجاني جزاءه الجنائي بناءً على طعنه.

## الخاتمة

أقر المجتمع الدولي الحماية الجنائية لضحايا الجريمة، فقد تناولت الوثائق الدولية حماية حقوق الضحايا من الجريمة، وهي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الإعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة .

نادت تلك الوثائق الدولية حماية حقوق الضحايا من الجريمة، وعملت على إنصافهم وجبر الأضرار التي تلحق بهم ومساعدتهم مادياً وطبياً ونفسياً واجتماعياً، فقد وضعت تعريفاً للضحايا الجريمة في الإعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة "الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردياً أو جماعياً، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية، أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاكاً للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء، بما فيها القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة".

وقد حاولنا من خلال هذا البحث الوقوف على الدور الفعال للمجتمع الدولي والتشريع الوطني للحماية الجنائية حقوق ضحايا الجريمة، وقد سعينا من خلال هذا البحث تحقيق هذا الهدف من خلال تقسيم البحث إلى مبحث تمهيدي وثلاثة مباحث رئيسية.

قد تناولنا في المبحث التمهيدي مفهوم ضحايا الجريمة من خلال تعرضنا للتعريف بضحايا الجريمة في الوثائق الدولية، وتعرضنا لأنواع ضحايا الجريمة .

أما المبحث الأول فقد عرجنا فيه لحماية حقوق الضحايا في مرحلة جمع الاستدلالات بمعرفة أجهزة الشرطة . أما المبحث الثاني تناولنا فيه حماية حقوق الضحايا في مرحلة التحقيق الابتدائي . وأخيراً المبحث الثالث تعرضنا فيه لحماية حقوق الضحايا في المحاكمة .

وقد انتهينا من خلال المنهج المتبع وخطة البحث المحددة انطاقه للتوصل إلى النتائج والتوصيات التالية:

#### أولاً : النتائج المستخلصة:

- ١- لم يضع المشرع المصري، مثله مثل بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي والإماراتي والأردني، في قانون الإجراءات الجنائية تعريفاً لضحية الجريمة أو المجني عليه، ولكنه تناول مصطلح المجني عليه عندما قرر له حق تحريك الدعوى الجنائية عن طريق تقديم الشكوى، وتناول هذا المصطلح أيضاً عندما يريد تناول الشخص الذي وقعت عليه الجريمة وأصابته بضرر مباشر أي كان نوع هذا الضرر مادياً أو اقتصادياً أو اجتماعياً.
- ٢- بينما حدد المشرع المضرور من الجريمة وهو من لحق ضرر، ومنحه حق الإيداع بالحق المدني أمام القضاء الجنائي، فالإيداع بالحق المدني يعد تحريكاً للدعوى الجنائية للمطالبة بالتعويض استثناءً على حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية.
- ٣- أوجب المشرع على مأموري الضبط القضائي قبول التبليغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم وأن يبعثوا بها فوراً إلى النيابة العامة ويجب عليهم وعلى مرءوسيه أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم.

٤- كما أوجب المشرع أن تكون جميع إجراءات جمع الاستدلالات عن الجريمة التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي ينبغي أن تكون بمسوخ قانوني، ذلك لإعطاء صفة المشروعية لهذه الإجراءات، ومن ثم مشروعية تحريك الدعوى الجنائية ضد المتهم من قبل النيابة العامة، وذلك طبقاً لمبدأ الشرعية لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني.

٥- ومن واجبات أجهزة الشرطة الرعاية اللاحقة لضحايا الجريمة سواء المتهم أو المجني عليهم أو أسرهم، لذا تحتاج العملية الإصلاحية إلى رعاية أسرة الجاني خلال فترة سجنه وإيداعه إحدى المؤسسات العقابية، تقوم جهات الإصلاح والتأهيل بدور هام في هذا المجال باعتبارها أحد الجهات الشرطة المسؤولة عن إعادة تأهيل الجناة لكي يكونوا مواطنين صالحين في المجتمع.

٦- أن المشرع أعطى النيابة العامة اختصاص برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون ؛ وذلك تحقيق التوازن بين مصلحتين متعارضتين هما المصلحة العامة في تحقيق العدالة الجنائية بتطبيق قانون العقوبات، والمصلحة الخاصة في حماية الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان المتعلقة بها. فقرر المشرع أن أعمال الاستدلالات تتم تحت إشراف النيابة العامة.

٧- وتطلب المشرع للوصول لحماية ضحايا الجريمة أن تسعى النيابة العامة في تحقيق موجبات القانون، وبموجب سلطة التحقيق تهيمن النيابة العامة على كافة إجراءات التحقيق من استجواب المتهم وسؤال الشهود وجمع الأدلة التي تمكنها من إظهار وجه الحق في الدعوى، وسواء كان ذلك يبرئ أو يدين المتهم ؛ ودور النيابة العامة في التصرف في التحقيق الابتدائي.

٨- ولأن القضاء هو الحارس الطبيعي والأمين للحقوق والحريات، وهو الرقيب على الشرعية في جميع مراحل الدعوى الجنائية وما

يلبها من تنفيذ أحكامه، لذا قرر المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية كثيراً من الحقوق لضحايا الجريمة أمام القضاء، منها الحق في الإدعاء بالحقوق المدنية، والحق في الإدعاء المباشر، وحقوق أخرى من خلال إجراءات المحاكمة.

### ثانياً : التوصيات :

بعد عرض النتائج المستخلصة من هذه الدراسة، يمكن لنا نعرض لأهم التوصيات، على أمل مساهمتها في مجال حماية حقوق ضحايا، ونجملها في الآتي:

١- نوصي المشرع بوضع تعريف لضحايا الجريمة أسوة بما جاء بالإعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة.

٢- نوصي المشرع بالأخذ بعين الاعتبار في السياسة الجنائية تخفيف الألم النفسي وتوفير التعويضات المناسبة من خلال مراحل الدعوى الجنائية، والتوسع في تعويض الضحية ومن يعوله من الأفراد الذين ما نجد أن التشريع يندر به حصولهم على تعويضات مناسبة مع قيمة الضرر.

٣- نوصي المشرع بالنص في التشريع على إنشاء صندوق لتعويض ضحايا الجرائم ولاسيما الجرائم الإرهابية وجرائم الاتجار بالبشر.

٤- نوصي المشرع بتعديل المادتين (٤٠٢، ٤٠٣) من قانون الإجراءات الجنائية بإعطاء الحق لضحايا الجريمة بإضافتهم إلى المتهم والنيابة العامة في استئناف الأحكام الصادرة في الدعوى الجنائية من المحكمة الجزئية في مواد الجرح، ذلك لأن من حق الضحية الشعور بأن الجاني ينال عقابه الجنائي عما فعله من سلوك إجرامي أضرب به.

- ٥- يجب أن ينال موضوع حماية حقوق ضحايا الجريمة اهتمام الأجهزة الإعلامية، من خلال التوعية المستمرة والمستنيرة بالإجراءات القانونية لحماية ضحايا الجريمة؛ سواءً بالتوعية الوقائية من الجريمة أو تزويدهم بالمعلومات والإجراءات القانونية التي يمكن اتخاذها بعد وقوع الشخص ضحية للجريمة.
- ٦- أخيراً يجب على مؤسسات الدولة التعاون والتكاتف من أجل وضع خطة متكاملة تضم الجهات الحكومية وغير الحكومية التي يمكن من خلال عملها حماية الضحايا ومساعدتهم سواء من الناحية الصحية الجسدية والنفسية أو المادية .

### قائمة المراجع

#### أولاً : المؤلفات العامة:

- د. أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية- دار النهضة العربية - الطبعة السابعة ١٩٩٣م .
- د. أحمد عوض بلال- الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية - دار النهضة العربية ١٩٩٠م .
- د. أمين مصطفى محمد- قانون الإجراءات الجنائية، التحقيق الابتدائي والمحاكمة - دار المطبوعات الجامعية ٢٠١٢م .
- د. عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي - الجزء الأول - الطبعة الخامسة - القاهرة ١٩٦٨م .
- د. مأمون محمد سلامة - قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٩٢م .
- د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - ١٩٨٨م .
- د. محمود نجيب حسني :
- شرح قانون الإجراءات الجنائية- دار النهضة العربية- الطبعة الثانية ١٩٨٨م .
- شرح قانون العقوبات القسم الخاص- دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٨٦م .

## ثانياً : المؤلفات المتخصصة:

- د. إبراهيم حامد طنطاوي- سلطات مأمور الضبط القضائي- المكتبة القانونية- الطبعة الثانية ١٩٩٧م.
- د. أحمد إبراهيم مصطفى- الشرطة وضمانات حقوق الإنسان في مرحلة جمع الاستدلالات- مركز الإعلام الأمني- الأكاديمية الملكية للشرطة- وزارة الداخلية- مملكة البحرين- بدون تاريخ نشر.
- د. أحمد محمد عبد اللطيف الفقي :
  - الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة - دار النهضة العربية - ٢٠٠١م.
  - النيابة العامة وحقوق ضحايا الجريمة - دار الفجر للنشر والتوزيع ٢٠٠٣م.
  - الشرطة وحقوق ضحايا الجريمة- دار الفجر للنشر والتوزيع ٢٠٠٣م.
  - الجانيوالمجني عليه وحقوق ضحايا الجريمة- دار الفجر للنشر والتوزيع ٢٠٠٣م.
  - القضاء الجنائي وحقوق ضحايا الجريمة - دار الفجر للنشر والتوزيع ٢٠٠٣م.
- د. جمال شديد علي الخرباوي- حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية - المركز القومي للإصدارات القانونية - الطبعة الأولى ٢٠١١م.
- د. حامد سيد محمد حامد- الاتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود- بين الأسباب، التداعيات، الرؤى الاستراتيجية- القومي للإصدارات القانونية- الطبعة الأولى ٢٠١٠م.
- د. حسنين عبيد- شكوى المجني عليه- بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد- كلية الحقوق جامعة القاهرة- العدد الثالث من السنة الرابعة والأربعين عام ١٩٧٤م.

• د. حسن المرصفاوي-الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية-  
دار المعارف- الاسكندرية ١٩٦٤م.

[http://drkhalilhussein.blogspot.ae/2013/03/blog-  
post\\_983.html](http://drkhalilhussein.blogspot.ae/2013/03/blog-post_983.html)

• د. سعد أحمد محمود سلامة-التبليغ عن الجرائم-دراسة  
مقارنة-بدون ناشر-القاهرة ٢٠٠٣م.

• د. سعود محمد موسى-شكوى المجني عليه- في النظام  
الجنائي الإسلامي مقارناً بالنظام الجنائي الوضعي- دار الحكيم  
للطباعة ١٩٩٠م.

• د. عادل محمد الفقي - حقوق المجني عليه في القانون  
الوضعي مقارناً بالشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراة - كلية  
الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٤م.

• د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي-حق الدولة في العقاب-دار  
الهدى للمطبوعات الطبعة الثانية ١٩٨٥م.

• د. علي محمود علي حموده - حماية ضحايا إساءة استعمال  
السلطة في الفكر الجنائي الحديث - بحث مقدم إلى مؤتمر  
أكاديمية شرطة دبي الدولي حول ضحايا الجريمة - دبي -  
الإمارات العربية المتحدة من ٣-٥ مايو ٢٠٠٤م

• د. عويس دياب - الحماية الجنائية لسرية التحقيق الابتدائي -  
دار النهضة العربية - الطبعة الأولى ١٩٩٩م.

• د. غنام محمد غنام - حقوق المجني عليه في الإجراءات  
الجنائية - بحث مقدم لمؤتمر أكاديمية شرطة دبي حول  
ضحايا الجريمة - دبي الإمارات العربية المتحدة من ٣-٥  
مايو ٢٠٠٤م.

• د. فوزية عبد الستار- الإدعاء المباشر- دار النهضة العربية  
- الطبعة الثانية ١٩٩٦م.

• د. نجيم مزيان - أهمية مسرح الجريمة في كشف غموض  
الحوادث الإجرامية - من موقع:

<http://www.nadorcity.com/a36341.html>

• د. نواف وبدان الجشعمي - الحماية الشرطة لضحايا الجريمة  
(الجهود الدولية والإقليمية وإنجازات دولة الإمارات العربية المتحدة)



- في العناية بضحايا الجريمة - مركز بحوث الشرطة - القيادة العامة لشرطة الشارقة - الطبعة الأولى ٢٠١١م
- د. محمد أبو العلا عقيدة - المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية - دار الفكر العربي الطبعة الثانية ١٩٩١م.
  - د. محمد الأمين البشري - علم ضحايا الجريمة وتطبيقاته في الدول العربية - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الطبعة الأولى - الرياض ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
  - د. محمد محمود سعيد - حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي ١٩٨٢م.
  - د. محمد علي العريان - عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة ٢٠١١م.
  - د. محمد عيد الغريب - الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة - بدون ناشر - ١٩٩٥م
  - د. محمود محمد عبد العزيز الزيني - شكوى المجني عليه والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٤م.
  - د. نبيل محمود حسن - الحماية الجنائية لضحايا الجريمة في القانون الدولي الإنساني - دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٩م.
- ثالثاً: المقالات والمؤتمرات والندوات:
- د. حس صادق المرصفاوي - دعوى التعويض أمام المحاكم الجنائية - المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي - القاهرة ١٢-١٤ مارس ١٩٨٩م حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٩٠م.
  - د. رفعت رشوان - التحري والاستدلال عن جرائم الاتجار في البشر - بحث مقدم لندوة مكافحة جرائم الاتجار في البشر وزارة - دولة الإمارات العربية المتحدة ٢٠٠٩م.

• المستشار/ عادل ماجد-الاتجاهات الحديثة لحماية ضحايا الجرائم الدولية-بحث مقدم إلى مؤتمر أكاديمية شرطة دبي الدولي حول ضحايا الجريمة-دبي- الإمارات العربية المتحدة من ٣- ٥ مايو ٢٠٠٤م.

• د. محمد أبو العلا عقيدة-حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية في الشريعة والقانون-مجلة البحوث القانونية والاقتصادية-كلية حقوق المنصورة-العدد الثاني ١٩٨٧م.

• د. محمد علي سالم جاسم - حماية حقوق ضحايا الجريمة في المرحلة الابتدائية من التحقيق - مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية - العدد الرابع - السنة السابعة ٢٠١٥م

• د. محمد محي الدين عوض-حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية-المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون- القاهرة ١٢-١٤ مارس ١٩٨٩م- دار النهضة العربية ١٩٩٠م.

• المستشار الدكتور/محمد حنفي محمود-حقوق الأفراد في الإجراءات الجنائية المصرية - على هذا الموقع بتاريخ ٢٨/١٠/٢٠١١م.

<http://rooad.net/print.php>.

• د. محمد علي السالم آل عياد - اختصاص رجال الضبط القضائي - الطبعة الثانية منشورات ذات السلاسل - بدون تاريخ نشر

• د. محمود كبش - دور المجني عليه في الإجراءات الجنائية- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتطورات الحديثة في القانونين المصري والفرنسي-بحث مقدم إلى مؤتمر أكاديمية شرطة دبي الدولي حول ضحايا الجريمة-دبي الإمارات العربية المتحدة ٣-٥ مايو ٢٠٠٤م.

• عميد د. محمد محمد محمد عنب- معاينة مسرح الجريمة- المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب- الرياض ١٩٩١ م

• د. محمد أبو العلا عقيدة-حماية حقوق ضحايا الجريمة في النظام الجنائي الإسلامي والتشريعات العربية- بحث مُقدم إلى مؤتمر أكاديمية شرطة دبي الدولي حول ضحايا الجريمة- دبي الإمارات العربية المتحدة من ٣ - ٥ مايو ٢٠٠٤ م.

• د. محمود محمود مصطفى- حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية في الشريعة والقانون- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية- كلية حقوق المنصورة- العدد الثاني ١٩٨٧ م.

• د. مصطفى مصباح دبارة - وضع ضحايا الإجرام في النظام الجنائي - رسالة دكتوراه- كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ١٩٩٦ م

• مؤيد محمد علي القضاة، مأمون محمد سعيد أبو زيتون - حقوق المجني عليه في مواجهة أفراد النيابة العامة بسلطة تحريك الدعوى الجنائية - دراسة مقارنة - المجلة الدولية للقانون Alqudah MM. International Review of Law : Vol 2017 . 1,4. P.5 . <http://dx.doi.org>

• لواء د. نشأت عثمان الهلالي - مجالات تحقيق الحماية لضحايا الجريمة - بحث مقدم للندوة الدولية لحماية حقوق ضحايا الجريمة المنعقدة في الفترة من ٢٢-٢٥ يناير ١٩٨٩ م مركز بحوث الشرطة - أكاديمية الشرطة

• هاني فتحي جورجى - دور النيابة العامة المصرية في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والاتجار في الأفراد - ورقة عمل مقدمة للدورة التدريبية الرابعة عشر لمنع الاتجار بالأطفال لضباط أمن الموانئ بالتعاون مع وزارة الداخلية المنعقدة من ٢٦ - ٢٧ مايو ٢٠٠٩ م

<http://www.f-law.net/law/showthread.php?>

• د. وائل أحمد علام- المركز القانوني لضحايا الجريمة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية- بحث مقدم لمؤتمر أكاديمية شرطة دبي الدولي حول ضحايا الجريمة - دبي الإمارات العربية المتحدة من ٣-٥ مايو ٢٠٠٤ .

• د. وجدي محمد بركات - ورقة عمل حول دور الشرطة في رعاية ضحايا الجريمة - مركز البحوث الأمنية بالأكاديمية الملكية للشرطة بالبحرين ٢٠٠٨م

رابعاً : إصدارات الأمم المتحدة:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨ .
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦ .  
المؤرخ في ١٦ من ديسمبر ١٩٦٦ تاريخ بدء النفاذ : ٢٣ من مارس ١٩٧٦، وفقاً لأحكام المادة ٤٩. حقوق الإنسان : مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣
- الإعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة عام ١٩٨٥ . قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٠ / ٣٤ الصادر في ٢٩ من نوفمبر ١٩٨٥ - الوثيقة (A/RES/40/34)
- وثيقة الأمم المتحدة E/CN.15/1997/16 بشأن استعمال وتطبيق إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة، مذكرة من الأمين العام.
- وثيقة الأمم المتحدة A/CONF.144/20، دليل الممارسين.
- قسم المختبر والشئون العلمية - مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة. فيينا - مسرح الجريمة والأدلة المادية، توعية الموظفين غير المتخصصين في التحليل الجنائي - الأمم المتحدة نيويورك ٢٠٠٩م .
- موقع الأمم المتحدة .  
[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/arz.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/arz.pdf)
- موقع القوانين الفرنسية .  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode>

## الفهرس

الصفحة	الموضوع
٩٨١	مقدمة
٩٨٥	مبحث تمهيدي : ماهية حقوق ضحايا الجريمة
٩٨٦	المطلب الأول : التعريف بضحايا الجريمة في الوثائق الدولية
٩٨٧	أولاً : الإعلان العالمي لحقوق الإنسان
٩٨٨	ثانياً : العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية :
٩٩٠	الفرع الأول : الإعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة
٩٩٣	الفرع الثاني : بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص
٩٩٥	مدى تأثير رضا الضحية :
٩٩٧	المطلب الثاني : أنواع ضحايا الجريمة
٩٩٩	الفرع الأول : المجني عليه
١٠٠٢	الفرع الثاني : المضرور من الجريمة
١٠٠٥	المبحث الأول : حماية حقوق ضحايا الجريمة في مرحلة جمع الاستدلالات
١٠٠٧	المطلب الأول : تلقي البلاغات والشكاوى في مرحلة جمع الاستدلالات
١٠١٥	الإعفاء من العقوبة في حالة المبادرة بالإبلاغ :
١٠١٧	المطلب الثاني : الحفاظ على مسرح الجريمة وسرعة ضبط الجناة
١٠١٧	أولاً : حق المجني عليه في الحفاظ على مسرح الجريمة :
١٠١٩	ثانياً : حق المجني عليه في سرعة ضبط الجناة :
١٠٢٠	ثالثاً : الإدعاء المدني للمضرور من الجريمة في مرحلة جمع الاستدلال

- ١٠٢٠ المبحث الثاني : حماية ضحايا الجريمة في مرحلة التحقيق الابتدائي
- ١٠٢٣ المطلب الأول : حق المجني عليه في الشكوى والتنازل عنها
- ١٠٢٣ الفرع الأول : حق المجني عليه في الشكوى
- ١٠٢٤ حق المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية:
- ١٠٢٦ الخلاف الفقهي حول حق المجني عليه في الشكوى:
- ١٠٢٧ الرأي المؤيد لحق المجني عليه في الشكوى:
- ١٠٢٧ الرأي المعارض لحق المجني عليه في الشكوى:
- ١٠٢٨ نطاق جرائم الشكوى:
- ١٠٢٩ حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية:
- ١٠٣٠ الفرع الثاني : حق المجني عليه في التنازل عن الشكوى
- ١٠٣٢ التطبيق على جريمة الزنا:
- ١٠٣٢ صاحب الحق في التنازل عن الشكوى :
- ١٠٣٣ مدى حق الأبناء في التنازل عن الشكوى :
- ١٠٢٣ مدة التنازل عن الشكوى:
- ١٠٣٤ المطلب الثاني : حق المضرور من الجريمة في الإيداع المدني
- ١٠٣٧ حق الإيداع المدني في الجرائم الإرهابية:
- ١٠٣٩ حق الطعن في الأمر الصادر برفض الإيداع المدني:
- ١٠٤٠ المبحث الثالث : حماية حقوق ضحايا الجريمة في مرحلة المحاكمة
- ١٠٤١ المطلب الأول : حق ضحايا الجريمة في طلب التعويض
- ١٠٤١ أولاً : الحق في الإيداع بالحقوق المدنية:
- ١٠٤٣ الإيداع بالحقوق المدنية في الجريمة الإرهابية:
- ١٠٤٥ ثانياً : الإيداع المباشر:
- ١٠٤٨ المطلب الثاني : حق ضحايا الجريمة أثناء المحاكمة
- ١٠٤٨ أولاً : الحق في حضور الجلسات والإطلاع على الإجراءات:

## الصفحة

## الموضوع

١٠٥١

ثانياً : الحق في تقديم الدفوع والطلبات.

١٠٥٣

ثالثاً: الحق في الطعن في الأحكام.

١٠٥٧

الخاتمة

١٠٦١

قائمة المراجع

١٠٦٨

الفهرس

---

---

المسئولية الجنائية للطبيب الناشئة  
عن إجراء عمليات الإخصاب الصناعي  
والاستنساخ التكاثرى  
"دراسة فى القانون الإماراتى  
والقانون المصرى"

---

---

دكتور/ محمد نور الدين سيد  
أستاذ مساعد القانون الجنائى كلية القانون -  
جامعة الشارقة





المسئولية الجنائية للطبيب الناشئة  
عن إجراء عمليات الإخصاب الصناعي  
والاستنساخ التكاثري  
"دراسة في القانون الإماراتي  
والقانون المصري"

دكتور/ محمد نور الدين سيد

أستاذ مساعد القانون الجنائي كلية القانون - جامعة الشارقة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

شهدت الممارسات الطبية في الآونة الأخيرة تقدماً مذهلاً في مجال الإخصاب الصناعي، أو ما يعرف لدى بعض الفقه بالتلقيح الصناعي، أو طفل الأنابيب، حيث توصل العلماء إلى اكتشاف طرائق جديدة لحقن المرأة بنطفة الرجل، بعد إجراء عملية التخصيب في وسط خارج الرحم، وقد أدى اكتشاف هذه التقنيات المساعدة على الإنجاب إلى التغلب على الكثير من المشكلات الصحية التي قد تعاني منها المرأة، وكذلك الرجل التي قد تكون حائلاً لحدوث الحمل بالطريق الطبيعي أي بالجماع بين الرجل والمرأة. وليت الأمر وقف عند هذا الحد، بل لقد وصل الأمر إلى اكتشاف تقنيات تؤدي إلى حدوث تكاثر بدون جماع وبدون الحاجة إلى تخصيب بويضة المرأة بحيوان منوي من الرجل، هذه التقنيات التي عرفت في الأوساط العلمية بعمليات الاستنساخ التكاثري أو التكاثر الإلاجسي<sup>(١)</sup>،

(١) يؤيد استخدام ذلك المصطلح، د/ د/ كامل زكي حميد "الاستنساخ قبيلة بيولوجية" مراجعة، د/ أحمد مستجير، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠٧، ٢٧.

كما عرفها القانون الأمريكي، تلك العمليات التي ظهرت أولاً في نطاق الحيوانات، باستنساخ النعجة دوللي ١٩٩٧م، والذي يعتبر ثورة في تكنولوجيا التكاثر<sup>(١)</sup>، ويسعى العلماء إلى تطبيق هذه التقنيات على الإنسان، بهدف التوصل إلى استنساخ جنين بشري، أي التوصل إلى تقنية طبية تكون سبيلاً للتكاثر اللاجنسي بين البشر.

وكان المشرع الإماراتي من أوائل المشرعين العرب الذي أبدى اهتماماً بالغاً بتنظيم أحكام المسؤولية الجنائية للطبيب في مجال المساعدة على الإنجاب، وكذلك أحكام المسؤولية الجنائية للطبيب في مجال إجراء عمليات الاستنساخ البشري، فأصدر القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨م في شأن (المسؤولية الطبية) الصادر بتاريخ ١٦ ديسمبر ٢٠٠٨م، والذي جاء في تسع وثلاثين مادة، حرص المشرع الإماراتي فيها على تنظيم جوانب المسؤولية الطبية للأطباء وغيرهم ممن يزاولون مهنة الطب، بشكل يكمل ما جاء بالقانون الاتحادي رقم (٧) لسنة ١٩٧٥م في شأن مزاولة مهنة الطب البشري.

### أهمية الدراسة:

نلاحظ من استقراء نصوص قانون المسؤولية الطبية الاتحادي أنه جرم أفعالاً اختلف حولها الفقه الجنائي والفقه الإسلامي، مما أدى إلى تردد المشرع في التعرض لها بالتجريم والعقاب، هذا ما يؤكد على أهمية موضوع الدراسة في بيان قواعد وأحكام المسؤولية الطبية<sup>(٢)</sup> عن الممارسات المستحدثة من الطبيب، في ضوء القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة

(١) د/ كامل زكي حميد، المرجع السابق، ص ٢٧

(٢) تجدر الإشارة إلى تعريف المسؤولية الطبية بأنها "الحالة التي تتم عن الإخلال بالالتزامات المفروضة على مزاولي المهن الطبية" د/ حمدي عبد البلاه "المسؤولية الطبية من وجهة النظر القانونية" بحث مقدم إلى المؤتمر العربي الثاني للمسؤولية الطبية، حول (الحماية القانونية م الأخطاء الطبية) أكاديمية شرطة دبي، في الفترة ٢٨ - ٢٩ نوفمبر ٢٠١٢م، المجلد الأول، ص ٥.

٢٠٠٨م، سالف الذكر، لاسيما تقديم التقنية المساعدة على الإنجاب، وإجراء عمليات الاستنساخ البشري، وتقييم موقف المشرع الإماراتي مقارنة بغيره من القوانين والتشريعات المقارنة، لاسيما القانون الأمريكي والقانون الإنجليزي، مع الإشارة إلى موقف المشرع الليبي، باعتباره أول مشرع عربي يجرم عمليات التلقيح الصناعي نهائياً، بخلاف موقف المشرع الإماراتي، كما سنوضح في حينه.

**منهج الدراسة:**

تعتمد الدراسة على المنهج التحليلي والنقدي للأحكام والقواعد التي نص عليها المشرع الإماراتي في القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨م، في شأن المسؤولية الطبية، وما ورد بقانون العقوبات الاتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧م من أحكام تتعلق بموضوع البحث. كما يعتمد البحث على الدراسة المقارنة بالقانون الإنجليزي، وقوانين الولايات الأمريكية، وبعض التشريعات المتعلقة بموضوع البحث.

**خطة الدراسة:**

**المطلب التمهيدي:** أساس المسؤولية الجنائية للطبيب عن الممارسات المستحدثة.

**المبحث الأول:** المسؤولية الجنائية للطبيب الناشئة عن عمليات الإخصاب الصناعي.

**المطلب الأول:** مسؤولية الطبيب عن جريمة إجراء عمليات الإخصاب الصناعي بالمخالفة لقانون المسؤولية الطبية الإماراتي.

**المطلب الثاني:** مسؤولية الطبيب عن جريمة زرع جنين أو لقائح غير بشرية أو مستنسخة في القانون الإنجليزي.

**المطلب الثالث:** مسؤولية الطبيب عن جريمة هتك العرض حال قيام الطبيب بعمليات الإخصاب الصناعي.

**المبحث الثاني:** المسؤولية الجنائية للطبيب الناشئة عن إجراء عمليات الاستنساخ التكاثري.

**المطلب الأول:** المسؤولية الجنائية للطبيب الناشئة عن إجراء عمليات

الاستنساخ البشري في القانون الإماراتي

**المطلب الثاني:** المسؤولية الجنائية للطبيب الناشئة عن إجراء عمليات

الاستنساخ التكاثري في القانون الأمريكي.

### **المطلب التمهيدي**

## **أساس المسؤولية الجنائية للطبيب عن الممارسات المستحدثة**

يتطلب البحث في أحكام المسؤولية الجنائية للطبيب عن تلك

الممارسات المستحدثة الوقوف على مفهوم العمل الطبي وما لحق به من تطور، ثم نعرض لأساس المسؤولية الجنائية للطبيب عن تلك الممارسات.

### **الفرع الأول**

#### **مفهوم العمل الطبي في ظل الممارسات المستحدثة**

من الجدير بالذكر أن مفهوم العمل الطبي قد أثار اهتمام الفقهاء والباحثين لعقود طويلة مضت، وكان ذلك بهدف الوقوف على مدلول واضح لما يعد عملاً طبياً يباح للطبيب ممارسته دون الوقوع تحت طائلة قانون العقوبات، وبين ما لا يعد كذلك، ويسأل عنه الطبيب جنائياً تحت أي وصف جنائي وارد بقانون العقوبات، أو أي نص قانوني آخر.

ومن الملاحظ أن المشرع الإماراتي لم يورد تعريفاً للعمل الطبي

سواء كان في القانون الاتحادي رقم (٧) لسنة ١٩٧٥م في شأن مزاوله مهنة الطب البشري، أو في القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨م، في شأن المسؤولية الطبية، تاركاً ذلك للفقهاء والقضاء.

وقد تعددت التعريفات الفقهية للعمل الطبي: منها القول بأنه

"النشاط الذي يتفق في كميته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه وفق المجرى العادي للأمر إلى شفاء المريض".

ويقرر هذا الفقه أن الأصل في العمل الطبي أن يكون علاجياً، أي

يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته، أو مجرد تخفيف آلامه،

ولكن يعد -أيضاً- من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة، أو مجرد الوقاية من المرض<sup>(١)</sup>.

وقد انتقد هذا التعريف من جانب بعض الفقه؛ لأنه لا يتضمن شروط مشروعية العمل الطبي، فقد يكون العمل من حيث موضوعه طبيًا، ولكن من حيث الشكل يفتقد المشروعية لممارسته من شخص غير طبيب أو بدون رضا المريض، أو لم يتوافر قصد العلاج أو بدون اتباع الأصول العلمية<sup>(٢)</sup>. لذلك عرفه البعض بأنه "كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانوناً به، بقصد الكشف عن المرض أو الحد منها، أو منع المرض، أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد، أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توافر رضا من يجرى عليه هذا العمل"<sup>(٣)</sup>.

وقد وسع بعض الفقه من مفهوم العمل الطبي ليشمل حالات التدخل، لتحسين الحالة الصحية للشخص، أو عضو من أعضائه، من ذلك جراحات التجميل التي تجرى ليس بقصد العلاج، كما تشمل جميع الأعمال الأخرى اللازمة لمزاولة مهنة الطب، مثل حيازة المواد المخدرة التي تستخدم للتدخل الجراحي، كما يشير هذا الفقه إلى أن مدلول العمل الطبي تعدى العمل العلاجي أو الوقائي، وأصبح الإنسان يلجأ إلى الطبيب ليس

(١) د/ محمود نجيب حسني "شرح قانون العقوبات القسم العام" الطبعة السادسة، ١٩٨٩، رقم ١٨٢، ص ١٧٦.

(٢) د/ حسن محمد ربيع "المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد" دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ٢٥.

(٣) د/ أسامة عبد الله قايد "المسؤولية الجنائية للأطباء" دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٥٩.

بفرض علاجه أو شفائه من مرض معين يعاني منه ، وإنما قد يطلب منه تنظيم حياته وحالته النفسية والصحية<sup>(١)</sup>.

ما سبق يدفعنا إلى القول بأن العمل الطبي منه ما هو تقليدي يتمثل في كل نشاط يمارسه الطبيب بقصد علاج المريض وتخفيف آلامه ، سواء اتخذ ذلك مراحل فحص المريض وتشخيص حالته ، ووصف العلاج ومتابعته ، لا سيما إذا كان العلاج يتطلب تدخلاً جراحياً.

ومنه ما هو حديث يتجه إلى علاج أمراضاً كانت تعد مستعصية على العلاج التقليدي ، مثل العقم الذي يتم التغلب عليه بطرق مستحدثة لم تكن معروفة من قبل ، من ذلك اكتشاف التقنية المساعدة على الإنجاب أو ما يعرف بالإخصاب الصناعي ، سواء أكان داخلياً يتم بحقن حيوان منوي من رجل ، وإدخاله في الموضع المناسب من المرأة لحدوث التخصيب ؛ وذلك للتغلب على المشاكل الجنسية التي يعاني منها ذلك الرجل ، أم كان خارجياً يتم بتخصيب بويضة المرأة بحيوان منوي للرجل في وسط معلمي خاص ، ثم يتم إدخال النطفة أو زرعها في رحم المرأة ، كما سنوضح في ثنايا البحث ، عند الحديث عن جريمة إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب للمرأة أو زرع جنين في رحمها المنصوص عليها في المادة (١٢) من قانون المسؤولية الطبية ، ومنه ما يتم ليس بقصد العلاج ، وإنما بقصد تنظيم جوانب من حياة الزوجين ، أو بفرض الحفاظ على صحة المرأة مستقبلاً ، من ذلك ما يقوم به الطبيب من أي عمل أو تدخل لتنظيم التناسل بين الزوجين عن طريق تباعد فترات الحمل ، أو ما يقوم به بقصد قطع التناسل للمرأة لأسباب يتخوف منها على حياتها ، أو تجعل من الحمل خطراً محققاً على حياتها ، من ذلك بلوغ المرأة سناً معينة ، أو إصابتها بأمراض مثل القلب تجعل من الحمل والولادة خطراً على حياتها.

(١) د/ صفوان محمد شديقات "المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية" دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٧٦.

ومن ذلك ما يقوم به الطبيب من إجهاض جنين يمثل استمراره خطراً على حياة الحامل أو ما يعرف بالإجهاض الضروري، الذي يستند إلى حالة الضرورة، ويستمد مشروعيته من توافر شروطها، أو ما يقوم به الطبيب من إجهاض جنين ثبت تشوّهه بناءً على تقرير صادر عن لجنة مختصة، وبشروط معينة<sup>(١)</sup>.

كما تقدم نكاد نجزم أن مفهوم العمل الطبي قد تطور لدرجة أنه لم يعد يقف عند حد علاج أو شفاء المريض، أو تخفيف آلامه، كما لا يقف عند غرض الوقاية من الأمراض أو الحد منها، بل إن المشرع أجاز تدخل الطبيب بإجراء جراحات التجميل التي لا تهدف إلى علاج الخاضع لها، وإنما تهدف إلى تحقيق غرض جمالي بحت<sup>(٢)</sup>، أو تركيب البدائل الصناعية، دون اشتراط أن تكون علاجية أو للوقاية من مرض معين<sup>(٣)</sup>، كما لو قام الطبيب باستبدال الأسنان الطبيعية لشخص بأخرى صناعية دون معاناته من أية آلام أو أمراض بها. فلم يشترط القانون في تركيب هذه البدائل أن تكون علاجية أو تعوض عضواً مفقوداً أو عاجزاً عن أداء عمله، وإنما كل ما اشترطه المشرع التأكد من ملاءمتها وعدم إضرارها بجسم الشخص. وبعد تهيئة جسمه لتقبلها<sup>(٤)</sup>.

- (١) المادة (١٣) بند (ثانياً) من قانون المسؤولية الطبية.
- (٢) د/ صفوان محمد شديقات، المرجع السابق، ص ٣٤٢، للمزيد راجع: د/ أنور أبو بكر هواني الجاف "مدى مشروعية جراحة التجميل ومسؤولية الأطباء" دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠١٠.
- (٣) يشير البعض إلى أن من تقسيمات البدائل الصناعية: البدائل العلاجية التي تهدف إلى علاج أو تعويض نقصاً في الشكل الجسماني أو الوظيفي للإنسان، والبدائل التجميلية: التي تعد نوعاً من الرفاهية والتجميل مثل اختيار عدسات ملونة للعين، أو تركيب أسنان ذهبية أو بلاستيكية نوعاً من التفاخر والتظاهر. انظر: د/ الهيثم عمر سليم "المسؤولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية" رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٦، ص ٨٤.
- (٤) المادة (١١) من قانون المسؤولية الطبية الاتحادي.



## الفرع الثاني

### أساس المسؤولية الجنائية للطبيب

من الثابت أن المسؤولية الجنائية عموماً تؤسس على الإدراك والتمييز وحرية الاختيار، بمعنى أن الإنسان حر في اختيار الطريق الذي يسلكه، وأن أعماله ترجع إلى محض اختياره بإرادته الحرة، فإذا انعدمت هذه الحرية، كما لو كان مجنوناً أو صغيراً، انعدمت مسؤوليته الجنائية<sup>(١)</sup>، وقد اعتنق المشرع الإماراتي مبدأ حرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية، وهو وإن لم يقرر ذلك صراحة، مثل نظيره المصري<sup>(٢)</sup>، ويستشف ذلك من نصوصه الواردة بقانون العقوبات الاتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ م، ومنها نص المادة (٦٠) عقوبات اتحادي بقولها "لا يسأل جنائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقداً الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل أو غيبوبة ناشئة عن عقاقير أو مواد مخدرة أو مسكرة أيا كان نوعها أعطيت له قسراً عنه أو تناولها بغير علم منه بها، أو لأي سبب آخر يقرر العلم أنه يفقد الإدراك والتمييز".

ثم يؤكد على ذلك في المادة (٦١) عقوبات اتحادي بقولها "إذا كان فقد الإدراك أو الإرادة ناتجاً عن عقاقير أو مواد مخدرة أو مسكرة تناولها الجنائي باختياره وعلمه عوقب على الجريمة التي وقعت ولو كانت تتطلب قصداً جنائياً خاصاً، كما لو كانت قد وقعت بغير تخدير أو سكر" كذلك في المادة (٦٤) عقوبات اتحادي بقولها "لا يسأل جنائياً من ارتكب جريمة ألبأنه

(١) انظر: د/ محمد عيد الغريب "شرح قانون العقوبات القسم العام" الايمان للطباعة، ٢٠٠٠/١٩٩٩، رقم ٥٧٢، ص ٨٧٩، ٨٨٠.

(٢) يستشف ذلك من نص المادة (٦٢) عقوبات مصري بقولها "لا يسأل جنائياً الشخص الذي يعاني وقت ارتكاب الجريمة من اضطراب نفسي أو عقلي أفقده الإدراك أو الاختيار، أو الذي يعاني من غيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها". تم استبدالها بالقانون رقم ٧١ لسنة ٢٠٠٩ م، الجريدة الرسمية العدد ٢٠ بتاريخ ٢٠٠٩/٥/١٤ م..

إليها ضرورة وقاية نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله من خطر جسيم على وشك الوقوع ولم يكن لإرادته دخل في حلولة.

وبالنسبة للمسؤولية الجنائية للطبيب عن ما يقع منه أثناء مزاولته مهنة الطب نجد الأمر لا يختلف من حيث الأساس الذي تقوم عليه، إذ لا يعدو الطبيب سوى إنسان، يشترط لقيام مسؤوليته الجنائية عن أفعاله الطبية أن يكون متمتعاً بالإدراك والتمييز وحرية الاختيار في ارتكابه الفعل. ومن ثم لا يعاقب الطبيب إذا كان وقت ارتكابه الفعل واقعاً تحت تأثير إكراه مادي أو معنوي، أو في حالة تخدير لا اختياري، أو ألجأته إلى الفعل ضرورة تتهدده أو غيره بمخطر جسيم على نفسه أو غيره، وهو ما أكدته المشرع الإماراتي في المادة (٥) من قانون المسؤولية الطبية<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة للإرادة الآتية في الجرائم الطبية<sup>(٢)</sup>، يشير البعض إلى أن القاعدة العامة في هذه الجرائم تقع في صورة الخطأ غير العمدى<sup>(٣)</sup>، ويتمثل في

(١) جاء بنصها: "يحظر على الطبيب ما يأتي: ٢- الامتناع عن علاج المريض في الحالات الطارئة أو الانقطاع عن علاجه في جميع الأحوال، إلا إذا خالف التعليمات التي حددها الطبيب، أو لأسباب خارجة عن إرادة الطبيب.

٦- الكشف السريري على مريض من جنس آخر بدون حضور ثالث وبغير موافقة المريض المسبقة، ما لم تقتض الضرورة ما يخالف ذلك".

(٢) يرجع ظهور هذا المصطلح بسبب تدخل المشرع بالتجريم والعقاب على الأعمال الطبية التي يمارسها الطبيب ويترتب عليها إلحاق الضرر بالمريض أو تنتهك حرمة جسده، انظر: د/ صفوان محمد شديفات، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٣) د/ صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص ١٨٠، وهو ما أشار إليه بعض الفقه أن الخطأ الطبي مازال قوام المسؤولية الطبية، سواء أكان خطأ مدنياً يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية، أم اعتبر أيضاً خطأ جنائياً يؤدي إلى قيام المسؤولية الجنائية. د/ أبو الوفا محمد أبو الوفا "تحديد المسؤولية الجنائية عن الخطأ في وسط الفريق الطبي" بحث مقدم إلى ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨م "جامعة الامارات، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة من ٨- ٩ / ديسمبر ٢٠٠٩م، ص ٣٩٥ =

الأخطاء التي يقتربها الطبيب عندما يمارس مهنة الطب، وترتب عليها نتيجة إجرامية يعاقب عليها القانون، سواء اتخذ صورة الخطأ دون توقع أو غير الواعي، حيث لا يتوقع الطبيب حدوث النتيجة، ولا يحول دون وقوعها رغم أنه كان في استطاعته ومن واجبه أن يتوقعها وفق المجرى العادي للأمور، أو اتخذ صور الخطأ مع التوقع أو الخطأ الواعي، حيث يتوقع الطبيب النتيجة الإجرامية ولا يتخذ الاحتياطات اللازمة والقدر الكافي من الحيلة والحذر لتجنب حدوثها، معتمداً على قدرته ومهارته في الحيلولة دون وقوعها<sup>(١)</sup>.

من جانبنا نؤكد على أن المسؤولية الجنائية للطبيب في ظل قانون المسؤولية الطبية رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨، تؤسس على الخطأ غير العمدي، سواء أكان خطأ مادياً أو فنياً، وقد تكفل المشرع بتحديد المقصود بالخطأ الطبي في المادة (١٤)، وحالات انتفاء المسؤولية الطبية الناجمة عن الخطأ في المادة (١٤/٢). كما تؤسس هذه المسؤولية على توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، إذا كان قصداً عاماً، أو يتطلب بالإضافة إليهما نية خاصة، إذا كان القصد خاصاً، من ذلك: جريمة إجراء أبحاث أو تجارب أو تطبيقات بقصد استنساخ كائن بشري (المادة ١٠/١) إلى غير ذلك من الجرائم العمدية التي نص عليها في قانون المسؤولية الطبية<sup>(٢)</sup>، ومن

---

= - ZAHEERUDDIN (M) "Fixing of civil or Criminal Liability on doctor or Surgeon - a Critical Study" seminar on : Medical Liability under the New Federal Law, No10 of 2008, 8-9 des. 2009, P: 115.

- (١) د/ صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص ١٨٠ - ١٨٣.
- (٢) كما انتهج المشرع الإماراتي نفس النهج في القانون الاتحادي رقم (٧) لسنة ١٩٧٥م، في شأن مزاوله مهنة الطب البشري، وعاقب على بعض الجرائم العمدية، ومنها: جريمة مزاوله مهنة الطب بدون ترخيص (المادة الأولى)، وجريمة إفشاء السر المهني (المادة ١٣) إلى غير ذلك من الجرائم العمدية التي تقع من الطبيب أثناء ممارسته المهنة.

ثم يمكن القول بأن مسؤولية الطبيب عما يرتكبه من جرائم أثناء أو بسبب عمله الفني لا تختلف عن مسؤولية غيره، أي تخضع للقواعد العامة حسب توافر القصد من عدمه، فإذا كان متعمداً الفعل مريداً نتيجه تكون الجريمة عمدية، وإذا كان غير متعمد الفعل ولا يريد نتيجه كانت الجريمة غير عمدية<sup>(١)</sup>.

### المبحث الأول

### المسؤولية الجنائية للطبيب الناشئة عن إجراء

### عمليات الإخصاب الصناعي

أشرنا إلى أن العلماء قد توصلوا إلى أساليب فنية طبية تساعد المرأة على الإنجاب إذا كان زوجها يعاني من مشكلات طبية تحول دون حدوثه، كما لو كان عقيماً<sup>(٢)</sup> أو عاجزاً عن إقامة علاقة جنسية طبيعية مع زوجته أو لديه أو لدى الزوجة مشكلة تمنع وصول المنى إلى الموضع المناسب للتخصيب وحدث الحمل، إلى غير ذلك من الأسباب التي تمنع الإنجاب لدى المرأة، ومن ثم ظهرت فكرة الإخصاب الصناعي بأسلوب تلقيح المرأة، سواء أكان التلقيح داخلياً أم خارجياً، وبالرغم من أهمية هذه العمليات فقد خلفت وراءها بعض المشاكل القانونية التي أثار خلافات في أوساط الفقه والقضاء والتشريع حول مدى مشروعيتها ومسؤولية الطبيب في حال تطبيقها<sup>(٣)</sup>، وقد حسم المشرع الإماراتي موقفه بالنسبة للإنجاب الصناعي ومسؤولية الطبيب عنه بنص المادة (١٢) من قانون المسؤولية

(١) د/ عبد الوهاب البطراوي "المسؤولية الجنائية للأطباء" المجلة العربية للدراسات

الأمية والتدريب، المجلد ١٦، العدد ٣١، محرم ١٤٢٢، ص ٤٧، ٤٨.

(٢) للمزيد عن علاج العقم باستخدام تكنولوجيا الإخصاب الصناعي انظر:  
-FORD (N. M), op. cit, P:155- 159

(٣) د/ محمد عبد الوهاب الخولي "المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة" دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بدون ناشر، ١٩٩٧م، رقم ١٧، ص ٢٢.

الطبية ١٠ لسنة ٢٠٠٨م<sup>(١)</sup>، حيث إجاز للطبيب القيام بتلك العمليات بشروط معينة أوردها نص المادة السابقة، ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب جنائياً إذا باشر هذه العمليات بالمخالفة لتلك الشروط، وقد تناول المشرع الإماراتي جانباً من جوانب هذه المسؤولية، بموجب نص المادة (١٢) من قانون المسؤولية الطبية، بيد أن ثمة جانب آخر يمكن بحثه في نطاق القسم الخاص لقانون العقوبات الاتحادي، حيث تقوم مسؤولية الطبيب عن جريمة هتك عرض سواء بالرضاء أو بدون رضاء.

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول لدراسة مسؤولية الطبيب عن جريمة إجراء عمليات الإخصاب الصناعي بالمخالفة للشروط المنصوص عليها، ونخصص المطلب الثاني لدراسة مسؤولية الطبيب عن جريمة هتك عرض حال إجرائه عمليات الإخصاب الصناعي على المرأة بالمخالفة للشروط المنصوص عليها، على أن سبق هذين المطلب بيان المقصود بالإخصاب الصناعي وأنواعه.  
أولاً- تعريف الإخصاب الصناعي<sup>(٢)</sup>:

- (١) بخلاف المشرع المصري الذي لم يتعرض لمدى مسؤولية الطبيب عن عمليات الإخصاب الصناعي لاسيما ما يقع بين غير الزوجين سواء في قانون مزاولة مهنة الطب رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤م، أو قانون العقوبات.
  - (٢) تجدر الإشارة إلى أن البعض يطلق عليه مصطلح (التلقيح الصناعي) بالنظر إلى أنه يقوم على فكرة إدخال الحيوان المنوي للرجل في المكان المخصص للتخصيب داخل الرحم، أو إدخال النطفة الملقحة خارجياً داخل رحم المرأة. انظر: د/ شوقي زكريا الصالحي "التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية" دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- كما تجدر الإشارة إلى أن البعض يعتقد أن الإنجاب أو التلقيح الصناعي سواء أكان داخلياً أم خارجياً مرادف للاستنساخ البشري، على اعتبار أنهما أسلوبان جديشان في إنتاج الجنس البشري، ولكن نؤكد على اختلاف كل منهما في أكثر من وجه، راجع: د/ حسيني هيكمل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية" دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٧، ص ٢٤٢- ٢٤٤، د/ شوقي زكريا الصالحي "التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية" مرجع سابق، ص ٣٤٩، ٣٥٠، د/ عبد الرحمن علي صقر العطايوي "تحقيق في المبررات =

لم يتعرض المشرع الإماراتي لوضع تعريف للإنجاب الصناعي في قانون المسؤولية الطبية، وترك ذلك للفقه والقضاء، وقد عبر المشرع الإماراتي عن عمليات الإخصاب الصناعي بإجراء التقنية المساعدة على الإنجاب أو زرع جنين في رحم المرأة.

وخيراً فعل المشرع الإماراتي؛ لأن وضع التعريفات ليست مهمة التشريع بقدر أنها من مهام الفقه والقضاء، وقد ذكر البعض تعريفاً عاماً للإنجاب الصناعي بأنه "كل إنجاب خارج عن العملية الطبيعية أو خارج الإنجاب الطبيعي"<sup>(١)</sup>، كما عرفه البعض بأنه "إدخال السائل المنوي إلى مهبل المرأة حتى يصل إلى عنق الرحم بوسائل اصطناعية"<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً - أنواع التلقيح أو الإخصاب الصناعي:

يتميز البعض بين نوعين للتلقيح الصناعي<sup>(٣)</sup>، أولهما التلقيح الداخلي ويعرف بأنه "عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة بالتحقق من إدخال مني الزوج إلى الزوجة أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي"<sup>(٤)</sup>، أو بأنه "عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة

---

= العلمية والشرعية لتقنيات التخصير الجيني العلاجي والاستنساخ العلاجي وبحث في بدائلها الحديثة لتجنب محاذيرها العلمية والشرعية" مرجع سابق، ص ١٧٣٧، ١٧٣٨.

-See: FORD (N. M), op. cit, P: 159.

(١) د/ ممدوح محمد خيرى هاشم "الإخصاب الصناعي في القانون المدني" دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ١٩٩٦، ص ١٩.

(2) "Introduction of semen into the vagina or cervix by artificial means" JENSEN (B.J) "Artificial Insemination and the Law" Brigham Young University Law Review, 1982, P: 935.

(٣) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي قد استخدم تعبير (إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب) للدلالة على التلقيح الصناعي الداخلي، بينما استخدم تعبير (زرع جنين في رحم المرأة) للدلالة على التلقيح الصناعي الخارجي.

(٤) د/ شوقي زكريا الصالحى "مرجع سابق، ص ١١، د/ كامل عبد العزيز محمد الجوانب القانونية والشرعية التي تثيرها عمليات نقل خلايا الجسم" رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٧، ص ٢٤٥.

عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها أو لأحد الأغيار في رحمها" (١).

وثانيهما التلقيح الخارجي أو ما يعرف (بأطفال الأنابيب) وهو عملية طبية يتم فيها التقاء البويضة مع الحيوان المنوي خارج الرحم في أنابيب، ثم يتم إعادة البويضة الملقحة أو المخصبة إلى الرحم لاستكمال مراحل نموه (٢)، أو بأنه "سحب بويضة أو أكثر من مبيض الزوجة عن طريق تدخل جراحي بعد استئثارها بواسطة هرمونات منشطة، ثم توضع هذه البويضة أو البويضات في وسط ملائم ومغذ في وجود نطفة الرجل (المني) ليتم الإخصاب، وبعد مرور بعض الوقت يتم نقل البويضة أو البويضات المخصبة إلى رحم المرأة التي أعدت خصيصا لاستقبالها من خلال المعالجة الهرمونية" (٣). في حين يميز البعض الآخر بين نوعين من التلقيح الصناعي ARTIFICIAL INSEMINATION الأول ويطلق عليه التلقيح الصناعي من الزوج (AIH) ويتم بأخذ السائل المنوي منه وتحقن به الزوجة في المكان المخصص للتخصيب فيها، والثاني التلقيح الصناعي من الغير (AID) ويتم بأخذ السائل المنوي من متبرع مجهول أي طرف ثالث غير الزوج، ويلجأ إليه عندما يكون الزوج ليس لديه حيوانات منوية حية، أو مصاب بعقم إكلينيكي، أو لديه مرض وراثي خطير أو وجود عدم توافق بين الزوج والزوجة (٤).

(١) محمد المرسي زهرة "الإخصاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية" دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٩٢ - ١٩٩٣، ص ٥٦.

(٢) د/ نشوقي زكريا الصالح، مرجع سابق، ص ٦١.

(٣) د/ رضاء عبد الحليم عبد المجيد "النظام القانوني للإنجاب الصناعي" رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٧٦.

(4) (AIH) referred to Artificial Insemination of Husband, (AID) referred to Artificial Insemination of Donor. See: CASTILLO (D.G), HONG (A.Y) and Others, "A Legal Perspective on Artificial Insemination" Philippine Law Journal, Vol. 51,=

## المطلب الأول

### مسؤولية الطبيب عن جريمة إجراء عمليات الإخصاب الصناعي بالمخالفة لقانون المسؤولية الطبية الإماراتي

**النص القانوني:** نصت المادة (١٢) من قانون المسؤولية الطبية على أنه "لا يجوز إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب للمرأة أو زرع جنين في رحمها إلا من الزوجين وبناء على موافقتهما على ذلك كتابة، وبشرط أن يكون ذلك أثناء قيام الزواج الشرعي بينهما".

من النص السابق يتبين أن المشرع الإماراتي لم يحظر إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب للمرأة التي لديها أو زوجها مشاكل طبية بشكل نهائي، وإنما نظم ذلك بوضع الإجراءات والشروط اللازمة بما يحقق غاية معينة يحرص المشرع على تحقيقها، وبذلك يكون المشرع الإماراتي قد حسم النقاش والجدل الفقهي حول مدى مشروعية الإخصاب أو الإخصاب الصناعي للمرأة سواء من الناحية الشرعية أو القانونية<sup>(١)</sup>، ثم قرر المشرع جزاءً جنائياً لمخالفة ذلك بموجب نص المادة (٢٩) من قانون المسؤولية الطبية بقولها: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن (٢٠٠,٠٠٠) مائتي ألف درهم ولا تزيد على (٥٠٠,٠٠٠) خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف حكم أي من أحكام المادتين (١٠/١) و (١٢) من هذا القانون".

=1976, P: 142, 143; JENSEN (B.J) "Artificial Insemination and the Law" op .cit, P: 936.

- (١) حول هذا النقاش والخلاف راجع: د/ محمد عبد الوهاب الخولي، مرجع سابق، رقم ٢١ وما بعده، ص ٢٦ وما بعدها، د/ حسيني هيكل "مرجع سابق، ص ١٤٠ وما بعدها، د/ شادية الصادق الحسن "حكم الإسلام في التلقيح الصناعي" مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، العدد الثاني، فبراير، ٢٠١١، ص ٣ وما بعدها، د/ سعدي اسماعيل البرزنجي "المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الحديثة" مرجع سابق، ص ٢٣.



## علة التجريم:

ذكرنا أن المشرع الإماراتي لم يحظر إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب بشكل نهائي، وإنما وضع الشروط اللازمة لذلك بما يضمن عدم الانحراف بهذه التقنية عن جادة الصواب، والخروج عن الغاية التي تهدف إليها، والمتمثلة في مساعدة المرأة التي لديها أو زوجها مشكلات طبية تمنع الإنجاب أو التخصيب لديها.

ولاشك في أن المشرع يهدف من العقاب على مخالفة هذه الشروط إلى تحقيق أحد مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو حفظ النسل، إذ إن إجراء تقنيات المساعدة على الإنجاب أو زرع جنين في رحم المرأة بالمخالفة للشروط الواردة بالمادة المذكورة، لا سيما شرط أن يكون التلقيح من الزوجين ليس فيه طرف آخر، يؤدي إلى اختلاط الأنساب وهذا ما لا يرضاه الله تعالى، وحرصت الشريعة على ضمانه بتشريع الزواج بين الرجل والمرأة.

وقد تأكد ذلك بالفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية عام ١٩٨٠م<sup>(١)</sup>، وجاء بها "تلقيح الزوجة بمني رجل غير زوجها؛ سواء لأن الزوج ليس به مني أو كان به ولكنه غير صالح، محرم شرعاً؛ لما يترتب عليه من الاختلاط في الأنساب". بل إن الأمر وصل إلى حد القول باعتبار تلقيح المرأة بمني غير زوجها يعد زناً شرعاً، وهو ما جاء بالفتوى السابقة بقولها: "ففي هذه الطريقة من التلقيح إذا حدث بها الحمل معنى الزنا ونتائجه، والزنا محرم قطعاً بنصوص القرآن والسنة"، وهو ما أكدته مجلس مجمع الفقه الإسلامي عام ١٩٨٦م من تحريم التلقيح إذا كان الحيوان المنوي

(١) الفتوى رقم (٦٣) دار الإفتاء المصرية، بتاريخ ٢٣/ مارس/ ١٩٨٠، مجموعة الفتاوى الإسلامية الصادرة عن دار الإفتاء، المجلد التاسع، رقم ١٢٢٥، ص ٣٢١٣/٣٢٢٨، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، ص ١١٥.

لرجل غير الزوج، أو كانت البويضة لامرأة أخرى غير الزوجة، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه الغربي قد حاول تكييف فعل التلقيح الصناعي من الغير (أي بواسطة شخص غير الزوج) على اعتبار أنه زنا من الزوجة، بينما يؤكد جانب آخر من الفقه أن تعريف الزنا باعتباره علاقة جنسية أو اتصال جنسي بين امرأة متزوجة ورجل غير زوجها، لا ينطبق على فعل التلقيح الصناعي<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الأول أركان الجريمة

تتكون الجريمة محل الدراسة من ركنين أساسيين هما: الركن المادي بعناصره السلوك والنتيجة وعلاقة السببية، والركن المعنوي الذي يأخذ صورة القصد الجنائي، وذلك على النحو التالي:  
أولاً- الركن المادي:

يتكون الركن المادي في هذه الجريمة من سلوك إجرامي يتمثل في إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب أو زرع جنين في رحم المرأة، وما

---

(١) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم (١٦) في دورته الثالثة، بالمملكة الأردنية الهاشمية، في الفترة من ٨ - ١٣ صفر ١٤٠٧هـ، الموافق ١١ - ١٦ أكتوبر ١٩٨٦م، حيث جاء بالقرار "أولاً: الطرق الخمس التالية محرمة شرعاً، وممنوعة منعاً باتاً لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية:

- الطريقة الأولى: أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم زوجته.
- الطريقة الثانية: أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

(2) See: JENSEN (B.J) "Artificial Insemination and the Law" op. cit, P: 956-964, CASTILLO (D.G), HONG (A.Y) and Others, "A Legal Perspective on Artificial Insemination" op. cit, P: 145-149.

يترتب على ذلك من حدوث الحمل أو التخصيب لدى المرأة، مع توافر علاقة سببية بين السلوك والنتيجة التي ترتبت عليه. بالإضافة إلى مخالفة الطبيب للشروط الواردة بنص المادة (١٢) سالف الذكر:

#### السلوك الإجرامي:

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي لم يحدد سبل التقنية المساعدة على الإنجاب<sup>(١)</sup> في المادة (١٢) سالف الذكر، ثم ذكر عبارة (أو زرع جنين في رحمها)، وقد أشرنا إلى سبل التقنية المساعدة على الإنجاب تعبر عن التلقيح الصناعي الداخلي، بينما يعبر المشرع عن التلقيح الخارجي بعبارة (زرع جنين في رحم المرأة).

ومن استعراض التعريفات والتقسيمات التي ساقها الفقه للتلقيح أو الإخصاب الصناعي، يتبين أن السلوك الإجرامي قد يأخذ صورة سحب عينة من السائل المنوي للرجل، وحقنه في الموضع المناسب داخل مهبل المرأة، بحيث يتم الإخصاب داخل الرحم بشكل طبيعي، ويراعى أن يتم إدخال الحيوانات المنوية للرجل في زمن الإباضة عند المرأة، مع ضرورة تجهيز الرحم لاستقبال النطفة، لكي يحدث التخصيب، وبحيث يكون الرحم قادراً على الاحتفاظ بالبويضة الملقحة أو المخصبة بداخله، ثم تسيير الأمور بعد ذلك في مرحلة تكوين العلقة، وما بعدها من مراحل نمو الجنين. إذاً يمكن القول أن هذه الصورة للسلوك الإجرامي تنحصر في مجرد نقل السائل المنوي من الرجل وإيصاله إلى داخل رحم المرأة، ثم يتوقف

(١) يعرفها بعض الفقه بأنها "كل العمليات والإجراءات والتي تتضمن التعامل في البويضات والأجنة".

L.B. Andrews "CLONING HUMAN BEINGS: The Current and Future Legal Status of Cloning" P: F22, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu/nbac/pubs/cloning2/cc6.pdf>

دور الطبيب عند هذا الحد، لتواصل النطفة التي تم زرعها في رحم المرأة طريقها إلى النمو والتطور<sup>(١)</sup>.

كما قد يأخذ السلوك الإجرامي صورة أخذ عينة السائل المنوي للرجل، ثم يتم سحب البويضة من المرأة، ويتم وضع السائل المنوي مع البويضة في أنبوب مجهز لذلك داخل المعمل أو المختبر، وبعد أن يتم التقاء الحيوان المنوي مع البويضة ويحدث التخصيب يتم إعادة هذه البويضة المخصبة أو الملحقة إلى داخل الرحم؛ لتواصل مراحل النمو بداخله<sup>(٢)</sup>.

(ب) مخالفة الشروط اللازمة للإخصاب الصناعي الواردة بالقانون:

جدير بالذكر أن المشرع الإماراتي لم يجعل من مجرد إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب أو زرع الجنين في رحم المرأة جريمة أو سلوكاً معاقباً عليه، وإنما سمح بذلك في إطار شروط وضوابط معينة، إذا التزم الطبيب بها فلا مسؤولية جنائية في حقه، ولا يعد فعله جريمة معاقباً عليها، وعلى العكس إذا خالفها ولم يلتزم بها أصبح فعله مجرماً ولا يستحق العقاب المقرر في المادة (٢٨) من قانون المسؤولية الطبية.

وعليه لا يكفي لقيام الجريمة محل البحث قيام الطبيب بارتكاب أي من الخطوات أو الأساليب التي عرضنا لها سلفاً، بغرض مساعدة امرأة على الإنجاب أو زرع جنين في رحمها، وإنما يتطلب الركن المادي في الجريمة أن يكون فعل الطبيب مخالفاً للشروط الواردة بنص المادة (١٢) من ذات القانون، وهي:

(١) انظر: د/ حسيني هيكل، مرجع سابق، ص ١٢٩، د/ عبد النبي محمد محمود الاعتداء على الجنين وسيلة حمايته "بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠١١، ص ١٦٧، ١٦٨.

- JENSEN (B.J) "Artificial Insemination and the Law" op. cit, P: 935-936.

(٢) انظر: د/ حسيني هيكل، مرجع سابق، ص ٢٣٨ - ٢٤١، د/ عبد النبي محمد محمود، مرجع سابق، ص ١٦٤ - ١٦٦.

- JENSEN (B.J), op. cit, P: 936- 937.

## ١- يتم إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب من الزوجين:

بمعنى أن يكون السائل المنوي الذي أدخل في رحم الزوجة يخص الزوج، وتكون البويضة التي لقحت تخص الزوجة، أما إذا قام الطبيب بأخذ السائل من رجل آخر، ووضعه في الموضع المناسب داخل رحم الزوجة بقصد حدوث الحمل يسأل هذا الطبيب عن جريمة إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب بالمخالفة لنص المادة (١٢) سالفه الذكر (التلقيح الصناعي الداخلي)، وقد يلجأ الطبيب إلى ذلك إذا كان الزوج ليست لديه قدرة على الإخصاب، أي ليست لديه حيوانات منوية حية، وصالحة للإخصاب في سائله، مع رغبة الزوجين في الإنجاب ما يدفع الطبيب - بالتواطؤ معهما - بمقنن الزوجة بسائل منوي يخص رجل آخر، فيحدث التخصيب للزوجة داخل الرحم<sup>(١)</sup>.

وقد ساعد على انتشار وشيوع هذا الأسلوب - لاسيما في الدول الغربية - ظهور ما يعرف بـ (بنوك المنى)، حيث يأخذ المنى من مائع بمقابل مادي أو بدونه، ثم تحفظ في ثلاجات خاصة بواسطة النيتروجين السائل عند درجة (١٨٠°) تحت الصفر، ثم يعطى ذلك المنى إلى النساء اللاتي يرغبن في الإنجاب إذا كان أزواجهن يعانون من عدم وجود حيوانات منوية على الإطلاق<sup>(٢)</sup>.

كما يتطلب هذا الشرط أن تكون النطفة التي لقحت أو خصبت خارج الرحم تخص الزوج والزوجة معاً، وليس فيها طرف ثالث، ويقصد بالطرف الثالث شخص من الغير، سواء أكان رجلاً غير الزوج هو صاحب الحيوانات المنوية التي لقحت أو خصبت ببويضة الزوجة، أو كانت امرأة أخرى غير الزوجة التي خصبت أو لقحت ببويضتها بسائل الزوج، ثم يتم

(١) انظر: د/ محمد عبدالوهاب الخولي، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٢) د/ حسيني هيكل، مرجع سابق، ص ١٣٥، د/ كامل عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص ٢٣٤ وما بعدها.

وضع البويضة الملقحة أو المخصبة في الحالتين في رحم الزوجة ، فيحدث الحمل ويأخذ الجنين في استكمال مراحل نموه وتطوره بشكل طبيعي ، في هذه الحالة يسأل الطبيب عن جريمة زرع جنين في رحم المرأة (التلقيح الصناعي الخارجي) بالمخالفة للشروط الواردة بالمادة (١٢) سالفه الذكر ، وقد يلجأ الطبيب إلى هذه الطريقة إذا كان الزوج يعاني من عقم نهائي فيستعين بمنى رجل آخر ، أو كانت الزوجة لديها خلل في المبيض يؤدي إلى عدم قدرتها على إنتاج البويضات مع قدرتها على الحمل ، فيستعين ببويضة امرأة أخرى ، كما ينصرف معنى عبارة (زرع جنين في رحمها) في صدر المادة (١٢) من القانون إلى الحالة التي يتم فيها تلقيح بويضة تخص امرأة غير الزوجة بحيوان منوي يخص رجل غير الزوج ، أي أن النطفة الملقحة أو المخصبة لا تخص الزوجين معاً ، ولكن يتم زرع هذه النطفة في رحم الزوجة المجهز لاستقبالها ، ثم ينمو الجنين بداخل رحمها بشكل طبيعي ، ويحدث ذلك إذا كان الزوج يعاني العقم والزوجة تعاني خلل في المبيض ، مع قدرة الرحم لديها على استقبال الجنين بشكل طبيعي تماماً<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: د/ محمد عبد الوهاب الخولي ، مرجع سابق ، رقم ٦٨ ، ص ٩٢ ، ٩٣ ، د/ حسيني هيكل ، مرجع سابق ، ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .

جدير بالذكر أنه إزاء عدم وجود نص خاص بعمليات التلقيح الصناعي في قانون العقوبات المصري ، فقد حاول بعض الفقه تكييف فعل نقل النطف أو الأمشاج الملقحة من الغير في ضوء القواعد العامة تحت وصف جرائم العرض ، خصوصاً جرمتي الزنا وهتك العرض ، انظر: د/ مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، مرجع سابق ، رقم ٢١٩ وما بعده ، ص ٢٧١ وما بعدها. وهو ما أثاره بعض الفقه المقارن في سبعينات القرن الماضي راجع:

- CASTILLO (D.G), HONG (A.Y) and Others, "A Legal Perspective on Artificial Insemination" op. cit., P: 145, KEVLES (D. J) "Human Cloning Is Inevitable" paper in: WOODWARD (J) "The Ethics of Human Cloning" op .cit, P:50- 52.

## استئجار الأرحام (١):

جدير بالذكر أن المشرع الإماراتي لم يتعرض لفرض تأجير رحم امرأة غير الزوجة وزرع الجنين أو النطفة التي تخص الزوج والزوجة في رحمها، فقد يحدث أن يكون رحم الزوجة معيماً وغير قادر أو غير صالح للاحتفاظ بالجنين أو النطفة الملقحة من زوجها، هذا مع قدرتها على إنتاج بويضات صالحة للإخصاب، وقدرة زوجها على إنتاج حيوانات منوية قوية وصالحة للتخصيب أو التلقيح، في هذه الحالة قد يلجأ الطبيب إلى أخذ بويضة الزوجة وتلقيحها بحيوان منوي من زوجها في أنبوب مجهز لذلك، ثم يتم إدخال البويضة المخصبة أو الملقحة أو زرعها داخل رحم امرأة أخرى متطوعة، تسمى صاحبة الرحم المعار أو المستأجر أو الأم البديلة، بحيث تكون مهمتها الحمل والاحتفاظ بالنطفة المخصبة نيابة عن الزوجة، ثم يتم إعطاء المولود إلى الزوج والزوجة صاحبي النطفة أو البويضة المخصبة.

وتجدر الإشارة إلى أن موضوع استئجار الأرحام (٢) قد أثار خلافاً حول

(١) يطلق عليه عدة مصطلحات منها: استئجار الأرحام، الحمل لحساب الغير، الأمومة البديلة، والأرحام المستعارة، والرحم الظئر، انظر: د/ شوقي زكريا الصالحى، مرجع سابق، ص ٩٦، د/ حبيب سيف سالم الشانسي، مرجع سابق، ص ٣٤١، د/ عارف على عارف "الأم البديلة أو الرحم المستأجر" رؤية إسلامية، مجلة إسلامية المعرفة، المعهد العالي للفكر الإسلامي، جامعة بيروت الإسلامية، عدد ١٩، السنة الخامسة، ١٩٩٩، ص ٨٦، د/ فايز عبدالله الكندري، الهندسة الوراثية والاستنساخ الجيني البشري، مرجع سابق، ص ١٧٢٤ - ١٧٢٥.

(٢) عرفه الفقه بأنه "استخدام رحم امرأة لحمل لقريحة مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة أخرى - غالباً ما يكونا زوجين - فتحمّل الجنين، ثم تلده، ثم يتولى الزوجان رعاية المولود، ويكون ولداً قانونياً لهما" د/ عارف على عارف "الأم البديلة أو الرحم المستأجر" مرجع سابق، ص ٨٦، كما عرف بأنه "موافقة امرأة على حمل بويضة ملقحة لا تنسب إليها، وذلك لحساب امرأة أخرى وتسليم المولود لها بعد ولادته، د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

مشروعيته بين رجال الفقه الإسلامي وفقهاء القانون، وقد فرقوا بين ما إذا كانت المرأة الحاضنة أو صاحبة الرحم المستاجر أو المستعار زوجة للرجل صاحب الحيوان المنوي أم امرأة أجنبية عنه، حيث ذهب مجلس الجمع الإسلامي إلى القول بتحريم الصورة الثانية؛ لأنها تتضمن إدخال نطفة رجل في رحم امرأة لا تربطه بها علاقة زوجية، بينما تردد المجلس بالنسبة للصورة الأولى، فقد أجازها على اعتبار أن المرأة الأخرى ليست أجنبية عن الرجل، وبينهما علاقة زوجية معتبرة شرعاً، ثم عدل عن ذلك وأكد على تحريمها مثل الصورة الثانية قائلاً "إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بيضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انشداد رحمها على حمل اللقيحة بسبب معاشرته الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة، ثم تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرته الزوج..."<sup>(١)</sup>.

ولذلك نوصي بضرورة تدخل المشرع الإماراتي بالنص صراحة على تحريم ما يعرف باستئجار الأرحام سواء في صورته الأولى أو الثانية، حفاظاً على نقاء الأنساب وعدم اختلاطها، ومنعاً للمشكلات الاجتماعية التي تنجم عن شيوع هذه التقنية.

(١) قرار الجمع الفقهي الإسلامي في دورة الثانية، مكة المكرمة، في الفترة من ٢٨ ربيع الآخر سنة ١٤٠٥هـ، إلى ٧ جمادى الأولى سنة ١٤٠٥هـ، الموافق ١٩ - ٢٨ يناير ١٩٨٥م، والقرار رقم (١٦) في الدورة الثالثة، بالمملكة الأردنية الهاشمية، في الفترة من ٨ - ١٣ صفر ١٤٠٧هـ، الموافق ١١ - ١٦ أكتوبر ١٩٨٦م، جاء في القرار "أولاً: الطرق الخمس التالية محرمة شرعاً، ومنوعة منعاً باتاً لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية:

- الطريقة الثالثة: أن يجري تلقيحاً خارجياً بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.
- الطريقة الخامسة: أن يجري تلقيحاً خارجياً بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى." مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الأول، ص ٤٢٣.



## ٢- موافقة الزوجين على التقنية المساعدة على الإنجاب:

اشترط المشرع الإماراتي موافقة الزوجين معا على إجراء التقنية المساعدة للمرأة على الإنجاب أو زرع جنين في رحمها، ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب عن الجريمة المنصوص عليها في المادة (١٢) من قانون المسؤولية الطبية والمعاقب عليها بموجب المادة (٢٨) من ذات القانون إذا أجرى عمليات الإخصاب الصناعي بدون موافقة من الزوجين، أو بموافقة أحدهما دون الآخر، وعليه يمكن القول بأن المشرع الإماراتي جعل من رضا أو موافقة الزوجين سبباً في إباحة ومشروعية عمليات الإخصاب الصناعي<sup>(١)</sup>.

ولكن ما يثير الانتباه في هذه الحالة، هو بحث مدى مسؤولية الطبيب جنائياً عن جرائم أخرى بفعل إجراء عملية التلقيح الصناعي بدون موافقة الزوجين، وهو ما سوف نعرضه في المطلب الثاني تفصيلاً، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي لم يكتفِ باشتراط موافقة الزوجين على إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب أو زرع جنين في رحمها فحسب، وإنما حدد شكلاً معيناً للموافقة، بأن تكون كتابة، ومن ثم لا تكفي الموافقة الشفوية الصريحة، ومن باب أولى لا تكفي الموافقة الضمنية.

## ٣- يتم إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب أثناء قيام الزواج الشرعي:

جدير بالذكر أن المشرع الإماراتي لم يكتفِ بأن يكون الإخصاب الصناعي من الزوجين وبموافقتهما كتابة على النحو الذي أوضحناه سابقاً، وإنما اشترط أن يتم في ظل قيام رابطة زوجية معتبرة شرعاً، أي تتوافر فيها كل الشروط الواجبة والمتفق عليها في الزواج، ونعتقد في أن المشرع الإماراتي قد أحسن صنعا في اشتراط ذلك، منعاً لأي تقنيات مستحدثة تمكن الزوجة من إجراء الإخصاب الصناعي بعد انفصام الرابطة الزوجية

(١) د/ محمد عبد الوهاب الخولي، مرجع سابق، رقم ٤٢، ص ٥٥.

بينها وبين زوجها لأي سبب، سواء بالوفاة أو الطلاق، هذا ما يدفعنا إلى بحث الإخصاب الصناعي الذي يحدث بعد وفاة الزوج أو بعد الطلاق.

#### • الإخصاب الصناعي بعد وفاة الزوج:

يحدث ذلك عملياً عن طريق الاحتفاظ بالسائل المنوي للزوج في أحد المراكز المتخصصة في ذلك أو ما يعرف بـ (بنوك المنى) حيث تبقى الحيوانات المنوية صالحة للإخصاب، وتلقيح الزوجة بعد فترة من الاحتفاظ بها، ما يسهل لها إجراء عملية التلقيح حتى بعد وفاة زوجها<sup>(١)</sup>، وبالرغم من الخلاف حول مدى مشروعية ذلك<sup>(٢)</sup> نجد المشرع الإماراتي ينص صراحة على معاقبة الطبيب الذي يجري عملية إخصاب صناعي للزوجة بعد وفاة زوجها مع علمه بذلك، كما تسأل الزوجة بوصفها شريكة بالتسبب إذا توقفت سلوكها عند مجرد الاتفاق مع الطبيب على ذلك، وتجدر الإشارة إلى أن الفقه يميز بين التلقيح الذي يتم بعد وفاة الزوج وبعد إنقضاء عدة المتوفي حيث أجمع على تحريمه، وبين التلقيح بعد الوفاة وقبل إنقضاء العدة، حيث اختلف الفقه الإسلامي وكذلك الفقه القانوني حول مدى مشروعيته<sup>(٣)</sup>.

#### • الإخصاب الصناعي بعد حدوث الطلاق:

نميز هنا بين نوعي الطلاق، فإذا كان رجعيًا وتمت عملية الإخصاب الصناعي خلال فترة العدة، كما لو كانت الزوجة تحتفظ

(١) المرجع السابق، ص ٢٣٤ وما بعدها.

(٢) حول هذا الخلاف انظر: د/ محمد عبد الوهاب الخولي، مرجع سابق، رقم ٣١، ص ٣٨، ٤١، د/ محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٩٧، د/ على حسين نجيد "التلقيح الصناعي وتغيير الجنس" الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ١١ - ٢٢، د/ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، رقم ٢٠١، ص ٢٤١.

(٣) انظر: د/ كامل عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص ٢٥٨ وما بعدها، د/ شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص ٥١ وما بعدها، د/ محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ص ٣٨ وما بعدها.

بالسائل المنوي لزوجها في أحد بنوك المنى بالاتفاق معه، ثم تلجأ إلى الطبيب لإجراء تلقيح بويضة منها بحيوان منوي من سائله، فلا جريمة في ذلك بعد التأكد من موافقة الزوج كتابة؛ لأن هذا الطلاق لا يزيل الملك ولا يرفع الحل، كما أجمع الفقهاء، وعليه تكون رابطة الزوجية قائمة بين الزوجين<sup>(١)</sup>.

يختلف الأمر تماماً إذا تم الإخصاب الصناعي بعد وقوع الطلاق البائن سواء أكان بائناً بينونة صغرى بانقضاء العدة من طلاق رجعي، أم كان بائناً بينونة كبرى بالطلق الثالثة، حيث يسأل الطبيب عن الجريمة المنصوص عليها في المادة (١٢) من قانون المسؤولية الطبية باعتباره فاعلاً، كما تسأل الزوجة باعتبارها شريكة معه بالاتفاق أو غيره من وسائل الاشتراك في الجريمة وفق المادة (٤٥) عقوبات اتحادي؛ وذلك لأن هذا الطلاق يزيل الملك ويرفع الحل كما أجمع الفقهاء، وعليه تكون رابطة الزوجية قد انفصلت بين الزوجين<sup>(٢)</sup>.

وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الاتحادي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥م، في المادة (١٠٤) بقولها "الطلاق نوعان: رجعي وبائن:

- ١- الطلاق الرجعي لا ينهي عقد الزواج إلا بانقضاء العدة.
- ٢- الطلاق البائن ينهي عقد الزواج حين وقوعه، وهو نوعان:
  - أ- الطلاق البائن بينونة صغرى: أي لا تحل المطلقة بعده لمطلقها إلا بعقد وصداق جديدين.

---

(١) انظر في حكم الطلاق الرجعي: د/ ماجد محمد أبو رخية، د/ عبد الله محمد الجبوري "فقه الزواج والطلاق" الطبعة الثانية، من إصدارات كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الشارقة، ٢٠٠٨، ١٤١،  
(٢) د/ ماجد محمد أبو رخية، د/ عبد الله محمد الجبوري، مرجع سابق، ص ١٤٢ - ١٤٤.

بد الطلاق البائن بينونة كبرى: لا تحل المطلقة بعده إلا بعد انقضاء عدتها  
من زوج آخر دخل بها فعلا في زواج صحيح".  
ت) النتيجة الإجرامية:

تتمثل النتيجة الإجرامية في جريمة إجراء التقنية المساعدة على  
الإنجاب للمرأة، أو زرع جنين في رحمها في حدوث الحمل فعلاً لدى  
المرأة، بعد إجراء التقنية المساعدة، كما لو قام الطبيب بمقنن الزوجة بحيوان  
منوي من غير زوجها، في أيام الإباضة، مما يسهل على الحيوان المنوي  
الوصول إلى البويضة في الموضع المناسب لتخصيبها، فتكون النتيجة التي  
يسعى إليها الطبيب - بمشيئة الله تعالى - هي حدوث الحمل للزوجة، وهي  
ذات النتيجة إذا قام الطبيب بزرع الجنين في رحم الزوجة، عن طريق وضع  
الحيوان المنوي من غير الزوج، والبويضة قد تكون من غير الزوجة في  
أنبوب أو وسط ملائم في المختبر أو المعمل أي خارج الرحم، ثم يحدث  
التخصيب، بعدها يقوم الطبيب بإدخال البويضة المخصبة أو الملقحة في  
رحم الزوجة.

ومما يؤكد ذلك ما ذهبت إليه دار الإفتاء المصرية أن في "تلقيح  
الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها سواء لأن الزوج ليس به مني أو كان به  
ولكنه غير صالح محرم شرعاً، لما يترتب عليه من الاختلاط في الأنساب،  
بل ونسبة ولد إلى أب لم يخلق من مائه، وفوق هذا ففي هذه الطريقة من  
التلقيح إذا حدث بها حمل معنى الزنا ونتائجه، والزنا محرم قطعاً بنصوص  
القرآن والسنة" (١).

وكما أوضحنا من قبل أن العلة من تجريم فعل الطبيب في إجراء  
عمليات الإخصاب الصناعي بالمخالفة للشروط الواردة بالمادة (١٢) ساقفة

(١) الفتوى رقم (٦٣) دار الإفتاء المصرية، بتاريخ ٢٣ / مارس / ١٩٨٠، مجموعة  
الفتاوى الإسلامية الصادرة عن دار الإفتاء، المجلد التاسع، رقم ١٢٢٥، ص  
٣٢٢١٣ / ٣٢٢٢٨، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، ص ١١٥.

الذكر، لاسيما شرط إجراء التلقيح من زوحين، وأثناء قيام الزواج الشرعي بينهما، تتمثل هذه العلة في حفظ النسل كأحد مقاصد الشريعة الإسلامية وعدم اختلاط الأنساب، ولاشك أن الأخير يحدث إذا نتج عن فعل الطيب حمل للزوجة.

تجدر الإشارة إلى أن فعل الطيب إذا لم يترتب عليه حدوث الحمل يعد شروعاً في الجريمة سواء في صورة الجريمة الموقوفة إذا لم يتم سلوكه، أو الخائبة إذا تم سلوكه، ولكن لم يتعرض المشرع الإماراتي إلى عقوبة الشروع في هذه الجريمة، وبما أنها جنحة فلا عقاب على الشروع فيها إلا بنص<sup>(١)</sup>، ومن ثم نوصي بأن يتدخل المشرع الإماراتي بالنص على عقوبة معينة للشروع في جريمة إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب للمرأة أو زرع جنين في رحمها.

#### ش علاقة السببية:

لا يكفي وفق القواعد العامة ارتكاب الطيب فعل إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب أو زرع الجنين في رحم المرأة، وتحقيق النتيجة وهي حدوث الحمل للقول بقيام مسؤوليته عن الجريمة المنصوص عليها في المادة (١٢)، وإنما يشترط أن يكون فعل الطيب هو السبب في حدوث الحمل أو أن الأخير زاجع للتقنية المساعدة التي أجراها الطيب، أما إذا كان الحمل حدث -بمشيئة الله تعالى- بسبب جماع طبيعي بين الرجل والمرأة، بعد عملية الحقن، فلا يسأل في هذه الحالة، ويمكن إثبات ذلك بطرق طبية فنية محضنة.

#### ثانياً - الركن المعنوي:

نعتقد أن جريمة إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب أو زرع جنين في رحمها المنصوص عليها في المادة (١٢) من قانون المسؤولية الطبية هي

---

(١) نصت المادة (٣٧) عقوبات اتحادي على أنه "يحدد القانون الجرح التي يعاقب على الشروع فيها، وكذلك عقوبة هذا الشروع"

جريمة عمدية ، يتطلب القانون لقيامها توافر القصد الجنائي بعنصره : العلم والإرادة ، ولا عبرة بالباعث الدافع على إجراء الإخصاب الصناعي سواء أكان غرضه مساعدة الرجل والمرأة على الإنجاب بدافع إنساني محض ، أم كان غرضه تحقيق ربح مالي أو شهرة في مجال الطب وعمليات التلقيح الصناعي<sup>(١)</sup> ، هذا مع إمكانية الاعتداد بهذا الباعث عند تقدير العقوبة ، حيث تخفف عقوبة الطبيب إذا كان غرضه أو باعته إنساني بمساعدة الرجل والمرأة على الإنجاب وعلاج العقم لديهما<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني

#### العقوبة المقررة للجريمة

ذكرنا أن المشرع الإماراتي قرر عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ٢٠٠,٠٠٠ درهم ولا تزيد على ٥٠٠,٠٠٠ درهم ، أو بإحدى العقوبتين إذا خالف الطبيب حكم المادة (١٢) من قانون المسؤولية الطبية ، سواء أجرى التقنية المساعدة على الإنجاب للمرأة أو زرع الجنين في رحمها ، أي سواء أكان التلقيح داخلياً أم خارجياً.

ونعتقد أن العقوبة السابقة تثير الكثير من الملاحظات التي نوصي بضرورة تدخل المشرع لتلافيها من وجهة نظرنا. من ذلك : أن العقوبة المقررة لا تتناسب البتة مع خطورة وجسامة فعل الطبيب ، لاسيما إذا أجرى عمایة الإخصاب الصناعي بين غير متزوجين أو بينهما مع تدخل شخص آخر أو الاستعانة به ، والذي يؤدي إلى اختلاط الأنساب ، ومجمع على تحريمه شرعاً ، كما أن إعطاء القاضي سلطة الحكم بعقوبة الغرامة

(١) فقد نصت المادة (٤٠) عقوبات اتحادي على أنه "لا يعتد بالباعث على ارتكاب الجريمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(٢) فقد نصت المادة (٩٦) عقوبات اتحادي على أنه "يعد من الأعداء المخففة حدائة سن المجرم أو ارتكاب الجريمة لبواعث غير شريرة أو بناء على استفزاز خطير صدر من المجني عليه بغير حق".

وحدها دون الحبس يقلل من القيمة الرادعة للعقوبة المقررة؛ لأن مبلغ الغرامة المنصوص عليه قد لا يتناسب مطلقاً مع الأرباح والفوائد المادية الذي قد يحققها الطبيب من إجراء هذه العمليات، خصوصاً وأن هناك أشخاصاً لديهم الاستعداد ببذل النفيس والغالي من أجل إنجاب طفل، ما قد يساعد الطبيب على تحقيق ثروات طائلة من هذه العمليات.

كما نلاحظ أن المشرع الإماراتي بالعقوبة المقررة في النص جعل من تلك الجريمة جنحة، في ذات الوقت لم ينص على عقوبة الشروع فيها، إذ القاعدة في المادة (٣٦) عقوبات اتحادي أن القانون يحدد الجرح التي يعاقب على الشروع فيها وكذلك يحدد عقوبة هذا الشروع، وهو ما يؤدي إلى إفلات العديد من الأطباء المخالفين من العقاب إذا قاموا بإجراء عمليات إخصاب صناعي بتدخل شخص آخر غير الزوجين، أو بين أشخاص غير متزوجين أصلاً.

كما نلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يميز في العقوبة بين مخالفة الطبيب لشرط الموافقة الكتابية من الزوجين على إجراء عملية الإخصاب الصناعي، وبين مخالفة الطبيب لشرط إجراء الإخصاب الصناعي من متزوجين، أو أثناء قيام الزواج الشرعي بين الرجل والمرأة، مع ملاحظة البون الشاسع بين الصورتين لمخالفة الطبيب للشرط الواردة بالمادة (١٢) سالف الذكر، حيث تعتبر الصورة الأولى مجرد مخالفة لشرط إجرائي شكلي، لا تؤثر سلباً على نقاء الأنساب أو اختلاطها، في حين مخالفة الشرط الموضوعي والمتمثل في قيام رابطة الزوجية حقيقة أو حكماً بين طرفي الإخصاب الصناعي، قطعاً تؤدي إلى اختلاط الأنساب وضياع أحد مقاصد الشريعة وهو حفظ النسل.

وبناء على ما تقدم نوصي بضرورة تدخل المشرع لتعديل نص المادة (٢٨) من قانون المسؤولية الطبية، بحيث يتلافى الملاحظات السابقة، بحيث تكون العقوبة أكثر إبلاماً لجزر كل من تسول له نفسه التلاعب بالأنساب واختلاطها.

## العقوبة في قانون العقوبات الليبي:

نجد من الأهمية عرض موقف المشرع الليبي من تجريم عمليات التلقيح الصناعي بشكل نهائي، دون تطلب شروط معينة، أو وضع ضوابط معينة، حيث نص صراحة على معاقبة من يقوم بتلقيح صناعي لامرأة بدون رضاها، كما شدد العقوبة إذا كان الفاعل طبيياً، بمقتضى نص المادة (٤٠٣) مكرر (أ) من قانون العقوبات الليبي رقم (٧٥) لسنة ١٩٧٢م، بقولها "كل من لقح امرأة تلقيحاً صناعياً بالقوة أو التهديد أو الخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، وتكون العقوبة لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها، وتزداد العقوبة بمقدار النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونهم". كما نصت المادة (٤٠٣) مكرر (ب) على أنه "تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحها صناعياً أو تقوم بتلقيح نفسها صناعياً بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات، ويعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كان التلقيح بعلمه ورضاه وسواء وقع التلقيح من الزوجة أو من الغير".

من النصين السابقين نلاحظ أن المشرع الليبي ذهب إلى تجريم التلقيح الصناعي بصفة عامة، سواء أكان برضاء المرأة أم بدون رضاها، مع تشديد العقوبة في الفرض الثاني، حتى ولو تم التلقيح برضاء الزوج<sup>(١)</sup>. كما يلاحظ أن المشرع الليبي قد نص على عقوبة بسيطة للجريمة وأخرى مشددة، بخلاف مسلك المشرع الإماراتي الذي لم ينتهج نفس النهج.

### (أ) العقوبة البسيطة:

قرر المشرع الليبي عقوبة السجن مدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا وقعت جريمة التلقيح الصناعي من الغير وبرضاء المرأة، كما تطبق ذات

(١) د/ كامل عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص ٢٥٥.



العقوبة على كل من المرأة التي تقبل أن تلتحق تلقحياً صناعياً، كذلك  
والمرأة التي تقوم بتلقيح نفسها تلقحياً صناعياً.

كما قرر المشرع الليبي ذات العقوبة لزواج المرأة التي تم تلقيحها  
صناعياً، متى وقع الفعل بعلمه ورضاه، ويعتقد أن في اشتراط توافر العلم  
مع الرضاء، تزيد لا طائل من ورائه، إذ أن الرضاء يفترض العلم المسبق أو  
المعاصر من الزوج، فلا يتصور رضاء دون علم، وإن كان من الممكن  
تصور العكس.

كما نعتقد أن موقف المشرع الليبي في تقرير ذات العقوبة على  
الزوج الذي يعلم ويرضى بإجراء عملية التلقيح الصناعي لزوجته بعد  
خروجها على القواعد العامة للاشتراك التي لا تعتبر العلم أو الرضاء بالفعل  
من وسائل الاشتراك المنصوص عليها في المادة (١٠٠) عقوبات ليبي (١)،  
إلا إذا وجد اتفاقاً بين الزوج وزوجته، أو بينه وبين الطبيب القائم بالعملية.  
(ب) العقوبة المشددة:

أورد المشرع الليبي بعض الظروف التي تشدد عقوبة التلقيح  
الصناعي، من هذه الظروف:

#### ١- صفة الطبيب:

نص قانون العقوبات الليبي على مضاعفة عقوبة السجين بمقدار  
النصف، أي تصبح العقوبة السجين بما يزيد عن سبع سنوات ونصف، إذا  
وقعت جريمة التلقيح الصناعي بمعرفة طبيب، أو صيدلي، أو قابلة، أو

(١) فقد نصت هذه المادة على أنه "يعد شريكاً في الجريمة: أولاً: كل من حرص  
على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناء على هذا  
التحريض.

ثانياً: من أعطى الفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما يستعمل في  
ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة  
أو المسهلة أو المتممة لارتكابها.

ثالثاً: من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقع بناء على هذا الاتفاق.

أخذ معاونيهم، ولا شك في أن علة التشديد تتمثل في مخالفة هؤلاء لقسم مهنة الطب أو الصيدلة، ذلك القسم الذي يوجب عليهم احترام القوانين، وعدم ارتكاب فعل طبي منصوص على تجريمه<sup>(١)</sup>.

## ٢- ارتكاب الفعل بدون رضا المرأة:

نص قانون العقوبات الليبي على تشديد عقوبة التلقيح الصناعي لتصبح السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، إذا فعل التلقيح الصناعي على المرأة بالقوة أو التهديد أو الخداع،

نعتقد في أن المشرع الليبي قد جانبه الصواب عند تحديد صور معينة لعدم الرضا، إذ قد يتحقق في صور أخرى غير الواردة بالنص، مباشرة العملية تحت تأثير مخدر أو تنويم مغناطيسي، وكان من الأفضل أن يحدد العقوبة إذا وقع الفعل على المرأة بدون رضاها<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### مسؤولية الطبيب عن جريمة زرع جنين أو لقاح غير بشري أو مستنسخة في القانون الانجليزي

النص القانوني: نص المشرع الإنجليزي على تقديم الخدمات المساعدة على الإنجاب للمرأة أو زرع جنين في رحمها في قانون الإخصاب البشري وعلم الأجنة - Human Fertilisation and Embryology Act 1990 في المادة (٣) بند (٢) بقولها "٢- لا يجوز لأي شخص أن يضع في امرأة<sup>(٣)</sup>:

a- جنين حي عدا جنين بشري.

b- أي لقاح أو أمشاج حية عدا لقاح أو أمشاج بشرية.

(١) يتوافق ذلك مع موقف المشرع الإماراتي في تشديد عقوبة الاجهاض، حيث تكون العقوبة السجن الذي لا يزيد عن خمس سنوات إذا كان الجنائي طبيياً أو صيدلانياً أو قابلة أو أحد الفنيين، المادة (٣٤٠) عقوبات اتحادي.

(٢) كما فعل المشرع الإماراتي عند تشديد عقوبة الإجهاض بدون رضا الحامل؛ دون تحديد صور معينة لعدم الرضا، المادة (٣٤٠) عقوبات اتحادي.

(3) UK Parliament Acts/H/HU-HZ/Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (1990 c 37).

ثم عدل هذا النص بقانون الإخصاب البشري وعلم الأجنة  
Human Fertilisation and Embryology Act 2008 وجاءت صياغة

المادة ٢- لا يجوز لأي شخص أن يضع في امرأة<sup>(١)</sup>؛

a- أي جنين عدا الجنين المسموح به وفق التعريف المحدد في القسم (3ZA).  
b- أي لقائح أو أمشاج من غير البويضات والحيوانات المنوية المسموح بها.  
وقد عرف القسم (3ZA) من ذات القانون البويضات المسموح  
بها، والحيوانات المنوية المسموح بها، والجنين المسموح به، كما يلي: (٢)  
البويضات المسموح بها واحدة من:

a- البويضات التي تم إنتاجها أو استخراجها من مبيض امرأة.

(٣) الحيوانات المنوية المسموح بها هي:

a- الحيوانات التي يتم إنتاجها أو استخراجها من خصيات رجل.

(٤) الجنين المسموح به هو:

a- الجنين الذي يتم إنشاؤه بإخصاب بويضة مسموح بها بحيوانات منوية  
مسموح بها.

من النص السابق يتبين بوضوح اختلاف مسلك المشرع الإنجليزي  
عن نظيره الإماراتي، حيث يمكن القول بأن الأول يسمح بإجراء عمليات  
التلقيح أو الإخصاب الصناعي دون التقيد بالشروط والضوابط التي نص  
عليها قانون المسؤولية الطبية الإماراتي على النحو السابق بيانه، ومن  
أهمها أن يتم التلقيح من زوجين، وأثناء قيام الزواج الشرعي بينهما،  
وعموافقتهما الكتابية، كما أن هناك اختلاف في العقوبة المقررة للجريمة.

نعرض فيما يلي لأهم ملامح جريمة زرع جنين أو لقائح غير بشرية  
أو مستنسخة في القانون الإنجليزي من حيث أركانها والعقوبة المقررة  
لها.

(1) UK Parliament Acts/H/HU-HZ/Human Fertilisation and  
Embryology Act 2008 (2008 c 22)

## الفرع الأول أركان الجريمة

من النصوص السابقة يتبين أن أركان الجريمة محل الدراسة لا تخرج عن الأركان العامة للجريمة عموماً، والتي تنحصر في الفعل الإجرامي والنية الإجرامية<sup>(١)</sup> ومن ثم تتمثل أركان هذه الجريمة في فعل زرع الجنين أو اللقيحة غير البشرية أو المستسخة في رحم المرأة، مع توافر النية الإجرامية.

(أ) الفعل الإجرامي:

يتمثل في السلوك الذي حظر القانون إثباته من قبل أي شخص، سواء تطلب القانون تحقق نتيجة معينة، أم اكتفى بالسلوك دون تطلب النتيجة<sup>(٢)</sup>، ووفي الجريمة محل الدراسة يكتفي المشرع الإنجليزي بفعل إدخال الجنين أو اللقائح غير البشرية في رحم المرأة، بكل الطرق والأساليب الفنية المعروفة في علم الإخصاب والإجنة، وهو ما يعرف بالتلقيح الصناعي الخارجي، السالف بيانه.

وقد اشترط القانون الإنجليزي لقيام الجريمة أن يكون الجنين الحي الذي تم زرعه في رحم المرأة جنين غير بشري، أو تكون اللقيحة التي تم زرعها غير بشرية<sup>(٣)</sup>، ثم عاد المشرع الإنجليزي وعرض محل الجريمة بشيء أكثر تفصيلاً ووضوحاً، حيث اشترط أن يكون ما تم زرعه في رحم المرأة جنيناً غير المسموح به وفق التعريف المحدد في القسم (3ZA)، من قانون الإخصاب البشري وعلم الأجنة ٢٠٠٨م<sup>(٤)</sup>، ويقصد به الجنين الذي يتم

- (1) William Wilson, Criminal law, University of London, United Kingdom, 2013, p:1٢.
- (2) William Wilson, Criminal law, op. cit., P:14.
- (3) See: Art. (3) No. (2), Human Fertilisation and Embryology Act 1990.
- (4) See: Art. (3) No. (2), Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

إنشاؤه بإخصاب بويضة مسموح بها بحيوانات منوية مسموح بها، كما أوضح أن تكون اللقيحة التي تم زرعها في رحم المرأة تم إنشاؤها من غير البويضات والحيوانات المنوية المسموح بها وفق القسم المشار إليه، وبالرجوع إلى القسم (3ZA) يتبين أن البويضات المسموح بها هي التي يتم الحصول عليها من مبيض المرأة، وأن الحيوانات المنوية المسموح بها هي التي يتم استخراجها من خصيات الرجل.

مفاد ما تقدم أن المشرع الإنجليزي قد حظر عمليات الإخصاب الصناعي التي تتم بزرع أجنة أو لقائح بشرية تم التوصل إليها أو إنتاجها بإحدى طرق الاستنساخ البشري الانجابي أو التكاثري، كما سنعرضه له تفصيلا في حينه، أي بغیر اتحاد بويضة امرأة مع حيوان منوي، وهو ما نص عليها المشرع الإنجليزي صراحة في قانون الاستنساخ التكاثري أو الانجابي<sup>(١)</sup>: Human Reproductive Cloning Act 2001 حيث نصت المادة (١) بقولها "١- من يضع في امرأة جنين بشري تم إنشاؤه بغير إخصاب يعد مرتكبا جريمة".

#### ب) النية الإجرامية:

تفترض الجريمة المنصوص عليها في القانون الإنجليزي أن يتوافر لدى الطبيب أو الجاني النية الإجرامية، أو القصد الجنائي، ويتحقق ذلك بأن يكون الجاني عالما بطبيعة الجنين أو اللقيحة التي قام بزرعها في رحم المرأة، على التفصيل السابق، ومن ثم لا تقوم الجريمة في حقه إذا كان يجهل ذلك، أو وقع منه عن تهور أو إهمال<sup>(٢)</sup>.

#### الفرع الثاني

#### العقوبة المقررة للجريمة

تجدر الإشارة إلى المشرع الإنجليزي قد نص على عقوبة جريمة إخصاب امرأة بأجنة أو لقائح غير بشرية أو مستنسخة في قانون الإخصاب

(1) UK Parliament Acts/H/HU-HZ/Human Reproductive Cloning Act 2001 (2001 c 23)

(2) William Wilson, Criminal law, op. cit., P:14

البشري وعلم الأجنة ١٩٩٠م، والمعدل بقانون ٢٠٠٨م، كما نص عليها في قانون الاستنساخ الإنجابي أو التكاثري ٢٠٠١م. وقد حددها المشرع في عقوبة السجن بما لا يزيد على عشر سنوات، والغرامة أو إحدى العقوبتين، فقد نصت المادة (١) بند (٢) من القانون الأخير على أنه "من يرتكب هذه الجريمة يعاقب عند الإدانة بالسجن بما لا يجاوز ١٠ سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معا"<sup>(١)</sup>.

ونعتقد في أن مسلك المشرع الإنجليزي أفضل حالاً من مسلك المشرع الإماراتي، حيث عاقب الأخير على إجراء عمليات الإخصاب الصناعي بتوعيه (الداخلي والخارجي) بالمخالفة للشروط والضوابط المنصوص عليها في قانون المسؤولية الطبية بعقوبة الحبس الذي لا يقل عن سنتين ولا يزيد على خمس سنوات، والغرامة التي لا تقل عن ٢٠٠,٠٠٠ درهم ولا تجاوز ٥٠٠,٠٠٠ درهم، أو إحدى العقوبتين، كما عرضنا سلفاً.

ويبدو مجال تفضيل موقف المشرع الإنجليزي عن نظيره الإماراتي في أن الأخير عاقب على إجراء الإخصاب الصناعي بالمخالفة للشروط المنصوص عليها، دون التمييز بين قدر المخالفة وطبيعة وأهمية الشرط أو القيد، كما أوضحنا آنفاً، كما أن المشرع الإماراتي لم يتعرض لفرض قيام الطبيب بزرع جنين ناتج عن عمليات استنساخ بشري، أو جنين حي غير بشري أصلاً، كما فعل المشرع الإنجليزي، هذا بالرغم من أن المشرع الإماراتي قد عاقب على إجراء عمليات استنساخ الكائنات البشرية بموجب المادة (١/١٠) من قانون المسؤولية الطبية، دون أن يتعرض لفرض زرع الجنين المستنسخ في رحم المرأة، ليواصل مراحل نموه بداخلها، وعليه نوصي بضرورة أن يتدخل المشرع الإماراتي بإضافة فقرة إلى المادة (١٢) من

---

(1) UK Parliament Acts/H/HU-HZ/Human Reproductive Cloning Act 2001 (2001 c 23)

قانون المسؤولية الطبية تعاقب على عمليات زرع جنين ناتج عن عمليات التكاثر اللاجنسي أو ما يعرف بالاستنساخ الإنجابي أو التكاثرية Reproductive Cloning.

### المطلب الثاني

#### مسؤولية الطبيب عن جريمة هتك العرض

من المفترض أن مباشرة عمليات الإخصاب الصناعي تقتضي كشف الطبيب لأماكن العفة والعورة لدى المرأة، كما تقتضي ملامسة الطبيب ومساعدته لهذه الأماكن، سواء كان الإخصاب الصناعي في صورة تقديم التقنية المساعدة على الحمل، أو في صورة زرع جنين في رحم المرأة. ولما كان فعل الطبيب يخرج عن نطاق التجريم باعتباره أحد تطبيقات استعمال الحق كسبب عام لإباحة الأفعال المجرمة، فإن الفقه الجنائي<sup>(١)</sup> يستقر على التزام الطبيب بمراعاة جميع القواعد والواجبات المفروضة وفقاً لأصول الطبية، وكذلك التزامه بالضوابط القانونية لمباشرة العمل الطبي، ومنها أهمها: الترخيص بمزاولة المهنة، والالتزام بالشروط المنصوص عليها في قانون المسؤولية الطبية لإباحة ومشروعية عمليات الإخصاب الصناعي، وأخيراً حسن النية في مباشرة العمل الطبي. مما تقدم يمكن القول أن تخلف أي من تلك الشروط والضوابط يصبح فعل الطبيب غير مشروع لانتهاء سبب إباحته، حتى ولو صدر الفعل من شخص مرخص له، ولو قصد به علاج المرأة، إذا تم بدون رضاها وموافقتها صراحة<sup>(٢)</sup>.

وعليه يثور التساؤل حول تكييف المسؤولية الجنائية عن فعل الطبيب ومساعدته في كشف وملامسة عورات المرأة التي يتم تقديم التقنية

(١) راجع: د/ على حمودة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي،

مرجع سابق، ص ١٩٩.

(٢) المرجع السابق، نفس الموضوع.

المساعدة لها على الإنجاب أو زرع الجنين في رحمها، بالمخالفة للشروط والضوابط المنصوص عليها في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي؟  
يمكن الإجابة على هذا التساؤل من خلال بحث المسألة في نطاق أحكام جريمة هتك العرض بالرضاء أو بالإكراه، للوقوف على مدى انطباق وصف هتك العرض على فعل الطبيب ومساعديه، ومن ثم نعرض لمفهوم هتك العرض ثم لأركانه ومدى توافرها في فعل الطبيب حال إجرائه الإخصاب الصناعي لمراة بالمخالفة للشروط المنصوص عليها.

### الفرع الأول

**مفهوم هتك العرض حال قيام الطبيب بعمليات الإخصاب الصناعي**

**أولاً- مفهوم هتك العرض في القانون الإماراتي:**

جدير بالذكر أن المشرع الإماراتي لم يحدد مفهوم هتك العرض تاركاً ذلك للفقه والقضاء، ومن التعريفات الفقهية التي قيل بها لبيان مفهومه، عرفه البعض<sup>(١)</sup> بأنه "الإخلال العمدي الجسيم بحياء المجني عليه بفعل يرتكب على جسمه ويمس منه عورة فيه" كما عرف<sup>(٢)</sup> بأنه "فعل مغل بالحياء يقع على جسم مجنى عليه معين ويكون على درجة من الفحش إلى حد مساسه بعورات المجنى عليه التي لا يدخر وسعاً في صونها وحجبها عن الناس".

بينما عرفته محكمة تمييز دبي<sup>(٣)</sup> بأنه "كل مساس بما في جسم المجني عليها مما يعبر عنه بالعورات يعتبر في نظر القانون هتكاً للعرض"<sup>(٤)</sup>،

- (١) د/ محمد نجيب حسنى "مرجع سابق" رقم ٧٣٩، ص ٥٤٥
- (٢) د/ عبد المهيم بكر "القسم الخاص فى قانون العقوبات" الطبعة السابعة ١٩٧٧ رقم ٣٣٢، ص ٦٨٧.
- (٣) وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه "كل فعل مغل بالحياء يستطيل إلى جسم المجنى عليه وعوراته ويخدش عاطفة الحياء عنده، ولو لم يترك أثراً" نقض ١٢ يناير ١٩٧٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٦، ص ٢٧.
- (٤) تمييز رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠٠٧م، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد الجزائية، العدد ١٨، سنة ٢٠٠٧، ص ٢٨٥.



وعرفته في حكم آخر بأنه "كل فعل مخل بالحياء يستطيل إلى جسم المجني عليها وعورتها ويخدش عاطفة الحياء عندها"<sup>(١)</sup>.

وقد أشار بعض الفقه<sup>(٢)</sup> إلى ضرورة أن يكون فعل الجاني على درجة من الفحش وبالإخلال بحياء المجني عليه أو عليها، وهو ما أكده القضاء الإماراتي في أحد أحكام محكمة تمييز دبي بقولها: "الركن المادي في جريمة هتك العرض يتوافر بأن يكون الفعل الواقع على جسم المجني عليها قد بلغ من الفحش والإخلال بالحياء والعرض درجة تسوغ اعتباره هتك عرض سواء كان بلوغ هذه الدرجة قد تحقق عن طريق الكشف عن عورات المجني عليها أم من غير هذا الطريق"<sup>(٣)</sup>.

ثانياً - مفهوم هتك العرض في القانون الإنجليزي:

تجدر الإشارة إلى أن قانون الجرائم الجنسية الإنجليزي ٢٠٠٣م جرم أفعال لمس أو تحسس جسم شخص آخر بدون موافقته متى كان هذا اللمس أو التحسس جنسياً لمناطق العورة في جسم الشخص الآخر، تحت وصف جريمة الاعتداء الجنسي Sexual Assault وذلك في المادة (٣) بند (١) من الفصل (٤٢) من القانون المذكور، بقولها: "الشخص A يرتكب الجريمة إذا:

(أ) قام عمداً بلمس شخص آخر B.

(ب) يكون اللمس جنسياً.

(ت) يكون B غير موافق باللمس.

(ث) يكون A معتقداً بشكل معقول أن الشخص B غير موافق.

(١) تمييز رقم ٣٧٧ لسنة ٢٠٠٧م، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في

المواد الجزائية، العدد ١٨، سنة ٢٠٠٧، ص ٣٨٣ - ٣٨٤.

(٢) د/ عبيد المهيمن بكر، مرجع سابق، ص ٦٨٨.

(٣) تمييز رقم ٢٠٧ لسنة ٢٠٠٣م، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في

المواد الجزائية، الجزء الثاني، العدد ١٤، ٢٠٠٣، ص ٢٢٩.

ومن القوانين المستمدة من القانون الإنجليزي :

قانون الجرائم الجنسية بدولة BARBADOS - التابعة للحكم الإنجليزي - والصادر في ١٣ فبراير ١٩٩٢م، في الفصل (١٥٤) بعنوان "الجرائم الجنسية" حيث عرفت المادة (١١) بند (٣) هتك العرض بأنه "يقصد بهتك العرض في هذا القسم كل اعتداء مصحوباً بالكلمات أو الظروف والأحوال التي تشير إلى نية عدم الإحتشام أو الفحش"<sup>(١)</sup>.

كما عاقبت المادة (١٢) بند (٣) من ذات القانون على أفعال تعد من قبيل هتك العرض تحت وصف جريمة الفحش الجسيم Serious Indecency وعرفتها بأنها "أي فعل سواء كان طبيعياً أو غير طبيعي من قبل شخص ينطوي على استخدام الأعضاء التناسلية لغرض إثارة أو إشباع رغبة جنسية"<sup>(٢)</sup>.

وقانون الجرائم الجنسية رقم (٩) لسنة ١٩٩٥م، The Sexual Offences Act بدولة ANTIGUA and BARBUDA الذي أورد في المادتين (١٥، ١٤) نفس التعريف السابق لجريمة هتك العرض أو الفحش Indecent assault وجريمة الفحش الجسيم Serious indecency الوارد بقانون الجرائم الجنسية لدولة BARBADOS.

### الفرع الثاني

مدى توافق أركان جريمة هتك العرض في فعل الإخصاب الصناعي

ورد النص على جريمة هتك العرض بالرضا وبالإكراه في المادة (٣٥٦) من قانون العقوبات الإماراتي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧م، حيث نصت على أنه "يعاقب على جريمة هتك العرض بالرضا بالحبس مدة لا

- (1) 3. 3- In this section "indecent assault" means an assault accompanied by words or circumstances indicating an indecent intention.
- (2) 12. 3- An act of "serious indecency" is an act, whether natural or unnatural by a person involving the use of the genital organs for the purpose of arousing or gratifying sexual desire.

تقل عن سنة، فإذا وقعت الجريمة على شخص ذكراً كان أم أنثى تقل سنه عن أربعة عشر عاماً، وإذا وقعت الجريمة بالإكراه كانت العقوبة السجن المؤقت".

يلاحظ من النص السابق أن المشرع الإماراتي لم يحدد طبيعة الفعل المكون للجريمة هتك العرض، كما لم يحدد طبيعة الجريمة من حيث كونها عمدية أم يتصور وقوعها خطأ، وعلى العكس وجدنا المشرع الانجليزي يوضح الفعل الذي يعد هتك عرض، كما بين بوضوح توافر العمد في ارتكاب الفعل، ومن ثم نعرض للأركان المكونة لهتك العرض من خلال آراء الفقهاء وأحكام القضاء الإماراتي، وفي ضوء نصوص القانون الانجليزي.

#### أولاً- الركن المادي:

يقوم الركن المادي في هذه الجريمة بفعل يعبر عن المساس بجسم المجني عليه، والإخلال الجسيم بحياته<sup>(١)</sup>، ويؤكد الفقه<sup>(٢)</sup> على أنه لا يشترط أن يترك هذا الفعل أثراً بجسم المجني عليه، ذكراً كان أم أنثى، وهو ما أكدته القضاء الإماراتي<sup>(٣)</sup>، ومن ثم لا يعد هتك عرض الفعل الذي لا يمس جسم المجني عليه، حتى ولو كان يؤدي مشاعره ويسبب إلى أخلاقه،

(١) انظر: د/ محمود كينش "محاضرات في قانون العقوبات القسم الخاص" من مطبوعات كلية الشرطة، وزارة الداخلية، أبو ظبي، بدون تاريخ نشر، ص ٦٤.

(٢) د/ شريف سيد كامل "شرح قانون العقوبات الاتحادي القسم الخاص" مطبوعات جامعة الجزيرة، دبي، ٢٠١٠، ص ١١١.

(٣) حيث قضت محكمة تمييز دبي قائلة: "أن الركن المادي في جريمة هتك العرض يتحقق بأي فعل مخل بالحياة العرضي للمجني عليها ويستطيل إلى جسمها ويחדش عاطفة الحيا عندها، ولا يشترط لتوافره قانوناً أن يترك أثراً بجسمها" تمييز دبي، جلسة ١٨ يونيو ١٩٩٤م، مجلة القضاء والتشريع، العدد ٥، فبراير ١٩٩٧م، رقم ٢٨، ص ١١٣٤.

كمن يعرض صوراً أو أصواتاً فاحشة، وهو ما أكدته محكمة تمييز دبي<sup>(١)</sup> بأن يستطيل الفعل إلى جسم المجني عليه، ويكون على قدر من الإخلال بالحياء العرضي للمجني عليه، ويمس عورة من عوراتها التي لا يدخر جهداً في صونها وحجبها عن الآخرين.

وقد أشرنا منذ قليل أن المشرع الإنجليزي كان أكثر وضوحاً في بيان الفعل الإجرامي المكون للركن المادي لهتك العرض، حيث ذكر أن الجريمة تقوم بلمس جسم المجني عليه، وأن يكون اللمس جنسياً، مما يفتح المجال إلى كل فعل يصدر من الجاني يمس جسم المجني عليه جنسياً.

ولاشك في أن الطيب يكشف بل ويلامس عورة المرأة بشكل واضح عندما يقوم بفعل إدخال الحيوان المنوي للرجل في المكان المناسب للتخصيب من جسم المرأة، وكذلك إذا قام بزرع الجنين المخصب خارجياً إلى رحم المرأة، بل أنه يقوم بذلك عند استخراج بويضة المرأة من المبيض بهدف وضعها مع الحيوان المنوي للرجل في وسط مناسب للتخصيب خارج الرحم، ثم يقوم بزرعها في الرحم بعد حدوث الإخصاب.

كما لا شك في أن فعل الطيب يعد مخللاً على درجة جسيمة بالحياء العرضي للمرأة، لما فيه ملامسة لجزء لا تدخر جهداً في صونها وحجبه عن الآخرين.

### ثانياً - الركن المعنوي:

على خلاف مسلك المشرع الإماراتي نجد نظيره الإنجليزي يشترط صراحة وقوع فعل اللمس الجنسي عمداً من الجاني، ومن ثم لا يثير أدنى خلاف حول طبيعة الجريمة، وكونها من الجرائم العمدية، هذا الخلاف الذي يثار فعلاً في موقف قانون العقوبات الإماراتي في ضوء نص المادة (٤٣) عقوبات، والتي نصت على أن الجاني يسأل عن الجريمة عمداً أو

(١) تمييز دبي جلسة ٢٦ نوفمبر ١٩٩٤م، مجلة القضاء والتشريع، العدد ٥٥، فبراير ١٩٩٧م، رقم ٤٨، ص ١٢٢٥.

خطأ، ما لم يشترط القانون العمد صراحة، وكما ذكرنا أن المشرع الإماراتي لم يشر إلى وقوع الفعل عمداً، مما يثير التساؤل حول مدى تصور وقوع الجريمة خطأ<sup>(١)</sup>.

في حين يؤكد الفقه أن الركن المعنوي في الجريمة يأخذ صورة القصد الجنائي، الذي يقوم بعلم الجاني بماهية فعله، وأنه محل بحياء المجني عليه، مع اتجاه إرادته إلى ارتكاب الفعل<sup>(٢)</sup>.

ويمكن القول بأن الطبيب يمارس فعل المساس بعورة المرأة عمداً بقصد التمكّن من إدخال الحيوان المنوي داخل رحم المرأة لحدوث التخصيب، أو بقصد التمكّن من زرع الجنين المخصب خارجياً إلى رحم المرأة. إذا من المفترض أن عملية الإخصاب الصناعي تتطلب عدة إجراءات يقوم بها الطبيب ومساعديه بغرض تجهيز المرأة قبل مباشرة العملية، ما ينفي تصور وقوع الفعل خطأ من الطبيب.

الخلاصة: وبناء على ما تقدم يمكن التأكيد على توافر أركان جريمة هتك العرض في حق الطبيب ومساعديه عند إجراء عملية الإخصاب الصناعي على امرأة حال مخالفة الشروط والضوابط المنصوص عليها في المادة (١٢) من قانون المسؤولية الطبية الإماراتي، ومن ثم نعرض للعقوبة التي يتصور توقيعها على الطبيب ومساعديه عن جريمة هتك العرض في الفرض محل الدراسة.

### الفرع الثالث

#### العقوبة المقررة للجريمة

تختلف عقوبة هتك العرض في قانون العقوبات الإماراتي بحسب ما إذا وقع الفعل برضا المجني عليه أو عليها، أو وقع بالإكراه، فتكون العقوبة في

(١) بينما يؤكد بعض الفقه أن الجريمة لا تقع من شخص لامس جزءاً بعد عورة من جسد امرأة بطريق الخطأ نتيجة الزحام في المكان. د/ محمود كبش، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٢) د/ شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص ١٢٣.

الفرض الأول الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات،  
بينما تكون العقوبة السجن المؤقت حال وقوع الجريمة بالإكراه.  
ومن المتفق عليه فقهاً<sup>(١)</sup> وقضاءً<sup>(٢)</sup> أن الإكراه الذي يتوافر به جنابة هتك  
العرض يتسع ليمثل، بالإضافة للإكراه المادي والمعنوي، كل فعل من  
شأنه إعدام رضاء المجني عليه بالفعل الذي ارتكبه الجاني، فقد قضت  
محكمة تمييز دبي أن الإكراه يتوافر إذا وقع الفعل ضد إرادة المجني عليه،  
كما لو وقع بغتة أي يفاجأ المجني عليه بارتكاب الفعل المخل بالحياء، كما  
يتوافر الإكراه حال فقد المجني عليها الوعي بعد ما تناولت الشراب الذي  
قدمه الجاني<sup>(٣)</sup>.

لا خلاف ذلك نجد المشرع الإنجليزي ينص على قيام الجريمة بعدم  
موافقة المجني عليه بفعل الجاني، مع اعتقاد الأخير بكون المجني عليه غير  
موافق بالفعل<sup>(٤)</sup>.

هو ما يتحقق إذا قام أحد مساعدي الطبيب بتقديم شراب إلى المرأة  
بالإتفاق مع زوجها، بحيث تغيب عن الوعي، ومن ثم يتم تجهيزها لإجراء  
عملية التلقيح أو الإخصاب الصناعي، يمكن القول في قيام مسئولية  
الطبيب ومساعديه عن جنابة هتك عرض بالإكراه أو بدون رضاء،  
ويستحق العقوبة المقررة وهي السجن المؤقت، ولا يعتد برضاء الزوج  
بإجراء العملية في إباحة فعل الطبيب، كما أنه لا ينفي عن فعل الطبيب  
وصف هتك العرض بالإكراه<sup>(٥)</sup>، ومن ثم يسأل الزوج بوصفه شريكاً

- (١) راجع: د/ شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص ١١٥.  
(٢) تمييز دبي جلسة ١٨ يونيو ١٩٩٤م، سابق الإشارة إليه، ص ١١٢٤، وجلسة  
٢٦ نوفمبر ١٩٩٤م، سابق الإشارة إليه، ص ١٢٢٥.  
(٣) وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية، ٦ فبراير ١٩٨٦م، مجموعة أحكام  
النقض، س ٣٧، رقم ٥٢، ص ٢٥٢.  
(٤) See: Art. (3) No (1), chapter (42), from Sexual Offences  
Act 2003. William Wilson, Criminal law, op. cit., P:14.  
(٥) في نفس الاتجاه انظر: د/ كامل عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص ٣٢٢-  
٣٢٣، د/ محمد عبد الوهاب الخولي، مرجع سابق، ص ٥٥- ٥٦.

بالتسبب وفق المادة (٤٥) عقوبات اتحادي، إذا اقتصر دوره على مجرد الاتفاق مع الطبيب على ذلك، ويسأل بوصفه فاعلاً وفق المادة (٤٤) عقوبات اتحادي، إذا قام باصطحاب الزوجة إلى العيادة أو المختبر الذي يجري فيه الطبيب عملية التلقيح، دون إخبارها بذلك، ويمكن الطبيب من كشف عورتها بتخديرها، بتقديمه شراباً به مخدراً إلى زوجته بمجرد دخولها العيادة أو المختبر.

كما يستحق الطبيب عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات، إذا قام بإجراء عملية الإخصاب الصناعي برضاء الزوجة، ودون موافقة الزوج، أو قام بها بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة بالطلاق أو الوفاة، وذلك إذا كانت الزوجة تحتفظ بعينة من السائل المنوي للزوج في أحد المراكز المتخصصة، بعد وقوع الطلاق أو الوفاة، في هذه الحالات يرتفع عن عمل الطبيب أثر الإباحة، وتعود إليه صفة عدم المشروعية، كما أوضحنا من قبل أن الإباحة تتوقف على التزام الطبيب بالحدود القانونية لممارسة العمل الطبي، والتي تتمثل في الشروط والضوابط التي نص عليها قانون المسؤولية الطبية في المادة (١٢) سالف الذكر.

مسؤولية الطبيب ومساعديه عن جريمة إتيان فعل مخل بالحياء مع امرأة ولو في غير علانية:

نصت المادة (٣٥٨) عقوبات اتحادي على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة من ارتكب فعلاً مخلّاً بالحياء مع أنثى أو صبي لم يتم الخامسة عشرة ولو في غير العلانية".

من النص يتبين أن أركان الجريمة تنحصر في إتيان فعل يعد مخلّاً بالحياء، وقد أشار الفقه<sup>(١)</sup> إلى الفعل المكون للركن المادي في هذه الجريمة يكون مخللاً بالحياء على درجة أقل فحشاً وجساماً من فعل هتك العرض، حيث يكفي لقيام الجريمة أن يكون الفعل من شأنه المساس بالحياء العرضي للمجني

(١) د/ شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص ١٣٣، ١٣٤.

عليه ، على نحو يسير ، فلا يمس عورة فيه ، بخلاف الفعل المكون لجريمة هتك العرض ، كما أوضحنا سابقاً .

كما يرى هذا الفقه (١) أنه يشترط لتوقيع العقوبة المقررة أن يكون الفعل المخل بالحياء وقع على المرأة في غير علانية ، بمعنى لم يكن في استطاعة الغير مشاهدة الفعل ، ومن ثم يكون انتفاء العلانية ركناً من أركان الجريمة محل الدراسة ، من جانبنا نعتقد أن هذا الرأي محل نظر ؛ لأن عبارة (ولو في غير علانية) الواردة بنص المادة (٣٥٨) تفيد أن الجاني يستحق العقوبة المقررة إذا ارتكب الفعل في علانية ، أو في غير علانية ، على السواء ، ومن ثم يكون المشرع قد أراد تشديد العقاب على الفعل المخل بالحياء إذا وقع على أنثى ، حتى ولو كان غير علني .

ويمكن القول أن فعل الطبيب ومساعديه حال تجهيز المرأة لإجراء عمليات إدخال السائل المنوي في المكان المخصص للتخصيب بداخل المرأة ، أو زرع الجنين في رحمها ، هذا الفعل لاشك يعد فعلاً مخلًا بالحياء مع أنثى في علانية ، بحضور المساعدين والفنيين ، وغيرهم من أطباء التخدير ، كما قد يقع الفعل من الطبيب في غير علانية ، إذا لم يستعن بغير من الفنيين وأخصائي التخدير ، ونعتقد أن الطبيب يستحق العقوبة المقررة للجريمة ، والمنصوص عليها في المادة (٣٥٨) في الفرضين .

وبذلك يقع فعل الطبيب تحت طائلة قانون العقوبات بوصف جريمة هتك العرض بنوعيه بالرضاء أو بدونه ، وبوصف جريمة إتيان فعل مخل بالحياء مع أنثى ولو في غير علانية ، ويمكن الاعتماد على معيار درجة الإخلال بالحياء العرضي للمرأة ، وما إذا كان يلامس عورة من عوراتها ، من عدمه ، في بيان أي الوصفين السابقين ينطبق على فعل الطبيب ، فإذا كان جسيماً عُدهتك عرض ، والعكس إذا كان يسيراً لا يلامس العورات ، عُده مخلًا بالحياء في علانية أو في غير علانية .

(١) المرجع السابق ، ص ١٣٤ .



## المبحث الثاني

### المسؤولية الجنائية للطبيب الناشئة عن إجراء عمليات الاستنساخ التكاثري

إن انفجار ثورة الاستنساخ حدث بعد النجاحات التي حدثت في مجال التكاثر، بداية من التلقيح الصناعي للحيوانات، مروراً بأطفال الأنابيب، أو الإخصاب خارج الرحم، وانتهاءً بالإخصاب المجهري والجراحات الوراثية أي جراحة الجينات، وترتيب الشفرات الجينية، وإذا كان الاستنساخ الجسدي أو اللاجنسي الذي حدث في الحيوان يعد مرحلة متقدمة وصلت إليها التكنولوجيا البشرية، فهو لدى البعض يعد الخطوة الأخيرة التي تسبق العاصفة التي قد تدوي في سماء العالم، وهي استنساخ إنسان كامل بدون تزاوج من خلية جسدية<sup>(١)</sup>.

وبسبب الرعب الذي خلفته تجارب الاستنساخ الانجابي، أو التكاثر اللاجنسي من خلايا جسدية فعمد العديد من مشرعي دول العالم إلى سن القوانين والتشريعات التي تحظر عمليات الاستنساخ البشري عموماً، من ذلك المشرع الإماراتي، وبعضهم عمداً إلى حظر الاستنساخ الانجابي أو التكاثري، دون الاستنساخ العلاجي، من ذلك المشرع الأمريكي.

#### المقصود بعمليات الاستنساخ البشري:

يلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يورد تعريفاً لعمليات الاستنساخ البشري، تاركاً ذلك للفقه والقضاء بالرجوع إلى أهل التخصص من الأطباء والخبراء في مجال الهندسة الوراثية وعلم الجينات.

بينما عرفه المشرع الأمريكي في المادة (٣٠١) من قانون حظر عمليات الاستنساخ البشري Human Cloning Prohibition Act 2001، المعدل للباب (١٨) من U.S. Code بإدراج الفصل (١٦) بأنه "التكاثر اللاجنسي الذي يتم بإعادة إنتاج الجنس الآدمي أو إتمام إنتاجه عن

(١) د/ كامل زكي حميد، مرجع سابق، ص ٢٧.

طريق إدخال نواة خلية جسدية مستأصلة من شخص أو أكثر في بويضة مخصبة أو غير مخصبة، بعد نزع نواتها الأصلية أو تثبيطها بغرض إنتاج كائن عضوي حي في أي مرحلة من مراحل تطوره، ويكون مطابقاً تماماً لكائن بشري موجود أو سبق وجوده"<sup>(١)</sup>، وقد عرفت المادة السابقة مصطلح (التكاثر اللاجنسي) Asexual Reproduction بأنه "كل عملية إنجاب أو تكاثر لا يتم باتحاد بويضة مع حيوان منوي".

ومن الجدير بالذكر أن عمليات الاستنساخ تتم عن طريق زرع خلية جسدية من شخص ما مكان نواة منزوعة من بويضة الشخص نفسه أو شخص آخر، ثم تأخذ هذه البويضة بعد زرعها في رحم امرأة في النمو والانتقال عبر أطوار الجنين من طور إلى آخر، إلى أن تتم ولادته في صورة مطابقة لصاحب الخلية الجسمية<sup>(٢)</sup>.

بمعنى أنه يتم بأخذ خلية جسدية من كائن حي تحتوي على كافة المعلومات الوراثية وزرعها في بويضة مفرغة من موروثاتها ليأتي الجنين أو المخلوق مطابقاً تماماً في كل شيء للأصل - أي الكائن الحي - الذي أخذت منه الخلية.

---

(1) Sec. (301) Chapter (16) Title (18) U. S. Code, Subsec. (A) Sec.

(2) from Human Cloning Prohibition Act 2001, H.R. 2505, Calender No 140, 107 th.Congress, 1st session.

- CASH (A. N) "Attack of Colnes: Legislative approaches to human cloning in the United States" Duke Law & Technology Reviw, No. 26, 2005, P:2.

(٢) أنظر: د/أحمد رجائي الجندي، مرجع سابق، ص ٢٤٢، د/حسن على الشاذلي، مرجع سابق، ص ١٦٦، د/ فواز صالح "الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية" مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٠، العدد الأول، ٢٠٠٤، ص ٨٠.

- MCGEE (G) "The Ethics of Human Cloning: An Overview" paper in: WOODWARD (J) "The Ethics of Human Cloning" op. cit, P: 9.

ومن ثم أشار بعض الفقه إلى تعريف الاستنساخ البشري بأنه "عملية يقصد منها استحداث كائن حي مشابه للكائن الحي الذي أخذت منه الخلية الحية"<sup>(١)</sup>.

كما عرفه البعض بأنه "إيجاد نسخة طبق الأصل عن الإنسان نفسه، بأخذ خلية جسدية من جسم ذلك الإنسان، ثم نزع نواتها، وزرعها في بويضة امرأة بعد إفراغ هذه البويضة من نواتها"<sup>(٢)</sup>. طرق الاستنساخ التكاثري:

من التعريفات السابقة يتبين أن ثمة طرق لإجراء عمليات الاستنساخ الإنجابي أو التكاثري، والذي عبر عنه المشرع الأمريكي بالتكاثر اللاجنسي، ويمكن استقراء هذه الطرق بالرجوع إلى الخطوات التي اتبعتها العلماء في استنساخ النعجة (دوللي)، التي تعد أول عملية تكاثر لاجنسي بين الحيوانات، حيث أخذ العلماء خلية جسدية من ضرع نعجة تعتبر (المانح) ثم يتم تجويع هذه الخلية عن طريق تنميتها في وسط غذائي به تركيزات منخفضة جدا من المواد الغذائية، وعند درجة حرارة منخفضة تبدأ مرحلة الارتداد في عمل الجينات بحيث تتوقف الجينات النشطة المميزة لتلك الخلية أثناء وجودها في النسيج المأخوذة منه، وهكذا تكون الخلية قد عادت بهذه المعالجة إلى سيرتها الأولى<sup>(٣)</sup>.

(١) د/هيثم حامد المصاروه - التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية" دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المناهج، الأردن، ٢٠٠٠، ص ٣٥.

(٢) عبد القديم زلوم "حكم الشرع في الاستنساخ" الطبعة الأولى، ١٩٩٧، بدون ناشر، ص ٥، د/ فايز عبدالله الكندري "الهندسة الوراثية والاستنساخ الجيني البشري" بحث مقدم لمؤتمر (الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون) جامعة الإمارات، المجلد الرابع، في الفترة من ٥ - ٧/مايو، ٢٠٠٢، ص ١٧١٨.

(٣) د/ كامل زكي حميد، مرجع سابق، ص ٥٨ - ٥٩.  
B. M. Knoppers "CLONING HUMAN BEINGS" Cloning: An International Comparative Overview, Volume II, 1997, P:G3, <https://repository.library.georgetown.edu/handle/10822/530265>

وفي الوقت نفسه أخذت بويضة ناضجة وغير مخصبة من نعجة أخرى، وبواسطة جراحة ميكروسكوبية تتم بواسطة إبرة جراحية ميكروسكوبية وبدقة متناهية سحبت النواة من تلك البويضة بما فيها من كروموزومات وبما تحمله هذه الكروموزومات من جينات وراثية، وتبقى الخطوة الثالثة وهي وضع الخليتين (البالغة موقوفة النشاط) و (البويضة مفرغة النواة) جنباً إلى جنب، وإدماجهما معاً بواسطة الحث الكهربائي، بنبضات كهربائية، وبواسطة نبضة كهربائية أخرى تستحث عملية انقسام النواة الخاصة بالخلية الجسدية والمحتوية على العدد الزوجي من الكروموزومات<sup>(١)</sup>.

وتعتبر عملية اندماج الخليتين من العمليات المعقدة، التي تحتاج إلى دقة كبيرة خاصة وأنها تتم في أنابيب اختبار داخل المعمل، وبعد مرور ستة أيام من بداية الانقسام يكون الجنين الذي نتج عن الاندماج جاهزاً للنقل والتثبيت أو الزرع داخل رحم نعجة ثالثة ليقضي فيه فترة حمل كاملة، وبعد فترة الحمل تمت عملية الولادة، ونتج صغير أنثى طبق الأصل من النعجة مانحة الخلية الجسدية<sup>(٢)</sup>.

ما سبق يطرح تساؤلاً مهماً، هل يمكن أن تنسحب هذه النجاحات من الحيوان إلى الإنسان؟ هل يستطيع العلماء استنساخ مماثل في البشر؟ خاصة أن الأمر لا يتطلب أكثر من خلية جسدية حية من امرأة أو رجل، وبويضة امرأة، ورحم امرأة، وتقنيات معملية دقيقة، ووسط مناسب لتنمية المراحل المطلوبة خارج الرحم عند درجة حرارة منخفضة.

### المطلب الأول

.....المسؤولية الجنائية للطبيب الناشئة عن إجراء

عمليات الاستنساخ البشري في القانون الإماراتي

جدير بالذكر أن المشرع الإماراتي يعد من أوائل المشرعين في الدول العربية الذي حسم الخلاف والجدل حول مدى مشروعية الاستنساخ

(١) د/ كامل زكي حميد، مرجع سابق، ص ٦٠.

B. M. Knoppers, op. cit., P: G3.

(٢) د/ كامل زكي حميد، مرجع سابق، ص ٦١.

البشري، سواء من الناحية القانونية وفقاً للأحكام والمبادئ العامة في قانون العقوبات<sup>(١)</sup>، لاسيما مبدأ الشرعية الجنائية، أو من ناحية الشرعية الإسلامية وموقف الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه<sup>(٢)</sup>. فقد نص المشرع على حظر عمليات استنساخ الكائنات البشرية، بل ذهب إلى حظر إجراء الأبحاث والتجارب والتطبيقات إذا كان الغرض منها استنساخ كائن بشري، وذلك بموجب نص المادة (١٠) من قانون المسؤولية الطبية بقولها:

"١- يحظر إجراء عمليات استنساخ الكائنات البشرية، كما يحظر إجراء الأبحاث والتجارب والتطبيقات بقصد استنساخ كائن بشري". ثم حدد المشرع الإماراتي العقوبة المقررة جزاء مخالفة الحظر الوارد بالمادة السابقة، حيث نص في المادة (٢٨) من ذات القانون على أنه:

"١- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات ويعزامة لا تقل عن (٢٠٠.٠٠٠) مائتي ألف درهم، ولا تزيد على (٥٠٠.٠٠٠) خمسمائة ألف درهم أو يأخذى هاتين العقوبتين كل من يخالف أي من أحكام المادتين (١٠/١) و(١٢) من هذا القانون."<sup>(٣)</sup> من النصوص السابقة يتبين أن المشرع الإماراتي جعل

- (١) حول مدى قانونية الاستنساخ البشري راجع: د/رضا عبد الحليم عبد الحميد "الحماية القانونية للجنين البشري" (الاستنساخ وتدابيراته) دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٢٨٠ وما بعدها، د/سعدي اسماعيل البرزنجي "المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة" دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩، ٢١٥ وما بعدها.
- (٢) حول مدى مشروعية الاستنساخ في الفقه الإسلامي، راجع: د/أحمد رجائي الجندي "الاستنساخ البشري بين الإقدام والإحجام" مجلة الفقه الإسلامي، العدد ١٠، الجزء ٣، سنة ١٩٩٧، ص ٢٤٢، د/صالح عبد الكريم "الاستنساخ" نفس العدد، ص ٣٠٦، د/حسن على الشاذلي "الاستنساخ" نفس العدد، ص ١٦٦.
- (٣) تجدر الإشارة إلى أن المادة (١٢) تتعلق بإجراء المساعدة التقنية للمرأة على الإنجاب أو زرع جنين في رحمها، التي سنعرض لها فيما بعد.

من اجراء عمليات الاستنساخ البشري جريمة، وكذلك جعل من اجراء الأبحاث والتجارب والتطبيقات بقصد استنساخ كائن بشري جريمة، وحدد عقوبة جنائية لكلتا الجريمتين، نعرض لكل جريمة في فرع مستقل.

### الفرع الأول

#### جريمة اجراء عمليات استنساخ الكائنات البشرية

##### أولاً - علة التجريم:

نعتقد في أن علة تجريم اجراء عمليات الاستنساخ البشري تتمثل في إيمان المشرع الإماراتي وقناعته بتحريم هذه العمليات؛ لكونها عبثاً بالبشرية سيؤدي إلى فسادها، كما أنها تخالف المنهج الإلهي في الخلق؛ لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب، وتهدد كيان الأسرة وجدوى وجودها وأهميتها في المجتمع، كما أن استنساخ كائن بشري كامل يؤدي إلى اختلال نظام الأسرة، وفقدان الحميمة بين أفرادها لاسيما الزوج والزوجة، كما أنه يؤدي إلى فقدان الشعور بالانتماء الطبيعي داخل الأسرة، هذا الانتماء الذي له دوره الكبير في تأمين النمو السوي والطبيعي لشخصية الطفل<sup>(١)</sup>. ومن ثم يستقر الفقه على أن مفاصد الاستنساخ البشري في الإجمال أكثر من مصلحة التي تعود من ورائه، والقاعدة في الفقه الإسلامي أن درء المفاصد مقدم على جلب المنافع<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم نجد المشرع الإماراتي بمسلكه هذا قد وضع حداً لمخاوف رجال وفقهاء القانون بشتى فروعهم، من الآثار القانونية المترتبة على وجود الأطفال المستنسخين أي ثمرة عمليات الاستنساخ، لاسيما أحكام القرابة والزواج والموارث وغير ذلك من الأحكام التي لاشك يصيبه اضطراب

(١) انظر: د/ كامل زكي حميد، مرجع سابق، ص ٧٢

(٢) انظر في مخاطر الاستنساخ البشري: د/ رضا عبد الحلیم عبد المجید، مرجع سابق، ص ٢٨٢، د/ سعدي اسماعيل البرزنجي، مرجع سابق، ص ١٨٧، د/ هيثم حامد المصاروه، مرجع سابق، ص ٣٧.

بسبب إنتاج أطفال خارج إطار العلاقة الحميمية التي جعلها الله طريقاً للتكاثر والإنجاب<sup>(١)</sup>.

بينما أشار البعض إلى إباحة عمليات استنساخ الأعضاء البشرية دون استنساخ إنسان كامل ؛ لأنها تعود على الإنسان بالكثير من الفوائد ما يؤدي في حالة نجاحه إلى الاستغناء عن عمليات نقل الأعضاء من إنسان إلى آخر، مع ما تثيره من مشكلات تتعلق بمبدأ حرمة الجسد البشري، كما يؤكد هذا الفقه على أنه ينبغي التريث في إصدار الأحكام وضرورة بحث الموضوع بشكل مستفيض ومتكامل حتى يتم التوصل إلى الحكم الصحيح<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً - أركان الجريمة:

لا تخرج أركان الجريمة عن ركنين أساسيين هما الركن المادي بعناصره السلوك والنتيجة وعلاقة السببية، والركن المعنوي الذي يأخذ صورة القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة:

(أ) الركن المادي: يتكون من ثلاثة عناصر، وهي:

#### ١- السلوك الإجرامي:

يتمثل في قيام الطبيب بإجراء عملية استنساخ كائن بشري، بمعنى قيامه بكل الإجراءات والخطوات اللازمة لتحقيق النتيجة التي يسعى إليها، وهي استنساخ كائن حي أو جنين بغض النظر عن غرضه من تلك العمليات، ومن ثم يقصد بالسلوك الإجرامي "كل نشاط إيجابي يرتكبه الجنائي للتوصل إلى استنساخ كائن بشري أو جنين وفق الطرق والأساليب المعروفة والمستحدثة في هذا المجال". ويأخذ سلوك الجنائي القيام بالخطوات التي عرضناها آنفاً، والتي اتبعها العلماء في الاستنساخ الانجابي أو

(١) انظر: توصيات الندوة الفقهية الطبية التاسعة بعنوان (رؤية إسلامية لبعض المشاكل الطبية) الدار البيضاء، في الفترة من ١٤ - ١٧/ يونيو/ ١٩٩٧م، مجلة

مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر، الجزء الثالث، ١٩٩٧م، ص ٤٢٩.

(٢) انظر: د/ هيثم حامد المصاروه، مرجع سابق، ص ٣٧.

التكاثري للنفخة (دوللي)، على اعتبار إمكانية تطبيقها على الجنس البشري.

ونعتقد في قصور مسلك المشرع الإماراتي؛ لأنه قصر النص على إجراء عمليات استنساخ كائن بشري، دون التعرض لحظر التعامل في الأجنة المستنسخة، كما فعل المشرع الأمريكي، كما سنوضح في حينه. ونلاحظ من صياغة نص المادة (١٠) - سالفه الذكر - أن المشرع الإماراتي أطلق صور السلوك الإجرامي المكون للركن المادي في هذه الجريمة دون تحديد، ونعتقد في صواب مسلك المشرع؛ لأن التقدم العلمي في مجال الطب لا يقف عند طرق معينة لإجراء عمليات الاستنساخ، ولكن كل يوم يحمل آمالاً لدي الأطباء والمتخصصين بإيجاد طرق أسهل وأكثر نجاحاً للوصول إلى أفضل نتيجة في مجال الاستنساخ البشري، من حيث ضمان حياة طبيعية وأطول للمستنسخ.

كما نلاحظ أن النشاط الإجرامي الذي تقوم به الجريمة يأخذ صورة الفعل الإجرامي الإيجابي، الذي يتمثل في حركة عضوية إرادية يرتكبها الجاني<sup>(١)</sup>، مؤدى ذلك أن الجريمة محل البحث لا تقوم بسلوك سلبي أي بالامتناع، الذي يتمثل في إحجام الجاني عن القيام بعمل معين يفرضه عليه القانون<sup>(٢)</sup>؛ لأن الامتناع لا يتصور أن يحقق نتيجة الاستنساخ التي تتطلب القيام بعمليات دقيقة جداً، ومعقدة، ومتراكبة على بعضها البعض؛ لتحقق في النهاية النتيجة التي يسعى الطبيب المتخصص إلى الوصول إليها من استنساخ بشري، سواء لكائن حي كامل، أو جنين.

ما تقدم لا يمنع قيام مسؤولية الطبيب المتخصص بوصفه شريكاً بالتسبب وفق قواعد الاشتراك بالتسبب المنصوص عليها المادة (٤٥) من

(١) د/ شريف سيد كامل، شرح قانون العقوبات الاتحادي القسم العام، مرجع سابق، رقم ٩٣، ص ١٠٦.

(٢) المرجع السابق، رقم ٩٤، ص ١٠٧ - ١٠٨.



قانون العقوبات الاتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧م، إذا اتخذت وسيلة الاشتراك صورة المساعدة بالامتناع، فقد اتفق أغلب الفقه على أن المساعدة يمكن أن تتحقق سواء بنشاط إيجابي أو بطريق الامتناع<sup>(١)</sup>، كما لو ترك الطبيب المسؤول في أحد المراكز الطبية المتخصصة في مجال الهندسة الوراثية أو المراكز العلمية أو البحثية أحد الأطباء من نفس تخصصه يمارس إحدى طرق الاستنساخ البشري على أنواعها المختلفة، مع علمه بذلك واتجاه إرادته إلى تحقيق نفس النتيجة التي يسعى إليها الطبيب الذي يقوم بإجراء عملية الاستنساخ، بالرغم من الواجب الذي يفرضه القانون على الطبيب المسؤول بضرورة العمل على منع إجراء مثل هذه العمليات، مما يجعل امتناعه عن التدخل سبب في تحقق النتيجة، ويقطع بقيام مسؤوليته الجنائية بوصفه شريكا بالمساعدة السلبية.

## ٢- النتيجة الإجرامية:

تتمثل في الحصول على كائنات بشرية مستنسخة بما يشمل استنساخ جنين بشري حتى ولو كان في بداية مراحل النمو داخل رحم الأم الحاضنة أو في أي وسط آخر، ولا يشترط بقاء الجنين أو الكائن المستنسخ مدة زمنية معينة لقيام الجريمة، ولكن يسأل الجاني بمجرد حدوث استنساخ للجنين حتى ولو تلف أو أجهض هذا الجنين بعد لحظات.

وإن كان المشرع الإماراتي لم ينص على الشروع في إجراء عمليات الاستنساخ، نجد المشرع الأمريكي ينص على حظر إجراء أو مجرد محاولة إجراء استنساخ بشري، ما يؤكد على اعتبار مجرد المحاولة جريمة قائمة بذاتها وليست شروعا<sup>(٢)</sup>. كما يلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يتعرض

(١) المرجع السابق، رقم ٢٠٧، ص ٢١١.

(٢) في ذات الرأي: د/ مهند صلاح أحمد فتحي العزة "الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة" دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

٢٠٠٢، رقم ٢٨٥، ص ٣٧١، ٣٧٢.

للاستنساخ العلاجي الذي يهدف إلى استنساخ جينات بشرية بغرض الوصول إلى علاجي جيني للعديد من الأمراض التي استعصت على العلاج التقليدي، حيث يتم ذلك بنقل أو حذف أو تصحيح أو تثبيط أو بتر الجين المعيب المسؤول عن بعض الأمراض الوراثية، وإدخال جينات صحيحة تتفاعل مع محيطها الجديد، وتجعله في وضع صحي وآمن<sup>(١)</sup>.

كما لم يتعرض لاستنساخ الأعضاء البشرية الذي أجازته بعض علماء الإسلام المعاصرين، من ذلك ما قاله مفتي الديار المصرية عن استنساخ الأعضاء أنه "لا مانع شرعاً من الاستنساخ الجزئي لصالح الإنسان من الناحية الطبية، فيمكن اتخاذ كل التجارب لاستنساخ الخلايا البشرية الجزئية التي يمكن إعادتها للإنسان لعلاجه وشفائه لنفسه أو لغيره بشرط ألا تكون مؤدية إلى اختلاط الانساب، وذلك مثل الكبد أو الكلى أو النخاع الشوكي وغير ذلك.."<sup>(٢)</sup>. وما ذكره البعض قائلًا: "إن ما يصل إليه العلم من استنساخ شيء من أنسجة الأعضاء منفصلاً عن استنساخ جسم الإنسان كله، كما هو الحال في الاستنساخ البشري التقليدي (الجسدي)

(١) عرف البعض الاستنساخ العلاجي بأنه استخلاص خلايا من أنسجة سليمة لمريض معين واستخدام تلك الخلايا لاستنساخ أجنة بشرية تم تفكيكها من أجل إنتاج خلايا جذعية جنينية توجه باستخدام أنواع من المواد الكيميائية لتكوين أنسجة أو أعضاء لتقوم بوظائف بعض الأعضاء التالفة عند المريض.

- د/ عبد الرحمن علي صقر العطاوي "تحقيق في المبررات العلمية والشرعية لتقنيات التغيير الجيني العلاجي والاستنساخ العلاجي وبحث في بدائلها الحديثة لتجنب محاذيرها العلمية والشرعية" بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الرابع، سالف الذكر، ص ١٧٣٥ - ١٧٣٦.

(٢) د/ نصر فريد واصل "الاستنساخ البشري وأحكامه الطبية والعملية في الشريعة الإسلامية" ندوة بعنوان (رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة) سألفة الذكر، ص ٤٥٨.

معملياً فإنني لا أرى مانعاً شرعياً من المضي فيه وإنتاجه ولكن بقيود...<sup>(١)</sup>  
(٢). ومن ثم نوصي بتدخل المشرع بالنص صراحة على إباحة هذه الأنواع  
من الاستنساخ البشري، منعاً لأي لبس أو غموض يكتنف تفسير نص  
المادة (١٠/١) من قانون المسؤولية الطبية.

### ٣- علاقة السببية:

يتطلب الركن المادي توافر علاقة سببية بين الفعل الإجرامي  
للطبيب وبين النتيجة المتمثلة في استنساخ كائن حي كامل أو جنين. مؤدى  
ذلك أنه لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب عن هذه الجريمة مجرد ارتكاب أو  
ممارسة طريقة من الطرق المعروفة للاستنساخ البشري، ولا يكفي تحقق  
النتيجة التي يعاقب عليها القانون باستنساخ كائن بشري، وإنما لابد من  
توافر رابطة سببية بين الفعل والنتيجة<sup>(٣)</sup>.

### ج) القصد الجنائي:

من الثابت أن الركن المعنوي في الجرائم عموماً يأخذ إحدى  
صورتين: القصد الجنائي في الجريمة العمدية، والخطأ في الجريمة غير

---

(١) د/ حسن على الشاذلي "الاستنساخ حقيقته، أنواعه، وحكم كل نوع في الفقه  
الإسلامي" بحث مقدم إلى ندوة بعنوان (رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية  
المعاصرة) سألقة الذكر، ص ٣١٢.

(٢) في حين يرى بعض المتخصصين أنه إذا زرعت خلية كبدية مثلاً في وسط معلمي  
أو في مخبر، فإنها تنتج استنساخ Clone مكوناً من صنف واحد من الخلايا  
الكبدية، وليس كيداً بكل أوصافه وأشكاله ووظائفه المختلفة، قس على ذلك  
جميع الأعضاء، لذلك يؤكد هذا الرأي على عدم امكانية أو استحالة من  
الناحية العملية استنساخ الأعضاء البشرية بشكل مستقل. د/ صديقة العوضي  
"الاستنساخ" بحث مقدم إلى الندوة التاسعة، بعنوان (رؤية إسلامية لبعض  
المشكلات الطبية المعاصرة) الجزء الثاني، (الاستنساخ) بتاريخ ٨- ١١ صفر  
١٤١٨هـ، الموافق ١٤- ١٧ يونيو ١٩٩٧، ص ١٧١، د/ فايز عبدالله  
الكندري، الهندسة الوراثية والاستنساخ الجيني البشري، مرجع سابق،  
ص ١٧٢٢.

(٣) د/ شريف سيد كامل، مرجع سابق، رقم ٩٩، ص ١١٢.

العمدية<sup>(١)</sup>، و نعتقد أن جريمة إجراء عمليات استنساخ كائنات بشرية وفق نص المادة (١٠) من قانون المسؤولية الطبية من الجرائم العمدية التي يأخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي؛ لأنه لا يتصور ارتكاب هذه الجريمة بطريق الخطأ من الطبيب، فلا يعقل أن يباشر ذلك الطبيب إجراء عمليات الاستنساخ البشري بكل ما تنطوي عليه من الدقة لاسيما في نزع النواة من الخلية ثم زرعها في بويضة خلية أخرى، ثم وضع هذه الخلية داخل رحم الأم الحاضنة، أو في وسط آخر، وغير ذلك من الطرق الدقيقة التي عرضناها، لا يعقل أن يقع ذلك بطريق الإهمال أو الرعونة، كصور للخطأ الطبي، ويقصد بالقصد الجنائي "علم الطبيب بعناصر الاستنساخ البشري مع اتجاه إزادته إلى تحقيق النتيجة الإجرامية التي يعاقب عليها القانون".

كما نعتقد أن القصد المتطلب لهذه الجريمة هو قصد عام، يكفي توافر العلم والإرادة؛ لأن تحقق النتيجة التي يسعى إليها الجنائي يعتبر في ذاته عنصراً من عناصر الركن المادي التي ينبغي أن ينصرف علم الجنائي إلى تحققها. وعلى عكس مسلك المشرع الإماراتي في عدم تحديد طبيعة الركن المعنوي في الجريمة، نجد المشرع الأمريكي ينص صراحة على اشتراط قيام الجنائي عمداً بإجراء استنساخ بشري المادة (٣٠٢) سالفه الذكر.

**رابعاً - العقوبة:**

حدد المشرع الإماراتي لهذه الجريمة عقوبة الحبس الذي لا تقل عن سنتين ولا يزيد عن خمس سنوات، والغرامة التي لا تقل عن ٢٠٠ ألف درهم ولا تزيد عن ٥٠٠ ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، من ذلك يتبين أن المشرع الإماراتي جعل من هذه الجريمة جنحة مشددة برفع

(١) فقد نصت المادة (٣٨) من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧م، على صور الركن المعنوي للجريمة، بقولها: "يتكون الركن المعنوي للجريمة من العمد أو الخطأ.."

الحد الأدنى فيها (ستين) عن الحد الأدنى العام للحبس (شهر) وكذلك برفع الحد الأقصى فيها عن الحد الأقصى العام المقرر لعقوبة الحبس وهو ثلاث سنوات.

نفس الأمر بالنسبة للغرامة تعتبر غرامة مشددة؛ لأن الحدين الأدنى والأقصى فيها يزيدان عن حدي الغرامة وفق الأحكام العامة التي لا يزيد حدها الأقصى عن ثلاثين ألف درهم. ومن ثم نلاحظ أن المشرع الإماراتي قد غلظ عقوبات الحبس والغرامة، ولكن يؤخذ على المشرع أنه أعطى القاضي سلطة الحكم بإحدى العقوبتين الحبس أو الغرامة، ومن ثم يملك القاضي الحكم بالغرامة فقط. ولقد عاب بعض الفقه الجنائي على المشرع ذلك مشيراً إلى أن العقوبة المقررة في النص غير كافية لتحقيق الردع، فهي غير متناسبة مع جسامة الجريمة<sup>(١)</sup>. كما يلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يورد عقوبة محددة للشخص الاعتباري إذا تمت عمليات الاستنساخ البشري باسمه أو لحسابه، بخلاف موقف المشرع الأمريكي كما سنوضح فيما بعد.

### الفرع الثاني

جريمة إجراء أبحاث وتجارب وتطبيقات بقصد استنساخ كائن بشري

أولاً: علة التجريم:

إيماناً من المشرع الإماراتي بخطورة وجسامة عمليات استنساخ الكائنات البشرية عمل على تجريم كل ما يؤدي إلى إجراء هذه العمليات من باب سد الذرائع، وعملاً بالقاعدة الفقهية "ما يؤدي إلى حرام فهو حرام". من ذلك تجريم إجراء أبحاث أو تجارب أو تطبيقات بقصد إجراء عمليات استنساخ كائن بشري. من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه المشرع

(١) في نفس الاتجاه، د/ ماجد محمد أبو رخصة "وقفات مع نصوص القانون الاتحادي بشأن المسؤولية الطبية رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨م" بحث مقدم لندوة بعنوان (المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨م في شأن المسؤولية الطبية) - سألقة الذكر - ص ١٥١.

الإماراتي ليقطع الطريق على كل من تسول له نفسه - بذريعة البحث العلمي - أن يجري أبحاثاً طبية أو تجارب أو تطبيقات معملية في مجال الهندسة الوراثية والجينات بقصد إجراء أو تسهيل إجراء عمليات استنساخ كائن بشري.

**ثانياً - أركان الجريمة:**

**(أ) الركن المادي:**

نعرض فيه صور السلوك الإجرامي كما حددها المشرع الإماراتي في المادة (١٠/١) سألفة الذكر، مع اعتقادنا أن الجريمة محل الدراسة من جرائم السلوك المجرد أو الجرائم الشكلية، التي لا يتطلب القانون تحقق نتيجة معينة فيها، وإنما تقع الجريمة بمجرد سلوك الجاني.

وباستقراء نص المادة (١٠) من قانون المسؤولية الطبية نجد أن

المشرع الإماراتي حصر صور السلوك الإجرامي في:

**إجراء أبحاث:**

البحث لغة: هو مصدر الفعل الماضي (بَحَثَ) ومعناه: تتبع، فتنش، سأل، تحرى، تقصى، حاول، طلب، وبهذا يكون معنى البحث هو: تقصي حقيقة من الحقائق أو أمر من الأمور، مما يتطلب التنقيب والتفكير والتأمل، وصولاً إلى شيء يريد الباحث الوصول إليه<sup>(١)</sup>، من جانبنا نعرفه بأنه عملية فكرية منظمة يقوم بها شخص يسمى الباحث من أجل تقصي الحقائق في شأن مسألة أو مشكلة معينة تسمى موضوع البحث (الاستنساخ البشري) باتباع طريقة علمية منظمة تسمى منهج البحث؛ بغية الوصول إلى حلول أو نتائج صالحة للتعميم على المشكلات المماثلة تسمى نتائج البحث.

**إجراء تجارب:**

التجربة لغة: مصدر جرب، يقال أجرى تجربة علمية بمعنى أجرى اختبار علمي لاستخلاص نتيجة ما، والتجربة في العلم هي: اختبار منظم

(1) www.almaany.com

لظاهرة أو ظواهر يراد ملاحظتها ملاحظة دقيقة ومنهجية للكشف عن نتيجة ما أو تحقيق غرض معين<sup>(١)</sup>.

ويقصد بالتجريب في المفهوم الطبي استخدام وسائل أو طرق جديدة على إنسان بغرض علمي بحت، وليس الإنسان محل التجريب في حاجة إليها، ويطلق عليها الأطباء التجريب بهدف البحث العلمي<sup>(٢)</sup>.

في حين عرف البعض التدخل التجريبي للطبيب بأنه مجموع الأعمال العلمية والفنية التي يباشرها الطبيب بغرض الحصول على معلومات ومعارف جديدة بمخصوص موضوع البحث والتجريب<sup>(٣)</sup>.

مما تقدم يمكن القول أن المشرع الإماراتي يجرم ما يقوم به الطبيب من تجريب طرق أو وسائل أو تقنيات جديدة بقصد إجراء عمليات استنساخ كائن بشري أو قيامه بتجريب تقنيات جديدة بهدف تحسين نتائجه.

ونعتقد أن المشرع الإماراتي بذكره (الأبحاث) و(التجارب) كصور للسلوك الإجرامي في هذه الجريمة إنما أراد أن يشمل التجريم كل ما يقوم به الطبيب من أعمال نظرية أو عملية بغرض استنساخ كائن بشري، وذلك على اعتقاد بأن التجارب أو العمل التجريبي مكمل للأبحاث أو العمل البحثي المحض، إذ إن التجربة هي التي تظهر البحث في الواقع العملي، وهي التي تترجم نتائجه البحثية النظرية المحضة إلى نتائج عملية<sup>(٤)</sup>.

(1) [www.almaany.com](http://www.almaany.com)

(٢) أنظر: أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، رقم ٢٧٣، ص ٣١٨، ٣١٩.

(٣) د/ مأمون عبد الكريم "رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية" دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٦٩٤.

(٤) فقد عرفها البعض بأنها كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة على وجه العموم أو المساهمة فيها بطريق مباشر، انظر: د/ محمد سامي الشوا "الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم" رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٦، ص ٤٩٣.

## إجراء تطبيقات:

لم يكتفِ المشرع الإماراتي بالنص على الصورتين السابقتين (الأبحاث والتجارب) وإنما أورد صورة ثالثة وهي (التطبيقات) مما يفيد أن لها مفهوماً مغايراً لمفهوم (التجارب)، فيقال لغة: حاول تطبيق القاعدة أي تجربها، أو نقلها إلى مجال التنفيذ، كما يقصد بها إخضاع المسائل والقضايا لقاعدة علمية أو قانونية أو نحوها، واصطلاحاً: الخروج بالموضوع من نطاق الدراسة النظرية والتجريب إلى مجال التنفيذ في الواقع العملي<sup>(١)</sup>.

ومن ثم يقصد بالتطبيقات بقصد الاستنساخ البشري: الخروج بما انتهت إليه الأبحاث والدراسات من نتائج نظرية بحثة في موضوع الاستنساخ البشري، وما توصل إليه الطبيب من صحة نتائج الأبحاث عن طريق التجربة، إلى مجال التنفيذ العملي بقصد التوصل إلى استنساخ كائن بشري.

**(ب) الركن المعنوي:**

يأخذ صورة القصد الجنائي إذ إنها من الجرائم العمدية التي يتطلب القانون لقيامها توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، ومن ثم لا يتصور وقوع هذه الجريمة بطريق الخطأ غير العمدية.

ونعتقد أن القصد المتطلب في هذه الجريمة هو قصد خاص، لا يكفي مجرد العلم والإرادة، وإنما يتطلب نية خاصة وهي نية استنساخ كائن بشري، وعليه لا يسأل الطبيب إذا قام بإجراء أبحاث أو تجارب أو تطبيقات عن الاستنساخ البشري إذا كان باعته إثبات خطورة هذه العمليات وفشل نتائجها، وليس بقصد إجراء استنساخ كائن بشري. كما نعتقد أن التجريم

---

= كما عرفها البعض بأنه "البحث المباشر وفقاً للقواعد والأصول الصحيحة علمياً، والذي يخضع بمقتضاه الكائن الإنساني لطرق وأساليب لا تملئها أحياناً ضرورة حالته، وقد يمثل هذا البحث تدخلاً في الحياة الخاصة للإنسان الخاضع لتجربة ما" د/ محمد عيد الغريب "التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان" الطبعة الأولى، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١٠.

(1) [www.almaany.com](http://www.almaany.com)



لا يشمل إجراء أبحاث أو تجارب أو تطبيقات في مجال الاستنساخ البشري بقصد العلاج أو استنساخ الأعضاء البشرية بقصد تعويض عضو تالف أو مفقود بجسم الشخص صاحب الخلية الأصلية والمستنسخة.

**ثالثاً - العقوبة:**

قرر المشرع الإماراتي في المادة (٢٨) من قانون المسؤولية الطبية عقوبة الحبس التي لا تقل عن سنتين ولا تزيد عن خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن ٢٠٠ ألف درهم ولا تزيد عن ٥٠٠ ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين عن قيام الطبيب المتخصص بإجراء أبحاث أو تجارب أو تطبيقات بقصد استنساخ كائن بشري، وهي ذات العقوبة المقررة لجرمة إجراء عمليات استنساخ كائن بشري.

مؤدى ذلك أن المشرع الإماراتي يساوي في العقوبة بين الجريمتين، ما يدل ذلك على حرص المشرع الإماراتي على تجريم كل ما من شأنه أن يؤدي إلى استنساخ الكائنات البشرية، ولو اتخذ فعل الجاني مجرد إجراء بحث أو تجربة أو تطبيق.

كما نلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يميز في العقوبة بين أنواع الاستنساخ على النحو السابق، كما لم ينص صراحة على حظر إجراء الأبحاث والتجارب والتطبيقات بقصد إجراء عمليات الاستنساخ العلاجي، ما يفتح مجال الجدل حول مدى جواز ذلك، بعكس المشرع الأمريكي في المادة (٣٠٢) فقرة (d). من قانون حظر الاستنساخ البشري ٢٠٠١، سالف الذكر، ونظيره الإنجليزي في المادة الثالثة من قانون الإخصاب وعلم الأجنة البشرية ١٩٩٠م، فقد أورد كل منهما استثناء على حظر عمليات الاستنساخ البشري مما سمح للعلماء والباحثين القيام بإجراء تجارب وأبحاث بقصد استنساخ بشري تحقيقاً لمصلحة علاجية أو غاية طبية<sup>(١)</sup>.

(1) PUPPINCK (G), "Human cloning Regulation in Europe" the American Center for Law and Justice, ACLJ, 2001, p:4.

## المطلب الثاني

المسؤولية الجنائية للطبيب الناشئة عن إجراء  
عمليات الاستنساخ التكاثري في القانون الأمريكي

أوضحنا من قبل أن المشرع الأمريكي قد عرف الاستنساخ الإنجابي في المادة (٣٠١) من قانون حظر عمليات الاستنساخ البشري Human Cloning Prohibition Act 2001، المعدل للباب (١٨) من U.S. Code بإدراج الفصل (١٦) بأنه "التكاثر اللاجنسي الذي يتم بإعادة إنتاج الجنس الآدمي أو إتمام إنتاجه عن طريق إدخال نواة خلية جسمية مستأصلة من شخص أو أكثر في بويضة مخصبة أو غير مخصبة، بعد نزع نواتها الأصلية أو تثبيتها بغرض إنتاج كائن عضوي حي في أي مرحلة من مراحل تطوره، ويكون مطابقاً تماماً لكائن بشري موجود أو سبق وجوده" (١)، وقد عرفت المادة السابقة مصطلح (التكاثر اللاجنسي) Asexual Reproduction بأنه "كل عملية إنجاب أو تكاثر لا يتم باتحاد بويضة مع حيوان منوي". نعرض في هذا المطلب لموقف المشرع الأمريكي الفيدرالي والمحلي من معالجة نطاق وحدود المسؤولية الجنائية للطبيب الناشئة عن القيام بعمليات الاستنساخ البشري بنوعيه الإنجابي أو التكاثري والاستنساخ العلاجي، وكذلك بيان مسؤولية الطبيب عن القيام بتجارب البحث العلمي في مجال الاستنساخ البشري بنوعيه السابقين، مع الإشارة إلى مواطن المقارنة بين القانون الأمريكي والقانون الإماراتي.

- (1) Sec. (301) Chapter (16) Title (18) U. S. Code, Subsec. (A) Sec. (2) from Human Cloning Prohibition Act 2001, H.R.2505, Calender No 140, 107 th Congress, 1st session.
- CASH (A. N) "Attack of Colnes: Legislative approaches to human cloning in the United States" Duke Law & Technology Reviw, No. 26, 2005, P:2.

## الفرع الأول الجرائم المتعلقة بالاستنساخ البشري الإنجابي أو التكاثري

النص القانوني:

(أ) موقف القانون الفيدرالي:

نص المشرع الفيدرالي الأمريكي على حظر الاستنساخ البشري بموجب قانون حظر الاستنساخ البشري Human Cloning Prohibition Act 2001 المعدل للباب (١٨) من U.S. Code بإدراج الفصل (١٦) حيث نصت المادة (٣٠٢) على أنه:

"a - بعد غير مشروع قيام أي شخص طبيعي أو معنوي (هيئة أو جهة) - عام أو خاص - عمدا وعن علم بما يلي:

١- إجراء أو محاولة إجراء استنساخ بشري.

٢- الاشتراك في محاولة إجراء استنساخ بشري.

٣- شحن أو تسليم - لأي غرض - جنين مستنسخ (أي تم إنتاجه

باستنساخ بشري)، أو أي منتج مشتق من هذا الجنين.

b - بعد غير مشروع قيام أي شخص طبيعي أو معنوي (هيئة) - عام أو

خاص - عمدا وعن علم باستيراد لأي غرض أي جنين مستنسخ (أي تم

إنتاجه باستنساخ بشري)، أو أي منتج مشتق من هذا الجنين."

وقد حدد المشرع الأمريكي في قانون حظر عمليات الاستنساخ

البشري ٢٠٠١م، في المادة (٣٠٢) في الفقرة الفرعية (C) بند (١)، من

الفصل (١٦) المعدل للباب (١٨) من U.S. Code عقوبات جريمة إجراء أو

محاولة إجراء استنساخ البشري بقولها:

"١ - كل شخص طبيعي أو معنوي (هيئة أو جهة) ينتهك

أحكام هذه المادة يعاقب بالغرامة أو بالحبس الذي لا يتجاوز عشر سنوات

أو بالعقوبتين معاً". كما قررت ذات الفقرة في البند (٢) توقيع جزاء مالي

على الجاني بقولها "أي شخص طبيعي أو معنوي (هيئة أو جهة) تنتهك

حكم المادة السابقة يخضع في حالة تحقيق أرباح مالية لجزاء لا يقل عن

مليون دولار، ولا يزيد عن ضعف ما حققه من أرباح إذا تجاوزت المليون دولار<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى اختلاف مسلك القوانين المحلية للولايات الأمريكية فقد حرص بعضها على حظر الاستنساخ البشري بنوعيه: الاستنساخ التكاثري أو الإنجابي Reproductive Cloning والاستنساخ العلاجي Therapeutic Cloning بينما حظر البعض الآخر النوع الأول وسمح بالنوع الثاني<sup>(٢)</sup>.

- (1) Sec. (302) Chapter (16) Title (18) U. S. Code, Subsec. (c) Sec. (2) from Human Cloning Prohibition Act 2001, H.R.2505, Calender No 140, 107 th Congress, 1st session.

تجدر الإشارة إلى صدور العديد من القرارات عن البيت الأبيض ومجلس الشيوخ الأمريكي بعد عام ٢٠٠١ في شأن حظر الاستنساخ التكاثري أو الإنجابي دون الاستنساخ العلاجي، من ذلك:

H.R. 2505, 107th Cong. (2001); H.R. 534, 108th Cong. (2003); S. 303, 108th Cong. (2003). H.R. 222, 109th Cong. (2005); H.R.1357, 109th Cong. (2005); H.R. 1822, 109th Cong. (2005), H.R. 3932, 109th Cong. (2005). Human Cloning Prohibition Act of 2005, S. 658, 109th Cong. (2005); S. 876, 109th Cong. (2005); S. 1520, 109th Cong. (2005).

See: CASH (A.N) "Attack of Colnes: Legislative approaches to human cloning in the United States" op. cit., 4-6.

- (2) See: FEDER (J) "State Laws on Human Cloning" CRS Report for Congress, Congressuonl Research Servic, The Lirary of Congress, 2003, CRS-3, YADAV (S) and SHARMA (V) "Human Cloning: perspectives, ethical issues and legal implications" International Journal of Pharma and Bio Sciences, Vol 2/Issue 1/Jan-Mar 2011, B- 37, 38, BAYLIS (F) "Human Cloning: Three Mistakes and an Alternative" op. cit, P: 326- 329.

وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الأوروبي قد أصدر عام ١٩٩٧م البروتوكول الإضافي للاتفاقية الدولية لحماية حقوق الإنسان وكرامة الإنسان من تطبيقات علم الأحياء والطب، والذي نص على حظر الاستنساخ البشري، حيث أعلن صراحة على أنه يحظر كل تدخل بغرض خلق كائن بشري مطابق وراثياً لكائن بشري آخر، سواء أكان حياً أو ميتاً.

ب) موقف قوانين بعض الولايات الأمريكية<sup>(١)</sup>:

١- قانون ولاية Arkansas:

يحظر قانون هذه الولاية الاستنساخ التكاثري أو الإنجابي وكذلك الاستنساخ العلاجي، كما يحظر شحن أو نقل الأجنة البشرية المستنسخة، وتعد مخالفة أو انتهاك حظر الاستنساخ بنوعيه جنابة Felony، بينما يعد انتهاك أو مخالفة حظر الشحن أو النقل جنحة Misdemeanor، بالإضافة إلى ذلك يفرض قانون الولاية غرامة مالية قدرها ٢٥٠,٠٠٠ دولار أو ضعف الأرباح والمكاسب التي حققها من نشاط الاستنساخ غير المشروع أيهما أكبر<sup>(٢)</sup>.

٢- قانون ولاية Iowa:

لا يختلف عن سابقه حيث يحظر الاستنساخ بنوعيه، كما يحظر نقل أو استلام أجنة بشرية مستنسخة، ويعاقب على مخالفة حظر الاستنساخ بعقوبة الجنابة as a felony، بينما يعاقب على مخالفة حظر النقل أو الاستلام بعقوبة الجنحة المشددة an aggravated misdemeanor، كما يتعرض من يحقق أرباح مالية من الاستنساخ البشري غير المشروع إلى دفع مبلغ ضعيف ما حقق من أرباح مالية، مع إلغاء أي ترخيص أو تصريح أو

---

= Council of Europe (1997). Additional protocol to the Conventions for the protection of human rights and the dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine. See: BANSAL (R.K) "Reproductive Cloning – an act of Human Rights Violation" JIAFM, 2005, 27(3), p: 182, WOODWARD (J) "The Ethics of Human Cloning" op. cit, P: 21.

(1) FEDER (J) "State Laws on Human Cloning" op. cit., CR 2-3, CASH (A.N) "Attack of Colnes: Legislative approaches to human cloning in the United States" op. cit., p: 2-6, NIKAS (N.T) and BORDLEE (D.C.) "Human Cloning Laws: 50 state survey" Bioethics Defense Fund, May 19, 2011, www.BDFund.org

(2) Ark. Code, 2003, SB 185.

شهادة مطلوبة لممارسة التجارة أو المهنة أو أي مهنة مرخصة من قبل الولاية<sup>(١)</sup>.

### ٣- قانون ولاية Michigan:

نص أيضا على تجريم الاستنساخ البشري بنوعيه، وعاقب عليه بعقوبات إدارية تفرض بمعرفة قسم الصحة بالولاية، وجزاءات مالية تتمثل في دفع مبلغ ١٠ مليون دولار، بالإضافة إلى عقوبات جنائية تتمثل في عقوبة الجنائية المقرر لها السجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات<sup>(٢)</sup>.

### ٤- قانون ولاية California:

جرم قانون الصحة والأمان Heath and Safety Code بهذه الولاية عمليات الاستنساخ التكاثري أو الإلجابي وقرر توقيع عقوبة الغرامة بما يجاوز مليون دولار إذا كان المخالف للحظر شركة أو مؤسسة أو عيادة أو مستشفى أو مختبر أو منشأة بحثية، بينما تكون الغرامة بما يجاوز ٢٥٠,٠٠٠ دولار إذا كان المخالف شخصاً أو فرداً من الأفراد، وعلى أية حال توقع على المخالف الذي حقق أرباحاً أو مكاسب مالية من الاستنساخ غير المشروع غرامة ضعف الأرباح التي حققها<sup>(٣)</sup>.

### ٥- قانون ولاية Louisiana:

يطبق هذا القانون عقوبات جنائية على انتهاك أو مخالفة حظر الاستنساخ التكاثري من ذلك السجن بما لا يزيد عن عشر سنوات، كما يفرض جزاءات مالية تجاوز خمسة ملايين دولار إذا صدر الانتهاك من أشخاص، وعشرة ملايين دولار إذا صدر من مؤسسات أو شركات أو

(1) Iowa code, sec. 707 B. 1-4.

(2) MCLS sec. 333-16274, 333-20197, 333-26401, 26406, 750.4309.

(3) Cal. Heath and Saf. Code, sec. 24185-87, 24189.

في نفس الاتجاه قانون ولاية Rhode Island نص على جزاءات مالية عن مخالفة حظر الاستنساخ التكاثري أو الإلجابي.

- R.I. Gen. Laws Sec.23-16.4-1-4.

عيادات أو مستشفيات أو مختبرات أو منشآت بحثية، وفي حال تحقيق أرباح أو مكاسب مالية من الاستنساخ غير المشروع توقع على المخالف غرامة ضعف ما حقق من أرباح أو مكاسب<sup>(١)</sup>.

#### أولاً- أركان الجريمة:

من جملة النصوص السابقة يتبين بوضوح اختلاف مسلك المشع الأمريكي (الفيدرالي والمحلي) عن نظيره الإماراتي في معالجة المسؤولية الجنائية للطبيب عن إجراء عمليات الاستنساخ البشري نعرض فيما لأركان الجريمة والمتمثلة في الفعل الإجرامي والنية الإجرامية.

أ- الفعل الإجرامي:

هو العنصر المادي والمظهر الخارجي للنية الإجرامية من مرتكب الجريمة<sup>(٢)</sup>، ويلاحظ أن المشع الأمريكي قد أورد صوراً متعددة للسلوك الإجرامي في الجرائم محل الدراسة، بخلاف مسلك المشع الإماراتي الذي اكتفى بالنص على تجريم صورة وحيدة وهي إجراء عمليات الاستنساخ البشري كما أوضحنا سابقاً، نعرض فيما يلي لصور الفعل الإجرامي:

١- إجراء عمليات استنساخ بشري.

بالمفهوم الذي أوضحنا عند عرض موقف المشع الإماراتي.

٢- محاولة إجراء عمليات استنساخ بشري.

مفاد ذلك أن المشع الأمريكي ينص على الشروع في إجراء عمليات الاستنساخ البشري كجريمة مستقلة، ويقرر لها ذات العقوبة المقررة للجريمة التامة.

٣- الاشتراك في محاولة إجراء عمليات استنساخ بشري.

مفاد ذلك أن المشع الأمريكي يجرم أفعال الاشتراك في الشروع كجريمة مستقلة، وليس بوصفها وسائل للاشتراك وفق القواعد العامة.

(1) La. R.S. sect. 40:1299.36-36.6.

(2) Joshua Dressler, "Criminal law" second edition, Thomson Reuters, USA, 2010, P: 7.

٤- شحن أو تسلم جنين بشري مستنسخ :

يتجلى بوضوح اختلاف مسلك المشرع الأمريكي عن نظيره الإماراتي في النص على تجريم فعل شحن أو تسلم جنين ناتج عن استنساخ بشري إنجابي أو تكاثري، أو مشتق من جنين مستنسخ، بينما لم يتعرض المشرع الإماراتي لهذه الصورة من الصور التجريمية التي تتعلق بالتعامل في أجنة ناتجة عن عمليات استنساخ بشري، مما قد يفتح الباب للجدل والخلاف حول مدى تجريم أفعال شحن وتسلم مثل هذه الأجنة، خاصة وأن المشرع الإماراتي اكتفى بالنص على فعل إجراء عمليات الاستنساخ البشري دون التعرض لفعل إدخال أجنة مستنسخة والتعامل فيها.

٥- استيراد جنين بشري مستنسخ :

نعتقد أن هذه الصورة مستقلة عن الصورة السابقة، لذلك نجد المشرع الأمريكي ينص عليها في فقرة مستقلة وهي الفقرة (B) من المادة (٣٠٢) من قانون حظر عمليات الاستنساخ البشري، ويقصد باستيراد الأجنة: استجلابها من خارج البلاد<sup>(١)</sup>، ونعتقد أن فعل الجنائي يقف عند حد استيراد الجنين المستنسخ أو مشتقاته من خارج الولايات الأمريكية، دون اشتراط التعامل فيها أو استغلالها في غرض معين حقيقة.

(ب) النتيجة الإجرامية:

نعتقد في أن المشرع الأمريكي تطلب تحقيق نتيجة إجرامية بالنسبة لصورة إجراء عملية استنساخ بشري، تتمثل هذه النتيجة في تمكن الطبيب من الوصول إلى مبتغاه من استنساخ جنين بشري على النحو الذي أوضحنا عند عرض النتيجة في موقف القانون الإماراتي.

كما نعتقد أن المشرع الأمريكي يتطلب تحقق نتيجة في صور شحن أو تسلم أو استيراد جنين مستنسخ أو مشتق من جنين مستنسخ، حيث تتمثل هذه النتيجة في حصول التسلم أو إدخال الجنين المستنسخ إلى الولايات

(1) <http://www.almaany.com/ar/dict/arar/%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D9%8A%D8%B1%D8%A7%D8%AF/>



الأمريكية، ومن ثم لا تقوم الجريمة تامة إذا وقف فعل الجاني عند حد محاولة الشحن أو الاستيراد، بخلاف الحال في صورتني محاولة إجراء عمليات الاستنساخ البشري والاشترك في المحاولة، حيث لا يتطلب المشرع الأمريكي تحقق نتيجة، وإنما يعاقب على مجرد المحاولة أو الاشتراك فيها، وهي من جرائم السلوك المجرد التي لا يتطلب القانون لقيامها تحقق نتيجة إجرامية معينة.

### ج) النية الإجرامية:

بخلاف مسلك المشرع الإماراتي الذي لم ينص صراحة على تطلب القصد الجنائي في نص المادة (١٠) من قانون المسؤولية الجنائية، نجد المشرع الأمريكي ينص صراحة على تقع الجريمة (عمدا) Intentionally من الجاني، والعمد يتطلب أن يكون الجاني مدركاً أن فعله يتسبب عنه حدوث النتيجة، كما يعلم يقيناً أن النتيجة تحققت بسبب فعله المحظور<sup>(١)</sup>.

ونعتقد في حسن مسلك المشرع الأمريكي مقارنة بمسلك نظيره الإماراتي، في تطلب القصد الجنائي صراحة، ما يغلط باب الجدل والخلاف حول مدى وقوع الجريمة بطريق الخطأ من الجاني.

### ثانياً - العقوبة المقررة:

باستعراض موقف القانون الفيدرالي الأمريكي وكذا القوانين المحلية لبعض الولايات الأمريكية نلاحظ أن المشرع الأمريكي قد غالج العقوبة المقررة للجرائم المتعلقة بالاستنساخ الانجابي أو التكاثري بخلاف موقف المشرع الإماراتي، حيث نجد المشرع الأمريكي يقرر عقوبة سالبة للحرية أشد من تلك التي قررها نظيره الإماراتي، وهي الحبس مدة لا تزيد عن عشر سنوات، مع ملاحظة أن المشرع الفيدرالي الأمريكي لم يميز في العقوبة بين صور السلوك الإجرامي، حيث قرر عقوبة واحدة لكافة الصور السابقة، بخلاف مسلك القوانين المحلية لبعض الولايات حيث جعلت من

(1) Joshua Dressler, Criminal law, op. cit., P: 12.

مخالفة الحظر المفروض على إجراء عمليات الاستنساخ البشري جنابة  
وعاقبت عليها بالسجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات، بينما جعلت من  
مخالفة الحظر المفروض على شحن أو نقل الأجنة البشرية المستنسخة جنحة  
مشددة<sup>(١)</sup>.

بيد أن جل ما نلاحظه على موقف المشرع الأمريكي أنه قرر عقوبة  
مالية وربط مقدارها بقدر ما يتم تحقيق من أرباح جزاء عمليات الاستنساخ  
البشري، بحيث لا يقل مقدارها عن مبلغ معين، يختلف باختلاف مسلك  
التشريعات، حيث جعلها القانون الفيدرالي لا تقل عن مليون دولار ولا  
تزيد عن ضعف ما يحققه من أرباح، إذا تجاوزت المليون دولار<sup>(٢)</sup>، بينما  
جعلها المشرع في ولاية Arkansas لا تقل عن ٢٥٠,٠٠٠ دولار ولا تزيد  
عن ضعف ما حققه من أرباح<sup>(٣)</sup>، بينما نلاحظ أن المشرع في بعض  
الولايات ميز في مقدار بين صفة الجاني، حيث جعل الحد الأدنى لا يقل  
عن مليون دولار إذا كان الجاني شركة أو مؤسسة أو عيادة أو مستشفى أو  
مختبر أو منشأة بحثية، بينما لا تقل عن ٢٥٠,٠٠٠ دولار إذا كان الجاني  
شخصاً طبيعياً، هذا مع جعل توحيد الحد الأقصى في الحالتين، بما لا يجاوز  
ضعف ما يحققه من أرباح أو مكاسب من عمليات الاستنساخ<sup>(٤)</sup>، بينما  
جعلها المشرع في ولايات أخرى لا تقل عن ٥ مليون دولار إذا كان الجاني  
من الأشخاص الطبيعيين، و ١٠ مليون دولار إذا كان من الشركات أو  
المؤسسات أو العيادات أو المستشفيات أو المختبرات أو المنشآت البحثية<sup>(٥)</sup>.

- (1) Iowa code, sec. 707 B. 1-4.
- (2) Sec. (302) Chapter (16) Title (18) U. S. Code, Subsec. (c)  
Sec. (2) from Human Cloning Prohibition Act 2001,  
H.R.2505, Calender No 140, 107 th Congress, 1st session.
- (3) Ark. Code, 2003, SB 185.
- (4) Cal. Heath and Saf. Code, sec. 24185-87, 24189.
- (5) La. R.S. sect. 40:1299.36-36.6

كما يلاحظ من استعراض النصوص السابقة للقوانين الأمريكية أن  
المشرع قرر عقوبة محددة للشخص الاعتباري إذا ارتكب الجرائم السابقة  
المتعلقة بالاستنساخ البشري بنوعيه الانجابي والعلاجي، لاسيما جرائم  
شحن أو نقل أو استيراد أجنة بشرية مستنسخة، فقد نص على عقوبة  
الغرامة على الذي عرضناه فيما سبق، مع ملاحظة أن المشرع في بعض  
الولايات جعل الغرامة المقررة للشخص الاعتباري ضعف الغرامة المقررة  
للشخص الطبيعي، وذلك بخلاف مسلك المشرع الإماراتي الذي لم ينص  
على عقوبة محددة للشخص الاعتباري إذا ارتكبت الجريمة باسمه وحسابه.  
وأخيراً نلاحظ أن المشرع في قوانين بعض الولايات الأمريكية نص  
على تدابير توقع على الجنائي بجانب العقوبة السالبة للحرية أو العقوبة  
المالية، من ذلك: قانون ولاية Iowa الذي نص إلغاء أي ترخيص أو  
تصريح أو شهادة مطلوبة لممارسة التجارة أو المهنة أو أي مهنة مرخصة من  
قبل الولاية<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### جريمة اجراء ابحاث علمية في مجال الاستنساخ التكاثري.

**النص القانوني:** نص قانون حظر الاستنساخ البشري الأمريكي  
٢٠٠١ في الفقرة الفرعية (d) من المادة (٣٠٢) من الفصل (١٦) المعدل  
للإب (١٨) من U.S. Code، بقولها:  
"لا شيء في هذه المادة يحد من مجال البحث العلمي الذي لا يحظر  
بوجب هذه المادة، بما في ذلك البحوث في مجال استخدام تقنية النقل  
النووي وغيرها من تقنيات الاستنساخ الأخرى لإنتاج جزيئات molecules  
أو الحامض النووي DNA، أو خلايا من غير أجنة بشرية human  
embryos، أو أنسجة tissues أو أعضاء organs أو نباتات Plants أو  
حيوانات غير بشرية animals other than human"<sup>(٢)</sup>.

(1) Iowa code, sec. 707 B. 1-4.

(2) Sec. (301) Chapter (16) Title (18) U. S. Code, Subsec. (a) Sec.  
(2) from Human Cloning Prohibition Act 2001, H.R.2505,  
Calender No 140, 107 th Congress, 1st session

وهو ما أكدت عليه القوانين المحلية للولايات الأمريكية<sup>(١)</sup>، وقد صدر قانون حظر أبحاث الاستنساخ البشري الأمريكي عام ٢٠٠٥، The Human Cloning Research Prohibition Act 2005، والذي يحظر إنفاق الأموال الفيدرالية لإجراء أو دعم البحوث على استنساخ الكائنات البشرية، ومع ذلك نص على أن البحث العلمي مكفول بما في ذلك استخدام تقنيات الاستنساخ البشري بقصد استنساخ جزئيات أو DNA أو خلايا أخرى من أجنة بشرية أو أنسجة، أو خلق كائنات غير بشرية (حيوانات)، كما أن القرار لا يقيد استخدام الأموال الفيدرالية لأي بحث استنساخ غير بشري<sup>(٢)</sup>.

كما صدر قانون حظر الاستنساخ البشري وحماية أبحاث الخلايا الجذعية ٢٠٠٥م The Human Cloning Ban and Stem Cell Research Protection Act 2005 والذي عرف الاستنساخ البشري بأنه "يعني زرع أو محاولة زرع نتاج النقل النووي في الرحم أي المعادل الوظيفي للرحم"<sup>(٣)</sup>.

- (1) Arkansas (ARK. Code Ann. Sect. 20-16-1001, 2003) South Dakota (S.D. codified laws sect. 34-14-28, 2004) California (CAL. BUS. & PROF. CODE sect. 16004, 16105 (2003); CAL. HEALTH & SAFETY CODE sect. 24185, 24187 (2003); Connecticut (Conn. Legis. Serv. 05-149 (2005); Massachusetts (MASS. GEN. LAWS ch. 111L, sect. 8(a) (2005); New Jersey (N.J. STAT. ANN. 26:2Z-2 (2003); Virginia (VA. CODE ANN. Sect. 32.1, 162.21 to -22 (2003).
- (2) H.R. 222, 109th Cong. (2005) the Human Cloning Research Prohibition Act . also, H.R.1357, 109th Cong. (2005); H.R. 1822, 109th Cong. (2005), H.R. 3932, 109th Cong. (2005).
- (3) "The term 'human cloning' means implanting or attempting to implant the product of nuclear transplantation into a uterus or the functional equivalent of a uterus." H.R. 1822, 109th Cong. (2005), the Human Cloning Ban and Stem Cell Research Protection Act of 2005, sect. 1001 (a) (1).

ويؤكد العلماء أن تقنية الاستنساخ لاسيما استنساخ الأجنة أصبح لها أهمية قصوى باعتبارها مصدرا للحصول على الخلايا الجذعية (١). ويهدف القرار إلى منع الاستنساخ البشري مع حماية مجالات البحوث الطبية، مثل أبحاث الخلايا الجذعية الجنينية (٢)، كما ينص على أنه ليس هناك ما يقيد إجراء أبحاث في المجالات التي لم تحظر صراحة، ما ينصرف إلى حظر أبحاث الاستنساخ التكاثري أو الإنجابي دون تأثير على الاستنساخ العلاجي، من ثم يكون المشرع الأمريكي أكثر وضوحا محددًا مجال حظر وإباحة الأبحاث والتجارب بقصد الاستنساخ البشري بنوعه الإنجابي أو التكاثري، دون حظر الاستنساخ العلاجي، بخلاف موقف المشرع الإماراتي، الذي لم يحدد نوع الاستنساخ المحظور إجراء الأبحاث والتجارب بشأنه، ما يثير الجدل حول مدى جواز الأبحاث والتجارب الطبية في مجال الاستنساخ العلاجي.

### الختام

بعد عرضنا لموضوع المسؤولية الجنائية للطبيب في ضوء القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨م في شأن المسؤولية الطبية، وموقف التشريعات الأخرى، انتهينا إلى جملة نتائج وتوصيات، وهي:

(1) ENGLISH (R) "Nuclear Cell Transfer of Statutory Language" New Law Journal, Vol. 152, Issue 7018, 8, Feb. 2002, MOORE (P) "Reproductive Cloning" Christian Medical Fellowship, 2002, No: 16, GMF files. P: 2.

(٢) يقصد بها مجموعة من خلايا أولية تشكل كتلة يتكون منها الجنين في بداية مراحل تطوره، هذه الخلايا غير متخصصة وغير مكتملة، ولكنها قادرة على تكوين خلايا متخصصة بعد أن تنقسم عدة انقسامات في ظروف مناسبة، انظر: د/سامح عبد الواحد التهامي "الإطار القانوني لأبحاث الخلايا الجذعية الجنينية" المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد ٢٦، ٢٠٠٩، ص ١٢٠.

- BARGLOW (R) "Therapeutic Cloning Can Save Lives" paper in : WOODWARD (J) "The Ethics of Human Cloning" op .cit, P:34.

١- لم يتعرض المشرع الإماراتي للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن الجرائم الواردة بالقانون، لاسيما جرائم استنساخ الكائنات البشرية وإجراء الأبحاث والتجارب والتطبيقات بقصد استنساخ كائن بشري.

٢- لم ينص المشرع الإماراتي صراحة على خروج إجراء عمليات الاستنساخ العلاجي أو استنساخ الأعضاء البشرية بقصد العلاج من نطاق التجريم، كذلك إجراء أبحاث أو تجارب أو تطبيقات بقصد إجراء استنساخ علاجي أو أعضاء بشرية بقصد العلاج، مثلما فعل كل من المشرع الأمريكي والإنجليزي، والذي أقرت دار الإفتاء المصرية مجوازه لمصلحة الإنسان<sup>(١)</sup>.

٣- العقوبة المقررة لعمليات استنساخ الكائنات البشرية غير متناسبة مع جسامة الجريمة، ونوصي بضرورة تعديل النص لاسيما فيما يتعلق بالغرامة المنصوص عليها، وربطها ما تحققة عمليات الاستنساخ الإنجابي أو التكاثري من أرباح هائلة، مثلما فعل المشرع الأمريكي.

٤- لم ينص المشرع الإماراتي على عقوبة للشروع في جريمة إجراء عمليات الاستنساخ البشري، بالرغم من تصوره واقعياً، وذلك مثلما فعل المشرع الفيدرالي الأمريكي.

٥- قرر المشرع عقوبة لفعل إجراء التقنية المساعدة للمرأة على الإنجاب أو زرع جنين في رحمها في المادة (١٢) من قانون المسؤولية الطبية بالمخالفة للشروط الواردة بالمادة، وكان ينبغي على المشرع أن يميز بين ارتكاب

(١) "لا مانع شرعاً من الاستنساخ الجزئي لصالح الإنسان من الناحية الطبية، فيمكن اتخاذ كل التجارب لاستنساخ الخلايا البشرية الجزئية التي يمكن إعادةتها للإنسان لعلاج وشفائه لنفسه أو لغيره بشرط ألا تكون مؤدية إلى اختلاط الانساب، وذلك مثل الكبد أو الكلى أو النخاع الشوكي وغير ذلك.. د/ نصر فريد واصل "الاستنساخ البشري وأحكامه الطبية والعملية في الشريعة الإسلامية" ندوة بعنوان (رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة) سألقة الذكر، ص ٤٥٨.

الطبيب للفعل بالمخالفة لشرط موافقة الزوجين، وارتكاب الفعل بالمخالفة لشرط قيام الزواج الشرعي بينهما لاختلاف جسامه وخطورة كل منهما.

٦- لم ينص المشرع الإماراتي على تدابير احترازية توقع على المخالف لضوابط التلقيح الصناعي، من ذلك: غلق المركز أو المستشفى أو العيادة التي تمارس هذه العمليات بالمخالفة لقانون المسؤولية الطبية.

٧- كما لم ينص المشرع الإماراتي على مثل هذه التدابير بالنسبة للمؤسسات والعيادات والمستشفيات والمراكز والمختبرات والمنشآت البحثية التي تمارس عمليات الاستنساخ البشري الانجابي أو التكاثري، مثلما فعل المشرع الأمريكي في بعض الولايات.

٨- نوصي أن يتدخل المشرع الإماراتي بتعديل نص المادتين (١٠، ١٢) من قانون المسؤولية الطبية بما يتدارك النتائج والملاحظات المذكورة أعلاه.

قائمة المراجع والمصادر:

أولاً- المراجع العربية:

(أ) الكتب العامة والمتخصصة:

- ١- أسامة عبد الله قايد "المسؤولية الجنائية للأطباء" دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٢- أنور أبو بكر هواني الجاف "مدى مشروعية جراحة التجميل ومسؤولية الأطباء" دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠١٠.
- ٣- حبيبه سيف سالم الشامسي "النظام القانوني لحماية جسم الإنسان" الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٦.
- ٤- حسن محمد ربيع "المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد" دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

- ٥- حسيني هيكل ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الصناعي والشريعة الإسلامية" دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، ٢٠٠٧.
- ٦- رضا عبد الحليم عبد الحميد "الحماية القانونية للجنين البشري" (الاستنساخ وتدايعياته) دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١.
- ٧- سامح عبد الواحد التهامي "الإطار القانوني لأبحاث الخلايا الجذعية الجنينية" المجلة القانونية الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، العدد ٢٦ ، ٢٠٠٩.
- ٨- سعدي اسماعيل البرزنجي "المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة" دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٩.
- ٩- شريف سيد كامل "قانون العقوبات الاتحادي" القسم العام" مطبوعات جامعة الجزيرة ، ٢٠٠٩.
- ١٠- شوقي زكريا الصالحي "التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية" بدون ناشر ، ٢٠٠١.
- ١١- صفوان محمد شديفات "المسئولية الجنائية عن الأعمال الطيبة" دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١.
- ١٢- عبد القديم زلوم "حكم الشرع في الاستنساخ" الطبعة الأولى ، ١٩٩٧ ، بدون ناشر.
- ١٣- عبد النبي محمد محمود الاعتداء على الجنين ووسيلة حمايته بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، ٢٠١١.
- ١٤- على حسين نجيده "التلقيح الصناعي وتغيير الجنس" الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١.
- ١٥- على حمودة "شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة" القسم العام ، الجزء الأول ، النظرية العامة



للجريمة، من مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٧.

١٦- ماجد محمد أبو رخية، عبد الله محمد الجبوري "فقه الزواج والطلاق" الطبعة الثانية، من إصدارات كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الشارقة، ٢٠٠٨.

١٧- مأمون عبد الكريم "رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية" دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

١٨- محمد المرسي زهرة "الإخصاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية" دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٩٢ - ١٩٩٣.

١٩- محمد عبد الوهاب الخولي "المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة" دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بدون ناشر، ١٩٩٧م.

٢٠- محمد عيد الغريب "التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان" الطبعة الأولى، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

٢١- محمد عيد الغريب "شرح قانون العقوبات القسم العام" الايمان للطباعة، ٢٠٠٠/١٩٩٩.

٢٢- مهند صلاح أحمد فتحي العزة "الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة" دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

٢٣- هيثم حامد المصاروه "التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية" دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المناهج، الأردن، ٢٠٠٠.

(ب) الرسائل العلمية:

٢٤- رضا عبد الحليم عبد الحميد "النظام القانوني للإنجاب الصناعي" رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٦م.

٢٥- كامل عبد العزيز محمد "الجوانب القانونية والشرعية التي تثيرها عمليات نقل خلايا الجسم" رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٧.

٢٦- محمد سامي الشوا "الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم" رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٦.

٢٧- مدوح محمد خيرى هاشم "الإخصاب الصناعي في القانون المدني" دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ١٩٩٦.

٢٨- الهيثم عمر سليم "المسؤولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية" رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٦.

#### (ت) الأبحاث والدراسات المتخصصة:

٢٩- أبو الوفا محمد أبو الوفا "تحديد المسؤولية الجنائية عن الخطأ في وسط الفريق الطبي" بحث مقدم إلى ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨م "جامعة الامارات، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة من ٨- ٩ / ديسمبر ٢٠٠٩م.

٣٠- أحمد رجائي الجندي "الاستنساخ البشري بين الإقدام والإحجام" مجلة الفقه الإسلامي، جدة، العدد ١٠، الجزء ٣، سنة ١٩٩٧.

٣١- حسن على الشاذلي "الاستنساخ حقيقته، أنواعه، وحكم كل نوع في الفقه الإسلامي" بحث مقدم إلى ندوة بعنوان (رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة) التي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الجزء الثاني، (الاستنساخ) بتاريخ ٨- ١١ صفر ١٤١٨هـ، الموافق ١٤- ١٧ يونيو ١٩٩٧.

٣٢- حمدي عبد اللاه "المسؤولية الطبية من وجهة النظر القانونية" بحث مقدم إلى المؤتمر العربي الثاني للمسؤولية الطبية، حول (الحماية القانونية من الأخطاء الطبية) أكاديمية شرطة دبي، في الفترة ٢٨- ٢٩ نوفمبر ٢٠١٢م، المجلد الأول.

٣٣- شادية الصادق الحسن "حكم الإسلام في التلقيح الصناعي" مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد العلوم والبحوث الإسلامية، العدد الثاني، فبراير، ٢٠١١.

- ٣٤- صديقة العوضي "الاستنساخ" بحث مقدم إلى الندوة التاسعة، التي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، بعنوان (رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة) الجزء الثاني، (الاستنساخ) بتاريخ ١١ - ١٤ صفر ١٤١٨هـ، الموافق ١٤ - ١٧ يونيو ١٩٩٧.
- ٣٥- عارف على عارف "الأم البديلة أو الرحم المستأجر" رؤية إسلامية، مجلة إسلامية المعرفة، المعهد العالي للفكر الإسلامي، جامعة بيروت الإسلامية، عدد ١٩، السنة الخامسة، ١٩٩٩.
- ٣٦- عبد الرحمن على صقر العطاوي "تحقيق في المبررات العلمية والشرعية لتقنيات التغيير الجيني العلاجي والاستنساخ العلاجي وبحث في بدائلها الحديثة لتجنب محاذيرها العلمية والشرعية" بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الرابع، سالف الذكر.
- ٣٧- عبد الوهاب البطراوي "المسؤولية الجنائية للأطباء" المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ١٦، العدد ٣١، محرم ١٤٢٢.
- ٣٨- فايز عبد الله الكندري "الهندسة الوراثية والاستنساخ الجيني البشري" بحث مقدم لمؤتمر (الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون) جامعة الإمارات، المجلد الرابع، في الفترة من ٥ - ٧/مايو، ٢٠٠٢.
- ٣٩- فواز صالح "الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية" مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الأول، ٢٠٠٤.
- ٤٠- ماجد محمد أبو رحية. "وقفات مع نصوص القانون الاتحادي بشأن المسؤولية الطبية رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨" بحث مقدم لندوة بعنوان (المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨ في شأن المسؤولية الطبية).
- ٤١- نصر فريد واصل "الاستنساخ البشري وأحكامه الطبية والعملية في الشريعة الإسلامية" ندوة بعنوان (رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة) سألقة الذكر.

## ثانياً: المراجع الأجنبية:

- 1- B. M. Knoppers "CLONING HUMAN BEINGS"  
Cloning: An  
International Comparative Overview, Volume II, 1997, P: G3  
, <https://repository.library.georgetown.edu/handle/10822/530265>
- 2- BANSAL (R.K) "Reproductive Cloning – an act of  
Human Rights Violation" JIAFM, 2005, 27(3).
- 3- BAYLIS (F) "Human Cloning: Three Mistakes and an  
Alternative" Journal of Medicine and Philosophy, 2002,  
Vol. 27, No 3.
- 4- CASH (A. N) "Attack of Colnes: Legislative approaches  
to human cloning in the United States" Duke Law &  
Technology Reviv, No. 26, 2005.
- 5- CASTILLO (D.G) & HONG (A.Y) and Others, "A Legal  
Perspective on Artificial Insemination" Philippine Law  
Journal, Vol. 51, 1976.
- 6- ENGLISH (R) "Nuclear Cell Transfer of Statutory  
Language" New Law Journal, Vol. 152, Issue 7018, 8,  
Feb. 2002.
- 7- FEDER (J) "State Laws on Human Cloning" CRS  
Report for Congress, Congressuonl Research Servic, The  
Lirary of Congress, 2003.
- 8- JENSEN (B.J) "Artificial Insemination and the Law"  
Brigham Young University Law Reivew, 1982.
- 9- Joshua Dressler, "Criminal law" second edition,  
Thomson Reuters, USA, 2010.
- 10- MOORE (P) "Reproductive Colning" Christian Medical  
Fellowship, 2002, No: 16, GMF files.
- 11- NIKAS (N. T) and BORDLEE (D.C) "Human Cloning  
Laws: 50 state survey" Bioethics Defense Fund, May 19,  
2011, [www.BDFund.org](http://www.BDFund.org)
- 12- PUPPINCK (G), "Human cloning Regulation in Europe"  
the American Center for Law and Justice, ACLJ, 2001.

- 13- William Wilson, Criminal law, University of London, United Kingdom, 2013.
- 14- WOODWARD (J) "The Ethics of Human Cloning" Thomson Gale, USA, 2005.
- 15- YADAV (S) and SHARMA (V) "Human Cloning: perspectives, ethical issues and legal implications" International Journal of Pharma and Bio Sciences, Vol 2/Issue 1/Jan-Mar 2011.
- 16- ZAHEERUDDIN (M) "Fixing of civil or Criminal Liability on doctor or Surgeon – a Critical Study" seminar on : Medical Liability under the New Federal Law, No10 of 2008, 8-9 des. 2009.

---

---

**دور الوسائل العلمية الحديثة ومشروعيتها في  
الإثبات الجنائي**  
*Le rôle des moyens scientifiques modernes et  
leur légitimité en matière de la preuve pénale*

---

---

**د / بكرى يوسف بكرى محمد**

دور الوسائل العلمية الحديثة ومشروعيتها في الإثبات الجنائي

*Le rôle des moyens scientifiques modernes et leur  
légitimité en matière de la preuve pénale*

د/ بكري يوسف بكري محمد

أستاذ القانون الجنائي المساعد

كلية الشريعة والقانون- جامعة الأزهر- دمنهور

دكتوراه في القانون الجنائي- جامعة باريس- فرنسا

### مقدمة في

### أهمية الإثبات الجنائي بالدليل العلمي

للإثبات أهمية بالغة في مختلف فروع القانون، فالحق دون إثباته  
بدليل يؤكد ويدعمه يكون هو والعدم سواء<sup>(١)</sup>، وتزداد أهمية الإثبات  
La Preuve في مجال القانون الجنائي، لأن حق الدولة في العقاب  
يتجرد من كل قيمة له إذا لم يتم دليل أمام القضاء على نسبة الجريمة إلى  
متهم بعينه، والدليل العلمي<sup>(٢)</sup> هو خير دليل يمكن الركون إليه في نسبة  
الجريمة مادياً ومعنوياً إلى مرتكبها.

(١) أنظر: المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة  
١٩٦٨، ص ١٠.

(٢) ترجع نشأة الدليل العلمي إلى العالم شيزاري لومبروزو  
Cesare LOMBROSO طبيب الجيش الإيطالي المشهور، ومؤسس المدرسة  
الوضعية الإيطالية، الذي اعتمد نظام الفحص والتحليل لمعرفة صفات المجرم،  
ثم جاء العالم النمساوي سيجمون فرويد Sigmund FREUD واعتمد نظام  
التحليل النفسي، حيث كان التنويم المغناطيسي وسيلة لسبر غور النفس البشرية  
وهي في حالة اللا شعور. أنظر: د. عمر الفاروق الحسيني: علم الإجرام  
والعقاب، ط ٢، ١٩٩٧، دار الإيمان للطباعة، القاهرة، ص ١٣٦ وما بعدها،  
وص ٢٧٧ وما بعدها، د. رءوف عبيد: أصول علمي الإجرام والعقاب، دار  
الفكر العربي، ط ٥، ١٩٨٢، ص ٥٨ وما بعدها؛ د. أحمد ضياء الدين محمد  
خليل: مشروعية الدليل في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،  
١٩٨٢، ص ٨٤٤ وما بعدها؛ د. السيد محمد سعيد عتيق: النظرية العامة  
للدليل العلمي في الإثبات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٣، ص  
٤٥ وما بعدها.

وإذا كانت الجريمة *L'infracton* ظاهرة اجتماعية وبشرية قديمة قدم الإنسانية ولا يخلو منها مجتمع من المجتمعات، وإذا كان الإثبات في المواد الجنائية هو إقامة الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المجرم، أو هو كل ما يفيد في إظهار الحقيقة عن طريق الوسائل التي يتوصل إليها أطراف الدعوى العمومية، فإن النتيجة الحتمية المترتبة على ذلك هي أن الجريمة وإقامة الدليل عليها إثباتاً أو نفياً أمران متلازمان، فالدليل لا ينفك عن الجريمة، ويدور معها وجوداً وعدماً، فهما قديمان قدم الإنسانية وهما باقيان ما بقي الإنسان على وجه الأرض.

وكما أن الجريمة في عصرنا هذا قد شهدت تطوراً كبيراً سواء من حيث أسلوبها أو منهجها، حيث استفاد محترفي الإجرام من وسائل وأدوات التقنية المتطورة في ارتكاب الجرائم وخاصة الإجرام المنظم العابر للحدود الوطنية، وكما أصبح مرتكبوها من ذوي المؤهلات العلمية والعقول الناضجة مما سمح لهم في بعض الحالات من إخفاء معالم الجريمة والإفلات من يد العدالة، فإن إثبات الجريمة قد شهد هو الآخر تطوراً ملحوظاً، باعتماد أجهزة العدالة الجنائية وسائل جديدة في عملية اكتشاف الجرائم حتى يكون للسياسة الجنائية دور إيجابي وفعال في مكافحة الإجرام التقليدي والمستحدث.

فالإثبات الجنائي لم يعد قاصراً على مجرد الاعتماد على الأدلة التقليدية كاعتراف المتهم<sup>(١)</sup> وشهادة الشهود، بل امتد إلى كل ما يفيد في

(١) ذلك الاعتراف الذي كان يتم أخذه في كثير من الأحيان، خاصة في ظل نظام التنقيب والتحري، تحت وطأة التعذيب والإكراه، وصولاً للحقيقة بأسرع الطرق، إلا أنه مع تطور النظريات الداعمة لحقوق الإنسان، تم إهدار كل دليل ولو كان اعترافاً طالما كان فيه تعد على هذه الحقوق. أنظر: د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٤٢ وما بعدها؛ د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص، ٩٣ وما بعدها؛ د. عمر الفاروق الحسيني: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، الجريمة والمسؤولية دراسة تحليلية على ضوء أحكام القانون المصري الفرنسي وأراء الفقه وأحكام القضاء، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٦.



الكشف عن الحقيقة، أو الملامح الشخصية للمجرم، من خلال العديد من الوسائل الحديثة التي أوجدها التطور العلمي الحاصل في جميع المجالات العلمية، الطبية، والبيولوجية، والتكنولوجية، بالإضافة إلى علوم الإجرام. وهذه الطرق العلمية المستحدثة سميت "الأدلة العلمية".

وإذا كان الدليل في مفهومه القانوني يعني: الحجة أو البرهان القائم على العقل والمنطق في إطار الشرعية الإجرائية والذي يستمد منه القاضي اقتناعه بحقيقة الواقعة وبالحكم الذي ينتهي إليه<sup>(١)</sup>.

فإن الدليل العلمي *La Preuve scientifique*: هو ذلك الدليل الذي ينبعث من رأي الخبير أو الفني أو التقني حول دليل مادي أو معنوي قائم في الدعوى الجنائية، وهذا الدليل يخضع للفحص العلمي ويستخرج بواسطة أساليب وطرف فنية علمية حديثة يتقيد بها الخبير الفني<sup>(٢)</sup>. ولذا

---

(١) أنظر في تعريف الدليل من الناحية القانونية: د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، ١٩٨٠، ص ٧٦٤؛ د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٧٣؛ د. عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، المرجع السابق؛ د. محمد زكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، ط ٨، ٢٠٠٨، ص ٧٣٠.

(٢) أنظر في الخبرة في المسائل الجنائية بصفة عامة: د. عبد الحميد الشواربي: الخبرة الجنائية في مسائل الطب الشرعي وأبحاث التزييف والتزوير والبحث الفني عن الجريمة منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣؛ عدلي عبد الباقي: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٣؛ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٧٤ وما بعدها؛ د. أمال عبد الرحيم عثمان: الخبرة في المسائل الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.

**PATENAUEM Pierre L'expertise en preuve pénale, Les sciences et techniques modernes d'enquête, de surveillance et d'identification, éditions yvon blais, 2003 ; PATENAUE Pierre. De l'expertise judiciaire dans le cadre du procès criminel et de la recherche de la vérité : quelques réflexions, (1996- 1997) 27 R. D.U.S. 1; EBERT, J-C. «L'expertise en droit pénal», dans Développements récents en droit criminel (1990), Éditions Yvon Blais, pp. 3-28.**

فالدليل العلمي الجنائي يجب أن يقوم على أسس علمية يمكن من خلالها الوصول إلى الحقيقة بطريقة عقلية ومنطقية حتى يتسنى قبوله كدليل على الجريمة إثباتاً أو نفياً. ويعتمد الدليل العلمي على الأساليب العلمية والتكنولوجية والكيميائية الحديثة في الكشف عن الجريمة ونسبتها إلى المتهم، وقد تنبأ بعض الفقه منذ أمد بأن الدليل العلمي هو نظام المستقبل<sup>(١)</sup>، دون أن يخل ذلك بمبدأ قناعة القاضي، وذلك لما للأدلة العلمية من قدرة على الإقناع خاصة إذا ساندتها أدلة أخرى، وذلك إعمالاً لمبدأ تساند الأدلة<sup>(٢)</sup>.

وتبدو أهمية الدليل العلمي في الإثبات في المواد الجنائية في مجموعة من النقاط يمكن أن نوضحها فيما يلي:

**أولاً:** تثور فكرة الاستعانة بالدليل العلمي سواء كانت الجرائم المراد استعمال الدليل بشأنها من الجرائم التقليدية أو الجرائم غير التقليدية، وهذا باعتبار أن ما يتخلف عن الجريمة أو مرتكبها قد يحتاج البت فيه إلى رأي خبير أي شخص فني، ومن شأن ذلك أن تكون الأدلة وطرق استخلاصها أيضاً طرقاً فنية تحتاج بل وتستند إلى الخبرة العلمية *L'expertise scientifique*، أو التجارب العملية.

**ثانياً:** الدليل العلمي بمثابة شاهد لا يغفل أية تفاصيل تتعلق بالحقيقة وتفيد في كشف الجريمة ونسبتها إلى مرتكبيها، إذ أنه ليس كالشاهد الأدمي الذي يعتريه النسيان أو تختلط عليه الحقيقة، أو يعتمد إلى الكذب تحقيقاً لمصلحة شخصية مادية أو معنوية، فهو شاهد لا يحيد عن جادة الصواب ولا يبعد عن طريق الحق والصدق.

---

(1) VIDAL Georges, MAGNOL Joseph, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, II, 1959, n° 718, p. 1038 et s.

(٢) إدوارد غالي الذهبي: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مكتبة غريب، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢١٤.

(١١٦٢) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الثالث

**ثالثاً:** الدليل العلمي يسعى إلى الكشف عن مرتكب الجريمة الحقيقي بطرق علمية دقيقة ولا يمكن للمتهم إنكارها باعتبارها اعتراف غير إرادي من جسم المتهم كالدم والعرق والبصمة الوراثية.

**رابعاً:** الدليل العلمي حاضر دائماً لا يغيب، على مستوى كافة مراحل الإجراءات، منذ وقوع الجريمة حتى تنفيذ العقوبة، فهو دائماً أمام المحقق أو القاضي، لا يتوانى عن مساعدته في أي وقت في كشف غموض الجريمة، والتحقق من قيامها من عدمه، من خلال ما يقدمه من أدلة قاطعة مبنية على أسس علمية وموضوعية ذات مصداقية.

**خامساً:** تكتسب الأدلة العلمية أهميتها في الإثبات الجنائي نظراً لقدرتها في الإقناع، والتأثير على وجدان القاضي وإحساسه، لما لها من قيمة علمية تقوم على المنطق والعقل. ولما تتميز به من دقة في صحة النتائج التي يمكن الوصول إليها من خلالها. وبالتالي فهي تساعد المحقق والقاضي في إعطاء الوصف الصحيح للواقعة الإجرامية وما يترتب عنها من عقوبات.

**سادساً:** تعد بعض الأدلة العلمية الحديثة في الإثبات بمثابة ثورة علمية وبيولوجية حقيقية، ترتب عليها حدوث تغيرات جذرية في جميع مجالات الحياة، ومنها المجال الجنائي حيث تغيرت على إثرها الأنظمة القانونية والقضائية في أغلب دول العالم، وأهم هذه الأدلة ما يعرف بتقنية البصمة الوراثية من خلال تحليل الحمض النووي DNA الخاص بالإنسان، والتعرف على شخصية المجرم وتحديد هويته من خلال تقنيات معينة ستعرض لها في حينها في هذا البحث. هذا بالإضافة إلى العديد من الأدلة العلمية التي كانت مستحدثة فعلاً وطراً عليها العديد من التطورات في مجال الإثبات الجنائي كالتعرف على الجاني من خلال التحاليل العلمية المختلفة؛ كفحص إفرازات الجسم، وتحليل الدم والسائل المنوي في جرائم معينة، وبصمة الصوت، والظيف الحراري. كما أصبح الكمبيوتر من الوسائل الحديثة والهامة في مجال مكافحة الجريمة بالنسبة لعمليات المضاهاة والتعرف والمقارنة للبصمات والتتبع لأصحابها، واكتشاف التزوير

والتقليد، إلى غير ذلك من العمليات الدقيقة والمعقدة التي يمكن أن يقوم بها الحاسب الآلي والتي يمكن الاستعانة بها في مجال الإثبات الجنائي<sup>(١)</sup>.

**سابعاً :** تجدر الإشارة إلى أن سهولة استخدام الوسائل العلمية وانتشارها، أدى إلى سهولة الحصول على الدليل من هذه الوسائل على الرغم من اعتمادها على الوسائل التقنية الحديثة وذلك نظراً لكون هذه الوسائل تستخدم على نطاق واسع فلا يكاد نجد دولة أو مجتمعاً إلا ويستخدم هذه الوسائل وقد ساعد على ذلك تنافس الدول المنتجة لهذه الوسائل وتكدس الإنتاج مما كان له الأثر الكبير في تخفيض أثمانها مما جعل من السهل الحصول عليها وجعل حيازتها واستعمالها مظهراً من مظاهر التقدم والحضارة<sup>(٢)</sup> .

**ثامناً : وأخيراً :** تجدر الإشارة أيضاً إلى أن الدليل العلمي هو دليل أقرب إلى الصواب حيث إن احتمالات الخطأ في النتائج المستمدة منه هي احتمالات ضئيلة، وترجع غالباً لأخطاء بشرية أو لعيب في مصدر الطاقة وليس لعيب في المنهج أو الأسلوب أو الوسيلة ذاتها، ولذا فقد أدى إجراء التجارب على استخدام الوسائل الحديثة في البحث الجنائي إلى قبول تلك التجارب والثقة فيها وفي النتائج المستخلصة منها<sup>(٣)</sup>.

**خطة البحث:**

تبدو أهمية هذا البحث في كونه يبرز أهم الوسائل العلمية الحديثة في مجال الإثبات الجنائي؛ محددًا الأطر القانونية والتشريعية التي تتناول هذه الوسائل في الفقه والقضاء والتشريع المقارن، ومبيناً الشروط والضوابط التي يجب الاعتماد عليها للأخذ بهذه الوسائل، وموضحاً الآثار القانونية

(1) DEJARDIN (Denis). L'influence des nouvelles technologies sur le droit de la preuve, mémoire de D.E.A., Droit privé général et européen, Limoges, 2002, dact., 107.

(٢) د. حسين محمود إبراهيم: الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية ١٩٨١.

(٣) د. حسين محمود إبراهيم: الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ٢٤.

التي تترتب على استخدام هذه الوسائل للحصول على الدليل القانوني، ومقرراً مدى توافق هذه الوسائل مع المبادئ القانونية المستقرة والقائمة على كفالة حقوق الإنسان، كمبدأ قرينة البراءة، ومبدأ حرية الإرادة، وضمان حقوق الدفاع، وحماية الحياة الخاصة للمتهم.

وبناءً على ما تقدم، سيتسنى لنا، تقسيم هذا البحث إلى فصل

تمهيدي وبابين رئيسيين، على النحو التالي:

**الفصل التمهيدي: التعريف بالإثبات الجنائي.**

وسنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

**المبحث الأول: ماهية الإثبات الجنائي وأنظمتها المختلفة.**

**المبحث الثاني: التطور التاريخي للإثبات الجنائي.**

**المبحث الثالث: المبادئ القانونية التي تحكم الإثبات الجنائي.**

**الباب الأول: مفهوم الوسائل العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي.**

وسنقسم هذا الباب إلى فصلين:

**الفصل الأول: مفهوم الوسائل العلمية الحديثة.**

**الفصل الثاني: دور الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي.**

**الباب الثاني: مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة.**

وسنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

**الفصل الأول: مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة**

على حرية الإرادة.

**الفصل الثاني: مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة**

على حرمة الحياة الخاصة.

**الفصل الثالث: مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة**

على حقوق الدفاع.

**الخاتمة والنتائج والتوصيات.**

**أهم مراجع البحث.**

## الفصل التمهيدي

### التعريف بالإثبات الجنائي

للتعريف بالإثبات الجنائي ينبغي علينا التطرق لمجموعة من النقاط التي تدور حول الإثبات الجنائي، كما هيته، وأنظمتها المختلفة، وتطوره التاريخي، والمبادئ القانونية التي تحكمه، وسنتناول هذه النقاط في ثلاثة مباحث متتالية، على النحو التالي:

**المبحث الأول:** ماهية الإثبات الجنائي وأنظمتها المختلفة.

**المبحث الثاني:** التطور التاريخي للإثبات الجنائي.

**المبحث الثالث:** المبادئ القانونية التي تحكم الإثبات الجنائي.

### المبحث الأول

#### ماهية الإثبات الجنائي وأنظمتها المختلفة

سنتناول في هذا المبحث ماهية الإثبات الجنائي وأنظمتها المختلفة، وذلك في مطلبين متتاليين، نخصص الأول منهما لتعريف الإثبات لغة واصطلاحاً، ونخصص الثاني للأنظمة القانونية المختلفة للإثبات الجنائي.

### المطلب الأول

#### تعريف الإثبات الجنائي

لتعريف الإثبات الجنائي يجب علينا أولاً بيان معنى الإثبات لغة وشرعاً، ثم معنى الإثبات في الاصطلاح القانوني المدني، وصولاً لمعنى الإثبات في الاصطلاح القانوني الجنائي، ثم أخيراً بيان الفرق بين نوعي الإثبات المدني والجنائي.

**أولاً: الإثبات لغة وشرعاً:**

الإثبات لغة<sup>(١)</sup> من: ثَبَتَ الشَّيْءُ يُثَبِّتُ ثَبَاتًا بِالْفَتْحِ وَثُبُوتًا بِالضَّمِّ فَهُوَ ثَابِتٌ وَثَبِيتٌ وَثَبَّتْ بِفَتْحٍ فَسُكُونٍ. شَيْءٌ ثَبَّتَ: أَي ثَابِتٌ. وَأَثَبْتَهُ هُوَ

(١) انظر: ابن منظور: لسان العرب، مادة ثبت، ج، ص ١٩ - ٢٠؛ الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص ١٩٠ - ١٩١؛ البستاني: محيط المحيط، ص ٧٧؛ الرازي: مختار الصحاح، ج ١ ص ٣٥؛ مجمع اللغة العربية: المعجم =

وَبُيِّنَتْ بِمَعْنَى. وَيُقَالُ: ثَبَّتَ فُلَانٌ فِي الْمَكَانِ يَثْبُتُ ثُبُوتًا: إِذَا أَقَامَ بِهِ فَهُوَ ثَابِتٌ. وَالثَّبُوتُ يَعْنِي الدَّوَامَ وَالِاسْتِقْرَارَ. وَيُقَالُ رَجُلٌ ثَبِتَ، بِفَتْحِ الشَّاءِ وَسُكُونِ البَاءِ، وَتَأْتِي عَلَى مَعَانٍ مِنْهَا:

- ١- شِدَّةُ الحِفْظِ، فيقال رَجُلٌ ثَبِتَ، أَي حَافِظٌ وَثِقَةٌ<sup>(١)</sup>.
- ٢- التَّأَكِيدُ، فيقال أَثْبَتَ الحَقَّ، أَي أَكَدَهُ<sup>(٢)</sup>.
- ٣- إِقَامَةُ الدَّلِيلِ عَلَى صِحَّةِ الادِّعَاءِ، أَوِ البَرَهْنَةِ عَلَى وَجُودِ واقِعَةٍ مَعِينَةٍ<sup>(٣)</sup>.

وبالنظر في التعريفات اللغوية المتقدمة يمكن القول بأن التعريف الثاني والثالث هما أقرب إلى تعريف الإثبات في الاصطلاح خاصة أن الإثبات هو إقامة الدليل أو البرهان أو الحجة والتأكيد على الحق. والكلمة المستعملة حالياً في اللغة الفرنسية "Preuve" وغيرها من اللغات المشابهة مصدرها الكلمة اللاتينية Probatio، وهذا اللفظ الأخير يتعلق بـ Probus التي معناها الجيد، والصالح، والنزيه، ومن هنا فإن كلمة "الإثبات" تنصرف إلى كل عملية يكتب بواسطتها ادعاء واضح فيصبح أكثر قوة، أما اللفظ الفرنسي Indice فإنها لا تدل على أكثر من قرينة<sup>(٤)</sup>.

=الوسيط، ط ٢، ص ٩٣ مادة ثبت؛ الزبيدي؛ محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الحسين الزبيدي الواسطي، تاج العروس، ط ١، المطبعة الخيرية، مصر، ١/ ١٠٦٦.

(١) أنظر: البستاني، محيط المحيط، ص ٧٧.

(٢) أنظر: د. محمد روااس القلعجي: معجم لغة الفقهاء، ص ٢٠.

(٣) د. محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ، ١٩٨٢ م، مكتبة دار البيان، دمشق - سوريا، ص ٢٢. يقول الدكتور محمد مصطفى الزحيلي: غير أنه يؤخذ من خلال استعمالاتهم (أي فقهاء الشريعة الإسلامية) أنهم يطلقونه على معنيين عام وخاص، ويريدون بمعناه العام إقامة الحجة مطلقاً سواء كان ذلك على حق أم على واقعة، وسواء أكان أمام القاضي أم أمام غيره، وسواء كان عند التنازع أم قبله.

(4) MOUSSY Claude, BRACHET Jean-Paul, Latin et langues techniques Presses de l'Université de Paris Sorbonne, 2006, p. 172.

وقد جاء في قاموس Larousse الفرنسي أن الإثبات يعني إنشاء حقيقة شيء ما عن طريق الشهادة أو الأدلة المنطقية، وما إلى ذلك، فيقال: نجح هو في إثبات براءته.

«Établir la vérité de quelque chose par des témoignages, des raisonnements, etc. : Il a réussi à prouver son innocence».(<sup>١</sup>)  
والمصطلح الإنجليزي Evidence لا يعطي دلالة أكثر من دلالة المصطلح الفرنسي Preuve(<sup>٢</sup>).

أما الإثبات شرعاً: فلم يرد تعريف لمصطلح الإثبات عند قدامى الفقهاء، وكانوا يطلقون مصطلح الإثبات على إقامة الحجة أو الدليل على الشيء وقد عرفه الجرجاني فقال "الإثبات هو الحكم بشيء لآخر"<sup>(٣)</sup>، وهذا التعريف هو المعنى العام للإثبات. أما المحدثون من علماء الشريعة الإسلامية فقد عرفوا الإثبات بتعريف خاص، واختلفت عباراتهم فيه في حين تقاربت في حقيقة معناه والتي دارت حول كون الإثبات هو "تقديم الدليل المعتبر شرعاً أمام القضاء على حق أو واقعة ترتب عليه آثاره الشرعية"<sup>(٤)</sup>.

وقد ورد لفظ الإثبات في غير موضوع من القرآن الكريم، منه قوله تعالى "يَمْحُوا اللَّهُ مَا يَشَاءُ وَيُثَبِّتُ وَعِنْدَهُ أُمُّ الْكِتَابِ"<sup>(٥)</sup>، ومنه قوله

(1) Dictionnaire LAROUSSE, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/prouver/64630>, V. Prouver.

(2) EGBERT Lawrence Deems, Fernando Morales Maced, Multilingual Law Dictionary, Kluwer Academic Publishers, 1979, p. 106.

(٣) أنظر: علي بن محمد بن علي الجرجاني: التعريفات، ط ١، دار الكتاب العربي، (ت ٨١٦هـ)، بيروت، التعريفات، ٢٣/١. وينظر: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي: قواعد الفقه، ط ١، دار الصدف بيلشرز، ١٤٠٧هـ، ص ١٥٨.

(٤) أنظر: د عبد القادر: إدريس، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير غير منشورة، ص ١٦؛ د. محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٥) سورة الرعد آية ٣٩.



تعالى "يُبَيِّنُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ" (١)، ومنه قوله تعالى "قُلْ نَزَّلَهُ رُوحُ الْقُدُسِ مِنْ رَبِّكَ بِالْحَقِّ لِيُثَبِّتَ الَّذِينَ آمَنُوا وَهُدًى وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ" (٢).

وقد أكدت آية الدين من سورة البقرة مشروعية الإثبات، فقد قال الله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ يَدَيْنِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ" (٣). فهذه الآية تدل دلالة واضحة على مشروعية الإثبات في جميع الأمور، وإن كانت الآية قد اقتصر على ذكر الدين والأموال، إلا أنه يقاس عليها جميع الحقوق، وإلا أدى ذلك إلى ضياع الحقوق والدماء والأموال (٤). كما ورد الإثبات في قوله تعالى "وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ" (٥). وهذه الآية طلبت التوثيق بالشهادة التي هي إحدى وسائل الإثبات التي تؤدي إلى حفظ الحقوق. كما ورد التأكيد على أهمية الدليل في مجال الإثبات في قوله تعالى "قَالَ هِيَ رَأودَتْني عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدٌّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ" (٦). فهذه الآية أكدت أهمية الشهادة كدليل إثبات في جريمة الزنا، سواء إثباتاً أو نفيًا. فالإثبات إذن هو المعيار في تمييز الحق من الباطل والسمين من

(١) سورة إبراهيم آية ٢٧.

(٢) سورة النحل آية ١٠٢.

(٣) سورة البقرة، آية ٢٨٢.

(٤) الجصاص: أحكام القرآن، ١/٦٥٧؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٣/٣٦٣ - ٣٦٥.

(٥) سورة البقرة، آية ٢٨٢.

(٦) سورة يوسف، آية ٢٦ إلى ٢٨.

الغث، وهو الحاجز أمام الأقوال الكاذبة والدعاوى الباطلة<sup>(١)</sup>. وقد أوجبت الشريعة الإسلامية إيصال الحقوق إلى أهلها، ومن الأسباب التي تعين على إيصال الحقوق إلى أهلها بداية توثيق هذه الحقوق، وإثباتها عند التجاحد، وإلا ادعى رجال دماء أناس وأموالهم، وقد بين ذلك ابن عباس رضي الله عنهما فيما يرويه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لدعا رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"<sup>(٢)</sup>. وقد علق ابن حزم الظاهري على هذا الحديث قائلاً: "لو أعطي كل امرئ بدعواه ما ثبت حق ولا باطل، ولا استقر ملك أحد على أحد"<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: الإثبات في الاصطلاح القانوني المدني:

عرف المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الإثبات<sup>(٤)</sup> في المواد المدنية بأنه: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون وبالقيد

(١) د. محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٢) محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الصحيح، وهو "سنن الترمذي"، حديث رقم ١٣٤١ في باب الأحكام: باب ما جاء في إقامة البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - ج ٣، ص ٦٢٦؛ تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت، دار الكتب العلمية ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م).

(٣) ابن حزم: علي بن محمد الأندلسي، الإحكام في أصول الأحكام، القاهرة: دار الحديث، ط ٢ - ١٩٩٢، ١/١٢٢.

(٤) درج الفقه على استخدام كلمة الإثبات للتعبير عن كلمة الدليل، وكلمة الدليل للتعبير بها عن كلمة الإثبات، بحيث يدوان وكأنهما مترادفان، (د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٤١٧)؛ وقد اعترض بعض الفقه على ذلك (أنظر: د. أبو العلا النمر: الإثبات الجنائي، دراسة تحليلية لتحديد موطن القوة والضعف في الدليل الجنائي، دار النهضة العربية، ط ٢، بدون سنة نشر، ص ٣)، حتى أن المصطلح الفرنسي *La preuve* يطلق على التعبيرين (الدليل والإثبات).

التي رسمها على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها<sup>(١)</sup>. وفي الفقه الفرنسي، عرف الأستاذ François TERRÉ الإثبات بأنه: آلية الدعوى التي تستدعي ضرورة الدليل، ولا يستطيع القاضي أن يحكم بدون تحليل، ولو بإيجاز، عناصر الدليل المقدمة إليه<sup>(٢)</sup>. كما عرفه البعض الآخر في الفقه الفرنسي، بأنه: وسيلة الوصول إلى حقيقة واقعة معينة<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: الإثبات في الاصطلاح القانوني الجنائي:

الإثبات الجنائي هو "نشاط إجرائي موجه مباشرة للوصول إلى اليقين القضائي طبقاً لمعيار الحقيقة الواقعية، وذلك بشأن الاتهام أو أي تأكيد أو نفي آخر يتوقف عليه إجراء قضائي"<sup>(٤)</sup>، أو هو "إقامة الدليل على وقوع الجريمة أو عدم وقوعها وعلى إسنادها للمتهم أو براءته

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، دار النشر للجامعات المصرية، ط ١٩٥٦، ص ١٣، بند ١٠؛ أنظر بما لا يخرج عن هذا التعريف: د. عبد الودود يحيى: دروس في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، ١٩٧٠، ص ٣؛ د. جميل الشرقاوي: الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٤؛ د. آدم وهيب نداوي: شرح قانون البينات والإجراء، ط ١، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٨، ١٣ - ١٦. وأنظر في الفقه الفرنسي:

DIEDONNE Dekara Djimi, La preuve testimoniale et son administration selon le nouveau code de procédure civile, Thèse université de Paris II, 1979, p. 2; DEVEZE Jean, Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, Thèse, université de Toulouse 1, 1980, p. 12.

- (2) «Le mécanisme du procès appelle nécessairement celui de la preuve et le juge ne peut statuer sans avoir analysé, même sommairement, les éléments de preuve qui lui sont présentés». F. Terré, Introduction générale au droit; Paris, Dalloz, 7ème éd., 2006, n° 560, p. 460.
- (3) MOLINA E., La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain; Thèse, Aix-Marseille 3, dir. S. Cimamonti, 2000; Aix en Provence, PUAM, 2001, p. 1 s.

(٤) د. آمال عبد الرحيم عثمان: الإثبات الجنائي ووسائل التحقيق العلمية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٤.

منها" (١). فالإثبات الجنائي هو الوسيلة التي تؤدي إلى اقتناع القاضي الجنائي بأي طريقة من طرق الإثبات، بوقوع الجريمة وعلاقة المتهم بها ونسبتها إليه والحكم بإدائته، أو نفيها عنه ومن ثم الحكم ببراءته (٢)، ويتعبير مختصر الإثبات هو كل ما يؤدي إلى إظهار الحقيقة، أو مجموع الأسباب المنتجة لليقين؛ أي النتيجة التي تحققت باستعمال وسائل الإثبات المختلفة؛ أي إنتاج الدليل (٣).

وفي الفقه الفرنسي، عرف البعض الإثبات الجنائي بأنه: إظهار وجود واقعة طبقاً للشكل المقبول قانوناً ونسبة هذه الواقعة لشخص ما بالإضافة لإظهار قصد ارتكابه لهذه الواقعة (٤). كما عرفه البعض الآخر بأنه: مجموعة القواعد القانونية، العامة والخاصة، التي تنظم البحث وإدارة وتقدير الأدلة التي يمكن من خلالها الاقتناع بالذنب أو البراءة لشخص ما مشتبه في ارتكابه جريمة جنائية (٥).

(١) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط ١١، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٤١٤؛ د. محمود محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، ط ١، ١٩٧٧، ج ١، ص ٣.

(٢) د. عبد الفتاح ميراد: التحقيق الجنائي التطبيقي، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، ١٩٩٥، ص: ٤٤؛ م. مصطفى مجدي هرجه: الموسوعة القضائية الحديثة، الإثبات الجنائي والمدني في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٧.

(٣) د. أبو العلا النمر: الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ٤؛ د. محمد زكي أبو عامر: "الإثبات في المواد الجنائية، محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، الإسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، ط ١، ١٩٨٥، ص ١٧، ١٨، ٢٤.

(4) V. groupe ISP, Droit pénal, La preuve, (Sujet commissaire de police 2005), p. 1, Sur le site: <http://www.prepa-isp.fr/wp-content/annales/5-commissaire/penal/Preuve.pdf>.

(5) BOLZE Pierre, Le droit à la preuve contraire en procédure pénale, Thèse, Université Nancy 2, Paris, 2010, p. 11; BARBERIS J, Le droit de la preuve pénale face à l'évolution technique et scientifique; Thèse, Aix-Marseille 3, 2000, p. 9 et s

وأنظر أيضاً في: MERLE R, et VITU A, traité de loi criminel T.II, procédure=

فالإثبات الجنائي يتميز بكونه وسيلة إظهار الحقيقة سواء كانت في صالح المتهم أو ضده، أي سواء ترتب عليها إدانته أو تبرئته من التهمة المنسوبة إليه، فللإثبات وظيفة مزدوجة، وهي إظهار الحقيقة وإدانته المتهم أو إظهار الحقيقة وتبرئته، وليس فقط مجرد الاتهام والإدانة.

**رابعاً الفرق بين الإثبات المدني والجنائي:**

لم تتعرض التشريعات لتعريف الإثبات بنوعيه، المدني والجنائي، وإن خصصت لكل منهما مجالاً خاصاً في التشريع لاختلافهما من عدة وجوه كالآتي<sup>(١)</sup>:

١- من حيث الموضوع: ينصب الإثبات المدني على إثبات تصرف قانوني أو واقعة مدنية أساسها الخطأ، ويترتب على إثباتها آثاراً مادية تمثل أساساً في التعويض أو إصلاح الضرر أو إعادة الحال إلى ما كان عليه، بينما ينصب الإثبات الجنائي بحسب الأصل على واقعة جنائية "الجرمة"<sup>(٢)</sup> ويترتب على إثباتها غالباً آثاراً غير مادية تتعلق بحق الشخص في الحياة أو سلامة الجسم أو الحرية الشخصية هذا بالإضافة إلى الآثار المادية التي قد تترتب أحياناً وتمثل في الغرامة أو المصادرة.

٢- من حيث الأهمية: إذا كان للإثبات أهمية خاصة في المواد المدنية والتجارية، فإن هذه الأهمية تزداد خصوصية ووضوحاً وجلاءً في المواد الجنائية، وسبب ذلك أن الوقائع المدنية غالباً هي وقائع قائمة وثابتة وقت نظر القاضي للمنازعات المطروحة بشأنها، في حين أن الجريمة باعتبارها واقعة تنتمي إلى الماضي ليس في وسع القاضي أو مقدوره إدراكها بنفسه أو معاينتها بإحدى حواسه حال وقوعها، وبالتالي التعرف على حقيقتها

---

(١) د. أحمد فتحي سرور: الإثبات الجنائي، بحث في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد خاص ١٩٨٠.

(٢) MERLE R. et VITU A, *Traité de droit criminel*, Paris, 1993, p. 137 et s.; PRADEL J, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 14ème édition, 2008, p. 15 s.

المحضبة والتثبت من أدلتها، ولذا فلا مناص أمام ذلك من الاستعانة بالوسائل التي تعيد رواية الواقعة أمام القاضي وتحدد تفاصيلها، وهو ما يسمى بوسائل الإثبات، ولذا كانت وسائل الإثبات الجنائي هي بحق وسائل إعادة الحق إلى الحياة، وإحيائه مرة أخرى<sup>(١)</sup>.

٣- من حيث الزمان: تهيأ وسائل الإثبات المدني وتعد قبل النزاع وقبل البدء في إقامة الدعوى، فنفس الوسائل التي يتم على أساسها إثبات الحق تعتمد كوسائل للإثبات، فهي تعد لتفادي النزاع في المستقبل، أما في المجال الجنائي فتهيأ وسائل الإثبات بعد رفع الدعوى ومن أجل الفصل في موضوعها<sup>(٢)</sup>، فالجنائي يحاول إخفاء كل أثر يدل على فعله أو نسبته إليه.

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، المرجع السابق، ص ١١٦ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٠٥ وما بعدها. وأنظر في الفقه الفرنسي، في أهمية الإثبات الجنائي بصفة عامة:

CLEMENT G, Le secret de la preuve pénale, in Mélanges B. Bouloc, Dalloz, 2007, p. 183 et s; Borricand (Jacques). Progrès scientifique et droit de la preuve pénale, in Problèmes actuels de science criminelle, volume XVII, Institut de sciences pénales et de criminologie, Laboratoire de recherche sur la délinquance et les déviations, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 43-53.; ALLIX Dominique, La preuve en matière pénale à l'épreuve du procès pénal équitable, Justices. Revue générale de droit processuel, 1998, avril-juin, n° 10, p. 35-51; CASORLA Francis, La preuve en procédure pénale comparée. Le droit français, Revue internationale de droit pénal, 1992, 63e année, p. 183-204; BOUZAT P, "La loyauté dans la recherche des preuves", Mélanges Huguency, Sirey, 1964, p.155 et s; Les transformations de l'administration de la preuve pénale: perspectives comparées", sous la dir. de GUIDICELLI-DELAGE G, Université Paris I, déc. 2003; BOHUON Jean-Malo, L'administration de la preuve en matière pénale, thèse de doctorat, Droit pénal, Paris 2, 1980 .

(٢) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص

الأمر الذي يستدعي إجراء تحقيق والتوسع فيه للوصول إلى أدلة تثبت قيام الجاني بفعله المتهم به.

٤- من حيث الغرض: الإثبات الجنائي دائماً يهدف إلى الوصول للحقيقة حتى تصل لمبلغ العلم واليقين فلا يمكن أن يؤسس الحكم الجنائي على الشك، وإنما يجب أن يبنى على الجزم واليقين. فإذا لم يقدم الدليل الكامل على إدانة المتهم في الدعوى فلا يجوز الحكم عليه بعقوبة ما بل يجب الحكم ببراءته ذلك أن الأصل في المتهم براءته إلى أن تثبت إدانته بدليل تقبله المحكمة ولا يدع مجالاً للشك، لأن الشك يفسر لمصلحة المتهم. أما الإثبات في المسائل المدنية فيقوم على أساس الفصل في نزاع بين طرفي الخصومة على حق يدعي به كل منهما. فهو يقوم على الترجيح بين الأدلة.

٥- من حيث عبء الإثبات<sup>(١)</sup>: يتم تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية بمعرفة النيابة العامة التي يتصل علمها بالجريمة بالإبلاغ عنها من المجني عليه أو العلم بها من قبل أفراد الشرطة أو من أي فرد من أفراد المجتمع ولو كان مجهولاً، باستثناء الأحوال التي قيد فيها القانون سلطة الاتهام في تحريك الدعوى الجنائية بتقديم شكوى أو إذن أو طلب، وما دامت الدعوى

---

(١) د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٦٧١ وما بعدها. أنظر في عبء الإثبات في المواد الجنائية بصفة عامة:

GRIERE DE L'ISLE, G. et COGNIART P, Procédure pénal, tome II, Paris, Armand colin, 1972, p.11 ; STEFANI G. et LEVASSEUR G , La charge de la preuve, Extrait du Précis Dalloz de « Procédure pénale », 2e édition, Paris 1962, p.276. Sur le site : [http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_sciences\\_criminelle/penalistes/les\\_poursuites\\_penales/la\\_preuve/levasseur\\_chargé\\_preuve.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/les_poursuites_penales/la_preuve/levasseur_chargé_preuve.htm); Devèze (J.), Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, op. cit ; Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الثالث (١١٧٥)

الجنائية تحرك ضد شخص تفترض براءته فإن عبء الإثبات la charge de la preuve يقع على النيابة العامة le ministère public حتى ولو حركت الدعوى بواسطة المجني عليه. أما عبء الإثبات في المسائل المدنية فيقع على الخصوم بحيث يلتزم كل طرف بأن يثبت الواقعة المدعى بها في مواجهة الخصم الآخر وإلا حكم القاضي لمصلحة الطرف الآخر، لذلك، فإن نجاح الدعوى المدنية يتوقف على من يقع عليه عبء الإثبات ودون أن يستطيع الطرف الآخر إثبات العكس.

٦- من حيث حرية الإثبات: يسود القانون الجنائي مبدأ حرية الإثبات في المسائل الجنائية، فيمكن إثبات كافة الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما عدا الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك. أما الإثبات في المسائل المدنية، فيميل إلى الأخذ بنظام الأدلة القانونية، فهو محدد بأدلة معينة وحالات معينة، ولل بعض منها حجة ملزمة بحيث تكفي بمفردها للإثبات (مثل: الإقرار، اليمين الحاسمة). ويؤسس هذا المبدأ على كون الإثبات في الشق الجنائي يركز على وقائع إجرامية مادية وليس على تصرفات قانونية تستلزم نوعاً معيناً من الأدلة، لذلك وجب السماح بإثبات الوقائع الإجرامية بجميع وسائل الإثبات المعروفة من "شهادة وخبرة وقرائن ومحركات واعترافات"، بجانب تلك الوسائل التي يمكن أن تسفر عنها الخبرة في المسائل الجنائية والتي تقوم على الإثبات بالوسائل العلمية والتكنولوجية الحديثة<sup>(١)</sup>.

٧- من حيث دور القاضي في الدعوى: يختلف دور القاضي الجنائي عند نظر الدعوى عن دور القاضي المدني حيث يقتصر دور هذا الأخير على مجرد الموازنة والترجيح بين الأدلة المقدمة من الخصوم في الدعوى ودوره بهذا المفهوم دور سلبي<sup>(٢)</sup>، بينما يتعدى دور القاضي الجنائي هذا

(1) DANJAUME Géraldine, Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale, Recueil Dalloz, 1996, Chronique, p. 153-156.

(٢) د. محمد محيي الدين عوض: الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني، مطبوعات، جامعة القاهرة، رقم ١٤.



النطاق الضيق إلى نطاق أكثر اتساعاً بالبحث عن الحقيقة في الدعوى بكافة الطرق القانونية بحيث أجاز له القانون أن يطلب من تلقاء نفسه تقديم أي دليل يراه لازماً ومفيداً في إظهار الحقيقة (المادة ٢٩١ من قانون الإجراءات الجنائية)<sup>(١)</sup> ، وذلك بصرف النظر عن مواقف أطراف الدعوى الجنائية المنظورة أمامه ، فتحقيق أدلة الإدانة ليس رهناً بمشئمة المتهم أو غيره من الخصوم<sup>(٢)</sup>. ويلاحظ هنا أن نطاق الإثبات الجنائي لا يقتصر على إقامة الدليل أمام قضاء الحكم وإنما يتسع ليشمل إقامته أمام سلطات التحقيق والاستدلال<sup>(٣)</sup>.

٨- من حيث قبول الأدلة: أجاز المشرع الجنائي للقاضي قبول جميع الأدلة في حين أن المشرع المدني استبعد بعض الأدلة من نطاق الإثبات وهي الشهادة والقرائن ، متى تجاوزت قيمة التصرف حداً معيناً من المال. هذا بالإضافة إلى أن هناك أدلة مقبولة أمام القضاء المدني دون الجنائي وهي اليمين. كما أن هناك بعض الأدلة لها قواعد معينة للقبول بحث تختلف هذه القواعد أمام القضاء المدني عنها أمام القضاء الجنائي ، ونعني بذلك الاعتراف ، حيث لا يجوز تجزئته أو الرجوع فيه ، كقاعدة عامة أمام القضاء المدني ، في حين يجوز ذلك أمام القضاء الجنائي<sup>(٤)</sup>.

---

(١) د. فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ٥٠٧.

(٢) وقد قضي في هذا الشأن بأنه: "من المسلم به أن المحكمة متى رأت أن الفصل في الدعوى يتطلب تحقيق دليل بعينه فإن عليها تحقيقه مادام ذلك ممكناً، وهذا بغض النظر عن مسلك المتهم في شأن هذا الدليل، لأن تحقيق أدلة الإدانة، في المواد الجنائية لا يصح أن يكون رهيناً بمشئمة المتهم في الدعوى"، أنظر: نقص ٢٤ أبريل ١٩٧٨، مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ٤٤٢ رقم ٨٤.

(٣) م. مصطفى مجدي هرجه: الموسوعة القضائية الحديثة، الإثبات الجنائي والمدني في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص ٧.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، المرجع السابق، ص ٢٦٧؛ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤١٠.

٩- من حيث التنظيم القانوني: الإثبات في المجال المدني ينظمه في الغالب قانون قائم بذاته في حين أن الإثبات في المجال الجنائي يدخل ضمن قانون الإجراءات الجنائية، فلا يوجد في مصر قانون للإثبات الجنائي على خلاف الإثبات في المواد المدنية والتجارية<sup>(١)</sup>، كذلك الحال في فرنسا حيث إن الإثبات الجنائي متضمن في قانون الإجراءات الجنائية<sup>(٢)</sup>، وذلك على خلاف الوضع في بريطانيا حيث يوجد قانون مستقل للإثبات الجنائي<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الأنظمة القانونية للإثبات الجنائي

يمكننا القول إن التشريعات المقارنة عرفت عدة أنظمة للإثبات الجنائي؛ نظام الأدلة القانونية أو الإثبات المقيد، ونظام الدليل الحر أو الإثبات المطلق، ونظام الإثبات المختلط، كما عرفت الشريعة الإسلامية كلا من نظامي الدليل المقيد والدليل الحر في الإثبات، وترجع الفكرة الأساسية في تنوع هذه الأنظمة وتعددتها إلى فكرة تحديد المشرع أو عدم تحديده للأدلة التي يجب على القاضي أن يأخذ بها ويسير عليها في واقعة معينة، فإذا تم تحديد هذه الأدلة من قبل المشرع ولم يوكل أمر ذلك إلى القاضي وهنا يكون المشرع هو الذي قدر بنسفه القيمة الإقناعية للدليل، فهذا هو النظام المقيد، أما إذا ترك المشرع تحديد الأدلة للقاضي وبالتالي فهو ترك للقاضي تقدير القيمة الإقناعية للدليل، فهذا هو نظام الإثبات الحر، أما إذا حدد المشرع للقاضي أدلة معينة للإثبات وترك له تحديد قيمتها في الإقناع فهذا هو النظام المختلط، والذي أخذت به بعض التشريعات بالإضافة إلى التشريعات التي أخذت بأي من النظامين المقيد أو

(١) أنظر: القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية.

(2) Code de procédure pénale française du 31 décembre 1958, que l'entrée en vigueur en 2 mars 1959.

(3) See, Police and Criminal Evidence Act 1984; Naughan Bevan and Ken Lidstone - Aguide to the Police and Criminal Evidence Act 1984- Bulterworthe - London - 1985- P.497.

الحر<sup>(١)</sup>، وستحدث في هذا المطلب في فرعين متتالين عن نظم الإثبات الجنائي في التشريعات المقارنة، ثم عن نظم الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي.

### الفرع الأول

#### نظم الإثبات الجنائي في التشريعات المقارنة

عرفت التشريعات المقارنة ثلاثة أنظمة للإثبات الجنائي؛ الأول هو نظام الأدلة القانونية أو الإثبات المقيد، والثاني هو نظام الدليل الحر أو الإثبات المطلق، والثالث هو نظام الإثبات المختلط بين النظامين المقيد والحر. وستحدث عن هذه الأنظمة الثلاثة بشيء من التفصيل.  
أولاً: نظام الأدلة القانونية أو الإثبات المقيد:

يسمى هذا النظام بنظام الأدلة القانونية *Le système des preuves légales* أو نظام شرعية الأدلة *Le système de la légalité des preuves* أو الإثبات المقيد *des preuves limitées* <sup>(١)</sup> حيث يحدد المشرع للقاضي الأدلة التي يجب عليه أن يتقيد بها ويسير عليها في الواقعة المطروحة عليه دون أن يكون للقاضي سلطة اللجوء إلى الأدلة أخرى، كذلك فإن المشرع هو الذي يحدد لكل دليل من الأدلة قيمته القانونية في الإقناع متى توافرت شروط معينة في هذا الدليل تتعلق بصحة إسناد الواقعة أو عدم صحتها، بحيث يلتزم القاضي بالأخذ بها ولا يستطيع تجاهلها، دون الاعتداد بقناعته بها من عدمه، فإذا توافرت أدلة الإدانة بذات الشروط التي حددها القانون لها فإن القاضي يكون مجبراً على الحكم بإدانة المتهم حتى ولو لم يكن على قناعة تامة بإدانته، وإذا لم تتوافر هذه الأدلة وجب عليه أن يحكم ببراءته، ولو على خلاف قناعته بذلك. أما دور القاضي فلا يتعدى سوى مراعاة تطبيق القانون، من حيث

(١) د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٨٤.

(٢) أي أدلة محددة سلفاً بواسطة القانون *Des moyens limitativement énumérés par la loi*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧، مجلد الثالث (١١٧٩)

توافر الدليل وشروطه من عدمه، دون أن يتعدى هذا الدور إلى البحث عن الحقيقة بطرق أخرى لم ينص عليها المشرع أو إكمال النقص الذي يعتري الأدلة المطروحة أمامه<sup>(١)</sup>.

وهذا النظام وإن كان يحقق توافر الضمانات القانونية في حالة الحكم بالإدانة، كما يحقق مصلحة المتهمين بعدم الحكم بعقوبة إلا بناءً على أدلة قررها المشرع ذاته، إلا أن هذا النظام يعيبه أنه يخرج بالقاضي عن نطاق وظيفته الطبيعية ويدخل المشرع في نطاق وظيفة القاضي، وذلك لأن المشرع لا يكون في رابطة مباشرة مع كل واقعة وظروفها الخاصة بها، وإنما هذا أمر متاح للقاضي دون المشرع. كما أن هذا النظام أصاب وظيفة القاضي بالجمود حيث لا يستطيع أن يحكم على كثير من المجرمين في الحالات التي لا يسعفها فيها الدليل المفروض عليه في ذلك، مما قد يؤدي إلى إفلات العديد من المجرمين من العقاب، وهذا يخرج عن الغاية التي يهدف إليها المشرع ذاته، حيث يترتب عليه حماية مصلحة على حساب مصلحة أخرى وذلك بتغليب مصلحة المتهم في البراءة على حق المجتمع في العقاب، على الرغم أن الصواب هو إقامة التوازن بين الحقين<sup>(٢)</sup>، مما يلزم معه ضرورة الأخذ بالاعتناع الشخصي للقاضي.

**ثانياً: نظام الدليل الحر أو الإثبات المطلق:**

يسمى هذا النظام بنظام الأدلة الحرة Le système des preuves libres أو بنظام حرية الإثبات Le système de liberté de la preuve، كما يسمى أيضاً بنظام الإثبات المعنوي Le système des preuves

(١) د. رءوف عبيد: ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، الطبعة الثانية، مطبعة الاستقلال، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٣٩؛

AUBERT J.-L. et SAVAUX É., Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 13e éd., Sirey, 2010, n° 220 et s; Terré François., Introduction générale au droit, 8e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2009, n° 605 et s.

(٢) د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٨٦.

preuves morales ، وبموجب هذا النظام لا يحدد المشرع للقاضي وسائل معينة للإثبات بحيث يلتزم هذا الأخير بالأخذ بها، بل يترك المشرع لأطراف الدعوى حرية تقديم الأدلة التي يرونها مناسبة لتكوين وجدان القاضي وإقناعه بدعواهم، فهم يخاطبون ضمير القاضي، صاحب السلطان الأول والوحيد عليه في تكوين عقيدته ورأيه في الدعوى، وله مطلق الحرية في الاقتناع بأي دليل يقدم إليه من الخصوص دون أن يلزم في ذلك ببيان سبب اقتناعه<sup>(١)</sup>. إلا أن هذا النظام لا يعني الحرية المطلقة للقاضي بدون تدخل مطلقاً من المشرع، حيث قد يتدخل المشرع في نظام الإثبات من خلال تقديم بعض الأدلة في حالات معينة، كما قد يقرر بعض القيود التي تتضمن حسن تطبيق هذا النظام.

---

(١) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٧٧١؛ د. هلالني عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٨٨؛ أنظر في نظام أو مبدأ حرية الإثبات في الفقه الفرنسي:

PRADEL J, Procédure pénale, Paris, Cujas, 14ème édition, 2008, n° 406 s. ; BOULOC B, Procédure pénale, Paris, Dalloz, collection « Pécis », série « Droit privé », 22ème éd., 2010, n° 131, p. 110 ; GUINCHARD S. et BUISSON J, Procédure pénale, Paris, Litec, coll. « Manuel », 5ème éd., 2009, n° 522 s. ; p. 445 s. ; FOURMENT F, Procédure pénale, Orléans, Paradigme, 10ème éd., 2009, n° 1 s. ; DESPORTES F. et LAZERGES-COUSQUER C, Traité de Procédure pénale ; Paris, Economica, coll. « Corpus Droit Privé », 2009, n° 73 s. ; STEFANI G, « Preuve » ; Rép. Dr. Pén., n° 22 s. ; LEVASSEUR G, « Le régime de la preuve en droit répressif français », in : La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles ; Bruxelles, éd. Bruylant, 1977, p. 9 s., spéc. p.29 s. ; DELMAS-MARTY M, « La preuve pénale », Droits, 1996, n° 23, p. 55 s. ; DANJAUME G, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale » ; D. 1996, chr. 153 ; PANSIER F.-J, « Proof and évidence : la preuve pénale en droits français et anglais » ; Gaz. pal. 7-8 juill. 1993, p. 2.

ويتميز هذا النظام ، بالاعتراف للقاضي بسلطات واسعة في تقدير الأدلة المطروحة أمامه في الدعوى ، مما يجعل له دور فعال في ذلك ، حيث يستطيع الاستعانة بكافة وسائل الإثبات للبحث عن الحقيقة ، كما أنه يستطيع أن يطرح أي دليل دون إبداء سبب حيث إن القاضي هو صاحب السلطة في تقدير الأدلة والملائمة بينها واستخلاص نتيجة منطقية من مجمل الأدلة المقدمة إليه ثم الحكم بالإدانة أو البراءة بناءً على ذلك ، كما يتميز هذا النظام بحرية الخصوم في الإثبات فيحق لهم تقديم أي دليل يثبت دعواهم طالما كان مشروعاً وللمتهم أن يدحض هذه الأدلة بنفس الحرية ، فهذا النظام لا يفرق بين المستفيدين من حرية الإثبات (١). ويعيب هذا النظام الخوف أو الخشية من تسعف القاضي وعدم حياده ، بعدم أخذه بدليل مطروح في الدعوى على الرغم من أهميته وقيمته في الإثبات.

**ثالثاً: نظام الإثبات المختلط:**

ويقوم هذا النظام على المزج بين النظامين السابقين ، ودمج ملامح كلاهما في نظام واحد في محاولة للتوفيق بينهما بأخذ مزايا وتغاضي عيوب كل منهما ، ويتجلى المزج بين نظامي الإثبات القانوني والحر ، في إحدى صورتين : الأولى : أن يحدد المشرع للقاضي طرق الإثبات ثم يترك له حرية تقدير ما يعرض عليه من عناصر الإثبات في إطار هذا الدليل المحدد سلفاً من قبل المشرع. الثانية : أن يحدد المشرع أدلة معينة لإثبات وقائع بعينها دون غيرها من الوقائع ، أو أن يشترط شروطاً معينة في الدليل في أحوال بعينها ، أو أن يترك للقاضي حرية تقدير الأدلة التي حددها هو سلفاً. ويعترض النظام المختلط بعض الصعوبات من الناحية العملية ، وذلك إذا لم تتحقق قناعة القاضي بالدليل المفروض عليه من المشرع ، أي إذا لم تلتق قناعة القانون وقناعة القاضي ، ففي هذه الحالة هل يحكم للمتهم بالبراءة أم يحكم عليه بالإدانة؟ تبدو الإجابة من خلال الاقتراح الذي تقدم به Maximilien Robespierre خلال أعمال

(١) MOLINA V. E, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain » ; Rev. sc. crim., avr.-juin 2002, p. 203.

الجمعية التأسيسية الفرنسية خلال اجتماعها المنعقد في ٤ يناير ١٩٧١ ، والذي اقترح فيه عدم الحكم بإدانة المتهم متى كانت الأدلة القانونية غير متوافرة ضده ولو مع قناعة القاضي بها ، وكذلك الحال متى كانت الأدلة متوافرة إلا أنها لم تحقق قناعة القاضي<sup>(١)</sup>. أي أن حكم الإدانة يجب أن يؤسس دائماً على الجزم واليقين ، وأن الشك le doute يجب أن يفسر لمصلحة المتهم. فيجب للحكم بالإدانة التوافق بين الأدلة القانونية وقناعة القاضي<sup>(٢)</sup>.

ويؤخذ على النظام المختلط أنه وإن كان يحقق مصلحة المتهم في افتراض البراءة Présomption d'innocence وذلك في الحالات التي لا يتوافر فيها التطابق بين الاقتناع القانوني والاقتناع القضائي ، إلا أنه لا يراعي مصلحة المجتمع في العقاب ، فهو يهدر التوازن المطلوب بين المصلحتين<sup>(٣)</sup>.

رابعاً: النظام المعمول به:

أخذ المشرع المصري بنظام الإثبات الحر في المواد الجنائية وذلك في المادة ٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية ، بقولها "يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ، ومع ذلك لا

---

(1) L'ASSEMBLEE Constituante française, Séances des 3 et 4 janvier 1791 Parole de Maximilien Robespierre , Archives Parlementaires, séance du 3 janvier 1791, Vol 22, p. 3 et s, séance du 4 janvier 1791, Vol 22, p.11 et s.

(2) FILANGIERI Gaetano, La science de la législation in Œuvres de FILANGIERI. Traduites de, l'italien. Nouvelle édition accompagnée d'un commentaire par Benjamin CONSTANT et de l'éloge de Filangieri par M. Salfi, Tome 1, p. 350 ; FEROT Patrick, La présomption d'innocence : essai d'interpretation historique, Thèse, Université du Droit et de la Santé - Lille II (15/12/2007)Paris, p. 126 ; RACHED Aly-A, De l'intime conviction du juge, Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle, Thèse Droit, Paris, 1942, p. 43.

(٣) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص

يجوز له أن يبنى حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة". كما أخذ بهذا النظام المشرع الفرنسي، في المادة ٤٢٧ فقرة أولى من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، بقولها "في غير الأحوال التي يقرر فيها القانون خلاف ذلك، يمكن أن تثبت الجرائم بكافة طرق الإثبات، وبحكم القاضي تبعاً لقناعته الشخصية"<sup>(١)</sup>.

وهناك أسباب عديدة تبرر الأخذ بمبدأ حرية الإثبات الجنائي؛ منها ظهور الأدلة العلمية الحديثة التي كشف عنها العلم الحديث في إثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم ومثال تلك الأدلة: المستمدة من الطب الشرعي والتحليل كالأدلة البيولوجية، والمستمدة من الأجهزة الإلكترونية والحاسبات الآلية كالأدلة المعلوماتية، وهذه الأدلة لا تقبل بطبيعتها إخضاع القاضي لأي قيود بشأنها، بل ينبغي أن يتحرك الأمر في تقديرها لمحض اقتناعه. مع ملاحظة أن حرية القاضي في الاقتناع ليست مطلقة، وإنما مقيدة بشروط ضحة التسبب وبضوابط معينة تراقبها جهة الطعن. والسلطة التقديرية للقاضي هي التقدير الحر المسبب لعناصر الإثبات في الدعوى، وهي البديل لنظام الإثبات المقيد حيث يعين المشرع للقاضي أدلة معينة لا يقضي بالإدانة إلا بناءً عليها.

كما أخذ المشرع المصري بالنظام المقيد في مواد الإثبات المدنية والتجارية كقاعدة عامة، حيث حدد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الأدلة المقبولة أمام القاضي (الكتابة المادة ١٠، شهادة الشهود المادة ٢٠، القرائن المادة ٩٩، الإقرار أو استجواب الخصم المادة ١٠٥، اليمين المادة ١١٤، المعاينة المادة ١٣١، الخبرة المادة ١٣٥)، كما أخذ بالنظام المختلط في بعض المواد كالمواد (١٣، ٧٠، ١٠٦، ١٠٥، ١٠٩، ١١٩، ١٣٥) من القانون رقم

(1) « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve, et le juge décide d'après son intime conviction».



٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية<sup>(١)</sup>. وهذا الأمر هو المتبع في العديد من الأنظمة التشريعية، كالنظام الفرنسي والبلجيكي والإيطالي والسوري واللبناني والعراقي، مع التفاوت شدة وضيقاً في نطاق تطبيق هذه الأنظمة<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني

### نظم الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص نظم الإثبات في إلى

مذهبين:

الأول: ويمثله جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، والمالكية والشيعة الإمامية<sup>(٣)</sup>، الذين يقولون بنظام الإثبات المقيد، حيث يرون أن أدلة الإثبات في الشريعة الإسلامية مقيدة بأدلة محددة مسبقاً من

(١) تنص المادة ٧٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية على أنه "للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود، أن تستدعي للشهادة من تري لزوماً لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة"؛ وتنص المادة ١٠٥ على أنه "للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم ولكل منهما أن يطلب استجواب خصمه الحاضر"؛ وتنص المادة ١٠٦ على أنه "للمحكمة أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه"؛ وتنص المادة ١٠٩ على أنه "يوجه الرئيس الأسئلة التي يراها إلى الخصم"؛ وتنص المادة ١١٩ على أنه "للقاضي أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أي الخصمين"؛ وتنص المادة ١٣١ على أنه "للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة النزاع فيه أو أن تندب أحد قضاتها لذلك". وتنص المادة ١٣٥ على أنه "للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة".

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص ٢٩، د. سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية، ط ٢، ١٩٥٢، ص ٤؛ د. عبد المنعم فرج الصده: الإثبات في المواد المدنية، مصطفى الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٩٥٤، ص ٩؛ د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات في التعهدات، دار الفكر العربي، ط ٦، ١٩٥٥، ص ١٧.

(٣) وذلك فيما عدا رواية للإمام أحمد، أنظر في ذلك: المغني لأبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي الحلبي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة سنة ١٣٦٧ هـ، دار المنار ص ٢١٧ وما بعدها.

قبل الشارع، سواء ورد هذا الدليل صراحة أو استنباطاً<sup>(١)</sup>. الثاني: ويمثله ابن تيمية وابن القيم وابن فرحون وغيرهم، حيث يأخذون بنظام الإثبات الحر فهم يقولون بأن طرق الإثبات ليست محصورة في عدد معين من الأدلة بل يشمل كل ما يمكن أن يتحقق به الاقتناع الذاتي للقاضي، ويجعله يطمئن إليه ويحكم بموجبه<sup>(٢)</sup>. وقد دلت كلا الاتجاهين على صحة رأيه بأسانيد من القرآن الكريم والسنة المطهرة<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٦٠٥.

(٢) د. محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٦٠٥.

(٣) أنظر في عرض هذه الآراء وحججها بالتفصيل: د. محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٦٠٥ وما بعدها؛ د. مأمون محمد سلامة: المبادئ العامة للإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد العاشر أكتوبر، ١٩٧٩، ص ٢٥٠؛ د. هلال عبد الله أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ١٨٩ وما بعدها؛ د. طه أحمد متولي: الدليل العلمي وأثره في الإثبات الجنائي، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠٧، ص ٢١ وما بعدها؛ وأنظر أيضاً: أحمد إبراهيم إبراهيم: طرق الإثبات الشرعية، محاضرات لدبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مطبعة العلوم، ١٩٣٩، ص ٩ وما بعدها؛ محمد مرتضى الحسيني: عقود الجواهر المنيفة في أدلة أبي حنيفة، ط ١، المطبعة الوطنية بالإسكندرية، ١٢٩٢، ص ج ٢، ص ٥٣ - ٥٦؛ وأنظر في كتب الفقه والأصول المتخصصة: محمد أمين الشهير بابن عابدين: رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة الحلبي ١٩٦٦، ج ٥، ص ٣٥٤ وما بعدها؛ زين الدين ابن إبراهيم بن نجيم: الأشباه والنظائر، مطبعة الحسينية، ١٣٢٢، وطبعة مؤسسة الحلبي، ص ٩٨ وما بعدها؛ أحمد ابن إدريس القرافي: الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، ط ١، ١٣٤٦، ج ٤ ص ٨٣ وما بعدها؛ شمس الدين أبي عبد الله بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة السنة المحمدية بمصر ١٩٥٣، ص ٦٧ وما بعدها؛ شمس الدين بن عبد الله بن محمد بن بكر (ابن القيم الجوزية) - أعلام الموقعين - مطبعة السنة المحمدية بمصر، ج ١ ص ٧٥.

وهذا الاختلاف، كما يقول الإمام الشوكاني<sup>(١)</sup>: يرجع إلى اختلاف فقهاء المسلمين في هل طرق الإثبات تعبدية لا مجال للعقل فيها ولا يقبل من القضاء الحكم بغيرها ولو كانت صحيحة، أم أنها ليست مقصودة لذاتها وإنما لحصول العلم أو الظن الراجح بها أمام المحاكم وأن القصد منها هو إحقاق الحق والفصل في الخصومة والوصول إلى العلم بحقيقة واقعة معينة؟، وهذا بدوره مرجعه إلى اختلاف الفقهاء في تفسير معنى البيئنة<sup>(٢)</sup> الوارد في آيات القرآن الكريم والسنة النبوية.

فالجمهور يفسر البيئنة على أنها الشهادة، من ذلك قوله تعالى: "وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ" (البقرة من الآية ٢٨٢)، وقوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ" (المائدة من الآية ١٠٦)، وقوله تعالى "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ" (النور آية ٤)، وقوله تعالى "وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ" (الطلاق الآية ٢). وقوله صلى الله عليه وسلم: "لَوْ يُعْطَى النَّاسُ يَدْعَوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ"<sup>(٣)</sup>. أما ابن

(١) محمد بن علي الشوكاني: نيل الأوطار، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط٣، ١٩٦١، ج ٨، ص ٣٠٠.

(٢) أنظر المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي المقري ج ١، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ج ١، ص ٧٠ وما بعدها.

(٣) وقد رواه أبو داود والترمذي بأسانيدهما عن نافع بن عمر الجمحي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعاً، قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وجاء في زواية البيهقي وغيره بإسناد حسن أو صحيح زيادة "يَدْعَوَاهُمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْبَيْئَةَ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ" أنظر: شرح النووي على مسلم، يحيى بن شرف بن زكريا النووي، دار الخیر، ١١٤١٦هـ، ١٩٩٦، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، ١٧١١ ص ٣٦٧ - ٣٦٩. ويرى بعض الفقه أن المقصود بالبيئنة الحججة والبرهان والدليل، ابن قيم الجوزية: الطرق =

تيمية وتلميذه ابن القيم ومن معه فقد فسروا البيئنة على أنها اسم كل ما يبين الحق ويظهره فهي بمعنى الحجة والبرهان والدليل<sup>(١)</sup>، وبذلك قصر أصحاب الاتجاه الأول أدلة الإثبات في جرائم الحدود والقصاص على الشهادة والإقرار<sup>(٢)</sup>، وأما أصحاب الاتجاه الثاني فقد جعلوا وسائل الإثبات مطلقة من كل قيد وأن القاضي حر في أن يستمد اقتناعه من أي مصدر مشروع غير مقيد بأدلة معينة، ويمكن القول أن أنصار الاتجاه الثاني يتفقون مع مقصد الشارع الحكيم من توطيد دعائم العدل، خاصة في هذا العصر الذي انتشر فيه الفساد وصار من الصعوبة بمكان الحصول على شهود عدول، بالإضافة إلى ما وفره التطور العلمي من تقدم في وسائل الإثبات والتي قد تفوق في أهميتها الشهادة والإقرار، مما يجعل الإعراض عن استخدام تلك الوسائل فيه تشجيع للمجرمين على ارتكاب الجرائم والإفلات من العقاب<sup>(٣)</sup>.

### المبحث الثاني

#### التطور التاريخي للإثبات الجنائي

مر الإثبات الجنائي بالعديد من مراحل التطور التاريخي متأثراً في ذلك بمجموعة العوامل السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية والدينية والتاريخية التي كانت تسود المجتمعات سواء القديمة منها أم

- 
- =الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص ١٢؛ (ابن القيم الجوزية) - أعلام الموقعين، المرجع السابق، ج ١ ص ٤٢٨.
- (١) ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص ١٢؛ (ابن القيم الجوزية) - أعلام الموقعين، المرجع السابق، ج ١ ص ٤٢٨.
- (٢) أنظر بصفة عامة حول جرائم الحدود والقصاص والقسامة كدليل إثبات: د. محمد جمال الدين عواد: جناية القتل العمد في الفقه الإسلامي، دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٧٥؛ د. محمد مبروك يوسف: القتل العمد وجزائه في الإسلام، دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٧٦؛ عبد الله إسماعيل بدوي: القسامة كدليل إثبات، ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٧٥.
- (٣) د. جودة حسين جهاد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني، ١٩٩٤، ص ٥٨ وما بعدها..

الحديثة، وكان لكل مرحلة من مراحل التطور سمات ومظاهر تفردت بها عن غيرها من المراحل الأخرى، حيث وصف بعضها بمرحلة القوة والانتقام الفردي، وبعضها بمرحلة الاحتكام إلى الآلهة، وبعضها بمرحلة الأدلة القانونية، والبعض الآخر بمرحلة الاقتناع القضائي والدليل العلمي. وفي مطلبين متتاليين سنتناول بشيء من التفصيل التي يقتضيه المقام، ودون إسهاب، الإثبات الجنائي في المجتمعات القديمة وفي المجتمعات الحديثة.

### المطلب الأول

#### الإثبات الجنائي في المجتمعات القديمة

تمثل المجتمعات القديمة في المجتمعات البدائية والقبلية، وفي بعض الحضارات القديمة كالحضارة الفرعونية والحضارة العبرية، كما تمثل في العصر الروماني وفي العصور الوسطى. ولكل مجتمع ما يميز الإثبات الجنائي في إطاره. وهذا ما سنبينه بشيء من التفصيل في النقاط الآتية:  
أولاً: الإثبات الجنائي في المجتمعات البدائية:

المجتمعات البدائية Les sociétés primitives أو هي ما يطلق عليها مجتمعات العصر الحجري L'âge de pierre<sup>(١)</sup>، وهي تلك المجتمعات التي كانت تعتمد على القوة في كل مناحي الحياة، من صيد وقنص وجمع للأعشاب أو الثمار. وكان من الطبيعي أن تنعكس هذه القوة على الإثبات الجنائي في هذه المجتمعات، فلجأ الإنسان إلى قوته البدنية ليثبت حقه وفقاً لتقديره وحسبما يترأى له من كونه على حق أم على باطل. وترتب على ذلك أن أصبح الفرد هو قاضي نفسه، يقتص لنفسه ويثبت حقه بقوته البدنية ووفقاً لمحض اقتناعه الذاتي<sup>(٢)</sup> القائم على

(١) سمي هذا العصر بالعصر الحجري نظراً لاعتماد الإنسان على الحجارة في صنع أدواته ومعداته في قنص الحيوانات والطعام. أنظر في ذلك: د. محمود سلام زناتي: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ج ١، المجتمعات البدائية والقبلية، دار النهضة العربية، 1986، ص ١٣.

(2) RACHED Aly-A, De l'intime conviction du juge, op. cit, p. 84.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الثالث (١١٨٩)

الغريزة والعصبية دون احتكام إلى حق أو عقل أو منطق<sup>(١)</sup>. وبناءً على ذلك نستطيع القول؛ إن الإثبات القضائي لم يكن معروفاً في المجتمعات البدائية، فلم يكن هناك تحقيق يسفر عن أدلة، وإنما كان المجني عليه يبحث عن الدليل بنفسه ويصدر حكمه على الجاني بنفسه<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: الإثبات الجنائي في المجتمعات القبلية:

المجتمعات القبلية هي المجتمعات التي اتخذت من الزراعة أو الرعي مهنة وحرفة لها، ونظراً لما لهذه المهن من قدرة على جذب عدد كبير من الأفراد فقد أدى ذلك إلى ظهور ما يسمى بالقبيلة التي حلت محل الفرد. وفي إطار مجتمع القبيلة كان للدين أهمية خاصة<sup>(٣)</sup> حيث كان يسود الاعتقاد في وجود الإله وأنه هو الذي يرسل الأمطار ويمنعها، ويحقق الخصوبة ويقطعها، ويتولى بالأمراض ويشفي منها، ويطيل الأعمار ويقصرها، وهو الذي يراقب أفعالهم وينظر إلى تصرفاتهم، ويعلم ما هو خير وما هو شر، فيكافئ صاحب التصرف الخير ويعاقب صاحب التصرف الشرير، ولذا فإن الإله كان موضع خشية ومحل خوف وأمل ورجاء وعبادة، وكانت تقدم له القرابين ويتوسل إليه بالدعاء<sup>(٤)</sup>. وكان من شأن هذه الأمور كلها أن تنعكس على الإثبات، ولذا فقد ساد الاعتقاد في القوى الغيبية وأنها ستتدخل للكشف عن الحقيقة ولعاقبة المذنب الذي يحاول الهروب من الاعتراف بذنبه أو المساعدة على كشف الحقيقة. وقد ترتب على ذلك أن تمثلت وسائل الإثبات في بعض الطرق

(١) د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٢) د. محمود محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ١١ وما بعدها.

(٣) د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٥٢ وما بعدها.

(٤) د. محمود سلام زناتي: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٧٥ وما بعدها.

التي تنتمي إلى الدين والغيبيات كاليمين والابتلاء أو المحنة والعرافة والمبارزة القضائية.

واليمين<sup>(١)</sup> عبارة عن دعوة القوى الغيبية بأن تنزل بالخالف عقاباً إذا كان كاذباً، فهي دعاء على النفس بالشر. والابتلاء أو المحنة؛ إجراء يخضع له من يشتبه في ارتكابه جرماً معيناً دون أن يقوم في مواجهته دليل كاف بإدائته، وغاية الابتلاء هو التوصل إلى معرفة المتهم ومدى كونه بريئاً أو مذنباً وهذا بتوجيه من القوى الغيبية، وكان للابتلاء عدة صور كالإزام المبتلى بأن يغمس يده في ماء مغلي أو زيت لالتقاط شيء في قاع الإناء، أو إلزامه بالغطس في ماء بئر أو نهر فإذا نجا اعتبر بريئاً<sup>(٢)</sup>. أما العرافة فهي عبارة عن إجراء يهدف إلى الكشف عن أمر مجهول بالاستعانة بالآلهة وذلك عندما تثور الشبهة في ارتكاب جريمة دون أن يكون في الوسع معرفة الفاعل الحقيقي. وأخيراً فإن المبارزة القضائية Le duel judiciaire<sup>(٣)</sup> هي منازلة بين شخصين والمنهزم يقتل أو ينفى لأن الآلهة في اعتقادهم هي التي أقرت مصيرهم<sup>(٤)</sup>.

### ثالثاً: الإثبات الجنائي في الحضارة الفرعونية:

في إطار الحضارة الفرعونية كان وسائل الإثبات متأثرة بنفوذ الكهنة وذات صبغة دينية، حيث كان يتم اصطحاب المتهم إلى المعبد للمثول أمام

(١) د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها.

(٢) د. هشام على صادق، تاريخ النظم القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢، ص ٨٤ وما بعدها.

(3) CHABAS Monique, Le duel judiciaire en France aux XIIIe et XIVE siècles Thèse, Paris II, Publisher J. Favard, 1973.

(٤) د. محمود سلام زناتي: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٤١١ وما بعدها؛ د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٣٥ وما بعدها.

تمثال "أمون Ammon" (١) وذلك لاستشارته في المسائل الجنائية، وكان رئيس الكهنة يسرد الوقائع أمام تمثال أمون، ويسأله، عما إذا كان المتهم بريئاً أم مذنباً، ويصدر صوت عال من مصدر غير معروف يقرر إدانة المتهم أو براءته، أو يصدر التمثال حركة معينة يشير بها إلى المتهم، وكان الكهنة هم الذين يفعلون ذلك بطريقة خفية، مما ترتب عليه وصف هذه الوسائل بالظنية القابلة للخطأ والتي لا يمكن معها الوصول إلى درجة اليقين المطلوب للإدانة (٢).

### رابعاً: الإثبات الجنائي في الحضارة اليونانية القديمة:

أما في الحضارة اليونانية فقد كانت المحاكم الشعبية التي تتكون من المواطنين هي التي تتولى القضاة الجنائي فيما يسمى بالقضاء الشعبي أو محكمة المحلفين (٣)، وهو الأصل في نظام المحلفين الذي تعرفه التشريعات المعاصرة. وكان الطابع العام في هذا النظام من ناحية الإثبات يقوم على حرية الإثبات. إلا أن المشرع اللاتيني عرف ما يسمى بالتحكيم الإلهي حيث كانت القواعد القانونية عبارة عن أحكام موحى بها للقاضي أو الملك، وكان القاضي يحلف ميمناً بتطبيق القانون على النزاع المعروض فإن لم يجد أعمال

(١) أمون Ammon، إله الشمس والرياح والخصوبة، أحد الآلهة الرئيسيين في الميثولوجيا المصرية القديمة (ديانة قدماء المصريين)، ومعنى اسمه الخفي، ومن العسير معرفة كيف كان اسمه ينطق بالضبط لأن الكتابة المصرية القديمة الهيروغليفية كانت تستعمل الحروف الساكنة (الصوامت)، فكان اسمه يكتب أمن، ومن الممكن أنه كان ينطق مع إمال الكسر إلى الفتح، أنظر موقع <http://ar.wikipedia.org/wiki>، كلمة أمون، وانظر ايضاً:

Erman, Handbook of Egyptian Religion (London, 1907);  
Ed. Meyer, article "Ammon" in Roscher's Lexikon der  
griechischen und römischen Mythologie; Pietschmann,  
articles "Ammon" and "Ammoneion" in Pauly-Wissowa,  
Realencyclopädie.

(٢) د. رعوف عبيد: القضاء الجنائي عند الفراعنة، بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية، المجلد الأول، العدد ٣، نوفمبر ١٩٥٨، ص ٧٩ وما بعدها.

(٣) د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص ١٨١ وما بعدها.



قواعد العدالة، وترتب على ذلك أن كان للقاضي دوراً كبيراً فيما يخص تفسير القانون باعتباره معبراً عن إرادة الإله وذلك بعكس دوره في تطبيق القانون وذلك نظراً لقلة النصوص التشريعية آنذاك<sup>(١)</sup>.  
**خامساً: الإثبات الجنائي في الحضارة اليهودية:**

تأثرت الشريعة اليهودية بالصيغة الدينية في نظام الإثبات، حيث أقام رجال الدين اليهودي تماثلاً للآلهة واستطاعوا أن يجعلوا التمثال يتحرك وينطق ويصدر أصواتاً حسينا يرددون، وكان يجب انتظار رأي الإله في كل قضية على حدة<sup>(٢)</sup>. وإذا لم يسفر التحقيق عن دليل لإثبات أو نفي كان يجب على المتهم أن يحلف يمينا فإذا رفض كان ذلك بمثابة خشية من الإله وخوف منه وبالتالي فهو اعتراف بالإدانة، وإن كان التشريع العبري ينص على عدم الاستناد في حكم الإدانة على اعتراف المتهم وحده أو على شهادة شاهد واحد أو على القرائن<sup>(٣)</sup>.  
**سادساً: الإثبات الجنائي في العصر الروماني:**

ساد الإثبات الجنائي في العصر الروماني ذات الطبيعة الدينية التي سادت الإثبات الجنائي فيما سبقه من العصور. ومرجع ذلك أن القانون ذاته كان جزءاً من الدين<sup>(٤)</sup>، ويمكن التمييز، فيما يخص الإثبات الجنائي في القانون الروماني بين عدة مراحل:

المرحلة الأولى: مرحلة العصر الملكي: وفي هذا العصر عرف الملك بأنه هو الكاهن الأعظم لشعبه وقائده، وترتب على هذه السلطة الدينية للملك نتيجة هامة مؤداها استحواذه على السلطة القضائية، وارتباط القانون بالدين في المسائل الجنائية، وكان الرومان ينظرون إلى الجريمة على

(١) د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٤١ - ٤٢.

(٢) RENAN, Histoire du peuple d'Israil, Paris, 1939. P. 272.

(٣) RACHED Aly-A, De l'intime conviction du juge, op. cit, p. 84.

(٤) د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

أنها اعتداء على الآلهة، والعقوبة هي تطهير النفس من ذلك الإثم<sup>(١)</sup>. أما فيما يخص طريقة الإثبات في هذا العصر فلا توجد معلومات دقيقة في ذلك ويمكن القول أن الوضع كان يشبه الوضع السائد في الحضارات القديمة، فكانت حرية الإثبات هي السائدة.

المرحلة الثانية: مرحلة القناصل: وفي هذه المرحلة انتقلت السلطة المدنية من الملك إلى القناصل، إلا أن نظام الإثبات ظل مصبوغاً بالصيغة الدينية حيث كانوا يستشيرون الآلهة في الأمور التي تتطلب ذلك، كما ساد نظام العرافة العام والذي كان يعني حق القناصل في استطلاع رأي الآلهة في المسائل الجنائية. وفي هذه المرحلة ساد نوع من الاقتناع الشخصي للقاضي فيما يخص تقدير الدليل الجنائي<sup>(٢)</sup>.

المرحلة الثالثة: مرحلة العصر الجمهوري: انتشر في هذا العصر القضاء الشعبي الذي يفصل في المسائل الجنائية عن طريق المنتديات الشعبية التي تعقد فيها المحاكمات الجنائية، وكان المبدأ السائد في هذا النظام المبني على العدالة الشعبية يتمثل في الاقتناع الشخصي الذي يدلي به القضاة الشعبيون أثناء التصويت، وقد كان تقدير الشهادة يخضع لاقتناع القاضي دون اعتبار لعدد الشهود، وقد كان الاعتراف يخضع لتقدير القاضي ولم يعرف العهد الجمهوري أي أثر لنظام الأدلة القانونية، كما كان التعذيب منتشرًا بالنسبة للرقيق حتى ولو كانوا مجرد شهود وليسوا متهمين، وذلك في مقابل حلف اليمين بالنسبة للأحرار<sup>(٣)</sup>.

---

(١) د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص ١٩٦ وما بعدها.

(٢) د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٣) RACHED Aly-A, De l'intime conviction du juge, op. cit, (٣) ; p.92 ; د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٦.

المرحلة الرابعة: مرحلة عصر الإمبراطورية: شهد هذا العصر تطوراً لوسائل الإثبات بحيث أصبحت أقرب لنظام الأدلة القانونية، وبذلك انتهى نظام القضاء الشعبي وحل محله نظام القضاء المتخصص الدائم، وكان على رأس كل محكمة حاكم المدينة، وقد أثر ذلك بطبيعة الحال على نظام الإثبات، حيث كانت تصدر إلى القضاة من الإمبراطور تعليمات أو نصائح تحدد لهم بعض طرق الإثبات مثل؛ شهادة شاهدين على الأقل لإثبات صحة الواقعة، وعدم الاعتماد على القرائن القضائية البسيطة، كما وضعت قائمة موسعة بحالات عدم الأهلية لأداء الشهادة، كما طلب من المدعين أن يقدموا وثائق حاسمة لا تحمل الشك لإثبات دعواهم، أما الاعتراف فكان يعتبر في بعض الأحيان دليلاً كاملاً يجب على القاضي أن يأخذ به، وقد كان يحصل هذا الاعتراف في بعض الأحيان عن طريق التعذيب، حيث كان التعذيب يعد وسيلة مشروعة للحصول عليه، وذلك دون تفرقة بين حر أو رقيق<sup>(١)</sup>، وكان هناك العديد من النصوص التي كانت تفرض بعض القيود في تقدير أدلة الإثبات حتى تصبح كاملة ومقبولة، وكان الهدف من وراء ذلك حماية المتهمين من تعسف حكام المدن ومساعدتهم الذين كانوا يشكلون الهيئات القضائية. وعلى الرغم من هذه القيود في تقدير وسائل الإثبات في عهد الإمبراطورية الرومانية فإن فكرة الإثبات عن طريق الاقتناع ظلت هي السائدة بوجه عام رغم ظهور نظام الأدلة القانونية في القانون الروماني في العهد الإمبراطوري<sup>(٢)</sup>، كما أنه يمكن القول من جهة أخرى بأن نظام

- 
- (1) RACHED Aly-A, De l'intime conviction du juge, op. cit, p.95; et s; د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٦ - ٤٧.
- (2) RACHED Aly-A, De l'intime conviction du juge, op. cit, p.98; DEL CARMEN, Criminal procedure and evidence, U.S.A., 1978, p. 92°94; د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٦ - ٤٧.

الإثبات الروماني في العهد الإمبراطوري هو نظام مختلط يغلب عليه طابع الإثبات الحر.

سابعاً: الإثبات الجنائي في العصور الوسطى:

في العصور الوسطى Moyen Ages وبعد سقوط الإمبراطورية الرومانية على يد البربر، استمر التغيير الذي شهدته نظام الإثبات في العهد الإمبراطوري من القانون الروماني في التبلور، حيث بدأت ملامح نظام الأدلة القانونية في الظهور، فكان اعتراف المتهم أو وجوده في حالة تلبس من الأدلة الدامغة التي تؤدي مباشرة إلى إدانته، وذلك دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر<sup>(١)</sup>. وفي عهد الإقطاع اعتبرت شهادة الشاهدين دليلاً كاملاً تترتب عنه إدانة المتهم، وأن الدليل الكتابي قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس وكما اعتبرت بعض القرائن دليلاً كاملاً، وذلك بالإضافة إلى القواعد القديمة المتمثلة في المحنة والمبارزة القضائية والتعذيب للحصول على اعتراف المتهم. وهكذا فقد تبلور نظام الأدلة القانونية وازدهر في العصور الوسطى والقانون الفرنسي القديم (القرنين ١٦، ١٧ ميلادية)، وقد امتازت هذه الفترة بنقل السلطة القضائية من أفراد الشعب إلى قضاة محترفين دائمين، وظل الوضع كذلك حتى قيام الثورة الفرنسية وامتداد تأثيرها في فرنسا أو حتى في غيرها من الدول الأوروبية<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

### الإثبات الجنائي في المجتمعات الحديثة

تعرض نظام الأدلة القانونية في منتصف القرن الثامن عشر ميلادية للعديد من الانتقادات الشديدة التي وجهها له الفلاسفة والمفكرون، أمثال

(1) HELIE Faustin, Traité de l'instruction criminelee, 2e édition, 1866, p. 261 et s.

(2) لمزيد من التفصيل حول حقبة العصور الوسطى، أنظر: د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها والمراجع المشار إليها لديه. وأنظر أيضاً:

RACHED Aly-A, De l'intime conviction du juge, op. cit, p. 98 et s.

بيكاريا BECCARIA<sup>(١)</sup> وفيلانجيري FILANGIERI<sup>(٢)</sup>، على أساس أنه لا يمكن إدراك الحقيقة أو الجزم أو اليقين من خلال الاقتصار على القواعد القانونية دون غيرها، وإنما يجب ألا يتقيد القاضي في الإثبات في المواد الجنائية بالأدلة القانونية وإنما يجب أن يصدر القاضي حكمه بناء على اقتناعه الشخصي مهما كان مصدر هذا الاقتناع، وعلى إثر ذلك وبعد قيام الثورة الفرنسية تم تبني نظام الإثبات الحر أو الاقتناع الشخصي للقاضي، وقد أثر القانون الفرنسي فيما يخص مبدأ الإثبات في كافة التشريعات في أوروبا وغيرها من دول العالم كدول أمريكا اللاتينية ودول آسيا<sup>(٣)</sup>، وأصبح مبدأ حرية الإثبات سائداً في أغلب هذه التشريعات<sup>(٤)</sup>.

كما أن مبدأ حرية الإثبات أو الاقتناع الشخصي للقاضي أصبح يمثل الشريعة العامة لنظام الإجراءات الجنائية المصري، حيث نص عليه في المادة ٣٠٢ منه بقوله "يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته"، وقد عبرت بحكمة النقض المصرية منذ زمن بعيد عن ذلك بالقول: "إن القانون أمد القاضي في المسائل الجنائية بسلطة واسعة وحرية كاملة في سبيل تقضي ثبوت الجرائم أو عدم ثبوتها والوقوف على حقيقة علاقة المتهمين ومقدار اتصالهم بها ففتح له باب الإثبات على مصراعيه

(1) BECCARIA, Des délits et des peines, 2e édition, Paris 1870.

(2) FILANGIERI, La science de la législation, 3e livre, Des lois criminelles, nouvelle édition, par Jamin Constant, Paris 1840. V. HIPPOLYTE Gisbert, Des moyes de preuve en matiere criminelle, en droit romain et en droit français, Thèse, Paris 189, p. 25 et s.

(3) GARRAUD, Traité théorique et pratique de l'instruction criminelle et de procédure pénale, 5 tomes, Sirey, Paris 1907, T, I, p. 514.

(٤) لمزيد من التفصيل حول ذلك، أنظر: د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٦٧ وما بعدها والمراجع المشار إليها لديه. وأيضاً RACHED Aly-A, De l'intime conviction du juge, op. cit, p. 292 et s.

يختار من كل طرفه ما يراه موصلاً إلى الكشف عن الحقيقة ويوزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر بمحض وجدانه فيأخذ بما تطمئن إليه عقيدته. وي طرح ما لا ترتاح إليه غير ملزم بان يسترشد في قضائه بقرائن معينة بل له مطلق الحرية في تقدير ما يعرض عليه منها ووزن قوته التدليلية في كل حالة حسبما يستفاد من وقائع كل دعوى وظروفها وهو يبغى الحقيقة وينشدها أن وجدها ومن أي سبيل يجده مؤدياً إليها ولا رقيب عليه في ذلك غير ضميره وحده" (١)، كما ذكرت محكمة النقض "إن العبرة في الإثبات في المواد الجنائية هي باقتناع المحكمة واطمئنانها إلى الدليل المقدم إليها، فالقانون لم يقيد القاضي بأدلة معينة بل خوله بصفة مطلقة أن يكون عقيدته من أي دليل أو قرينة تقدم إليه" (٢). كما عبرت محكمة النقض حديثاً عن هذا المبدأ بقولها "القاعدة الأساسية في الإثبات في المواد الجنائية هي حرية القاضي في تكوين عقيدته في اقتناعه، وتدخل المشرع في تلك الأحيان لبيان وسيلة معينة للإثبات لا يؤثر في اقتناع القاضي بقيام الجريمة من عدمه أو توافر دليل أو انتفائه" (٣).

ومع ظهور الثورة العلمية التي حققت قفزات هائلة عن طريق التقدم العلمي، بحيث بلغت أوجها في العصر الحالي، فقد انعكس هذا التطور على كافة مجالات الدراسات الجنائية بصفة عامة، ومجال الإثبات

(١) نقض ١٢ يونيو ١٩٢٩، مجموعة القواعد القانونية، ج ٤، رقم ٤٠٦، ص ٥٧٥.

(٢) نقض ١١ يناير ١٩٤٣، مجموعة القواعد القانونية، ج ٦، رقم ٦٨، ص ٦٤؛ نقض ١٥ مايو ١٩٥٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١، رقم ٢١٥، ص ٦٥٥؛ نقض ١٠ نوفمبر ١٩٨١، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٢، رقم ١٤٧، ص ٨٥٣؛ نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٨١، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٢، رقم ٢١٧، ص ١٢١٢.

(٣) الطعن رقم 5976 لسنة ٨٢ قضائية، بتاريخ ٦ فبراير ٢٠١٣، وقبل ذلك، الطعن رقم 53603 لسنة ٧٥ قضائية، بتاريخ ١١ يونيو ٢٠٠٦؛ الطعن رقم 33215 لسنة ٧٣ قضائية، بتاريخ ٨ مايو ٢٠٠٦؛ نقض ١ أبريل ٢٠٠٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٥٥، رقم ٤٢، ص ٢٨٧.

الجنائي بصفة خاصة واستفاد منها استفادة كبيرة، لذلك اتجه غالبية الفقه المقارن إلى الحديث عن ظهور مرحلة جديدة للإثبات تسمى "مرحلة الدليل العلمي" أو "المرحلة العلمية في الإثبات"، والتي تقوم على الاستعانة بالدليل العلمي المستمد من الوسائل العلمية والتكنولوجية والكيميائية الحديثة، حيث تلعب فيها الخبرة الجنائية دوراً كبيراً في تكوين عقيدة القاضي وذلك بإعمال الدليل العلمي للكشف عن أدلة الجريمة ونسبتها إلى المتهم، عن طريق الجزم واليقين.

ومن وسائل الإثبات العلمية الحديثة: علم البصمات، علم التحليل الكيميائي، علم الطب الشرعي، وأجهزة التسجيل الصوتي، وغيرها، على ما سنوضحه في حينه.

وقد حذا هذا البعض، كما سبق وأن ذكرنا، إلى القول بأن نظام الأدلة العلمية هو نظام المستقبل وسمة هذا العصر في مجال الإثبات الجنائي، كالفقيه الإيطالي إنريكو فيري Enrico FERRI<sup>(١)</sup> أحد رواد المدرسة الوضعية الإيطالية لما يتميز به الدليل العلمي من موضوعية وحياد وكفاءة في اقتناع القاضي الجنائي<sup>(٢)</sup>، ودون أن يخجل ذلك بمبدأ قناعة القاضي لما للأدلة العلمية من قدرة على الإقناع خاصة إذا ساندتها أدلة أخرى، وذلك إعمالاً لمبدأ تساند الأدلة.

### المبحث الثالث

#### المبادئ القانونية التي تحكم الإثبات الجنائي

إذا كانت الغاية من الإثبات في المجال الجنائي هي الوصول إلى حقيقة الواقعة الجنائية بأي وسيلة من شأنها إقناع القاضي بتلك الحقيقة، إلا أن ذلك مشروط بضرورة الحصول على أدلة إثبات الواقعة أو نفيها بطريقة مشروعة لا تمس الحقوق الأساسية للإنسان كشرفه أو كرامته

(1) ENRICO Firre, La Sociologie criminelle, Paris 1893, p. 451 et s.

(2) VIDAL Georges, Joseph Magnol, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, op. cit., p. 1038 et s.

الإنسانية أو ذمته المالية أو حياته الخاصة أو حريته أو حقه في الدفاع عن نفسه. ومن البديهي ألا يلجأ إلى الإثبات إلا إذا كان هناك ادعاء بارتكاب جريمة، وهذا لأن الأصل هو براءة الإنسان، والادعاء بارتكاب الجريمة ادعاء يخالف هذا الأصل ويناقضه، ولذلك لا بد من أن يقوم الدليل على ذلك، وهذه المهمة (عبء الإثبات) أوكلها المشرع للجهات التي حولها حق الاتهام وهي النيابة العامة. كما يجب أن ينبنى دليل الإدانة في المواد الجنائية على الجزم واليقين، فإذا وقع فيه شك وجب أن يفسر لمصلحة المتهم. كما يجب أيضاً، وفي ظل سيادة القانون، ألا يتعارض الحصول على عناصر الدليل مع النظام العام *l'ordre public* في الدولة، إذ يجب احترام قواعد الشرعية الإجرائية والموضوعية *légalité procédurale et matérielle* في الحصول على الدليل. ثم يأتي في النهاية القاضي ليقدر الأدلة المقدمة إليه ويحكم فيها بموجب اقتناعه الشخصي بالإدانة أو بالبراءة، دون تحكم أو شطط.

وعلى ذلك فهناك مجموعة من المبادئ أو القواعد القانونية التي تحكم الإثبات الجنائي، وهذه المبادئ تتمثل في: حرية الإثبات، مشروعية الإثبات، افتراض البراءة، وتفسير الشك لمصلحة المتهم، إلقاء عبء الإثبات على عاتق النيابة العامة، وأخيراً حرية القاضي في تكوين عقيدته. وستحدث عن هذه المبادئ بشيء من التفصيل في النقاط التالية:

**أولاً: حرية الإثبات *Liberté de la preuve*:**

١- مبدأ حرية الإثبات: تقتضي حرية الإثبات أن يكون القاضي والخصوم والنيابة العامة غير مقيدين بطريق معين من طرق الإثبات سواء تعلق الأمر بالكتابة أو البيئة والقرائن وغيرها. فقد فتح القانون الجنائي - فيما عدا ما استلزمه من وسائل خاصة في الإثبات - بابه أمام القاضي الجنائي على مصراعيه يختار من كل طرق ما يراه موصلاً إلى الكشف عن الحقيقة ويزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر مع حرية مطلقة في تقدير ما يعرض عليه ووزن قوته التدليلية في كل حالة حسبما يستفاد من وقائع كل أدلة وظروفها بغية الحقيقة ينشدها أن وجدها ومن أي سبيل يجده مؤدياً إليها، ولا رقيب عليه في ذلك



غير ضميمه وحده، هذا هو الأصل الذي أقام عليه القانون الجنائي قواعد الإثبات لتكون موائمة لما تستلزمه طبيعة الأفعال الجنائية وتقتضيه مصلحة الجماعة من وجوب معاقبة كل جان وتبرئة كل بريء<sup>(١)</sup>. وقد قررت معظم الأنظمة القانونية مبدأ حرية الإثبات، بأن أطلقت إثبات الجرائم بكل الطرق والوسائل طالما لم ينص القانون على خلاف ذلك. كما تبنى المشرع المصري نفس هذا المبدأ بالنص في المادة ٢٩١ من قانون الإجراءات الجنائية على أن "للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى بتقديم أي دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة".

ويجد هذا المبدأ تبريره في ثلاث مبررات رئيسية<sup>(٢)</sup>: الأول: يتعلق بالنيابة العامة بصفة خاصة ومصلحة المجتمع بصفة عامة، حيث يؤدي مبدأ حرية الإثبات إلى التخفيف من مبدأ عبء الإثبات الملقى على عاتق النيابة، وعدم إلزامها بأدلة قد يعث بها الخصوم لتضليل العدالة والهروب من الإدانة. الثاني: يتعلق بالمتهم حيث يتمكن من تنظيم دفاعه بحسب الأدلة التي يمكن أن يحصل عليها. الثالث: أن الإثبات في المواد الجنائية يتعلق بوقائع مادية لاحقة على الواقعة وليس بإجراءات قانونية كما هو الحال في المواد المدنية حيث الدليل معد سلفاً<sup>(٣)</sup>. فحرية الإثبات أصبح من المبادئ المسلم بها قانوناً

(١) نقض ٢ فبراير ٢٠٠٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٥١، رقم ١٩، ص ١١٠؛ نقض ٢ نوفمبر ١٩٨٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٤٠، رقم ١٣٨، ص ٨١٩؛ نقض ١٥ فبراير ١٩٨٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٥، رقم ٣١، ص ١٣٥؛ نقض ٢٠ يناير ١٩٦٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٠، رقم ٣٥، ص ١٦٤؛ نقض ٢٠ يناير ١٩٦٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٨، رقم ٢٤، ص ١٢٨؛ نقض ٢٠ يناير ١٩٦٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٦، رقم ٢١، ص ٨٧.

(٢) PRADEL, J., procédure pénale, 11ème éd., Paris, Cujas, 2002, p.338 .

(٣) NZITONDA Axelle, Problématique d'administration de la preuve de l'infraction de viol en droit pénal burundais, Université Lumière de Bujumbura - Licence en droit 2007.

بعد أن أظهر الفقه والقضاء الجنائي فضل هذا المبدأ وأهميته، وقد بلغ هذا المبدأ مداه في التطور خاصة مع ظهور الوسائل العلمية الحديثة وما تقدمه للقضاء الجنائي من عون كبير في الوصول إلى اليقين عن الجريمة ونسبتها إلى المتهم.

إلا أن حرية الإثبات ليست مطلقة من كل قيد وإنما هي مقيدة، من ناحية، بضرورة كونها مشروعة فلا يقبل أي دليل تم الحصول عليه من خلال الاعتداء على حرمة الإنسان أو كرامته وبالتالي يهدر كل دليل أخذ تحت وطأة التعذيب أو الإكراه أو ما شابه<sup>(١)</sup>، وفي هذا الإطار يتم تجاهل أنواع معينة من الأدلة العلمية لمنافاتها لحقوق الإنسان كما هو الحال على سبيل المثال بالنسبة لحقن المخدر أو "مصل الحقيقة"<sup>(٢)</sup>. كما يجب، من ناحية ثانية، احترام التناقض الحرجين الأدلة، والذي يعني حق المتهم في تقديم أدلة تناقض الأدلة المقدمة في الدعوى من قبل النيابة العامة، بما يترتب عليه إمكانية قبولها من قبل القاضي والحكم بموجبها، مما يستتبع ضرورة اتصال علم المتهم بجميع الأدلة والوثائق والمستندات المقدمة في الدعوى والمناقشات التي تمت فيها، بحيث لا يستطيع القاضي أن يحكم وفقاً لدليل لم يعرض على المتهم ولم يناقشه من قبل<sup>(٣)</sup>. كما يجب، من ناحية ثالثة، التقييد بالاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الإثبات والتي سنتحدث عنها في الصفحات التالية.

٢- الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الإثبات: قد يخرج المشرع في بعض الأحوال على مبدأ حرية الإثبات وعدم تقييد القاضي أو الخصوم بأدلة معينة ويأخذ بنظام الإثبات المقيد استثناءً من المبدأ العام الخاص بحرية

(1) PRADEL, J., procédure pénale, op. cit., p.340 .

(2) M.L.RASSAT, procédure pénale, op. cit., p.328.

(3) NZITONDA Axelle, Problématique d'administration de la preuve de l'infraction de viol en droit pénal burundais, op. cit. ; Les nouvelles, Droit pénal, T.I, V.D, Bruxelles, Larcier, 1982, p.60, n°3436.

الإثبات، ومن هذه الاستثناءات أولاً: إثبات المسائل غير الجنائية: ثانياً: استبعاد بعض وسائل الإثبات بقوة القانون، ثالثاً: قوة بعض المحاضر في الإثبات، رابعاً: إثبات الزنا على شريك الزانية. والحكمة من هذه الاستثناءات هي تحقيق بعض الضمانات الهادفة إلى إظهار الحقيقة، أو حماية حقوق الدفاع، أو الحفاظ على بعض الاعتبارات الاجتماعية أو الأسرية.

أ- إثبات المسائل غير الجنائية: نصت المادة ٢٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أن "تتبع المحاكم الجنائية في المسائل غير الجنائية التي تفصل فيها تبعاً للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل". والمثال التقليدي لهذه الحالة الاستثنائية الحالة التي تقام فيها الدعوى الجنائية على شخص باعتباره خائناً للأمانة، حيث لا يجوز إثبات هذه الجريمة إلا بمقتضى قواعد القانون المدني التي تستلزم التأكد من قيام عقد من عقود الأمانة (الوديعة أو الوكالة أو الحراسة)، والذي يحسب قواعد القانون المدني غالباً ما يكون مكتوباً، حيث لا يكفي في هذه الحالة شهادة الشهود في إثبات قيامه.

ب- استبعاد بعض وسائل الإثبات بقوة القانون: استبعد المشرع عن دائرة اقتناع القاضي الجنائي بعض الأدلة وحرّم عليه الاستناد إليها وتشكيل قناعته بناءً عليها، فقد نصت المادة ٩٦ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "لا يجوز لقاضي التحقيق أن يضبط لدى المدافع عن المتهم أو الخبير الاستشاري الأوراق والمستندات التي سلمها المتهم لهما لأداء المهمة التي عهد إليهما بها، ولا المراسلات المتبادلة بينهما في القضية"، بما يعني عدم جواز الاعتماد بها كدليل إثبات. وذلك بسبب ما يؤدي إليه ذلك من إخلال بموقف الدفاع وكذلك اليمين الحاسمة حيث لا يجوز توجيهها إلى المدعى عليه في الدعوى الجنائية<sup>(١)</sup>.

(١) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤١٠.

ت- قوة بعض المحاضر في الإثبات: استثنى المشرع بعض المحاضر من الخضوع لمبدأ حرية الإثبات بالنسبة للقاضي، وأضفى عليها حجية خاصة في الإثبات، وهذه المحاضر على نوعين؛ محاضر يعمل بها حتى يثبت عكسها، ومحاضر يعمل بها حتى ثبوت تزويرها. وقد نصت على النوع الأول المادة ٣٠١ من قانون الإجراءات الجنائية بقولها "تعتبر المحاضر المحررة في مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التي يثبتها المأمورون المختصون إلى أن تثبت ما ينفيها"، كما هو الحال بالنسبة لمخالفات المرور والمخالفات التموينية والصحية. وحجية هذه المحاضر تقتصر على الوقائع المادية في مواد المخالفات التي رآها الموظف أو سمعها أو وقعت تحت حواسه فقط أي أنها تقتصر على تبيان الوقائع دون تقديرها، وعلى ذلك فلا حجة لهذه المحاضر بالنسبة لإثبات توافر الركن المعنوي للمخالفة أو تحديد تكيف قانوني لها أو تقرير سبب إباحة لها أو مانع مسئولية<sup>(١)</sup>. أما النوع الثاني من المحاضر فيشمل محاضر جلسات التحقيق والمحاكمة ونصوص الأحكام الصادرة عن القضاء<sup>(٢)</sup> بالإضافة إلى محاضر الجمارك<sup>(٣)</sup>.

ث- إثبات الزنا على شريك الزانية: فيما يخص شريك الزوجة في جريمة الزنا حدد المشرع أدلة معينة يمكن بواسطتها إثبات الجريمة وذلك في المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات بقولها "الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود

(١) أ. على زكي العرابي: المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، ج ١، ١٩٥١، ص ٥٨٤ وما بعدها؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٨٦؛ د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٤٢.

GARRAUD, Traité théorique et pratique de l'instruction criminelle et de procédure pénale, op. cit. T,II, p. 173.

(٢) أ. أحمد عثمان حمزاوي: موسوعة التعليقات على مواد قانون الإجراءات الجنائية، در النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٣، ص ١٣٠٣ وما بعدها.

(٣) المادة ٣٣ من لائحة الجمارك المصرية.

مكاتب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم".

### ثانياً: مشروعية الإثبات La légalité de la preuve :

لا يقصد هنا بمشروعية الإثبات أن يكون الدليل منصوصاً عليه قانوناً كما هو الحال في نظام الأدلة القانونية، فليس المقصود حقيقة مبدأ الشرعية الجنائية (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص Nullum crimen sine lege, nullum poena) والذي يعني مجرد التوافق مع أحكام القاعدة القانونية المكتوبة<sup>(١)</sup>، وإنما المقصود من الناحية الفعلية هو شرعية الإثبات Licéité de la preuve<sup>(٢)</sup>، وهذا المبدأ يعني أن تتم إدارة الأدلة L'administration des preuves<sup>(٣)</sup> بالبحث عنها والحصول عليها بطريقة مشروعة أي مطابقة للقواعد القانونية، فيجب طبقاً لمبدأ مشروعية الإثبات أن يتفق الإجراء الذي تم في إطاره الحصول على الدليل مع القواعد القانونية والأنظمة الثابتة في وجدان المجتمع المتحضر<sup>(٤)</sup>، وذلك لأن القانون هو الذي يحدد القواعد التي تحكم الحصول على الدليل، ومن هذه القواعد احترام الحياة الخاصة بكل عناصرها، احترام الحرية، عدم تجاوز القواعد القانونية فيما يخص القيام ببعض الإجراءات القانونية من

(١) د. محمد نعيم فرحات: النظرية العامة لعذر تجاوز حق الدفاع الشرعي، دكتوراه، ١٩٨١، ص ١٥٥ وما بعدها.

(٢) أنظر حول مشروعية الدليل في المواد الجنائية بصفة عامة: د. أحمد ضياء الدين محمد خليل: مشروعية الدليل في المواد الجنائية، دراسة تحليلية مقارنة لنظريتي الإثبات والمشروعية في مجال الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

(3) MERLE R. et VITU A., Traité de droit criminel, t. II, Procédure pénale, Cujas, 5e éd. 2001, n° 168, p. 211; J. PRADEL, Procédure pénale, op. cit., n° 408. - F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, Traité de procédure pénale, op. cit., n° 567. - S. GUINCHARD et J. BUISSON, Procédure pénale, Litec, 6e éd. 2010, n° 551.

(٤) د. أحمد فتحي سرور: الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، ص ١٠٥ - ١٠٦.

الناحية الفنية كالأجراءات الخاصة بالقبض والتفتيش، كما يجب مراعاة إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق والاتفاقات الدولية وقواعد النظام العام وحسن الآداب السائدة في المجتمع، بالإضافة إلى المبادئ التي استقرت عليها محكمة النقض. فهذه القواعد هي التي تسمح للقاضي باستبعاد الأدلة التي يتم الحصول عليها بالمخالفة لقواعد القانون الموضوعية أو الإجرائية.

ومبدأ مشروعة الإثبات هو مبدأ مقرر في المسائل المدنية كما هو بالنسبة للمسائل الجنائية. وما هو جدير بالذكر أن المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة، ذلك لأنه من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقريئة البراءة إلى أن يحكم بإدائته بحكم نهائي، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها "من المقرر أنه وإن كان يشترط في أدلة الإدانة أن تكون مشروعة، إذا لا يجوز أن تبنى إدانة صحيحة على دليل باطل قانوناً، إلا أن المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة، ذلك أنه من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية، أن كل متهم يتمتع بقريئة البراءة إلى أن يحكم بإدائته بحكم نهائي وأنه إلى أن يصدر هذا الحكم، له الحرية الكاملة في اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه في الدعوى وما يحيط به من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية التي تعترى النفس البشرية، وقد 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" (١)، وحق المتهم في الصمت Droit de silence دون أن يفسر ذلك كدليل ضده.

(١) نقض ٣١ يناير ١٩٦٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٨، رقم ٢٤، ص ١٢٨؛ نقض ١٥ فبراير ١٩٨٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٥، رقم ٣١، ص ١٥٣؛ نقض ٢ نوفمبر ١٩٨٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٤١، رقم ١٣٨، ص ٨١٩. وقد أثار هذا الموقف من محكمة النقض خلافاً في الفقه بين مؤيد ومعارض، أنظر في عرض هذا الخلاف: د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٥٦ وما بعدها والمراجع المشار إليها لديه.

ولا تقتصر مشروعية دليل الإدانة على مجرد الاتفاق مع القاعدة القانونية المكتوبة أو المنصوص عليها، وإنما يجب أن يتعدى ذلك إلى النظام القانوني في مجمله بما يشمل مبدأ الأمانة Le Principe de la loyauté<sup>(١)</sup>، وهذا يعني أن أي دليل يتم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة أو بوسيلة مخالفة للقانون لا تكون له قيمة في الإثبات. فلا يجوز للقاضي أن يستند على دليل تم الحصول عليه من استجواب جرى بطريقة مخالفة للقانون، أو دليل استمد من محرر مسروق، أو عن طريق استراق السمع، أو عن طريق تسجيل الحديث خلسة. كما لا يجوز للقاضي أن يؤسس عقيدته على دليل تم ضبطه نتيجة قبض غير مشروع، أو كان وليد إجراء تفتيش باطل، أو اعتراف باطل أو وليد إكراه، أو كان نتيجة خلق لحالة تلبس من قبل مأمور الضبط القضائي.

**ثالثاً: افتراض البراءة أو قرينة البراءة<sup>(٢)</sup> (Présomption d'innocence) :**

(١) فيجب أن يتم الحصول على الدليل بالإضافة إلى ما سبق في المتن وفقاً لمبدأ الأمانة Le Principe de la loyauté وهذا ما سار عليه الفقه والقضاء الفرنسي: أنظر:

PERROCHEAU, Des fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves, Petites affiches, 17 mai 2002, p. 6; LEBORGNE A, L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, RTD civ. 1996, p. 535, spéc. p. 547. Bouzat P, La loyauté, dans la recherche de preuves, op. cit, 1964, n° 1, p. 155.; Crim, 12 juin 1952, J.C.P., 1952, II, 7241, note Brouchet; RASSAT M.-L, note sous Cass. crim. 6 avr. 1993, JCP 1993, II, 22144, et autres références citées infra, n° 29, note 52; Cass. crim. 15 juin 1993, D. 1994, Jur. p. 613, note MASCALA C.; Cass. 2e civ., 7 oct. 2004: Bull. civ. 2004, II, n° 447.

(٢) أنظر في مبدأ افتراض البراءة بصفة عامة: ١- في الفقه العربي: د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٧، المرجع السابق، ص ٤٢٢ وما بعدها؛ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق؛ د. مدحت رمضان: تدعيم قرينة =

البراءة كما عرفها بعض الفقه هي "معاملة الشخص، مشتبهاً فيه كان أم متهماً، في جميع مراحل الإجراءات ومهما كانت جسامة الجريمة التي نسبت إليه على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي وفقاً للضمانات التي يقرها القانون"<sup>(١)</sup>.

وقد اختلف الفقه الجنائي في طبيعة أصل البراءة هل هو قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، تستتج من أصل معلوم، وهو أن الأصل في الأشياء الإباحة، أم أن افتراض البراءة في الإنسان ليس بقرينة وإنما هو أصل في الإنسان؟<sup>(٢)</sup>.

= البراءة في مرحلة جمع الاستدلال، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر؛ د. أحمد عبد الحميد الدسوقي: الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧؛ د. عبد الحافظ عابد: الإثبات الجنائي بالقرائن، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩١؛ د. أحمد إدريس أحمد: افتراض براءة المتهم، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٨٤؛ د. عبد الحافظ عبدا الهادي عابد: الإثبات الجنائي بالقرائن، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، مطابع الطوخي التجارية، ١٩٨٩، ٢- في الفقه الغربي:

POUIT Marine, Les atteintes à la présomption d'innocence en droit pénal de fond, Master II Droit pénal et sciences pénales, Université Paris II Panthéon – Assas, 2013 ; FEROT P., La présomption d'innocence : essai d'interprétation historique, Thèse, Paris, Lille 2, 2007; BOULOC B, Présomption d'innocence et droit pénal des affaires, Rev. Sc. Crim, ١٩٩٥ p. 465; DÉTRAZ S, La prétendue présomption d'innocence, Dr. pén. 2004, chron. n°3 ; BUISSON Jacques, Les présomptions de culpabilité, Procédures, Décembre, 1991, ch.15.

(١) د. ميروك نصر الدين: عبء الإثبات في المسائل الجنائية، المجلة العربية للفقه والقضاء، أبريل ٢٠٠٤، ص 77.

(٢) أنظر في تفصيل هذا الاختلاف وأدلة كل رأي من هذه الآراء:

(١٢٠٨) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧ لجلد الثالث



فذهب البعض إلى أنه قرينة قانونية بسيطة، والقرينة<sup>(١)</sup> هي استنباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم<sup>(٢)</sup>، ومن المعلوم أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يتقرر العكس، والمجهول المستنتج من هذا الأصل هو براءة الإنسان حتى تثبت إدانته بحكم قضائي<sup>(٣)</sup>. ومصدر هذه القرينة هو القانون نفسه الذي قرر وأكد مبدأ الشرعية الإجرائية<sup>(٤)</sup>. بينما ذهب البعض الآخر<sup>(٥)</sup> إلى أن البراءة أصل في الإنسان، وليست قرينة قانونية بسيطة، ولا هو من صورها. فافتراض البراءة في الإنسان يعد مبدأ من المبادئ العامة في القانون الجنائي الذي يفوق نطاقه نطاق القرينة...

(١) لم يعرف الشارع المصري القرينة كما فعل الشارع الفرنسي في المادة (١٣٤٩) من القانون المدني، حيث قال: إن القرائن هي الاستنتاجات التي يستنتجها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة، وقد جرى نص المادة على النحو التالي: "Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu." فالقرائن إذن أدلة غير مباشرة، حيث لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها. والقرائن نوعان: قرائن قانونية، وقرائن قضائية أو موضوعية. فالقرائن القانونية هي التي نص عليها القانون بنص صريح، ولذا سميت قانونية، وهي من استنباط الشارع. أما القرائن القضائية أو الموضوعية، فهي التي يستنتجها القاضي من موضوع الدعوى وظروفها. وسميت قضائية لأنها من استنباط القاضي، وسميت أيضا موضوعية لأنها تستنبط من موضوع الدعوى وظروفها. والقرائن القانونية نوعان: قرائن قانونية قاطعة، وقرائن قانونية غير قاطعة. فالقرائن القانونية القاطعة: هي التي لا تقبل إثبات ما ينقضها، أي أن الخصم لا يمكنه أن يثبت ما يخالفها، كقرينة الشيء المحكوم به أما القرائن القانونية غير القاطعة، فهي تقبل إثبات ما ينقضها. د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، المرجع السابق، ص ١٩٠ - ١٩٣.

(٢) د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، المرجع السابق، ص ١٧.

(٣) د. أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق مصر، ٢٠٠٢، ص ٢٨٠.

(٤) د. أحمد فتحي سرور: الشرعية والإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(٥) د. أسامة عبد الله قايد: حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دراسة مقارنة، ط ٣، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ١٤٠.

إضافة إلى أن افتراض البراءة يعد قاعدة قانونية ملزمة للقاضي... ولا ينبغي هذا إلا بصدر حكم قضائي بات بالإدانة. ومما يبرر هذا الرأي أن الحكم الصادر بالبراءة لا ينشئ مركزاً جديداً كان مجهولاً قبل الحكم، بل على العكس، فإن حكم الإدانة هو الذي ينشئ مركزاً جديداً للمتهم لأنه ينقله من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم<sup>(١)</sup>. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم حديث لها بتاريخ ٢٠١٣/٤/٧، أن البراءة أصل في الإنسان، بقولها "إن افتراض البراءة لا يتمخض عن قرينة قانونية، ولا هو من صورها، ذلك أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات من محله الأصلي ممثلاً في الواقعة محل الحق المدعى به، إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها، وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التي افترضها الدستور، فليس ثمة واقعة أحلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلاً عنها، وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة، لا زال كامناً فيه، مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال، إلى أن تنقض المحكمة بقضاء جازم لا رجعة فيه هذا الافتراض على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها<sup>(٢)</sup>.

وأياً ما كان الأمر، فإن مؤدى افتراض أو قرينة البراءة أن يعامل المتهم مهما كانت جسامة الجريمة التي تنسب إليه على أنه بريء حتى تثبت إدانته من خلال محاكمة قضائية وفقاً للضمانات التي يقرها القانون.

(١) د. عبد المنعم سالم الشيباني: الحماية للحق في أصل البراءة، دراسة مقارنة، ط ١ القاهرة، دار النهضة العربية، ١٤٢٧هـ، ص ٤٢.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا بالجلسة العلنية المتعددة يوم الأحد، السابع من إبريل سنة ٢٠١٣م، الموافق السادس والعشرين من جماد الأول سنة ١٤٣٤، في القضية رقم ٢٠٠ لسنة ٢٧ قضائية "دستورية". وأنظر أيضاً: د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط ٢، القاهرة، دار الشروق، ٢٠٠٠، ص ٥٩٩.

وقد أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ البراءة حيث لا يعاقب شخص على جرم إلا بعد ثبوت ارتكابه له لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِحُّوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِينَ) (١)، وقوله تعالى أيضاً: (وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا) (٢)، ومن ذلك قوله تعالى حول وجوب إثبات الزنا بأربعة شهود: ١ والذين يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلُدُوهُمُ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (٣).

كما ورد بالحديث النبوي الشريف "ادروا الحدود عن المسلمين كما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله، فإن الإمام للذي يخطفه في العفو، خير من أن يخطفه في العقوبة" (٤). كما ورد عن النبي الكريم صلى الله عليه وسلم في السياق نفسه ما يؤكده تشدد الشريعة الإسلامية في الإثبات حيث إن الأضمار في الإنسان البراءة، وذلك في قوله صلى الله عليه وسلم "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" (٥). وقد علق ابن حزم الظاهري على هذا الحديث، كما سبق ذكره، قائلاً: "لو أعطي كل امرئ بدعواه ما ثبت حق ولا باطل، ولا استقر ملك أحد على أحد" (٦).

(١) سورة الحجرات الآية ٥٦.

(٢) سورة النجم الآية ٢٨.

(٣) سورة النور الآية ٤.

(٤) أخرجه البيهقي عن عمر، وعقبة بن عامر ومعاذ بن نجيل موقوفاً: الترمذي، كتاب الحدود، ص ١٤٢٤؛ عبد الله بن محمد بن أبي شيبه: أحاديث الأحكام، دار الفكر، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، كتاب الحدود، الجزء السادس، (71) 4020 في درء الحدود بالشبهات.

(٥) الترمذي: سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ٣/٣٦٦، وقال الألباني حديث حسن.

(٦) ابن حزم: علي بن محمد الأندلسي، الإحكام في أصول الأحكام، القاهرة: دار الحديث، ط ٢ - ١٩٩٢، ١/١٢٢.

ولقد كرست المواثيق الدولية افتراض أو قرينة البراءة، فقد نصت المادة ١/١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ على أن "كل شخص متهم بجرمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً وفق محكمة عادلة تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه"<sup>(١)</sup>. كما نصت على ذلك أيضاً المادة ٢/١٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي دخل حيز التنفيذ في ٢٣ مارس ١٩٧٦ بقولها "من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئاً إلى أن يثبت عليه الجرم قانوناً"<sup>(٢)</sup>. كما نصت المادة ٢/٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أن "كل شخص يتهم في جريمة يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته طبقاً للقانون"<sup>(٣)</sup>. كما تأكدت قرينة البراءة في المؤتمر الثاني عشر لقانون العقوبات الذي عقد في هامبورغ سنة ١٩٧٩ باعتبارها مبدأ أساسياً في العدالة الجنائية. كما أكد مشروع حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي الذي وضعه الخبراء العرب في شهر ديسمبر ١٩٨٥ قرينة البراءة حيث نصت المادة ٢/٥ من ذلك المشروع على أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي صادر من محكمة مختصة"<sup>(٤)</sup>.

وافترض البراءة مبدأ دستوري كرسته أغلبية الدساتير. ويرى شراح القانون أن الشرعية الدستورية في القانون الجنائي والتي مفادها أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني تفترض حتماً قاعدة أخرى هي افتراض البراءة في جانب المتهم حتى يثبت جرمه وفقاً للقانون<sup>(٥)</sup>. كما نص

---

(١) أنظر نصوص هذه الاتفاقية على الموقع <http://www.un.org/ar/documents/udhr/>

(٢) أنظر نصوص هذه الاتفاقية على الموقع <http://www1.umn.edu/humanrts/arab/b003.html>

(٣) أنظر نصوص هذه الاتفاقية على الموقع <http://www1.umn.edu/humanrts/arab/euhrcom.html>.

(٤) د. أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

(٥) د. أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص ٢٧٦.

الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ في الباب الرابع المخصص لسيادة القانون في المادة ٩٦ منه على أن " المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه". وهذا ما أكدته المشرع الفرنسي في القانون رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٠ عندما نص على أنه "تفترض براءة كل مشتبه فيه أو متهم طالما لم تثبت إدانته" (١)، ويستفاد من هذا النص أن المشرع الفرنسي جعل قرينة البراءة تشمل المشتبه فيه (٢) والمتهم، وذلك تكريسا للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (٣).

(1) PANSSIER Frédéric- Jérôme et CHARBONNEAU Cyrille, Commentaire article par article de la loi sur Présomption d'innocence, Petites Affiches 2000- n° 129, p3; SUDDRE Frédéric, droits de l'homme - droit de la convention européenne des droits de l'homme J.C.P la semaine juridique, édition générale, 2001, p 1.

(٢) تنص المادة ٩١ من قانون رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٠، تنص على أنه « لكل إنسان الحق في احترام قرينة البراءة وإذا عرض الشخص على الجمهور، قبل أن يصدر حكم بإدانته، بحيث يظهر كما لو كان قد ارتكب الأفعال محل الاستدلالات أو التحقيقات القضائية كان للقاضي أن يأمر ولو بصورة مستعجلة، ودون الإخلال بالحق في التعويض عن الأضرار، باتخاذ الإجراءات لوضع حد لاعتداء على قرينة البراءة كنشر تصحيح أو إصدار بيان، وذلك على حساب الشخص الطبيعي أو المعنوي المسئول عن هذا الاعتداء، « . وقد جري نص هذه المادة على النحو التالي:

«Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte» . Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF n° 0138 du 16 juin 2000 page 9038.

(3) LAZERGES Christin, Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et droit des victimes, Rve- SC. Crim- 2001-N°1, p 23.

وقد قررت محكمة النقض المصرية هذا الأصل العام بقولها " إن أصل البراءة يعتبر قاعدة أساسية في النظام الاتهامي" (١)، وقولها " لا 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" (٢)، كما أكدت هذا الأصل المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها "أصل البراءة يمتد إلى كل فرد مشتبه فيه أو متهم، باعتباره قاعدة أساسية، ....، وكذلك يمثل افتراض المبدأ إطلاقاً أصلاً ثابتاً، ...، وينسحب إلى الدعوى الجنائية في جميع مراحلها وعلى امتداد إجراءاتها" (٣) كما قررت أن «الاتهام الجنائي لا يزحزج أصل البراءة الذي يلزم الفرد دوماً ولا يزياله سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة أو أثناءها» (٤)، كما أكدت هذا المبدأ المحكمة الدستورية العليا في مصر حين قضت بعدم دستورية القوانين التي تصدر بالمخالفة لهذا الأصل (٥).

(١) الطعن رقم 3654 لسنة 80 ق بتاريخ ٢٠١٢/١/٥؛ الطعن رقم

3815 لسنة 80 ق بتاريخ ٢٠١١/٤/١١.

(٢) نقض ٢٨ أبريل ٢٠٠٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٥٥، رقم ٦١، ص ٤٥٤.

(٣) دستورية عليا ١٩٩٢/٢/٢، قضية رقم ١٣ لسنة ١٢ ق دستورية - المحكمة الدستورية العليا - الجزء الخامس، المجلد الأول، من أول يونيو سنة ١٩٩١ إلى آخر يونيو ١٩٩٢، رقم ١٢، ص ١٦٦، وكذلك دستورية عليا ٢٠/٥/١٩٩٥، قضية رقم ٣١ لسنة ١٦ ق. دستورية عليا - المحكمة الدستورية العليا - الجزء السادس من أول يونيو ١٩٩٣ إلى آخر يونيو ١٩٩٥، رقم ٤٤، ص ٧١٧ وما بعدها.

(٤) دستورية عليا ٢٠/٥/١٩٩٥ قضية رقم ٥ لسنة ١٥ ق. دستورية، المحكمة الدستورية العليا، الجزء السادس من يونيو ١٩٩٣ إلى يونيو ١٩٩٥، رقم ٤٣، ص ٦٨٩.

(٥) دستورية عليا ١٦ / ١١ / ١٩٩٦ قضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية، القاعدة رقم ٩، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن، ص ١٤٢. والحكم ١٩٩٦/١١/٥ القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية دستورية، =

ويترتب على قرينة البراءة تبيحان هامتان: الأولى: لا يلتزم الشخص الموجه إليه الاتهام بإثبات براءته حيث لا يتحمل هو عب إثبات خلاف الأصل الثابت في حقه وهو البراءة وذلك دون أن يفسر ذلك ضده أو يضار بسببه<sup>(١)</sup>، فالمتهم يحق له أن يتخذ موقفاً سلبياً بحثاً فيما يخص الإثبات وله أن ينازع، باعتبار حق الدفاع المقرر له، في كل ما يمكن أن يؤدي إلى إدانته. الثانية: الشخص الموجه إليه الاتهام يستفيد من الشك في أدلة الإثبات، وذلك وفقاً لقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المتهم « in dubio pro reo »، والتي توجب توجيه الدليل المشكوك في صحة نسبة عناصره إلى المتهم إلى وجهة عدم إدانته، وبالتالي يجب تبرئته<sup>(٢)</sup>.

وقاعدة الأصل في الإنسان البراءة، لا تتعارض مع قاعدة الأصل في الأفعال الإباحة، فالأصلان متلازمان ومتكاملان، ولكل منهما مجاله القانوني<sup>(٣)</sup>، فقاعدة الأصل في الأفعال الإباحة قاعدة موضوعية تحمي الأفراد من خطر التجريم والعقاب بغير نص قانوني، أما قاعدة الأصل في الإنسان البراءة، فهي قاعدة إجرائية تحمي حريات الأفراد من مواجهة وتعسف السلطة، كما أنها تمثل ضمانات لاحترام حقوق الإنسان

=القاعدة رقم ٨، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن، ص ١٢٤.

(1) GRIERE DE L'ISLE, G. et COGNIART, P., Procédure pénal, tome II, Paris, Armand colin, 1972, p.15.

(2) GRIERE DE L'ISLE, G. et COGNIART, P., procédure pénal, op. cit. p.15 ;

د. مبروك نصر الدين: عبء الإثبات في المسائل الجنائية، المرجع السابق، ص ٨٠؛ د. أحمد حامد البدري: الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة الجنائية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٥٧ - ١٥٨.

(٣) د. أحمد فتحي نهرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ١٩٩٣، المرجع السابق، ص ٨١.

وحريته، ومعاملته على أنه إنسان برئ في جميع مراحل الدعوى، بدءاً من مرحلة الاستدلال حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات<sup>(١)</sup>.

**رابعاً: الشك يفسر لمصلحة المتهم** Le doute profite à l'accusé :

إذا لم يطمئن القاضي لثبوت التهمة، أو لثبوت نسبتها إلى المتهم، أو إذا لم تكن الأدلة المقدمة غير كافية، ففي هذه الحالة يجب على القاضي الجنائي أن يصدر حكمه بالبراءة، وهو ما يعبر عنه بمبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم<sup>(٢)</sup>، فقرينة البراءة تعني افتراض براءة كل شخص مهما كان وزن أو قوة الأدلة أو حتى قوة الشكوك التي تحيط به، فالبراءة قد تقوم على الشك، كما ذهب إلى ذلك محكمة النقض المصرية بقولها "يكفي أن يتشكك القاضي في صحة إسناد التهمة إلى المتهم لكي يقضي ببراءته"<sup>(٣)</sup> في حين أن الحكم بالإدانة يجب أن تقوم على الجزم واليقين<sup>(٤)</sup>.

**خامساً: إلقاء عبء الإثبات على سلطة الاتهام** Charge de la preuve à l'accusation :

إذا كان الأصل هو أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، وهذا باعتبار ما تقوم عليه الشواهد وأنه الأصل في الإنسان، وهذا الأصل من الممكن

(١) د. أحمد إدريس أحمد، افتراض براءة المتهم، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها؛ د. أسامة عبد الله قايد: حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(٢) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ١٩٩٣، المرجع السابق، ص ٢٧١.

(٣) الطعن رقم 66149 لسنة 75 ق بتاريخ ٤/٤/٢٠٠٦؛ نقض ١٩ أبريل ٢٠٠١، مجموعة أحكام النقض س ٥٢، ص ٤٣١؛ نقض ٨ نوفمبر ٢٠٠٠، مجموعة أحكام النقض س ٥١، رقم ١٣٧، ص ٦٨٦؛ نقض ٢٥ مايو ١٩٩٩، مجموعة أحكام النقض س ٥٠، رقم ١، ص ٣٣٢؛ نقض ٣١ يناير ١٩٥٦، مجموعة أحكام النقض س ٧، رقم ٤١، ص ١٢.

(٤) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٧، المرجع السابق، ص ٤٢٢؛ د. محمد محيي الدين عوض: الحق في العدالة الجنائية، بحث من مجموعة بحوث أعمال الندوة العلمية، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون الوضعي، ط ١ (الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م) ٤٩٤/٢.



أن ينقض بأدلة تثبت خلاف ذلك ، فإن من يدعي خلاف ما قامت عليه الشواهد عليه إثبات ما يدعي<sup>(١)</sup> ، وحيث إن سلطة الاتهام هي النيابة العامة (أو الادعاء العام في غيرها من التشريعات) باعتبارها السلطة التي تملك حق إقامة الدعوى العمومية ومباشرتها ، وهي التي تدعي خلاف ما تقوم عليه الشواهد باتهام شخص ما بارتكاب جريمة ، فعليها يقع عبء الإثبات ، حيث يقع عليها إثبات عناصر الجريمة بجميع أركانها ما لم يشترط القانون خلاف ذلك .

ومبدأ إلقاء عبء الإثبات على سلطة الاتهام يحكمه ثلاث مبادئ رئيسية ، بحسب كل من MERLE et VITU<sup>(٢)</sup> : الأول : أن من يطلب ، في الدعوى الجنائية ، التحقق من قيام الجريمة ومساهمة المتهم فيها وتوقيع العقوبة عليه هو من يتحمل عبء الإثبات وذلك بحسب قاعدة البينة على من ادعى « Actori incumbit probatio » . الثاني : أن المتهم يحق له ، أن يستدعي أي وسيلة دفاع ، كسبب إباحة أو مانع مسئولية ، وذلك لإبعاد المسئولية الجنائية عن كاهله ، وفي هذه الحالة يصير مدعياً بدلاً من كونه مدعى عليه ويقع عليه بحسب التعبير اللاتيني عبء إثبات إدعائه بالدفع<sup>(٣)</sup> Reus excipiendo fit actor<sup>(٤)</sup> ويقع على

(١) د. عبد الحميد الشواربي : الإثبات الجنائي في ضوء الفقه والقضاء ، النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ١٩٩٦ ، ص ٤٠ .

(2) MERLE ,B. et VITU ,A., traité de loi criminel T.II, procédure pénale, 4è éd. Paris ,Cujas, 1989, p 154.

(٣) د. محمود نجيب حسني : شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٧ ، المرجع السابق ، ص ٤١٩ .

(٤) Reus excipiendo fit actor تعبير لاتيني يعني أن من يدفع بشيء في الدعوى يصير استثناءً كمن يدعي بشيء فيها وبالتالي يقع عليه عبء إثبات إدعائه بالدفع . وبالتالي فلو دفع المتهم بتوافر سبب إباحة أو مانع مسئولية في حقه وجب عليه إثبات هذا الدفع باعتباره مدعياً وذلك وفقاً لقاعدة البينة على من ادعى Actori incumbit probatio . أنظر في ذلك :

LINGIBÉ Patrick, Lexique juridique, expression

Reus excipiendo fit actor. على الموقع

<http://www.avocat-lingibe.com/lexique-juridique-avocat-guyanne/lexique-avocat-cayenne.php#top>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الثاني ١٢٠١٧ المجلد الثالث (١٢١٧)

سلطة الاتهام إثبات انتفاء دفعه كإثبات انتفاء أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية. الثالث: وهو مبدأ أن الشك يفسر لمصلحة المتهم «in dubio pro reo»، ذلك المبدأ الذي يوجب، أن يستفيد المتهم من الدليل المشكوك في صحته بحيث يجب توجيهه إلى عدم إدانته، حتى يثبت العكس بالدليل القاطع غير المشكوك فيه.

على أن تحميل النيابة العامة عبء إثبات التهمة، لا يعني أن مهمتها مقصورة على إثبات التهمة فقط؛ لأن وظيفتها هي إثبات الحقيقة بجميع صورها، وعلى المحكمة أيضاً أن تبحث بنفسها، من خلال إجراءات المحاكمة، عن هذه الحقيقة، دون أن تحمل المتهم عبء إثبات البراءة، فهذه البراءة أمر مفترض، ولا يلزم بإثباتها أمام المحكمة، وكل ما هو جدير بالبحث هو التحقق مما إذا كانت هناك أدلة كافية يمكنها أن تدحض هذا الأصل أم لا، فإذا توافرت أدلة تفيد صحة الاتهام، كان من حق المتهم تقديم ما لديه من أدلة لدحض ما توافر ضده، أما إذا خلت الدعوى من دليل قاطع على صحة الاتهام، فلا يلزم المتهم بتقديم أي دليل على براءته؛ لأن الأصل فيه هو البراءة.

ويلاحظ أن عدم التزام المتهم بإثبات براءته، لا يحول دون تقدمه طواعية واختياراً بالاعتراف بالتهمة أمام المحكمة، فإذا أقدم المتهم على ذلك بالفعل، جاز للمحكمة أن تحكم بموجبه، ولا يسقط اعتراف المتهم قرينة البراءة، فلا زالت أمام المتهم فرصة العدول عن هذا الاعتراف، دون أن يلتزم بإثبات براءته بالدليل، وذلك كله مع عدم الإخلال بحق المحكمة في تقدير الاعتراف الذي تم العدول عنه<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أخيراً، أن بعض الاستثناءات المحدودة ترد على القاعدة العامة في تحمل سلطة الاتهام عبء الإثبات، وهذه الاستثناءات قد يكون

(١) د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص ١٩٣ وما بعدها؛ د. فؤاد عبد المنعم أحمد: نقل عبء الإثبات في جرائم غسل الأموال في الشريعة والقانون، مقال على الانترنت على الرابط: <http://www.alukah.net/sharia/0/29970/#ixzz32vaButld>

مصدرها نصوص قانونية خاصة، وقد يكون مصدر هذه الاستثناءات هو القضاء المستقر. فبعض نصوص القانون تنشئ قرائن قانونية بسيطة، يتم بموجبها افتراض توافر أحد أركان الجريمة، وبالتالي تعفى النيابة العامة من عبء إثباته، ويتحمل المتهم عبء إثبات انتفاء هذا الركن، سواء كان هو الركن المادي أو الركن المعنوي، كما هو الحال بتحمل المتهم عبء إثبات حسن نيته ومصدر المواد محل الجريمة في جرائم الغش والفساد، وكإعطاء بعض المحاضر حجية خاصة في الإثبات. كما قد ينشئ القضاء المستقر، قرائن " قضائية " تحول القاضي افتراض القصد الجنائي لدى المتهم في بعض الأحوال كما هو الحال فيما يتعلق بافتراض علم الشريك في الزنا بزواج من يزني بها، وافتراض على المتهم في جريمة هتك العرض بدون قوة أو تهديد بحقيقة سن المجني عليه وأنه دون الثامنة عشرة، أو استنتاج واقعة مجهولة من واقعة معلومة؛ مما يعني إعفاء سلطة الاتهام من عبء إثباتها، كاستنتاج اشتراك أشخاص في جريمة سرقة من وجودهم مع من يحمل المسروقات ودخولهم معه منزلاً واختفائهم فيه<sup>(١)</sup>.

**سادساً: الاقتناع الشخصي للقاضي Intime conviction du juge :**

يعتبر مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع أحد المبادئ المستقرة في التشريعات الإجرائية الحديثة. وقد عرفه الدكتور محمود محمود مصطفى بأنه "التقدير الحر المسبب لعناصر الإثبات في الدعوى، وهو البديل عن نظام الأدلة القانونية"<sup>(٢)</sup>. فالاقتناع القضائي حالة ذهنية أو نفسية تساعد القاضي في الوصول باقتناعه إلى اليقين بحقيقة واقعة لم تحدث تحت بصره. فإذا ما توصل القاضي إلى هذه الحالة الذهنية واستجمع فيها كافة عناصر وملامح الحقيقة، واستقرت هذه العناصر والملاح في وجدانه وارتاح ضميره لها، فهنا يمكننا

(١) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٧، المرجع السابق، ص ٤٢٠ وما بعدها.

(٢) د. محمود محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٣٠.

جريدة المحقق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧، المجلد الثالث (١٢١٩)

القول أن القاضي وصل إلى حالة الاقتناع<sup>(١)</sup>، فالاقتناع بهذه الطريقة يعبر عن ذاتية وشخصية القاضي<sup>(٢)</sup>. وقد نصت المادة ٣٠٢ إجراءات جنائية على هذا المبدأ بقولها "يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته". ومبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع أصبح سائداً في الشرائع الحديثة كلها. وهو يقابل نظام الأدلة القانونية الذي كان سائداً في العالم في العصور الوسطى والقديمة. ويتجلى مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي من ناحيتين: الأولى: حرية القاضي الجنائي في أن يستمد قناعته من أي دليل يطمئن إليه، دون أن يتقيد في تكوين قناعته بدليل معين. الثانية: حرية القاضي الجنائي في تقدير الأدلة المطروحة عليه، دون أن يكون ملزماً بإصدار حكم بالإدانة أو بالبراءة لتوافر دليل معين طالما أنه لم يقتنع به، فله أن يأخذ بالدليل الذي يطمئن إليه ويستبعد الدليل الذي لا يطمئن إليه. ذلك أن دور القاضي الجنائي ليس دوراً سلبياً كدور القاضي المدني الذي يقتصر دوره على الموازنة بين الأدلة التي يقدمها له الخصوم في الدعوى ثم الترجيح بينها، بل إن دوره إيجابي، فمن حقه بل من واجبه أن يتحرى الحقيقة، وذلك بكافة الطرق، ثم يقتنع بمتنتهى الحرية، ولا وجود لأدلة مفروضة عليه<sup>(٣)</sup>.

ولقد ساعد في انتشار هذا النظام المبني على حرية القاضي في تكوين عقيدته ظهور الأدلة العلمية وتقدمها، مثل تلك الأدلة المستمدة من الطبي الشرعي والتحليل وتحقيق الشخصية ومضاهاة الخطوط وغيرها، وهي لا تقبل

(١) د. كمال عبد الواحد الجوهري: تأسيس الاقتناع القضائي والمحكمة الجنائية العادلة، دار محمود للنشر، ١٩٩٩، ص 14.

(1) LARGUIER Jean, Procédure pénale, 16ème édition, Dalloz, Paris, 1997, p 210.

(٣) م. مصطفى مجدي هرجه: الإثبات في المواد الجنائية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1992 ص ٥٤؛ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٧، المرجع السابق، ص ٤١٢؛

PRADEL, Procédure pénale, op. cit., p. 391 ;  
M.L.RASSAT, procédure pénale, op. cit., p.392.

بطبيعتها إخضاع القاضي لأي قيود بشأنها ، بل ينبغي أن يترك الأمر في تقديرها لمحض اقتناعه. ولقد عبرت محكمة النقض لهذه القاعدة الأساسية في الشرائع الحديثة ، ألا وهي قاعدة حرية القاضي في تكوين اقتناعه بمثل قولها : " إن أساس الأحكام الجنائية إنما هو حرية قاضي الموضوع في تقدير الأدلة القائمة في الدعوى فما دام يبين من حكمه أنه لم يقض بالبراءة إلا بعد أن ألم بتلك الأدلة ووزنها فلم يقتنع وجدانه بصحتها فلا يجوز مصادرته في اعتقاده ، ولا المجادلة في حكمه أمام محكمة النقض ، كما أنه لا يحكم بالإدانة إلا إذا أطمأن ضميره إليها ، بشرط أن يكون الاطمئنان مستمداً من أدلة قائمة في الدعوى يصح في العقل أن تؤدي إلى ما اقتنع به القاضي وما دام الأمر كذلك فلا تجوز المجادلة في حكمه أمام محكمة النقض. وقد صاغت محكمة النقض المصرية مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي بقولها " إن القانون قد أمد القاضي في المسائل الجنائية بسلطة واسعة وحرية كاملة في سبيل تقصي ثبوت الجرائم أو عدم ثبوتها والوقوف على حقيقة علاقة المتهمين ومقدار اتصالهم بها ففتح له باب الإثبات على مصراعيه يختار من كل طريقة ما يراه موصلاً إلى الكشف عن الحقيقة ويزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر مع حرية مطلقة في تقدير ما يعرض عليه ووزن قوته التدليلية في كل حالة حسبما يستفاد من وقائع كل أدلة وظروفها بغية الحقيقة ينشدها أن وجدها ومن أي سبيل يجده مؤدياً إليها ، ولا رقيب عليه في ذلك غير ضميره وحده ، هذا هو الأصل الذي أقام عليه القانون الجنائي قواعد الإثبات لتكون موائمة لما تستلزمه طبيعة الأفعال الجنائية وتقتضيه مصلحة الجماعة من وجوب معاينة كل جان وتبرئة كل بريء (١).

(١) نقض ٢ فبراير ٢٠٠٠ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ٥١ ، رقم ١٩ ، ص ١١٠ ؛ نقض ٢ نوفمبر ١٩٨٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ٤٠ ، رقم ١٣٨ ، ص ٨١٩ ؛ نقض ١٥ فبراير ١٩٨٤ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ٣٥ ، رقم ٣١ ، ص ١٣٥ ؛ نقض ٢٠ يناير ١٩٦٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ٢٠ ، رقم ٣٥ ، ص ١٦٤ ؛ نقض ٢٠ يناير ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ١٨ ، رقم ٢٤ ، ص ١٢٨ ؛ نقض ٢٠ يناير ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ١٦ ، رقم ٢١ ، ص ٨٧ .

إلا أن حرية القاضي الجنائي ليست مطلقة من كل قيد، فهي لا تعني أبداً التحكم القضائي، فافتناع القاضي يجب أن يخضع دائماً للعقل والمنطق، وليس لمحض العاطفة أو الهوى، باعتباره عملاً ذهنياً أو عقلياً يقوم به القاضي وفقاً لقواعد المنطق والعقل<sup>(١)</sup>. وتجنباً لمظنة التحكم القضائي ودفعاً للهوى والشطط عن الأحكام الجنائية أحاط المشرع مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته بالعديد من الضمانات، التي أوجب على القاضي أن تكون الأحكام الصادرة منه في إطارها. ومن أهم الضمانات: أن يكون الحكم مسبباً، وأن يقوم على أدلة طرحت في الجلسة، وأن تكون هذه الأدلة مطابقة للقانون، وألا تكون الأدلة متناقضة أو تفتقر إلى المنطق السليم<sup>(٢)</sup>. ونظراً لأن مبدأ حرية الاقتناع بالنسبة للقاضي الجنائي تعد فرعاً من مبدأ حرية الإثبات بصفة عامة فإن الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الاقتناع بالنسبة للقاضي الجنائي هي ذات الاستثناءات التي ترد على مبدأ حرية الإثبات بصفة عامة وهي الاستثناءات الخاصة بالحجية الخاصة لمحاضر الجلسات والمخالفات، وإثبات جريمة الزنا، والأدلة في المسائل غير الجنائية، فنحيل إليها لعدم التكرار.

وبعد الانتهاء من هذا الفصل التمهيدي الذي نرجو من الله العلي القدير أن نكون وفقنا في عرضه في صورة تامة وكاملة وبطريقة سهلة وميسرة على كل قارئ، ننتقل الآن إلى عرض الباب الأول من هذا البحث الخاص بمفهوم الوسائل العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي. والذي سنقسمه إلى فصلين على النحو التالي: الفصل الأول: مفهوم الوسائل العلمية الحديثة. الفصل الثاني: دور الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي.

(١) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٧، المرجع السابق، ص ٤١٤.

(٢) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٧، المرجع السابق، ص ٤٢٦ وما بعدها؛ د. رءوف عبيد: ضوابط تسيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، الطبعة الثالثة، دار الجيل للطباعة، 1986، ص ٥٠٠ وما بعدها.

## الباب الأول

### مفهوم الوسائل العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي

تلعب الوسائل العلمية الحديثة دوراً بارزاً في الإثبات الجنائي، فالإثبات الجنائي لم يعد قاصراً على مجرد الاعتماد على الأدلة التقليدية كاعتراف المتهم وشهادة الشهود، بل امتد إلى كل ما يفيد إلى الكشف عن الحقيقة، أو الملامح الشخصية للمجرم، من خلال اللجوء إلى العديد من الوسائل العلمية الحديثة، سواء في مجال الطب، أو العلوم البيولوجية، أو مجال التكنولوجيا، وكذلك الحال بالنسبة للعلوم المساندة لعلم الإجرام.

وكما سبق لنا القول، فإن الأدلة المستمدة من بعض الوسائل العلمية الحديثة تعد بمثابة ثورة علمية وبيولوجية حقيقية، في مجال الإثبات الجنائي، كما هو الحال بالنسبة للأدلة المستمدة من البصمة الوراثية من خلال تحليل الحمض النووي DNA للإنسان، والتعرف على شخصية المجرم وتحديد هويته من خلال تقنيات معينة. هذا بالإضافة إلى العديد من الأدلة العلمية التي كانت مستحدثة فعلاً وطراً عليها العديد من التطورات في مجال الإثبات الجنائي كالتعرف على الجاني من خلال التحاليل العلمية المختلفة؛ كفحص إفرازات الجسم، وتحليل الدم والوسائل النووي في جرائم معينة، وبصمة الصوت، والطيف الحراري. كما أصبح الكمبيوتر من الوسائل الحديثة والهامة في مجال مكافحة الجريمة بالنسبة لعمليات المضاهاة والتعرف والمقارنة والتتبع، واكتشاف التزوير والتقليد، إلى غير ذلك من العمليات الدقيقة والمعقدة التي يمكن أن يقوم بها الحاسب الآلي والتي يمكن الاستعانة بها في مجال الإثبات الجنائي<sup>(١)</sup>. كما أن من وسائل الإثبات العلمية الحديثة: علم البصمات، علم التحليل الكيميائي، علم الطب الشرعي، وأجهزة التسجيل الصوتي، وغيرها، على ما سنوضحه في حينه.

- (1) DEJARDIN (Denis). L'influence des nouvelles technologies sur le droit de la preuve, mémoire de D.E.A., Droit privé général et européen, Limoges, 2002, dact., 107.

وانطلاقاً من هذه المقدمة سنتحدث في هذا الباب عن الوسائل العلمية الحديثة في مجال الإثبات الجنائي؛ من حيث مفهومها، ودورها في الإثبات الجنائي، وذلك في فصلين متتاليين، على النحو التالي.

### الفصل الأول

#### مفهوم الوسائل العلمية الحديثة

لبيان مفهوم الوسائل العلمية الحديثة علينا التطرق لنقاط ثلاث؛ الأولى: تحديد المقصود بالمصطلح العلمي "الوسائل العلمية الحديثة"، الثانية: التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة وغيرها من وسائل الإثبات، والثالثة والأخيرة: التقسيمات الخاصة بالوسائل العلمية الحديثة وطبيعتها القانونية. وذلك في ثلاثة مباحث متتالية، على النحو التالي.

### المبحث الأول

#### تحديد المقصود بـ "الوسائل العلمية الحديثة"

كلما تعددت وتطورت وسائل وأساليب ارتكاب الجريمة وإخفاء معالمها، كلما تعددت وتطورت وسائل الكشف عنها، والبحث عن حقيقتها، وتعقب مرتكبيها. فعندما كانت الجريمة ترتكب ويتم إخفاء معالمها بوسائل تقليدية، كانت أساليب الكشف عنها وتعقب مرتكبيها تقليدية، وعندما استفاد مرتكبي الجرائم من الوسائل الحديثة التي كشف عنها التقدم العلمي في ارتكاب الجرائم وإخفاء معالمها، استتبع ذلك تطوراً موازياً في أساليب الكشف عنها وتعقب مرتكبيها.

وعلى ذلك فالإثبات الجنائي كفزع من فروع الإثبات طرأت عليه تطورات كبيرة بفضل الطفرة العلمية الهائلة في وسائل الإثبات والتي لم تكن معروفة من قبل. وهذه الطفرة قامت على نظريات وأصول علمية دقيقة قامت على المنهج أو الأسلوب العلمي في الإثبات واستطاعت أن تزود القاضي الجنائي بأدلة قاطعة وحاسمة تربط أو تنفي العلاقة بين المتهم والجريمة، وأصبح القضاء بالتالي يعول عليها كأدلة فنية يؤسس عليها الأحكام بالإدانة أو البراءة.



ويقصد بالأسلوب العلمي<sup>(١)</sup> الذي هو أساس الوسائل العلمية الحديثة، مجموعة القوانين أو القواعد التوجيهية التي يتم الاسترشاد بها في عملية إنتاج المعرفة العلمية، والتي تمثل الملاحظات والخبرات والحجج، والحسابات النظرية. وفي كثير من الأحيان، فإن مصطلح "الأسلوب" ينطوي على فكرة ضمنية، سواء بين عامة الناس أو بعض الباحثين، تعني الافتراض والاستنتاج فقط، في حين أنه يشمل أيضاً الممارسات العملية والتطبيقية التي يقوم بها الباحثين، مما يكشف عن التنوع الكبير في الأساليب والمناهج العلمية التي يمكن إجراؤها على فكرة واحدة أو إشكالية علمية<sup>(٢)</sup>.

وفي مجال العلوم الاجتماعية يوجد نوعين من الأساليب العلمية المستخدمة في التحليل والاستنتاج: الأساليب النوعية *Les méthodes qualitatives*، والأساليب الكمية *les méthodes quantitatives*، وهذه الأساليب أو الطرق يمكن أن تستخدم مجتمعة ومتكاملة ويمكن أن تستخدم كل منها بشكل مستقل عن الأخرى. ووفقاً *Gilles Gaston Granger* في كتابه "النماذج النوعية والنماذج الكمية في المعرفة العلمية" فإن الطرق النوعية، ساهمت إلى حد كبير، في العلم الحديث، في تحليل النماذج التي يمكن ملاحظتها<sup>(٣)</sup>.

- (1) Sur Les méthode scientifique, Voir : NICOLLE Jean-Marie, Histoire des méthodes scientifiques, du théorème de Thalès au clonage, Bréal, 2006 ; RAMUNNI Girolamo, Les lieux des erreurs scientifiques, Le cavalier Bleu, 2012 ; GINGRAS Yves , Les dérives de l'évaluation de la recherche, Raisons d'agir, 2014.
- (2) Wikipedia. Fr, expression méthode scientifique, Dernière modification de page le 23 avril 2014 sur le site Internet : [http://fr.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9thode\\_scientifique](http://fr.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9thode_scientifique).
- (3) GRANGER Gilles Gaston, Sociologie et sociétés, 1982, vol. 14, p. 7-13.

ويقصد بالوسائل العلمية الحديثة في المجال الجنائي، الأساليب العلمية والفنية التي كشف عنها العلم الحديث في مجال إثبات الجريمة ونسبتها إلى مرتكبها أو تبرئته من التهمة المنسوبة إليه<sup>(١)</sup> واستنادا إليها يمارس الخبير دورا رئيسيا.

وقد أثرت العلوم الحديثة في المجال الجنائي في ظهور العديد من الأساليب الحديثة بالنسبة لارتكاب الجرائم وكذلك بالنسبة للإثبات الجنائي الخاص بها، وذلك نظراً لظهور مجالات متعددة من التكنولوجيا الحديثة التي استخدمت في ارتكاب الجرائم مما أدى إلى ضرورة مواجعتها بأساليب تكنولوجية حديثة لاكتشافها وتعقب مرتكبيها. ومن هذه المجالات الحديثة نجد مثلاً مجال الأساليب الطبية الحديثة، كالهندسة الوراثية باختلاف فروعها، والتحاليل الطبية والكيميائية، والتلقيح الصناعي وزرع ونقل الأعضاء البشرية<sup>(٢)</sup>، وكذلك مجال الحاسب الآلي وتكنولوجيا المعلومات والالكترونيات، وكذلك الحال بالنسبة لمجال الأسلحة باختلاف أنواعها، النووية والجراثومية والبيولوجية والكيميائية، وغير ذلك مما قد يستجد على البشرية.

فعلى الرغم من كون هذه المجالات إنما وجدت لتقدم البشرية وخيرها وإيجاد حلول للعديد من المشكلات البشرية والإنسانية المعقدة، إلا أنها أدت لظهور العديد من الجرائم الجديدة. فمثلاً نجد أن التقدم في مجال الأساليب الطبية الحديثة، أدى إلى ظهور العديد من الجرائم الحديثة

---

(١) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد: الحماية القانونية للجين البشري، الاستنساخ وتدابيراته، دار النهضة العربية ١٩٩٨، ص ٤٢.

(٢) أنظر في ذلك بصفة عامة: د. أحمد شوقي أبو خطوة: القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥؛ د. محمود أحمد طه: المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، طبعة خاصة لطلبة كلية الدراسات العليا جامعة طنطا، ٢٠٠١؛ د. أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

التي اعتمدت على هذه الأساليب، كخطف الأطفال وسرقة الأعضاء البشرية والاتجار بها<sup>(١)</sup> باعتبارهم قطع غيار بشرية، وكجرائم التلقيح الصناعي من التلقيح بمنى غير الزوج وتأجير الأرحام والأم البديلة، والتلقيح المضاف لما بعد الموت<sup>(٢)</sup>، وإجراء التجارب المحرمة قانوناً<sup>(٣)</sup>. وكذلك الحال بالنسبة للحاسب الآلي ونظم المعلومات والاتصال الحديثة حيث أدى التقدم العلمي في هذا المجال إلى ظهور جرائم سرقة المعلومات وإتلافها<sup>(٤)</sup> والسرقة والنصب وغسل الأموال عبر الانترنت، والاعتداء على حرمة وخصوصية الإنسان من خلال وسائل الاتصال والأجهزة الالكترونية الحديثة الخاصة بالصوت والصورة عامة<sup>(٥)</sup>. كما أدت مواقع التواصل الاجتماعي المنتشرة على شبكة الانترنت إلى ظهور العديد من

(١) أنظر في ذلك: د. أكرم عبد الرزاق جاسم المشهداني: جرائم الاتجار بالبشر.. نظرة في أبعادها القانونية والاجتماعية والاقتصادية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2014.

(2) mohamed bakry yousef, La procréation artificielle : limites morales et juridiques, et responsabilité médicale, « Étude comparée entre les lois : française, égyptienne et islamique, Thèse, Université Paris 12, 2004.

(٣) أنظر في ذلك: د. محمد عيد الغريب: التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ١٩٨٩.

(4) BOWKE Arthur L. DRINKARDE Leonard N., Downloading and Using computer Software an Investigative Tool, F.B.I. Law Enforcement Bulletin Dun, 1996, p. 146 ; FRANKLIN Ben, Computer crime and intellectual of justice, Jun 2001 p. 6 ; FRANCILLON J.

(٥) أنظر في ذلك :

Les crimes informatiques et d' autres crimes dans domaine de la technologie informatique, Rev. Int. dr. pen. 1993, p.291.٤

د. محمد أبو العلا عقيدة: التحقيق وجمع الأدلة في مجال الجرائم الالكترونية، بحث على الموقع الالكتروني:

.www.globalonline.com.

www.osamabahar.com

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الثالث (١٢٢٧)

الجرائم الخاصة بإفساد الأخلاق والآداب العامة، كما أثار كثير منها في انتشار الجرائم الإرهابية<sup>(١)</sup>. كما أن التطور في مجال المواد المخدرة أدى إلى تصنيعها في شكل مواد أخرى بحيث يسهل تغطاؤها وتهريبها وتجارتها.

وقد استتبع كل ذلك التطور في مجال الجرائم ضرورة تطور الخبرة الطبية والكيميائية والالكترونية وغيرها<sup>(٢)</sup> لاكتشاف حقيقة هذه الجرائم وإقامة الدليل العلمي على ارتكابها من خلال وسائل علمية حديثة، والأخذ بكافة أنواع المعرفة الحديثة نظراً لفشل الأساليب التقليدية للدليل الجنائي في الكشف عن مثل هذه الجرائم<sup>(٣)</sup>.

مما سبق نستخلص أن الوسائل العلمية الحديثة هي الوسائل العلمية والفنية التي كشفت عنها العلوم الحديثة في مختلف فروع المعرفة الإنسانية والتي تقوم على استعمال التكنولوجيا الحديثة، وتتطلب خبرة تختلف عن الخبرة التقليدية لاكتشاف حقيقة الجرائم وإقامة الدليل العلمي على ارتكابها ونسبتها إلى مرتكبها أو عدم نسبتها له، من خلال وسائل علمية حديثة، وبشكل قاطع يؤثر في وجدان القاضي الجنائي وقناعته وبالتالي الحكم الصادر منه بالإدانة أو البراءة.

---

(١) فرضت العديد من الدول رقابة على مواقع التواصل الاجتماعي نظراً لدورها في انتشار الجرائم الإرهابية، ومن ذلك ما تردد حديثاً عن قيام وزارة الداخلية المصرية بفرض رقابة على الانترنت مواقع التواصل الاجتماعي، أنظر: أخبارك نت (مصر: الأمن يراقب مواقع التواصل الاجتماعي والشباب يرد) بتاريخ الأربعاء ٤ يونيو ٢٠١٤ على الموقع

<http://www.akhbarak.net/articles/15611868>

(2) LAUDON Kenneth C. LAUDON Jane P., management information systems: new approaches to organization and technology, Prentice Hall International inc upper saddle river, New Jersey, 1998. p. 105.

(٣) د. عادل حافظ غانم: الوسائل العلمية الحديثة لكشف الجريمة ومدى مشروعيتها وحجيتها، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، عدد (١)٤ يناير ١٩٦٩، ص ٢٣ وما بعدها.

## المبحث الثاني

**التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة وغيرها من وسائل الإثبات الجنائي**  
يمكننا التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة وغيرها من وسائل الإثبات الجنائي من خلال عدة تصنيفات، فمن ناحية نستطيع التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي والوسائل غير العلمية، كما يمكن لنا من ناحية ثانية التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي والوسائل القديمة، ومن ناحية ثالثة يمكن لنا التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي والوسائل التقليدية. وسنتناول هذه التصنيفات بشيء من التفصيل في ثلاثة مطالب متتالية، على النحو التالي.

### المطلب الأول

**التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي والوسائل غير العلمية**

اعتمدت بعض المجتمعات القديمة في الإثبات الجنائي على بعض الوسائل غير العلمية، فقد رأينا مثلاً أنه في ظل المجتمعات البدائية أو ما يطلق عليها مجتمعات العصر الحجري<sup>(١)</sup>، كان الإنسان يلجأ إلى قوته البدنية ليثبت حقه وفقاً لمحض اقتناعه الذاتي<sup>(٢)</sup> القائم على الغريزة والعصبية دون احتكام إلى حق أو عقل أو منطق<sup>(٣)</sup>. كذلك الحال في ظل المجتمعات القبلية حيث ساد الاعتقاد في القوى الغيبية وأنها ستدخل للكشف عن الحقيقة ولمعاقبة المذنب الذي يحاول الهروب من الاعتراف بذنبه أو المساعدة على كشف الحقيقة. مما ترتب عليه أن تمثلت وسائل الإثبات في بعض الطرق التي تنتمي إلى الغيبيات كالابتلاء أو المحنة

(١) د. محمود سلام زنتاني: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ج ١، المجتمعات البدائية والقبلية، المرجع السابق، ص ١٣.

(2) RACHED Aly-A, De l'intime conviction du juge, op. cit, p. 84.

(٣) د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٣٤.

والعرفاة والمبارزة القضائية، وأغلب هذه الوسائل لا يعد من قبيل الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي. فالابتلاء أو المحنة؛ كان يهدف إلى التوصل لمعرفة المتهم ومدى كونه بريئاً أو مذنباً بتوجيه من القوى الغيبية، وكان للابتلاء عدة صور كالزمام المبتلى بأن يغمس يده في ماء مغلي أو زيت لالتقاط شيء في قاع الإناء، أو إلزامه بالغطس في ماء بئر أو نهر فإذا نجح اعتبر بريئاً<sup>(١)</sup> كما كان هناك محنة النار حيث يؤمر المتهم بالسير فوق الجمر لمسافة معينة ثم تفحص كلتا قدميه لتحديد ما إذا كان مذنباً أم بريئاً على حسب درجة احتراق قدميه. وفي المجتراء فقد كان المتهم يؤمر بحمل قضيب من الحديد المحمي بكلتا يديه والسير لمسافة ثلاث خطوات ليتم بعدها فحص يديه وتحديد التهمة على حسب درجة الاحتراق. أما العرافة فهي عبارة عن إجراء يهدف إلى الكشف عن أمر مجهول بالاستعانة بالآلهة وذلك عندما تتور الشبهة في ارتكاب جريمة دون أن يكون في الوسع معرفة الفاعل الحقيقي. أما المبارزة القضائية Le duel judiciaire<sup>(٢)</sup> فهي عبارة عن منازلة بين شخصين والمنهزم يقتل أو ينفى لأن الآلهة هي التي أقرت مصيرهم<sup>(٣)</sup> حيث إن العدالة دائماً تقف مع صاحب الحق. بل إن اليمين الذي كان يعد من وسائل الإثبات في بعض المجتمعات القديمة لم يكن قائماً على أسس علمية حيث كان يعني دعوة القوى الغيبية بأن تنزل بالخالف عقاباً إذا كان كاذباً، أي دعاء على النفس بالشر<sup>(٤)</sup>. كما أن الاحتكام إلى الآلهة لمعرفة الجاني كان يتم بطريقة غير علمية وغير منطقية حيث كان يتم

(١) د. هشام على صادق، تاريخ النظم القانونية، المرجع السابق، ص ٨٤ وما بعدها.

(2) CHABAS Monique, Le duel judiciaire en France aux XIIIe et XIVe siècles Thèse, op. cit.

(٣) د. محمود سلام زنتاتي: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٤١١ وما بعدها؛ د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٣٥ وما بعدها.

(٤) د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها.

اصطحاب المتهم إلى المعبد للمثول أمام تمثال "أمون Ammon"، وكان رئيس الكهنة يسرد الوقائع أمام تمثال أمون، ويسأله، عما إذا كان المتهم بريئاً أم مذنباً، ويصدر صوت عالٍ من مصدر غير معروف يقرر إدانة المتهم أو براءته، أو يصدر التمثال حركة معينة يشير بها إلى المتهم، وكان الكهنة هم الذين يفعلون ذلك بطريقة خفية، مما ترتب عليه وصف هذه الوسائل بالظنية القابلة للخطأ والتي لا يمكن معها الوصول إلى درجة اليقين المطلوب للإدانة<sup>(١)</sup> لكونها تفتقر إلى الأسس العلمي.

أما الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي فهي وسائل تقوم على الخبرة في إقامة الدليل وإعمال المنهج العلمي في الإثبات، كالتعرف على الجنائي من خلال التحاليل العلمية المختلفة؛ كفحص إفرازات الجسم، وتحليل الدم والوسائل المنوي في جرائم معينة، وبصمة الصوت، والطيف الحراري. كما أصبح الكومبيوتر من الوسائل الحديثة والهامة في مجال مكافحة الجريمة بالنسبة لعمليات المضاهاة والتعرف والمقارنة والتتبع، واكتشاف التزوير والتقليد، إلى غير ذلك من العمليات الدقيقة والمعقدة التي يمكن أن يقوم بها الحاسب الآلي والتي يمكن الاستعانة بها في مجال الإثبات الجنائي<sup>(٢)</sup>، وكل هذه الوسائل لها قدرتها على تحقيق الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي من خلال أدلة قاطعة وحاسمة تربط أو تنفي العلاقة بين المتهم والجريمة.

### المطلب الثاني

التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي والوسائل القديمة كانت هناك مجموعة من وسائل الإثبات القديمة التي اعتمدت عليها العديد من التشريعات في الإثبات الجنائي، وبعض هذه الوسائل ما زال سائداً حتى الآن إلا أن صورته قد تغيرت إلى صورة علمية تقوم على

(١) د. ريعوف عبيد: القضاء الجنائي عند الفراعنة، بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية، المجلد الأول، العدد ٣، نوفمبر ١٩٥٨، ص ٧٩ وما بعدها.  
(2) DEJARDIN (Denis). L'influence des nouvelles technologies sur le droit de la preuve, mémoire de op. cit., 107.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠٧ المجلد الثالث (١٢٣١)

استعمال المنهج العلمي في الإثبات كما هو الحال بالنسبة لشهادة الشهود، والاعتراف، وبعضها الآخر قد اختفى مع ظهور الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات، كما هو الحال بالنسبة للمبارزة القضائية، والعرافة، والمحنة بأنواعها المختلفة. ومن الوسائل القديمة في الإثبات، الوسائل غير العلمية التي تناولناها في المطلب السابق كما هو الحال بالنسبة للمبارزة القضائية وحلف اليمين بالإضافة إلى بعض الوسائل الأخرى والتي منها.

- الشهادة Le témoignage: حيث تعد الشهادة أقدم الطرق في الإثبات، حيث سبق الإثبات بها كافة الطرق الأخرى في الإثبات، فقبل الكتابة كانت كافة الوقائع تثبت بالشهادة، وقد ورد الإثبات بالشهادة في الآثار التاريخية الأولى<sup>(١)</sup>. إلا أن الشهادة في المجتمعات القديمة تختلف عما هي عليه اليوم، فالشهادة في المحاكم الإنجليزية كانت تعتمد على عدد الشهود وتوافق روايتهم، فالطرف الذي يحضر شهوداً أكثر كان يعد هو صاحب الحق ويسقط حق الطرف الأقل في عدد الشهود، واستمرت الحال على ذلك في المجتمعات الأوروبية حتى بدايات القرن السادس عشر عندما بدأت المحاكم تقييم الشهادة على حسب قيمتها وما تحويه من معلومات صحيحة.

(١) د. إبراهيم إبراهيم الغماز: الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، دراسة قانونية نفسية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٠، ص ٨ وما بعدها؛ د. أبو العلا على النمر: الإثبات الجنائي دراسة تحليلية لتحديد موطن القوة والضعف في الدليل الجنائي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٩ وما بعدها؛ هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٧٥٣ وما بعدها؛ د. محمد أحمد محمود - شهادة الشهود في المواد الجنائية الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - سنة ٢٠٠٢، ص ٥ وما بعدها. وأنظر أيضاً:

EL CHAZILI Fatouh, T témoignage en justice pénale, Etude des droits français et égyptien, Thèse, Université Poitiers 1979; FOURMENT François, « Procédure pénale » 2003. p.207; STEFANI G., LEVASEUR G. BOULOC B., « Procédure pénale », 18 édition, 2001, p. 391. et p. 784.



- الاعتراف L'avue: يعد الاعتراف من أقدم طرق الإثبات التي عرفها البشرية منذ ميلادها، وقد ظل يتمتع بقوة قانونية ملزمة في الإثبات حتى قيام الثورة الفرنسية وظهور مبدأ حرية الاقتناع القضائي، فخضع الاعتراف مثله مثل سائر الأدلة للسلطة التقديرية للقاضي. ورغم ذلك إلا أنه لا يزال يلعب دوراً هاماً في مجال الإثبات الجنائي<sup>(١)</sup>.

ويتضح الفرق بين الوسائل القديمة للإثبات الجنائي والوسائل الحديثة جلياً من حيث استخدام المنهج العلمي في إثبات كافة عناصر الدليل، حيث تخضع الوسائل الحديثة في الإثبات إلى التحليل والاستقراء والاستنتاج واستخدام المعطيات التجريبية الوضعية في تحديد كل عنصر من عناصر الدليل في كل مرحلة من مراحل الدليل أي سواء مرحلة الكشف عنه أو مرحلة تقييمه، وكذلك الاعتماد على وسائل البحث الحديثة القائمة على التقدم العلمي وانتشار المخترعات الحديثة والجديدة التي تفيده في كشف

(١) د. أبو العلا على النمر: الإثبات الجنائي دراسة تحليلية المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها؛ مهلاي عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص، ٨٦٩ وما بعدها؛ ولزيد من التفصيل حول الاعتراف دليل إثبات، أنظر أيضاً: د. محمد سامي النبراوي: استجواب المتهم، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ١٩٦٨ م. د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٦٩؛ د. أحمد ضياء الدين محمد خليل: مشروعية الدليل في المواد الجنائية، المرجع السابق؛ د. حسين محمود إبراهيم: الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، المرجع السابق؛ د. عمر الفاروق الحسيني: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، المرجع السابق؛ مستشار عدلي خليل: اعتراف المتهم فقهاً وقضاً، دار النهضة العربية ط ٨، ١٩٩١. وأنظر في الفقه المقارن:

GUAZ A, L'avue en matière pénale, thèse, Lyon, 1908; CADÈNE J, La prévue en matière pénale, essai d'une théorie générale, Thèse Montpellier, 1963; MERLE R. et VITU A., Traité de droit criminel, t. II, Procédure pénale. 2001, op. cit. p. 234 et s; Marie-José ARCAUTE Marie-José, L'avue. Essai d'une contribution à la justice négociée, thèse de thèse de doctorat, Toulouse, Université Toulouse I, 1998, p. 66-108.

الحقيقة<sup>(١)</sup>، وذلك على عكس الوسائل القديمة التي تعتمد على مجرد الحصول على الدليل بطريقة مادية بحتة، كالحصول على الاعتراف من خلال أقوال المتهم ولو باللجوء إلى التعذيب والإكراه أو الخداع والحيلة.

### المطلب الثالث

**التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي والوسائل التقليدية**  
يمكن التمييز فيما يخص وسائل الإثبات الجنائي، من حيث طبيعة الوسيلة، بين الإثبات بالوسائل التقليدية والإثبات بالوسائل الحديثة. والوسائل التقليدية هي الوسائل التي تعتمد على الدليل المادي في الإثبات والتي لا تتطلب خبرة علمية وفنية متخصصة لإثبات الجرائم أو الكشف عن مرتكبيها وإنما يكفي فيها بالخبرة التقليدية. وتمثل الوسائل التقليدية في الإثبات بصفة أساسية في الشهادة والاعتراف والخبرة والقرائن والمحزرات أو الأوراق. أما الوسائل العلمية الحديثة فهي، كما سبق ذكره، وسائل علمية وفنية كشفت عنها العلوم الحديثة في مخلف فروع المعرفة الإنسانية وتقوم على استعمال التكنولوجيا الحديثة، وتتطلب خبرة تختلف عن الخبرة التقليدية لاكتشاف حقيقة الجرائم وإقامة الدليل العلمي على ارتكابها ونسبتها إلى مرتكبها أو عدم نسبتها له، من خلال وسائل علمية حديثة، وبشكل قاطع يؤثر في وجدان القاضي الجنائي وقناعته وبالتالي الحكم الصادر منه بالإدانة أو البراءة. ومن أهم هذه الوسائل الحديثة البصمة الوراثية وبصمة الصوت والتحليل الطيية والعلمية المختلفة؛ كفحص إفرازات الجسم، وتحليل الدم والوسائل المنوي في جرائم معينة، وبصمة الصوت، والطيف الحراري، وكذلك الحال بالنسبة للكومبيوتر الذي أصبح من الوسائل الحديثة والهامة في مجال مكافحة الجريمة بالنسبة لعمليات المضاهاة والتعرف والمقارنة والتتبع، واكتشاف التزوير والتقليد، إلى غير ذلك من العمليات الدقيقة والمعقدة التي

(1) GRAVEN J, Les moyens admissibles d'investigation moderne dans l'enquête de police et d'instruction pénale, Rev. Int. de. crim. et de police tech., vol. XIII, n°4, 1959, p. 262 et s.

يمكن أن يقوم بها الحاسب الآلي والتي يمكن الاستعانة بها في مجال الإثبات الجنائي<sup>(١)</sup>.

وقد حلت الوسائل الحديثة محل الوسائل التقليدية في الإثبات في أغلب الأحيان، فبعد أن كان الإثبات المستندي يعتمد على المستندات الورقية أصبحت معظم المستندات عبارة عن تسجيلات إلكترونية وبعد أن كانت مضاهاة البصمات أو اكتشاف جرائم التزوير في المحررات تعتمد على الطرق التقليدية في فحص الأوراق المزورة يدوياً صار للآلات الإلكترونية دوراً بارزاً في عملية المقارنة والمضاهاة. وبعد أن كان تتبع المجرمين والكشف عنهم يتم بصورة تقليدية من خلال البحث عنهم بالسؤال والتحري أصبح يتم البحث عنهم بواسطة التتبع من خلال شبكة الانترنت وعن طريق الأقمار الصناعية من خلال تتبع التليفون أو السيارة أو أرصدتهم البنكية أو الفيزا. كادر الخاصة بهم أو غيبي ذلك من مقتنياتهم التقنية وتحديد مكان تواجدهم، وتسجيل تحركاتهم، ورسم صور لهم تقريبية ويثها على جميع شبكات الانترنت أو على وكالات الأنباء وشبكة الإذاعة والتلفزيون من خلال الأقمار الصناعية<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك يمكننا القول إن بعض الأساليب التقليدية في الإثبات، لا تزال تستخدم للكشف عن الجريمة ومرتكبيها، على الرغم من وجود الوسائل العلمية الحديثة، وذلك لأن هذه الوسائل التقليدية تعتبر في بعض الأحيان عاملاً مسانداً للأساليب الحديثة في مجال الكشف عن الجريمة ومرتكبيها بحيث يتم الاستعانة بها عندما تدعو الحاجة إليها، كما لو اعترف المتهم بالتهمة أو تطلب الأمر سماع بعض الشهود أو الحصول على مستند بعينه (كعقد زواج أو شراكة أو غير ذلك)، حيث يجب اللجوء في هذه الحالات إلى الوسائل التقليدية بالإضافة إلى الوسائل العلمية الحديثة، ويتم

(1) DEJARDIN (Denis). L'influence des nouvelles technologies sur le droit de la preuve, op. cit. 107.

(٢) راجع في ذلك: د. جميل عبد الباقي الصغير: الانترنت والقانون الجنائي، ط ٢٠٠١، ص ٢٢ وما بعدها.

الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة عندما يتطلب الأمر مهارة عالية وخبرة فنية متخصصة خاصة إذا ارتكبت الجريمة بوسيلة من وسائل التقنية الحديثة.

### المبحث الثالث

#### التقسيمات الخاصة بالوسائل العلمية الحديثة وطبيعتها القانونية

ستحدث في هذا المبحث عن التقسيمات الخاصة بالوسائل العلمية الحديثة في مطلب أول، ثم عن الطبيعة القانونية للوسائل العلمية الحديثة في مطلب ثان، وذلك على النحو التالي.

#### المطلب الأول

#### التقسيمات الخاصة بالوسائل العلمية الحديثة

يمكن تقسيم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة إلى عدة تقسيمات يعتمد كل تقسيم منها على معيار معين، فيمكن تقسيمها من حيث طبيعتها إلى وسائل مراقبة بدنية (وسائل خارجية) ووسائل مراقبة نفسية (وسائل داخلية) ووسائل مراقبة للبيانات والمعلومات المخزنة بواسطة الأجهزة والآلات. ويمكن تقسيمها من حيث الهدف من وراء استخدامها إلى وسائل تهدف إلى الكشف عن شخصية المجرم ودوافعه الإجرامية، ووسائل تهدف إلى تغييب وعي المتهم والتسلل إلى عقله الباطن ومعرفة أسراره الخفية، ووسائل تهدف إلى استخلاص قرائن نفسية وأقوال خفية باستخدام وسائل التقنية الحديثة. كما يمكن تقسيم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة من حيث مدى قبولها من جانب الفقه من عدمه إلى وسائل مقبولة في الإثبات ووسائل محل خلاف. كما يمكن تقسيم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة من حيث نوع الدليل المتحصل منها إلى وسائل إثبات مادية ووسائل إثبات قولية، وأيضاً إلى وسائل يتحصل على الدليل منها بصورة مباشرة ووسائل يتحصل على الدليل منها بصورة غير مباشرة. وأخيراً يمكن تقسيم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة من حيث الاعتداء المرتب عليها إلى وسائل تعتدي على السلامة الجسدية للمتهم، ووسائل تعتدي على حرمة الحياة

الخاصة، ووسائل لا تحمل معنى الاعتداء إلا أنها تستخدم بدون علم المتهم. وستحدث عن كل قسم من هذه التقسيمات ببعض التفصيل<sup>(١)</sup>.  
أولاً: تقسيم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة من حيث طبيعتها<sup>(٢)</sup>: تنقسم الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي من حيث طبيعتها إلى ثلاثة أنواع:

**النوع الأول:** وسائل مراقبة بدنية (وسائل خارجية) وتتمثل في جميع الأجهزة السمعية والبصرية التي يتم من خلالها مراقبة الشخص ذاته وأقواله وأفعاله وكتابات الخاصة سواء كان ذلك يعلم منه أو بدون علم. والوسائل السمعية audio قد تكون مباشرة كالتصتت على المكالمات الهاتفية، أو غير مباشرة كالتسجيل على الشرائط ولا شيء يمنع المحكمة من اتخاذ مثل هذه الوسائل كدليل إثبات والاستئناس بها في حكمها مادام المشرع منحها سلطة تقديرية للبحث عن وسائل الاقتناع ولم يصدر نص يمنع استعمالها. ومن هذا الاعتبار اعترفت محكمة النقض الفرنسية للشرطة القضائية بإمكانية اللجوء إلى جميع الوسائل التقنية الضرورية لإظهار الحقيقة ومنها تسجيل المحادثات على شرائط مغناطيسية<sup>(٣)</sup> وذلك في قرارها الصادر بتاريخ ١٩ مايو ١٩٦٤. أما الوسائل البصرية visual فهي وسائل تستعمل في ممارسة التصوير سواء منها الصورة المتحركة التي تنقل عبر الكاميرات أو الصور الجامدة العادية وتستعمل غالباً للطرق لضبط مخالفات السير والمرور، فتقوم بنقل الصور الحية وفي غالب الأحيان تعكس الحقيقة في حالة ارتكاب جريمة خاصة إذا كان النقل مباشراً، أما إذا

---

(١) أنظر في هذه التقسيمات بصفة عامة: فيصل مساعد العنزي: أثر الإثبات بوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٧، ص ١٠٨ وما بعدها.

(2) WESTIN Alan, privacy and freedom, New York, Atheneum, 1970 p. 16.

(3) Revue du droit et de jurisprudence N° 68-69, p 369.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧، المجلد الثالث (١٢٣٧)

كانت مسجلة فإن شهادة مسجلها تبقى محل تقدير، والصور الفوتوغرافية متعارف عليها في المحاكم فكثيراً ما يتقدم الضحايا بصور إلى المحكمة تعكس الضرر الذي حل بهم سواء كان الضرر قد أصيب به أمتعتهم في حالة السرقة أو إتلاف منقول الغير أو إصابة في الجسد أو آثار واضحة كالرضوض والجروح وغالباً ما يقوم رجال الضبطية القضائية بتصوير موقع الجريمة وتصوير الضحية والآثار والبصمات وغيرها مما يكون على مسرح الجريمة ويمثل أهمية بشأن الجريمة، ويرفقونها بمحاضرهم. وقد تكون الوسيلة سمعية وبصرية audio - visual في آن واحد، وهنا تجمع الوسيلة بين مميزات الوسائل السمعية والوسائل البصرية معاً.

**النوع الثاني:** وسائل مراقبة نفسية (وسائل داخلية) وتستخدم هذه الوسائل الاختبارات الشفوية والتحريرية أو الأجهزة أو المواد للحصول على المعلومات الشخصية دون إرادة الفرد الخاضع لها. وذلك كما هو الحال عند استخدام التنويم المغناطيسي أو جهاز كشف الكذب أو التحليل التخديري، كما سنرى لاحقاً.

**النوع الثالث:** وسائل مراقبة البيانات والمعلومات المخزنة بواسطة الأجهزة والآلات: وهذه الوسائل يتم من خلالها تتبع البيانات والمعلومات المخزنة بواسطة الأجهزة والآلات خاصة الكمبيوتر حتى لو تم حذفها عن طريق مخزنها، بما يمثل اعتداء على حرمة وإرادته في عدم وقوع هذه البيانات في يد من لا يريد.

**ثانياً:** تقسيم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة من حيث الهدف من وراء استخدامها: تنقسم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة من حيث الهدف من استخدامها إلى نوعين:

**النوع الأول:** وسائل تهدف إلى الكشف عن شخصية المجرم ودوافعه الإجرامية: ومن هذه الوسائل؛ البصمات وآثار الأقدام وتحليل الدم، وغيرهم من الوسائل العلمية الهامة، والتي تستعمل للكشف عن شخصية المجرم ومعرفة الأسباب والدوافع التي تدفع به إلى سلوك سبيل الجريمة.

**النوع الثاني:** وسائل تهدف إلى تغييب وعي المتهم والتسلل إلى عقله الباطن ومعرفة أسراره الحقيقية<sup>(١)</sup>؛ وهذه الوسائل تهدف إلى سبر غور النفس البشرية والإطلاع على ما بها من أسرار خفية، من خلال التسلل إلى العقل الباطن في الإنسان والتعرف على المعلومات المخزنة بدخله كالنتويم المغناطيسي، وجهاز كشف الكذب، والتحليل التخديري (مصل الحقيقة)<sup>(٢)</sup> الذي يمكن من خلال استعماله اكتشاف الدوافع النفسية والرغبات المكبوتة داخل النفس البشرية<sup>(٣)</sup>.

**ثالثاً:** تقسيم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة من حيث مدى قبولها من جانب الفقه: تنقسم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة من حيث مدى قبولها من جانب الفقه إلى نوعين:

**النوع الأول: وسائل مقبولة في الإثبات:** وتشمل الوسائل العلمية المستمدة من العلوم الجنائية التطبيقية والتي درج الفقه على استخدامها بحيث لم تعد تثير اعتراضاً من جانب الفقه والقضاء الجنائيين وينقسم هذا النوع إلى قسمين: قسم يتضمن الوسائل الخارجية التي تستخدم دون أن تحدث أي مساس بشخص المتهم. كالبصمات وآثار الأقدام، وكاميرات المراقبة الخارجية والموضوعة في أماكن عامة، وقسم يتضمن الوسائل المستمدة من الشخص نفسه وهي تحمل بين طياتها مناساً بشخص المتهم فيما يتعلق بحقه في سرية خصوصياته والاحتفاظ بكونونات نفسه الداخلية، كتسجيلات الصوت والصورة، والحصول على المعلومات من الأجهزة الشخصية للمتهم كالكومبيوتر الشخصي والتليفون المحمول وما شابهه كالأبي باد I Pad والتابلت Tablet.

(١) د. حسن محمد ربيع: حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ١٣٨.

(٢) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٣٠، ١٧٠ وما بعدهما؛ د. محمد سامي النبراوي: استجواب المتهم، المرجع السابق ص ٤٧٣، ٤٩٢ وما بعدهما.

(٣) د. أمال عبد الرحيم عثمان: الخبرة في المسائل الجنائية، المرجع السابق، ص ١٦٢.

**النوع الثاني: وسائل محل خلاف:** وتشمل الوسائل العلمية المستحدثة التي تستخدم في انتزاع الاعترافات والمعلومات المتعلقة بالجريمة والتي ما زالت محل خلاف واعتراض من جانب رجال القانون الجنائي من حيث مدى جواز قبول استخدامها في هذا المجال، ومن هذه الوسائل جهاز كشف الكذب والتحليل التخديري أو كما يطلق عليه مصطلح الحقيقة<sup>(١)</sup>.

**رابعاً:** تقسيم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة من حيث نوع الدليل المتحصل منها: تنقسم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة من حيث نوع الدليل المتحصل منها إلى أربعة أنواع كل نوعين يقابل كل منهما الآخر، فيقابل الأول الثاني، ويقابل الثالث الرابع.

**النوع الأول:** وسائل إثبات مادية: وهي التي تستهدف إثبات الواقعة الإجرامية بالدليل المادي وذلك من خلال دراسة ما يكون على مسرح الجريمة من آثار تفيد في الحصول على دليل مادي علمي يترتب عليه نسبة الجريمة إلى الفاعل، وتتضمن كافة الأساليب العلمية المستخدمة بمعرفة معالم الشرطة الجنائية الفنية، كرفع البصمات وآثار الأقدام وبقع الدم، ومخلفات الجنائي والمجني عليه.

**النوع الثاني:** وسائل إثبات قولية: التي تهدف إلى كشف حقيقة الجريمة بالحصول على الاعترافات القولية من المتهم والتي تضم أساليب التنصت والتسجيل ومراقبة المحادثات التليفونية والشفهية وكذلك أساليب

---

(١) د. حسن محمد ربيع: حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي، المرجع السابق، ص ١٣٩؛ د. جودة حسين جهاد: الكشف عن الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، ١٩٩٢، ص ٦٩ وما بعدها؛ د. حسين محمود إبراهيم: الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، المرجع السابق؛ ص ١٤٠ وما بعدها؛ د. عمر الفاروق الحسيني: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف السابق، ص ١٤٩ وما بعدها. وأنظر في عرض الآراء المؤيدة والمعارضة لاستعمال هذه الوسائل: فيصل مساعد العنزي: أثر الإثبات بوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، المرجع السابق، ص ١٨٠ وما بعدها.



التحليل التخديري والنفسي التي تعتمد على تطورات العلوم الحديثة في مجال التحليل النفسي وردود فعل الأحاسيس الإنسانية اللاشعورية وكشف الكذب وصولاً إلى الحقيقة من خلال ما يدلي به المتهم من أقوال<sup>(١)</sup>.

**النوع الثالث:** وسائل يتحصل منها على الدليل مباشرة: وهي الوسائل التي تباشر عن طريق إجراءات معملية وبصورة مباشرة وظاهرة بالنسبة للخاضع لها والتي يمكن من خلالها كشف حقيقة الواقعة، ومن هذه الوسائل الكلاب البوليسية التي تستخدم للتعرض على المشتبه فيه، وتحليل الدم بأنواعه المختلفة<sup>(٢)</sup>، ومقارنة أو مضاهاة البصمات<sup>(٣)</sup>، والبصمة الوراثية<sup>(٤)</sup>، وكذلك الحال بالنسبة للعقاقير المخدرة وجهاز كشف الكذب، والتنويم المغناطيسي.

**النوع الرابع:** وسائل يتحصل منها على الدليل خفية: وهي الوسائل التي يمكن عن طريقها كشف الحقيقة بطريقة غير مباشرة، بحيث

- (١) د. عادل غانم: كشف الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، تقرير مقدم للحلقة الأولى لتنظيم العدالة الجنائية بالمركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، سنة ١٩٧١، منشورات المركز، ص ٣.
  - (٢) د. جميل عبد الباقي الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ ص ١٠٠؛ وأنظر أيضاً بصفة عامة: د. بكرى يوسف بكرى: التفتيش عن المعلومات في وسائل التقنية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.
  - (٣) د. محمد نور عاشور: الموسوعة في التحقيق الجنائي العملي، عالم الكتب، القاهرة، ط ٢، ١٩٨٩، ص ٢٠٤.
  - (٤) د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011؛ د. غانم محمد أحمد: الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية DNA، الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة، 2010.
- TARONI F, MANGIN P, 2001. L'évaluation de la preuve génétique ADN en criminalistique et l'utilisation des probabilités. pp. 111-128 in La valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire - Rapport no 3121. Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, Paris 2001.

لا يكون الخاضع لها على علم بأمرها، ومن هذه الوسائل، آلات التسجيل الصوتية وكاميرا التصوير وكاميرا الفيديو، ووسائل تتبع الأجهزة الشخصية كالتليفون والسيارة والتي يستخدم فيها الكمبيوتر والانترنت والأقمار الصناعية، وكذلك وسائل الحصول على الدليل من وسائل التقنية الحديثة كالتفتيش الذي يتم للكمبيوتر وأجهزة التليفون المحمول والحصول على الملفات المخزنة عليها أو المراسلات الالكترونية التي تمت من خلالها، وغالباً ما يتم ذلك بطريقة غير مباشرة حتى لا يعلم بها الخاضع لها<sup>(١)</sup>.

**خامساً:** تقسيم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة من حيث الاعتداء المرتب عليها: تنقسم وسائل الإثبات الجنائي العلمية الحديثة من حيث الاعتداء المرتب عليها إلى ثلاثة أنواع:

**النوع الأول:** وسائل تعدي على السلامة الجسدية للمتهم: وهي الوسائل التي تمثل انتهاكاً لحق المتهم في سلامته الجسدية أو سلامته العقلية والنفسية حيث يكون من شأن استعمال هذه الوسائل الحديثة على المتهم التأثير على سلامة عقله أو الإخلال بتوازنه النفسي، وتشمل هذه الوسائل الحديثة أجهزة التحليل التخديري والتنويم المغناطيسي وأجهزة كشف الكذب.

**النوع الثاني:** وسائل تعدي على حرمة الحياة الخاصة للمتهم: ويشمل هذا النوع الوسائل العلمية الحديثة التي تجمل بين طياتها معنى الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للفرد ويمكن أن تقسيم هذا القسم إلى فئتين: الأولى: الوسائل السمعية وأساليب مراقبة المحادثات التليفونية والشخصية والعمل على تسجيلها. الثانية: الوسائل البصرية والتي تشمل كافة فنون التصوير المختلفة والمتطورة والتي تتميز بالقدرة الهائلة على التسجيل ونقل أوضاع الفرد التي يتخذها في حياته الخاصة.

---

(١) د. حسين محمود إبراهيم: الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، المرجع السابق؛ ص ٢١٨.

**النوع الثالث:** وسائل لا تحمل معنى الاعتماد إلا أنها تستخدم بدون علم المتهم: وهذه الوسائل قد تكون من الوسائل البصرية الحديثة والتي تستخدم في أماكن عامة لا تدخل في نطاق الحياة الخاصة للفرد حيث تقوم تسجيل كل ما يجري في هذه الأماكن فهي تعطي صورة حية وفورية لما يحدث ومن أمثلة هذه الوسائل التقنية الحديثة الرادارات الموجودة على الطرق السريعة والتي ترصد تجاوز السرعة المحددة وكذلك العدسات التلفزيونية والتي تثبت في بعض الأماكن العامة بملاحظة تصرف الموجودين فيها كالبثوك والمحلات الكبرى أيضاً من هذه الوسائل الأجهزة الخاصة بالكشف عما بداخل الحقائب للمسافرين في المطارات والتي يطلق عليها الممرات المغناطيسية حيث يمكن بواسطة الممر المغناطيسي كشف المعادن عن طريق الإحساس بمدى الانحرافات التي يحدثها هذا المعدن في الحقل المغناطيسي<sup>(١)</sup>.

### **المطلب الثاني**

### **الطبيعة القانونية للإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة**

نظراً لتنوع الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية الحديثة، واختلاف المرحلة التي تمر بها الدعوى الجنائية وعملية الإثبات الخاصة بها، فإنه يكون من الصعب إرجاع الطبيعة القانونية للإثبات الجنائي بهذه الوسائل إلى ذاتية واحدة محددة وإعطائها صفة تدليلية ذات حجية واحدة في الإثبات.

ومن المعلوم أن عملية الإثبات في إطار الدعوى الجنائية، وإن كان الهدف منها تقديم الدليل إلى القاضي الجنائي ليكون منه اقتناعه الذاتي في إثبات الواقعة أو نفيها، إلا أنها تمر بثلاثة مراحل: **المرحلة الأولى:** مرحلة جمع الاستدلالات: ويكون الإثبات فيها أقرب إلى الشك، حيث تعد الأدلة المستمدة خلالها من قبيل التحريات أو الدلائل التي لا ترقى إلى

(١) د. حسن علي السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص ٤٠٩ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الثالث (١٢٤٣)

مرتبة الدليل ، كما لا تعد هذه المرحلة طبقاً للرأي الغالب في الفقه الجنائي من مراحل الدعوى الجنائية، وإنما هي مجرد مرحلة تمهيدية لازمة للمرحلة الأولى من مراحل الدعوى الجنائية وهي مرحلة التحقيق الابتدائي<sup>(١)</sup>، كما أن هناك عدة إجراءات لا يجوز اتخاذها في هذه المرحلة، فلا يجوز تحميل الشاهد اليمين إلا إذا خيف عدم سماعه فيما بعد بدون يمين، كذلك الحال بالنسبة للخبراء، كما لا يجوز استجواب المتهم أو حبسه احتياطياً<sup>(٢)</sup>. وإذا قدمت هذه الدلائل أو التحريات إلى القضاء الجنائي فقد لا يأخذ بها متى كانت غير كافية أو أثارت لديه الشكوك في صحتها، وقد يأخذ ببعضها ويستبعد البعض الآخر<sup>(٣)</sup>.

**والمرحلة الثانية:** مرحلة التحقيق، وفي هذه المرحلة يكون الإثبات فيها أقرب الظن أو الاحتمال، إلا أنه لا يرقى إلى مرتبة اليقين وبالتالي فإن للقاضي أن يأخذ به أو يستبعده، وقد يأخذ ببعضها ويستبعد البعض الآخر، كما هو الحال بالنسبة لمرحلة جمع الاستدلال. إلا أن هذه المرحلة تتميز باعتبار الدليل قرينة على الواقعة الإجرامية وليس مجرد دلائل عليها.

(١) نقض ٥ فبراير ١٩٦٨، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٩، رقم ٢٦، ص ١٤٨؛ نقض ٣ مارس ١٩٨٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣١، رقم ٦١، ص ٣٢٢. وأنظر أيضاً: د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٧، المرجع السابق، ص ٤٩٩.

(٢) أنظر في طبيعة الاستدلال: د. أحمد عوض بلال: الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ٢١٨ وما بعدها، د. عبد الرؤف مهدي: حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٤٠٤. د. بكري يوسف بكري، الوجيز في الإجراءات الجنائية، كتاب مقرر على طلبة كلية الشريعة والقانون بدمنهور، عام ٢٠١٤، دار اللوتس للطباعة، دمنهور، ٢٠١٤، ص ١٦٤.

(٣) نقض ٩ يناير ١٩٨٣، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٤، ص ٩٢؛ نقض ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٤٠، ص ٩٩٧؛ نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٩٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٤١، ص ٤١. وأنظر أيضاً: د. عبد الرؤف مهدي: حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

وكما ذكرنا فإن القرائن هي الاستنتاجات التي يستنتجها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة<sup>(١)</sup>. فالقرائن إذن أدلة غير مباشرة، حيث لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها. والقرائن نوعان: قرائن قانونية، وقرائن قضائية أو موضوعية. فالقرائن القانونية هي التي نص عليها القانون بنص صريح، ولذا سميت قانونية، وهي من استنباط الشارع. أما القرائن القضائية أو الموضوعية، فهي التي يستنتجها القاضي من موضوع الدعوى وظروفها. وسميت قضائية لأنها من استنباط القاضي، وسميت أيضا موضوعية لأنها تستنبط من موضوع الدعوى وظروفها. والقرائن القانونية نوعان: قرائن قانونية قاطعة، وقرائن قانونية غير قاطعة. فالقرائن القانونية القاطعة: هي التي لا تقبل إثبات ما ينقضها، أي أن الخصم لا يمكنه أن يثبت ما يخالفها، كقرينة الشيء المحكوم به أما القرائن القانونية غير القاطعة، فهي تقبل إثبات ما ينقضها<sup>(٢)</sup> كحيازة المنقول بحسن نية. وبصورة علنية وهادئة وخالية من الالتباس واعتبار ذلك حجة على ملكيته. وكالتأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين واعتباره حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس.

**المرحلة الثالثة:** مرحلة المحاكمة، وهنا لا بد أن يكون الدليل مبنياً على اليقين والجزم خاصة بالنسبة للحكم الصادر بالإدانة. وفي هذه المرحلة يكون للقاضي الحرية الكاملة في استنباط الدليل في سبيل تقصي ثبوت الجرائم أو عدم ثبوتها والوقوف على حقيقة علاقة المتهمين ومقدار اتصالهم بها، ويزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر مع حرية مطلقة في تقدير ما يعرض عليه ووزن قوته التدليلية في كل حالة حسبما يستفاد من وقائع كل أدلة وظروفها بغية الحقيقة ينشدها أن وجدها ومن أي سبيل يجده مؤديا إليها، ولا رقيب عليه في ذلك غير ضميره وحده، هذا هو

(١) أنظر في تعريف القرائن المادة (١٣٤٩) من القانون المدني الفرنسي.  
(٢) د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، المرجع السابق، ص ١٩٠ - ١٩٣.

الأصل الذي أقام عليه القانون الجنائي قواعد الإثبات لتكون موازنة لما تستلزمه طبيعة الأفعال الجنائية وتقتضيه مصلحة الجماعة من وجوب معاقبة كل جان وتبرئة كل برئ<sup>(١)</sup>.

والمتبع لقضاء محكمة النقض المصرية يجد أن النتائج المستمدة من الوسائل العلمية تتدرج بين القرينة والدليل القاطع ضمن إطار عام من رقابة محكمة الموضوع وبالنظر في مدى اقتناعها بالحقائق التي تقدمها الوسيلة العلمية وسلامة الحصول عليها من حيث التيقن في قدرة الخبير ومدى سلامة تقريره، ولذا نجد أن محكمة النقض المصرية بعد أن قضت بمشروعية استخدام أشرطة التسجيلات الصوتية في الحدود التي يتطلبها القانون كوسيلة استدلال وقرينة تعزز بها أدلة الثبوت قضت بأن الدليل المستمد من تطابق البصمات هو دليل مادي له قيمته وقوته الاستدلالية المقامة على أسس علمية وفنية<sup>(٢)</sup>.

وفي رأينا فإن العبرة في اعتبار الدليل المستمد من الوسائل العلمية الحديثة من قبيل الأدلة الكاملة أم هو من قبيل القرينة أم هو مجرد إجراء من إجراءات الاستدلال لا يرقى لمرتبة الدليل أو القرينة، هي، من ناحية، بمدى خبرة وحرفية من حصل عليه أو قام بتحقيقه وفحصه، سواء كان من سلطة الاستدلال أو من سلطة التحقيق، كما أن العبرة في ذلك أيضاً

---

(١) نقض ٢ فبراير ٢٠٠٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٥١، رقم ١٩، ص ١١٠؛ نقض ٢ نوفمبر ١٩٨٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٤٠، رقم ١٣٨، ص ٨١٩؛ نقض ١٥ فبراير ١٩٨٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٥، رقم ٣١، ص ١٣٥؛ نقض ٢٠ يناير ١٩٦٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٠، رقم ٣٥، ص ١٦٤؛ نقض ٢٠ يناير ١٩٦٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٨، رقم ٢٤، ص ١٢٨؛ نقض ٢٠ يناير ١٩٦٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٦، رقم ٢١، ص ٨٧.

(٢) الطعن رقم ١٢٥٠٩ لسنة ٦١ في جلسة ١٩٩٣/٤/١؛ وأيضاً: د. عدلي أمير خالد: إجراءات الدعوى الجنائية في ضوء المستجدات من أحكام النقض دار الفكر الجامعي ص ٤٢٨.

من ناحية أخرى، بمشروعية الحصول على هذا الدليل ومشروعية استخدامه فإذا كان ذلك مشروعاً اعتبر الدليل دليلاً كاملاً<sup>(١)</sup> لا يؤثر فيه إلا مدى اقتناع القاضي الشخصي به، ذلك الاقتناع القائم على المنطق والبعيد عن التحكم والأهواء. وعلى ذلك فإذا ما أثبتت سلطة الاستدلال مثلاً أن آثار البصمات أو آثار الدماء ليست للمتهم فإن ذلك يعد دليلاً جنائياً كاملاً. ويترتب على ذلك أن طريقة الحصول على الدليل يجب ألا تمس بحرية المتهم أو بحقوقه في سلامة جسده أو كرامته، وبالتالي فلا يعتبر دليلاً ما يهدر كرامته الإنسان أو يمس سلامته الجسدية أو حرته، كما هو الحال بالنسبة لاستخدام جهاز كشف الكذب أو مصطلح الحقيقة أو التنويم المغناطيسي<sup>(٢)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قبلت محكمة النقض الفرنسية شرعية الدليل الناتج عن إجراء قامت به شركة تجارية تمثل في وضعها لجهاز فيديو مزود بكاميرا خفية في إحدى فتحات التهوية لكي لا يراها أحد وذلك لاكتشاف الأفعال غير المشروعة التي ترتكب بداخلها من المستخدمين بها. ولم تعتبر محكمة النقض أن هذا الإجراء فيه مساس بالحياة الخاصة وبالتالي فلم تهدر شرعيته. ولقد تطلب قضاء هذه المحكمة فيما يتصل بالمراقبة التليفونية بالوسائل العلمية المستحدثة بأن ذلك يتم وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون والتي تحدد الطرق المشروعة للحصول على الدليل بما يضمن ابتعاد هذه الطرق عن المكر والخداع. كما قررت محكمة النقض الفرنسية صراحة مشروعية مراقبة المحادثات التليفونية، متى تمت بناء على إذن صادر من قاضي التحقيق، وكان الأمر يتعلق بمتهم - وبرتت المحكمة قضاءها بأن التنصت على المحادثات التليفونية لا ينطوي على افتئات على

(1) CADENE, La preuve en matière pénale, Dalloz 1996, Chron. p. 153 ; Crrim. 29 septembre 1999, Dalloz 2000, p. 374.

(2) VOUIN R, La preuve obtenue par les moyens illégaux, Re. crim. et pol. tech. 1954, p. 241.

حق الدفاع ولا يعد خرقاً لأي نص من نصوص القانون أو أي مبدأ قانوني<sup>(١)</sup>.

## الفصل الثاني

### دور الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي

إذا كان من الصعوبة بمكان تحديد الوسائل العلمية الحديثة على سبيل الحصر لأنها متجددة ولا يمكن استقصارها مثلها مثل كافة القرائن والأدلة المعاصرة التي تعتمد على التقنيات الحديثة في مجال الإثبات والبحث الجنائي، إلا أنه لبيان دور كل من هذه الوسائل في الإثبات الجنائي يمكن لنا تصنيفها عدة تصنيفات وذلك من حيث الأدلة المستمدة منها. وفي هذا الإطار تصنف هذه الوسائل إلى: وسائل تعتمد على بعض التحليلات البيولوجية، ووسائل تعتمد على تقنية الصوت والصورة، ووسائل تعتمد على الحاسب الآلي، كما أن هناك بعض الوسائل المادية الحديثة التي تلعب دوراً في الإثبات الجنائي. وأخيراً هناك بعض الوسائل غير المادية التي تلعب دوراً في الإثبات الجنائي كبصمة المخ والبصمة النفسية، وستحدث عن دور كل صنف من هذه التصنيفات في الإثبات الجنائي في مبحث مستقل، وذلك على النحو التالي.

### المبحث الأول

#### دور الوسائل التي تعتمد على بعض التحليلات البيولوجية والكيميائية في الإثبات الجنائي

من المعروف أن مهمة جمع الأدلة هي من اختصاص أجهزة التحقيق الابتدائي والأجهزة القضائية المختصة إلا أن الطب الشرعي يلعب، خلال مراحل التحقيق وبناء على أمر قضائي، دوراً عملياً وفنياً في كشف الدليل الجنائي الموصل إلى خيوط الجرائم الغامضة عندما يعجز التحقيق عن الكشف عن ملابسها ومرتكبيها. وتشمل الخبرة الطبية في مجال التحاليل البيولوجية: اختبارات سوائل الجسم، كالدّم، والعرق، والبول، واللعاب، واختبارات الأنسجة، والشعر. وهذه جميعها لها أهميتها في الإثبات الجنائي، وإثبات البنية والنسب. وقد عزز من أهمية

(١) Cass . crim , 9 octobre 1980.



هذه الاختبارات ما شهدته التطور العلمي في مجال الهندسة الوراثية واختبارات الحامض النووي (DNA) إذ أصبح يشكل بصمة وراثية تميز الأشخاص وأنسابهم علي نحو حاسم. كما تلعب بعض التحليلات الكيميائية والفيزيائية دورا هاما في الإثبات الجنائي، كما هو الحال بالنسبة للطيف الحراري في جرائم الحريق، وتحليل السموم، وتحليل الحشرات، وكذلك ما يقدمه علم الأنتروبولوجيا Anthropologie في الإثبات الجنائي. وستحدث عن دور هذه الوسائل التي تعتمد على بعض التحليلات البيولوجية في الإثبات الجنائي بشيء من التفصيل خلال النقاط الآتية.

**أولاً: تحليل سوائل الجسم:** يلعب تحليل سوائل الجسم؛ كالدم، والعرق، والبول، واللعاب، وكذلك الحال بالنسبة لغسيل المعدة، دوراً هاماً في الإثبات الجنائي، حيث يترتب على أي من هذه التحاليل تحديد النسب الموجودة في البول أو الدم من آثار المخدرات وغيرها، كما تظهر هذه التحاليل ما في المعدة من مواد ضارة أو مخدرات، حيث تؤخذ العينات من دم الشخص أو معدته أو بوله أو غير ذلك ويتم تحليل ما فيها من مخدر أو مواد مسكرة أو ضارة، ثم يستنتج دليل الإدانة أو البراءة ضد الشخص الخاضع لها حسب نتيجة التحليل<sup>(١)</sup>، كما قد يلجأ القاضي إلى طلب تحليل الدم لمعرفة بعض الوقائع الخاصة بحوادث القتل والضرب، وتحديد سبب الوفاة وشخصية القاتل وفصيلة دمه<sup>(٢)</sup>، عند وجود أثر للدم في ذلك، وكذلك تقدير وقت وقوع الجريمة من خلال تحديد الزمن الذي مضى على وجود بقعة الدماء من خلال لونها، حيث يكون لونها أحمر متى كانت قريبة الخروج من جسم الإنسان، مما يدل على قرب وقوع

(1) PELLETIER, Hervé, Tribunal correctionnelle, Administration de la preuve, Art. 427 à 457, JCP, 1998, p. 16, Cass. Crim. 7 Juin, 1998, Bull. crim. 254; MEUNIER C, La loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, Rev. Dr. pén. crim. 2002, p. 611.

(٢) أنظر في تصنيف فصائل الدم وتوزيعها على البشر، وطريقة التعرف على صاحب العينة:

STONE et DELUCA, Investigating Crimes, Houghton Mifflin co. Boston, 1985, p. 276; Journal of Forensic science society, England, January, 1976, vol. 19, n°1.

الجريمة، أما إذا تجلّطت وتحول لونها إلى البني فإن ذلك يدل على وقوع الجريمة منذ دقائق. ولذا فإنه يجب عند العثور على بقعة دماء على مسرح الجريمة سرعة تسجيل الأماكن التي عثر عليها فيها وشكل البقعة وحجمها وتجاه الدم والسطح الذي توجد عليه ومصدرها وما إذا كان إنسان أو حيوان، كما يجب تحديد وضع المجني عليه وقت وقوع الاعتداء واتجاه الجاني والمجني عليه وقت وقوع الحادث وبعده<sup>(١)</sup> حيث إن لكل معلومة من هذه المعلومات دلالتها في الإثبات الجنائي.

كما تستخدم تحاليل الدم في إثبات بنوة الطفل ونسبته إلى أبيه وذلك اعتماداً على قوانين مندل للوراثة Mendel laws of Heredity. وفي ذلك تقول محكمة نيوجرسي العليا الأمريكية إنه "أصبح من المقبول علمياً، في الأوساط الطبية والعلمية أن نتائج اختبارات فصائل الدم في مجال نسبة الطفل إلى أبيه ليس مجرد رأي خبير بل هي تقرير على واقع، ولما كان الأمر كذلك فلا بد من قبول هذه النتائج أمام المحاكم. فإذا قررت محكمة الموضوع أن هذه النتائج ليست قاطعة فإن قرارها يكون بمثابة أن تصدر المحكمة قراراً بأن الأرض منبسطة وليست كروية"<sup>(٢)</sup>. وفي قضية أخرى، قرر الخبير في الدعوى استناداً إلى نتائج التحاليل المعملية لفصيلة دم المدعى عليه أن هذا الأخير لا يمكن أن يكون والدا لطفل المدعية، وعلى الرغم من ذلك جاء قرار المحلفين إلى جانب المدعية، وضد المدعى عليه، فلما استؤنف الحكم أمام محكم بنسلفانيا العليا قررت محكمة الاستئناف أن قرار المحلفين جاء متعارضاً مع الدليل العلمي، ولذا قررت إعادة المحاكمة<sup>(٣)</sup>.

كما أن الإفرازات المهبلية والمخاطية لها أهمية في تحديد فصيلة الدم ويمكن التعرف على هذه الإفرازات بواسطة التحليل الميكروسكوبي والكيميائي.

- (1) BOUZAT P, "La loyauté dans la recherche des preuves", 2002, p.166 et s.
- (2) Richardson, Modern Scientific evidences, Civil and criminal, Anderson Co. Kentucky U. S. A., 1961, p. 339.
- (3) Commonwealth, V, Cobyle. Po, Supr, 1959, p. 154.

ويعد من قبيل تحليل الدم تحليل السائل المنوي في جرائم الزنا والاعتصاب وهتك العرض، ويتم البحث عن البقع المنوية في الملابس الداخلية خاصة، كما يتم فحص المجني عليها من طرف طبيب، حيث يتم فحص المهبل وشعر العانة والفخذين والبطن وغيرها من أجزاء الجسم التي يمكن أن تتعرض للتلوث من السائل المنوي، بالإضافة إلى أخذ عينة من البول، حيث يمكن الكشف عن وجود المني في البول حتى بعد ١٨ ساعة من الاتصال وحتى بعد موت المجني عليها بوقت طويل يتم أخذ عينة من إفرازاتها المهبلية. ولكل هذه التحاليل دلائل معينة لمعرفة الفاعل، عن طريق الفحص الميكروسكوبي بعد إذابة العينة في محلول ملحي بنسبة معينة فتظهر الحيوانات المنوية، ويتم التعرف من خلال ذلك على شخصية فاعل الجريمة<sup>(١)</sup>.

كما أمكن تحديد فصيلة الدم من الإفرازات الحيوية مثل المني واللعاب والعرق والبول والغشاء المخاطي، إلا أن النتائج ليست دقيقة وغير مضمونة<sup>(٢)</sup>.

ويساعد اللعاب في التعرف على المجرمين في الكثير من الجرائم عن طريق الربط بين الآثار الموجودة في مسرح الجريمة والمتهم، كأعقاب السجائر، وبقايا المأكولات الصلبة، والأكواب الزجاجية المتواجدة، وأغلفة الرسائل وطوابع البريد لأنها في العادة تتواجد عند عملية لصق الأغلفة والطوابع. كما يتم الكشف عن تعاطي المخدرات عن طريق تحليل اللعاب. واللعاب من النادر رؤيته بالعين المجردة بل لابد لاكتشافه من الاختبارات الكيميائية والمهجرية.

كما أن تحليل البول وتحديد ما إذا كان يخص إنساناً أو حيواناً أمر بالغ الدقة والأهمية، حيث يمكن تحديد ما إذا كانت البقعة الموجودة على

---

(1) KENNES Laurent, La preuve en matière pénale, Volume 1, éd, Kluwer 2005, p. 408 et s. ؛

د. حسين إبراهيم: الإثبات الجنائي، مطبعة كلية الشرطة، ١٩٩٨، ص ١٤٦.

(٢) د. حسين إبراهيم: الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ١٤٦.

مسرح الجريمة تحوي إفراناً بولياً أم لا ، كذلك يمكن تحديد مدى التركيز الكحولي في عينة من البول .

ويساعد العرق مع بعض المواد الموجودة في مسرح الجريمة في معرفة المجرم وما إذا كان في حالة توتر واضطراب نفسي وحينئذ يفرز العرق بغزارة وبالتالي تكون بصماته واضحة أكثر. ولكل إنسان رائحة عرق خاصة به وذلك لوجود مواد بروتينية غير معروفة التركيب تقوم بتحليلها البكتيريا الموجودة في جسم الإنسان مما يؤدي إلى رائحة مميزة للإنسان ، وقد أدرك الإنسان ذلك بحاسته وأمكنه التعرف على الرائحة وأن يفرق بين الأشخاص حتى وإن تقادم الزمن وبعدت المسافات<sup>(١)</sup>.  
ويختلف الناس في تميز الرائحة من شخص لآخر حيث يمكن تتبع المجرم بعد وقوع الجريمة عن طريق بصمة الرائحة Odor fingerprint ، وتتبع المجرم بعد عن طريق الكلاب البوليسية<sup>(٢)</sup> ، والآن أصبحت هنالك أجهزة علمية

(١) وقد أكدته القرآن الكريم في سورة يوسف الآية ٩٤ ، على لسان يعقوب عليه السلام أهمية رائحة الإنسان ، حيث وجد رائحة يوسف بعد طول عهد وعلى

سافة بعيدة  
وَلَمَّا فَصَلَتِ الْعِيرَ قَالَ أَبُوهُمْ إِنِّي لَأَجِدُ رِيحَ يُوسُفَ لَوْ أَنَّا كُنَّا نَعْتَدُونَ).  
(٢) يصل عدد أنواع الكلاب التي تستخدم في كافة الأجهزة الأمنية على مستوى العالم حوالي ٣٣٠ نوع تتوافر فيها شروط معينة مثل قدرة الكلب على استخدام أنفه وقوة الكلب الجسمانية والقدر الذي يتمتع به الكلب من الذكاء والشجاعة ، ويأتي على رأس هذه الأنواع كلب الرعي الألماني German Sheepdog ، كلب الرعي البلجيكي Belgian sheepdog ، واللابلادور Labrador ، وهذه الأنواع هي العمود الفقري لأي جهة أمنية تستخدم الكلاب . أنظر: لواء دكتور: مدحت الحريشي : تصحيح بعض المفاهيم حول الاستعانة بالكلاب في الشرطة - مجلة الأمن العام - العدد ١٧٠ السنة ٤٢ يولييه ٢٠٠٠ - ص ١٢٨ .  
وفي الواقع أن حاسة الشم لدى الكلاب البوليسية هي أقوى حواسه الخمس ، فمن الناحية العلمية فإن الكلب مخلوق جزئي في حين أن الإنسان مخلوق كلي ، أي أن قدرته على الشم قليلة ، ومعنى آخر فإن قوقعة عظمة الأنف وعظمة التصفية لدى الكلب المغطاة نخامى تمثل شكلاً أكبر تعقيداً ومساحة أكبر منها لدى الإنسان ، تبلغ هذه المسافة في المتوسط ٥ سم 2 لدى الإنسان في حين تصل من ١٥٠ - ١٧٥ سم لدى الكلب الوولف أي ما بين ٣٠ إلى ٣٤ مثلاً لدى الأخير ، وفي حين يبلغ سمكها من ٦ - ١٠٠٠ ملليمتر لدى الإنسان فإنها تصل من =

متطورة للكشف عن الرائحة وهو ما يسمى بجهاز الكروماتوجرافيا الغازية **Caz - Chromatography** والذي بواسطته يتم تحليل أي رائحة (١). كما تمكنت إحدى معاهد الأبحاث في شيكاغو من اختراع جهاز يمكنه التحقق من وجود قنابل داخل الطائرات وأطلقوا عليه اسم (شمام القنابل) وتقوم فكرة هذا الجهاز على أساس أن المادة الفعالة في صنع أغلب القنابل الموقوتة هي مادة الـ T.N.T التي تنبعث منها رائحة مميزة يصعب على الأنف العادية تمييزها (٢).

وغالباً ما تسمح قوانين الإجراءات الجنائية بإخضاع الجاني أو المجني عليه للإجراءات العملية للتعرف على نتائج تحاليل الدم، وغيره من التحاليل الطبية الأخرى (٣)، حيث يعد ذلك من قبيل الإيضاحات التي يجب الحصول عليها والتي حولها القانون لمأمور الضبط القضائي لتسهيل التحقيق، شأنه في ذلك شأن كافة الفحوص الطبية. وفي هذا الشأن نصت المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: "يجب على مأموري الضبط القضائي أن يقبلوا التبليغات والشكاوى .... ويجب على مرؤوسيه أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم، أو التي يعلنون بها بأي كيفية كانت، وعليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة"، كما نصت المادة ٢٩ من ذات القانون على أنه: "لمأموري الضبط القضائي أثناء جمع الاستدلالات أن يسمعوا أقوال من يكون لديه معلومات عن الوقائع

١- ١٠ ملليمتر لدى الأخير أي ١٦ مثلاً ، فضلاً عن ذلك فإن مركز الشم في مخ الكلب أكبر كثيراً، أنظر: د. محمود محمد محمود: الأسس العلمية والتطبيقية للبصمات، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، سنة ١٩٩١، ص ٣٧٣.

(١) د. عدنان عبد الحميد زيدان: ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٣ ص ٣٩.  
(٢) د. محمود محمد محمود: الأسس العلمية والتطبيقية للبصمات، المرجع السابق، ص ٣٧٥.

(٣) د. حسين محمود إبراهيم: الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية ١٩٨١، ص ٢١٨.

الجناية ومرتكبها وأن يسألوا المتهم عن ذلك، ولهم أن يستعينوا بالأطباء وغيرهم من أهل الخبرة ويطلبوا رأيهم شفهيًا أو بالكتابة".

**ثانياً: تحليل بعض أجزاء الجسم:** يستخدم تحليل بعض أجزاء الجسم كالأنسجة والخلايا والشعر وقطع العظام وغيرها، لمعرفة شخصية الجاني أو المجني عليه وعمره وجنسه وما إذا كان ذكراً أم أنثى، فمثلاً العلاقة بين العمر والشعر على علاقة طردية حيث يغمق لون الشعر كلما زاد العمر، كما أن الشيب وضمور بصيلة الشعر دليل على كبر السن، إلا أن هذا كله ليس دليلاً قاطعاً. كما أن شعر الذكور أكثف واخشن وأغمق من شعر الإناث والبلوغ محكوم بشعر العانة والإبط والشارب في الذكور كما أن بعض الحالات المرضية أو النفسية تسبب تغييراً في نمو الشعر، كما أن استخدام الصبغات والزيوت التي تغير لون الشعر وسمكة لها أثرها في الإثبات الجنائي (١). كما يختلف الشعر الصناعي عن الشعر الطبيعي. كما أن شعر آدمي يختلف عن شعر الحيوان. وكثيراً ما يستخدم تحليل الشعر في الحالات الآتية (١):

١ - إثبات الصلة بين شخصين وذلك في حال وجود شعرة أو بعض بقايا الجسم يثبت أنها لشخص معين ، عالقة بملابس شخص آخر أو مسكا بها في يده أو تحت أظافره عقب المقاومة.

٢ - في جرائم الجنس والشروع فيه فقد يعثر على شعر العانة عند الأعضاء التناسلية أو تؤخذ من الملابس الداخلية للأشخاص الذين لهم الصلة بجرائم الجنس خاصة الاغتصاب وانتهاك حرمان النساء أو جرائم هتك عرض الأطفال الصغار إذ لا يكون شعر أعضائهم التناسلية قد ظهر بعد.

---

(١) د. يحيى شريف ، د. محمد عبد العزيز سيف النصر ، د. محمد عدلي مشال : الطب الشرعي والبوليس الفني ، مكتبة القاهرة الحديثة الجزء الأول ، ١٩٦٩ ، ص ١١٢ .

(2) LLER M.S. and GOODWIN G.A, Criminal litigation, Buttesworths, London, 1985, p. 4 and s.

٣ - في جرائم الإجهاض قد توجد بعض الشعرات على الأداة التي استعملت في عملية الإجهاض

٤ - في جرائم العنف أو القتل والشروع فيه والضرب، فأحيانا يمكن

العثور على شعر القتل أو المتغدي عليه أو المصاب عالقا بجسم الجاني.

٥ - في حوادث الطريق فقد يوجد الشعر على سطح المركبات الخاصة

فتظل شعرات عالقة بالضادامات أو بالإطارات أسفل العربة.

كما يتم اللجوء إلى تحليل بعض أجزاء الجسم، كما هو الحال

بالنسبة لتحليل بعض خلايا أو عظام الجسم وهو ما يعرف بتحليل

الحامض النووي، على ما سنرى بعد قليل. كما يتم تحليل الآثار التي

تتخلف عن الجاني على مسرح الجريمة أو على جسم المجني عليه، كما هو

الحال بالنسبة لتحليل الآثار المتخلفة عن الأظافر أو الأسنان الناتجة عن

الخرايش أو العض الذي يمارس المجني عليه على الجاني أو العكس أو

على الأشياء، أثناء جرائم العنف والمقاومة كالضرب والخنق، وكذلك

جرائم الاغتصاب وهتك العرض بالقوة... الخ، وقد يمارس بعض المجرمين

بعض آثار العنف على المجني عليه باعتبارها صفة مميزة له لكي يضيفي على

إجرامه أسلوب مميز، وهو ما يعرف بالسمة أو العلامة المميزة

Characteristic Marc or Trade Marc<sup>(١)</sup>. ويمكن التوصل إلى

الجاني عن طريق نوعية أسنانه أو الآثار التي تخلفها العضة سواء بجسم

الإنسان المعتدى عليه، أو على أية مادة غذائية وجدت بمسرح الجريمة

وتنبئ آثارها عن مدى خطورة العضة نفسها ومدى قوة الأسنان وحجمها

فتحدث بذلك آثار سطحية تأخذ شكل طاقم الأسنان أو جرحا غائرا.

ويبقى جسمهم محتفظا بآثار تلك الأسنان إلا في حالات العض الكامل

لأن العضة إذا كانت بالقوة التي قطعت الأنسجة، فشكل الأسنان يتلاشى

في هذه الحالة لكون النسيج البشري رخوا. كما قد تظهر على الجاني حال

(1) HARPER, ROW, PUBLISHERS, New York, 1980, p. 35, 158, 255, 267 & s.

مقاومة الجني عليه، وقد تتواجد كذلك على بقايا بعض المأكولات الصلبة المتواجدة بمسرح الحادث<sup>(١)</sup>.

ويتم التعرف على الجثث المجهولة في كثير من الحوادث عن طريق الأسنان<sup>(٢)</sup> حيث يصعب التعرف على أصحاب الجثث عن طريق الأوصاف الجسدية وبصمات الأصابع، كما هو الحال بالنسبة لحوادث القتل الجنائي التي يقوم فيها الجاني بتشويه الجثة أو التمثيل بها وتقطيعها إلى أشلاء أو القيام بحرقها لإخفاء معالم الجريمة، أو العثور على الجثة في حالة تعفن وتحلل، وكذلك الحال بالنسبة لحوادث الطيران أو القطارات أو الحرائق والكوارث الطبيعية حيث تشوه الجثث بفعل الحريق أو بتناثر أجزائها. ففي مثل هذه الحالات يمكن التعرف على الجثث عن طريق الأسنان وهذه الوسيلة تأكيدية حيث إن الأسنان تقاوم التعفن والتحلل كما أنها تتحمل درجات الحرارة العالية.

وعن طريق فحص الأسنان يمكن التعرف على صاحب الجثة من خلال معرفة: أ- تقدير عمر الجثة عن طريق ظهور الأسنان اللبنية والأسنان الدائمة ومدى تآكل الأسنان وجذورها. ب- تحديد فصيلة الدم وبصمة الحمض النووي للجثة من خلايا النخاع والرجوع إلى كل من له مفقود يمكن معرفة صاحب الجثة. ج- تحديد بعض التشوهات الخلقية والمعلومات الوراثية لأسنان الجثة. د- معرفة بعض العلامات المطبوعة على طاقم الأسنان والتركيبات السنية والحشوات والتيجان التي تثبت على الأسنان وتعتبر مميزة للشخص عن غيره. و- معرفة عادات المتهم كالتدخين مثلاً والمشروبات الكحولية التي قد تترك أثراً واضحاً على الأسنان. هـ- كما تسمح الأسنان بتحديد حرفة الشخص حيث نجد أن الأشخاص الذين يمارسون حرفة صناعة الأحذية والخياطين تتساقط

(١) د. طه أحمد متولي: الدليل العلمي وأثره في الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ١٧٠.

(٢) د. جميل عبد الباقي الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، المرجع السابق، ص ٦٨.



وتتأخر بعض أسنانهم لاستعمالهم لها في شد الخيوط وقطع الجلود، فكل  
لذا يؤدي إلى تحديد هوية الشخص والتعرف عليه .

وكذلك يتم تحليل ما يتخلف من مواد مخدرة أو مواد سامة على  
أظافر الجاني في جرائم الاتجار بالمخدرات أو جرائم السم بوجه عام  
وتسميم المواشي خاصة، أو ما يتخلف تحت الأظافر من مواد خضرة  
ونباتية في جرائم إتلاف المزروعات أو تقييعها<sup>(١)</sup>.

وجدير بالذكر أن أغلب هذه الآثار لا تقطع في ذلتها على  
حدوث الجريمة ونسبتها إلى المتهم، إلا أنها تتضافر وتساند مع باقي الأدلة  
في تكوين الإقناع القضائي بها.

**ثالثاً: تحليل الحامض النووي (DNA)، والهندسة الوراثية:**

الـ DNA هي الحروف الأولى لمصطلح Deoxy Ribonucleic

Acid أو بالفرنسية Deoxy acide ribonucléique، والحروف الثلاثة

ترمز إلى (الحمض النووي الريبوزي ديوكسي)، وهذا الحامض النووي<sup>(٢)</sup>

هو مادة عضوية ذاتية التكرار موجود في نواة الخلية، وهذه المادة موجودة

في جميع الكائنات الحية تقريباً باعتبارها المقوم الرئيسي للكروموسومات.

وهو الناقل للمعلومات الوراثية<sup>(٣)</sup>. وتحليل الـ DNA أو البصمة الوراثية

(١) د. حسين إبراهيم: الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ١٢٩ وما بعدها.

(٢) يوجد نوعان من الأحماض النووية هما: الحمض النووي الريبوزي منقوص

الأوكسجين (DNA) والحمض النووي الريبوزي (RNA)، راجع د. عبد

الباسط محمد الجمل: موسوعة تكنولوجيا الحمض النووي في مجال الجريمة،

الجزء الأول، بصمة الحمض النووي... المفهوم والتطبيق، دار الفكر

العربي، ٢٠٠٦، ص ٢٢.

(٣) أنظر في ذلك موسوعة ويكيبيديا Wikipedia على الموقع:

<http://en.wikipedia.org/wiki/DNA>؛ وأنظر أيضاً موسوعة

oxford على الموقع:

<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/DNA>؛

في تقنية الـ DNA بصفة عامة: وأنظر:

BERRY, Andrew; WATSON, James. DNA: the secret of life. New  
York: Alfred A. Knopf, 2003; CALLADINE, Chris R. DREW,  
Horace R. LUISI, Ben F. and TRAVERS, Andrew A,=

عجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الثالث (١٢٥٧)

مثل تحليل الدم أو بصمات الأصابع أو المادة المنوية أو الشعر أو الأنسجة ، يبين مدى التشابه والتماثل بين شيئين أو الاختلاف بينهما<sup>(١)</sup>. ومن خلال هذا التحليل يتم تحديد هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء من أجزاء الحمض المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه<sup>(٢)</sup> ، والتي تشكل ترتيباً معيناً للجينات يختلف من شخص لآخر.

وقد عرف بعض الفقه الجنائي البصمة الوراثية بأنها " المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية"<sup>(٣)</sup>. وأضاف البعض بقوله إنها " الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الـ DNA والذي يحتوي على خلايا جسده"<sup>(٤)</sup>.

---

=Understanding DNA: the molecule & how it works. Amsterdam: Elsevier Academic Press, 2003; DENNIS, Carina, JULIE Clayton, 50 years of DNA. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003; KENNES Laurent, La preuve en matière pénale, op. cit, p. 410 et s. RIDLEY, Matt, Francis-Crick: discoverer of the genetic code. Ashland, OH: Eminent Lives, Atlas Books, 2006; Rosenfeld, Israel.. DNA: A Graphic Guide to the Molecule that Shook the World. Columbia University Press, 2010; Mashaghi A, Katan A (2013). "A physicist's view of DNA". De Physicus 24e (3): 59-61.arXiv:1311.2545v1.pdf. Bibcode:2013arXiv1311.2545M .

(١) د. وهبة الزحيلي : البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة عام 2002 ، مجلد ٣ ص ١٥ .

(٢) د. نصر فريد واصل : البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، أعمال الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة 2002 ، المجلد 3 ص ٨٧٩ .

(٣) د. رمسيس بهنام - البوليس العملي أو فن التحقيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ١٩٩٩ ، ١٥٠ .

(٤) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا : مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة بين الشريعة والقانون من ٥ إلى ٧ مايو ٢٠٠٢ ، الإمارات ، المجلد الثاني ، ص ٦٨٥ .

(١٢٥٨) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الثاني ٢٠١٧ المجلد الثالث

وتتفرد البصمة الوراثية ببعض المميزات التي تميزها عن غيرها من الأدلة البيولوجية الأخرى، وتمثل هذه المميزات في: ١- تعتبر البصمة الوراثية أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان وذلك لأن نتائجها قطعية لا تقبل الشك والظن. ٢- الاختلاف وعدم التوافق والتشابه بين أي فرد وآخر في تحليل البصمة الوراثية. ٣- تقوم البصمة الوراثية بوظيفتي الإثبات والنفي معاً والإثبات إما أن تثبت نسباً أو تثبت جريمة والنفي أن تنفي جريمة أو تهمة عن متهم. ٤- يتميز الحمض النووي بقوته وتحمله ضد التعفن والتغيرات الجوية الأمر الذي يعطيه قابلية المرونة والسهولة لمعرفة أصحاب الأشلاء والجثث. ٥- تتمتع البصمة الوراثية وجزئ الحمض النووي بمقدرته علي الاستساخ وبذلك يعمل علي نقل صفات النوع من جيل إلي جيل<sup>(١)</sup>.  
وتلعب تقنية البصمة الوراثية<sup>(١)</sup> دوراً هاماً في الكشف على

(١) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا : مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 685؛ د. عبد الله عبد الغني غاتم: دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة بين الشريعة والقانون من 5 إلى 7 مايو 2002، الإمارات، المجلد الثالث، ص ١٢٢٩.

(٢) أنظر في دور البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي بصفة عامة:

AOUDIA Khadija, L'utilisation de la génétique dans l'administration de la preuve en droit de la filiation et en droit pénal, thèse de doctorat, Droit, Montpellier, 2001 ; BONNIEU (Michel). Le juge d'instruction et les empreintes génétiques à l'aube du troisième millénaire, Revue pénitentiaire et de droit pénal. Bulletin de la Société générale des prisons et de législation criminelle, 124e année, 2000, n° 2, p. 202-219 ; CABAL Christian, Rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Paris, Assemblée nationale, Sénat, 2001, p 138 ; COQUOZ Raphaël, Preuve par l'ADN : la génétique au service de la justice, Lausanne,=

الجرائم المختلفة كالقتل والسرقة والاعتصاب وهتك العرض، وجرائم الاغتياي، وغيرها، نظراً لكونها تسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام<sup>(١)</sup>، باعتبارها دليل مادي لا يقبل إثبات العكس - كأصل عام - أما غيرها من وسائل الإثبات كبصمات الأصابع، وبصمة العرق، وبصمة الشعر، وبصمة الصوت، فهي تتفاوت في قوتها في الإثبات، فضلاً عن أن تلك الأدلة الجنائية ليست ذات طبيعة مادية ملموسة، كما هو الحال في الحمض النووي<sup>(٢)</sup>.

وتتعدد مجالات استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي خاصة في تحديد هوية المتوفين مجهولي الهوية في حالة الكوارث الطبيعية وحالة الحوادث التي يتخلف عنها الكثير من الجثث، وذلك بأخذ عينة من الشخص المجهول ومقارنتها إما بقواعد البيانات المسجلة بالبصمة الوراثية

---

=Presses polytechniques et universitaires romandes, 2003, XI- p 327 ; LEMOINE Christel, L'utilisation des tests ADN en matière criminelle, mémoire de D.E.A., Droit privé général et européen, Limoges, 2001 ; OUTREMEP- UICH Christian, (dir.). Les empreintes génétiques en pratique judiciaire, Paris, DF, 1998, p 176.

؛ وأنظر في الفقه المصري: د. أحمد الجمل: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، المجلة، الجنائية القومية، المجلد السادس والأربعون، العدد الثالث، نوفمبر 2003، مصر، ص 85؛ د. عبد الباسط محمد الجمل ومزوان عادل عبده: موسوعة تكنولوجيا الحمض النووي في مجال الجريمة، الجزء المرجع السابق؛ د. حسني محمود عبد الدايم: البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، 2009.

(1) CHRISTOPHE GALEUX Jean-La nature juridique du material génétique . Au . La reification du corps Humain.

(٢) د. عبد الباسط محمد الجمل: موسوعة تكنولوجيا الحمض النووي في مجال الجريمة، المرجع السابق، ص ٢٢ وما بعدها؛ د. عبد الفتاح محمود رياض: الأدلة الجنائية المادية، كشفها وفحصها، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢١١.

جميع أشخاص المجتمع وإما مقارنتها بعينات من الدم للأشخاص المشتبه في قرابته لهم (من الدرجة الأولى) وبذلك يمكن تحديد هوية الشخص المتوفى الذي كان مجهول الهوية<sup>(١)</sup> ، كما يحدد الحمض النووي الأجناس المختلفة كأوروبي أو أفريقي أو أمريكي ... ألخ من خلال ما ما تتمتع به كل جنسية من هؤلاء من سمات مميزة وصفات وراثية مشتركة<sup>(٢)</sup>. كما يحدد الحمض النووي الجنس ذكراً أو أنثى باستخدام العينات المختلفة مثل العظام - الدم - التلوثات الدموية الجافة - اللعاب. كذلك يستخدم في إثبات البنية ، وذلك بأخذ عينات من الدم من الأم والطفل ومن الأب المشكوك فيه ويتم مقارنة الحمض النووي فيثبت أن الطفل يحمل بصمة وراثية تتفق في نصفها مع الأم والنصف الأخر مع الأب . ويمكن من خلال الحمض النووي تحديد المتهمين في قضايا الاغتصاب وذلك بمقارنة الحمض النووي للسائل المنوي المأخوذ من المعتدي عليها ومقارنته بالحمض النووي للأشخاص المتهمين فيثبت أنه يتطابق مع شخص واحد فقد دون بقية المتهمين<sup>(٣)</sup>. وبما هو جدير بالذكر أن استخدام تحليل ( DNA ) إنما يكثر في جرائم الزنا والاختصاب

- (1) GYLLENSTEN UB, JOSEFSSON A, SCHEMSCHAT K, SALDEEN T, PETTERSON U, DNA typing of forensic material with mixed genotypes using allele-specific enzymatic amplification (polymerase chain reaction), 1992, Forensic Sci Int. 1992, pp. 149-160.
- (2) SHULZ M.M, WEHNER H. D, REICHERT W, & GRAW M, Ninhydrindyed intent fingerprints as a DNA source in a murder sase, Journale clinical forensic medicine, 2004, p. 367. ؛

المرجع السابق، ص ١٢٣. د. طه أحمد متولي: الدليل العلمي وأثره في الإثبات الجنائي، (٣) أنظر: بحثا بعنوان البصمة الوراثية بين النظرية والتطبيق للعقيد صلاح الدين مصطفى جاء وآخرين ، مقدم لمعهد الأدلة الجنائية بمصلحة الأدلة الجنائية بوزارة الداخلية دورة التصفيات الحديثة لفحص الحمض الأثر البيولوجية " البصمة الوراثية القاهرة ١٩٩٩ ص ٢٦ وراجع أيضاً: د. جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، المرجع السابق ص ٦٤

وهتك العرض أي في الجرائم الأخلاقية. وتعتمد البصمة الوراثية على جمع عينات بيولوجية من جسم الإنسان مثل عينات الدم، فضلات الشعر شرط وجود البصيلات فيها، الأظافر ولو جزء ضئيل منها، اللعاب، المني، الإفرازات المهبلية الجافة أو أي نسيج بشري كالحلايا الجلدية والعظام والأسنان.

أما بالنسبة الهندسة الوراثية *Le génie génétique* (١): يعتبر الـ DNA أحد التقنيات المستخدمة في مجال الهندسة الوراثية. وتقوم الهندسة الوراثية بتعديل التركيب الوراثي لكائن حي باستخدام تقنيات تقديم المادة الوراثية التي تحضّر خارج الكائن الحي إما مباشرة داخل العائل أو داخل خلية تدمج أو تهجن مع العائل (٢). وتتطلب هذه العملية استخدام تقنيات الحمض النووي (الدنا DNA أو الرنا RNA) لتشكيل تركيبات جديدة من المادة الجينية الموروثة إما بطريقة غير مباشرة باستخدام نظام ناقل أو مباشرة عبر تقنيات التلقيح المجهري وحقن الماكرو والكبسلة الدقيقة. ويمكن استخدام الهندسة الوراثية ضمن أبحاث الاستنساخ والحلايا الجذعية مع أنها لا تعتبر هندسة وراثية (٣) إلا

(١) الهندسة الوراثية بالإنجليزية *Genetic engineering*: وتسمى أيضا بالتعديل الوراثي وهي تلاعب إنساني مباشر بالمادة الوراثية للكائن الحي بطريقة لا تحدث في الظروف الطبيعية، ويعتبر أي كائن حي يتم إنتاجه باستخدام هذه التقنيات كائناً معدلاً وراثياً. فالهندسة الوراثية هي التقنية التي تتعامل مع الجينات، البشرية منها والحيوانية بالإضافة إلى جينات الأحياء الدقيقة. أنظر: موسوعة ويكيبيديا <http://ar.wikipedia.org/wiki/> على الموقع الإلكتروني: <http://ar.wikipedia.org/wiki/> تعديل وراثي.

- (2) The European Parliament and the council of the European Union (12 March 2001). Directive on the release of genetically modified organisms (GMOs) Directive 2001/18/EC ANNEX I A, Official Journal of the European Communities, p. 17.
- (3) ALISON Van Eenennaam. "Is Livestock Cloning Another Form of Genetic Engineering?". agbiotech on the site: <http://agribiotech.info/details/Alison%20-%20cloning%20March%208%20-%202003.pdf>.

أنها وثيقة الصلة بها<sup>(١)</sup>.

وتؤدي الهندسة الوراثية دوراً في مجال الإثبات الجنائي في جرائم العنف وإثبات البنية وحوادث الطائرات وضحايا الحوادث الجماعية والقتل الجماعي والمقابر الجماعية، حيث يتم التعرف على الضحايا من خلال تقنيات الهندسة الوراثية التي من بينها DNA.

إلا أنه يخشى في المجال الجنائي من مخاطر الهندسة الوراثية خاصة عندما يتعلق الأمر بتقنية الاستنساخ البشري، التي قد تؤدي إلى زيادة فرض ارتكاب الجرائم والتهرب من الملاحقة الجنائية والعقاب، نظراً لصعوبة إثبات الجريمة ونسبتها إلى شخص بعينه، حيث سيكون هناك تطابق في الشكل والمظهر والصفات البيولوجية بين الإنسان المستنسخ مع الشخص صاحب الخلية الأصلية<sup>(٢)</sup>. كما يمكن أن تؤدي بعض استخدامات الهندسة الوراثية إلى ظهور أنواع جديدة من الإجرام كالاتجار في الأعضاء المستنسخة والخلايا الجذعية والجينات الوراثية، وإجراء التجارب العلمية والطبية الوراثية غير المشروعة.

**رابعاً: التحليل التخديري:**

التحليل التخديري هو حقن الشخص بعقار مخدر تكون الغاية منه التأثير على العقل الباطن للمحقق وذلك بقصد إحداث نوع من التخفيض أو التعطيل في التحكم الإرادي لدى الفرد ونزع حواجز عقله الباطن للتعرف على المعلومات المخترنة في داخل النفس، كما يؤدي إلى حالة النوم أو الاسترخاء لمدة تصل من عشرين إلى أربعين دقيقة تسلب فيها إرادة الشخص ويبقى خلالها مالكا لقواه الإدراكية ولكن تتلاشى فيها قدرته على

(1) SUTER David M., Michel Dubois-Dauphin, Karl-Heinz Krause (2006). "Genetic engineering of embryonic stem cells". Swiss Med Wkly 136 (27-28): 413-415. PMID 16897894.

(2) WILLIAMS Paul R, Treatment of detainees, examination of issues relevant to detention by the Unites Nations Human Rights Committee, Geneva, Henry Dunant Institute, 1990, p. 267.

عدم إطلاق الأفكار التي كان يكتبها أو كان يعتمد كتمانها بحيث لا تستطيع الإرادة أن تتحكم فيها مما يجعل الشخص أكثر قابلية للإيحاء، ورغبة في المصارحة، والتعبير عن المشاعر الداخلية، وبذلك يمكن اكتشاف الدوافع النفسية والرغبات المكبوتة. فالتحليل التخديري يرفع أو يضعف من الحاجز القائم بين العقل الواعي والعقل الباطن بحيث يمكن معرفة المعلومات التي يحتويها هذا الأخير<sup>(١)</sup>.

ويعيداً عن تقييم أسلوب التحليل التخديري ومدى مساسه بحقوق المتهم وسلامة الجسدية، وكونه محل خلاف واعتراض من جانب بعض رجال الفقه القانوني الجنائي من حيث مدى جواز قبول استخدامه في مجال الإثبات الجنائي<sup>(٢)</sup>، فإن أسلوب التحليل التخديري يعتبر من الأساليب العلمية التي تستخدم في إثبات الواقعة الإجرامية بالدليل القولي أي من الأساليب التي تهدف إلى كشف حقيقة الجريمة بانتزاع الاعترافات والمعلومات المتعلقة بالجريمة من المتهمين، والنطق بالحقيقة كاملة دون أي ضغوط ودون الحاجة لاستخدام وسائل التعذيب، لأنه يلغي القدرة على الابتكار والتأليف، مما يجعل الخاضع له غير قادر على الكذب، الذي يحتاج إلى الكثير من التلفيق، فلا يمكنه غير ذكر الحقيقة فحسب، فهو وسيلة إثبات قولية شأنه في ذلك شأن التنصت والتسجيل ومراقبة المحادثات التليفونية والشفهية، وكذلك أساليب التحليل النفسي الأخرى التي تعتمد على تطورات العلوم الحديثة في مجال التحليل النفسي وردود فعل الأحاسيس الإنسانية اللاشعورية وكشف الكذب وصنولاً إلى الحقيقة<sup>(٣)</sup>.

(١) د. آمال عبد الرحيم عثمان: الخبرة في المسائل الجنائية، المرجع السابق، ص ١٦.

(٢) د. حسن محمد ربيع: حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٣) د. عادل غانم: كشف الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، المرجع السابق، ص ٤٠٣٢١، وأنظر أيضاً موسوعة ويكيبيديا الحرة على الموقع: <http://ar.wikipedia.org/wiki> مصلى الحقيقة.



**خامساً: تحليل السموم:** ويتم ذلك بتحليل المواد التي يحتويها الوسط البيولوجي، مثل البول ومختلف البقايا والمواد العلاجية والمخدرات، وتحليل محتويات المعدة والأمعاء والكبد، للتعرف على المواد السامة ودرجة خطورتها، ومن أمثلة هذه المواد الزرنيخ والخمور بأنواعها. كما يتم من خلال تحليل السموم تحديد نسبة الكحول الإيثيلي في الدم في حالة السكر أثناء القيادة<sup>(١)</sup>. ويتم الكشف عن آثار السموم أو المخدرات أو المواد الأخرى باستعمال طريقة التحليل الطيفي بالكتلة وذلك بالأشعة فوق البنفسجية مقرونة بطريقة الفصل الكروماتوجرافي. *séparation chromatographique*<sup>(٢)</sup> في المرحلة الغازية، وتسمح هذه الطريقة بإثبات الجزيئات المكونة للمادة وتأكيداتها، يتم تفجير هذه الجزيئات بحزمة إلكترونية تسمح بتكسيدها إلى أيونات، هذه الأخيرة تفصل طبقاً لكتلتها بواسطة الكروماتوغرافيا، تتم بعد ذلك مقارنة شدة تيار الأيونات وطبيعتها بالمواد المخزنة بالكمبيوتر الذي تخزن به ١٠٠.٠٠٠ مادة مرجعية. وتحليل مختلف الأوساط البيولوجية يمكن معرفة سزعة انتشار السم في مختلف الأعضاء ونفس الشيء بالنسبة لظروف وسرعة الموت، مثلاً عند وجود نسبة عالية من الهيروين في الدم وكمية قليلة من الجزيئات المشتقة منها في البول، فإن هذا يعني أن الموت كان سريعاً وناقماً عن تناول جرعة مفرطة، وهكذا.

**سادساً: الطيف الحراري:** يستعمل التحليل بواسطة الطيف الحراري في إثبات جرائم الحرائق، وذلك لأن المكان الذي يبدأ منه الحريق يتميز بعلامات خاصة لا توجد في بقية الأماكن الأخرى التي اشتعلت فيها النار، لذلك يتم أخذ عينات من بقايا الحريق في المكان الذي بدأ منه

(١) د. عمر الشيخ الأصم: نظام الرقابة النوعية في المختبرات الجنائية في الدول العربية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ١٩٩٩، ص ١٩؛ وأيضاً أنظر: دور الشرطة العلمية في فحص الآثار الجنائية: مقال منشور على الانترنت على موقع مجلة القانون والأعمال، على الموقع التالي: <http://www.droitentreprise.org/web/?p=791>

(2) <http://fr.wikipedia.org/wiki/Chromatographie>.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الثالث (١٢٦٥)

لفحصها بواسطة التحليل الكيمائي والطيفي ، وهذه العينات يمكن أن تكون رماد المواد ( خشب زجاج بلاستيك ...الخ) أو أشياء مصدرها أشياء متنوعة ( لباس ، دلاء ...الخ) وتكون في حالة جيدة، ويتم وضعها كل على حدة في أكياس بلاستيكية، وفي المخبر يتم تحليل العينات من أجل استخراج المواد المتبخرة المستعملة في الحريق، عن طريق التحليل الكروموتوجرافي chromatographique<sup>(1)</sup> في المرحلة الغازية وكذلك التحليل الطيفي بالكتلة، وبعد الحصول على الجزئيات يتم مقارنتها مع مواد مرجعية مخزنة بالكمبيوتر.

**سابعاً: الأنتروبولوجيا Anthropologie<sup>(2)</sup>** : تهتم الأنتروبولوجيا بدراسة التغيرات والتنوعات البيولوجية للبشر على الأرض بمرور الأزمنة وتدرس هذه التغيرات للأفراد أو المجتمعات على مستوى الجزئيات، الخلايا والنسيج والأعضاء كافة. وتهتم الأنتروبولوجيا في هذه الحالة بقياس بعض العظام المختارة وتوضيح الخواص، حيث يتم التركيز على التشوهات العظمية، والأعضاء أو المواد الاصطناعية (ألواح معدنية، براغي تثبيت "مسامير" وتحديد رقمها إن وجد، وعددها واتجاهها) والتي تكون النقاط الهامة للمقارنة مع الملف الطبي للمبحوث عليه. كما يمكن تحديد أصل العظام بسهولة إن كان بشري أو حيواني، حيث إن النسبة بين القطر الخارجي والداخلي للعظام الطويلة عند الإنسان صغير مقارنة بالحيوان. كما أن فحص الهيكل العظمي يسمح كذلك بتحديد الجنس وفي

(1) V. <http://fr.wikipedia.org/wiki/Chromatographie>.

(2) V. <http://fr.wikipedia.org/wiki/Anthropologie>.; Albert Ducros, « Phrénologie, Criminologie, Anthropologie : une interrogation continue sur anatomie et comportement », Bulletins et Mémoires de la Société d'anthropologie de Paris, vol. 10, no 3-4, 1998, p. 471-476 ; Marc Renneville, « L'Anthropologie du criminel en France », Criminologie, vol. 27, no 2, 1994, p. 185-209.

بعض الأحيان العمر، حيث إن الحوض عند المرأة عريض مقارنة بالرجل وبالمثل جمجمة المرأة صغيرة مع انطباع قليل لبصمات العضلات عليها. أما بالنسبة للعمر فيتم تحديده بفحص عظام القفص الصدري وكيفية ارتباطها وكذلك درجة التحامها والتحام الجمجمة، كما يمكن استنتاج السلالة لصاحبها بدراسة مورفولوجية الجمجمة. كما يمكن تحديد عمر العظام باستعمال طرق فيزيائية وكيميائية، حيث إن الدهون تزول في العظم بالتقريب بعد مدة ١٠ سنوات والبروتينات في أقل من ٥٥ سنوات. كما يمكن استعادة تقاسيم الوجه أو الجسم في علم الإنسان وذلك بواسطة أنظمة معالجة خاصة<sup>(١)</sup>.

**ثامناً : علم الحشرات Entomologie<sup>(٢)</sup> :** يبدأ مجال البحث الجنائي لهذا العلم من لحظة الوفاة، فيصبح الشخص المتوفى طعاماً للحشرات، حيث يوجد حوالي ٤٠٠ نوع من الحشرات الجيفية، التي تشارك في استهلاك الجثة بانتظام. أثناء اكتشاف جثة يكفي فقط التعرف على الحشرات الموجودة وتحديد طور تطورها ليتمكن من تحديد تاريخ الوفاة، تبدأ العملية بجمع البويضات واليرقات والحشرات الطائرة أو الزاحفة حول أو فوق الجثة، تؤخذ العينات الحية وتوضع في أنابيب اختبار ثم تنقل إلى المخبر، كما تؤخذ عينات من التراب من حول الجثة عن عمق من ١٠ سم إلى ٥١ متر من أجل جمع الحشرات التي تعيش في التربة ولا تظهر على السطح إلا لتقتات منه. وعلى مستوى المخبر يتم فرز وترقيم الحشرات، حيث يوضع جزء منها في أنابيب لكي تواصل نموها وتوفر لها كل الشروط

---

(١) أنظر مقال على الانترنت بعنوان، أهمية الدليل العلمي في التحقيقات الجنائية، <http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=9916> منتديات الحقوق والعلوم القانونية، على الموقع :

(2) V. [http://fr.wikipedia.org/wiki/Entomologie\\_m%C3%A9dicole](http://fr.wikipedia.org/wiki/Entomologie_m%C3%A9dicole) ؛LECLERCQ Marcel (1978), *Entomologie et Médecine légale. Datation de la mort*. Masson (Paris), Collection de médecine légale et de toxicologie médicale : 100 p.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الثالث (١٢٦٧)

الطبيعية التي وجدت فيها وبعد مدة تسمح بتفقيس البويضات وتحديد فترة النمو، ويتم تحديد عمر الجثة من خلال عملية حسابية معينة<sup>(١)</sup>.

## المبحث الثاني

### دور الوسائل التي تعتمد على تقنية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي

تعلب الوسائل التي تعتمد على تقنية الصوت والصورة دوراً هاماً في الإثبات الجنائي نظراً للتقدم العلمي الهائل الذي طرأ على هذه الوسائل<sup>(٢)</sup>، مما جعل الدليل المستمد منها له حجته في الإثبات بما له من قدرة على تكوين الاقتناع القضائي إذا تم بدون تلاعب أو عبث. وستحدث في هذا المبحث عن دور هذه الوسائل في نقطتين، نتناول في

(١) أنظر مقال على الانترنت بعنوان، أهمية الدليل العلمي في التحقيقات الجنائية،

منتديات الحقوق والعلوم القانونية، على الموقع:

<http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=9916>.

(٢) فبعد أن كان علم الأصوات يعتمد على التحليل السمعي المجرد للأصوات عن

طريق تصنيفها إلى قوي، وضعيف ورفيع وخشن والتعرف على أصحابها

من خلال هذا التصنيف دخلت الآلة كوسيلة جديدة لدراسة الأصوات =

= المسجلة ووصفها في عملية تشخيص جنائي. للأصوات بتحليل الصوت

البشري إلكترونياً، وتحويله إلى خطوط مقروءة، ومن ثم مقارنته مع

أصوات المشتبه بهم. (د. أكرم عبد الرزاق المشهداني: علم مضاهاة الصوت،

البصمة الصوتية، دراسة مقدمة إلى ندوة البحث الجنائي المعاصر المنعقد في

الفترة من ٢٣ - ٢٤ نوفمبر ١٩٩٢ م المقامة بمركز البحوث بشرطة دبي،

ص ١١٥). وبعد أن كانت تقنية الصورة تعتمد على مجرد الصورة الورقية أو

ما شابهها فقط، فقد تطورت هذه تقنيات الصورة وأصبحت تعتمد على آلات

التصوير الرقمية التي تكشف الحقائق بدقة متناهية تفيد كثيراً حال عرضها

على أصحابها مما يدفعهم إلى الإقرار، والاعتراف مما يثير قرائن أخرى

عليهم في التهم الموجهة إليهم (د. محمد مصطفى الزحيلي: مدى مشروعية

القرائن المعاصرة في الإثبات) الحلقة العلمية تدارس الأحكام الشرعية خلال

الفترة من ٧ - ١١ / ٥ / ١٤٢٧ هـ الموافق ٣ - ٧ / ٦ / ٢٠٠٦ م،

جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض، ص ١٣).

الأولى منهما أجهزة الصوت ودورها في الإثبات الجنائي، وفي ثانيهما: أجهزة الصورة ودورها في الإثبات الجنائي، وذلك على النحو التالي.

### أولاً: أجهزة الصوت ودورها في الإثبات الجنائي:

توجد علاقة قوية بين الصوت وبين الجرائم أو الحوادث بصفة عامة، فكثيراً ما يستخدم المجرمون الأجهزة الخاصة بالصوت في تنفيذ الجريمة أو الإعداد لها؛ كاستعمال الهاتف، أو شريط كاسيت مسجل، كوسيلة للتهديد والابتزاز وطلب المقابل أو الفدية في حوادث الاختطاف مثلاً، وكذلك الحال بالنسبة للجرائم المنظمة حيث قد يتم تنظيمها، والإعداد لها، وتنفيذها عن طريق التسجيلات والمكالمات الصوتية بين أفراد العصابة. وربما صدرت الأصوات في مسرح الجريمة من المتهم، أو من المجني عليه، ويكون التسجيل أحياناً لصوت السلاح المستخدم في الجريمة كصوت الطلق الناري أو المتفجرات أو أية أسلحة أخرى، خاصة في الجرائم الإرهابية. وفي جرائم العنف والاعتصاب والنهب تستعمل الأصوات كمدخل لتنفيذ الجريمة، وقد تصدر الأصوات كرد فعل أثناء المقاومة والدفاع عن النفس مما يؤكد عدم الرضا بالجريمة<sup>(١)</sup>.

وأصبح للتسجيلات الصوتية دورها في تحديد صاحب الصوت المسجل؛ من خلال أجهزة متخصصة في مجال الصوت وبواسطة خبراء في الصوت والتسجيلات، حيث تتم عملية تحليل الصوت المسجل ومقارنته مع صوت المشتبه بهم أمام سلطات التحقيق أو أمام محكمة الموضوع. فمن الممكن أن يواجه المتهم بتسجيل تم أثناء ارتكاب الجريمة أو بعدها أو من محادثات هاتفية أجراها الجاني مع المجني عليه لتهديده أو

---

(١) د. منصور عمر المعاينة: الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، دار الثقافة، ٢٠٠٩ ص ٨٣.

ابتزازه فيتم استجواب المتهم ومناقشته حول ذلك التسجيل ليعترف به أو ينكره، كما يمكن أن يؤخذ من المتهم تسجيل لبعض العبارات أو الجمل لتتم مضاهاتها بتسجيل تم الحصول عليه مسبقاً لمزكّب الجريمة حيث تبرز وسائل التقنية الحديثة هنا باستعمال تقنية بصمة الصوت في عملية المضاهاة لإثبات علاقتها بالمتهم وبيان مدى ارتباطها بالجريمة من أجل تقوية الأدلة ضد المتهم مع مراعاة عدم المساس بحرية المتهم أثناء الاستجواب سواء تم بمعرفة سلطات التحقيق أو سلطة الحكم<sup>(١)</sup>.

ولقد أجرى بعض المتخصصون في علم اللغة والأصوات، عدة أبحاث في مجال التسجيلات الصوتية، أفادت أن التحليل الجنائي للصوت اكتشف المميزات التشريحية لكل فرد من السمات الصوتية والنطقية وتحديد المكانة التي تحتلها هذه المميزات التشريحية، وأكدت هذه الدراسات أن صوت وكلام شخص ما؛ يمكن أن يتشابه مع شخص آخر، إلا أن هناك مميزات يتفرد بها كل شخص عن الآخر. وتعتمد طريقة معرفة الأصوات التي تم تسجيلها عن طريق بصمة الصوت على حقيقة علمية مفادها أن نطق الكلمات يختلف من شخص لآخر، فمن الناحية العلمية، يصدر الرنين الصوتي بإخراج الهواء من الرئتين عن طريق القصبة الهوائية مما يؤدي إلى اهتزاز الحبال الصوتية فتعطي موجة صوتية تحتوي على تردد صوتي جوهري يضاف إليه نغمات، وعند مرور هذه الموجة الصوتية بالبلعوم ثم بفجوات الفم والأنف تتسرب بعض الترددات الصوتية بينما لا يتأثر البعض الآخر، فإذا تغير حجم الصوت، وتطابق أحد هذه التجويفات فإن الموجة الصوتية تتسرب بطريقة مختلفة، وينتج عنها حينئذ رنين مختلف، ومن ثم فإن احتمال

(١) د. محمد محيي الدين عوض: حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، ١٩٨٩، ص ١٧٩.

وجود شخصين لهما نفس أحجام الفجوات والتجويفات الصوتية ،  
والعلاقة بينهما صعب الحدوث<sup>(١)</sup>. ولقد أجرى مختبر تحليل الصوت  
التابع لمعهد التحقيق الجنائي في رومانيا سنة ١٩٧٣ عدداً من التجارب  
للتعرف على الأشخاص من خلال الصوت والكلام ، وتأكدت نتائجها  
بنسبة (٩٩٪) وشملت تلك النتائج: تحديد جنس الشخص ، والتعرف  
عليه ، واكتشاف التمييز والتقليد في الأشخاص. واتضح من هذه  
التجارب أن الأصوات تتميز بعدد وافر من المميزات الفردية والخصائص  
العامة والشخصية الثابتة ، تفوق أحياناً المميزات ، والخصائص التي تتوفر  
في بصمات الأصابع<sup>(٢)</sup>.

**ثانياً: أجهزة الصورة ودورها في الإثبات الجنائي:**

تتنوع الوسائل المستخدمة في الإثبات من خلال الصورة<sup>(٣)</sup> ،

- (١) د. محمود محمد عبد الله: التقنيات الحديثة في مجال علم البصمات ، دراسة  
مقدمة إلى ندوة البحث الجنائي المعاصر المتعقد في الفترة من ٢٣ - ٢٤  
نوفمبر ١٩٩٢ م المقامة بمركز البحوث بشرطة دبي ، ص ٤ .
- (2) [V.www.simoshop.sitew.com/fs/makallatte/9p2q2-makallatte21.html](http://V.www.simoshop.sitew.com/fs/makallatte/9p2q2-makallatte21.html).

(٣) أنظر في الحق في حماية الصورة بصفة عامة : جبر سعيد: الحق في الصورة ،  
القاهرة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ١٩٨٦ ؛ د. ممدوح محمد خيرى  
هيثم المسلمي : المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة ،  
القاهرة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ٢٠٠١ ؛ د. عبد الرحمن  
جمال الدين حمزة: الحق في الخصوصية في مواجهة حق الإعلام ، القاهرة ،  
دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ٢٠٠٥ . وفي الفقه الغربي أنظر:

DETRAZ S., L'enregistrement d'images de violence : un cas  
de présomption légale de complicité, Dr. Pén. n°11,  
novembre 2007, Étude 23 ; GLEIZE B., La protection de  
l'image des biens, Defrénois, Tome 33, 2008 ; ROUSSINEAU  
T., Le droit à l'image, Image des personnes et image des=

فهناك الصور الفوتوغرافية ، وكاميرات الفيديو والتليفون المحمول وجميع الأجهزة الحديثة التي تستعمل تقنية التسجيل بالصوت والصورة معاً أو الصورة فقط. هذا بالإضافة إلى المادة ذاتها المستعملة في التسجيل من ورق Papiers ، CD أو DVD ، وأشرطة الفيديو Vidéos والكارت الميموري Carde Mémoire ... الخ. ويلحق بأجهزة الصورة جميع أجهزة رصد الصورة من خلال شبكات الاتصال المركزية وشبكة الأقمار الصناعية ووسائل بثها كالتلفزيون والانترنت عبر جميع القنوات أو مواقع التواصل الاجتماعي من فيس بوك Face book وتويتر Twitter وغيرها، كما يلحق بهذه الأجهزة أجهزة الفاكس والمصغرات الفيديوية كالميكروفيلم Microfilme<sup>(١)</sup>، وكل هذه الوسائل لها دورها في الإثبات الجنائي.

وتعتمد هذه الوسائل بصفة عامة على تجسيد الحقائق المرئية حول الجريمة، وفي العادة تقدم الصورة إما في شكل ورقي أو في شكل مرئي باستخدام الشاشة المرئية، والواقع أن الصورة الرقمية تمثل تكنولوجيا بديلة للصورة الفوتوغرافية التقليدية وهي قد تبدو أكثر تطوراً ولكنها ليست بالصورة الأفضل من الصور التقليدية<sup>(٢)</sup>.

---

=biens, 2004 ; BAUER A., FREYNET F., Vidéosurveillance et vidéoprotection, Que sais-je ? , PUF, 2008 ; ITEANU O., L'identité numérique en question, Eyrollis, 2008 ; MARINO L., Vidéosurveillance au travail : le principe de proportionnalité mis en oeuvre par la Cnil, RDT 2010, p108.

(١) مؤتمر تنظيم الوثائق والميكروفيلم، مركز التنظيم والميكروفيلم، مؤسسة الأهرام، ١٩٧٤.

(٢) د. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، : أدلة الصور الرقمية في الجرائم عبر الكمبيوتر، مركز شرطة دبي، ٢٠٠٥، ص ٩ - ١٠.

(١٢٧٢) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧، المجلد الثالث



وفيما يخص الإثبات عبر الفاكس فصورته أن يتم القبض على صورة مستنسخة من الجهاز المذكور، وتتم معرفة المرسل والمرسل إليه، ومعرفة أحداث معينة عبر هذه الصورة المستنسخة كجريمة قتل، أو نهب، أو اغتصاب، أو غيرها من الجرائم التي تقع خفية في أغلب الأحيان، فحينئذ يقطع قطعاً يقينياً أن المرسل أو المرسل إليه أو كليهما له علاقة وطيدة وقوية بتلك الجريمة. كما تعتبر المصغرات الفيلمية Microfilme<sup>(١)</sup>، أوعية غير تقليدية لحفظ المعلومات، ولقد اتجهت كثير من التشريعات الوضعية إلى إمكانية التعامل مع الوسائل الحديثة ومنها المصغرات الفيلمية، باعتبار هذه المصغرات من قبيل الصور المطابقة لأصل.

### المبحث الثالث

**دور الوسائل التي تعتمد على الحاسب الآلي في الإثبات الجنائي**  
 أصبح للحاسب الآلي أو الكمبيوتر Computer أو بالفرنسية Ordinateur<sup>(٢)</sup> دوراً كبيراً في مجال الإثبات الجنائي، فعلى سبيل المثال:

(١) مؤتمر تنظيم الوثائق والميكروفيلم، مركز التنظيم والميكروفيلم، مؤسسة الأهرام، ١٩٧٤.

(٢) يسمى هذا الجهاز بمسميات عديدة، وذلك نظراً لتعدد الترجمات للمصطلح الإنجليزي Computer منها: واستخداماً لذات اللفظ الإنجليزي ولكن باللغة العربية، والعقل الإلكتروني، والحاسب الآلي، والحاسوب. ومصطلح Computer في اللغة الإنجليزية يقابله في اللغة الفرنسية مصطلح Ordinateur. (د. بكرى يوسف بكرى: التفتيش عن المعلومات في وسائل التقنية الحديثة، المرجع السابق، ص ٥ هامش ١). والحاسب الآلي أو الكمبيوتر هو عبارة عن آلة حاسبة إلكترونية تستقبل البيانات ثم تقوم عن طريق الاستعانة ببرنامج معين بعملية تشغيل هذه البيانات للوصول إلى النتائج المطلوبة. أنظر في التعاريف المختلفة للحاسب الآلي: د. عبد الفتاح مراد: التحقيق الجنائي الفني والبحث الجنائي، المكتبات الكبرى، الطبعة الثانية ١٩٩٩، ص 279؛ د. عفيفي كامل عفيفي: جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٩؛ د. هلالى عبد اللاه أحمد: حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٧، ص ١٥. وفي الفقه الغربي أنظر:

بعد أن كان الإثبات المستندي يعتمد على المستندات الورقية أصبحت معظم المستندات عبارة عن تسجيلات إلكترونية، وبعد أن كانت مضاهاة البصمات أو اكتشاف جرائم التزوير في المحررات تعتمد على الطرق التقليدية صار للألات الإلكترونية دوراً بارزاً في عملية المقارنة بين هذه البصمات أو الخطوط، وبعد أن كان تتبع المجرمين والعصابات والشبكات الإرهابية، وتحديد أماكنهم وأماكن المواد الإجرامية كالمخدرات أو المواد المتفجرة يتم بالطرق التقليدية أصبح للحاسب الآلي من خلال شبكات الانترنت والأقمار الصناعية دوراً كبيراً في ذلك، إلى غير ذلك من العلميات الدقيقة والمعقدة التي يمكن أن يقوم بها الحاسب الآلي والتي يمكن الاستعانة بها في مجال الإثبات الجنائي<sup>(١)</sup>.

فعلى سبيل المثال؛ سمح التطور التكنولوجي الحديث في مجال علوم الحاسب الآلي باستخدام الكمبيوتر في حفظ سجلات البصمة وتصنيفها بطريقة سهلة بواسطة استعمال جهاز المسح الضوئي SCANNERS الذي له القدرة في تسريع عملية رفع البصمات الجديدة لكل إصبع الكترونياً وإدخالها قاعدة بيانات الكمبيوتر وإدخال نسخة رقمية عن كل بصمة وبصورة سريعة، مما جعل بالإمكان إجراء مقارنة بين ملايين من البصمات وهذا ما يسهل من مهمة القائمين بالخبرة الفنية من أجل تحديد هوية الجناة ومنتحلي الشخصية وكذا مجهولي الهوية وغيرهم، وهذه التقنية تبرز أهمية الحاسب الآلي في سهولة تخزين كميات هائلة من البصمات فيه لاسيما لأصحاب السوابق الجنائية ويساعد في

---

= CLARCK Jon, New locks and Keys for electronic information, Washington, Congress of the U.S.A., Office of Technology Assessment, U.S.A., 1987, p. 1187; SUZAN Deighton, privacy and computers, a bibliography, London, the Library, Institution of electrical Engineers, 1978, p. 97.

(١) DEJARDIN (Denis). L'influence des nouvelles technologies sur le droit de la preuve. op. cit., 107.

سرعة التعرف عليها، وقد واكب أنظمة حفظ البصمات والمقارنة بالحاسب الآلي وجود أجهزة سريعة لقراءة البصمات وأجهزة بصمات محمولة وكذلك ربط أنظمة الحاسوب والمعلومات بعضها ببعض مع مختلف الأجهزة الأمنية وهذا ما يسمح بتداول هذه البصمات بين جميع المراكز الأمنية الفرعية وفي أسرع وقت مع إمكانية الحصول على نسخة ورقية لأي بصمة مع العلامات المميزة لها من الحاسوب لاعتمادها لدى القضاء. وما يقال عن البصمات يمكن أن يقال عن مضاهاة الخطوط أو الصور أو الفيديوهات والأفلام أو المستندات وغير ذلك مما يمكن إدخاله على الكمبيوتر وتحليله ومضاهاته بما خلفه الجناة أو المشتبه فيهم على مسرح الجريمة.

وعلى ذلك فالمعلومات التي يمكن استخراجها من الحاسب الآلي واستخدامها كأدلة للإثبات أمام القضاء الجنائي متعددة: فإما أن تكون معلومات ممثلة بالحروف والكلمات كعناوين العملاء وأرصدتهم في البنوك. وإما أن تكون معلومات ممثلة بالصور؛ كالصور التي تلتقطها الأقماع الصناعية من الفضاء كما في الحاسبات الآلية الموجودة بوكالة الفضاء الأمريكي. وإما أن تكون معلومات ممثلة بالصوت والصورة، كالأفلام العلمية والوثائقية والتسجيلية التي يمكن تخزينها على الحاسب، وكما هو الحال بالنسبة للحاسبات الموجودة بوكالة الأنباء وشبكات الإذاعة والتلفزيون. وقد تكون المعلومات المستخرجة من الكمبيوتر عبارة عن رسم صور تقريبية للمتهمين الفارين من وجه العدالة من خلال الوصف الشفوي الذي يدلي به الشاهد أو المجني عليه. كما يمكن استخدام الكمبيوتر في تصنيف المجرمين وفي مقارنه البصمات وجمع المعلومات عن الحوادث الجنائية المختلفة التي تساعد على الكشف عن المجرمين. وفي مجال مكافحة تزوير الجوازات ووثائق السفر وتسجيل التحريات عن أرباب السوابق والجرائم المختلفة بهدف الكشف عن

الجرائم وملاحقه المتهمين. وفي مجال الإحصاء الجنائي وغيره من المجالات المتعلقة بالجريمة لما له من قدره على تسجيل واسترجاع البيانات والمعلومات عند الحاجة إليها.

كما يمكن استخدام الكمبيوتر المحمول Laptop أو Ordinateur portable أو حاسوب الجيب<sup>(١)</sup> على أنه "أداة تبرئة أو إدانة"، إذ يمكن أن تكون التوقيعات المشفرة من خلاله دليل براءة أو إدانة غير قابل للدحض، فلو أن شخصاً ما اتهم بأمر معين أو جريمة معينة فيأمكنه أن يدافع عن نفسه من خلال ما هو مُسجل من أقوال وأفعال في أي وقت، كما يمكن أن يعتبر دليل إدانة في مواجهته. كما يمكن اعتباره البريد الإلكتروني، كذلك، دليل براءة أو إدانة، فعند إرسال رسالة من خلاله فإنه يكون لدى الشخص المستقبل توقيعاً رقمياً (إلكترونياً)، ويكون المستقبل وحده القادر على استعماله، وسيتم تشفير الرسالة، بحيث لن يتمكن من حل شفرتها إلا الشخص المقصود إرسالها إليه، ويمكن لهذه الرسالة أن تكون معلومات من أي نوع، مشتملة على الصوت والفيديو، أو تحويلات بنكية، وسيكون بإمكان متلقي الرسالة أن يتأكد من أن الرسالة مرسلة بالفعل من الشخص الذي أرسلها، وتحديد وقت إرسالها بالضبط، وأنها

---

(١) وهو حاسوب بحجم صغير جداً يمكن وضعه داخل الجيب، ويمكن ربطه بمبيوتر أكبر وبالشبكة العامة بمكتب العمل الخاص، ويمكن للمستخدم أن يحفظ فيه كل ما يريد من أرقام ومواعيد، بالإضافة لاستخدامه ككاميرا تصوير وخليوي - انظر: بيل جيتس وآخرون: المعلوماتية بعد الإنترنت (طريق المستقبل) - ترجمة أعبد السلام رضوان، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، العدد ٢٣١، الكويت، مارس ١٩٨٨م، ص ٤٢٣ - ٤٢٤؛ د.علي حسن الطواليه: مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، دراسة مقارنة، مركز الإعلام الأمني، ٢٠٠٩، ص ٢١ وما بعدها، بحث متاح على الانترنت، على الموقع الإلكتروني

لم تتعرض لأي تلاعب ، وأن الآخرين لا يستطيعون فك شفرتها ، وبالتالي يمكن استخدام هذه المعلومات كحجة في الإثبات الجنائي<sup>(١)</sup>.

كما يمكن لنا من خلال الإنترنت التي نستخدمها عبر الحاسب الآلي أو الكمبيوتر أن نستمد العديد من المعلومات الجنائية والتحريات التي تسهم في اكتشاف الجرائم ومعرفة مرتكبيها ، وذلك باعتبارها شبكة تتألف من مئات الحاسبات الآلية المرتبطة بعضها ببعض إما عن طريق خطوط التليفون أو عن طريق الأقمار الصناعية وتمتد عبر العالم لتؤلف في النهاية شبكة هائلة بحيث يمكن لأي مستخدم لها الدخول إلى أي منها في أي وقت وفي أي مكان على الكرة الأرضية ولو حتى في الفضاء. ويساعد الإنترنت فضلاً عن تسهيل القبض على المجرمين وتبعهم ومعرفة أماكن تواجدهم ، في التنبؤ بالجرائم ، حيث يتحقق ذلك عن طريق دراسة الأبعاد السكانية والاقتصادية والتاريخية واتجاهات وسلوكيات السكان وغيرها من النواحي الأخرى لكل حي أو منطقة في أي مدينة أو بلد في العالم<sup>(٢)</sup>. ومن خلال شبكة الإنترنت يمكن التعرف أيضاً على كافة الحالات المشبوهة في جميع أنحاء العالم وتعقبها من خلال الاتصال والتعاون مع المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الانتربول International Criminal Police Organization - Interpol<sup>(٣)</sup>.

وخلاصة القول إن نظام الحاسب الآلي يقوم بتخزين وتصنيف وبحث ومعالجة المعلومات واستخراج النتائج المطلوبة آلياً وذلك بمرور

---

(١) د. سعيد عبد اللطيف حسن : إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت ، الجرائم الواقعة في مجال تكنولوجيا المعلومات ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ م. ص ٢٣٢ - ٢٣٣ ؛ د. علي حسن الطوالبه : مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي ، المرجع السابق ، ص ٢١ وما بعدها ،

(٢) أنظر د. جميل عبد الباقي الصغير : الإنترنت والقانون الجنائي ، المرجع السابق ، ص ٤ ، و ٢٢ وما بعدهما.

(٣) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي : أدلة مسرح الجريمة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ٤٧ وما بعدها.

المعلومة على اختلاف أشكالها عبر وحداته المختلفة وهي: وحدة التشغيل الرئيسي، وحدات الإدخال المتمثلة في الماسح الضوئي، وكاميرا الفيديو، وقارئ بطاقات البصمات مثلاً، ووحدة المعالجة المبدئية والتميز، ووحدة التخزين والتي تمثل قاعدة المعلومات، ووحدة المضاهة والتي تقوم بالمقارنة والمطابقة للمعلومات، ووحدات الإخراج والمتمثلة في الشاشة والطابعة، وأخيراً وحدات الاتصالات وشبكة اتصالات فائقة السرعة والتي تتكون من جهاز الخادم **Serve** حيث يتم التعرف على المعلومة من خلال وحدة هذا النظام الآلي عبر الخطوات التالية وهي: مسح المعلومة وقراءتها وتخزينها ثم إجراء المعالجة المبدئية على نسخة المعلومة المخزنة وتشغيل وحدة المضاهة الخوارزمية للمقارنة والمطابقة وأخيراً عرض أو طباعة نتائج البحث.

#### المبحث الرابع

#### دور الوسائل الفنية العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي

تلعب بعض الوسائل الفنية العلمية الحديثة دوراً في الإثبات الجنائي وذلك بغض النظر عن مشروعية هذه الوسائل في الإثبات من عدمه والذي سيكون مجال حديثنا في الباب القادم من هذا البحث إن شاء الله تعالى، ومن هذه الأجهزة والوسائل؛ جهاز كشف الكذب والتنويم المغناطيسي، ومصطل الحقيقة، والكلاب البوليسية. وستحدث عن كل وسيلة من هذه الوسائل بشيء من التفصيل، كالاتي.

أولاً: **جهاز كشف الكذب**: يطلق على هذا الجهاز مسمى "بوليجراف **Polygraph**"، وكلمة **Poly** تعني الكذب والغش، وكلمة **graph** تعني التسجيل، ومن ثم فهو جهاز إلكتروني لقياس الكذب أو الخطأ أو الغش أو الشذوذ<sup>(١)</sup>، ويطلق عليه في الفرنسية أيضاً **Le détecteur de**

(١) راجع في ذلك: د. عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي الفني والبحث الجنائي، المرجع السابق، ١٤٩ د. حسن بن الحمدي: الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، الإسكندرية، منشأة المعارف 2005، ص ١٦٤؛ وأنظر =

mensonge وهو عبارة عن عدة أجهزة في جهاز واحد تهدف إلى قياس رد الفعل النفسي - الفسيولوجي psychophysiological للشخص الخاضع لها أثناء الاستجواب لتحديد ما إذا كان يقول الحقيقة أم أنه يكذب<sup>(١)</sup>.

ولهذا الجهاز عدة استخدامات، فهو يستخدم في المجالات العلمية للدراسة الانفعالات، وفي المجال الجنائي يستخدم للتعرف على المجرمين وكشف كذبهم. وتتمثل وظيفة جهاز كشف الكذب عادة في تسجيل المؤشرات الفسيولوجية للشخص الخاضع للفحص. وبما أن الكذب ترافقه عادة اضطرابات فسيولوجية تحدث للشخص الذي يعتمد الإدلاء بأقوال كاذبة فإنه يصبح من الممكن من خلال استقبال هذه التغيرات الفسيولوجية ورصدها، تقرير صدق هذه الأقوال أو كذبها.

وإذا كان لاستخدام جهاز كشف الكذب فائدة لا تنكر، متى جرى إخضاع المشتبه به، خلال الاستجواب أو الإدلاء بالأقوال أو

---

=أيضاً: موسوعة ويكيبيديا الحرة: على الموقع: <http://ar.wikipedia.org/wiki>  
جهاز كشف الكذب. وراجع في التطور التاريخي لجهاز كشف الكذب: د. سامي صادق الملا: المرجع السابق، ص ١٢٨، د. حسن علي السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية المرجع السابق، ص ٢٧٢ وما بعدها، د. عبد الفتاح مراد: التحقيق الجنائي الفني والبحث الجنائي، المكتب الجامعي الحديث ١٩٩١، ص ١٤٨ - ١٤٩، الأستاذ أحمد محمد خليفة: مصطلح الحقيقة وجهاز كشف الكذب" المجلة الجنائية القومية - العدد الأول مارس، ١٩٥٨، ص ٩٧ وما بعدها؛ د. محمد إبراهيم زيد "الجوانب التاريخية العلمية للوسائل الفنية الحديثة" المجلة الجنائية القومية - العدد الثالث - نوفمبر ١٩٦٧ ص ٥٠٠ وما بعدها

- (١) CHEHADE EL HAJJ Farah, Les actes d'investigation, Thèse Université du Maine, France 2010, p. 301, note 849; CLEMEBT S, Songes d'un pure vérité, à propos du détecteur de mensonge, Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique, 2004, 1, pp. 55 à 68; WUYTS J-P., Polygraphe, hypnose et interview cognitive au service de l'audition, Costodes, 2000, PP. 51à 61; KENNES Laurent, La preuve en matière pénale, op, cit., p. 418 et s.

الشهادة، للفحص بواسطة هذا الجهاز، في تزويد المحقق أو القاضي بمعلومات ومعطيات مهمة تمكنه من توجيه التحقيق أو المحاكمة الوجهة الأمثل، خاصة في حالة عدم الاعتراف أو الإنكار مما يجعل المحقق أو القاضي في حيرة بين الشك واليقين، إلا أن ما يعترض به، بصورة أساسية، على استعمال هذا الجهاز خلال هذه المراحل هو عدم الثقة في النتائج المستخلصة منه<sup>(١)</sup>، كما سنرى لاحقاً.

**ثانياً: التنويم المغناطيسي hypnose** : يعتبر التنويم المغناطيسي وسيلة من وسائل التسلل إلى العقل الباطن في الإنسان<sup>(٢)</sup>، وهو نوع من النوم لبعض ملكات العقل الظاهر تنويمياً اصطناعياً عن طريق الإيحاء بفكرة النوم، فهو عملية افتعالية لحالة نوم غير طبيعي يصاحبه تغيير في حالة النائم نفسياً وجسمانياً على النحو الذي تتغير معه إرادة العقل الطبيعي وملكاته العليا، ويترب عليه أن تحجب الذات الشعورية للنائم وتبقى ذاته اللاشعورية تحت سيطرة ذات خارجية هي ذات النائم وبذلك تشل الوظيفة الأساسية لعقل الإنسان، ويمر التنويم المغناطيسي بثلاث مراحل: مرحلة التنويم اليسير، ويكون النائم خلالها في حالة استرخاء وفقدان بسيط وجزئي للشعور. ومرحلة متوسطة، ويكون النائم خلالها في حالة

---

(١) PRADEL J. ,Procédure pénale, Cujas, 10<sup>ème</sup> éd. ,2001, p. 371, no. 430; SUSINI J. , Place et porté du polygraphe dans la recherche judiciaire de la vérité, R. I. D. P. , 1972, p. 255 ; Haritini mastopoulou "les enquêtes de police" libraire général de droit et jurisprudence paris 1996 P.722.

(٢) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المطبعة العالمية، ط ٣، ١٩٦٨، ص ١٦٦ وما بعدها؛ والمستشار/ عدلي خليل "اعتراف المتهم -المرجع السابق، ص ٩٥؛ دمصطفى غالب: التنويم المغناطيسي: طبعة ١٩٧٨، ص ٤١ وما بعدها؛ د. حسن علي السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، المرجع السابق، ص ٤٤٧؛ وأنظر أيضاً: MELLOR Alec "vers un renouveau du problème de l' hypnose en droit criminel" revue de science criminelle et de droit pénal comparé no2 avril - guin 1958, p373 et s.



نوم عميق مصحوب بتقلب في الجهاز المفصلي، ويكون في حالة فراغ شعوري بحيث يتمكن النوم من السيطرة عليه بطريقة الإيحاء. والمرحلة الثالثة، وهي أعمق مراحل التنويم المغناطيسي درجة وهي حالة التجوال النومي، حيث يكون النوم في ارتباط إيحائي مع النوم يمكنه من الاتصال بالعقل الباطن مما يجعل الخاضع للتنويم يتذكر أشياء حدثت منذ فترة بعيد، فيقوم النوم بالإيحاء للخاضع للتنويم لمعرفة تفاصيل أي حدث فالعملية تقوم على تركيز العقل فيستجيب النوم لأوامر النوم، وينفذها بكل دقة متأثراً بالإيحاءات الصادرة له من النوم وهنا تكون الخطورة لأن تقبل النوم لكل الإيحاءات الصادرة من النوم يقوده إلى الاعتراف بما يريد النوم دون إخفاء أو كتمان كالاقرار بالجرم وتفاصيل الواقعة الإجرامية وملاساتها، وغير ذلك مما لا يمكن الوصول إليه بالطرق والإجراءات العادية، مما يعتبر نبشاً لأخص خصائص الإنسان وحقوقه الشخصية واعتداء على حقه في الألفة، كما سنرى لاحقاً<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: مصل الحقيقة Le détecteur de le sérum de vérité

mensonge ou : وهو ما يطلق عليه التحليل التخديري، وهو وسيلة فنية علمية حديثة من وسائل الإثبات الجنائي، وقد تحدثنا عنه سابقاً في البحث الأول من هذا الفصل الخاص بدور الوسائل التي تعتمد على بعض التحليلات البيولوجية والكيميائية في الإثبات الجنائي، وأهم ما ذكرناه بالنسبة لهذه الوسيلة أنها تستعمل لانتزاع الاعترافات والمعلومات المتعلقة بالجريمة من المتهمين، والنطق بالحقيقة كاملة دون أي ضغوط ودون الحاجة لاستخدام وسائل التعذيب، لأنه يلغي القدرة على الابتكار والتأليف، مما يجعل الخاضع له غير قادر على الكذب، الذي يحتاج إلى

(١) GRAVEN J : Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal, rev. de sci. crim de droit pénal comp, éd. dalloz, 1950, P. 313.

الكثير من التلفيق، فلا يمكنه غير ذكر الحقيقة فحسب، أما ما يخص باقي التفاصيل بالنسبة لهذه الوسيلة فنحيل بشأنها إلى ما سبق ذكره (١).  
رابعاً: الكلاب البوليسية *Chiens de police*: اهتمت جميع أجهزة الشرطة ودوائر البحث الجنائي في كل دول العالم بتربية أنواع خاصة من الكلاب وتدريبها تدريباً دقيقاً يتفق مع الغرض من استخدامها. وتعتبر الشرطة الألمانية من أول من استعمل الكلاب لهذه الأغراض وذلك عام ١٩٠٣ م ثم انتشر استعمالها في جميع أنحاء العالم (٢)، وفي مصر تأسس عام ١٩٣٢ (سلاح الكلاب البوليسية) والذي يعتبر من أفضل أقسام الكلاب البوليسية في العالم (٣). وتستخدم الكلاب البوليسية في إنجاز العديد من المهام أهمها (٤): كافتقاء الأثر، والمطاردة، والاستعراف، والبحث عن المواد المخدرة وحبوب الهلوسة في أي موقع أخفيت فيه حتى ولو كانت مدفونة، والتفتيش بحثاً عن الأشخاص والأشياء والمعدات والأدوات المستخدمة في الجريمة، والبحث عن الجثث أو الأشلاء، حيث تستطيع العثور على الجثة المدفونة مهما كانت المدة أو عمق دفنها. والكشف عن مصادر ومسببات اندلاع الحريق خاصة العمد (البنزين،

- (١) أنظر ما سبق المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الأول.
- (٢) أنظر في ذلك: فيصل مساعد العنزي: أثر الإثبات بوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان المرجع السابق، ص ١٧٩.
- (٣) أنظر في تاريخ سلاح الكلاب البوليسية في مصر: الموقع الإلكتروني لجريدة الوطن مقال منشور بعنوان "تاريخ سلاح الكلاب البوليسية: ٨٢ سنة من الخدمة الشاقة"، بتاريخ الجمعة ٣-١-٢٠١٤، على الموقع الإلكتروني: <http://www.elwatannews.com/news/details/385732>
- (٤) أنظر في مهام الكلب البوليسي: د. حسن علي السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، المرجع السابق، ص؛ ٢٩٧؛ د. سامي صادق الملا: حجية استعراف الكلاب الشرطة أمام القضاء، بحث منشور في المجلة الاجتماعية القومية، القاهرة ١٩٧٤، العدد الأول، ص ٥٣-٦٢؛ إبراهيم سليمان قطاونة: مدى حجية استعراف الكلب البوليسي في الإثبات الجزائي، دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، ٢٠١٤، العدد ١، المجلد ٤١، ص ٩٦-١١٣.

الديزل، الكيروسين، الأصباغ، الأستون، الجاز، النتر) بالتعاون مع خبراء الحرائق في المختبر الجنائي، والكشف عن المتفجرات والذخيرة والأسلحة وتحديد الأماكن التي كانت مخبأة فيها.

وقد دربت كلاب الشرطة في العديد من بلدان العالم على القيام بمهام جديدة فيما يتعلق بإثبات الجرائم أو اكتشافها؛ فقد دربت في الولايات المتحدة على اكتشاف محاولات تهريب النقود بواسطة تدريبها على شم مزيج من الأحبار المستخدمة في طباعتها. كما قامت الجمارك الفرنسية والهولندية بتدريب الكلاب على اكتشاف التبغ لمنع تهريبه دون دفع الرسوم المقررة. ودربت الكلاب في هولندا وألمانيا على اكتشاف أسباب الحرائق، وخاصة المتعمدة، وذلك باكتشاف نوع المادة المستخدمة في إشعال الحريق. وأيضاً دربت الكلاب في هولندا وألمانيا على البحث عن الغرقى والمفقودين في البحار والأنهار والبحيرات، ودربت أيضاً للبحث عن رائحة الدم بمسرح الجريمة، لمعرفة إذا كانت هناك جريمة حاول الجاني مسح وإخفاء معالمها<sup>(١)</sup>.

وتعتمد الكلاب البوليسية في إنجاز هذه المهام والتعرف على الأشياء أو الأشخاص على بصمة الرائحة وحاسة الشم القوية لديها، حيث تستخدم هذه البصمات في إظهار هوية الشخص الحقيقية، رغم الإنكار الشخصي، أو الأسماء المفترضة، أو حتى تغير الهيئة الشخصية من خلال تقديم العمر أو المرض أو العمليات الجراحية والحوادث. وكذلك يمكن اقتفاء أثر الإنسان من مشيته وخطواته، ورائحته الخاصة التي تتعرف عليها الكلاب البوليسية<sup>(٢)</sup>.

---

(١) أنظر مقال على الانترنت بعنوان "بصمة الرائحة.. دليل علمي للإثبات الجنائي"، حوار مع الرائد خير/ عبد السلام الشامي، على الموقع الإلكتروني لشرطة دبي الإمارات، العدد ٤١٦، على الموقع:

[https://dubaipolice.gov.ae/dp/magazine/index.jsp?MagIssSubjectsId=2030&MgtCode=1&MagIssId=1123.](https://dubaipolice.gov.ae/dp/magazine/index.jsp?MagIssSubjectsId=2030&MgtCode=1&MagIssId=1123)

(٢) أنظر مقال على الانترنت بعنوان "بصمة الرائحة.. دليل علمي للإثبات الجنائي"، المرجع السابق.

وحتى يتمكن الكلب من معرفة الجاني والإرشاد إليه فلا بد من بقاء الرائحة التي تمكنه من ذلك بعدم تعرضها لأحد عوامل زوالها كأشعة الشمس الحارة والرياح الشديدة وسقوط الأمطار بغزارة على المكان الذي تكونت فيه الرائحة كما تتأثر الرائحة بعنصر الوقت فكلما نقل الكلب إلى مكان الواقعة على وجه السرعة ليقوم بتتبع الرائحة كلما أدى ذلك إلى تحقيق نتائج إيجابية بدرجة كبيرة<sup>(١)</sup>.

### المبحث الخامس

#### دور الوسائل العلمية الحديثة في اكتشاف الأدلة المادية

لا تزال الأدلة المادية لها خصوصيتها وأهميتها في الإثبات الجنائي، فهي أدلة صامته لا تكذب أو تتحيز لطرف ضد آخر، وإنما تنبئ عن واقع مادي ملموس، غير قابل للتزييف أو التزوير، حيث تستهدف إثبات الواقعة الإجرامية بالدليل المادي من خلال دراسة ما يكون على مسرح الجريمة من آثار تفيد في الحصول على دليل مادي علمي يترتب عليه نسبة الجريمة إلى الفاعل، وتتضمن الأدلة المادية كافة الأساليب العلمية المستخدمة بمعرفة معامل الشرطة الجنائية الفنية، كرفع البصمات وآثار الأقدام وبقع الدم، ومخلفات الجاني والمجني عليه، ومن هنا جاءت أهمية الأدلة المادية خاصة غير الظاهر أو الخفي منها والتعامل معها بالوسائل العلمية الحديثة وذلك لكشف ما يكتنفها من غموض تعجز عن كشفه الحواس البشرية، ولذا فكلما تقدمت العلوم البشرية ونتج عنها وسائل تقنية حديثة كلما توافرت القدرة على اكتشاف الآثار الخفية والدقيقة وفقاً لدقة الأجهزة وتطورها.

وستحدث في هذا المبحث عن نقطتين: نتناول في الأولى منهما، دور الوسائل العلمية الحديثة في اكتشاف الأدلة المادية الظاهرة وأثر ذلك في

(١) د. محمود عبد العزيز خليفة: النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي، مطابع الطوبجي، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤.

الإثبات الجنائي، وفي الثانية، دور الوسائل العلمية الحديثة في اكتشاف الأدلة المادية غير الظاهرة وأثر ذلك في الإثبات الجنائي، علماً بأن نطاق حديثنا سيقصر في هذا المبحث على الأدلة المادية، التي لم يرد الحديث عنها في المباحث الثلاثة السابقة، كالبصمة الوراثية وتحليل الدم وآثار الأسنان والشعر مثلاً.

**أولاً:** دور الوسائل العلمية الحديثة في اكتشاف الأدلة المادية الظاهرة وأثر ذلك في الإثبات الجنائي: يقصد بالأدلة المادية الظاهرة تلك الأدلة التي يمكن إدراكها بإحدى حواس الإنسان كالبصر والشم واللمس، وذلك دون الحاجة للاستعانة بأي وسيلة فنية لاكتشافها أو استظهارها. وتتعدد الآثار أو الأدلة المادية التي قد تتخلف على مسرح الجريمة نتيجة خطأ أو سهو من الجاني أو نتيجة الاحتكاك بين الأجسام<sup>(١)</sup>، كما تخلف صورها باختلاف طبيعتها، فقد تكون على هيئة صلبة كالمقذوف الناري أو الوسيلة المستخدمة في تنفيذ الجريمة كالمسدس أو السكين أو قطعة الخشب أو القماش أو الزجاج أو غير ذلك من المعادن، وقد تكون على هيئة سائلة كالبترول ومشتقاته أو المشروبات الكحولية وما شابه ذلك، وقد تكون على هيئة رخوة أو لزجة كالبقع الدموية أو المنوية أو بقايا بعض الأطعمة. أو ما قد يكون من مخلفات على ملابس المشتبه فيهم أو المجني عليه من سوائل أو آثار لزجة لها صلة بالجريمة، كما قد تكون الأدلة المادية على هيئة الأثر المادي التي يتركه استعمال المادة على الأشياء كأثر استعمال أداة كسر الباب على هذا الباب أو الورقة المزورة كأثر لجريمة التزوير أو أثر المفتاح المصطنع على القفل<sup>(٢)</sup>. وستحدث عن

---

(١) م. محمد أنور عاشور: الموسوعة في التحقيق الجنائي العملي، دار المعارف الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ١٩٩.

(٢) OSTERBURG Jams W, S & HWARD Richard, Criminal investigation and method for reconstructing the post Ander, 1972, p. 77; CHARPIN Madie-Helene, Génétique de l'homme, 1998, p. 101.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧، المجلد الثالث (١٢٨٥)

بعض الآثار الظاهرة التي تساعد في كشف غموض الجريمة ومعرفة الفاعل والتي قد تتواجد على مسرح الجريمة، وذلك في مجموعة من النقاط على النحو التالي:

١- آثار الآلات والمعدات: يترتب على استخدام الآلات والمعدات على اختلاف أنواعها (مبرد مفك منشار أجنة مطرقة وككل أداة قاطعة أو راضة أو مهشمة أو كاسرة أو ثاقبة) في تنفيذ الجريمة العديد من الآثار السطحية أو العميقة والتي تكون على شكل خطوط دقيقة وثنايا عديدة تحدثها الآلة على سطح الجسم، كأثر ضغط الآلة في حالة الضغط على سطح كالمطرقة عند الضرب بها، وكأثر نتيجة انزلاقها أو احتكاكها على سطح المواد أو الأجسام الموجودة على مسرح الجريمة كالطلاء المستخدم بالمكان أو برادة المعدن أو الخشب أو مواد البناء، أو كأثر احتكاكي كما في حالة التدوير المتكرر للمبرد، ويعطي الفحص الفني للآثار التي تخلفها الآلات والمعدات دلالات معنية في الكشف عن غموض الجريمة، مثل معرفة نوع الآلة المستخدمة في تنفيذ الجريمة وكيفية استخدامها واليد التي استخدمتها ومهارة مستخدمها والآثار العالقة بها والصلة بينها وبين المواد الموجودة على مسرح الجريمة<sup>(١)</sup>، كما يمكن من خلال الآلات والمعدات معرفة صفات الجناة ومدى اتصافهم بالعنف في تنفيذ الجريمة من عدمه وتحديد موقف الضارب والمضروب وتقدير من إذا كان الحادث عرضياً أم جنائياً أم انتحاراً، وغير ذلك مما يمكن استنتاجه من آثار الآلات والمعدات حيث تترك هذه الآلات أو المعدات غالباً آثاراً على جسم المجني عليه أو على مسرح الجريمة.

(١) د. محمود نجيب حسني القبض على الأشخاص، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣ وما بعدها؛

STEPHAN S A, Digest of the law of evidence 12<sup>th</sup> ed. London 1979 p. 151; HAMPTON, Criminal procedure, 2<sup>nd</sup> ed. Sweet Maxwell, London, 1977, p. 17 & s.

(١٢٨٦) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الثالث

٢- آثار الأسلحة النارية: الأسلحة النارية من أكثر الوسائل استخداماً في تنفيذ الجرائم وبالتالي فإن الآثار الناتجة عن استخدامها لها أهمية كبيرة في مجال الأدلة الجنائية حيث ترافق عملية إطلاق المقذوف الناري، مجموعة من الظواهر كالغازات، واللهب، والدخان، وحبيبات البارود غير المحترقة أو المحترقة جزئياً، والظرف الفارغ، وغيرها مما ترافق عملية الإطلاق الناري. وهذه الظواهر لها أهمية كبيرة في مجال الإثبات الجنائي؛ فعن طريقها يمكن معرفة نوع السلاح الناري المستخدم، وتحديد السلاح الذي أطلق منه إذا وجدت أسلحة متشابهة في استخدامها لتنفيذ الجريمة، كما أن هناك من الآثار ما يتخلف على مستخدم السلاح ويشمل ذلك ما يتخلف عادة على يد الشخص الذي أطلق النار، مثل جزئيات البارود والرواسب المعدنية. وكذلك هناك الآثار التي تظهر على جسم وملابس المصاب، ويشمل ذلك الجرح الناري وهو الإصابة الناتجة عن المقذوف الناري على الجسم، ويسمى ذلك فتحتي الدخول والخروج للمقذوف وبما يحدثه من تمزقات في الجسم وفي الملابس بالإضافة إلى آثار الغازات الناتجة عن الإطلاق حول مكان دخول المقذوف في حالة الإطلاق الملامس للجسم أو من مسافة قريبة جداً، الاسوداد في مكان دخول المقذوف، الحرق، التسحج الحلقي، المسحة الرصاصية. ولذلك يجب إتباع الطرق العلمية والجنائية معاً لرفع آثار الأسلحة النارية من مسرح الجريمة وطرق ووسائل فحص الآثار الناتجة في استخدام الأسلحة النارية سواء بالعين المجردة والعدسة المكبرة أو باستخدام الأشعة تحت الحمراء والأشعة فوق البنفسجية أو باستخدام الاختبارات الكيميائية أو باستخدام الميكروسكوب المقارن أو التحليل الطيفي بالامتصاص الذري اللالبي أو بالمسح الالكتروني المجهرى أو بالتصوير بالأشعة السينية للأهمية الفنية لآثار الأسلحة النارية في المجال الجنائي وأوجه دلالاتها لأن آثار الأسلحة النارية تساعد على معرفة نوع السلاح المستخدم، والتعرف على الشخص المستخدم للسلاح، وما إذا كان الجنائي أم المجني عليه وبالتالي

معرفة ما إذا كانت الجريمة قتل أم انتحار، ومعرفة مسافة الإطلاق، وتحديد  
ومعرفة اتجاه وزاوية الإطلاق، وتحديد وقت استخدام السلاح<sup>(١)</sup>.

٣- آثار الأقدام: يمكن من خلال الآثار المادية التي تتركها الأقدام أثناء  
السير الحصول على قرائن أو دلالات هامة تفيد في الكشف عن غموض  
الجريمة وصلة الجناة بها حيث يمكن من خلال هذه الآثار وطبيعتها التي تختلف  
باختلاف طبيعة السطح الذي تم السير عليه وما إذا كان الأثر غائراً أم مجرد طبعة  
لشكل القدم بحسب ما إذا كانت التربة لينة أم صلبة، التعرف على خط سير  
الجناة واتجاهها التي قدموا منها وعددهم وسرعتهم ومقدار ما كانوا يحملونه من  
أثقال، كما يمكن التعرف على شخصية الجاني وبعض صفاته والعمر التقريبي  
له من خلال التعرف على خط الاتجاه وطول القدم وعرضه وزاويته<sup>(٢)</sup> مما يدل  
على صاحبها من حيث سلامة الجسم وكونه أعرج أو أعور أو أنه في حالة  
سكر واضطراب أثناء تواجده في مسرح الجريمة أو غير ذلك.

٤- آثار الزجاج: في كثير من الأحوال يصاحب بعض الحوادث  
والجرائم وجود بقايا وشظايا من الزجاج ناتجة عن كسر زجاج النوافذ أو  
الأبواب أو غيرها، أو ناتجة عن حوادث الاصطدام المروري، وكثيراً ما  
تتناثر شظايا الزجاج وتتطاير لتعلق بملابس الجاني أو بالأدوات المستعملة  
في ارتكاب الجريمة أو بالمواد الموجودة على مسرح الجريمة. ولآثار الزجاج  
دلالاته في الإثبات الجنائي؛ بدءاً من الحديث عن كيفية التعامل مع الزجاج  
المكسور في مسرح الجريمة وإجراء المقارنة على آثار الزجاج، وصولاً إلى  
الأهمية الفنية والجنائية لآثار الزجاج التي تتلخص في كشف غموض

(١) أنظر في ذلك بصفة عامة: د. هشام فرج: إصابات الأسلحة، دار الكتب القانونية،  
٢٠١٧، ص ٢٢١؛ د. أحمد أبو القاسم: مسرح الجريمة وتحقيق الأدلة الجنائية،  
القاهرة، ١٩٨٦، ص ٢٩٢؛ وفي الفقه الغربي:

Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de  
legislation pénale comparée, Sirey, Paris, 1947, p.312 et s.

(2) BRIERE DE L'ISLE G et COGNIARD P, Procédure pénale,  
collection Université Librairie Amand Colin, Paris 1971, p. 41  
et s.



الجريمة ومعرفة كيفية دخول الفاعل وخروجه من وإلى مسرح الجريمة ، وتحديد مكان الكسر وهل وقع من الداخل أم من الخارج ، الأداة المستعملة في الكسر ، ومعرفة مكان دخول وخروج المقذوف الناري على الزجاج إذا كان الكسر نتيجة إطلاق مقذوف ناري ، وتحديد اتجاه الإطلاق ، وبيان المدى الزمني للإطلاق الناري على الزجاج ، وتحديد ومعرفة الجهة التي كسر منها الزجاج<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: دور الوسائل العلمية الحديثة في اكتشاف الأدلة المادية غير الظاهرة وأثر ذلك في الإثبات الجنائي:** يقصد بالأدلة المادية غير الظاهرة الأدلة التي لا يمكن إدراكها بالحواس المجردة وإنما تحتاج إلى طرق فنية ومعملية لإدراكها كالفحص الميكروسكوبي أو العدسات المقرية أو الأشعة فوق البنفسجية والسينية أو المواد الكيميائية<sup>(٢)</sup>، وهناك العديد من الآثار المادية غير الظاهرة التي تساعد في الإثبات الجنائي من خلال كشف غموض الجريمة وبيان أدلتها ونسبتها إلى المتهم ، ومن هذه الآثار البصمات على اختلاف أنواعها كبصمة اليد والأرجل والعين والأذن والمخ ، وكذلك الحال بالنسبة لبقايا الشعر وآثار الدم بعد غسلها ، والكتابة المخفية على الورق كالكتابة بالحبر السري أو غيره<sup>(٣)</sup>. وستتحدث في السطور القليلة القادمة عن البصمات المادية بأنواعها المختلفة<sup>(٤)</sup> ودورها في الإثبات

(1) VETTER H.J, & SIMONSEN, C.E, Criminal justice in America, W. B. Saunders company, Philadelphia, U.S.A., 1976, p. 220&s.

(٢) د. عبد الفتاح محمود رياض: الأدلة الجنائية المادية، كشفها وفحصها، المرجع السابق، ١٣١.

(٣) د. أحمد ضياء الدين محمد خليل: الظاهرة الإجرامية بين الفهم التحليلي، أكاديمية الشرطة، القاهرة ١٩٩٤، ص ١٨؛ د. محمد محمد عنب: أثر الأسلوب الإجرامي على كشف غموض الجريمة، مقال بمجلة بحوث الشرطة ١٩ يناير ٢٠٠٥، ص ٢٨١.

(٤) وردت الإشارة إلى علم البصمات في القرآن الكريم من خلال الآيات القرآنية المتعلقة بخلق الإنسان قبل أن يكتشف أو يتحدث عن البصمات أي إنسان؛ ومن هذه الآيات قوله تعالى "أَيُحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ نُجْمَعَ عِظَامَهُ، بَلَىٰ قَادِرِينَ عَلَىٰ أَنْ نُسَوِّيَ بَنَانَهُ" =

الجناي باعبارها أهم الآثار المادية غير الظاهرة المتخلفة عن الجاني،  
وذلك على النحو التالي:

١- بصمة الأصابع: بصمات الأصابع Finger prints أو Empreinte digitale<sup>(١)</sup> هي : الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها

=سورة القيامة آية 3، ٤. وقد تعرض بعض العلماء المعاصرين لعلم البصمات عند تفسيره لهذه الآية، فقال الصابوني: " وإنما ذكر تعالى البنان، وهي أطراف الأصابع، لما فيها من غرابة الوضع ودقة الصنع لأن الخطوط والتجاويف الدقيقة التي في أطراف أصابع الإنسان، لا تماثلها خطوط أخرى في أصابع شخص آخر على وجه الأرض، ولذلك يعتمدون على بصمات الأصابع في تحقيق شخصية الإنسان في هذا العصر"، أنظر للصابوني: (صفوة التفاسير: جزء ٣ ص ٣٨٤؛ التبيان في علوم القرآن: ص 136)، وعندما ساق الزرقاني هذه الآية قال " وأرجو أن نقف قليلاً عند تخصيصه البنان بالتسوية في هذا المقام، ثم نسمع بعد ذلك إلى هذا العلم الوليد (علم تحقيق الشخصية) في عصرنا الأخير، وهو يقرر أن أدق شيء وأبدعه في بناء جسم الإنسان هو تسوية البنان، حتى إنه لا يمكن أن نجد بنانا لأحد يشبه بنان الآخر بحال من الأحوال، وقد انتهوا من هذا القرار إلى أن حكموا البنان في كثير من القضايا والحوادث. أنظر (مناهل العرفان في علوم القرآن: الزرقاني، جزء ١ ص ١٩؛ الجواهر في تفسير القرآن: طنطاوي جوهري، ٣١٧/٢٤ - ٣١٨).

(١) ويرجع تاريخ استعمال البصمات بصورة عملية إلى أكثر من ألف عام، وكان الصينيون أول من استعملها واكتشف أهميتها، وكانوا يوقعون بها على الأوراق الرسمية وجاء بعد الألماني "بيركنج" عالم إنجليزي "وليام هيرشل" وكان حاكماً على أحد أقاليم الهند، فأصدر قراراً يلزم فيه الأهالي بالتوقيع ببصماتهم كوسيلة إلزامية وإثباتاً للشخصية ولم يستطع أن يوظف البصمات أكثر من ذلك ثم جاء بعده "فرانسيس جالتون" ودرس البصمات دراسة أكبر من سابقه وعمل أرسيفاً لها. وكان الدور الأعظم للعالم الإنجليزي "أدورد هذي" الذي نظم العمل بالبصمات وقسمها بطريقة خاصة تعرف باسمه، ك ان له الدور الأكبر في مواجهة الحكومة البريطانية على استعمال هذه الطريقة وذلك سنة ١٩٠٠ م لحفظ وترتيب بصمات الأصابع وأدخل عليها كثيراً من التحسينات، أما "خوان فوسيتيش" وهو شاب كرواتي هاجر للأرجنتين عام 1884م والتحق بشرطة العاصمة "بيونس آيرس" وقرأ ما كتبه "جالتون وهذي" وأخذ الفكرة العامة ثم طورها وطبقها وكشف كثيراً من الجرائم باستخدام البصمات، ولا تزال هذه الطريقة مطبقة في معظم البلاد التي تتكلم الأسبانية، أنظر: د. عبد الفتاح محمود رياض: التحقيق الجنائي الفني: المراجع السابق، ١٨٢ - ١٨٣.

سطحها مصقولاً، وهي طبق الأصل لأشكال الخطوط الحلمية التي تكسو جلد الأصابع وهي لا تتشابه إطلاقاً بين شخصين ولو كانوا أخواه أو توأمين حتى أنها لا تتشابه في أصابع الشخص الواحد. وتبدأ في الإنسان منذ شهره السادس وتبقى حتى تفسخ جثته أو تتحلل، ولا يمكن لأية عوامل خارجية أن تغير شكل بصمة الأصابع حتى ولو أجرى الشخص عملية جراحية لأصابعه حيث تظهر بصمته كما كانت من قبل وتتخذ شكلها الأول، كما يمكن التعرف على صاحب البصمة ولو بعد زمن طويل<sup>(١)</sup>. ومن أهم فوائد بصمات الأصابع الاستدلال بها علي مرتكبي الجرائم من خلال ما ينطبع من بصماتهم علي الأجسام المصقولة في محل الجريمة، فهي قرينة قوية في التعرف علي الجناة<sup>(٢)</sup>، حيث لوحظ أن بصمة

(١) ومن الدراسات المثيرة في هذا السياق ما قام باحثون إيطاليون على الرسام الإيطالي المعروف "ليوناردو دافنشي" الذي يعد من أشهر أعماله الفنية لوحة الموناليزا، حيث تم في تم تجميع تفاصيل بصمة سبابة يده اليسرى من على ٢٠٠ صورة لبصمات أصابع معظمها غير كاملة تم أخذها من حوالي ٥٢ ورقة لمسها ليوناردو في حياته في مدة ثلاثة أعوام، فوجدوا أن بصمته هذه تشير إلى أن أمه من أصل شرقي أوسطي وبالتحديد من أصل عربي، ويقول أحد الباحثين اسمه "كابسو" أن الأمر لا يتعلق بأن لكل شعب خواص معينة لبصمات الأصابع، وإنما لكل شعب نسب معينة من أشكال بصمات أصابع أفراده، وحيث إن بصمة سبابة ليوناردو تنطبق على ٦٠٪ من أشكال بصمات العرب مما يشير إلى احتمال أن أمه كانت من أصل شرقي أوسطي (هل كانت والدة دافنشي عربية؟ بصمة سبافته تشير إلى ذلك"، مقال على الانترنت نشر تاريخ ٢٠٠٧/٨/٣١ على الموقع التالي: <http://www.hschamberlain.net/kant/leonardo.jpg>. ص ٣ وما بعدها.

(2) Locard E. La preuve judiciaire par les empreintes digitales. Lyon : Rey, 1914. ; Jeffreys A.J., Wolson V., Thein S.L. Individual Specific « Fingerprints » of Human DNA. Nature, 1985, 316, 6023, p. 76-79; Margot P. Fingerprint Sciences In Siegel J.A., Saukko P.J., Knupfer G.C. Encyclopedia of Forensic Sciences. London : Academic Press, 2000, p 1054-1058; Stoney D.A., Thornton J.I. A Critical Analysis of Quantitative Fingerprint Individuality Models. Journal of=

الأصابع لها صفات مميزة (منحنيات، منحدرات، زوايا، تفرعات، خطوط) تصل إلى حوالي اثنتي عشرة صفة مميزة، فإذا تم مقارنة بصمتين حتى وصل التطابق بينهما إلى حد التطابق بين هذه الصفات الاثنتي عشرة جميعاً كان معنى هذا أن البصمتين لشخص واحد وهذا يعتبر من أقوى الأدلة على كشف غموض الجريمة والتعرف على مرتكبها<sup>(١)</sup>.

٢- **بصمة الكف: Palmprints أو Empreinte palmaires**<sup>(٢)</sup>، وهي عبارة عن خطوط على راحة اليد وسلاميات الأصابع، وقد تكون بصمة اليد كاملة وقد تكون جزئية، وفي هذه الحالة الأخيرة قد يختلط الأمر بينها وبين بصمة الأصابع، ويتم التمييز بينهما في هذه الحالة من خلال طبيعة الشيء الذي يظهر عليه هذا الجزء من بصمة راحة اليد، فمثلاً إذا ظهرت على عجلة قيادة السيارة أو شيء عمودي كالشمعدان مثلاً أو عمود إنارة أو سماعة تليفون وظهر جزء من راحة اليد كانت بصمة لراحة اليد وهكذا. وتتم مضاهاة بصمة الكف ومقارنتها ببصمات الجناة تبعاً لذات

---

=Forensic Sciences, 1986, 31, p. 1187; Broeders A.P.A. Of Earprints, Fingerprints, Scent dogs, Cot deaths and Cognitive Contamination - a Brief Look at the Present State of Play in the Forensic Arena. Forensic Science International, 2006, 159, p. 148-157; Wickelgren, I, Molecular biology, Spining junk into gold, Science 300, 2003, p. 205.

- (1) HOOVER Jone Edger, Classification of finger prints, Publisher B, T, Wahington, 1995, p. 208.
- (2) GESSAIN Robert, De l'intérêt anthropologique des empreintes palmaires, Bulletins et Mémoires de la Société d'anthropologie de Paris, 1943, sur le sit : [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/bmsa\\_p\\_0037-8984\\_1943\\_num\\_4\\_1\\_2799](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/bmsa_p_0037-8984_1943_num_4_1_2799)

القواعد المتبعة في مقارنة ومضاهاة بصمات الأصابع من خلال مقارنة الاثنتا عشرة صفة المميزة لها<sup>(١)</sup>.

٣- **بصمة الشفاه** Lip prints أو Lip impression: تستخدم بصمة الشفاه كأداة حديثة في مجال العلوم الجنائية كدليل حاد وواضح للتعامل مع مسرح الجريمة ومعرفة هوية بعدما اثبت العلم تمتع كل فرد بشفاه ذات سمات خاصة تميزه لدرجة أنه لا يتفق شخصان في هذه البصمة. وهذه البصمة عبارة عن تشققات وخطوط متشابكة تختلف من شخص لآخر. وتوجد بصمة الشفاه في مسرح الجريمة على المواد التي تلمسها الجنائي بشفته كالأكواب والفناجين والخطابات وأعقاب السجائر وهي تأخذ عن طريق جهاز به حبر غير مرئي بحيث يضغط الشخص بشفاه بعد أن يوضع عليها ورقة من النوع الحساس فتطبع عليه بصمة الشفاه، ثم يتم مقارنة العينة المجهولة بالعينة المعلومة والتي تمثل شفاه المشتبه فيه. ويساعد على التحقق من بصمة الشفاه وجود الكريمر أو المواد الدهنية على الشفاه كزبدة الكاكاو أو الروج أو أحمر الشفاه أو غير ذلك من المواد الدهنية التي قد يستعملها الجنائي وتظهر على شفاهه<sup>(٢)</sup>. وقد أثبت العلم الحديث أن لكل

(١) عميد، فادي الحبشي: المعاينة الفنية لمسرح الجريمة، والتفتيش، المركز العربي للدراسات العربية، الرياض، ١٩٩٥، ص ٩٣؛ د. حسين إبراهيم: الإثبات الجنائي، مطبعة كلية الشرطة، ٢٠٠٥، ص ١٠٩.

(٢) كشفت مداولات المؤتمر الدولي الأول للطب الشرعي المنعقد في الرياض بتاريخ الثلاثاء ١٣ مارس سنة ٢٠١٢، أن بصمة الشفاه تستخدم كدليل حاد وواضح للتعامل مع مسرح الجريمة ومعرفة هوية المتوفى، مؤكداً أن هذه البصمة قد تكون متشابهة في العناصر العامة بين شخصين ولكن لا يمكن أن تتطابق، وذكر الخبير الدكتور أحمد رأفت من مصر، أن هناك عدداً من الصفات التي يتم التعامل فيها مع بصمة الشفاه لمعرفة هوية الشخص، كما أنه من خلال التشریح يمكن رؤية الخطوط وفحصها على الشفاه حتى ولو كانت مغطاة بأحمر الشفاه. وأوضح أن الدراسات الحديثة تؤكد أهمية تنظيف الشفاه لأخذ البصمة بشكل أسهل لتحديد هوية المتوفى، وكذلك يمكننا طبع الشفاه على ورق لأخذ البصمة، لافتاً إلى أن هناك ست علامات لبصمة الشفاه، وتقسم إلى ثلاث حجرات ولكل حجرة =

منطقة جغرافية بصمة شفاه خاصة بها تتميز بها عن غيرها ويمكن من خلالها التعرف على نوع وجنس صاحب البصمة<sup>(١)</sup>.

٤ - بصمة الأذن أو print ear أو Empreinte d'oreille: تتميز بصمة الأذن بأنها لا تتغير من ولادة الشخص إلى أن يموت، فالإنسان يولد وينمو وكل ما فيه يتغير إلا بصمة أذنه، فهي البصمة الوحيدة التي لا تتغير منذ ولادته وحتى مماته<sup>(٢)</sup>، بل ثبت أن بصمة الأذن اليميني لا تتفق مع بصمة الأذن اليسري. وقد طور بعض العلماء البريطانيين نظام كومبيوتر يسمح

---

=خطوط مميزة تختلف من شخص لآخر. وأضاف: "منطقة منتصف الشفاه هي أفضل وأشمل بصمة يمكن رفعها، والمنطقة العلوية والسفلية للشفاه تختلفان في الخطوط من حيث الشكل والترتيب، وهذا يقودنا إلى أننا يمكننا استخدام بصمة الشفاه كدليل حاد وواضح للتعامل مع مسرح الجريمة ومعرفة هوية المتوفى". وحول القضايا التي تتطلب تحديد عمر الإنسان فيها، قال الدكتور سيزيرا راناسينج من سريلانكا: إن هناك عناصر عامة يمكن من خلالها تحديد العمر، منها نوع الطعام ونوع الجنس، وكذلك قوة الفك العلوي والسفلي وغيرها. أنظر: مجلة الاقتصادية السعودية، النسخة الإلكترونية، الأربعاء ٢١ ربيع الثاني ١٤٢٣ هـ. الموافق ١٤ مارس ٢٠١٢ العدد ٦٧٢٩، بعنوان "خبراء طب شرعي: بصمة الشفاه دليل حاد على معرفة هوية المتوفى"، على الموقع:

[http://www.aleqt.com/2012/03/14/article\\_636375.html](http://www.aleqt.com/2012/03/14/article_636375.html).

(١) د. محمد السقا عيد: بصمة العين، بصمة الشفاه، بصمة العرق، بصمة الصوت،

مقال على الموقع

www. Islamonline.net □ iol-arabic □ dowalia □ science15-200 □ science- a-asp ؛ ولنفس المؤلف في: البصمة بين الإعجاز والتحدي، على الموقع الإلكتروني: <http://geniusgate.net/vb/t8047.html> . وأنظر:

FOSTAN, Justice et Génétique contribution à l'étude de la génétique judiciaire, Thèse Paris 2000, p. 42.

(٢) توفيق عبد السلام، الأذن وسيلة لتحقيق الشخصية، مجلة الأمن العام - العدد ٥٠ - يوليو ١٩٧٠م، ص ١٥٥، وأنظر أيضاً: الموقع الإلكتروني: <http://kenanaonline.com/users/ibrahimkhalil/posts/337768>

بالتعرف على بصمة الأذن بسهولة<sup>(١)</sup>. وفي كندا استعانت الشرطة باثنين من خبراء تحقيق الشخصية لمعاينة حادث اقتحام بعض اللصوص لأحد النوادي ومحاولة كسر خزينة النادي، حيث فشلوا في فتحها مكتفين بسرقة بعض السجائر والأشياء غير الثمينة من داخل النادي ثم انصرفوا، وبعد ذلك قام الخبراء الفنيين باتخاذ الخطوات التقليدية لرفع البصمات من السطح المعدني للخزينة، إلا أنهم اكتشفوا أن اللصين كان يتمتعان بالحرص الشديد حيث إنهما استخدمتا قفازات، إلا أنهم عثروا بدلاً من ذلك على طبعة أذن يبدوا أن أحد الجناة كان يتصنت - حال فتح الخزينة - على صوت قفل الخزينة، وقد تم تصوير بصمة هذه الأذن واحتفظت بها الأجهزة الشرطية المعنية بغرض الاستعانة بها فيما بعد لإجراء المضاهاة إن أمكن تحقيق ذلك في المستقبل، ثم ضبط أحد المشتبه فيهم، وكانت آثار حدائه نمائلة لآثار حذاء عثر عليها في محل الحادث، كما عثر في جيبه على بعض السجائر المسروقة، وقد أصر المتهم على الإنكار مما أضطر المحقق معه إلى مضاهاة بصمة أذنيه اليمنى واليسرى بالبصمة المرفوعة من محل الحادث، فانطبقت إحداها عليه، وبمواجهة المشتبه فيه بذلك انهار واعترف بارتكابه هذه الجريمة ونجس جرائم أخرى، وبذلك دخلت بصمة الأذن عالم البصمات لأول مرة<sup>(٢)</sup>، لذا فإن بصمات الأذنين تؤدي دوراً مهماً في الإثبات الجنائي والتعرف على مرتكبي الجرائم من خلال مضاهاة طبعة صوان الأذن والإفرازات الدهنية والشمعية لهذه للمشتبه

(١) د.عمر الشيخ الأصم: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيتها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة = والقانون بدولة الإمارات العربية المتحدة، ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢م، المجلد الرابع، ص ١٦٤٨ وما بعدها؛ وأنظر أيضاً: الموقع الإلكتروني:

<http://kenanaonline.com/users/ibrahimkhalil/posts/337768>.

(٢) بصمة الأذن - مجلة الشرطة المصرية - العدد الثاني - مارس ١٩٧٩م - ص ٤٣؛ وأنظر أيضاً: الموقع الإلكتروني:

<http://kenanaonline.com/users/ibrahimkhalil/posts/337768>.

فيهم مع البصمة المرفوعة من مكان الحادث<sup>(١)</sup>، خاصة أن المجرمين يرتدون القفازات عادة، لكنهم لا يغطون أذانهم بل ويستخدمونها للتجسس أو للاستماع من خلال وضعها على الباب أو النافذة قبل محاولة فتحها، كما قد يترك الجنائي بصمة أذنه على التليفون المحمول أو الآي باد أو التابلت، أو على أي سطح أملس يمكن من طبع بصمة الأذن عليه، وكما قيل لا توجد أذان متشابهتان.

٥- بصمة العين Eye Scanner أو Iris scan : لا توجد عينان متشابهتان فكل شخص له بصمة لعينه تختلف عن الأخر<sup>(٢)</sup> ويتم أخذها عن طريق جهاز الكمبيوتر، وذلك لشبكية العين. وبصمة العين هي بصمة ابتكرتها إحدى الشركات الأمريكية لصناعة الأجهزة الطبية، وقد أكدت الشركة أنه لا توجد عينان متشابهتان في كل شيء، حيث يتم أخذ بصمة العين عن طريق النظر في عدسة الجهاز الذي يقوم بدوره بالتقاط صورة لشبكية العين، وعند الاشتباه في أي شخص يتم الضغط على زر معين بالجهاز فتتم مقارنة صورته بالصورة المخزنة في ذاكرة الجهاز، ولا يزيد وقت هذه العملية على ثانية ونصف فقط<sup>(٣)</sup>. ويستخدم في التصوير كاميرا متخصصة يقف أمامها الشخص على بعد ٨ إلى ٣٠ قدماً بحسب قوة الإضاءة ونوع العدسة. وترسم هذه الكاميرا خريطة واضحة للحدقة بداية من الحروف الخارجية للحدقة والتي تفصلها عن البؤرة ثم تنتقل تدريجياً إلى المميزات الداخلية. وقد طبقت هذه التكنولوجيا في البنوك منذ عام ٩٧ في إنجلترا، اليابان، أمريكا وألمانيا وبدأت المطارات أيضاً في تطبيقها على موظفيها والمسافرين الدائمين منذ ذلك الحين وهناك تجارب أولية في

(١) محمد عبد الظاهر: بصمة الأذن ودرها في الإثبات الجنائي، بحث - كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة - القاهرة - ١٩٨٠، ص ٢٧.

(٢) في الواقع فإن احتمال وجود حدقتين متطابقتين هو أمر نادر جداً. أنظر :

ROBERT M, La fichier des empreint génétique, médecine et droit, 1999, p. 99.

(٣) محمد عبد الظاهر: بصمة الأذن ودرها في الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص



استخدامها في صفقات تجارية، وفي التصوير، وفي الطب الشرعي، ومعامل البحوث وغيرها. كما إن هناك برامج وليدة طبقت بالفعل في عدة دول مثل أمستردام وأيسلندا وباكستان وسنغافورة، ويتجه العالم الآن إلى استخدام "بصمة الحدقة" في جميع مؤسساته من بنوك ووزارات ومطارات بل وفي السجون العمومية (١).

ويطلق على هذه التقنية "المسح الحدقي" "iris scan" وهو عملية تبين فيها المميزات الخاصة بحدقة كل إنسان من أجل التعرف على شخصيته، وتبدأ الخطوات بتصوير العين بالفيديو، ثم تحويل ما يقرب من ٢٦٦ ميزة خاصة بالحدقة من بقع وهالات ودوائر وتجاويف وغيرها إلى شفرة رقمية بقوة ٥١٢ بايت (باستخدام علم اللوغاريتمات) (٢).

فالمسح الحدقي يتميز عن غيره من الوسائل بعدم وجود حدقتين متشابهتين في حدق البشر حتى في التوائم المتماثلة، بل إن الحدقة اليمنى ذاتها مختلفة عن اليسرى في الشخص الواحد، بالإضافة إلى أن رسم الحدقة ثابت طوال العمر، حيث يتكون رسمه بعد ٦ أشهر من الولادة ويثبت بعد سنة من العمر ويستمر في ثباته حتى الوفاة. إضافة إلى ما سبق فإن التعرف على البصمة الحدقية للشخص لا يأخذ إلا ثواني معدودة، حيث أن تسجيل البصمة لأول مرة لا يأخذ أكثر من ثلاث دقائق، والنظارات والعدسات اللاصقة حتى الملونة منها لا تؤثر على المسح، وهذه العملية لا تحتاج إلى التصاق مباشر بالكاميرا، فلا تحتاج سوى بعض التعاون من الشخص فإلإحصائيات تقول إنه يوجد "واحد" من كل "ثمانية" أشخاص شعر ببعض القلق البسيط عندما تعامل مع الجهاز لأول مرة فقط، ومن المتوقع أن يكون لهذا الجهاز دور كبير في المجالات الطبية بجانب تحقيق شخصية الأفراد، كذلك في أعمال المؤسسات المصرفية والعسكرية والأماكن المحظور دخولها إلا لأشخاص معينين، خاصة إن لهذا الجهاز

(1) V. <http://kenanaonline.com/users/ibrahimkhalil/posts/337768>.

(2) V. <http://kenanaonline.com/users/ibrahimkhalil/posts/337768>.

ذاكرة تتسع لصور (١٢٠٠) شبكية للعين<sup>(١)</sup>. وعلى الرغم من كل ما سبق لم يتم استخدام بصمة العين كدليل يعتمد عليه في الإثبات أو في الكشف عن الجرائم، لذلك فليست لها حجية سواء في القانون المصري أو القانون المقارن.

### المبحث السادس

#### دور الوسائل العلمية الحديثة في اكتشاف الأدلة غير المادية

تلعب بعض الأدلة غير المادية دوراً في الإثبات الجنائي وتقوم الأجهزة أو الوسائل العلمية الحديثة بالكشف عن هذا الدور، والحديث هنا يتعلق ببصمة المخ والبصمة النفسية.

#### ١- بصمة المخ Imprint of brain أو Empreinte du cerveau

(٢): لا تعتمد بصمة المخ على الأثر البيولوجي DNA الذي يتركه الجاني على مسرح الجريمة وإنما تعتمد على المعلومات المخزونة في عقل المجرم، وما يحويه من تفاصيل وأحداث، ووقائع الجريمة التي ارتكبتها، ذلك أن المخ هو الذي يقوم بالتخطيط، والتنفيذ، وتسجيل ما حدث في الجريمة، وأن مرتكب الجريمة الفعلي يقوم بتخزين أحداث الجريمة في ذاكرته. وتستخدم بصمة المخ في الكشف عن العديد من الجرائم كالرشوة، والتزوير، والإرهاب وجرائم السرقة والقتل، والاعتصاب، وجرائم الإرهاب، فإلى جانب الأدلة المادية التي يمكن الحصول عليها من مسرح الجريمة، ومن أي مكان آخر، فإن هناك مكاناً آخر يوجد فيه تسجيل كامل عن الجريمة، وهو ذهن المجرم الذي ارتكب الجريمة، وبواسطة الجهاز الجديد الذي اخترعه الدكتور Farwell يمكن استخدام تسجيل هذا المخزون المعلوماتي عن الجريمة، والاستفادة منه في البحث، والتحقيق الجنائي، وتحقيق الأمن، ومواجهة الاستخبارات الخارجية المعادية، وذلك عن طريق قراءة الدفقات الكهربائية اللاإرادية التي

(١) د. محمود محمد محمود: الأسس العلمية والتطبيقية للبصمات، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، سنة ١٩٩١، ص ٣٤٣.  
(٢) د. الهاني طابع: تكنولوجيا بصمة المخ في الإثبات الجنائي، الشاهد الذي لا يخفى، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

تصدر عن المخ استجابة لرؤية بعض الصور المتعلقة بجريمة ما<sup>(١)</sup>.

وبصمة المخ هي عبارة عن موجات، وإشارات مخية تسمى بـ p300 للمعلومات عن الجريمة الموجودة في الذاكرة (MERMER الذاكرة الداخلية للإنسان) والتي يتم تسجيلها وتحليلها عند استرجاع هذه المعلومات عن طريق الحاسب الآلي، وبالتالي يمكن التعرف على الفاعل الحقيقي، فعندما يتم وضع المشتبه فيه أمام شاشة كمبيوتر تعرض أمامه حدثاً ما، وليكن مثلاً كلمة أو جملة أو أداة الجريمة كالسكين التي استخدمها في القتل فتومض أمامه على شاشة الكمبيوتر<sup>(٢)</sup>، فإن النشاط العصبي في دماغه سوف يكون متزامناً، وسوف يصدر موجة كهربائية، وهذه الموجة يمكن قياسها عن طريق وضع مجسات، أو أجهزة إحساس على الرأس، وتكبير هذه الأجهزة، ويطلق على هذه الموجة الكهربائية p300<sup>(٣)</sup>.

٢- البصمة النفسية أو بصمة النمط الإجرامي: يطلق اسم البصمة النفسية مجازاً على الأسلوب الإجرامي الذي يعتمده كل مجرم في جريمته ولا يغيره، وهو ما نجده عند صنف المجرم المعتاد على الإجراء الذي يكرر إجرامه بنمط واحد. والهدف من البصمة النفسية هو الوصول إلى تحقيق شخصية المجرم ومعرفة هويته من خلال طريقة وأسلوب ارتكابه للجريمة المتكرر، وليس أسباب ارتكابه للجريمة<sup>(٤)</sup>. ويعود تاريخ اكتشاف ما يسمى بالبصمة النفسية أو بصمة النمط الإجرامي إلى سنة ١٩١٣ م بفضل النظرية التي جاء بها الباحث البريطاني " السير جنرال تشارلي "

(1) GARRAUD René, traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, II, Paris, 2003, p. 200 et s.

(2) WANGER Anthony, Special topics in Brain and cognitive sciences, 2001, p. 205.

(3) <http://www.bilakoyod.net/details12211.htm?print=1>.

(٤) د. أحمد عوض غنيم: الجائيد في البصمات، مجلة الشرطة، العدد ٣٣٨، السنة 29، الإمارات العربية المتحدة، فبراير ١٩٩٩، ص ٤٠.

الذي كان رئيسا لمقاطعة "بوليس يور كشير" آنذاك بالمملكة المتحدة البريطانية حيث كان يقوم بتسجيل الأساليب الإجرامية للمجرمين في بطاقات مصنفة تحمل صفات المجرم وطباعه وعاداته وهدفه من ارتكاب الجريمة والوسيلة التي استعملها فيها وطريقة دخوله واقتحامه لمكان الجريمة وما إلى ذلك من السلوك والصفات وذلك بهدف تحقيق شخصيته ، وقد توصل هذا الأخير إلى أن لكل مجرم أسلوبه الخاص به في ارتكاب الجريمة الذي لا يحدد عنه، ويطلق على نظرية تشارلي هذه تسمية Modus Operandi (M.O) وهو تعبير لاتيني معناه طريقة العمل ، أما الآن نجدتها في بعض الدراسات الحديثة يطلق عليها اسم البصمة النفسية، ولقد حظيت هذه الطريقة بنجاح كبير في التعرف على المجرمين ، مما أدى بمعظم المؤتمرات الدولية الخاصة بعلوم الشرطة والبوليس الفني الجنائي تقر بهذه النظرية حيث اعتمدها إدارة الشرطة بمعظم دول العالم (١) ، كما أن نظرية "تشارلي" هذه قد طورت حديثاً في الدول المتقدمة لاسيما بالولايات المتحدة الأمريكية بمكتب المباحث الجنائية الفيدرالي F.B.I ، وإدارة شركة "اسكتلانديار" بالجلتزا، وذلك بإضافة بيانات أخرى من أوصاف المجرم وشركاؤه (M.O)، لمعرفة السلوك الإجرامي، والامكنة التي يمكن أن يزاول فيها نشاطه الإجرامي مستقبلاً والتعرف على خططه الإجرامية باستخدام نظام البطاقات الآلي والأرشيف الفني، وهي كلها بيانات تساعد في التعرف على مرتكبي الجرائم (٢).

(١) د. أحمد بسيوني أبو الروس: التحقيق الجنائي والأدلة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩، ص ٥٩٩ - ٦٠٥.

(1) CABAL M. Christian, les méthodes scientifiques d'identification des personnes à partir de données biometriques et les techniques de mise en oeuvre, RAPPORT (1ère partie), OFFICE PARLEMENTAIRE D'ÉVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, Internet, [Http://www.senat.fr/commission/.../office\\_021125.html](http://www.senat.fr/commission/.../office_021125.html), Mercredi 20 novembre 2002, Internet, <http://www.senat.fr/opecest/p01a05>.

وباستعراض دور البصمات غير المادية في الإثبات الجنائي نكون قد انتهينا من الباب الأول من هذا البحث الخاص بمفهوم الوسائل العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي، وننتقل إلى استعراض الباب الثاني من هذا البحث المتعلق مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، راجين المولى عز وجل التوفيق والسداد في العرض والسرود.

### الباب الثاني

#### مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي

بما لا شك فيه أن استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي يترتب عليه مساس بحقوق وحرريات المواطنين وحياتهم الخاصة، وذلك في مراحل الإجراءات الجنائية المختلف وسواء تعلق الأمر بمرحلة الاستدلال والتحري أو مرحلة التحقيق وما يستلزمه من تفتيش أو قبض أو حبس احتياطي، أو في مرحلة المحاكمة وتنفيذ الأحكام، حيث قد يجبر الفرد بتقديم دليل ضد نفسه أو على خلاف إرادته أو فيه انتهاك لحرمة جسده أو حياته الخاصة. وتلتزم الدول الديمقراطية الحديثة، عند مباشرتها الإجراءات الجنائية عامة وإجراءات الإثبات خاصة، أن تراعي حقوق وحرريات الأفراد، وأن تحقق التوازن بين مصلحتها في العقاب ومصلحة الأفراد في صيانة حقوقهم وحررياتهم وحياتهم الخاصة. فإن هي غلبت مصلحتها في العقاب على صيانة الحقوق والحرريات الأساسية للأفراد كان اتجاهها تسلطياً قمعياً، وإن هي غلبت صيانة حقوق الأفراد وحررياتهم كان اتجاهها على حساب المجتمع وأمنه، أما إن هي وازنت بين المصلحتين كان اتجاهها وسطياً مقبولاً، وهنا تبرز أهمية الإجراءات الجنائية، باعتبارها الوسيلة الوحيدة لوضع قانون العقوبات المنشئ لحق الدولة في العقاب موضع التنفيذ، حيث تهدف إلى تحقيق التوازن المنشود بين مصالح المجتمع التي حماها المشرع بنصوص التجريم، وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم وحياتهم الخاصة.

ولذا كان لزاماً علينا أن نبين مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي ومدى تأثيرها على حقوق المتهم المتعلقة بحرية إرادته أو حرمة جسده أو حياته الخاصة أو ضمان حقوقه في الدفاع عن نفسه. وتجدر

الإشارة إلى أن وصف المشروعية المقصود في هذا البحث، يتعلق بوسائل الحصول على الدليل، إلا أن التداخل بين الدليل ووسيلة الحصول عليه يجعل من الصعب في كثير من الأحيان، الفصل بينهما، الأمر الذي جعل معظم الكتابات التي تتناول مشروعية وسائل الإثبات تتكلم عن مشروعية الدليل ووسيلة الحصول عليه دونما تفرقة بينهما؛ فتصبح المشروعية صفة تلازم الدليل ووسيلة الحصول عليه. فمثلاً عدم مشروعية وسيلة الحصول على الدليل هو السبب الذي يمكن الاستناد إليه لاستبعاد بعض الوسائل العلمية من نطاق الإثبات الجنائي، كجهاز كشف الكذب أو مصل الحقيقة، فعلم المشروعية سببه أن الوسيلة المستخدمة من شأنها الحط والاتقاص من الاعتبار والاحترام الواجب للإنسان، أو أنه غير موثوق في النتائج المستمدة منها، أو للسيئين معاً، كما أن عدم مشروعية الاعتراف، أي الدليل، الناجم عن استخدام هذه الوسائل هو سبب استبعاده؛ حيث يفقد الاعتراف أحد شروطه القانونية، وهو شرط صدور الاعتراف عن إرادة حرة مدركة<sup>(١)</sup>.

وعلى ضوء ما سبق سنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول: فخصص الفصل الأول لمشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حرية الإرادة، والفصل الثاني لمشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حرمة الحياة الخاصة، والفصل الثالث لمشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حقوق الدفاع، وذلك على النحو التالي.

### الفصل الأول

#### مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة

##### على حرية الإرادة

بالإضافة إلى ضرورة توافر الحق في المحاكمة العادلة والضمانات التي تتعلق بالحق في الدفاع التي يكفلها القانون من خلال تنظيم إجراءات

(١) د. معتصم خميس: إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة كلية الشريعة والقانون، الإمارات، العدد السادس والخمسون، أكتوبر ٢٠١٣، ص ٥٨.

(٢) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧، المجلد الثالث

التحري والتحقيق والمحاكمة، وبالإضافة إلى وجوب حماية حرمة الحياة الخاصة، وبالإضافة إلى توافر القواعد العامة التي تحكم الحصول على الدليل العلمي<sup>(١)</sup>، يجب أن يجري البحث عن الدليل في إطار من النزاهة؛ حيث يضعب عزل النزاهة التي يجب أن يجري في إطارها البحث عن الدليل عن احترام الاعتبار الواجب للإنسان<sup>(٢)</sup>، فمتطلبات هذا الاعتبار تحول دون الحصول على الاعتراف دون مراعاة إدارة المعترف الحرة، وسواء وقوع ذلك من خلال استخدام الشدة أو العنف، أو باللجوء إلى الخيلة أو الخديعة، أو باستعمال وسائل علمية<sup>(٣)</sup>. وإذا كان يحظر استخدام التعذيب في الحصول على أدلة الجريمة لأنه يتنافى قطعاً مع الاحترام الواجب للإنسان<sup>(٤)</sup>، فإنه يتعين أن يدخل في إطار الحظر ذاته استعمال أية وسيلة من شأنها المساس بالحق في السلامة الجسدية أو النفسية للفرد، فليس مقبولاً اختفاء التعذيب من وسائل الحصول على الاعتراف بالجريمة أو على معلومات بشأنها لكي يحل محله استعمال وسائل علمية من شأنها الخط من الاعتبار والاحترام الواجب للإنسان، فأى استعمال لهذه الوسائل لا بد أن يراعي، كحد أدنى، السمات الأساسية التي يجب أن يتسم بها الاعتراف، أي أن يكون عن إرادة حرة واعية، وأن تحترم وسائل الحصول عليه حق المشتبه فيه في التزام الصمت.

ومبدأ النزاهة *La loyauté* <sup>(٥)</sup> هو مبدأ عام لم يرد به نص في القانون، يحكم البحث عن أدلة الجريمة ويستمد المبدأ وجوده من المبادئ

---

(١) أنظر ما سبق: المبحث الثالث من الفصل التمهيدي من هذا البحث الخاص بالمبادئ القانونية التي تحكم الإثبات الجنائي.

(1) MOLINA, E., *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, p. 450.

(2) KOERING-JOULIN R., *La dignité de la personne humaine en droit pénal*, in *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 67.

(٤) د. معتصم خميس: إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، المرجع السابق، ص ٦٤.

(5) BOUZAT P, "La loyauté dans la recherche des preuves", *Mélanges Huguency*, Sirey, 1964, p.155 et s.

الأخلاقية التي يجب أن يخضع لها القضاة وأفراد السلطة العامة عند قيامهم بالأعمال الموكلة إليهم القيام بها، والقضاء الفرنسي الذي يستخدم في العديد من الأحكام تعبير " مبدأ نزاهة الأدلة Le principe de loyauté des preuves "، لم يضع تعريفاً له، وإنما اكتفى بالإشارة إلى " وقوع تدليس من شأنه أن يعيب البحث عن الحقيقة وإثباتها" (١). وتظهر الحاجة لإعمال مبدأ النزاهة بشكل أكبر عند استخدام الوسائل العلمية الحديثة في البحث عن الدليل، حيث يصبح المجال أوسع في استخدام الحيلة والخداع من أجل الوصول للدليل، فعلى الرغم من أن التقنيات العلمية تتيح وسائل أكثر فاعلية بالإمكان استخدامها من أجل الوصول إلى الدليل، لكن، وفي الوقت ذاته، يضيق هذا الاستخدام من مساحة النزاهة التي يجب أن تتصف بها عملية البحث عن الأدلة وجمعها، فيجمع بين الوسائل العلمية التي تستخدم في جمع الأدلة سمة مشتركة هي أنها تتضمن اعتداءً على حرية الإرادة، وبسبب ذلك تظهر الإشكالية المتمثلة بتطبيق مبدأ النزاهة عند استخدام هذا النوع من الوسائل (٢).

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس المقصود هنا هو بحث الوسائل التي تؤثر على الإرادة بصفة عامة وإلا اعتبرت كل وسيلة من وسائل الحصول على الدليل مؤثرة على الإرادة حيث إنه يترتب عليها الحصول على الدليل بدون موافقة المتهم وعلى خلاف إرادته، وإنما المقصود هنا الوسائل المؤثرة على الإرادة خاصة أي باعتبار هذا التأثير عيباً في هذه الإرادة كالحصول على الدليل نتيجة الإكراه المادي أو المعنوي أو عن طريق الغش أو التدليس.

وتنص المادة ٦٠ من دستور مصر لسنة ٢٠١٤ على أنه "لجسد الإنسان جريمة، والاعتداء عليه، أو تشويهه، أو التمثيل به، جريمة يعاقب عليها القانون. ويحظر الاتجار بأعضائه، ولا يجوز إجراء أية تجربة طبية، أو

(1) PRADEL J., Procédure pénale, 2001, op. cit., p. 390, no. 447.

(٢) د: معتصم خميس: إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، المرجع السابق، ص ٦٢.



علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق، ووفقاً للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية، على النحو الذي ينظمه القانون". فالدستور يحمي كيان الإنسان المادي من أي اعتداء، ولذا فهو اشترط الحصول على رضائه الحر الموثق ووفقاً للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية. وفي رأينا فإن هذا النص يندرج تحته إخضاع الشخص لأي تجارب طبية بقصد إظهار شيء معين حال اتهامه في جريمة ما، كتحويل دمه لتحديد ما إذا كان قد تعاطى مخدر أم لا، حيث لم ينص الدستور على كون هذا الشخص متهم أم لا، وإنما أطلق لفظ إنسان بما يشمل المتهم وغير متهم. فمناطق الإرادة الصحيحة هو رضاه الشخص التام بالعمل الذي يمس سلامة جسده، فإذا شاب هذه الإرادة عيب كالإكراه المادي أو المعنوي، أو التدليس أو الغش، انعدمت مشروعية العمل لمساسه بكيان الشخص المادي<sup>(١)</sup>. وترتيباً على ما سبق فإذا قام مأمور الضبط القضائي بإجراء تحليل لدم المتهم أو المشتبه فيه أو غسل لمعدته دون رضاه الحر الموثق، ووفقاً للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية، فإن عمله يوصم بعدم المشروعية ولا يكون له أي سند قانوني، لمساسه بسلامة الجسم، وذلك على خلاف ما إذا كان هذا العمل تم برضاء المتهم أو المشتبه فيه التام الحر الموثق<sup>(٢)</sup> أو بناء على طلب منه لإثبات براءته.

(١) د. أحمد شوقي أبو خطوة: القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية ١٩٩٥، د. أحمد محمود سعد: زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية ١٩٨٦، ص ٧ وما بعدها؛ د. حسني الجندي، ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام، دار النهضة العربية ١٩٩٣، ص ٣٠ وما بعدها. أنظر أيضاً المواد ٥٠١، ٥٢٤ من قانون العقوبات الفرنسي والمواد ٩/٢٠٩، ١٠ من قانون الصحة العامة الفرنسي، والتي تستوجب ضرورة الحصول على رضاه الشخص المريض قبل إجراء التجار الطبية عليه.

V. CINAR, les aspects juridiques de la recherche biomédicale, 1997, p. 25; VERON, Des infractions en matière d'éthique biomédicale, droit pénal, 1994, chron.65 et 67.

(٢) م. مصطفى مجدي هرجه: الموسوعة القضائية الحديثة، الإثبات الجنائي والمدني في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص ٥١ وما بعدها؛ د. السيد محمد =

وعلى الرغم من الإطار العام لعدم مشروعية الأدلة التي تؤثر في إرادة المتهم، إلا أنه يمكن القول إن هناك وسائل علمية حديثة استقر التطبيق العلمي عليها بحيث تجاوزت الخلاف بحجة عدم مساسها بإرادة المتهم، ووسائل أخرى اختلف الفقه الجنائي في نظريته حول قبولها، لما فيها اعتداء ومساس بإرادة المتهم. كما أن أجهزة التحقيق أو الاستدلال قد تستخدم الدليل العلمي بما قد يشوبه البطلان أو يترتب عليه اختلاف فقهي وقضائي في كون الدليل العلمي يصلح للأخذ به أم لا، وذلك تبعاً لكيفية استنباطه، ولذا وجب علينا التعرض لهذه الأدلة ببعض التفصيل، من خلال المباحث التالية، على النحو التالي.

### المبحث الأول

#### التحليلات البيولوجية والكيميائية وأثرها على الإرادة

سنقسم هذا البحث إلى مطلبين، سنتناول في الأول منهما التحليلات البيولوجية والكيميائية الخاصة بالدم وسوائل وإفرازات الجسم الأخرى وأثرها ذلك على الإرادة، والثاني سنخصصه لتقنية البصمة الوراثية وأثرها على الإرادة، وقد أفردنا هذا المطلب لهذه التقنية مع كونها تعتمد على إفرازات الجسم نظراً لأهميتها وحدثتها.

### المطلب الأول

#### التحليلات البيولوجية والكيميائية الخاصة بإفرازات الجسم

#### وأثرها على الإرادة

مما لا شك فيه، إن إجراء أي من التحليلات البيولوجية والكيميائية كفحص الدم أو غسيل المعدة أو تحليل السائل المنوي أو أي من سوائل وإفرازات الجسم، له أثره على إرادة المتهم أو الشخص المشتبه فيه متى تم ذلك رغمًا عنه، حيث يمس حق الإنسان في سلامة جسده وحرية

---

= سعيد عتيق: النظرية العامة للدليل العلمي في الإثبات، المرجع السابق، ص ٢٩٨ وما بعدها. د. أحمد ضياء الدين محمد خليل: مشروعية الدليل في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٥٢٠ وما بعدها.

إرادته(١). وبالتالي فلا يجوز في الأنظمة الديمقراطية الحديثة إجبار شخص دون طلب منه للفحص أو التحليل البيولوجي أو الكيميائي لأن حريات الأفراد وحقوقهم في سلامة أجسادهم مصونة ومضمونة، كمبدأ عام، في هذه الأنظمة؛ فمثلاً نجد الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ نص في المادة، ٦٠ منه، السابق الإشارة إليها، تنص على أنه "جسد الإنسان حرمة، والاعتداء عليه، أو تشويهه، أو التمثيل به، جريمة يعاقب عليها القانون. ومحظر الاتجار بأعضائه، ولا يجوز إجراء أية تجربة طبية، أو علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق، ووفقاً للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية، على النحو الذي ينظمه القانون". فالدستور المصري يحمي كيان الإنسان المادي من أي اعتداء، ولذا فهو اشترط الحصول على رضائه الحر الموثق ووفقاً للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية.

كما أن قانون الإصلاح القانوني السويدي Regerings formen رقم ١٥٢ لسنة ١٩٧٤ نص في الفقرة السادسة من المادة الثانية منه على حماية الأشخاص من كل عمليات التدخل الجسماني دون موافقة منه. إلا أن هذا القانون قد أورد استثناء على هذا المبدأ العام في تحريم المساس بجسد الشخص دون رضاه، يتمثل في جواز إجبار الشخص للخضوع للفحص الطبي أو التحليل البيولوجي أو الكيميائي، وفق شروط معينة(٢)، نص عليها الفصل ١١، ١٢، من القسم ٢٨ من قانون أصول المحاكمات السويدي رقم ٧٤٠ لسنة ١٩٤٢، من أهمها: وجود شكوك معقولة في تورط الشخص في جريمة ما، بحيث يكون هناك دلائل كافية تساند وتعضد الاشتباه فيه، وألا يمثل هذا الفحص خطورة على الشخص في المستقبل، ولهذا نص الفصل ١٢ من القسم ٢٨ من القانون المذكور على أن "الشخص الذي يتهم بجريمة عقوبتها السجن يمكن تفتيشه لهذا الغرض، ويشمل هذا الإجراء الفحص الداخلي والخارجي

(١) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد: الحماية القانونية للجين البشري، المرجع السابق، ص ١٤٣، ١٣٧.

(٢) أنظر الفصل ١١، ١٢، من القسم ٢٨ من قانون أصول المحاكمات السويدي رقم ٧٤٠ لسنة ١٩٤٢ المعدل.

للجسم ، ومنها أخذ عينات من جسم المتهم ولكن يجب ألا يشكل هذا الفحص خطورة في المستقبل على صحة المتهم ، ويجب ألا يحتجز الشخص الذي يخضع لهذا الفحص أكثر من ست ساعات قابلة للتמיד ست ساعات أخرى إذ اقتضى الأمر". ويتضمن هذا الفحص أخذ عينات من جسم المشتبه فيه كالدم والمني واللعاب وغسيل المعدة ... الخ. وقد تم معالجة ذلك فيما يخص التفتيش الجسدي<sup>(١)</sup>، ويلاحظ أنه في الحالات التي لا تقتضي المساس بجسد المتهم وذلك عندما يترك الجناة آثاراً مادية على مسرح الجريمة يمكن أن تؤدي إلى التعرف عليهم بعد معالجتها عملياً أو مخبرياً ، فإن الأمر لا يحتاج إلى الحصول على موافقة المتهم. وكذلك الحال إذا طلب المتهم إجراء التحليل له لإثبات براءته وليس بقصد إدانته ، فإن المتهم يجب إلى طلبه ولو ترتب على ذلك إدانته.

الإلا أننا نرى أنه إذا تطلب الأمر المساس بجسم المتهم أو المشتبه فيه ، فإن التمسك بمبدأ حق الشخص في حرمة جسده يمثل عقبة أمام إتمام إجراءات التحقيق والمحاكمة بما قد يضر بالعدالة الجنائية إذا استلزم الأمر الحصول على موافقة المتهم أو إذن القاضي ، كسائر أعمال الخبرة ، كما يرى بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> ، لذا نرى أنه يجوز المساس بجسم المتهم لانتزاع الدليل سواء كان للبراءة أم للإدانة ، حيث إن الضرر المحتمل الذي قد يلحق بالجاني من أخذ عينه منه لا يتساوى مع الضرر المؤكد الذي لحق بالمجتمع من جراء الجريمة ، كما أنه ليس

(1) KRANTZ Peter, Bevisforing och bevisvardering avseende de central straffratsliga fragorna, en forelasning, St ockholm, 1998, s; 39.

لدى د. كوثر أحمد خالندا: الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، دراسة تحليلية مقارنة، مكتب التفسير للنشر والإعلان، أربيل، العراق، ٢٠٠٧، ص ٣١٢.

(2) LEVASSEUR G, Les méthodes scientifiques de la recherche de la vérité, Colloque sur, Les méthodes scientifiques de la recherche de la vérité, Abidjan 10-16 Jan 1972, Revue International de droit pénal, n° 3 et 4.

المستشار محمد عابدين ، الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص ٩٥ .

من الطبيعي أن يحتاج المحقق أو القاضي الذي يطلب تحليل لسائل منوي مثلاً وجد على إحدى ضحايا الاغتصاب إلى موافقة مرتكب الجريمة المشتبه فيه أو الذي يبحث عنه. إلا أنه يجب مراعاة أن يتم ذلك في أضيق نطاق ودون انتهاك لحرمة جسد الشخص؛ أو المساس به إلا بالقدر الضروري لإجراء الفحوصات أو التحاليل، وألا يمثل هذا الفحص خطورة على صحة الشخص في المستقبل، وأن يؤسس ذلك على دلائل أو شكوك معقولة وكافية تفيد تورط الشخص في جريمة ما، بحيث يكون هناك دلائل كافية تساند وتعضد الاشتباه فيه، حيث إن هذه الدلائل الكافية تبيح تفتيش الشخص والقبض عليه فكيف لا تبيح أخذ عينه من دمه أو سوائل جسده الأخرى، باعتبار ذلك من قبيل الإجراءات التحفظية التي يجوز لمأمور الضبط القضائي بل يجب عليه القيام بها<sup>(١)</sup>، كما أن أخذ عينه الدم أو سوائل الجسم الأخرى شأنه شأن أخذ البصمات الذي يدخل ضمن الإيضاحات التي يجب على مأمور الضبط القضائي الحصول عليها لتسهيل التحقيق، كما هو الحال بالنسبة للفحوص الطبية<sup>(٢)</sup>. وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه<sup>(٣)</sup>.

(١) وهذا ما نصت عليه المادتان ٣٥ و ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصري: حيث نصت المادة ٣٥ من هذا القانون على أنه "إذا لم يكن المتهم حاضراً في الأحوال المبينة بالمادة السابقة جاز لمأمور الضبط القضائي أن يصدر أمر بضبطه وإحضاره ويذكر ذلك في المحضر. أو في غير الأحوال المبينة في المادة السابقة إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعدد شديد أو مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف. جاز لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة وأن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه. وفي جميع الأحوال تنفذ أوامر الضبط والإحضار والإجراءات التحفظية بواسطة أحد المحضرين أو بواسطة أحد رجال السلطة العامة"، كما نصت المادة ٤٩ على أنه "إذا قامت أثناء تفتيش منزل متهم قرائن قوية ضد المتهم أو شخص، موجود فيه على أنه يخفي معه شيئاً يفيد في كشف الحقيقة، جاز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه". أنظر أيضاً: د. حسين إبراهيم: الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٢) وهذا ما نصت عليه المادتان ٢٤ و ٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصري: حيث نصت المادة ٢٤ من هذا القانون على أنه "يجب على مأمور الضبط القضائي أن يقبلوا التبليغات والشكاوى، التي ترد إليهم بشأن الجرائم، وأن =

وهذا الاتجاه هو ما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة ٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية، التي تسمح باللجوء السريع إلى أعمال التفتيش فيما يخص التحقيق في المخالفات والفضائح، والمادة ١/٧٧ من هذا القانون، فيما يتعلق بالتحقيقات الأولية أو الابتدائية، وعلى أساس المواد ٨١، ٨٢، ١٥٦ من نفس القانون، التي تجبر القاضي على الأخذ بأية وسيلة أو الاستعانة بالخبرة، أو القيام بكل ما يراه مفيداً لإظهار الحق وتحقيق العدالة الجنائية<sup>(٢)</sup>.

= يبعثوا بها فوراً إلى النيابة العامة ويجب على مرؤوسهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم، أو التي يعلنون بها بأي كيفية كانت، وعليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة. ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمورو الضبط القضائي في محاضر موقع عليها منهم يبين بها وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصوله ويجب أن تشمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا، وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق المضبوطة". كما نصت المادة ٢٩ على أنه "لأموري الضبط القضائي أثناء جمع الاستدلالات أن يسمعوا أقوال من يكون لديه معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبها وأن يسألوا المتهم عن ذلك، ولهم أن يستعينوا بالأطباء وغيرهم من أهل الخبرة ويطلبوا رأيهم شفهيًا أو بالكتابة". انظر أيضاً: د. حسين إبراهيم: الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٣١٢ وما بعدها.

(١) وهذا ما أكدته محكمة النقض بقولها +++ "و يراعي أن غسل المعدة يعد إجراء تفتيشياً، وذلك لأنه يقصد بتفتيش الشخص، تفتيش كل ما يتعلق بكيانه المادي وما يتصل به، ويشمل كيانه المادي هذا أعضاءه الداخلية والخارجية على سواء"، نقض ١١ نوفمبر ١٩٤٦، مجموعة القواعد القانونية، ج ٧، رقم ٢٣١، ص ٢٢٩.

(٢) راجع المواد المذكورة على الموقع الإلكتروني:

<http://www.legifrance.gouv.fr/doP>؛ وراجع أيضاً:

SCHULIAR Yves, La coordination scientifique dans les investigations criminelles. proposition d'organisation, aspects éthiques ou de la nécessité d'un nouveau métier, Thèse, Faculté de Droit et des Sciences Criminelles de l'Université de Lausanne, 2009, p. 33.

كما اعتد المشرع الإنجليزي بنتائج الفحوصات الطبية، وأخذ بها في الإثبات الجنائي حيث تنص المادتان ٦٢، ٦٣ من قانون الشرطة والأدلة الجنائية لسنة ١٩٨٤ على جواز إجراء الفحص الطبي للمتهم بهدف إثبات أو نفي الاتهام، في إطار الاختبارات الجسدية بصفة عامة، وفيما عدا البول واللعاب، لا يجوز أخذ عينة من المتهم إلا بمعرفة الشرطة، ويشترط في جميع الأحوال أن تكون موافقته على إجراء الفحص كتابة فإن رفض ذلك يتم إخطاره بأن هذا الرفض يعد قرينة على ارتكابه للجريمة<sup>(١)</sup>.

وفي هذا الاتجاه أيضاً قضت محكمة جنائيات دبي بالسجن أربع سنوات على متهم ثبت تعاطيه مخدر الحشيش؛ بناء على قيام مأمور الضبط القضائي إثر بلاغ قدم إليه باصطحابه إلى دائرة مراقبات دبي بعد تفتيش شقته وسيارته حال توقفها أمام منزله دون العثور فيهما على أية ممنوعات، وتم أخذ عينة من دمه جاءت نتيجةها إيجابية، فقدم بناءً على ذلك إلى محكمة الجنائيات وتم إدانته بناء على هذا الدليل الذي تم الحصول عليه من المتهم دون موافقة منه<sup>(٢)</sup>.

وتحديداً لما سبق فقد وضع بعض الفقه<sup>(٣)</sup> مجموعة من الضوابط لإباحة التحليلات البيولوجية والكيميائية وتقليل أثرها غير المشروع على الإرادة، وأهم هذه الضوابط هي:

- أن يتم التحليل في الأحوال التي يجوز فيها القبض، لأن هذا القبض يبيح تفتيش المتهم، وفحص الدم وغيره من أنواع الفحص الأخرى نوع من التفتيش الذي يتم داخل الجسم، وهذا ما قرره المادة ٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية بقولها "في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم يجوز لمأمور الضبط

(١) محمد محمود الشناوي: تقنية البصمة الوراثية في الكشف عن الجرائم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٩.

(٢) محكمة جنائيات دبي، القضية رقم ٢٤٢ لسنة ٢٠٠٥.

(٣) أنظر: د. حسين إبراهيم: الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ١٣٧.

القضائي أن يفترضه. وإذا كان المتهم أثى وجب أن يكون التفتيش بمعرفة أثى  
يندبها لذلك مأمور الضبط القضائي".

- كما يمكن أخذ عينة التحليل في الحالات التي لا تثير مجالاً للشك  
وتكون فيها المصلحة العامة واضحة وتتوقف فيها نتائج التحقيق والمحكمة  
على عملية الفحص أو التحليل؛ مثل حالات السكر البين الذي تتبعث  
فيه رائحة المخدر، وكما في حالة القيادة تحت تأثير المخدر أو السكر،  
وحالات إنكار البنية أو النسب في حالات الزنا حيث يتم فحص السائل  
المنوي لحديد النسب.

- في الحالات التي لا تقتضي المساس بجسد المتهم وذلك عندما يترك الجناة  
آثاراً مادية على مسرح الجريمة يمكن أن تؤدي إلى التعرف عليهم بعد معالجتها  
معملياً أو مختبرياً، كما هو الحال بالنسبة لجرائم القتل والضرب والجرح  
والاعتداء على النفس عامة، لا يثور البحث في الحصول على موافقة المتهم،  
لأن الأمر لا يحتاج إلى هذه الموافقة ابتداءً، ذلك أن التحليل في مثل هذه  
الحالات يندرج تحت الإيضاحات التي ينبغي على مأمور الضبط القضائي  
الحصول عليها بشأن الجريمة، والتي نصت عليها المادة ٣٤ من قانون  
الإجراءات الجنائية.

- إذا طلب المتهم إجراء التحليل له لإثبات براءته وليس بقصد إدانته،  
فإن المتهم يجاب إلى طلبه ولو ترتب على ذلك إدانته.

- يجب ألا يشكل هذا الفحص أو التحليل خطورة في المستقبل على  
صحة المتهم، أو يسبب له آلام غير عادية، كما يجب ألا يمس هذا الفحص  
معتقدات الشخص الدينية<sup>(١)</sup>. ويجب ألا يحتجز الشخص الذي يخضع لهذا  
الفحص مدة محددة قابلة للتمديد لمدة أخرى إذا اقتضى الأمر.

- لا يجوز أخذ عينة من المتهم إلا بمعرفة الشرطة، وبواسطة خبير أو  
طبيب أو من يمارسون مهنة أخذ العينات، ويشترط في جميع الأحوال أن

(١) أنظر: د. محمود محمود مصطفى: التفتيش وما يترتب على مخالفته من آثار،  
مجلة الحقوق، السنة الأولى، ١٩٤٣، عدد ٢، ص ٣٣٢.



طلب موافقته الكتابية على إجراء الفحص فإن رفض ذلك يتم إخطاره بأن هذا الرفض يعد قرينة ضده.

### المطلب الثاني

## التحليلات البيولوجية والكيميائية الخاصة بتقنية البصمة الوراثية وأثرها على الإرادة

إذا كان المؤرخون يطلقون على كل عصر ما يميزه من المجازات علمية، فإن العصر الحالي هو بحق عصر الهندسة الوراثية التي تحتل مركزاً متميزاً في طليعة الانجازات العلمية التي يتميز بها هذا العصر، والتي كان من أهم نتائجها ظهور تقنية البصمة الوراثية، وما أحرزته من نتائج في مجال العدالة الجنائية والتحقق من الشخصيات، ومجالات إثبات ونفي النسب، حتى أصبحت حقوقاً علمية ثابتة ودليل علمي مؤكد. ولعل أهمية هذه الوسيلة لا تكمن في قيامها بوظيفية الإثبات فقط من خلال تحديد وتحقيق شخصية المتهم أو المشتبه فيه فحسب، وإنما تمتد لتشمل وظيفة النفي أيضاً باعتبارها وسيلة فعالة لتبرئة المشتبه فيهم والمتورطين في بعض الجرائم ونفي علاقتهم بها، حيث تعتبر نتيجة البصمة الوراثية في الإثبات عالية جداً تصل إلى نسبة ٩٩,٩٩%، وفي حالة النفي ١٠٠% لأنه لا يوجد تطابق للقواعد النروجينية في الحمض النووي في شخصين، فمن المعروف أن الحمض النووي والمكون الأساسي للكروموزومات، هو الذي يحمل جميع الصفات الوراثية لكل الكائنات الحية، ويقوم بنقل هذه الصفات عبر الأجيال بدقة متناهية<sup>(١)</sup>. هذا بالإضافة إلى أن هذا الوظيفة النافية لا تقتصر فقط على الجرائم الحالية وإنما تمتد لكل الجرائم المرتكبة ولو كانت سابقة ومحسومة بصدور بحكم نهائي فيها<sup>(٢)</sup>.

(١) د.سعد الدين مسعد هلالى: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، بجامعة الكويت، ط ١، ٢٠٠٠، ص ٣٥.  
(٢) برأت العديد من المحاكم الأمريكية العديد من السجناء المحكوم عليهم بعد استئناف الحكم واللجوء إلى تقنية الحامض النووي، فقد نظرت إحدى المحاكم الأمريكية قضية عام ١٩٨٣ تتلخص وقائعها في أن فتاة عمرها لا يتجاوز تسع =

ومما يزيد من أهمية تقنية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي دقة النتائج المستخلصة منها نتيجة التطور السريع والمذهل في مجال هذه التقنية من ناحية، ومن ناحية أخرى، إمكانية إجراء الفحوصات المخبرية الخاصة بالـ DNA لعينات جافة DRY أو مجمدة Frozer (١). ومن الجدير بالذكر

=سنوات اختطفت واعتصبت من قبل شخص مجهول الهوية، كما أن فتاة أخرى في نفس المنطقة تبلغ من العمر ١٢ سنة تعرضت لنفس الأمر، فألقت الشرطة القبض على المتهم بمساعدة صورة تخطيطية رسمت من خلال الوصف الذي أدلت به الضحيتان، ومن خلال التعرف عليه عن طريق عملية العرض القانوني، وحكمت عليه المحكمة بالسجن لمدة ٦٠ سنة للاختطاف والاعتصاب في حق فتاتين قاصرتين من استعمال العنف والتهديد، ولم يستطع المتهم إثبات عدم وجوده بمكان الجريمة سوى من خلال شهادة والدته، وعند استئناف القضية من قبل المتهم عام ١٩٨٧ أيدت المحكمة الاستئنافية قرار محكمة أول درجة، إلا أنه في عام ١٩٩٣ طلب محامي الدفاع إعادة المحاكمة نظراً لوجود دلائل جديدة بالاعتماد على فحص الـ DNA، وعند مقارنة مني المتهم بالمنى الذي كان موجوداً على الملابس الداخلية للفتاتين تبين أن العينات غير متطابقة، مما أدى إلى إطلاق سراح المتهم وتبرئته عام ١٩٩٤، بعد أكثر من ١٠ سنوات من وقوع الجريمة. راجع في ذلك: د. كوثر أحمد خالد: الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، المرجع السابق، ص ٣٠٣ هامش (١). وأيضاً:

National Institute of justice, NIJ, Case studies in use of DNA evidence, Jun, 1996, Washington, D. C. 1996, On the site: <https://WWW.ncjrs.org/textfiles/dnaevide.txt>; Reuters News Agency, FBI Certifies DNA evidence, the Washington Times, Thursday, November 13, 1997, Newspaper Articles page, On the site: [https://WWW.hope-dna.com/articles/ha\\_wastimes\\_971113.htm](https://WWW.hope-dna.com/articles/ha_wastimes_971113.htm); Santa Ana, Calif, Wrongly convicted man finally sees justice National & World, Wednesday, October, 7, 1998, On the site: [https://WWW.hope-dna.com/articles/ha\\_vapilot\\_981997.htm](https://WWW.hope-dna.com/articles/ha_vapilot_981997.htm).

(١) حيث أجريت تحاليل للعديد من العينات المخزنة والتي مضي عليها عشرين عاماً وأكثر، ونتج عنها نتائج دقيقة، وذلك من خلال معرفة صفات الشخص عن طريق ما يرثه الطفل من جينات من أبويه. راجع:

U.S. department of justice, Office of justice programs, National Institute of justice, NIJ, past conviction DNA testing, recommendation for handling requests, A report from national commission of the future of DNA evidence, Washington, D. C. 1999, September, p. 2. On the site: <https://WWW.ojp.usdoj.gov>.

أن التطبيقات العلمية لهذه التقنية في مجالات كشف هوية الأشخاص قد أثبتت فاعليتها لدرجة أن كل دوائر الأمن المختلفة في معظم دول أوروبا والعالم باتوا ينادون بمحتمة تعميم تطبيقها في كل مرة يراد فيها تحديد الجاني<sup>(١)</sup>.

ونستطيع القول بأن هناك نقاط للاتفاق وأخرى للخلاف حول استخدام تقنية البصمة الوراثية كدليل للإثبات في كل من الفقه والقضاء والتشريع الجنائي.

**أولاً نقاط الاتفاق:** بداية نقرر، إنه لا خلاف، يذكر، بين التشريعات الجنائية على قبول البصمة الوراثية كوسيلة للإثبات في المواد الجنائية كما لا خلاف على قبول المحاكم لها باعتبارها قرينة متروك للقاضي حرية الاقتناع بها. فقد أجازت القوانين الوضعية الاستعانة بالبصمة الوراثية ليس فقط في إثبات الجرائم وإنما أيضاً في التوصل إلى براءة المتهمين وتمكن أشخاص كثيرون من الحصول على براءتهم عن طريق البصمة الوراثية

---

(١) بدأت البصمة الوراثية عند اكتشافها عام ١٩٤٨ م غريبة على رجال القضاء والقانون وقولت بالرفض والتشكيك إلا أنه بعد أن تم استخدام البصمة الوراثية لتحديد الأبوة لأحد الأشخاص من أجل فض نزاع في مكتب الجنسية عام ١٩٨٥ م في بريطانيا وما قام به رواد هذا الاكتشاف من الصبر والرفق بالناس وتقديم العديد من التسهيلات مثل إنشاء شركات خاصة للبصمة الوراثية وجلب خبراء عالميين لإجراء التحليل والدفاع عنه لدى المحاكم وشرح طريقته للقضاة وغيرهم عن طريق الوسائل الإيضاحية وتدريب وتأهيل كوادر من كافة أنحاء العالم لاستخدام هذه التقنية وقيام بعض الشركات بخدمات وطنية بتصنيف البصمات الوراثية للمجرمين ووضعها في قاعدة معلومات، كل ذلك أدى إلى توعية الناس بحقيقة البصمة الوراثية ففرقتها المحاكم وأنتشر العمل بها في أكثر الدوائر القضائية العالمية وأصبحت يتم الاحتكام إليها في الأدلة الجنائية. أنظر د. سعد الدين مسعد هلالى: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم لمؤتمر الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي بمقر رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة للفترة من ٢١ - ٢٦ / ١٠ / ١٤٢٢ هـ؛ فيصل مساعد العنزي: أثر الإثبات بوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، المرجع السابق، ص ١٦٧.

بعد أن أدينوا عن طريق الخطأ<sup>(١)</sup>، كما سلمت معظم المحاكم في مختلف البلدان في العالم بقيمة البصمة الوراثية واعتمدوا نتائجها في المجال الجنائي ولم يقتصر الأمر على محاكم الدول الغربية وغيرها من الدول المتقدمة بل تعدى ذلك إلى الدول العربية والإسلامية.

حيث أجاز التشريع الفرنسي استخدام البصمة الوراثية في المجال الجنائي وحدد الشروط والحالات التي يجوز فيها فحص البصمة الوراثية للإنسان، حيث نص قانون العقوبات الفرنسي رقم ٦٥٣ - ٩٤ لسنة ١٩٩٤م في المادة ٢٨/٢٢٦ المعدلة بالقانون ٨١٤ لسنة ٢٠١١<sup>(٢)</sup> على أن "البحث من أجل التعرف على شخصية إنسان عن طريق بصمته الوراثية في غير الحالات المنصوص عليها في المادة ١٦ - ١١ من القانون المدني أو في غير حالات التحقيق، أو طلب التحقق من الحالة المدنية التي تتم من قبل السلطات الدبلوماسية أو القنصلية في إطار المادة L.111-6 من قانون دخول وإقامة الأجانب والملاجئ، يعاقب بالحبس سنة أو ١٥ ألف يورو غرامة"<sup>(٣)</sup>. والحالات التي نصت عليها المادة ١٦ - ١١ من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم ٢٦٧ - ٢٠١١ لسنة ٢٠١١ هي حالة التحقيق

(١) د. غنام محمد غنام: دور البصمة الوراثية في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد في جامعة الإمارات، كآلية الشريعة والقانون، في الفترة من ٢٢ - ٢٤ / ١ / ١٤٢٣ هـ، الموافق ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢، ص المجلد الثاني ص ٦٩٢ وما يليها.

(2) V. Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 - art. 4; JORF n°0157 du 8 juillet 2011 page 11826 texte n° 1.

(3) L'article 226\_28 du Code pénal français déclare que: "Le fait de rechercher l'identification par ses empreintes génétiques d'une personne en dehors des cas prévus à l'article 16-11 du code civil ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure de vérification d'un acte de l'état civil entreprise par les autorités diplomatiques ou consulaires dans le cadre des dispositions de l'article L. 111-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est puni d'un an d'emprisonnement ou de 15 000 euros d'amende.

أو الإجراءات القضائية، وحالة الأغراض الطبية أو البحث العلمي، وحالة تحديد شخصية إنسان متوفى<sup>(١)</sup>. وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد أسس لشرعية العمل بالبصمات الوراثية في المجال الجنائي، وأجاز بوضوح للقائمين على الدعوى القضائية باللجوء إليها في جميع مراحلها، (أثناء التحقيق وفي المرحلة التحضيرية وعند الحكم)<sup>(٢)</sup>، وتجدر الإشارة إلى أنه قبل صدور هذا القانون، كان استخدام البصمات الوراثية بالنسبة للتطبيقات القضائية في المجالات الجنائية، يركز على أساس المواد ٦٠، ٨٢، ١/٧٧، ١٥٦، من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، السابق الإشارة إليهم، والتي تتعلق بالفحص الطبي لسوائل وإفرازات الجسم البشري<sup>(٣)</sup>. وبعد صدور القانون السابق لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته، أصبح استخدام البصمة الوراثية يتم في إطار قانوني واضح ومحدد، وتطبق بشكل معتاد في سياق التقصي وفي التحقيق الابتدائي وفي الحكم أو القرار الجنائي.

(١) L'article 16\_11 du Code civil français déclare que: "L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que : 1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ; 2° A des fins médicales ou de recherche scientifique ; 3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées". V. LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure ; JORF n°0062 du 15 mars 2011 page 4582 texte n° 2. V. également, VIRIOT-BARRIAL Dominique, De l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, in le droit de la biologie humaine: Vieux débats-nouveaux enjeux, sous la direction de Alain Seriaux, Ellipses, Paris 2000, P.81 et s.

(٢) د. محمد لطفي عبد الفتاح: القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحديثة دراسة مقارنة، مكتبة دار الفكر والقانون، ط ١، 2010، ص ٢٣٦.

(3) M. Le gueut- devalay, " les empreintes génétiques», Internet, - 1http// www.med.aniv-vennes 1.fr.op cit. p01à04. (N.PUB)"l'utilisation des empreintes génétiques dans la procédure pénale", étude de Législation compare n 156- janvier 2006.internet, http//www.senat.fr/ic/ic157/ic157-Mono-html-101k, p01à06.

كما تنص المادة ١/٤٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي<sup>(١)</sup> على أنه "في غير الحالات التي ينص عليها القانون، يمكن إثبات الجرائم بجميع ظرائق الإثبات، وبحكم القاضي وفقاً لقناعته الوجدانية". ويمكن اللجوء إلى اختبارات الـ DNA أو بالفرنسية (L'analyse d'ADN) بموجب القواعد العامة استناداً إلى مبدأين أساسيين تقوم عليهما الإجراءات الجنائية وهما: مبدأ حرية الإثبات، ومبدأ القناعة الوجدانية للقاضي، المكرسان في المادة ٤٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي. ولذا فإن المادة ٣٥٣ من ذات القانون تنص على أنه "قبل رفع الجلسة للمداولة، على رئيس محكمة الجنايات أن يقرأ على سماع المحلفين الأمر الآتي، والذي يجب أن يعلن بأحرف كبيرة في المكان الأكثر بروزاً في غرفة المداولات، وهو: أن القانون لا يسأل القضاة عن الوسائل التي كونوا بموجبها قناعاتهم، ولا يضع لهم القواعد التي يتبع لها كفاية الأدلة وتامها، وإنما يطلب منهم أن يسألوا أنفسهم في صفت وخشوع، وأن يبحثوا في صدق ضميرهم وإخلاصه، عن الأثر الذي تركته في نفسهم الأدلة المقدمة ضد المتهم ووسائل دفاعه. والقانون لا يطرح عليهم سوى السؤال الآتي، الذي هو دعامة واجباتهم، وهو "هل كونتم لأنفسكم قناعة شخصية"؟. وتخضع اختبارات DNA، لهذين المبدأين فهي دليل مثل بقية الأدلة القانونية، لا تتميز عنها في شيء أياً كانت درجة الوثوق فيها<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المختبرات الفرنسية المعتمدة تجري اختبارات البصمات الوراثية منذ عام ١٩٨٩ حيث نفذت الشرطة العلمية

- (1) Cet article Modifié par Loi 93-1013 1993-08-24 art. 28 JORF 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993 et il déclare que: "Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction".
- (2) Voir: LESCLOUS Vincent, Empreintes génétiques et procédures pénales, in Les empreintes génétiques en pratique judiciaire Documentation française 1998., p.113.

في فرنسا في ذلك العام ما يقارب ٤٠ اختباراً في نطاق الدعاوى القضائية المدنية والجنائية ووصل الرقم في عام ١٩٩٩ إلى ١٢٠٠ تحليل، ومنذ ذلك الحين وهو في تزايد مستمر. أما فيما يتعلق بإنشاء سجل آلي للبصمات الوراثية فقد تأخرت فرنسا بعض الوقت عن مواكبة بقية الدول الغربية في اعتماد مثل هذا السجل إذ أنها لم تضع هذا السجل موضع التطبيق إلا في عام ٢٠٠٠<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة للتشريع الأمريكي، أعلن مكتب التحقيقات الفيدرالي FBI عام ١٩٩٧ أن تقنية DNA هي من وسائل الإثبات التي تم اللجوء إليها منذ سنوات عديدة في مجال الإثبات الجنائي، وأنه من الممكن اليوم الاعتماد عليها كلياً في القضايا الجنائية، كما أفاد المكتب المذكور أن نسبة الخطأ في مجال البصمة الوراثية لا يتعدى واحد من حوالي ٢٦٠ مليون<sup>(٢)</sup>، مما حدا بفـي FBI إلى اتخاذ سياسات وأساليب جديدة تسمح باعتماد نتائج هذه التقنية بصورة كاملة أمام القضاء الجنائي<sup>(٣)</sup>. وقد ظهرت الحاجة ملحة لإنشاء بنك لعينات الـ DNA (DNA-database) في الولايات المتحدة الأمريكية، نظراً لما ظهر من أهمية للبصمة الوراثية تفوق بصمة الأصابع في كشف الجرائم التي قد تتطلب سنين عدة إذا تم الأمر بالطرق العادية، إلا أن الدعوة لإنشاء بنك وطني للجينات أثار نقاشاً واسعاً حيث تمسك المعارضون لها بمساسها بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية خاصة حقه في الخصوصية، وقد أدى هذا الخلاف لعدم وجود تشريع فيدرالي خاص لتنظيم بنك المعلومات للـ DNA، إلا أن عدم وجود مثل هذا التشريع لم يمنع بعض الولايات في أمريكا من الاحتفاظ بعينات من الـ DNA لبعض

(1) Les empreintes génétiques , Revue Sciences et avenir , No 643 , septembre 2000 , P.20.

(2) PYRD mike, DNA the next generation technology is here, on the site: [http://www.police.ucr.edu/csi\\_collection.htm](http://www.police.ucr.edu/csi_collection.htm).

(3) Reuters news agency, FBI Certifies DNA evidence, the Washington Times, Thursday, November 13, 1997, Newspaper Articles page, op. cit. p. 1 & s.

السجناء<sup>(١)</sup>. وفي عام 1994 صدر قانون The DNA Identification Act المتعلق بتحديد الهوية عن طريق اختبارات الـ DNA وينص هذا القانون على منح المعونة للسلطات المحلية بهدف تطبيق اختبارات المختبرات والعمل على تطويرها وتحسينها<sup>(٢)</sup>. كما أجاز هذا القانون الفيدرالي إنشاء سجلات بهدف تخزين البصمات الوراثية لمرتكبي الجنايات والجنح، أيضاً تخزين البصمات الوراثية المستخلصة من الأدلة والقرائن البيولوجية المجهولة. وقد أعلنت FBI أنها خزنت في نظامها للمعلومات أكثر من مليون عينة للمتهمين في أكثر من خمسين ولاية لاسيما في جرائم الأطفال<sup>(٣)</sup>. هذا بالإضافة إلى أن كل ولاية منذ نهاية الثمانينيات من القرن العشرين سنت تشريعات تقضي بأخذ عينات DNA من مرتكبي جرائم الاعتداءات الجنائية أو جرائم العنف والختطف والسرقة وتسمح بإنشاء سجلات آلية وبنوك المعلومات لحفظ هذه البصمات الوراثية، كما أقيم نظام معلوماتي على مستوى الاتحاد ينسق بين مجموع المعطيات والمعلومات الموجودة في سجلات الولايات ويسمى (CODIS) (Combined DNA Index System)<sup>(٤)</sup>. وفي عام 1995 أمرت

- (1) GAREY Goldberg, DAN- Data Banks Giving Police A Powerful Weapon, and Critics. New York Times, 19 February 1998, A1, A12, on the site: [http://www.hope-dna.com/article/ha\\_nytimes\\_980219.htm](http://www.hope-dna.com/article/ha_nytimes_980219.htm).
- (2) CABAL M. Christian, La valeur Scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire , Rapport présenté au Senat ( NO 364) et a l , Assemblée Nationale ( NO3121), le 7 juin 2001 , p32.
- (3) Richard Willing, USA Today, 12 October 1998, FBI activates 50 state DNA database Tuseday, p.2.

(٤) ويتوي نظام كوديس على أكثر من ٢٦٠٠٠٠ بطاقة، وساعد هذا النظام منذ إنشائه على إثبات ٤٠٠ مطابقة بين العينات. وساعد أيضاً في تبرئة 77 محكوماً عليهم، من بينهم ثمانية أشخاص محكوم، Earl Washington ، عليهم بالإعدام وكان آخرهم إيرل واشنطن الذي أفرج عنه في ٢٠٠١/٢/١٢ بعد أن أمضى في السجن تسع سنوات. وكان إيرل قد اعترف بجريمتي اغتصاب وقتل لامرأة، ونتيجة ذلك حل كم عليه بعقوبة الإعدام على الرغم من أنه لم =



المفوضية العدلية التابعة لوزارة العدل الأمريكية للجان المختصة في الوزارة بدراسة تقنية الـ DNA ومدى أهميتها في إثبات القضايا الجنائية فجاء التقرير عام 1996 يظهر نتيجة فحص ٢٨ حالة أو قضية أن فحص الـ DNA أثبت أن المتهمين المحكوم عليهم في تلك القضايا لم يرتكبوا الجرائم التي اتهموا أو تم محاكمتهم بسببها. وفي عام 1998 وضع FBI نظاماً آخر لسجل البصمات الوراثية ويسمى (NDIS) (National DNA Idex System) ويحتوي هذا السجل على البصمات الوراثية DNA التي ترسلها الولايات المساهمة فيه ويسمح هذا النظام لهذه الولايات بتبادل المعلومات وإجراء مقارنة وتنسيق التحريات فيما بينهما<sup>(١)</sup>. كما ذهبت سلطات بعض الولايات في أمريكا إلى إطلاق سراح المتهمين بضمان عينيه البصمة الوراثية المأخوذة بواسطة الشرطة، والهدف من هذا الضمان الجيني هو استخدام هذه العينات في إنشاء سجل لمضاهاة مطابقة البصمة المأخوذة من المتهمين الحاليين مع البصمات الوراثية

= يمكن هناك أي دليل ضده، وكذلك الحال بالنسبة لشارلز فإن الذي حكم عليه بالإعدام عام ١٩٨٢، حيث ساعد السجل على إثبات براءته وإطلاق سراحه في 2001/8/26، ونتيجة لذلك تسمح بعض الولايات مثل كاليفورنيا ونيويورك وأهايو للمحكوم عليهم بالإعدام أن يطلبوا من السلطات القضائية إجراء اختبار وراثي كفرصة أخيرة لهم لإثبات براءتهم. وقد دفع هذا الأمر السلطات المختصة في أهايو إلى تأجيل تنفيذ عقوبة الإعدام، وذلك لأن تحاليل عدة DNA حملت بين طياتها الشكوك حول مدى مسؤولية بعض المحكوم عليهم. واستناداً إلى ذلك وضعت السلطات المختصة في هذه الولاية تجربة، أطلقت عليها استئناف إجراء DNA، موضع التنفيذ يمكن بموجبها للمحكوم عليه أن يطالب عن طريق الاستئناف إجراء اختبار DNA كي يثبت براءته. أنظر: د. فواز صالح: دور البصمة الوراثية في القضايا الجنائية دراسة مقارنة" مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الأول 2007، ص ٣٠٦.

- (1) U.S. department of justice, federal bureau of investigation, Washington, D. C: 20535, CODIS, program over view, October 8-1998, p. 2. On the site: : [http://www.hope-dna.com/does/fbi-codis\\_1..k4m](http://www.hope-dna.com/does/fbi-codis_1..k4m).

المحفوظة لمن سبقهم من متهمين بارتكاب جرائم جنسية، وقد علل الاتحاد الأمريكي للحقوق المدنية التركيز على الجرائم الجنسية بأن "غالبية العامة لديهم انطباع سلبي تجاه هذه الجرائم"، بل إن بعض تشريعات الولايات في أمريكا قد توسعت في ذلك فاعتبرت الخضوع للاختبار الجيني شرطاً لوضع المحكوم عليه تحت الاختبار أو إطلاق سراحه بموجب نظام البارول، وقد تبنى هذه الواجهة تشريع ولاية كولورادو الأمريكية، الذي سرى بعد الأول من يوليو ١٩٩٩، والذي توسع في طوائف الجرائم المقضي فيها بالإدانة لتشمل بالإضافة إلى الجرائم الجنسية، جرائم العنف والقتل والحرائق وجرائم السطو والسرقة، وقد أوجب هذا التشريع ظهور نتيجة العينة خلال تسعين يوماً من أخذها وأن تحفظ النتيجة بمكتب تحقيقات الولاية، كما جعل هذا التشريع نتيجة الفحص تحت تصرفه أية جهة مطبقة للقانون وذلك بناء على طلبها<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة للتشريع الإنجليزي، فقد اعتد المشرع الإنجليزي بنتائج الفحوصات الطبية، وأخذ بها في الإثبات الجنائي حيث نصت المادتان ٦٢، ٦٣ من قانون الشرطة والأدلة الجنائية أو البوليس والإثبات الجنائي لسنة ١٩٨٤ Police and Criminal Evidence Act على جواز إجراء الفحص الطبي للمتهم بهدف إثبات أو نفي الاتهام، سواء في إطار الاختبارات الجسدية بصفة عامة، أو في إطار بعض القواعد الخاصة بتحليل الحمض النووي، وفيما عدا البول واللعب، لا يجوز أخذ عينة من المتهم إلا بمعرفة الشرطة، ويشترط في جميع الأحوال أن تكون موافقته على إجراء الفحص كتابة فإن رفض ذلك يتم إخطاره بأن هذا الرفض يعد قرينة على ارتكابه للجريمة<sup>(٢)</sup>. وفي سنة ١٩٩٥ صدر تشريع جنائي يبيح إجراء تحليل البصمة

(١) د. أشرف توفيق شمس الدين: الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١٢٤ وما بعدها.

(2) Naughan Bevan and Ken Lidstone – Aguide to the Police and Criminal Evidence Act 1984- Bulterworthe – London – 1985- P.497.

الوراثية DNA بصفة أوسع نطاقاً في المجال القضائي من جميع الأشخاص المتهمين بمجنح عقوبتها الحبس.

ومما هو جدير بالذكر، أن النجاح الذي ترتب على البصمة الوراثية في مجال الإثبات، شجع الدول المتقدمة الرائدة في هذا المجال مثل أمريكا وبريطانيا وفرنسا والدول الأخرى المسائرة لها على إنشاء بنوك أو سجلات لحفظ البصمة الجينية للمواطنين مع بصمة الأصبع لدى الهيئات القانونية، حيث تم على أساسها حسم في الكثير من القضايا بناء على استخدام البصمة الجينية كدليل للإثبات في المجال جنائي.

أما بالنسبة للتشريع المصري، لم يتعرض المشرع المصري لموضوع البصمة الوراثية واستخدامها في التعرف على شخصية الجناة، إلا أنه أحال فيما يتعلق بالمستحدثات العلمية الجينية إلى أهل الخبرة وأخذ رأيهم فيما يتعلق بالمسائل الطبية والتكنولوجية وغيرها من التخصصات العلمية، وهو ما نصبت عليه المادة ٨٥ من قانون الإجراءات الجنائية المصري بقولها "إذا استلزم إثبات الحالة الاستعانة بطبيب أو غيره من الخبراء يجب على قاضي التحقيق الحضور وقت العمل وملاحظته، وإذا اقتضى الأمر إثبات الحالة بدون حضور قاضي التحقيق نظراً إلى ضرورة القيام بأعمال تحضيرية أو تجارب متكررة أو لأي سبب آخر وجب على قاضي التحقيق أن يصدر أمراً يبين فيه أنواع التحقيقات وما يراد إثبات حالته. ويجوز في جميع الأحوال أن يؤدي الخبر مأموريته بغير حضور الخصوم" (١). وعدم تعرض المشرع المصري لموضوع البصمة الوراثية يرجع إلى أنه يعتبر الكشف الطبي من الإيضاحات التي يجب على مأمور الضبط القضائي أن يقوم بجمعها طبقاً للمادة 24 من قانون إجراءات جنائية، كما أنه أباح إجراءات أخطر وأعنف من ذلك وهي القبض والتفتيش طبقاً للمادتين ٣٥ و ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(١) د. أحمد يوسف السيولة: البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي، ، كلية الشرطة، العدد الثامن عشر - يناير ٢٠٠٨ ، ص ٢٨٤.

كما قبلت المحاكم تقنية البصمة الوراثية، وبعد قبول نتائج فحص الـ DNA أمام المحاكم بوصفها مادة إثبات تطوراً تاريخياً في مجرى إجراءات المحاكم في القضايا الجنائية. ويمكن القول إن الاتجاه القضائي السائد في أغلب الدول العربية، يذهب إلى أن البصمة الوراثية تعد دليلاً مساعداً (قرينة) (١) للقاضي في تكوين عقيدته الشخصية، في حين اتجه القضاء الغربي في كل من أمريكا وأوروبا إلى قبول البصمة الوراثية كدليل قانوني، وقد أخذ بهذا الاتجاه بعض القضاء العربي (٢). ومرجع هذا

(١) يتجه القضاء في بعض الدول العربية، كالأردن، إلى الاعتماد، في قضايا النسب، على النصوص الشرعية وليس على الفحوص الطبية، ولذا فهو من باب أولى، يعتمد على هذه الفحوص في المسائل الجنائية. أنظر: د. محسن العبودي: "القضاء وتقنية الخامض النووي" بحث مقدم للمؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي المنعقد خلال الفترة من ١٢ - ١٤ نوفمبر ٢٠٠٧، بأكاديمية نابف للعلوم الأمنية بالرياض، ص ٣٠.

(٢) اعتمد القضاء التونسي على البصمة الوراثية كدليل للإثبات في المنازعات القضائية الخاصة بتنازع النسب وإثبات النبوّة، فقد أخذ القضاء التونسي بالخبرة الطبية في هذا المجال، ويتضح ذلك من خلال نص الفصل ٧٥ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الذي جاء فيه "إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم وتقبل في هذه الحالة جميع وسائل الإثبات الشرعية" وهكذا فقد رفض قضاة الموضوع سواء على مستوى الدرجة الأولى، والثانية سماع دعوى نفي النسب بناءً على التحليلات الطبية تغليبا للفراش واعتماداً على أن التحليلات الطبية لا تعتبر "وسائل شرعية لنفي النسب"، إلا أن محكمة التعقيب قررت أن التعليل الذي انتهجته محكمة القرار غير مستساغ قانوناً ولا يتماشى مع منظومات الملف ومعارضاً لما أقره الفصل ٧٥ من مجلة الأحوال الشخصية الذي اقتضى أنه إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم وتقبل في هذه الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية وأن مدلول صبغة هذا النص بغير ما أورده المشرع بالفصل ٦٨ من نفس المجلة الذي عين لثبوت النسب طرفاً مخصوصة وصوراً معينة جاءت بالحصر والذكر أن نفي النسب في هذه الحالة يكون مع توافر الفراش والزواج الصحيح ولكن الولادة أو الحمل الذي جاءت به الزوجة هو موضوع الطعن والنفي بحسب ما يقدمه الزوج من وسائل الإثبات الشرعية والقانونية والتي لا تعد شهادة الشهود فيه كافية بل يجب الاعتماد على الأبحاث والاختبارات الطبية التي يكون لها تأثير سواء سلبي أو إيجابي ومن ذلك وسيلة =

الخلاف بين الاتجاهات المختلفة للقضاء الجنائي بشأن البصمة الوراثية إلى الخلاف حول ما إذا كانت البصمة الوراثية تعتبر قرينة (قاطعة أو بسيطة) أم أنها مجرد دلائل. ومعلوم أن ثمة فارقاً بين القرائن والدلائل، فالأولى تصلح دليلاً كاملاً، أما الدلائل فلا ترقى إلى مرتبة الدليل الكامل، وبالتالي لا يجوز الاستناد عليها وحدها في الإدانة، وستتحدث عن هذه النقطة بالتفصيل لاحقاً فيما يخص نقاط الخلاف حول البصمة الوراثية.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية، تم استخدام اختبار DNA لأول مرة عام ١٩٨٦ بشأن قضية كانت تنظر فيها إحدى محاكم ولاية بنسلفانيا، ثم تسارع استخدام هذه التقنية بشكل كبير، ولعل قضية المدعي عليه "كاسترو" في العام ١٩٨٩ المتهم بجرم قتل كانت الدافع الرئيسي للسلطات الأمريكية كي تضع معايير النوعية التي تسمح بتجنب التشكيك في نتائج

---

=تحليل دم كل من الزوجة والمولود المطالب بنفي نسبه وأنه لا شيء يمنع من اعتماد تلك الوسيلة التي حقق علماء الطب الشرعي صحتها والتي تعد طريقاً علمية قاطعة وهو ما درج عليه فقه وفضاء هذه المحكمة وأن عدم استجابة محكمة الموضوع لهذا الدفع يعتبر إفراطاً في السلطة وإهدار لحق الدفاع مع سوء تأويل القانون (قرار مدني عدد ٢٧٧٧٧ الصادر ف ٢٦ يناير ١٩٩٣ منشور بالمجلة القانونية التونسية السنة 1998/34 ماجدة بنجعفر " تطور وسائل الإثبات في مادة النسب". مجلة القضاء والتشريع التونسية العدد 1999. 1 ص. 98). كما اخذ القضاء المغربي، بعد صدور مدونة الأسرة، بالبصمة الوراثية كدليل للإثبات في المنازعات القضائية الخاصة بتنازع النسب واثبات البنوة ونفيها (أنظر في ذلك: حكم رقم 7198 مؤرخ في 24/10/2005 ملف رقم 619/03، غير منشور. أورده رشيد حمداوي "إثبات ونفي النسب بالتحاليل الطبية" المعهد العالي للقضاء 2003-2005، ص. 34؛ حكم رقم 4239 مؤرخ في 06/06/2005، ملف رقم ٤/٣٨٧ غير منشور؛ حكم رقم 1581 بتاريخ 10/03/2005 ملف رقم 767/03 غير منشور مرجع سابق ص ٣٥؛ حكم رقم ٥٥٥ من المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 13/04/2006 ملف عدد 10/129/03 منشور بمجلة قضاء الأسرة العدد الثالث دجنبر 2006 ص ٧٢، 73؛ وأيضاً: د. زهور الحر " دور القضاء في تفعيل مدونة الأسرة" المجلة المغربية للقانون والاقتصاد العدد 150 السنة 2004).

DNA<sup>(١)</sup>، وفي هذه القضية تم سحب عينه الدم في أحد المختبرات الأمريكية من على ساعة المدعي عليه "كسترو" والمتهم بجرمة قتل، وقد دلت النتائج على أن البصمات الوراثية المستخلصة من تلك البقعة مطابقة مع البصمة الوراثية لإحدى الضحيتين<sup>(٢)</sup>. كما اعتمد القضاء الأمريكي على دليل البصمة الوراثية في إثبات العلاقة الجنسية، بين الرئيس الأمريكي السابق "بيل كلنتون" و"مونيكا ليونيسكي"، وذلك بفحص بقعة السائل المنوي التي كانت على ثوب الفتاة مونيكا التي كانت تعمل في البيت الأبيض، وقد بقي هذا السائل على الفستان لمدة ١٧ شهراً، وقد كان هذا أقوى دليل عندما ثبت بعد فحص الدم للرئيس (كلنتون) أنه يحمل نفس الجين الموجود في السائل المنوي<sup>(٣)</sup>.

وكما أن للبصمة الوراثية حجيتها في الإدانة، فإن لها حجيتها أيضاً في إظهار براءة المتهم، فقد قامت شركة "سل مارك" الأمريكية، بتحليل البصمة الوراثية في تهمة جريمة قتل (O.J) سيمبسون (لاعب الرياضة الأمريكي الشهير)، الذي اتهم بقتل زوجته البيضاء سنة ١٩٩٤ بولاية لوس أنجلوس الأمريكية، فحللت الشركة آثار الجريمة، وانتهت المحكمة إلى براءة المتهم بناء على تقرير الشركة بعدم مطابقتها بصمته الوراثية لآثار الجريمة<sup>(٤)</sup>.

(1) Philippe Rouger , les empreintes génétiques. Que sais -je? Presses universitaires de France Paris, 2000, P.91.

(٢) أنظر: د. إبراهيم صادق الجندي: الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية " مركز الدراسات والبحوث، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية والرياضة 2000 ص 231.

(٣) أنظر: د. أحمد حسام طه تمام: الحماية الجنائية لاستخدام الجينات الوراثية في الجنس البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٩؛ خليفة على الكعبى البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الوراثية - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، الإسكندرية، 2003، ص ٥٨.

(4) Mark Beneck : review : DNA in today,s forensic medicine and criminal investigations. Available in : <http://www.penecke.com/natwiss.html>.

ومن تطبيقات الـ DNA في محاكم الولايات المتحدة الأمريكية، قضية عرضت على إحدى المحاكم في ولاية كاليفورنيا، اتهم فيها شخص يدعى Kevin Green بجرمة قتل طفلته حديثه الولادة ومحاولة قتل زوجته في عام 1979. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المتهم عاد إلى بيته من أحد البارات ووجد ابنته محتقة وزوجته فاقدة الوعي نتيجة ضربة قوية في رأسها مما أفقدها جزءاً كبيراً من ذاكرتها، فاتهمت زوجها بالجرمة لحصول خلاف بينهما رغم شهادة بعض الشهود من أن الزوج لم يكن في البيت وقت الحادث، إلا أن المتهم كان معروفاً لدى الشرطة بأنه من مدمني الخمر والمخدرات وعلى خلاف مستمر مع زوجته. وبناء على ذلك حكمت المحكمة بالسجن مدى الحياة على (Gren)، إلا أنه في عام 1996 وبعد أن أمضى المتهم ١٦ سنة في السجن ثبت عن طريق تحليل الـ DNA أن عينات الدم المعثور عليه في محل الحادث مطابق لعينات DNA لشخص آخر غير الزوج يدعى Baker Gerald الذي كان متهم بسلسلة جرائم قتل واغتصاب، فأطلقت المحكمة سراح Green نتيجة لذلك<sup>(١)</sup>.

وأخيراً، قامت السلطات المختصة في ولاية أيداهو الأمريكية بإطلاق سراح السجين "تشارلز فاين" بعد ثمانية عشر عاماً قضاها في السجن، بعد أن أدين بجريمتي اغتصاب وقتل طفلة، وحكم عليه نتيجة لذلك بالإعدام في عام 1982، ووفقاً لمكتب التحقيقات الفيدرالي، فقد عثر على عينة من الشعر على جسم الضحية، ولسوء حظ المدعى عليه تشارلز كانت هذه العينة تشبه شعره، ونظراً لأن البصمات الوراثية لم تكن معروفة في عام 1982، فكانت هذه العينة من الشعر هي سبب إدانة تشارلز والحكم عليه بالإعدام. إلا أنه لحسن حظ تشارلز احتفظت

---

(1) Santa ANA Calit, Wrongly Convicted Men finally sees Justice. Come. Nation & word Wednesday . October 7. 1998 – p 20, on the site: <http://www.hope-DNA.com/articles/ha-vapilot-981007>, HTML.

السلطات المختصة بعينة الشعر التي عثرت عليها على جسم الضحية، وخلال الثمانية عشر عاماً التي قضتها تشارلز في السجن بانتظار حكم الإعدام، لم يتوقف عن إعلان براءته... ولم ييأس من ذلك، وطلب بعد اكتشاف الـ DNA إجراء هذا الاختبار على عينة الشعر، ومقارنة النتائج مع عينة أخرى من شعره. وبعد أن قبل طلبه، أمرت المحكمة المختصة بإجراء هذين الاختبارين، وتبين من نتيجة هذه التحاليل أن عينة الشعر التي عثر عليها على جسم الضحية ليست للمحكوم عليه، ومن ثم فقد أثبت اختبار الـ DNA براءة تشارلز المحكوم بالإعدام. ويعد أن تلقت المحكمة المختصة نتائج هذه التحاليل، أمرت بإطلاق سراحه وأعلنت براءته من جرمي اغتصاب والقتل<sup>(١)</sup>.

وفي فرنسا، ساعدت اختبارات الـ ADN في التعرف على المجرم الخطير غي جورج، والملقب بقاتل الشرق الباريسي، بعد أن ارتكب سلسلة من جرائم القتل والاعتصام في شرق باريس لسبع نساء شبابات خلال تسعينيات القرن الماضي. وعندما ألقى القبض على هذا المجرم، التزم في البداية الصمت، وأنكر الجرائم المنسوبة إليه إلا أنه بعد مواجهته بنتائج اختبارات الـ ADN انهار واعترف بجرائمه<sup>(٢)</sup>، وأحيل إلى محكمة الجنايات في باريس، وحكم عليه السجن المؤبد مع مراقبة أمنية خلال ٢٢ سنة<sup>(٣)</sup>.

---

(1) V. CABAL M. Christian, La valeur Scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire, Rapport présenté au Senat (N° 364) et l'Assemblée Nationale (N°3121), le 7 juin 2001, p.35 et 36.

(٢) بدأ التحقيق يوم ٢٦ يناير ١٩٩١ عند اكتشاف «الخطيئة الأولى» لغي جورج، وهي ذبحه باسكال إيسكارفيل، طالبة جميلة لا تتعدى سنها ١٩ سنة، بعد أن اغتصبها في شقتها. البحث توجه، في البداية، نحو المقربين من الفتاة، خصوصاً بعد اكتشاف جريمة جنسية ارتكبت قبل أشهر ببيت لوالد الضحية. جريمة القتل تم ربطها، بعد ١٦ سنة، بقاتل تسلسلي بألمانيا بفضل حمضه النووي. المحققون اتهموا أيضاً صديق باسكال ثم ساروا في اتجاهات خاطئة أخرى... ليعترف غي جورج تلقائياً بجريمة القتل، بعد ٧ سنوات، في ليلة ٢٦ - ٢٧ مارس ١٩٩٨، بعد اعتقاله الأخير. قبل ذلك، وبما أن استغلال الحمض النووي لم يكن وارداً=



كما ساعد اختبار ADN في التعرف على القاتل الفرنسي أحمد رضا الله الذي كان يصطاد ضحاياه في القطارات الليلية، وقام باغتصاب ثلاث سيدات، ثم أقدم على قتلهن بعد ذلك، واستطاعت الشرطة القضائية بالتعاون مع الشرطة العلمية أن تجمع أدلة عدة كلها كانت تدبّر هذا المجرم، إلا أنه عندما شعر هذا الأخير بأن أمره قد اكتشف، هرب إلى البرتغال، وهذا الهرب شكل دليلاً آخر ضده. وبعد ذلك أمرت الجهات المختصة بإجراء اختبار ADN على الحيوانات المنوية التي أخذت من جثة الضحية الأخيرة، وتُمت المقارنة مع عينة من ADN تابعة لأحد أبوي المتهم، فتبين أن الحيوانات المنوية هي للمجرم الفار. وتؤكد ذلك عندما تُمت المقارنة مع عينة من ADN التي أخذت من المجرم نفسه بعد

= في الوقت الذي قتلت فيه باسكال، فقد أفلت غي جورج من العقاب سنة ١٩٩٥. وفي ذلك الحين تم استجوابه حول مقتل امرأتين بمراثب باريسية سنة ١٩٩٤. لكنه اعترف بالوقائع بعد ثلاث سنوات. أخذت بصمته الوراثية، لكنها لم تُقارَن بالحمض النووي الذكري الجهول - الذي حمل الأحرف الأولى لـ «قاتل تسلسلي» (ق.ت) - الذي أخذ من مسارح جرائم القتل بالشقق. لم يتم الربط، في تلك الفترة، بين جرائم القتل بالمراثب، بالشقق وبملف إسكارفيل، التي تمت معالجتها من طرف مجموعات محققين مختلفة. وبعد الاستجواب، أُخلي سبيل غي جورج. ثم قام جورج من جديد، بقتله الشابة ماغالي سيروتي، ثم سيستمر جنونه القاتل بإجهازه على السكرتيرة إيسيتيل مغد، ذات الـ ٢٣ عاماً، ببيتها. لكن كان لا بد من انتظار يوم ٢٤ مارس ١٩٩٨ (يوم اكتشاف الـ ADN) ليُشير، أخيراً، الرمز الوراثي «ق.ت» إلى غي جورج. «لو كان ملف البصمات الجينية موجوداً في تلك الفترة لكان بالإمكان تفادي جرمي القتل الأخيرتين. والآن يوصف جورج بأنه سجين نموذجي وقد قضى ١٢ سنة من عقوبة ٢٢ سنة من المراقبة الأمنية الخاصة، والنتيجة هي أنه بإمكانه بعد ١٠ سنوات أن يودع أول طلب له بالسراح المشروط. «في سنة ٢٠٢٠ سيكون عمر غي جورج ٥٨ سنة، وبالنظر إلى سنه سيكون من الممكن أن يخرج يوماً من السجن. لكن الأمنيين وأسر الضحايا سيعترضون، وبكل الوسائل، في ذلك اليوم. أنظر الموقع الإلكتروني:

<http://www.maghress.com/almassae/117574>

(1) V. Article publiée au Journal du Monde (du France), daté 28-3-1998.

أن تم ترحيل جثة أحمد رضا الله الذي انتحر في سجنه في البرتغال إلى باريس عام ٢٠٠٠<sup>(١)</sup>.

ومن جهة أخرى، ساعدت اختبارات الـADN في قبرثة الفرنسي باتريس باده الذي أُلقت الشرطة القبض عليه في 1996، بعد يومين من ارتكاب جريمة اغتصاب وقتل شابة إنكليزية اسمها كارولين ديسكينون، في مدينة بلين فوجيير Pleine Fougères الفرنسية، واعترف المشتبه أثناء حجزه بأنه هو مرتكب تلك الجريمة. ونتيجة لذلك الاعتراف ادعت النيابة عليه بالقتل والاغتصاب، ذلك الحين حبسه، ولكن بعد ذلك بعدة أسابيع قرر قاضي التحقيق إخلاء سبيله، حيث تبين نتيجة المقارنة بين نتائج اختبارات الـADN التابع للمتهم باتريس باده مع عينة من الـADN تركها الفاعل على مسرح الجريمة أن النتائج كانت سلبية، وبالتالي تبين أنه لا يمكن أن يكون هذا المتشرد الذي لا يملك مسكناً محددًا مرتكب جريمة الاغتصاب والقتل. وبعد مرور عام على التحقيق في تلك القضية دون أن تعطي التحريات والتحقيقات أي نتائج، قرر قاضي التحقيق إجراء اختبارات الـADN على كل الذكور البالغين في تلك المدينة، على الرغم من أنه لم تكن توجد أي قرينة ضد أي منهم. وأجري ما يقارب 500 اختبار، برأت كلها الأشخاص الذين خضعوا لتلك الاختبارات. وكذلك قرر قاضي التحقيق، في الآن ذاته، إجراء اختبار الـADN على مرتكبي الجرائم الجنسية. وبلغ مجموع الاختبارات التي أمر قاضي التحقيق بتنفيذها في هذه القضية ما يقارب 3000 اختبار، كانت النتائج جميعها سلبية. ويبدو أنه طعن بقرار قاضي التحقيق أمام غرفة الاتهام، وقررت غرفة الاتهام بأنه يمكن استناداً إلى المادة 16 - 11 من القانون المدني إجراء خبرة وراثية منهجية لكل الرجال الذين يتراوح عمرهم بين ١٥ - 35 سنة شريطة توافر عنصر الرضا، وشريطة أن

---

(١) د.فواز صالح: دور البصمة الوراثية في القضايا الجنائية المرجع السابق، ص ٢٩٣.

يوضح القرار بأن المعلومات التي سيتم الحصول عليها نتيجة الخبرة لن تستخدم لأغراض أخرى<sup>(١)</sup>.

كما قررت محكمة تولوز بتاريخ ١٠/٧/٢٠٠٠ غرفة الأسرة القرار رقم ١٩٩٧/٠٤٠١٠، والذي جاء فيه "حيث إنه نتج من خبرة النسب أن دراسة مجموعات HLA وتحاليل ADN (L'analyse d'ADN) مكنت من استبعاد أبوة المدعي للطفلة وينبغي نتيجة لذلك الاستجابة للطالب والقول أن الطفلة تحمل من الآن فصاعدا الاسم العائلي للأم وحملت المدعي عليها الصائر مع الإشارة إلى منطوق هذا الحكم في عقد ولادة هذه الطفلة<sup>(٢)</sup>.

وفي بريطانيا، تعتمد المحاكم الإنجليزية بصورة اعتيادية على نتائج فحص الـ DNA باعتباره دليل إثبات أو نفي كامل في إثبات القضايا في المواد الجنائية<sup>(٣)</sup>. ففي قضية تتلخص وقائعها في أن متهمًا عمره ١٧ عامًا قد تمت تبرئة ساحته من تهمة ارتكاب حادثي اغتصاب مقترن بالقتل لفتاتين من فتيات قرية ناربيورو البريطانية عام ١٩٨٧، كانت الحادثة الأولى لفتاه وقع عليها الاعتداء في نوفمبر عام ١٩٨٣، والثانية لفتاه أخرى في يوليو ١٩٨٦، حيث تبين من تحليل عينات المسحات المهبلية لكلا الضحيتين أن عينة المنى لنفس الشخص والتي تبين اختلافها عن عينة دم المتهم في القضية. وفي سبيل السعي وراء الحقيقة تم حصر كل رجال القرية

---

(١) أنظر: د. فواز صالح: التوقيف المؤقت في القانون الفرنسي في ظل التعديلات الجديدة الصادرة بالقانون رقم 2000 - 516 تاريخ 2000/6/15، والمنشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السادسة والعشرون - شوال 1423 هـ - ديسمبر 2002، ط 148 وما يليها؛ د. فواز صالح: دور البصمة الوراثية في القضايا الجنائية المرجع السابق، ص 294، V. Article publiée au Journal du Monde (du France), daté, 21-4-2000.

(٢) قرار محكمة المنازعات الكبرى بتولوز غرفة الأسرة صدر في 10 يوليو 2000 رقم 04010 1997، مجلة الملف العدد 7 أكتوبر 2005، ص 237.

(٣) U.S. department of justice, Office of justice programs, op. cit. p. 2.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧، المجلد الثالث (١٢٣١)

المحتمل أن يكون من بينهم مرتكب الحادث وكان عددهم ٥٥٠٠ رجل وتم عمل تحليل لعينات الدماء من هؤلاء الرجال ثم تمت مقارنة البصمة الوراثية لكل منهم، مع تلك التي تم تحليلها للعينات المهبلية للضحايا. وقد حدث أثناء أخذ العينات إن اكتشف رجال البوليس شخصاً يساوم آخر على أن يدفع له مبلغاً من المال نظير أن يقدم عينة من دماؤه بدلاً منه، فتم القبض عليه، وقدم للمحاكمة بعد أن ثبت أن البصمة الوراثية لعينه من دمه تتطابق مع العينات المهبلية التي أخذت من الضحيتين، ومن ثم أدين وتم الحكم عليه. وفي قضية أخرى، كانت لفتاه تدعى "جوليا بيانيس JULIA BIANES" ١٨ عاماً. حيث كانت مع أصدقائها بمدينة ووكفيلد "WAKEFIELD" يوم الجمعة ٢٩/١٠/١٩٩٣ عائدتين إلى المنزل، إلا أن "جوليا" لم تصل لمنزلها ثم اكتشفت جثتها ملقاة على الأرض بعد تعرضها لعملية اغتصاب وحشية وضرب مبرح أدى لوفاتها، وكتيجة للبحث في هذه القضية تم أخذ عينات دماء من عدة ماثات من الرجال المقيمين بتلك الناحية وضواحيها، وأدت طرق الفحص بأسلوب البصمة الوراثية بطريقة المسح الجماعي إلى اكتشاف الفاعل، حيث تطابقت بصمته الوراثية مع تلك المأخوذة كعينة مهبلية من الضحية. وتم تقديمه للمحاكمة حيث أدين وتم الحكم عليه<sup>(١)</sup>.

وفي قضية أخرى أثارت بعض الشكوك في بريطانيا أن رجلاً كان مصاباً بمرض الشلل الرعاش Parkinson Disease ولم يكن يستطيع قيادة السيارة أو أن يلبس ملابسه بنفسه كما كان يقطن في منطقة بعيدة عن مكان ارتكاب الجريمة، إلا أنه اعتماداً على نتيجة فحص الـ DNA التي تم الحصول عليها في مكان الجريمة ومقارنتها مع نتائج فحص الـ DNA لهذا الرجل المريض تبين تطابق العينتين مما أدى إلى رجل برئ بجريمة لم يرتكبها.

(١) التقرير النهائي للمجموعة الأوربية للبصمة الوراثية "EDNAP" European DNA Profiling Group؛ مؤتمر المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الانتربول - International Criminal Police Organization الذي عقد في القاهرة في الفترة من ٢٢ - ٢٧ / ١٠ / ١٩٩٨.

وقد كانت عينة دمه قد أخذت بمعرفة الشرطة بسبب شجار عائلي حدث في وقت سابق وقام فيه بضرب ابنته. وقد تم القبض عليه رغم الاعتراضات الكثيرة منه وإثباته أنه كان في بيت ابنته المريضة الساكنة بعيداً عن مكان حدوث الجريمة المشتبه فيها وقت حدوث الجريمة. ولم تطلق الشرطة سراحه اعتماداً على نتيجة على نتيجة فحص DNA الخاص به، حيث قررت الشرطة أن نسبة الخطأ في هذا التحليل ضئيلة جداً وهي واحد إلى ٣٧ مليون One in 37 million. وقد حلت هذه القضية بطلب محامي المتهم تحليل DNA لأكثر من موضع من من جسم المشتبه فيه، وهو ما يعرف بفحص المواضع العشرة Ten-Loci Test، مما أدى إلى تبرئة المشتبه فيه بعد أن أمضى شهراً في الحبس الاحتياطي، لعدم تطابق العينات. وقد دأبت الشرطة الإنجليزية على فحص هذه المواضع العشرة من جسم المشتبه فيه منذ ذلك الحين، وذلك في الحالات المعقدة، حيث تصل نسبة عدم التطابق في مثل هذا الفحص إلى واحد في المليار "offers a one in one billion chance of a mismatch"، مما يعد دليلاً قوياً يمكن التعويل عليه في الإثبات الجنائي (١).

وفي قضية أخرى عرضت على محكمة Leeds Court Crown البريطانية عام ١٩٩٧، تتلخص وقائعها في أن شرطة مدينة هدرسفيلد Hudders Field تلقى بلاغاً في ٣١ أغسطس عام ١٩٩٥ يفيد بوقوع جريمة قتل لامرأة متزوجة في الثامنة والأربعين من عمرها ولها ابنان (١٥ سنة و١٣ سنة)، وكان مقدم البلاغ هو زوج القتيلة، وقد وجدت الشرطة أثناء معاينة مسرح الجريمة أن القتيلة ملطخة بالدماء ومستلقية على كرسي ويبدو أنها كانت مشغولة بالقراءة أثناء وقوع الجريمة، وأن هناك آثار ضرب لآلة قوية على رأسها (تشبه المطرقة)، وقد طلبت الشرطة من

---

(1) Forensic Evidence, A Mistaken DNA Identification? What does it mean? Updated October 2000: On the site [http://www.forensic-evidence.com/site/EVID/EL\\_DNAerror.html](http://www.forensic-evidence.com/site/EVID/EL_DNAerror.html) in 1/29/2006.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاتصالية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧ المجلد الثالث (١٣٧٣)

الزوج والابن تبادل ملابسهم وقامت بفحصها فلم تجد آثار أي دماء علا ملابس زوج القتيلة أو حذاءه على الرغم من تواجده من الشرطة وفي مكان الحادث طوال الوقت ، مما استنتجت معه الشرطة أنه كان يعرف مكان بقع الدماء وأنه تجنب أن يطأها بقدميه حتى لا يشبهه به. وبالنسبة للابن الأصغر لم تجد الشرطة آثار للدماء على ملابسه أو حذاءه واستنتجت من ذلك عدم وجدوده بمكان الحادث. أما بالنسبة للابن الأكبر فقد وجدت الشرطة آثار دماء خفيفة على حذاءه وأحد جوربيه دون ملابسه مما استنتجت منه أنه يمكن أن يكون القاتل. وبتحليل الـ DNA لآثار الدماء التي وجدت على حذاء الابن الأكبر وأحد جوربيه تبين أنها من نفس فصيلة دم القتيلة وبمواجهته بدأ يعترف بأنه خطط لقتلها مع والدة لقبوتها، فأحالت المحكمة الابن إلى دار للأحداث وحكمت على الزوج بالمؤبد لتحريضه وتخطيطه للجريمة واستغلال ابنه القاصر في تنفيذها<sup>(١)</sup>. وفي قضية أخيرة حدثت في إحدى المطارات البريطانية احتجزت الشرطة امرأة ومعها طفلها بسبب الاشتباه في صورته على جواز السفر ولم تفلح الأم بإقناع الشرطة أن الطفل ابنها فطلبت من مختبر التحقيقات الجنائية اختبار خصائص المورثات بين أنسجة الأم والابن فكانت أن تطابقت وتحققوا من أن الطفل ابنها<sup>(٢)</sup>.

وبالنسبة للقضاء المصري، فقد قضت محكمة النقض في بادئ الأمر بأنه "من الحقائق المسلم بها أن أحداً لم يستطع من فحص المواد المنوية إثبات أن لها فصائل مختلف وحداثها عن الأخرى، فطلب الطاعن تحليل المواد المنوية التي وجدت بملابس المجني عليه، طلب غير منتج فإذا

(١) لدى د. كوثر أحمد خالندا: الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

(٢) د. محمد إسماعيل فرج، " الهندسة الوراثية أعظم وأخطر ثورة في تاريخ البشرية "، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، العدد ٧، السنة ١٦، الإمارات العربية المتحدة، سبتمبر ١٩٩١، ص ٧٥ و٦٨.

ما رفضته المحكمة وعولت على ما في الدعوى من أدلة أخرى فلا تثريب عليها<sup>(١)</sup>.

ثم تغيرت نظرة محكمة النقض، نظراً لتطور تقنية البصمة الوراثية، لتقضي كالتالي "ومتى كان الدفاع من الطاعن قد تمسك بطلب استكمال التحليل لتعيين فضيلة الحيوانات المنوية، وكانت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الحديث تفيد أن تحقق هذا الدفاع الجوهري عن طريق المختص فنياً، أما وهي لم تفعل ذلك اكتفاءً بما قالته من أن فوات مدة طويلة تمنع بحث الفصائل، فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير ويكون حكمها معيباً"<sup>(٢)</sup>. وبذلك يكون قضاء محكمة النقض المصرية قد استقر على أحقية سلطات التحقيق في إجراء تحليل البصمة الوراثية الـ DNA، على الرغم من عدم وجود نص صريح يبين ذلك، إذا اقتضت ضرورات التحقيق ذلك<sup>(٣)</sup>. لذا قضت بأنه "متى كانت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعي الحديث تفيد أن تحليل فصائل الدماء قد تقطع نتيجة في نفي نسب الطفل عند المنازعة فيه وإن كان من غير اللازم أن تقطع في ثبوته واتخاذ الفصائل أو اختلافها بين الأصول والفروع أياً كان الرأي العلمي فيه هو اعتبار عام لا ينهض في وجه ما تمسك به الطاعن في خصوص دعواه من أن الطفل لا يمكن نسبه إليه ولو بدليل محتمل، محتكماً على الخبرة الطبية والفنية البحتة التي لا تستطيع

- 
- (١) نقض ٨ مايو ١٩٥١، مجموعة أحكام النقض، س ٢، ج ٣، ص ١٠٧١.  
(٢) الطعن رقم ١٠٦٨ لسنة ٣٣ ق، جلسة ١١/٢٦/١٩٦٣، مجموعة أحكام النقض س ١٤ رقم ١٥٢، ص ٨٥٣؛ طعن رقم ٤٣، لسنة ٤١ ق، جلسة ٤/٤/١٩٧١؛ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ رقم ٨١، ص ٣٣٣؛ نقض ٢٦ مارس ١٩٧٣، مجموعة أحكام النقض س ٢٤، ص ٤٣٦؛ الطعن رقم ٥٧٧٩ لسنة ٥٢ ق، جلسة ٤/١/١٩٨٣؛ مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، رقم ٥، ص ٥٢..  
(٣) د. أشرف توفيق شمس الدين: التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق الابتدائي، ميناوفاست للطباعة، ط ١، ٢٠١٦، ص ٨٩.

المحكمة أن تشق طريقها فيها إلا بمعونة ذويها، لما كان ذلك، وكان لا يعرف حاصل ما كان يتبني إليه رأي المحكمة لو ثبت لها بيقين من نتيجة تحليل الفصائل أن الطفل لا يمكن أن يعزى إلى المتهم، وكان رد الدفاع يحدث في وجدان القاضي ما يحدثه دليل الثبوت، لما كان ما تقدم فقد كان متعيناً على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهري عن طريق المختص فنياً وهو الطبيب الشرعي. أما وهي لم تفعل اكتفاءً بما قالت من أنه ليس من اللازم أن تتحد فصائل دماء الأصول والفروع، فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفني في مسألة فنية ومن ثم يكون حكمها معيباً بالإخلال بحق الدفاع مما يتعين معه نقضه والإحالة دون حاجة إلى التعرض لسائر الطعن<sup>(١)</sup>.

هذا وقد اعتمدت محكمة النقض على البصمات كقرينة حيث قالت " :إن الدليل المستمد من تطابق البصمات هو دليل مادي له قيمته وقوته الاستدلالية التامة على أساس علمي وفني، لا يوهن منها ما يستنبطه الطاعن في طعنه من احتمال وجود تماثل غير تام بين بصمات شخص وآخر"<sup>(٢)</sup>.

وأول تطبيق للبصمة الوراثية في مصر كان في عام ١٩٩٨ في قضية تلتخص وقائعها في ارتكاب جريمة قتل شخص ثم إشعال النار فيه في إحدى المناطق الصحراوية، وقد دلت التحريات التي قامت بها الشرطة إلى تحديد مكان الواقعة، إلا أنه لم يعثر فيه على ثمة عظام أو أشلاء لأنسجة آدمية. ومع ذلك تمكن الطب الشرعي من الحصول على كمية من الرمال التي توجد بها آثار دماء من محل الواقعة، وأجروا تحليل ال DNA بطريقة PCR<sup>(٣)</sup> بهدف التعرف عما إذا كانت العينة من الدماء

(١) نقض جنائي طعن رقم ١٢١٧ لسنة ٣٨ ق صادر في ٢١ أكتوبر ١٩٦٨.  
(٢) نقض ٢٤ أبريل ١٩٥٠، مجموعة أحكام النقض، رقم ١٧٣، ص ٥٣٣.  
(٣) PCR هو اختصار (Polymerase Chain Reaction) وهو تقنية مخبرية تم اكتشافها عام ١٩٨٣ تقريباً، تقوم على إكثار نسخ الحمض النووي (DNA) خارج النظام الحيوي (الخلية). أي أنها طريقة لنسخ الحمض =



تخصن المجني عليه من عدمه. وتم بالفعل استخراج الحامض النووي، إلا أنه نظراً لقلّة كميّته فقد تعذر فنيّاً استكمال باقي أبحاث الحامض النووي، وأن كانوا قد توصلوا بالفعل إلى أن الدماء من جسم آدمي<sup>(١)</sup>. وبتاريخ ٢٩/٢/٢٠٠٠ قام أحد المواطنين بتقديم بلاغ لقسم شرطة العبور بأنه أثناء استقلاله لجرار زراعي خاص بشركة المشروعات الصناعية الهندسية بالمنطقة الصحراوية بالحلي الخامس، منطقة الفيلات، بمدينة العبور تعطل الجرار، وأثناء ترجله بالمنطقة شاهد خصلة شعر آدمي وبجوارها ملابس طفلة يعلوه جمجمة آدمية. وتحرر بذلك المحضر رقم ٩٦٢ إداري العبور لسنة ٢٠٠٠. وتم إخطار النيابة العامة وقررت أن ترسل المضبوطات إلى مصلحة الطب الشرعي لفحصها وبيان ما إذا كانت الجمجمة محل الضبط جمجمة بشرية أم لا، وفحص الشعر المضبوط وبيان عما إذا كان الشعر آدمي من عدمه، وبيان فصيلة الدم، فأفادت مصلحة الطب الشرعي أنه بفحص الجمجمة العثور عليها تبين أنها لطفلة آدمية كانت مفقودة وبأخذ عينات من الأم والأب وإجراء اختبار DNA تبين أن الجمجمة تحمل الصفات الوراثية للأب والأم<sup>(٢)</sup>.

---

=النووي في المختبر. ولذلك فهي تقنية حيوية لاستنساخ قطعة محددة من الحمض النووي ومضاعفة إنتاجها لكي يتسنى إجراء اختبارات وفحوصات إضافية عليها. تهدف تقنية PCR إلى تضخيم جزيئات قليلة من الحمض النووي DNA، بعد استخلاصه من خلايا أو سوائل الجسم وبالتالي الحصول على كميات كبيرة منه يمكن إجراء التحليل عليه. يمكن اعتبار تقنية PCR ترجمة مبسطة لعملية استنساخ الحمض النووي DNA أثناء الانقسام الخلوي. أنظر: موسوعة ويكيبيديا الحرة على الموقع: <http://ar.wikipedia.org/wiki> تفاعل البوليميريز المتسلسل.

(١) القضية رقم ١٢٦٩٥ لسنة ١٩٩٨ جنایات النزهة، والمقيدة برقم ١٧٠٤ لسنة ١٩٩٨ كلي شرق القاهرة.

(٢) راجع تفصيلات القضية: المقدم عصام سعد عبد الله عامر وآخرين: الاستفادة من تكنولوجيا الهندسة الوراثية في كشف الجرائم معملياً، مقدم لمعهد تدريب ضباط الشرطة كلية التدريب والتنمية - أكاديمية الشرطة، الفرقة =

مجلة المحقق والبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠٧، المجلد الثالث (١٤٣٧)

كما تم التعرف على جثة أحد المشتبه في قيامهم بتفجيرات الأزهر بالقاهرة في السابع من إبريل عام ٢٠٠٥ عن طريق الحمض النووي، ذلك الحادث الذي أوقع ثلاثة قتلى بين السياح، حيث صرحت وزارة الداخلية في بيان لها أن منفذ اعتداء الأزهر طالب في كلية هندسة الزقازيق وأنها تعرفت على شخصيته من خلال مقارنة نتائج تحليل البصمة الوراثية (الحمض النووي) لجثته بالحمض النووي لكل من والدته وعمه حيث توفي والده من قبل<sup>(١)</sup>.

ومنذ عام ١٩٩٦ بدأ الطب الشرعي في مصر في استخدام تقنية البصمة الوراثية في قضايا النسب والاعتصاب والسرقة، كما تم إدخال هذه التقنية إلى المعمل الجنائي التابع لمعمل الأدلة الجنائية بوزارة الداخلية المصرية<sup>(٢)</sup>. كما بدأت بعض الدول العربية خطوات حثيثة في إدخال تقنيات الـ DNA في المختبرات الطبية والعدلية مثل الأردن والمغرب وتونس والسعودية<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: نقاط الخلاف: على الرغم من الأهمية السابقة لتقنية الـ DNA، والتسليم بقبولها كوسيلة للإثبات في المجال الجنائي، إلا أنها ليست محل اتفاق في الفقه الجنائي العربي وبعض الفقه الغربي، من حيث طبيعتها القانونية وهل هي عمل من أعمال التفتيش أم أنها من أعمال الخبرة الطبية؟، وهل هي قرينة قاطعة أم مجرد قرينة بسيطة، كما اختلف الفقه في نطاق استخدام البصمة الوراثية في الإثبات وهل يقتصر هذا

---

=الأساسية للبحث الجنائي الدورة رقم (١٠١)، مايو ٢٠٠١، ص ٤٣ وما بعدها.

(١) راجع بشأن حادث الأزهر وتفصيلاته، المواقع الإلكترونية:

[www.alqanat.com/news](http://www.alqanat.com/news) و <http://www.alriyadh.com/61383>

[http://www.egypt.com/top4/azhar\\_accident.asp](http://www.egypt.com/top4/azhar_accident.asp) و 9/1/2007

(٢) د. جمال جرجس مجلع: الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية القضائية، النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٤٤٧.

(٣) د. فائق أمين بكر، د. عامرة جابر عمر، الطب العدلي وتقنية بصمة الحمض النووي، معهد الطب العدلي، بغداد ٢٠٠٠، ص ٣٩.

النطاق على جرائم معينة كإثبات النسب والبنوة أم أنه يمتد ليشمل جميع المجالات التي تستخدم فيها؟. بالإضافة إلى ذلك تثير هذه التقنية بعض المشكلات القانونية خاصة فيما يتعلق بمبدأ حرية الإثبات وإجبار الشخص على أخذ العينة منه. وستتطرق إلى هذه النقاط بشيء من التفصيل في الصفحات القليلة القادمة، متبعين هذا التفصيل ببيان القيود والضوابط التي يخضع لها اختبار البصمات الوراثية، ثم سنختتم حديثنا في النهاية ببيان موقف الفقه الإسلامي من تقنية البصمة الوراثية: وذلك في ست نقاط متتالية، كالآتي:

١ - **الطبيعة القانونية لتقنية البصمة الوراثية:** اختلف الفقه القانوني حول ما إذا كانت اختبارات البصمات الوراثية تعد عملاً من أعمال التفتيش<sup>(١)</sup>، أم عملاً من أعمال الخبرة الطبية<sup>(٢)</sup>، إلى مذهبين: الأول:

(١) التفتيش Perquisition هو البحث في مستودع للسر عن أدلة الجريمة وكل ما يفيد في كشف الجريمة. ومستودع السر إما أن يكون شخصاً أو متاعاً أو مكاناً، والشخص قد يكون هو شخص المتهم أو غيره بمن هو متواجد في مكان الجريمة أو له صلة بها، والمكان قد يكون محل إقامة (المسكن) أو محل عمل. فالتفتيش نوعان: فهو إما أن يكون تفتيش أشخاص أو تفتيش مسكن، والغاية من التفتيش بنوعيه هي ضبط الأشياء الخاصة بالجريمة والجارى جمع الاستدلالات أو حصول التحقيق بشأنها (م ٥٠ إجراءات). وقد نص قانون الإجراءات الجنائية على نوعي التفتيش في المواد ٤٦، ٤٩، ٩٤ بالنسبة لتفتيش الأشخاص، وفي المواد ٩١ بالنسبة لتفتيش المساكن بعد إلغاء المادة ٤٧ إجراءات بحكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم ٥ لسنة ٤٤ في ١٩٨٤/٦/٢. ويقصد بتفتيش الأشخاص Perquisition de Personnes البحث عن أدلة الجريمة في كل ما يتعلق بكيان الشخص المادي، من جسده وما يتصل به من ملابس، أو ما يحمله من أمتعة، وأشياء منقولة، أو ما يستعمله من أغراض، أو سيارته الخاصة (د. عبد الفتاح مراد: التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ص ٣٧٠). ويقصد بتفتيش المساكن Perquisition de domicile البحث عن الحقيقة في منزل المتهم. أو هو إجراء من إجراءات التحقيق بمقتضاه يقوم المحقق أو من يأذن له من رجال الضبطية القضائية بالبحث في منزل شخص معين على أشياء تتعلق بجناية أو جنحة قامت قرائن قوية على حيازته لها (د. مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع =

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧، المجلد الثالث (١٣٣٩)

ويمثله غالبية الفقه الفرنسي<sup>(٢)</sup>، وجانب من الفقه المصري<sup>(٣)</sup> ويرى أن

=المصري، دار النهضة العربية القاهرة، سنة ٢٠٠٨، الجزء الأول، ص ٦٧٧) وقد نصت عليه المادة ٩١ إجراءات جنائية بقولها "إن تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق ولا يجوز الالتجاء إليه إلا بناءً على تهمة موجهة إلى شخص يقيم في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جنابة أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها أو إذا وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة". ويقصد بالمنزل أو المسكن "كل مكان خاص يقيم فيه الشخص سواء بصفة دائمة أو مؤقتة، ولا يباح لغيره دخوله إلا بإذنه" (نقض ٢٧ يناير ١٩٧٤ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٥، رقم ٣، ص ٥٨). أنظر في التفتيش بصورة أكثر تفصيلاً: د. سامي حسني الحسيني: النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 1970؛ د. عبد المهيمن بكر: إجراءات جمع الأدلة الجنائية، الجزء الأول، التفتيش، ١٩٩٤.

(١) تعد الخبرة L'expertise من أهم وسائل جمع الأدلة، إذ يلجأ إليها المحقق عند وجود واقعة مادية أو شيء مادي يحتاج التعرف عليه إلى حكم خبير متخصص كطبيب أو خبير أسلحة أو مهندس أو غيرهم من أهل الخبرة، وهي تأخذ حكم الشهادة من حيث الحجية أو القوة في الإثبات. وتعرف الخبرة بأنها إبداء رأي فني من أحد المختصين في مسألة يتوقف عليها الفصل في الدعوى، ويتعذر على القاضي أن يبت فيها بنفسه (د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، رقم ٦٩٢ ص ٦٤٢). والخبير L'expert هو كل شخص له إلمام بأي علم أو فن (د. رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤١٥). وقد نصت على ندب الخبراء وقواعد عمل الخبير في مرحلة التحقيق الابتدائي المواد من ٨٥ إلى ٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية. أنظر في الخبرة بصفة عامة: د. أمال عبد الرحيم عثمان: الخبرة في المسائل الفنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة سنة ١٩٦٤م.

(٢) محمد محمود الشناوي: تقنية البصمة الوراثية في الكشف عن الجرائم، المرجع السابق، ص ٧٥.

MARLE R: Le corps humain, la justice pénale et les experts, J.C.P, Paris, 1955 1, 1219.

(٣) د. سامي حسن الحسيني: النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري المقارن، المرجع السابق، ص ٢٤٥؛ ود. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٥، ج ١، ص ٤٥٧.

تحليل الدم وما في حكمه كغسيل المعدة وفحص الدم والبول وكذلك الحال بالنسبة للبصمة الوراثية متى تم بغرض الإثبات، فهو عمل من أعمال التفتيش، وأن جوازه في هذا المجال مؤسس على أن النتائج المترتبة على هذا التحليل هي أقرب إلى التفتيش من غيره، باعتبار أنه إجراء يهدف إلى الحصول على دليل مادي في جريمة ما وينطوي البحث عن أدلتها المساس بجسم أو خصوصية الإنسان، مما يعد تفتيشاً ويدخل في نطاق التفتيش. الثاني: بأن تحليل الدم وما في حكمه بغرض الإثبات يعد عملاً من أعمال الخبرة الطبية<sup>(١)</sup>، وعليه يمكن أن ينسحب الخلاف بشأن مصادر البصمة الوراثية الأخرى كالمني والعرق واللحاح والشعر والعظام وغيرها؛ باعتبارها جميعها عينات بيولوجية وإفرازات من شأنها أن تكون منفصلة عن جسم الإنسان البشري<sup>(٢)</sup>.

وأياً ما كان الخلاف حول هذه المسألة وسواء كانت البصمة الوراثية تعد عملاً من أعمال التفتيش أم تعد عملاً من أعمال الخبرة الطبية، فإنها في الحالتين تعتبر من قبيل الأدلة المادية<sup>(٣)</sup> والتي تعد من قبيل القرائن، حيث إن فقهاء القانون الجنائي يعتبرون الأشياء المادية التي توجد في مكان الجريمة، أو التي يتم العثور عليها مع المتهم أو بجسمه، من قبيل القرائن، بحيث يعتبرها البعض من قبيل القرائن القضائية والتي يطلق عليها البعض مصطلح "القرائن العلمية" أو "القرائن الفنية"<sup>(٤)</sup>

---

(١) المستشار محمد عابدين، الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٩.

(٢) د. أحمد محمد أبو القاسم: الدليل المادي ودوره في الإثبات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، سنة ١٩٩٠، ص ٢٥٧.

(٣) د. رمزي رياض عوض: مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة وما قبلها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٧ م، ص ٩ - ١٠.

(٤) د. أحمد حبيب السماك: نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضع، بحث منشور بمجلة الحقوق - مجلس النشر العلمي بالكويت - السنة الحادية عشر - العدد الثاني صفر ١٤١٨ / يونيو ١٩٩٧، ص ١٥١ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧ المجلد الثالث (١٣٤١)

ويطلق عليها البعض الآخر مصطلح "الدلائل"<sup>(١)</sup>، بينما ينادي البعض الآخر بضرورة اعتبار تحليل البصمة الوراثية من قبيل القرائن القاطعة، وهو موضوع حديثنا في النقطة التالية.

٢- مدى اعتبار تحليل البصمة الوراثية قرينة قاطعة أم مجرد قرينة بسيطة: بناءً على الاختلاف السابق في الطبيعة القانونية لتقنية البصمة الوراثية وهل هي عمل من أعمال التفتيش أم أنها من أعمال الخبرة الطبية؟، والانتفاء إلى كونها من الأدلة المادية التي تعتبر بمثابة قرائن شأنها في ذلك شأن الأدلة المادية التي توجد على مسرح الجريمة، اختلف الفقهاء حول مدى اعتبار تحليل البصمة الوراثية قرينة قاطعة أم مجرد قرينة بسيطة، وعلى الرغم من أن البصمات الوراثية لا تزال بعيدة عن متناول كثير من الفقهاء على صعيد الفقه المصري والعربي، إلا أن اختلافهم حول مدى الاعتماد على القرائن القضائية في المواد الجنائية، يمكن أن ينسحب إلى البصمة الوراثية. ولكن قبل التطرق لهذا الخلاف يتعين علينا التعرض لأنواع القرائن المختلفة.

والقرائن هي: استنتاج واقعة مجهولة من واقعة معلومة أي استنتاج الواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام الدليل عليها، أو هي نتيجة حتمية يستخلصها القاضي من واقعة معينة<sup>(٢)</sup>.

(١) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، رقم ٥٢٥ ص ٤٩١ وما بعدها؛ د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الثانية عشرة ١٩٨٨، رقم ٣٤٤، ص ٤٨٥.

(٢) أنظر: د. عبد الأحد حمال الدين، د. جميل عبد الباقي الصغير: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٤٦؛ د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ٦٨٢؛ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٨٦٣؛ د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط ١٢، ١٩٨٨، ص ٤٨٤.

والقرائن نوعان: قرائن قانونية وقرائن قضائية أو موضوعية. والقرائن القانونية هي التي نص عليها القانون بنصوص صريحة، وقد تكون القرائن القانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، وهي تقيّد القاضي والخصوم، فلا تقبل المجادلة في صحتها، ومن أمثلتها؛ حجية الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي فيما فصلت فيه من الحقوق (م ١٠١ من قانون الإثبات)، وانعدام التمييز في المجنون والصغير غير المميز وبالتالي عدم مسئولية أي منهما، وقرينة العلم بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية، وقرينة عدم وقوع الجريمة في حالة التنازل عن الشكوى أو الطلب في الأحوال التي يوجب فيها القانون ذلك، وقرينة توافر حالة الانفعال عند توافر عذر استفزاز الزوج عند قتله زوجته المتلبسة بالزنا هي أو هي ومن يزني بها وفقاً للمادة ٢٣٧ عقوبات حيث يجب الحكم بالحبس بدلا من عقوبة الجناية، وقرينة غياب المدعي المدني دون عذر مقبول بعد إعلانه أو عدم إبدائه طلباته في الجلسة حيث يعتبر ذلك قرينة قاطعة على تركه للدعوى المدنية.

كما قد تكون القرائن القانونية بسيطة أي تقبل إثبات العكس، ومن أمثلتها؛ قرينة افتراض براءة المتهم حتى تثبت إدانته، وقرينة اعتبار حمل الجنائي لأسلحة أو أدوات أو أية آثار معينة على أنه ساهم في الجريمة (م ٣٠ إجراءات جنائية)، وقرينة قيام جريمة الزنا في حالة وجود أجنبي في بيت مسلم في المحل المخصص للحريم (م ٢٧٦ ع)، وقرينة علم المتهم المحكوم عليه بالحكم الغيابي الصادر ضده إذا أعلن به في محل إقامته ولم يعلن إلى شخصه، حيث يجوز لأي من هؤلاء المتهمين إثبات العكس (م ٣٩٨ إجراءات جنائية). والقرائن القضائية، ويطلق عليها الدلائل، هي التي يستخلصها القاضي من واقعة معلومة ويكون استنتاجها ضرورياً بحكم العقل والمنطق، ولا يوجد فيها ما هو قاطع الدلالة بحيث لا يجوز إثبات عكسه، بل أن تقديرها متروك للقاضي يجوز له أن يأخذ بها متى كان استنتاجه في شأنها مقبول عقلاً (م ١٠٠ من قانون الإثبات). ومن أمثلتها؛ وجود بصمة المتهم في مكان الجريمة أو بقعة دم من

نفس فصيلة دمه، أو ضبط ورقة معه تنبعث منها رائحة المخدر، أو مشاهدة الجاني يخرج من منزل المجني عليه في ساعة متأخرة من الليل بعد سماعه صوت الاستغاثة، وكظهور علامات ثراء على المتهم كقرينة على اختلاسه للمال، أو تعدد سوابقه كقرينة على ارتكابه جريمة جديدة، وتعرف الكلب البوليسي عليه كقرينة على ارتكابه الجريمة.

والقرائن تعتبر دليل غير مباشر في الإثبات لأنها استنتاج واقعة من أخرى وهي بذلك تفتقر عن شهادة الشهود التي تعتبر دليل مباشر في الإثبات لأنها تنصب على إثبات الواقعة المطلوب إثباتها مباشرة. والفرق بين القرائن والدلائل أن الأولى مستمدة من نصوص قانونية، وهي واردة على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها ولا التوسع فيها، كما أنها تكفي وحدها كدليل للإثبات وهي إعفاء من الإثبات فلا يكلف الخصم بإثبات الأمر المدعى به، وهي ملزمة للقاضي، في حين أن الثانية مستمدة من الاستنتاج الشخصي للقاضي، والذي يختلف من قاض إلى آخر، كما أنها لا تكفي وحدها كدليل للإثبات وإنما لا بد أن تساندها أدلة أخرى، وغير ملزمة له<sup>(١)</sup>. ولا تخضع المحكمة في تقديرها للدليل المستمد من القرائن أو الدلائل لرقابة محكمة النقض مادام استنتاجها في ذلك كان سائغاً ومقبولاً<sup>(٢)</sup>.

ورجوعاً إلى اختلاف الفقه حول مدى الاعتماد على القرائن القضائية في المواد الجنائية، وهو ما يمكن أن ينسحب بدوره على البصمة

- 
- (١) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٨٦٨ د. بكري يوسف بكري: الوجيز في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤١٨؛ نقض ١٢ يونيو ١٩٦٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٨، رقم ١٦٢، ص ٨٠٢.
- (٢) نقض ١ يناير ١٩٥٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٦، رقم ٤٨، ص ١٤٢؛ نقض ١٠ يونيو ١٩٥٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٨، رقم ١٨٦، ص ٦٤٠.



الوراثية باعتبارها من هذا النوع من القرائن، كما سبق ذكره، نجد في الفقه عدة آراء<sup>(١)</sup>.

**الرأي الأول:** يرى أن البصمة الوراثية هي قرينة واقعية بسيطة لا تصلح وسيلة إثبات مستقلة، ولا تشكل بينة قاطعة، وإنما هي عامل مساعد في التحقيق لاكتشاف الجريمة، وحمل المتهم على الاعتراف ولا بد أن تساندها وسائل إثبات أخرى، ولذا فهي لا تقيد القاضي الذي يبقى حراً في الأخذ بها أو رفضها خاصة مع سيادة مبدأ حرية الإثبات والقناعة الشخصية لقاضي. ويستند هذا الرأي، من ناحية على القول؛ إن البصمة الوراثية ليست من قبيل الدليل الكامل الذي يكفي وحده لبناء اقتناع القاضي وبقينه وتأسيس حكمه عليه، وإنما هي تعد من قبيل الدليل الناقص وهو الدليل الذي يقتصر تأثيره في عقيدة القاضي على مجرد احتمال أو شبهة وجود موضوع الدليل. ومن ناحية أخرى، إن البصمة الوراثية تعد مجرد رأي فني يقوم به أشخاص فنيون، ومن ثم فإن احتمال الخطأ فيه. وارد سواء كان بقصد أو بغير قصد، ومن ثم فإنها لا تقيد القاضي في ضرورة الأخذ بها<sup>(٢)</sup>.

**الرأي الثاني:** يرى أن البصمة الوراثية ترقى إلى مستوى القرائن القانونية القاطعة، وبالتالي فإن اعتمادها كوسيلة إثبات ليس بيد القاضي وإنما بيد السلطة التشريعية لأنها لا تعد خبرة بالمعنى الدقيق، فهي ليست رأياً فنياً

(١) أنظر في عرض هذه الآراء: عمران مفتاح أحمد زقلموم: مدي مشروعية الدليل المستمد من تحليل البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، قسم الشريعة الإسلامية، ٢٠١٣، ص ١٨ وما بعدها، متاح على الإنترنت على الموقع الإلكتروني:

demportal.mans.edu.eg/lawfac/images/files/Magazine/2013/54/8.pdf

(٢) د. عبد الله عبد الغني غانم: الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الحادي عشر، العدد ٩٣، سنة ٢٠٠٢، ص ٢٨٠؛ محمد محمود الشناوي: تقنية البصمة الوراثية في الكشف عن الجرائم، المرجع السابق، ص ٨٤.

في واقعة ذات أهمية في الدعوى الجنائية، وإنما هي تطبيق مباشر للقوانين التي تفرضها الخبرة لكي يستخلص منها ثبوت الواقعة. ولذا يجب تدخل السلطة التشريعية حتى يتسنى للقاضي الأخذ بها واعتمادها كدليل لإثبات. ويستند هذا الرأي إلى أن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة تكاد لا تخطئ في التحقق من الشخصية، وبالتالي فهي ترقى إلى مستوى القرائن القانونية القاطعة والتي لا يمكن الأخذ بها إلا بنص القانون<sup>(١)</sup>.

**الرأي الثالث:** يرى ضرورة الأخذ بالبصمة الوراثية أمام القضاء كدليل إثبات للبراءة أو الإدانة على حد سواء، وأنه ليس هناك ما يمنع من الأخذ بالمعرفة العملية إذا ما توافرت الشروط والضوابط التي تضمن سلامة الفحوصات، والعينات المرفوعة من مسرح الجريمة. ويستند هذا الرأي إلى أن البصمة الوراثية لا تستند إلى خبرة الخبير القائم بالفحص، بل إلى قواعد علمية يقينية، وبالتالي فإنها تعتبر قرينة قاطعة، يجب على القاضي أن يأخذ بها، وأن يتقيد بنتائجها<sup>(٢)</sup>.

**الرأي الرابع:** يرى ضرورة التفرقة بين الدليل اليقيني والدليل الراجح، والأول هو الذي يتحقق قطعاً في جميع الاحتمالات ولا يختلف في أية واقعة ومثاله؛ تخلف الدماء في قضايا القتل وتختلف المني في جرائم الاغتصاب. والثاني هو الذي لا يتخلف إلى نادراً ومثاله؛ وجود لعاب في جريمة السرقة. ويرى هذا الرأي ضرورة أن يأخذ القاضي بالبصمة الوراثية في حالة توافر الدليل اليقيني، أما في حالة الدليل الراجح، فعليه أن يزنه مع سائر الأدلة وبالتالي له أن يأخذ به أو ينحيه جانباً<sup>(٣)</sup>.

(١) د. أحمد يوسف السيولة: البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي، مجلة كلية الشرطة، العدد الثامن عشر - يناير ٢٠٠٨. ص ٢٨٩.

(٢) د. عبد الله عبد الغني غانم: الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص ٣٨١؛ محمد محمود الشناوي: تقنية البصمة الوراثية في الكشف عن الجرائم، المرجع السابق، ص ٨٥.

(٣) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا: مدي حجية البصمة الوراثية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢، ص ١٠٤.

ونحن نرى، أنه حسماً لهذا الخلاف يجب تدخل المشرع الجنائي بالنص على البصمة الوراثية كدليل للإثبات في المواد الجنائية باعتبارها قرينة قانونية قاطعة لا يتطرق إليها الشك إلا فيما يتعلق بكيفية استخلاص النتائج منها أو دقة القائم عليها وليس بالوسيلة ذاتها أو النتائج المستخلصة منها باعتبار ذلك يستند إلى قواعد علمية يقينية، ولا يجب أن تظل أحد الأدلة الإقناعية التي يأخذ بها القاضي متى اقتنع أو ينحيا جانباً إذا لم يقتنع، إلا أن ذلك يجب ألا يكون مطلقاً من كل قيد وإنما يجب معه تحديد القيود والضوابط التي يخضع لها اختبار البصمات الوراثية، سواء فيما يخص كيفية استخلاص النتائج أو القائم على هذه الوسيلة، وذلك على النحو الذي سنراه لاحقاً.

٣- نطاق حجية البصمة الوراثية: ثار الخلاف بين رجال الفقه الإسلامي ورجال القانون حول نطاق حجية البصمة الوراثية، وهل هو نطاق عام يشمل جميع الجرائم بدون استثناء، أم أن مجاله قاصر على بعض الجرائم دون غيرها، وهذا الخلاف يتعلق على وجه الخصوص بإثبات جرائم الزنا والاعتصاب (فيما يتعلق بالنسب والبنوة)، وبجرائم الحدود والقصاص عامة، عن طريق تقنية الحامض النووي. فرجال القانون يطلقون استخدام تقنية الحامض النووي في المجالات التي يستخدم فيها دون قيد، أما علماء الفقه الإسلامي فيقتصرون استخدام هذه التقنية في إثبات النسب والبنوة في الزواج الصحيح شرعاً، أما ما دونه فلا يعتدون به، وهذا ما أخذ به غالبية الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> وأقره المجلس الفقهي برابطة العالم الإسلامي

(١) د. نصر فريد واصل: مفتى الديار المصرية الأسبق، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة بمكة المكرمة في الفترة من ٢١ - ٢٦ / ١٠ / ١٤٢٢ هـ الموافق ١ - ٥ / ٢ / ٢٠٠٢ م، ص ٤٤؛ د. محمد مختار السلامي: مفتى تونس الأسبق: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بدولة الإمارات، في الفترة من ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٠ / ٢ / ٤٦٠؛ د. سعد الدين هلال: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص ٤٠٠، د. وهبة الزحيلي: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة =

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠٧ / المجلد الثالث (١٣٤٧)

في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من ٢١ - ٢٦ شوال ١٤٢٢ وأقرته الندوة الفقهية المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية<sup>(١)</sup>.

وحسبما أقره مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من ٢١ - ٢٦ شوال ١٤٢١ هـ الموافقة للفترة من ٥ - ١٠ يناير ٢٠٠٢ م، من قرارات وتوصيات بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، فإن المجلس بعد النظر إلى التعريف الذي سبق للمجمع اعتماده في الدورة الخامسة عشر، ونصه: ( البصمة الوراثية هي البينة الجينية: نسبة إلى الجينات أي المورثات، التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، وأفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي، ويمكن أخذها من أي خلية بشرية من الدم، أو اللعاب، أو المنى، أو البول أو غيره )، وبعد الإطلاع على ما أشتمل عليه تقرير اللجنة التي كلفها المجمع في الدورة الخامسة عشر بإعدادها من خلال إجراء دراسة ميدانية مستفيضة للبصمة الوراثية، والإطلاع على البحوث التي قدمت في الموضوع من الفقهاء والأطباء والخبراء، والاستماع إلى المناقشات التي دارت حوله، تبين من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسب الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهما، وفي إسناد العينة من الدم أو المنى أو اللعاب، التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية (التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع)، وأن الخطأ في البصمة الوراثية

---

=منها، المرجع السابق، ص ١٩، د. ناصر عبد الله الميامي: البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، ج ٢ ص ٥٩٧.  
(١) أنظر: أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت، برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنعقدة من ١، ١٥ أكتوبر سنة ١٩٨٨ م، الجزء الثاني ٢٠٠٠ - ١٠٥/٢.

ليس وارداً من حيث هي وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك. وبناءً على ما سبق قرر ما يأتي:-

**أولاً:** لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص لخبر القاعدة الفقهية الشهيرة (أدرءوا الحدود بالشبهات)، وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة.

**ثانياً:** إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطه والسرية، ولذلك لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

**ثالثاً:** لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان.

**رابعاً:** لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة، لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم.

**خامساً:** يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

- (أ) إثبات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكانت تنازع على مجهول النسب لسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه
- (ب) حالات الاشتباه في الميلاد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.
- (ج) حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

**سادساً:** لا يجوز بيع الجينوم .. البشري لجنس ، أو لشعب ، أو لفرد ، لأي غرض ، كما لا تجوز هبتها لأي جهة لما يترتب على بيعها أو هبتها من المفاسد.

**سابعاً:** يوصي المجمع بما يأتي:

(أ) أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء ، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة ، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص ، لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى.

(ب) تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة ، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون والأطباء والإداريون ، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية ، واعتماد نتائجها.

(ج) أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية ، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع ، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات ، وأن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً دفعاً للشك<sup>(١)</sup>.

٤ - الصعوبات القانونية التي تثيرها تقنية البصمة الوراثية : تظهر إشكاليتان رئيسيتان على صعيد الاستخدام القانوني للبصمة الوراثية: تتعلق أولهما بمبدأ حرية الإثبات وجواز إلزام القاضي بالأخذ بها ، وترتبط ثانيتهما بمدى مشروعيتها إجبار مشتبه فيه بارتكاب جريمة على الخضوع لمثل هذا التحليل.

(١) أنظر: قرارات وتوصيات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من ٢١ - ٢٦ شوال ١٤٢١ هـ الموافقة للفترة من ٥ - ١٠ يناير ٢٠٠٢ م ، بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي ، العدد ١٦ ، سنة ٢٠٠٣ ، الصفحة ٢٩١ وما بعدها.

أولاً: مبدأ حرية الإثبات وجواز إلزام القاضي بالأخذ بنتائج البصمة الوراثية: من المعلوم أن العبرة في الإثبات هي باقتناع القاضي واطمئنانه إلى الأدلة المطروحة عليه، فله أن يقبل جميع الأدلة المقدمة إليه من الخصوم، وله أن يستبعد منها ما لا يطمئن إليه، وهناك بعض القيود على اقتناع القاضي، من هذه القيود المسائل الفنية البحتة، فإذا كان الأصل فيها أن ندب الخبراء جوازي للمحكمة طبقاً للمادة ٢٩٢، ٢٩٣ من قانون الإجراءات الجنائية، ولكن استثناء من ذلك يجب ندبهم في حالة المسألة الفنية البحتة التي تعرض على المحكمة ولا تستطيع أن تشق طريقاً فيها، فيلجأ القاضي إلى خبرة فني متخصص لتقديم تقرير عن حالة أو وضع معين أو بالإدلاء برأي في شأن من شئون الدعوى المنظورة التي لا يستطيع القاضي الإلمام بها، وذلك كفاءة لحق الدفاع باعتبار أن طلب الإحالة إلى خبير في الدعوى من أوجه الدفاع أحياناً<sup>(١)</sup>. وبتطبيق تلك المبادئ على الإحالة إلى خبير البصمة الوراثية يتضح أن ذلك من الطلبات الجوهرية للخصم، يتعين على المحكمة أن تجيب الدفاع إلى هذا الطلب. وهذا ما قرره محكمة النقض بقولها "الأصل أن المحكمة لها 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 ما دامت أن المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة بنفسها أن تشق طريقها لإبداء رأي فيها"<sup>(٢)</sup>. كما قررت

(١) د. غنام محمد غنام: دور البصمة الوراثية في الإثبات، المرجع السابق، ص ٦٩٢ وما يليها.

(٢) الطعن رقم ١٤٩٣٤ لسنة ٨٣ق، بتاريخ ٢/٤ / ٢٠١٤، مكتب فني سنة ٦٥، أيضاً: نقض ٢ أكتوبر ٢٠٠١، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٥٢، ص ٦٩٥؛ نقض ٨ أكتوبر ١٩٩٨، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٤٩، رقم ١٤٠، ص ١٩٣٩؛ نقض ٢ أبريل ١٩٩٦، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٤٧، ص ٤٣٧؛ نقض ٨ فبراير ١٩٩٠، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٤١، ص ٣٤١؛ نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٨٨، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٩، رقم ١٧٤، ص ١١٢٨؛ نقض ١ أكتوبر ١٩٧٩، =

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧، المجلد الثالث (١٣٥١)

في ذات الشأن "أن المحكمة غير ملزمة بنسب خبير فني في الدعوى ... لأن الأصل أن تقدير حالة المتهم من الأمور الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها مادامت تقييم تقديرها على أسباب سائغة وهي لا تلتزم اللجوء إلى أهل الخبرة إلا فيما يتعلق بالمسائل الفنية البحتة التي يتعذر عليها أن تشق طريقها فيها"<sup>(١)</sup>.

ونرى أنه في حالة البصمة الوراثية، فإن المحكمة ينبغي عليها، من لقاء نفسها، أن تعول على هذا الدليل المستمد منها، لاسيما أنه مستمد من أصول علمية دقيقة وليس في الأوراق ما يناقض هذا الدليل. وبالرغم من ذلك، فإنه لا وجه لإلزام المحكمة للأخذ بالبصمة الوراثية لعدم وجود نص قانوني يلزمه بذلك. وبالتالي فإن لها أن ترفض طلب الإحالة إلى خبير، مع تسبب هذا الرفض، كما لو كانت وقائع الدعوى قد وضحت لدى المحكمة بوجود أدلة كافية أو قرائن متعددة تكوّن عقيدتها في الدعوى. فإذا ما توافر شهود تثق فيهم المحكمة وتتوافر أقوالهم في إدانة المتهم، فإنه ليس هناك ما يلزم المحكمة بالاستعانة بخبير في الدعوى<sup>(٢)</sup>.

**ثانياً: مدى مشروعية إجبار المشتبه فيه على الخضوع لتحليل البصمة الوراثية:**  
يتعين علينا أولاً أن نوضح أنه لا مجال للبحث في الرضا عندما لا يتطلب الأمر مساساً بجسم المشتبه فيه، وإنما تظهر الحاجة لمثل هذا البحث في الحالات التي يستلزم الأمر فيها الحصول على عينات من جسد إنسان حي. إذ أن لمأمور الضبط القضائي وللنيابة العامة سلطة اللجوء لتحليل الحمض النووي لتقديم الدليل على وقوع الجريمة وإسنادها إلى المشتبه فيه دون حاجة للحصول على رضاه هذا الأخير، طالما أن الأمر لا يتضمن مساساً بجسمه، وعلى ذلك فالقيام بمقارنة تحليل العينات البيولوجية

- 
- = مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٠، ص ٧٣٥؛ نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٧٨، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٩، ص ٧٥٧.  
(١) نقض ٨ أكتوبر ١٩٩٨، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٤٩، رقم ١٤٠، ص ١٩٣٩.  
(٢) د. غنام محمد غنام: دور البصمة الوراثية في الإثبات، المرجع السابق، ص ٦٩٢ وما يليها.



التي تم ضبطها في مسرح الجريمة أو أي مكان آخر، مع مثيلاتها التي تم الحصول عليها من خلال ضبط أشياء تعود إلى المشتبه فيه، كفرشاة الأسنان التي تحتوي عادة على قليل من لعاب، أو ملابس علق على بعضها كمية من شعر... الخ، لا يحتاج ذلك إلى الموافقة المسبقة للمشتبه فيه<sup>(١)</sup>، فالقانون يمنح جهات التحقيق سلطة واسعة تمكنها من ضبط " كل ما يفيد في كشف الحقيقة"<sup>(٢)</sup>.

أما عندما يتعلق الأمر بإجراء يمثل مساساً بجرمة جسد مشتبه فيه بارتكاب جريمة فلا بد من البحث في مسألة رضاه هذا الشخص بمثل هذا الإجراء. فإذا استدعى الأمر الحصول على عينات حيوية من جسد المشتبه فيه من أجل مقارنتها مع العينات المضبوطة في مسرح الجريمة، فالحصول على هذه العينات يتضمن بالضرورة مساساً بجرمة جسده. فهل يمكن إخضاع المشتبه فيه لإجراءات تمس هذه الحرمة تحت ذريعة إظهار الحقيقة؟، وإذا تطلب القيام بذلك استعمال وسائل الإكراه والعنف للحصول على العينات المطلوبة، فهل يعد هذا مشروعاً؟<sup>(٣)</sup>.

القاعدة هي عدم جواز إجبار المتهم أن يقدم دليلاً ضد نفسه، وأن المساس بالحقوق الأساسية للإنسان لا يكتسب المشروعية إلا في الأحوال التي يميزها القانون صراحة، وبالتالي عدم جواز إخضاعه لتحليل البصمة الوراثية إلا برضاه المسبق وفقاً للقانون.

(1) PRADEL J. , Procédure pénale, op. cit. , p. 382, no. 439.

(٢) أنظر على سبيل المثال: المواد ٥٥ و ٩١، من قانون الإجراءات الجنائية المصري: حيث تنص المادة ٥٥ على أنه "للمأموري الضبط القضائي أن يضبطوا الأوراق والأسلحة وكل ما يحتمل أن يكون قد استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عن ارتكابها أو ما وقعت عليه الجريمة وكل ما يفيد في كشف الحقيقة"، كما تنص المادة ٩١ على أنه "ولقاضي التحقيق أن يفتش أي مكان ويضبط فيه الأوراق والأسلحة وكل ما يحتمل أنه استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها أو وقعت عليه وكل ما يفيد في كشف الحقيقة".

(3) MOLINA E. , La liberté de la prévue des infractions en droit français contemporain, PUAM, 2001, n°. 177.

لذا تتجه بعض التشريعات المقارنة إلى عدم إخضاع المتهم بالقوة الجبرية لإجراء تحليل البصمة الوراثية، وبالتالي تستلزم رضاه المتهم بذلك الفحص، كما هو الحال بالنسبة للتشريع الأيرلندي والنرويجي والإنجليزي، حيث أفردت نصوصاً إجرائية خاصة تضع فيها تنظيمياً للحصول على الجينية وتقرر الضوابط التي تحفظ سرية المعلومات الناتجة عن هذا التحليل بل وتشرط لإجراء هذه التحليلات والكشف عن نتائجها رضاه صاحبها. بيد أنه في حالة رفض المتهم، فإن من سلطة المحكمة أن تعتبر ذلك الرفض من قبيل قرائن الإدانة في مواجهته وبالتالي لا يحكم عليه بالإدانة استناداً إلى ذلك الرفض فقط<sup>(١)</sup>.

وعلى عكس ما سبق تتجه بعض التشريعات المقارنة في الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا وأستراليا، إلى جواز إخضاع المتهم للقوة الجبرية في حالة رفضه الخضوع لتحليل البصمة الوراثية، بعدما قررت أن الأصل هو أن يكون الخضوع رضائياً في حالة الفحص من أجل الأغراض الطبية، وهذا ما تسمح به أيضاً توصيات المجلس الأوروبي<sup>(٢)</sup>.

أما مع عدم وجود مثل هذه النصوص الصريحة خاصة في كثير من التشريعات العربية، فإن إجبار الشخص للخضوع لتحليل البصمة الوراثية يمثل استثناءً من قاعدة عدم جواز إجبار المتهم أن يقدم دليلاً ضد نفسه وعدم المساس بالحقوق الأساسية له إلا في الأحوال التي يجيزها القانون صراحة، وهذا الاستثناء تمليه مصلحة المجتمع وحقه في الوصول إلى الحقيقة، ومصلحته الأكيدة في مكافحة الجريمة، لذا فإنه في حالة القبض على المتهم، وضرورة أخذ عينته من جسمه وهو إجراء ضروري في بعض الجرائم من أجل مقارنتها بما يمثّلها مما عثر عليه من دم أو مخلفات آدمية

(١) د. أشرف توفيق شمس الدين: الحماية الجنائية للحق في الخصوصية، المرجع السابق، ص ٩٧ وما بعدها.

(٢) د. غنام محمد غنام: دور البصمة الوراثية في الإثبات، المرجع السابق، ص ٦٩٢ وما يليها؛ عمران مفتاح أحمد زقلموم: مدي مشروعية الدليل المستمد من تحليل البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ٢٤.

على مسرح الجريمة، فإن مثل هذه الإجراءات لا يمكن مقارنتها بالضرر الذي سببه الجاني بارتكابه الجريمة، كما أنه يعد بمثابة تفتيش في جسم المتهم، الأمر الذي تجيزه القوانين والدساتير في حالة الاتهام بجريمة تحقيقاً للأمن والعدالة<sup>(١)</sup>. وهذا هو الاتجاه السائد والذي استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية، حيث أقرت - رغم غياب النص - أحقية سلطات التحقيق الابتدائي في إخضاع الشخص للفحص الطبي والحصول على عينات من دمه وغسيل معدته، وذلك متى كان لذلك فائدة في إثبات الجريمة وإظهار الحقيقة<sup>(٢)</sup>.

وتلطفاً من حدة الاستثناء السابق، فإن إجبار المتهم على الحصول على عينة من دمه يجب أن يقتصر على النيابة العامة بعد وجود تحريات جدية مبنية على وجود دلائل كافية على نسبة جريمة معينة وقعت بالفعل وذات جسامه كبيرة إلى متهم بعينه.

ونرى أن الأمر يتطلب التدخل الصريح من المشرع في التشريعات التي لا تحتوي على مثل هذه النصوص الصريحة للنص على الأحوال التي يجوز فيها الخضوع لتحليل البصمة الوراثية لما يمثله هذا الإجراء من مساس بجريمة المتهم الجسدية<sup>(٣)</sup>، والضمانات اللازمة لذلك، حتى يتم تحقيق التوازن والتناسب بين مصلحة المجتمع في ظهور الحقيقة ومصلحة المشتبه فيه في حرمة جسده وحقوقه الأساسية.

#### ٤. القيود والضوابط التي يخضع لها اختبار البصمات الوراثية:

يرى قاضي التحقيق الفرنسي جيلبر فيل، الذي لجأ للمرة الأولى في فرنسا إلى استخدام البصمات الوراثية في قضية سيمون ديبير وذلك في عام ١٩٨٨، أنه يجب التعامل بحرص شديد في بعض الحالات مع نتائج

(١) د جميل عبد الباقي الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، المرجع السابق، ص ٨١.

(٢) نقض ١٩ نوفمبر ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س ٧، رقم ١١٤، ص ٣٨٧.

(٣) د. سامي الشقرا: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٩٨٦، ص ١٦٣.

تحليل البصمات الوراثية عن طريق الـ DNA، فالعثور مثلاً على آثار اللعاب على عقب سيجارة في مسرح الجريمة يمكن أن يقدم للمحقق قرائن ودلائل تستطيع أن توجه التحقيقات والتحريات في مسار معين. ولكن هذا الأمر لا يعني أن الذي دخن السيجارة هو القاتل. ويستخلص القاضي الفرنسي من ذلك أنه يجب أن لا ينسى المحقق أبداً أسس البيت وقواعده *de la maison Les Fondements* المنهج التقليدي في التحقيق الجنائي، فلا يمكن أن يتقلص عبء الإثبات بحيث يقتصر على تحقيق بسيط حتى لو كان ذا أصل وراثي، كالبصمات الوراثية<sup>(١)</sup>. وهذا ما أكدته أيضاً البيولوجيون وضباط الشرطة والقضاة الأوروبيون الذين شاركوا في المؤتمر المنعقد في مدينة بوردو الفرنسية، في يومي 2 و 3 مارس 2000، تحت عنوان "عشر سنوات من عمر البصمات الوراثية في التطبيق القضائي *Dix ans d'empreintes génétiques en pratique judiciaire*"، عندما نادوا بعدم اعتبار البصمات الوراثية السيدة والملكة الجديدة للأدلة. فهي لا تشكل سوى عنصر من عناصر التحقيق. وبمعنى آخر فإن اختبار الـ DNA يضاف إلى بقية الأساليب التقليدية للتحقيق (كأقوال الشهود، أو الأدلة التي عثر عليها في مكان الجريمة، أو الاعتراف..) ولا يمكن أن يحل محل هذه الأساليب بأي شكل من الأشكال<sup>(٢)</sup>.

- (1) V. Article publiée au Journal du Monde (du France), daté, 21-4-1990.
- (2) SABATIER Myriam « Dix ans d'empreintes génétiques en pratique judiciaire : impact sur les laboratoires » dans « 10 ans d'empreintes génétiques » (La Documentation française, Paris, juillet 2001); DOUTREMEPUICH Françoise et Christian « Les empreintes génétiques en pratique judiciaire », (dans « 10 ans d'empreintes génétiques », La Documentation française, Paris, juillet 2001).

لذا تتجه التشريعات المقارنة التي تتبنى نظام البصمة الوراثية إلى وضع بعض الضمانات القانونية عند الاستعانة بذلك النوع من البصمات. من أهم هذه الضمانات<sup>(١)</sup>:

- أن يتعلق الأمر باتهام بارتكاب جريمة. وأن تكون تلك الجريمة على درجة معينة من الجسامة. وتحدد بعض التشريعات تلك الجسامة بأن تكون العقوبة المقررة لها هي الحبس لمدة ١٨ شهراً فأكثر كما هو الوضع في القانون الدنمركي، وتكتفي تشريعات أخرى بأن تكون الجريمة معاقباً عليها بالحبس دون تحديد لمدة معينة، كما هو الحال في قانون الإجراءات النرويجي.

- أن تتوافر من الدلائل الجدية ما يفيد ارتكاب المتهم للجريمة. وأن يصدر الأمر بعمل البصمة الوراثية من قاض أو محقق، كما هو الوضع في القانون الألماني والقانون السويدي. وتتميز بعض التشريعات أن يصدر هذا الأمر من رجل الشرطة من رتبة معينة كما هو الحال في القانون الإنجليزي لسنة ١٩٨٤-١٩٨٤ (Police and Criminal Evidence Act)، حيث يعطي القانون رجل الشرطة من رتبة رقيب Superintendent الأمر بأخذ عينة من المتهم بغرض الفحص الطبي بوجه عام. ويجب أن يصدر القرار بعمل البصمة الوراثية مسبقاً.

- أن يتم تحديد مصدر العينة المأخوذة لتحليل البصمة، وقد حددتها بعض التشريعات في الدم، البول، اللعاب، كما هو الوضع في القانون الأيرلندي. وأن تؤخذ العينة بالطرائق العلمية الصحيحة، سواء تعلق الأمر بشعرة أو ببقعة دم، أو سائل منوي، أو بعقب سيجارة يوجد عليه آثار اللعاب. وقد أثار بعض الخبراء خطر تلوث العينة التي أخذت من مكان الجريمة مع DNA خارجي أثناء معالجتها. بحيث يمكن أن يؤثر هذا التلوث على العينة التي رفعت من مكان الجريمة، ومن ثم تصبح غير قابلة

---

(١) د. غنام محمد غنام: دور البصمة الوراثية في الإثبات، المرجع السابق، ص ٦٩٢ وما يليها؛ د. فواز صالح: دور البصمة الوراثية في القضايا الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٩٩ وما بعدها.

للاستعمال. وقد قام بعض الباحثين بإجراء تجربة على عاملة في مختبر لتحليل الـDNA التابع لها انطلاقاً من بصمات أصابعها، ففوجئ الباحثون بوجود بصمتين وراثيتين، الأولى لشخص ذكر والثانية لأنثى، وكان تفسير ذلك هو أن العاملة في المختبر كانت قد صافحت زميلاً لها قبل أن تخضع لها الاختبار<sup>(1)</sup>.

- أن يتم أخذ العينة اللازمة للبصمة الوراثية من جانب طبيب إذا تعلق الأمر بأخذ عينة من الدم. وأن يتم التأكد من دقة إجراءات تحليل البصمة الوراثية من جانب المعمل القائم بها.

- إجراء دورات لرجال الشرطة وللأطباء المكلفين بالعمل في مجال البصمة الوراثية وذلك من أجل أن يكون تكوينهم المهني متناسباً مع التطور الحاصل في هذا المجال. كما يجب أن تتوافر فيهما الشروط الفنية والعلمية الضرورية لإجراء مثل تلك التحاليل كالاختصاص والكفاءة.

- التسجيل الآلي للبصمات الوراثية، وهو ما أخذت به معظم الدول الغربية التي كرست الخبرة الوراثية، حيث يستطيع المحققون مقارنة نتائج تحليل عينات الـDNA التي أخذت من مكان الجريمة مع البصمات الوراثية المحفوظة في السجل المذكور. فإذا كان المجرم من أصحاب السوابق، يسهل في مثل هذه الحال كشف شخصيته وإلقاء القبض عليه. أما إذا لم يكن له سوابق قضائية، يستطيع المحققون حينئذٍ مقارنة نتائج تحليل عينات الـDNA التي رُفعت من مكان الجريمة مع البصمات الوراثية للشخص الذي تتوجه إليه الشكوك، ولكن حتى لو كانت النتائج إيجابية، في الحالة الأخيرة، فلا يشكل ذلك قرينة قاطعة على إدانة ذلك الشخص. فمن السهل جداً أن يقوم المجرم وخاصة إذا كان محترفاً، بمخلط الأوراق وتشويش خطط المحققين، وذلك بأن يترك أدلة بيولوجية كاذبة (كعقب سيجارة، شعر، بقعة دم) تابعة لشخص آخر، ويأخذ كل احتياطاته في سبيل أن لا يترك الآثار البيولوجية الخاصة به.

(1) Les empreintes génétiques , Revue Sciences et avenir , N° 643 ,  
septembre 2000 , P.43.

- قد تؤدي المصادفة أيضاً دورها في هذا المجال ، وهذا الأمر واضح جداً في المثال الذي ضربه أحد قضاة التحقيق في فرنسا ، وهو أن تتخيل شاباً وفتاة يمارسان الجنس دون استعمال الواقي في مكان منعزل. ثم بعد ذلك يترك الشاب الفتاة قليلاً وينصرف لقضاء حاجة ما ، ولسوء الحظ ، كان مهووس جنسي يراقبهم ، فاستغل فترة غياب الشاب العشيق واغتصب الفتاة ، ثم بعد ذلك أقدم على قتلها ، وكان قد احتاط للأمر مستخدماً الواقي عندما اغتصب الفتاة. ونتيجة الخوف الذي انتاب العشيق أنكر أي علاقة له بالضحية. لا شك أن نتائج تحليل عينات الـ DNA التي ستأخذ من مهبل الضحية سوف تدينه ، فهل يعني ذلك أنه المجرم الحقيقي الذي اقترف جريمة القتل؟ (١).

- أن يتم إخطار المتهم كتابة بضرورة خضوعه للبصمة الوراثية ، وأن يكون من حقه أن يطعن في هذا الأمر. وفي حالة ذلك الطعن يوقف تنفيذ الأمر بالبصمة الوراثية.

- أن يُسمح للمتهم بأن يلجأ إلى مناقشة الخبير الذي قام بعمل البصمة ، ويجوز - إذا لزم الأمر - أن يستعين المتهم بخبير استشاري للقيام بأعمال الخبرة المضادة للتأكد من النتائج التي انتهى إليها الخبير الأول.

### المبحث الثاني

#### الوسائل الفنية الحديثة وأثرها على الإرادة

اختلف الفقه والقضاء في مدى تأثير الوسائل الفنية الحديثة على إرادة الفرد الخاضع لها وبالتالي مدى قبولها كدليل في مجال الإثبات الجنائي ، وستتناول في هذا المبحث بشيء من التفصيل أثر هذه الوسائل على الإرادة وموقف الفقه والقضاء من ذلك ، في أربعة مطالب متتالية ؛ فخصص الأول منها لجهاز كشف الكذب ، والثاني للتنويم المغنطيسي ، والثالث لمصل الحقيقة ، والرابع للكلاب البوليسية. وذلك على النحو التالي.

(1) V. Article publiée au Journal du Monde (du France), daté, 21-3-2000.

## المطلب الأول جهاز كشف الكذب

اختلفت الرأي في الفقه والقضاء حول إمكانية استخدام جهاز كشف الكذب في المجال الجنائي ويرجع هذا الخلاف إلى أن أغلب التشريعات لم تنص على استخدام جهاز كشف الكذب أو عدم استخدامه، ويتبلور هذا الخلاف في ثلاثة آراء؛ أحدهما مؤيد لاستخدام هذا الجهاز في مجال الإثبات الجنائي والثاني معارض لذلك، والثالث يتوسط الاتجاهين:

**الرأي الأول:** المؤيد لاستخدام جهاز كشف الكذب: يرى أنصار هذا الرأي أن استخدام جهاز كشف الكذب في المجال الجنائي لا يتضمن أي اعتداء على المتهم أو حرته، فهو يقوم على قياس التغيرات والآثار التي تحدث للخاضع للاختبار ولا تؤثر على وعيه وإرادته<sup>(١)</sup>، فالمعلومات المتحصلة من الجهاز ليست إلا مجرد دلائل يستعين بها القاضي وتخضع لتقديره، وبالتالي فإن الاعتراف الذي يمكن الحصول عليه نتيجة استخدام هذا الجهاز يعد وليد إرادة حرة حيث لا يتصور أن يتعرض الشخص لأي نوع من الإكراه لأن المتهم يكون حراً في التعبير عن رأيه، فلا إكراه عليه، فهو يستطيع أن يدلي بما يشاء من أقوال واعترافات ويخفي ما يراه منها أو أن يلزم الصمت حسب إرادته ومن ثم تكون نتائج استعمال هذا الجهاز مشروعة تستطيع المحكمة التعويل عليها<sup>(٢)</sup>، وأنه يشبه اعتراف المتهم عند مواجهته ببصمات أصابعه مثلاً، كما أن استخدام الجهاز لا يمس حقوق الإنسان ولا يشترط رضاه المتهم باستخدامه إلا أنه

(١) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٣٩؛ د. قدري عبد الفتاح الشهاوي: الموسوعة الشرعية القانونية، عالم الكتب ١٩٧٧، ص ١٩٣.

GRAVEN (J) : Les moyens modernes d'investigation dans l'enquête criminelle, rev, jurid, 18 dec, 1961, P. 7.

(٢) د. محمد الشهاوي: الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٣٨٨.



يشترط أن يكون استخدامه بقرار قضائي صريح<sup>(١)</sup>. كما لا يوجد خلاف على أن القاضي يستمد من المظاهر الخارجية للحالة الانفعالية عناصر تكوين عقيدته، فإذا اضطرب المتهم أو تلثم في أقواله فله أن يستخلص نتائج واتجاهات حول الأسئلة التي وجهت إليه بهذه المناسبة، ويمكنه الاستناد إليها كدلائل تؤيد اقتناعه، فإذا أجزنا للقاضي استخلاص هذه الدلائل بناء على تجاربه وخبراته، فلا يوجد ما يحول دون استخدام الأجهزة العلمية للوصول إلى دلائل من هذا القبيل، بل إن مثل هذه الأجهزة العلمية قد يكون تأثيرها أكبر على اقتناع القاضي<sup>(٢)</sup>.

ويضيف البعض من أنصار هذا الرأي؛ أن استخدام جهاز كشف الكذب في مرحلة الاستدلال أمر هام للغاية حيث يسفر عنه الكشف عن الحقيقة من خلال معرفة صدق المتهم من كذبه فإذا كان صادقاً اتجه البحث خلف المتهم الحقيقي وإن ثبت كذبه اتجه إلى البحث والتحري عن أدلة أخرى كافية لإدائته وكشف كذبه وقد نادى بعض الأعضاء المجتمعين في مؤتمر التجارة الذي عقدته الأمم المتحدة عام ١٩٧٣ باستخدام هذا الجهاز وطالبوا بضرورة النص عليه في التشريعات الداخلية واقترح البعض منهم ضرورة الموافقة على استخدامه بمعرفة الشرطة بشرط أن تتم التجربة على أيدي متخصصين وخبراء مدربين وقد قرروا أن المعلومات الناتجة عن الجهاز تعد من قبيل القرائن التي تساعد المحقق وليست أدلة. كما رأى البعض في المؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات المنعقد سنة ١٩٧٩، في هامبورج، استخدام هذه الأجهزة في مجال العدالة الجنائية مع ضرورة إحاطتها بسياسات من الضمانات الكافية<sup>(٣)</sup>.

- (١) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٣٠.
- (٢) د. ممدوح خليل بحر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٨٣، ص ٥٢٧.
- (٣) د. عدنان عبد الحميد زيدان: ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٢، ص ٢٢٣.

وقد أيد جانب من القضاء هذا الرأي، فقد قبلت محكمة كاليفورنيا الاستثنائية الدليل المستمد من جهاز كشف الكذب في أحد القضايا كما قررت محكمة نيويورك في حكم لها " أنه إذا كان للمحكمة أن تقبل آراء الخبرة فلماذا لا تسمح بالدليل المستمد من جهاز كشف الكذب ؟ " وقالت كذلك " إنه إذا أدبت هذه الاختبارات على أساس سليم فإنه يمكن قبولها" (١). وفي مصر لم تسمح الفرصة حتى الآن لكي يقول القضاء كلمته في هذه المسألة لأن هذه الوسيلة العلمية غير مستعملة في التحقيقات الجنائية لا بمعرفة سلطات التحقيق ولا بمعرفة رجال الشرطة، وذلك لأن المادة ٢٢٠ من تعليمات النيابة العامة المصرية تنص على أنه " لا يجوز استخدام جهاز كشف الكذب للحصول على اعتراف المتهم لأن هذه الوسيلة يحوط نتائجها بعض الشك ولذلك لن يصبح لها قيمة علمية توحى بقدر كاف من الثقة في دقة ما تسفر عنه نتائج هذا الجهاز من دلالات ". إلا أنه بعض أنصار هذا الرأي يرى إمكانية الاستعانة بجهاز كشف الكذب في إجراءات الدعوى الجنائية بشرط أن يتم هذا الإجراء على يد أخصائي له خبرة نظرية وعملية بعلم النفس وعلم وظائف الأعضاء (٢).

**الرأي الثاني:** المعارض لاستخدام جهاز كشف الكذب: اتجه الرأي الغالب في الفقه والقضاء المقارن إلى عدم مشروعية استخدام أجهزة كشف الكذب في المجال الجنائي، بحيث يبطل كل اعتراف يتم الحصول عليه على أثر استعمال هذه الوسيلة، وذلك للحجج الآتية:

- إن النتائج المتحصل عليها بواسطة هذا الجهاز تشبه تلك التي يتم الحصول عليها بواسطة التعذيب لأن النتائج التي يتم أخذ الدليل بناء عليها تعتبر صادرة عن ردة فعل مستقلة عن إرادة المتهم لاستنادها على أثر الانعكاسات النفسية أو فسيولوجية، وبالتالي يعتبر استعمال هذا الجهاز على

(١) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٢) د. أمال عبد الرحيم عثمان: الخيرة في المسائل الجنائية، المرجع السابق، ص

المتهم من قبيل الإكراه المادي، لمنعه المتهم من الحركة، كما يعتبر من قبيل الإكراه المعنوي لما يتضمنه من إهانة وإذلال شخصي للمتهم.

- استعمال هذا الجهاز يمثل إخلالاً بالحقوق الأساسية للمتهم، فهو يمثل إخلالاً بحق الدفاع المكفول للمتهم وحقه في التزام الصمت، سواء كان هذا الحق مبنياً على أمور صحيحة أم غير صحيحة وفقاً لما يقدره المتهم وحسبما تقتضيه مصلحته، مما يبيح له الكذب في سبيل الدفاع عن نفسه متى قدر أن ذلك يحقق مصلحته، كما أن فيه مساساً بحرية المتهم الذهنية لما يثيره من اضطراب فعلي يجعل تحكمه في انفعالاته النفسية غير خاضعة تماماً لإرادته الحرة. وبالتالي فإن الاعترافات الصادرة عن استعمال هذا الجهاز تكون باطلة حتى لو استعمال برضا المتهم لأنه يعدم الرضا حيث يخضع الشخص للجهاز خوفاً من أن يفسر امتناعه كقرينة ضده<sup>(١)</sup>.

- إن نتائج هذا الجهاز تحيط بها الشكوك في الوضع العلمي الراهن، فهناك طائفة من الأشخاص الأبرياء تتأهبهم اضطرابات نفسية كما تتأهب المجرمين لأسباب أخرى بعيدة عن الجريمة، كالخوف من المجهول، والخلج، والانفعالات التي تتأهب الشخص بسبب الأمراض كارتفاع ضغط الدم وأمراض القلب والجهاز التنفسي والاضطرابات الداخلية وبيعض الأمراض العصبية والعقلية، وجهاز كشف الكذب لا يفرق بين هذه المؤثرات والمؤثرات المتعلقة بالجريمة. وعلى عكس ذلك هناك طائفة أخرى من الأشخاص قد تجيب بإجابات مخالفة للحقيقة دون أن تتأثر بأية انفعالات. هذا بالإضافة إلى أن نتائج هذا الجهاز تتأثر بدرجة كبيرة بطريقة توجيه الأسئلة وتدرجها وكيفية استخدامها وتوجيهها، وقدرة الخبير البت بدرجة تغير الانفعال وإمامه بالنواحي الفنية المتعلقة بالجهاز، وقدرته على توجيه الأسئلة بطريقة فنية دقيقة<sup>(٢)</sup>.

(١) د. حسين محمود إبراهيم: النظرية العامة للإثبات العلمي، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ١٤٠.

(٢) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٣٣ و ١٤١؛ د. ممدوح خليل بحر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص ٥٢٩ - ٥٣٠؛ د. عبد الواحد أمام مرسى: التحقيق الجنائي علم وفن، بين النظرية والتطبيق، ١٩٩٣، ص ٥٨.

ولذا فقد رفض الفقه الغالب استعمال هذا الجهاز ، ففي إيطاليا  
رفض الفقه استخدام هذا الجهاز في الاستجواب سواء بالنسبة للمتهم أو  
الشهود خلال أي مرحلة من مراحل الإجراءات الجنائية وذلك لأن  
الجهاز لا يقدم أية حقيقة مؤكدة كما أنه يعد استجواباً للشخص وهو في  
حالة اللاشعور بهدف كشف الأعماق الداخلية للنفس البشرية وهو  
محاولة غير معقولة لاستخراج قرائن وأدلة عن طريق أسئلة تستند على  
توتر غير نفسي<sup>(١)</sup>. وفي سويسرا أكد الفقه على أنه يجب أن يستبعد من  
وسائل التحقيق ما يراد به الوصول إلى إيضاحات واعترافات من المتهم  
وتؤدي إلى المساس بحرية إرادته . لا لأنها تتضمن مساساً بالحقوق  
الشخصية للمتهم فقط ولكن لأنها أيضاً لا تتفق مع دولة متمدنة فيتعين  
ألا يلجأ إلى هذه الوسائل مهما كانت الغاية منها فيجب تحريم وسائل  
الإكراه غير المباشرة والتي وإن كانت لا تؤثر مباشرة على الإرادة لأن  
الوسائل المؤدية إلى انعكاسات ناشئة عن بعض الإفرازات الخاصة بضغط  
الدم تعد نوعاً من وسائل التعذيب النفسي<sup>(٢)</sup>. كما رفض الفقه المصري  
استخدام هذا الجهاز حيث اتجه الرأي الغالب إلى توحيد موقفهم حيال  
مبدأ استخدام جهاز كشف باعتبار أن استخدام جهاز كشف الكذب يعتبر  
غير مشروع ولا يجوز الرجوع إليه في مباشرة الإجراءات الجنائية سواء  
رضي المتهم باستخدامه أو لم يرض وسواء كان الرضاء سابقاً أو لاحقاً  
وقد رفضه البعض لأن استخدام مثل هذه الأجهزة تمثل ضغطاً نفسياً على  
الخاضع له كما أنه يمثل اعتداء على حق المتهم في الصمت أو في الكذب  
كوسيلة للدفاع كما أن استخدام هذا الجهاز في حد ذاته إكراه للمتهم

(١) د. حسن على السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية المرجع  
السابق، ص ٢٨٩.

(٢) د. حسن صادق المرصفاوي، المحقق الجنائي، منشأة الإسكندرية، الطبعة  
الثانية، ١٩٩٠، ص ٥٤؛ فيصل مساعد العنزي: أثر الإثبات بوسائل التقنية  
الحديثة على حقوق الإنسان المرجع السابق، ص ١٦٩.

ينطوي على إيذاء بدني ونفسي له حملة على الاعتراف وذلك هو جوهر التعذيب<sup>(١)</sup>.

وتقرر أغلب المحاكم الأمريكية أنه يجب استبعاد مثل هذه الاختبارات طالما أن قدرة جهاز كشف الكذب أو مصطلح الحقيقة لم تحقق بعد الحد الأدنى من القبول العلمي، ولا تلك الدرجة من الاستقلالية التي يمكن معها أن تقرر المحكمة قبول استعمالها في المحاكمات الجنائية. فقد رفضت المحكمة العليا الأمريكية Supreme Court عام ١٩٩٨ في قضية "Scheffer" إجراء الفحص للمتهم عن طريق جهاز كشف الكذب، اعتماداً على المادة ٧٠٧ من القانون العسكري، التي تمنع استخدام جهاز كشف الكذب للإثبات في المحاكم العسكرية. وقد سببت المحكمة رفضها بأن هناك جدل كبير حول استخدام هذا الجهاز والثقة في نتائجه، وأن من شأن استخدام هذا الجهاز أن يقلل أو يضعف من دور هيئة المحلفين "Jury" في تقييم مصداقية الأقوال والمعلومات المقدمة أمامها من عدمه فضلاً عن أسباب أخرى<sup>(٢)</sup>. كما قررت محكمة Massachusetts في حكم لها عدم قبول نتائج جهاز كشف الكذب في الإثبات الجنائي حيث إن قبولها مرهون بالقبول العنام لها من قبل مجتمع العلماء. كما أصدر أحد القضاة الأمريكيين قرراً في قضية شركة العقاقير Drug Company جاء فيه "نظراً لأن كثيراً من رجال العلم المحايدين يرون أن أجهزة كشف الكذب لا تعطي بيانات صحيحة وأن رأي الفقهاء... أنها تكون اعتداء على الحق في الحياة الخاصة، وعلى الحق الدستوري بعدم اتهام الذات، وعليه فإن هيئة المحكمة لا يمكن أن توافق على إدانة المتهم"<sup>(٣)</sup>.

(١) د. عمر الفاروق الحسيني: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف المرجع السابق، ص ١٤٩.

(2) ELIAS Steve, Justice by machinem : living with lie detector tests, nolo, com, insm 2000m USA, p. 4. on the site: [http://www.nolo.com/encyclopedia/crim/living\\_lie.htm](http://www.nolo.com/encyclopedia/crim/living_lie.htm).

(٣) د. مبدل الويس: أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٣٨٦.

إلا أن بعض المحاكم الأمريكية أعطت النتائج المترتبة على استعمال الجهاز القيمة القانونية للدليل، إذا كان المتهم ودفاعه متفقين على قبول نتيجة الاختبار بصورة مسبقة قبل استعمال الجهاز.

وفي فرنسا رفض القضاء الجنائي الفرنسي استخدام الأدلة غير المشروعة لأن البحث عن الحقيقة في القضاء الفرنسي يكون في سلامة الوسائل المستخدمة للوصول إلى معرفتها<sup>(١)</sup>، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية أنها تواجه منذ عدة سنوات مشكلات مع جهاز كشف الكذب<sup>(٢)</sup>، وقد رفضت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية الشهادة تحت تأثير هذا الجهاز مذكرة بمبدأ أنه "إذا كان القاضي قد أجرى أو اتخذ كل التدابير اللازمة لاكتشاف الحقيقة من المعلومات، فإنه لا يزال من الضروري التصرف وفقاً للأحكام القانونية المتعلقة بطريقة إدارة الأدلة"، وفي مثل هذه الحالات، يكون الإجراء غير قانوني لأنه يقلل كثيراً من الإرادة الحرة للذين يخضعون له<sup>(٣)</sup>.

كما رفضت محكمة النقض المصرية ذلك، حيث استنكرت استعمال جميع أنواع وطرق التعذيب والأساليب غير المشروعة لانتزاع أقوال المتهم بالعنف<sup>(٤)</sup>، كما قضت بأنه يكفي أن يكون التهديد من شأنه تخويف الشخص ويستوي أن يكون مصحوباً بفعل مادي أم لا<sup>(٥)</sup>، وقضت أيضاً بأنه بمجرد الوعد أو الإغراء يعد قرين الإكراه والتهديد لما له

(١) د. حسن على السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية المرجع السابق، ص ٣٧٠.

(2) Crim., 12 décembre 2000, Bull. crim., n° 369, D., 2001.1340, note D. MAYER et J.F. CHASAING, J.C.P., 2001.II.10495, note C. PUIGELIER, Droit pénal 2001, comm. 38, obs. A. MARON, Procédures 2001, comm.70, obs. J. BUISSON, R.S.C., 2001.610, obs. GIUDICELLI.

(3) Crim., 28 novembre 2001, Bull. crim., n° 248, J.C.P., 2002.IV.1184.

(٤) نقض ٨ ديسمبر ١٩٦٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٥، ص ٥١٢.

(٥) نقض ٦ أكتوبر ١٩٦٢، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٣، رقم ١٥٨، ص ٦٣٧.

من تأثير على حرية المتهم<sup>(١)</sup>، واستناد حكم الإدانة إلى هذه الأقوال يعيب الحكم<sup>(٢)</sup>، لأن الاعتراف يجب أن يكون اختياريًا وصادقًا عن إرادة حرة ومن المعروف أن الواقع تحت جهاز كشف الكذب لا تكون له إرادة حرة كاملة كما قضت بعدم التعويل على الأقوال أو الاعتراف الذي جاء نتيجة تعذيب أو إكراه أيًا كان قدرة ولو طبقت هذه الأقوال الحقيقة<sup>(٣)</sup>، فكون الدليل صادقًا لا يكفي لسلامة الحكم متى كان الدليل وليد إجراء غير مشروع<sup>(٤)</sup>، وقررت محكمة النقض صراحة إبطال الدليل المستمد من الإجراءات غير القانونية وقررت بأنه لا يصح للمحكمة أن تستند إلى الأدلة المترتبة عنها<sup>(٥)</sup>، وقد جاء ذلك نتيجة لأن محكمة النقض تراقب أعمال وتصرفات رجال البوليس القضائي بطريقة غير مباشرة ولها في سبيل ذلك التحقق من مشروعية الطريقة التي تم الحصول بها على الدليل ومدى مشروعية هذه الأدلة باعتبار أن التقدير الوحيد لقيمة تحقيقات البوليس متروك للقاضي<sup>(٦)</sup>.

### الرأي الثالث: الوسط بين الرأيين السابقين: يرى أنصار هذا

الرأي، وهو ما تؤيده، مشروعية استعمال جهاز كشف الكذب وما يترتب عليه من نتائج حال موافقة المتهم على الأخذ بهذه النتائج، كما اشترط أنصار هذا الرأي، توافر دليل آخر إلى جانب قبول المتهم للنتائج

- (١) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٧٢، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٣، رقم ٣٣٠، ص ١٤٧٣.
- (٢) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٧٢، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٣، رقم ٣٣٧، ص ١٤٩٥.
- (٣) نقض ١٣ أكتوبر ١٩٦٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٠، رقم ٢٠٨، ص ١٠٥٦.
- (٤) نقض ٢٧ أكتوبر ١٩٦٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٠، رقم ٢٢٩، ص ١١٥٧.
- (٥) نقض ٢٨ ديسمبر ١٩٥٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١، رقم ٩٧، ص ٢٢٥.
- (٦) نقض ٣٠ ديسمبر ١٩٧٦، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٧، رقم ٢١٨، ص ٩٦٩.

المرتببة على استخدام جهاز كشف الكذب، ومعنى ذلك أن نتائج هذا الجهاز تكون من قبيل الاستدلال ولا بد من التأكد من صدق المعلومات الصادرة عن الجهاز<sup>(١)</sup>، دون اعتبار هذه المعلومات دليلاً بذاتها للحكم بالبراءة أو الإدانة بموجبها<sup>(٢)</sup>. وقد اعتنق بعض الفقه المصري هذا الرأي<sup>(٣)</sup> حيث يرى أنه لا يكفي أن يكون المتهم قد أدلى باعترافه عن إرادة وإعية بل يلزم أن تكون هذه الإرادة لم يباشر عليها أي ضغط من الضغوط التي تعيبها أو تؤثر عليها، مستنداً في ذلك إلى نص المادة (٤٣) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ التي كانت تنص على أنه " لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو عملية على أي إنسان بغير رضائه الحر"، وهذه المادة يقابلها نص المادة ٦٠ من دستور مصر لسنة ٢٠١٤، والتي تنص على أنه "جسد الإنسان حرمة، والاعتداء عليه، أو تشويهه، أو التمثيل به، جريمة يعاقب عليها القانون. ويحظر الاتجار بأعضائه، ولا يجوز إجراء أية تجربة طبية، أو علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق، ووفقاً للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية، على النحو الذي ينظمه القانون"، كما اعتنقت بعض المحاكم الأمريكية هذا الاتجاه، فقد قضت محكمة New York بأنه "ليس ثمة ما يمنع قانوناً من قبول هذه الوسيلة إذا كانت الاختبارات التي أجريت قد تمت على أساس سليم"<sup>(٤)</sup>. كما قضت محكمة Maine برفض شهادة أحد الشهود لرفضه الخضوع لجهاز كشف الكذب، كما ذهبت بمحاكم

(1) Revue internationale de droit, n° 3 et 4, 1972, P. 274.

(2) (ELIAS Steve, Justice by machinem : living with lie detector tests, op. cit. p.1.

(٣) أنظر في ذلك: د. حسين محمود إبراهيم: النظرية العامة للإثبات العلمي، المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٤) د. محمود خليل بحر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص ٥٣٥.



ولايات Kensas, Iwo إلى السماح بنتائج اختبارات جهاز كشف الكذب إذا كان المتهم وافق على إجراء الاختبار كتابة<sup>(١)</sup>.

وفي سويسرا قضت المحكمة السويسرية في إحدى القضايا في ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ م بإمكانية قبول نتائج الاختبار بجهاز كشف الكذب كوسيلة للإثبات وذلك على عكس استعمال المخدر حيث يشل وعي المتهم تماماً أما جهاز كشف الكذب فإنه يسمح للمتهم بإيقاف الاختبار في أي لحظة أما إذا استخدم الجهاز بإرادته فإن الجهاز يمكن أن يستعمل كأحدى وسائل كشف الكذب وترى المحكمة أنه في هذه يجب ألا يعتمد فقط على نتيجة استعمال الجهاز بل لا بد من تأييده بأدلة أخرى لتأكيد الاتهام<sup>(٢)</sup>.

كما يلاحظ أن القضاء في ألمانيا الاتحادية لا يجيز المساس بمرتبه المشرع من حقوق أساسية للمتهم كحقه في التزام الصمت، ولذلك فإن هذا القضاء يبطل الاعترافات التي تم الحصول عليها نتيجة استخدام جهاز كشف الكذب دون موافقة المتهم، وذلك تأسيساً على المادة ١/١٣٦ إجراءات جنائية ألماني التي تتطلب تنيه المتهم عند الاستجواب الأول إلى أنه حر في الإدلاء بأي أقوال أو عدم الإدلاء بها<sup>(٣)</sup>، مما يعني ضرورة الحصول على موافقة المتهم قبل استخدام جهاز كشف الكذب عليه<sup>(٤)</sup>.

---

(١) لدى د. كوثر أحمد خالندا: الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٢) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٣) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٤٣ هامش ٤١ د. قدري عبد الفتاح الشهاوي: الموسوعة الشرطة القانونية، المرجع السابق، ص ١٩٥ - ١٩٦.

(٤) WEILAND Bernd, Einführung in die proxis des strafwerfar herens C.H Beckeche verlage buchhandlung- Munchen.

لدى د. كوثر أحمد خالندا: الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، ص ١٧١.

## المطلب الثاني التنويم المغناطيسي

حرصت بعض التشريعات المقارنة<sup>(١)</sup> على النص صراحة على تحريم استخدام وسيلة التنويم المغناطيسي في أعمال الاستدلال أو التحقيق الجنائي لما يرون من أن هذه الوسيلة تنطوي على اعتداء على حرية المتهم وقهر لإرادته، من ذلك المادة ٢٦ و ٣٢ من الدستور البرتغالي<sup>(٢)</sup> والمادة ١/٢٦١ و المادة ١/٩٨ من قانون الإجراءات الجنائية البرتغالي<sup>(٣)</sup>، وكذلك المادة ١/١٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية الألماني لسنة ١٩٥٠<sup>(٤)</sup>، وكذلك المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات الجنائية

(١) أنظر في موقف التشريعات المقارنة من وسيلة التنويم المغناطيسي: نجاد، محمد راجح: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار المنار ١٩٩٤ ص ٥١ وما بعدها؛ د. حسن علي السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية المرجع السابق، ص ٣٥٩ وما بعدها؛ د. محمد سامي النبراوي: استجواب المتهم، المرجع السابق ص ٤٨٨ وما بعدها. وأنظر أيضا:

MELLOR Alec "vers un renouveau du problème de l' hypnose en droit criminel" revue de science criminelle et de droit pénal comparé no2 avril - juin 1958, p373 et s.

(٢) تنص المادة ٢٦ من الدستور البرتغالي على أنه " لا يجوز بأي حال من الأحوال المساس بسلامة المواطنين المادية والمعنوية "؛ وتنص المادة ٣٢ من ذات الدستور على أن " أي أدلة يتم الحصول عليها عن طريق التعذيب أو الجبر أو المساس بسلامة الفرد المادية أو المعنوية عن طريق التدخل التعسفي تكون باطلة "

(٣) تنص المادة ١/٢٦١ من قانون الإجراءات الجنائية البرتغالي على أن " أي هيئة أو شخص مشترك في الدعوى الجنائية التعرض بالأذى للمتهم سواء في إرادته أو في قراراته عن طريق أعمال التعذيب أو الإهانات الجسدية أو ممارسة أي وسيلة كالتنويم المغناطيسي أو سلب الإرادة "؛ كما تنص المادة ١/٩٨ من ذات القانون على منع استخدام مثل هذه الوسائل حتى ولو كان ذلك برضاء المتهم فإذا حدث ذلك اعتبرت جميع الإجراءات الناتجة عنه باطلة.

(٤) تنص المادة ١/١٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية الألماني لسنة ١٩٥٠ على " حماية المتهم أثناء الاستجواب من جميع الوسائل التي يمكن أن تؤثر على إرادته أو حريته أو فيها مساس بكرامته كالتنويم المغناطيسي أو التحليل النفسي في التحقيق " حيث قضت المحاكم الألمانية ببطلان الاعترافات الناتجة عن =

الأرجنتيني<sup>(١)</sup>، كما نصت المادة ١١٤ من قانون العقوبات الأرجنتيني على توقيع عقوبة السجن من ثلاثة إلى عشر سنوات على كل موظف عام يقوم بمباشرة مثل هذه الأعمال أو أي أنواع أخرى من أساليب التعذيب أو تلك المانعة لحرية المتهم وإذا نتج عن هذه التصرفات وفاة المتهم كانت العقوبة الأشغال الشاقة لمدة ٢٥ سنة. كما رفض المشرع الفرنسي في المادتين ٦٣ و ٦٤ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي استخدام الوسائل التي تفقد الشخص السيطرة على إرادته كالتنويم المغناطيسي<sup>(٢)</sup>. وعلى الرغم من عدم وجود نص في قانون الإجراءات الجنائية المصري، يحرم اللجوء إلى هذه الوسيلة، إلا أن القواعد العامة في الدستور المصري الخاصة بالحقوق والحريات المقررة في الباب الثالث من دستور ٢٠١٤ في المواد من ٥١ إلى ٥٥، تحرم كافة صور وأشكال التعذيب والخط من الكرامة الإنسانية، بما يعني عدم جواز اللجوء إلى هذه الوسيلة أثناء التحقيق أو المحاكمة، هذا فضلاً عن أن المادة ٢١٩ من تعليمات النيابة العامة المصرية تعتبر هذه الوسيلة نوعاً من أنواع الإكراه المادي<sup>(٣)</sup>.

كما رفض الفقه استخدام هذه الوسيلة للحصول على اعتراف المتهم حيث ذهب الفقه المصري إلى أن استخدام التنويم المغناطيسي في

---

=استعمال التنويم المغناطيسي وعلّة ذلك أن المحكمة تحرص على الوصول إلى الحقيقة والحقيقة بهذه الطريقة لا يمكن التعويل عليها حتى ولو كانت برضاء المتهم.

(١) تنص المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات الجنائية الأرجنتيني على " منع استخدام التنويم المغناطيسي كوسيلة علمية حديثة في إجراءات الدعوى الجنائية إذ يجب أن يتم سؤال المتهم بطريقة واضحة لا لبس فيها مع عدم جواز توجيه أسئلة إيجابية أو مضللة إليه أو تهديد أو استخدام الطرق السالبة للإرادة كالتنويم المغناطيسي وكل من يقوم بمثل هذه الإجراءات المحرمة يضع نفسه تحت طائلة العقوبة.

(2) Consulter. L'article 63 et 64 du Code de procédure pénale français sur le site : <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

(٣) تنص المادة ٢١٩ من تعليمات النيابة العامة على أن "يعتبر تنويم المتهم مغناطيسياً واستجوابه ضرباً من ضروب الإكراه المادي يبطل اعترافه ولا يغير من ذلك برضاء المتهم مقدماً".

استجواب المتهم يعد من ضروب الإكراه المعنوي ولذلك فإن الاعتراف الذي يصدر من المتهم في هذه الحالة يعتبر باطلا ولو كان التنويم قد تم بناءً على رضا المتهم أو طلبه<sup>(١)</sup>، كما رفض الفقه الفرنسي استخدام التنويم المغناطيسي في مجال التدليل الجنائي لما يسببه من أضرار بالمتهم ولأن الأقوال التي يحصل عليها المحقق من التنويم المغناطيسي ليست بالضرورة مطابقة للواقع، ولأن فيه اعتداء على حقوق الدفاع<sup>(٢)</sup>، وكذلك الحال بالنسبة للفقه الإيطالي حيث رفض استخدام التنويم المغناطيسي لأنه يشبه في آثاره التخدير حيث يسلب المتهم حقوقاً لا يجب أن تسلب منه مهما كانت الضرورة<sup>(٣)</sup>.

كما رفض الفقه الأنجلو أمريكي هذه الوسيلة لما فيها من المساس بحرية المتهم وقهر إرادته وسلب لحقه في الدفاع. وإن كان هناك رأي يسمح باستخدام التنويم المغناطيسي إذا كان برضاء المتهم أو بناءً على طلبه حتى لا يحرم من حقه في الدفاع عن نفسه بل إنه قد يحقق له فائدة وقالوا بأن الاعتراضات على استعمال هذه الوسيلة يجب ألا تقف عقبة تمنع من استخدامها والاستفادة منها إلا أنهم يرون ضرورة توافر الشروط التي تضمن عدم الانحراف بها عن الغرض المطلوب حيث يذهب هذا الرأي إلى القول بوجود التفرقة بين ما إذا كان التنويم المغناطيسي لصالح المتهم أو لا؟ فإن كان في صالحه فإنه يتعين الأخذ به لأننا أمام

---

(١) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق،

ص ٢٢٠.

(2) VUCHER-BONDET Aurélie, La recevabilité d'un témoignage sous hypnose en tant que moyen de preuve : approche comparée Etats-Unis / France , Soumis par Olivier Leclerc le 07/04/2009 sur le site : <http://m2bde.u-paris10.fr/content/la-recevabilit%C3%A9-dun-t%C3%A9moignage-sous-hypnose-en-tant-que-moyen-de-preuve-approche-compar%C3%A9e-et>.

(٣) د. حسن على السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية المرجع السابق، ص ٣٦٦.

قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم وإن كان في غير صالحه فلا يؤخذ به<sup>(١)</sup>.

كما رفض القضاء استخدام التنويم المغناطيسي للحصول على اعترافات من المتهم، فقد أعلنت المحكمة العليا لكاليفورنيا *la Cour suprême de Californie* في عام 1897 أن قانون الولايات المتحدة لا يعرف التنويم المغناطيسي « *la loi des Etats-Unis ne reconnaissait pas l'hypnose* »، وأن الاعترافات التي يتم الحصول عليها نتيجة استخدام هذه الوسيلة هي اعترافات تشبه كلام النائم أو الواقع تحت تأثير العقاقير المخدرة. وهذا ما أكدته المحكمة العليا الاتحادية عندما أكدت أنه "لا يعتد بالاستجواب الذي استعمل فيه التنويم المغناطيسي أو أية وسيلة أخرى مشابهة، وتستبعد الاعترافات الناتجة عنها" حيث اعتبرت المحكمة أن الاعتراف الناتج عن هذه الوسيلة غير إرادي ويهدر حقوق المتهم الدستورية<sup>(٢)</sup>. كما قررت المحكمة العليا الاتحادية في وقت لاحق أن "للمتهم حق الصمت بمرحلة التحري وجمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة ولا يعتبر صمته دليلاً ضده"، وذلك على إثر التعديل الخامس للدستور الأمريكي الذي قرر أنه لا يجوز إجبار المتهم على أن يقدم دليلاً ضد نفسه في الدعوى الجنائية إلا وفقاً لشروط ولأوضاع خاصة حددها الدستور. وبما هو جدير بالذكر أنه في عام ١٩٦٨ قررت المحكمة العليا في ولاية كاليفورنيا في قضية (*Harding v. State*). لأول مرة الاعتراف بشهادة ما بعد التنويم المغناطيسي. وقد بررت المحكمة العليا في كاليفورنيا قرارها بالقول إن الذكريات التي تم الحصول عليها بعد جلسة التنويم

---

(١) د. جودة حسين جهاد: الكشف عن الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٢) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٧٥؛ د. ممدوح خليل بجر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص ٥٢١؛ د. مبدل الويس: أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

المغناطيسي لا تختلف عن ذكريات استرجعت بطرق أخرى، وأن شهادة الخبير لا تسمح بالتشكيك في مصداقية الذكريات التي تم الحصول عليها بعد التنويم المغناطيسي. وقد ساد مبدأ قبول شهادة ما بعد التنويم المغناطيسي في المحاكم في الولايات المتحدة لمدة خمسة عشر عاماً، ولذا تمت المحكمة العليا في نيو جيرسي في قرارها ( State v. Hurd ) عام ١٩٨١ تنظيم أهلية التنويم المغناطيسي بسبب المخاطر المتأصلة في هذه التقنية التي أثبتت من قبل بعض العلماء. وهكذا أنشئت المحكمة مجموعة من الاحتياطات الإجرائية لمتابعة منح كل حالة على حدة، الأهلية للحصول على شهادة ما بعد التنويم المغناطيسي. ولكن في ١٠ أغسطس ٢٠٠٦، المحكمة العليا في نيو جيرسي، في قرارها ( State v. Moore ) عادت إلى القضاء التي السابق الذي يستبعد استخدام شهادة ما بعد التنويم المغناطيسي في المحاكمات الجنائية للشهود الذين ليسوا جزءاً من الاتهام<sup>(١)</sup>. وفي فرنسا، يرى القضاء عدم مشروعية استخدام التنويم المغناطيسي<sup>(٢)</sup>، وقد تأكد ذلك من خلال القرار الصادر بإسناد التحقيق إلى قاضي آخر في إحدى القضايا، والتي ينتج عنها إزعاج لإحدى المدن، لأن القاضي القائم بالتحقيق فيها ذهب إلى أن استعمال التنويم المغناطيسي أمر طبيعي للوصول إلى إجابات سيؤدي إلى الوصول إلى حقيقة شخصية المتهم، وقام رئيسه بسحب التحقيق منه وأسندته لآخر،

- (1) Cour Suprême du New Jersey en 2006 (188 N.J. 182, 902 A.2d 1212 (N.J. Aug 10, 2006) ; VUCHER-BONDET Aurélie, La recevabilité d'un témoignage sous hypnose en tant que moyen de preuve, op. cit.
- (2) V. Recueil Dalloz. 2001, p. 1340, D. Mayer et J.-F. Chassaing : Y a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? ; Jemma-Jejcic M. Psychanalyse et hypnose en 2003. L'Information Psychiatrique 2004 ; 80 : 17-24. ; Puigelier, Catherine, JCP G Semaine Juridique (édition générale), n° 12 , 21/03/2001 , pp. 611-613, Jurisprudence II 10495 ; Revue de science criminelle 2001 p. 610, Témoignage sous hypnose ou expertise hypnotique ? (Cass. crim., 12 déc. 2000), André Giudicelli.

تأسيساً على أن القاضي لا يملك استعمال هذه الوسيلة، لأنها تمس حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>. وهذا ما أكدته الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها في *la Chambre criminelle de la Cour de Cassation* في ١٢ ديسمبر سنة ٢٠٠٠<sup>(٢)</sup>، وفي قرارها في ٢٨ نوفمبر سنة ٢٠٠١<sup>(٣)</sup>، حيث أكدت أن التنويم المغناطيسي لا يتفق من الأوضاع القانونية الخاصة بإدارة وقبول الدليل في الدعاوي الجنائية، مذكرة بمبدأ أنه "إذا كان القاضي قد أجرى أو اتخذ كل التدابير اللازمة لاكتشاف الحقيقة من المعلومات، فإنه لا يزال من الضروري التصرف وفقاً للأحكام القانونية المتعلقة بطريقة إدارة الأدلة"، وفي مثل هذه الحالات، يكون الإجراء غير قانوني لأنه يقلل كثيراً من الإرادة الحرة للذين يخضعون له، وأيضاً، كيف لنا أن نضمن أن الشاهد، لن يهذي وهو تحت تأثير التنويم المغناطيسي؟ وعلى ذلك فالحقيقة هنا يمكن بسهولة أن تكون معينة. وهذا الأمر ينسحب على المعلومات التي يمكن الحصول عليها تحت تأثير التنويم المغناطيسي<sup>(٤)</sup>.

وفي مصر، لم تصدر أحكام من القضاء المصري تتعلق باستعمال التنويم المغناطيسي كوسيلة للوصول لمعرفة الحقيقة حال استجواب المتهم، إلا أن محكمة النقض المصرية قد انتهت في أحد أحكامها على عدم مشروعية استخدام هذه الوسيلة في التحقيقات الجنائية<sup>(٥)</sup>. هذا وقد أشرنا من قبل إلى المادة ٢١٩ من تعليمات النيابة العامة المصرية التي تعتبر التنويم المغناطيسي ضرباً من ضروب الإكراه المادي.

(1) LEVASSEUR (G) "Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité, op. cit. 331.

(2) La semaine juridique. Ed. Générale n° 12, 21 mars 2001.

(3) Dalloz 2002, p 372.

(4) Crim., 28 novembre 2001, Bull. crim., n° 248, J.C.P., 2002.IV.1184.

(5) نقض 18 يناير ١٩٥٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٥، رقم ٨٩، ص

## المطلب الثالث

### مصل الحقيقة

لم تسلم وسيلة التحليل التخديري أو مصل الحقيقة كغيرها من النقد، فقد ثار جدل فقهي وقانوني حول مشروعية استخدامها للحصول على اعترافات المتهمين أو المشتبه فيهم.

وتتجه أغلب التشريعات الجنائية إلى حظر استخدام هذه الوسيلة كدليل في المواد الجنائية، حيث يشكل استخدامها اعتداء على الحرية الشخصية للفرد ومساساً بكرامته وتغلغلاً في مكنون سره للوصول إلى معلومات سرية. ولذا أقرت التشريعات الأمريكية والإنجليزية أن حديثاً حق الصمت للمتهم في مرحلة الاستدلالات والتحري وكذا التحقيق والمحاكمة واعتبرت أن هذا الصمت يعد إنكاراً للجريمة، وذلك على خلاف ما كان سائداً من قبل من اعتبار الصمت دليلاً على عدم إنكار التهمة مما يجعل المحكوم عليه الذي يلتزم الصمت مذنباً ويحكم عليه. كما نص المشرع الإيطالي في المادة ٦١٣ من قانون العقوبات على معاقبة كل من تسبب في سلب حرية الإرادة، والتفكير لدى الشخص من خلال استخدام العنف أو التنويم المغناطيسي أو باستخدام المواد الكحولية والمخدرة سواء كان ذلك بموافقة أم بدونها. كما تجرم المادة ٦٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي سوء استخدام السلطة تجاه المقبوض عليهم وتمنع استخدام كافة وسائل العنف أو التهديد، كما تعاقب المادة ٥٨٢ من قانون العقوبات الإيطالي على العنف الذي يحدث ضرراً بالجسد وتعتبر الجريمة من الجرائم ذات الظروف المشددة للعقوبات متى ارتكبت بواسطة موظف رسمي<sup>(١)</sup>. كما أخذ بهذا الاتجاه التشريع الفرنسي الذي يعطي للمتهم حق الصمت دون أن يعد ذلك دليلاً ضده، أو اعترافاً بالتهم

(١) أنظر في موقف التشريعات المذكورة من هذه الوسيلة: د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي: الموسوعة الشرعية القانونية، المرجع السابق، ص ١٧٧ - ١٨٢ وما بعدهما؛ د. كوثر أحمد خالدنا: الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، المرجع السابق، ص ٨٦، وما بعدها.



المنسوبة إليه ، ولذا تلزم المادة ١١٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي تلزم قاضي التحقيق بتبني المتهم عند حضوره أمامه إلى إما التزام الصمت أو الإدلاء ببيانات والإجابة على الأسئلة التي طرحت عليه (١). وبالنسبة لموقف المشرع المصري ، فقد نصت المادة ٢/٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية على أن "كل قول يثبت انه صدر من احد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه" ، كما تنص المادة ٢١٨ من تعليمات النيابة العامة المصرية على أنه "لا يجوز استعمال العقاقير المخدرة لحمل المتهم على الاعتراف باعتبار مثل هذا الإجراء من قبيل الإكراه المادي الذي يبطل الاستجواب الذي يتم عن طريقه ويهدر الاعتراف المترتب عليه".

كما اختلف الفقه فيما يخص وسيلة التحليل التخديري أو "مصل الحقيقة" ، إلى اتجاهين ؛ مؤيد ومعارض.

الاتجاه المؤيد: ويذهب إلى تأييد استخدام العقاقير المخدرة والقول ؛ إنه لا يوجد مانع قانوني يحول دو استجواب المتهم بواسطة هذه العقاقير، خاصة إذا تم ذلك برضاء المتهم ، أو بناءً على طلبه منه من أجل تبرئة نفسه ، مستندين في ذلك إلى أن استخدام هذه الوسيلة برضاء المتهم ، أو بناءً على طلبه يقيم التوازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد معا ، من خلال الكشف عن الحقيقة ، ومعرفة البواعث التي دفعت بالمتهم لارتكاب الجريمة. كما أن النتائج المستمدة من استعمال العقاقير المخدرة يمكن إخضاعها للمراجعة الدقيقة ، شأنها في ذلك شأن باقي طرق البحث التقليدية ، وطبقاً لمبدأ حرية القاضي في تكوين إقناعه يمكن للقاضي استبعاد أي دليل يشوبه البطلان. هذا بالإضافة إلى أنه يمكن التقليل من

---

(1) L'article 116 du Code de procédure pénale français déclare que: " Le juge d'instruction avertit ensuite la personne qu'elle a le choix soit de se taire, soit de faire des déclarations, soit d'être interrogée ", Modifié par Loi n°2007-291 du 5 mars 2007 - art. 19 JORF 6 mars 2007 en vigueur le 1er juillet 2007.

مخاطر استخدام هذه الوسيلة عن طريق اعتبار هذا الإجراء استثنائي يلجأ إليه عند الضرورة، وقصر تطبيقها على الجرائم الأشد خطورة، مثل جرائم القتل، الاغتياي، وضرورة أن يكون هناك دلائل قوية للاتهام، وإسناد تنفيذ عملية التخدير لطبيب مختص<sup>(١)</sup>.

**الاتجاه اليرافض:** ويذهب إلى انتقاد استخدام العقاقير المخدرة ومعارضتها بشدة، والقول؛ إن الهدف من استخدام العقاقير المخدرة هو العلاج النفسي ولذا يكون لها آثار ايجابية في هذا المجال لدرجة الثقة التي يعطيها المريض لطبيبه المعالج، أما استخدام هذه الوسيلة في المجال الجنائي على المجرم يكون له آثاره السلبية، لأن المتهم يحاول الكذب بغية الإفلات م العقاب الأمر الذي يؤثر على صحة ودقة النتائج المتحصل عليها. كما أن النتائج التي يتم التوصل إليها عن طريق استخدام التحليل التخديري ما زالت تثير شكوك الباحثين، لأن العلم لم يصل بعد إلى التأكد من صحة النتائج المتحصل عليها. كما أن استخدام هذه الوسيلة من شأنه الاعتداء على حقوق المتهم الأساسية، كحقه في التزام الصمت دون اعتبار ذلك دليل إدانة، وحقه في الدفاع عن نفسه، حيث إن الخاضع لهذه الوسيلة لا يتمكن من الدفاع عن نفسه وتقديم مبررات نفي الاتهام الموجه إليه، كما أن النتائج التي يتم الحصول عليها من خلال استخدام العقاقير المخدرة تكون أشبه بالنتائج التي يتم الحصول عليها بأسلوب المكر

---

(١) أنظر في ذلك: د. مصطفى محمد الدغدي: التحريات والإثبات الجنائي، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦، ص ٢٧٣ وما بعدها؛ د. عادل عبد العال خراشي: ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم فبي الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ٤٣١؛ د. جودة حسين جهاد: الكشف عن الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، المرجع السابق، ص ١٧٢؛ د. ممدوح خليل بحر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص ٤٩٩ وما بعدها؛ وأنظر أيضاً:

B. BOULOC, Précis Dalloz, Procédure pénale, 21ème édition, Dalloz, Paris 2008 ; GUINCHAND, S. BUISSON, Procédure pénale, 3ème édition, Litec, Paris 2008 ; J. PRADEL, Manuel de procédure pénale, 14ème édition, Cujas, Paris, 2008.

والخداع وليست وليدة استجواب نزيه وقانوني، فضلاً عما قد تلحقه هذه الوسيلة بجسد المتهم من أمراض قد تؤدي أحياناً إلى الموت نتيجة لتفاعل المواد الكيماوية وتأثيرها على القلب والجهاز التنفسي. وأخيراً فإن استخدام هذه الوسيلة عن طريق إعطاء الشخص العقاقير المخدرة أو الحقن، حتى لا يستطيع التحكم ف إرادته ويفقد القدرة على الاختيار والتحكم الإرادي، يعتبر في حد ذاته جريمة ضرب أو جرح، أو إعطاء مواد ضارة<sup>(١)</sup>.

كما ذهب القضاء إلى تحريم هذه الوسيلة استناداً إلى قاعدة عدم جواز شهادة المرء ضد نفسه. فقد ألغت المحكمة العليا الأمريكية حكماً في جريمة قتل اعترف فيها المتهم بالجريمة تحت تأثير المخدر، وقررت أن اعترافه ليس وليد إرادة حرة، إذ كان نتيجة الخضوعه للتحليل العقاري<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر في ذلك: د. مصطفى محمد الدغدي: التحريات والإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ٢٦٨ وما بعدها؛ د. رمزي رياض عوض: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١٥١؛ د. جودة حسين جهاد: الكشف عن الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، المرجع السابق، ص ٦٩؛ د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٨٠ وما بعدها؛ د. ممدوح خليل بحر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص ٥٠٢ - وما بعدها؛ د. محمد سامي النبراوي: استجواب المتهم، المرجع السابق ص ٤٦٤ وما بعدها. وأنظر في الفقه الغربي:

B. BOULOC, Précis Dalloz, Procédure pénale, op. cit.  
GUINCHAND, S. BUISSON, Procédure pénale, , op. cit. ; J.  
PRADEL, Manuel de procédure pénale, , op. cit. ; MENARD  
Lucie, Nullité de la preuve obtenue par l'emploi de méthodes  
coercitives lors d'un interrogatoire en France et en Allemagne  
- Soumis par Olivier Leclerc le 30/06/2009, sur le site :  
<http://m2bde.u-paris10.fr/content/nullit%C3%A9-de-la-preuve-obtenue-par-l%E2%80%99emploi-de-m%C3%A9thodes-coercitives-lors-d%E2%80%99un-interrogatoire-e>.

(٢) د. مبلر الويس: أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة، المرجع السابق، ص ٤٠٦ - ٤٠٩.

كما ذهب القضاء الفرنسي والألماني إلى تحريم استعمال المخدر "مصل الحقيقة" أثناء التحقيق حتى ولو طلب المتهم بنفسه استعماله، وقضى ببطلان الإجراء الذي يترتب على استعماله<sup>(١)</sup>.  
وفي مصر قضت محكمة النقض المصرية بحظر استعمال هذه الوسيلة، لأنها تعد من قبيل الإكراه المادي الذي يؤثر في أقوال المتهم الصادرة بناءً عليها، فيشوبها البطلان<sup>(٢)</sup>.

#### المطلب الرابع الكلاب البوليسية

لم تتعرض أغلب التشريعات الجنائية لوسيلة الكلاب البوليسية واستخدامها في الاستعراق على الجناة أو المشتبه فيهم، ولعل السبب في ذلك هو تراجع دور الكلاب في التعرف على الأشخاص نظراً للانتقادات التي وجهت إليها لكونها مما يحط من الكرامة الإنسانية لأنه ليس من الاحترام الواجب لحقوق الإنسان عرضه على الكلاب. ولذا فإن استخدام الكلاب البوليسية في الواقع العملي اتجه إلى التعرف على الأشياء بدلاً من التعرف على الأشخاص، كما أنه وجدت العديد من وسائل التقنية الحديثة التي حلت محل الكلاب البوليسية في التعرف على الأشخاص كتركيب الوسائل التي تستعمل في التفتيش والتعرف على المواد المتفجرة في المطارات أو المظاهرات، وكذلك الحال بالنسبة لأجهزة كشف الرائحة Olfaction. وعلى الرغم من ذلك فإن الكلاب البوليسية مازالت تستخدم بشكل يكاد يكون يومي في أغلب بلدان العالم للتعرف على الجناة أو المواد المخدرة التي

(1) Cour de cassation chambre criminelle, 26 février 1991, Bull. Crim n° 97, 10 mars 1992 : Bull. Crim n°105 Cour de cassation chambre criminelle, 12 décembre 2000, R.S.C 2001, pp. 610 et s. Cour de cassation chambre criminelle, 6 mai 2003, Bull. n°92 Cour de cassation chambre criminelle, 28 octobre 1991, JCP 1992 Cour de cassation chambre criminelle, 11 décembre 1984, D. 1986, IR, obs. J.M.R.

(٢) نقض ١٨ يناير ١٩٥٤ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٥ ؛ د. مبلدريس الويس: أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة، المرجع السابق، ص ٤١٠.

يحاول الجناة تهريبها على الرغم من الوسائل العديدة التي يستخدمها هؤلاء الجناة لإعاقة دور الكلب في التعرف على هذه المواد، وذلك لأن الكلب المدرب جيداً على التعرف على مثل هذه الأشياء لا يمكن خداعه بسهولة مهماً صغر حجم هذه المواد أو اختلف مكان حفظها.

وعلى الرغم من ذلك فإن هناك بعض النصوص التشريعية غير المباشرة التي تتعرض لهذه الوسيلة كالمادة ٢٣٧ من تعليمات النيابة العامة المصرية التي تنص على أنه "إذا وجدت آثار يظن أنها للملابس المتهمين أو مخلفاتهم يجوز الاستعانة على التعرف على أصحابها بكلب الشرطة فإن تعذر إرسال كلب الشرطة إلى محل الحادث أرسلت المضبوطات مع المتهمين إلى النيابة الكائن بدائرتها محل وجود الكلب بعد تخزينها تحريزاً جيداً على وجه يحفظ رائجتها ويقوم أعضاء النيابة بأنفسهم بإجراء عملية الاستعراف ويثبت عضو النيابة في محضره حالة الشيء المضبوط ووصفه وكيفية العثور عليه ومن عثر عليه أو تناوله بيده والمكان الذي وجد به وكل ما ورد عليه من تغير أو تداول بين الأيدي ويشرف بنفسه على المحافظة عليه حتى تتم عملية العرض على كلب الشرطة. وتكون الاستعانة بكلب الشرطة مقصورة على الأحوال المنتجة في حدود الإفادة من حاسة الشم فلا محل لعرض مضبوطات ومتهمين عديدين على الكلب لتمييز صاحب المضبوطات من بينهم متى ثبت من التحقيق أنها شائعة بينهم أو أنهم جميعاً حملوها أو تداولوها أو تنازعوها بأيديهم فترك كل منهم أثراً بها كما أنه لا وجه للاستعانة بكلب الشرطة في التعرف على ملكية المتهم للمضبوطات إذا كان المتهم نفسه قد اقر في التحقيق أنه حائزها أو وقعت في يده زمنياً ما أو استخلصها من أيدي الشهود الذين حاولوا أن يدسوها عليه أو أنه ترك بها أثراً. ويجب أن تنتزه عملية العرض عن كل شبهة تلحق بها فإذا ضبط غطاء للرأس أو حذاء أو ملابس أخرى فلا يجوز للمحقق الذي يريد الاستعانة بالكلب أن يلبس المتهم شيئاً منها للتحقق مما إذا كانت تناسبه أو مطابقة لقدمه فيعلق بها اثر بل إن من واجبه أن يباعد بينها وبين المتهم ويحرص على عدم اتصاله بها حتى تتم عملية

العرض. كما يجب دائماً إجراء تجربة تمهيدية لاختبار قوة حاسة الشم في كلب الشرطة وقدرته على استخدامها واثبات نتيجة التجربة في المحضر تدليلاً على صحة ما يسفر عنه العرض وسبيلاً للإقناع بنتائجه وإذا قرر مدرب الكلب أن الكلب مجهداً يبدأ يأخذه التعب فعلى عضو النيابة ألا يأمر بمواصلة التجربة أو السير في عملية العرض إذ لا يمكن الاعتماد على كلب مجهد".

وعلى الرغم من عدم وجود نصوص قانونية تنص على استخدام وسيلة الكلاب البوليسية في التعرف على المشتبه فيهم أو المتهمين في المجال الجنائي، إلا أن مبدأ حرية الإثبات والذي يعني شرعية جميع الوسائل التي تؤدي إلى الوصول إلى الحقيقة، ومبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته، ومبدأ عدم مساس الوسيلة المستخدمة في الإثبات بمحقوق المتهم الأساسية كحقه في الصمت أو تقديم دليل ضد نفسه، وعدم إيذاؤه بدنياً أو معنوياً<sup>(١)</sup>، هي المبادئ التي تحكم مسألة اللجوء إلى هذه الوسيلة من عدمه. فإذا اقتنع القاضي بالنتائج المترتبة على هذه الوسيلة وتحقق من مشروعيتها كانت مقبولة كدليل للإثبات في المجال الجنائي.

ويرى غالبية الفقه ان استعراف الكلاب البوليسية لا تتجاوز قيمته القانونية القانونية مجرد قرينة يصح الاستناد إليها في تعزيز الأدلة القائمة في الدعوى، دون أن يأخذ كدليل إنساني على ثبوت التهمة على المتهم؛ فدور الكلاب البوليسية هو تأييد للدليل قائم بالفعل يعمل على تقويته، وعلّة ذلك هي أن المحصلة النهائية التي يمكن ترتيبها على نتيجة الاستعراف وحدها تكون ظنية احتمالية في حين أن الدليل في المسائل الجنائية لا بد أن يبنى على الجزم واليقين المستمد من أدلة قانونية منطقية لا على الظن أو الشك أو التخمين أو الاحتمال. وعلى ذلك فإن استعراف الكلاب البوليسية يأخذ

(١) أنظر المادة ٤٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي تنص على أنه "لا يجوز القبض على أي إنسان أو حبسه إلا بأمر من السلطة المختصة بذلك قانوناً كما يجب معاملته بما يحفظ عليه كرامته ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً".

حكم القرينة القضائية كدليل من أدلة الإثبات الجنائي، غير أن هذه القرينة غير كافية للإثبات في المجال الجنائي وإنما لابد أن تساندها أدلة أخرى<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة للقضاء، وترتيباً على عدم وجود نصوص قانونية تنص على استخدام وسيلة الكلاب البوليسية في التعرف على الأشخاص أو المتهمين في المجال الجنائي، فقد كان من الصعب الحصول على أحكام قضائية خاصة بهذه الوسيلة في الفقه المقارن.

ففي أمريكا، يعتد القضاء الأمريكي بالكلاب البوليسية كوسيلة للإثبات في المجال الجنائي شريطة ألا تكون الوسيلة الوحيدة في الدعوى، وغنما يجب تعزيزها بأدلة أخرى، وذلك لعدم القدرة على التوصل بصورة قاطعة إلى صحة النتائج التي يمكن أن يسفر عنها تعرف الكلب على المتهم أو المشتبه فيه، إذ من الممكن أن يخطئ الكلب للعديد من الأسباب<sup>(٢)</sup>.

وفي مصر قضت محكمة النقض في حكم قديم بأنه "لا مانع من أن يستعان في التحقيق بالكلاب البوليسية كوسيلة من وسائل الاستدلال والكشف عن المجرمين، ولا مانع من أن يعزر القاضي بذلك ما بين يديه من أدلة"<sup>(٣)</sup>. كما قضت بأن "استعراف الكلاب البوليسية لا يعدو أن يكون قرينة يصح الاستناد إليها في تعزيز الأدلة القائمة في الدعوى دون أن يأخذ كدليل أساسي على ثبوت التهمة"<sup>(٤)</sup>، وقضت أيضاً بأنه "لا جناح على الحكم إذا استند إلى

(١) أنظر: د. محمود عبد العزيز خليفة: النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي،

المرجع السابق، ص ٤٥٠ وما بعدها؛ د. حسن علي السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، المرجع السابق، ص ٢٩٧؛ د. سامي صادق الملا: حجية استعراف الكلاب الشرطة أمام القضاء، المرجع السابق، ص ٥٣ وما بعدها؛ إبراهيم سليمان قطاونة: مدى حجية استعراف الكلب البوليسي في الإثبات الجزائي، المرجع السابق، ص ١٥٥ وما بعدها.

(٢) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٦٦ وما بعدها.

(٣) نقض طعن ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٩، مجموعة القواعد القانونية ج، ٤٠، رقم ٤١٥، ص ٥٨٣.

(٤) طعن رقم ٦٩٢ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٢٠، س ٧؛ طعن رقم ١١٧٥ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٥٧/١١/١٨.

استعراض كلب الشرطة كقرينة بها أدلة الثبوت التي أوردها ما دام أنه لم يتخذ من هذا الاستعراض دليلاً أساسياً في ثبوت الاتهام قبل المتهمين<sup>(١)</sup>، وقضت أيضاً بأنه "من المقرر أن استعراض كلاب الشرطة على المتهم ليس من إجراءات التحقيق التي يوجب القانون فيها شكلاً خاصاً، ولما كانت المحكمة قد استندت إلى استعراض الكلب كقرينة تعزز بها أدلة الثبوت التي أوردها ولم تعتبر هذا الاستعراض كدليل أساسي على ثبوت التهمة قبل الطاعنين، فإن استنادها إلى هذه القرينة لا يعيب الاستدلال"<sup>(٢)</sup>، كما قضت أيضاً بأنه "من المقرر أن استعراض الكلب البوليسي لا يعدو أن يكون قرينة في الدعوى دون أن يأخذ كدليل أساسي على ثبوت التهمة"<sup>(٣)</sup>، وقضت أيضاً بأنه "ليس ثمة ما يمنع المحكمة من أن تعزز ما لديها من الأدلة باستعراض الكلاب البوليسية متى ارتاحت إليه كوسيلة من وسائل الاستدلال في الدعوى"<sup>(٤)</sup>.

وفي الأردن اعتبرت محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الجنائية "أن تتبع الكلاب البوليسية للأثر ووصولها إلى منزل المميز ضدهما، ثم تعرف الكلاب عليهما في طابور التشخيص يشكل بيئة تخضع لتقدير المحكمة وقناعتها"<sup>(٥)</sup>.

### المبحث الثالث

#### بعض الوسائل المادية المؤثرة على الإرادة

تضمنت أغلب التشريعات نصوصاً توجب معاينة الآثار المادية والمحافظة عليها، وإثبات حالتها وحالة الأشخاص، وكل ما يفيد في

(١) نقض ٣ نوفمبر ١٩٨٠ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣١، رقم ١٨٤، ص ٩٥٠.

(٢) نقض ٣ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٦، رقم ١٧٣، ص ٨٩٩.

(٣) نقض ١٤ نوفمبر، ١٩٧٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٨، رقم ١٩٦، ص ٩٥١.

(٤) نقض ٢٦ نوفمبر ١٩٥١ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣، رقم ٧٨، ص ٢٠٩.

(٥) محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم ٢٠٠٧/٥٨٩ بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٣١ منشورات مركز عدالة.



كشف الحقيقة. وتعتبر بصمات الأصابع أهم الآثار المادية التي يتم العثور عليها في مسرح الجريمة والتي يمكن أن يكون لها تأثير على إرادة الخاضع لها نظراً لأنها تؤخذ في أغلب الأحيان رغماً عنه، وقد أشارت أغلب التشريعات الجنائية إلى بصمات الأصابع بنصوص صريحة<sup>(١)</sup>، كما أوجبت هذه التشريعات معابقتها والمحافظة عليها باعتبارها من الأعمال الفنية البحتة وتدخل ضمن أعمال الخبرة التي يمكن أن تتطلبها إجراءات التحقيق أو المحاكمة.

فالمشروع الفرنسي في المادة ١/٧٧ من قانون الإجراءات الجنائية، فيما يتعلق بالتحقيقات الأولية أو الابتدائية، وعلى أساس المواد ٨١، ٨٢، ١٥٦ من نفس القانون تعطي القاضي سلطة الأخذ بأية وسيلة أو الاستعانة بالخبرة، أو القيام بكل ما يراه مفيداً لإظهار الحق وتحقيق العدالة الجنائية<sup>(٢)</sup>. وقد نظم المشروع الفرنسي في المادة ٣/٧٨، ٥/٧٨ من قانون الإجراءات الجنائية أحكام بصمات الأصابع، فقد نصت المادة ٣/٧٨ على أنه "إذا استمر الشخص المقبوض عليه في رفض تعريف نفسه أو قدم عناصر غير دقيقة لإظهار الشخصية، فإن هناك محل لاتخاذ إجراءات التحقق من الهوية، ويمكن بعد الحصول على إذن من قبل المدعي العام أو قاضي التحقيق، أخذ بصمات الأصابع أو الصور متى كان ذلك السبيل الوحيد لتحديد هوية الشخص"<sup>(٣)</sup>. وتنص المادة ٥/٧٨

(١) د. ممدوح خليل بحر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص ٤٨٩ - ٤٩٢.

(٢) راجع المواد المذكورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.legifrance.gouv.fr/doP>؛ وراجع أيضاً:

SCHULIAR Yves, La coordination scientifique dans les investigations criminelles. proposition d'organisation, aspects éthiques ou de la nécessité d'un nouveau métier, op. cit. p. 33.

(١) L'article ٣/٧٨ du Code de procédure pénale français, Modifié par Loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 - art. 114 JORF 25 juillet 2006, déclare que: " Si la personne interpellée maintient son refus de justifier de son identité ou fournit des éléments d'identité manifestement inexacts, les opérations de=

على أنه " يعاقب بالحبس ثلاثة أشهر وغرامة قدرها ٣٧٥٠ € من يرفض الخضوع بصورة رضائية لأخذ بصمات الأصابع أو التقاط صور رقمية أو المأذون بها من قبل المدعي العام أو قاضي التحقيق، وفقا للمادة ٧٨-٣(١) .

كما نص المشرع البريطاني على بصمات الأصابع في المادة ٦١ من قانون الشرطة والأدلة الجنائية لسنة ١٩٨٤ Police and Criminal Evidence Act بقوله " باستثناء ما هو منصوص عليه في هذا القسم قد تؤخذ بصمات أي شخص دون موافقته المناسبة" (٢) .

كما تميز المادتان ١٠٩ و ١١٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني ( ق.أ.م.ج. ) رقم ٩ لسنة ١٩٦١ والمعدل بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ (٣) ، أن يتم إثبات هوية السجناء، وهوية

=vérification peuvent donner lieu, après autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies lorsque celle-ci constitue l'unique moyen d'établir l'identité de l'intéressé". Consulté Le Code pénale français, sur le site : <http://www.legifrance.gouv.fr/doP>.

(1) L'article ٧٨ du Code de procédure pénale français, Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002, déclare que: " Seront punis de trois mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ceux qui auront refusé de se prêter aux prises d'empreintes digitales ou de photographies autorisées par le procureur de la République ou le juge d'instruction, conformément aux dispositions de l'article 78-3". Consulté Le Code pénale français, sur le site : <http://www.legifrance.gouv.fr/doP>.

(1) The article decided that: " Except as provided by this section no person's fingerprints may be taken without the appropriate consent". Consulte The Police and Criminal Evidence Act 1984 on the site : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/61#commentary-c1890928>

(٣) ينص قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٩) لسنة ١٩٦١ وتعديلاته بصيغته المعدلة بموجب القانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠١ ، في الباب الرابع (٨) المعنون =

من اتهم بارتكاب جرم باستخدام بصمات الأصابع أو التصوير أو بأية  
معاملة أخرى قد تعين لتأمين إثبات الهوية.

وعلى الرغم من أن المشرع المصري لم ينص صراحة على هذه  
الوسيلة إلا أنه نص في المادة ٢٢٥ من قانون العقوبات على أن تعتبر بصمة  
الأصبع كالإمضاء في تطبيق أحكام التزوير المنصوص عليها في الباب  
السادس عشر من هذا القانون، كما أنه أجاز اتخاذ إجراءات أشد صرامة  
من إجبار المتهم على الحصول على طبعات أصابعه، ولو على سبيل  
الاستثناء، كالأستعانة بالكلاب البوليسية من الناحية العملية، ومراقبة  
المحادثات التليفونية<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن الفقه الغالب يعتبر بصمات الأصابع من قبيل  
الأدلة القطعية في الإثبات الجنائي بشرط التطابق بين بصمة الجاني أو  
المشتبه فيه والبصمة المرفوعة من مسرح الجريمة، إلا أن هناك وجهة نظر  
أخرى ترى أن البصمة لا يمكن أن تحوز الصفة القطعية كدليل إثبات في  
المادة الجنائية، فالبصمة المعثور عليها في مسرح الجريمة أو على أدوات

---

(١) (إثبات هوية المجرمين) في المادة ١٠٩ على أنه "يجوز لوزير الداخلية بموافقة  
جلالة الملك أن يضع أنظمة لإثبات هوية السجناء سواء بتصويرهم أو بأخذ  
أوصافهم الجسمانية أو بصمة أصابعهم وتسجيل العلامات التي تثبت هويتهم.  
كما تنص المادة ١١٠ على أنه "١ - يقتضي على كل من اتهم بارتكاب جرم  
وأوقف بوجه مشروع بسبب تلك التهمة أن يدعى لإجراء أية معاملة قد تعين  
لتأمين إثبات هويته وأخذ رسم له مع أوصافه الجسمانية أو بصمة أصابعه وسائر  
العلامات التي تثبت هويته بناءً على طلب أي ضابط شرطة أو درك مسؤول عن  
مركز الشرطة أو مأمور سجن ٢٠ - كل من رفض الإذعان لإجراء معاملة  
إثبات الهوية أو مانع في إجراءاتها يعتبر أنه ارتكب جرماً ويعاقب من قبل قاضي  
الصلح بالحبس حتى أربعة عشر يوماً ولكنه لا يعفى بذلك من واجب العمل  
بمقتضى النظام. الفصل الثاني مذكرات الدعوة والإحضار والتوقيف". الجريدة  
الرسمية الأردنية بتاريخ ٢٠٠١/٣/١٨.

(١) أنظر المادة ٢٣٧ من تعليمات النيابة العامة المصرية فيما يخص الاستعانة بكلب  
الشرطة، وانظر: المادة ٩٥ و ٢٠٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري فيما  
يخص مراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية.

ارتكابها لا تعني قطعاً أن صاحب تلك البصمات هو من قام بارتكاب ذات الجريمة<sup>(١)</sup>، فقد يعزى وجوده في مسرح الجريمة أو لمس أدوات ارتكابها لأي سبب أو مبرر آخر غير ارتكاب الفعل الإجرامي ذاته. بل قد لا يعني وجود البصمة أن صاحبها كان موجوداً وقت ارتكاب الجريمة بمسرحها، فقد يكون الجاني الحقيقي على معرفة تامة بماهية البصمات فيقوم بترك بصمة غيره في مسرح الجريمة أو أدواتها وهو ما يسمى تلفيق البصمة لإدخال المحقق أو الخبير في متاهات البحث عن غيره. كما قد يكون سبب وجود صاحب البصمة في مسرح الجريمة عائداً لمحاولته منع ارتكاب الجريمة أو لمطاردة فاعلها الحقيقي، وغير ذلك من الأسباب الأخرى، إضافة إلى أن القول بقطعية البصمة في الإثبات أمر لم يرد به نص قانوني صريح، وإن كان الأخذ بها يدخل ضمن أعمال المعاينة والبحث عن الأدلة. وبهذا نستطيع القول بأن البصمة اليدوية إنما تعتبر دليلاً من أدلة الإثبات بمصاحبة الأمور الأخرى، فهي ليست دليلاً مستقلاً ولكنها إحدى القرائن التي تقوي جانب الإثبات بعد التحقيق والبحث والتحري.

ونحن نرى أن الرأي الأول الذي يعتبر بصمات الأصابع من قبيل الأدلة القطعية في الإثبات الجنائي بشرط التطابق بين بصمة الجاني أو المشتبه فيه والبصمة المرفوعة من مسرح الجريمة، يتفق بهذا الشرط في المضمون مع الرأي الثاني الذي يعتبر البصمة مجرد قرينة غير قاطعة حيث إن هذا التطابق بين بصمة الجاني أو المشتبه فيه والبصمة المرفوعة من مسرح الجريمة يرقى بها إلى مرتبة القرينة القاطعة، لأن هذا التطابق يستبعد كل شك في كون هذه البصمة ليست لشخص آخر غير الجاني.

وبالنسبة للقضاء، فقد استقر القضاء الأمريكي على قبول الدليل المستمد من البصمات وذلك من خلال قرار المحكمة العليا الفدرالية،

(١) د. مصطفى العوجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، مؤسسة نوفل بيروت، ط ١، ١٩٨٩م، ص ٩٥١؛ د. منصور المعاينة، البصمات والتشريح الجنائي، مجلة الأمن والحياة، العدد ٢٢، ٤٢١ هـ، الإمارات العربية المتحدة، ص ٥٧.

بخصوص الاستئناف المقدم في إحدى القضايا التي جاء فيها، أن هناك أساس علمي لنظام تعريف الشخصية بالبصمة وأن المحكمة قد اقتنعت بقبول هذا الصنف من الأدلة<sup>(١)</sup>.

كما أيدت المحكمة العليا الدائمية قرار المحكمة الجنائية الأولية الصادر في ١٣/٣/١٩٩٧ المتعلق بجريمة قتل تتلخص وقائعها في أن الشرطة الدائمية قد أبلغت عن جريمة قتل في الشقق الواقعة في ضواحي العاصمة الدائمية، وعند وصول الشرطة كانت الضحية (القتيلة) عارية في غرفة نومها وملطخة بالدماء، وعند إجراء الفحص الفني من قبل اللجنة الجنائية المختصة في مكان الحادث، تم أخذ طبعات الأصابع في أماكن مختلفة من شقة القتيلة لتقوم بمقارنتها بطبعات أصابع المشتبه فيهم وأصحاب السوابق وتمت المقارنة، لكن لم تتمكن الشرطة من الوصول إلى نتيجة معينة وبعد مضي ٤ سنوات، قام أحد فني المختبر الجنائي بدراسة وتحليل طبعة الأصابع من خلال إبراز بعض الخطوط في طبعة الأصابع وتغذية الحاسوب الآلي بالطبعة من جديد وفق نظام (AFIS)، وقام الحاسوب بمقارنة الطبعة بثلاثين طبعة مخزونة، وظهر أن الطبعة مطابقة لطبعة الأصابع رقم (٢٩) التي كانت عائدة لشاب يسكن في نفس البناية وكان من أصحاب السوابق واعترف أنه هو من قام بالجريمة<sup>(٢)</sup>.

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن الدليل المستمد من تطابق البصمات دليل مادي له قوته الاستدلالية القائمة على أساس علمية وفنية<sup>(٣)</sup> وأنه لا يسوغ للمحكمة أن تستند في دحض ما قال به الخبير الفني

(١) بوشو ليلي: قبول الدليل العلمي أمام القضاء، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٠ - ٢٠١١، ص ٧١.

(٢) لدى د. كوثر أحمد خالندا: الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، المرجع السابق، ص ٢٩٢ - ٢٩٣.

(٣) د. شحاتة عبد المطلب حسن، حجية الدليل المادي في الإثبات، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٨٥.

في المسائل الفنية البحتة إلى معلومات شخصية، بل يتعين عليها إذا ما ساورها الشك فيما قرره الخبير في هذا الشأن أن تستجلي الأمر بالاستعانة بغيره من أهل الخبرة لكونه من المسائل الفنية البحتة التي لا يصح للمحكمة أن تحل محل الخبير فيها<sup>(١)</sup>. وقضت في حكم آخر بأن "بصمات راحة اليد ذات حجية مطلقة في تحقيق الشخصية كبصمات الأصابع تماماً لأنها تستند إلى نفس الأسس العلمية التي تقوم عليها بصمات الأصابع، فتختلف بصمات راحة اليد باختلاف الأشخاص ولا يمكن أن تتطابق ما لم تكن لشخص واحد، فإن ما جنح إليه الطاعن من تفرقة بين الدليل المستمد من بصمة الإصبع وذلك المستمد من بصمة راحة اليد أو جزء منها وإطلاق حجية الإثبات في الأولى وحسرها عن الأخرى إنما هي تفرقة لا تستند إلى سند علمي أو أساس فني"<sup>(٢)</sup>.

وبجانب بصمات الأصابع توجد الأنواع الأخرى للبصمات؛ كبصمة العين وبصمة الوجه وبصمة الشفاه وبصمة الأذن وغيرها، كأنواع للبصمات المادية التي يمكن أن يكون لها تأثير على إرادة الخاضع لها. وستحدث عن بعض هذه البصمات مما يتيسر له البحث حيث إن أغلب هذه البصمات هي وسائل حديثة جداً لم يتسع لها المجال في التطبيق في القضايا الجنائية، ولعل ذلك مرجعه عدم استخدامها بصورة مباشرة في تنفيذ الجريمة، كما أنها تأتي في المرتبة الثانية بعد بصمات الأصابع كدليل للإثبات، ولذا فإن الاستفادة منها تتم الآن في مجالات أخرى، كالثبوت من هوية الأطفال حديثي الولادة، في حالات الاشتباه في بنوتهم، في المستشفيات.

فبالنسبة لبصمة الشفاه أو الأذن، فنظراً لأن بصمة الشفاه أو الأذن ليست من البصمات المستعملة كثيراً في مجال الإثبات الجنائي في كثير من الدول، نظراً لعدم استخدامها بصورة مباشرة في تنفيذ الجريمة، فإن

(١) الطعن ١٠٦٧٨ لسنة ٦٧ في جلسة ٢٦ / ٣ / ٢٠٠٠ س ٥١ ق ٦٣ ص ٣٤٣؛  
نقض ٣١ يناير ١٩٧١ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٢ ص ١١٩.  
(٢) نقض ١٧ أبريل ١٩٦٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٨، رقم ٩٩،  
ص ٥١٨.

القضاء، قد تردد في قبولها هذه الوسيلة مع عدمه، ففي قضية قتل طرحت على إحدى محاكم الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٩٥ لم تقتنع المحكمة بنتائج مقارنة طبقات الأذن معللة ذلك بأنه ليس هناك ما يساند علمياً صحة هذه الوسيلة أو ثبوتها، وأنها ليست مقبولة أمام المحاكم وفي الأوساط القضائية. إلا أنه وبالمقابل قبلت محكمة استئناف Illinois Appeal Court في قرارها الصادر في ١٢ مايو ١٩٩٩<sup>(١)</sup> شهادة خبيرين في طبقات الأصابع وفحص الوثائق في الشرطة الأمريكية بأنه من المقبول بشكل عام في الأوساط العلمية التعريف بالشخص من خلال بصمات الشفاه باعتبارها طريقة تعريف علمية ثابتة ومؤكدة، وأن الطرق المستخدمة في التعريف من خلال بصمات الشفاه شبيهة بالطرق المستخدمة في التعريف ببصمات الأصابع، كما أنه لا يوجد شك في الأوساط العلمية والقضائية في أن طبقات الشفاه وسيلة تعريف أكيدة وقاطعة، وهذا ما أكده FBI وشرطة الولايات المتحدة<sup>(٢)</sup>.

وبالنسبة لبصمة الرائحة: ترتبط بصمة الرائحة بما أسلفه من حديث عن الكلاب البوليسية حيث إن وسيلة التعرف على الرائحة إما من خلال الكلب البوليسي أو من خلال جهاز قياس الرائحة الكروماتوجرافيا الغازية Chromatography - Caz والذي بواسطته يتم تحليل أي رائحة<sup>(٣)</sup>، فاستعراف الكلب البوليسي مثلاً والذي يعتمد اعتماداً كلياً على الرائحة التي توجد في مسرح الجريمة ويعتمد على أن كل إنسان له رائحته المتميزة عن غيره مع أن هذا الأساس هو مجرد قرينة لم يقطع

---

(1) Illinois Appeal Court, people V. David, No.2.97.0725.

(2) Morgan J. United States V. David Kunz, Court of Appeals of Washington, Division. 2.97. Wash. App. 832, 988. P. 2d . 977. 1999, p. 1- 10, on the site: [https://WWW.forensic-evidence.com/site/D\\_Knuze.htm](https://WWW.forensic-evidence.com/site/D_Knuze.htm)

(٣) د. عدنان عبد الحميد زيدان: ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٣ ص ٣٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧، المجلد الثالث (١٣٩١)

بها، ثم إن الكلب يسهل تضليله أو خطؤه. كأن يعتمد المجرم إلى نشر روائح نفاذة في المكان كالبهارات والعطور قوية الرائحة، وهذه بدورها تثير انتباه الكلب وتستحوذ اهتمامه وتضلله عن الأثر الأصلي، أو أن تختلط الروائح المنثورة في المكان بثياب ورائحة شخص ما؛ لا علاقة له بالجريمة أو المجرم وهو بريء مثلاً. وكذلك جهاز الكروماتوغرافيا لم تثبت قطعته بعد في الدلالة على المجرم من خلال رائحة عرقه. ومن هنا كانت بصمة الرائحة مجرد قرينة، لا ترقى لمرتبة الدليل الكامل إلا إذا اقتنع القاضي بها وساندها غيرها من الأدلة. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بشأن الكلب البوليسي في أكثر من حكم بقولها "إن تعرف الكلب البوليسي لا يعدو أن يكون قرينة يصح الاستناد إليها في تعزيز الأدلة القائمة في الدعوى، دون أن يؤخذ كدليل أساسي على ثبوت التهمة على المتهم فإن كانت المحكمة قد استندت إلى تعرف الكلب البوليسي كقرينة تعزز أدلة الإثبات التي أوردتها فإن استنادها إلى هذه القرينة لا يعيب الاستدلال" (١)، وعلّة عدم جواز الاستناد إلى بصمة الرائحة هي ذات العلة في عدم جواز الاستناد إلى الكلب البوليسي فقط، والتمثلة في أن الأحكام الجنائية يجب أن تبنى على الجرم واليقين لا على الظن والاحتمال (٢).

#### المبحث الرابع

#### البصمات غير المادية وأثرها على الإرادة.

بالإضافة للبصمات المادية السابقة توجد بعض البصمات غير الملموسة أو غير المادية وهي التي لا يمكن لمس مادتها، والتي تتمثل أساساً في بصمة الصوت وبصمة المخ والبصمة النفسية.

(١) نقض ٣ نوفمبر ١٩٨٠ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣١، رقم ١٨٤، ص ٩٥٠، طعن رقم ٦٩٢ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٢٠، س ٧، طعن رقم ١١٧٥ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٥٧/١١/١٨.

(٢) نقض ١٦ من أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض س ١٢ رقم ١٥٦، ص ٨٠٧.



فبالنسبة لبصمة الصوت: حيث يتم التعرف على الأشخاص، وتحديد هويتهم من خلال إجراء المقارنات للتسجيلات الصوتية الخاصة بهم مع الكلمات الصادرة أو مع بصمات مرجعية عديدة مخزنة أصلا لدى دوائر التحقيق الجنائي لأشخاص مشبوهين منهم، سواء بطريقة سمعية أو بصرية أو من خلال الكمبيوتر<sup>(1)</sup> أو من خلال جهاز تحليل الطيف الصوتي spectrographes<sup>(2)</sup>.

وقد انتقد نظام البصمة الصوتية تأسيساً على أن المجال التطبيقي للبصمة الصوتية يواجه عدة صعوبات: الأولى: أن التعرف على البصمة

(1) توجد عدة طرق مستخدمة في دراسات بصمة الصوت بجانب جهاز spectrographes هي: الطريقة السمعية: وتتلخص في قيام أشخاص مختصين بالاستماع إلى تسجيلات صوتية بغية الربط بين صوت معين وفرد معين أو أصوات وأصحابها بعد الاستماع إليهم. الطريقة المرئية: تقوم على صور ورسوم ينتجها المخطط المرئي للصوت البشري حيث تقدم هذه الصور والرسوم تحليلاً لكل صوت في الكلمة، تظهر من خلالها عناصر فيزيائية للصوت كمقدار الذبذبة ووحدة الصوت... الخ، ثم يقوم مختصون في علم الصوتيات الآلي بدراسة هذه الرسوم وتحليلها. الطريقة الآلية: تتضمن استخدام وسائل آلية غالباً ما تعمل على الكمبيوتر للربط بين الصوت وصاحبه، حيث يتم تزويد أجهزة الكمبيوتر ببرامج من شأنها تحليل الصوت البشري ومطابقته مع أصوات أخرى يتم إدخالها عند الحاجة. الطريقة المرئية: تقوم على صور ورسوم ينتجها المخطط المرئي للصوت البشري حيث تقدم هذه الصور والرسوم تحليلاً لكل صوت في الكلمة، تظهر من خلالها عناصر فيزيائية للصوت كمقدار الذبذبة ووحدة الصوت... الخ، ثم يقوم مختصون في علم الصوتيات الآلي بدراسة هذه الرسوم وتحليلها. مقال على الانترنت بعنوان: أهمية الدليل العلمي في التحقيقات الجنائية. منتديات الحقوق والعلوم القانونية، بتاريخ ٢٩/٦/٢٠١٣، على الموقع الإلكتروني:

<http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=9916>

(1) (BONASTRE Jean – BIMBOT François, Frederik, BOE Louis-jean, CAMPBELL Joseph p. REYNOLDS douglas A, CHAGNOLLEAU Ivan Magrin –," AUTHENTIFICATION des personnes par leur voix : un nécessaire devoir de précaution " . L'Internet sur le site: <http://www.aunelpl.univ-aix.fr/jep-taln04/proce...>, Publié in 2003, p 01, 02,03.

الصوتية يقتصر على الأحياء فقط دون الأموات وعلى الأصحاء منهم دون البكم. الثانية: تتعلق بعمليات التنكر المقصود من جانب الجرمين لبصمات أصواتهم من خلال استعمال التقنيات الحديثة والمتعددة في هذا المجال، الثالثة: تتعلق بتخزين البصمات الصوتية، وهل هي سلمية أم مشبوهة، ومعلوم أنه كلما زاد عدد البصمات المشبوهة المخزنة التي يجب أن تتم عليها المقارنة، ازدادت عملية التعرف علة صاحب البصمة تعقيداً. الرابعة: تتعلق بتأثير الحالة الصحية والنفسية للمتحدث على الصوت، الخامسة: تتعلق بتأثير الحالة البيئي على الصوت، فمن المعلوم أن الضوضاء وقوة الرياح واندفاعها، وجودة المادة والآلات التي يتم التسجيل بواسطتها، لها أثر كبير على جودة الصوت وصحته.

و نحن نرى أن حجية بصمة الصوت في المجال الجنائي تتوقف على مدى التأكد من صحة المادة المسجلة ونسبتها إلى صاحبها، واعتبار ذلك مجرد قرينة غير قاطعة في الإدانة أو البراءة، مع ضرورة الاستعانة بأدلة أخرى بجانبها، وإجرائها من قبل فنيين مختصين، وذلك حتى تتحقق قناعة القاضي الجنائي بها. وهذا ما أقره القضاء في هذا الشأن.

ففي القضاء الأمريكي مثلاً نجد أن محكمة العليا الأمريكية قد

قررت في محاكمة *Daubert v. Merrell* سنة 1993 مجموعة من الشروط التي يجب احترامها لاعتبار بصمة الصوت *vocale empreinte* دليل من الأدلة العلمية أمام المحكمة، وهذه الشروط هي أ- : أن تكون التقنية المستخدمة في تحقيق الشخصية مجربة من قبل من طرف هيئة علمية. ب- أن تكون الطريقة المستخدمة قد تم الإعلان عنها وأن تكون معلومة ومقبولة لدى أهل العلم والاختصاص، ومراقبة وموضوعة تحت النقد. ج- أن تكون مجموع أخطاء هذه التقنية معلومة ومقبولة أي غير مؤثرة لكونها أخطاء بسيطة. كما طرحت المحكمة عدة أسئلة مختلفة في قضية *Daubert* بسبب طريقة جهاز *spectrographes* في التعرف على الأصوات، ومن ضمن هذه الأسئلة؛ هل الدليل المستمد من جهاز *spectrographes* يمكن اعتباره دليل علمي؟، وهل المقارنات التي يتم

الحصول عليها من خلال هذا الجهاز هي مقارنات دقيقة؟، وما هي الأخطاء المعروفة وما هي نسبة الأخطاء التي يمكن تجاوزها عند استعمال هذه الطريقة؟<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن المحكمة العليا الأمريكية بداية من سنة 1966 كانت تسمح باستخدام شريط التسجيل الهاتفي في الإثبات الجنائي لما يحتوي عليه من أقوال واعترافات، إلا أنها كانت ترفض في بداية الأمر بصمة الصوت كمخطط مطبوع ناتج عن شريط التسجيل الهاتفي كدليل إثبات ولعل السبب في ذلك كان يرجع إلى حداثة هذا الدليل آنذاك، لكن فيما بعد اعتمدت بصمة الصوت كدليل مادي للإدانة واعترفت المحكمة العليا والمحاكم الأمريكية بصمة عامة بنتائج البصمة الصوتية خاصة في مجموعة من الجرائم المتعلقة بالاختطاف والقتل وجرائم التآمر والتهديد لجهات الأمن العام والمضايقات والمعاكسات التليفونية<sup>(٢)</sup>.

وفي فرنسا عام ١٩٩٢ طلبت إحدى المدعيات من غرفة الاتهام في ديجون، la Chambre d'accusation de Dijon تحليل بصمة الصوت، إلا أن شهادة الخبراء المتعارضة في هذه الدعوى أدت برئيس محكمة الجنايات باستبعاد هذه الوسيلة كدليل في الدعوى<sup>(٣)</sup>. كما قررت محكمة

---

(1) D.MEUWLY, " Le Mythe de l'empreinte vocale", institut de police scientifique et criminologie, université de Lausanne, Suisse. Revue internationale de criminologie de police technique et scientifique. Genève, vol.56,n°3(juillet septembre2003), L'Internet sur le site: <http://www.dgsi.pt/bisp2.nsf/585dea57ef15465.p2a16..>

(٢) أنظر: د. يوسف الشيخ يوسف: حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة، القاهرة، دار نهضة مصر للنشر والطباعة، 1999، ص ٢٥٥ وما بعدها.

(3) BOË Louis-Jean, BIMBOT Frédéric, BONASTRE Jean-François, DUPONT Pierre, Des évaluations des systèmes de vérification du locuteur à la mise en cause des expertises vocales en identification juridique, op. cit. 14.

د. وسام أحمد السمروط: القرينة وأثرها في إثبات الجريمة، دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص ٣٣٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠١٧، المجلد الثالث (١٣٩٥)

استئناف باريس Cour d'appel de Paris في قضية Jérôme Prieto عام ١٩٩٧ الذي اتهم في قضية إرهابية (تدمير عدة سيارات تابعة للشرطة) بعد فحص اتصال تليفوني تم من خلال كابينة تليفون عمومي بجوار منزله ومقارنتها بصوته ، أن التعرف الصوتي على المتهم لا يمثل سوى مجرد قرينة على الاتهام لا تكفي بدون عناصر التحقيق أو المحاكمة الأخرى لتوجيه الاتهام إليه ، وبالتالي فإن الشك يفسر لمصلحة المتهم ، ثم قضت بكونه غير مذنب بعد أن حكمت عليه محكمة أول درجة بالسجن لمدة ثلاث سنوات كان قضى منها في الحبس الاحتياطي ما قرب من ١٠ شهور<sup>(١)</sup>.

وتعود أول قضية في القضاء البريطاني حكم فيها على أساس بصمة صوت مستمدة من التسجيلات الهاتفية سنة ١٩٧٦ في محكمة "وينكستر" ، حيث اتهم رجل بإجراء مكالمات هاتفية شريرة وهنا لم يكن هناك أي شك حول شرعية تسجيل الشرطة للمحادثات لذلك فقد أجري التسجيل على شريط سمعي وقد تم تحليل تردداتها في جامعة "ليدز" وكشفت التحليلات الطيفية عن عدد من التماثلات المتميزة التي أقيمت القاضي وأدان المتهم على أساسها ، وفي محاكمة جرت في اسكتلندا ، في نوفمبر عام ١٩٦٧ ، اتهم فيها رجل بأنه كان يطلق نفيير الجريق كاذبا ، وأدين بعد تحليل صوته بواسطة خبير أصوات انتدب من قبل المحكمة ، حيث قام هذا الخبير باستخدام ما يسمى المسح فوق الصوتي Sonagrammes<sup>(٢)</sup>. وفي عام ١٩٨٠ تبنى خبراء الأصوات البريطانيين في

- (1) BOË Louis-Jean, BIMBOT Frédéric, BONASTRE Jean-François, DUPONT Pierre, Des évaluations des systèmes de vérification du locuteur à la mise en cause des expertises vocales en identification juridique, op. cit. p. 15-16.
- (2) BOË Louis-Jean, BIMBOT Frédéric, BONASTRE Jean-François, DUPONT Pierre, Des évaluations des systèmes de vérification du locuteur à la mise en cause des expertises vocales en identification juridique, L'Internet sur le site=

ملتقى خبراء أصوات الأكاديمية البريطانية المبدأ التالي: "أن خبراء الأصوات يجب ألا يعتبروا أنفسهم خبراء في التعرف على متحدث حتى يثبتوا ذلك" (١). وفي مصر اعتبرت محكمة النقض المصرية التسجيل الصوتي هو بمثابة إقرار غير قضائي من صاحبه المطعون ضده الذي أنكر صوته، ففي هذه الحالة على الطاعنة أن تثبت صدوره منه، فعملية إثبات مطابقة التسجيل الصوتي الحديثة تتم بإجراء تحاليل فنية لكل من التسجيل الصوتي وصوت المطعون ضده للحصول على بصمة صوت كل منهما وإجراء المقارنة بينهما لمعرفة مدى المطابقة من عدمه حتى يتسنى الحكم بإسناد هذا التسجيل له أو عدم إسناده (٢) وهذا هو ما أكدته محكمة النقض بقولها "التسجيل الصوتي يعد ولا ريب إقراراً غير قضائي، ولما كانت الطاعنة تسلم في أسباب طعنها أن المطعون ضده قد أنكر أن هذا التسجيل خاص به، فإنه يجب على الطاعنة أن تثبت صدوره منه طبقاً للقواعد العامة في الإثبات في القانون المدني، وإذا كانت هذه القواعد توجب الحصول على دليل كتبي في هذا الصدد، فإن قضاء الحكم المطعون فيه بعدم جواز الإثبات بالبينة ينسحب على هذا التسجيل ويتطلب الرد عليه مادام لا يعد عنصراً مستقلاً من العناصر التي أبدى الحكم رأيه فيها" (٣).

وبالنسبة لبصمة المخ: وهي عبارة عن موجات، وإشارات مخية للمعلومات عن الجريمة الموجودة في الذاكرة الداخلية للإنسان والتي يتم

=[http:// www.afcp-parole.org/doc/Article-Langue.pdf](http://www.afcp-parole.org/doc/Article-Langue.pdf). 11-5-2000, p. 8 et s ; The Times, 25 novembre 1967.

د. وسام أحمد السمروط: القرينة وأثرها في إثبات الجريمة، المرجع السابق، ص ٣٣٢.  
(1) Nolan F. The phonetic bases of speaker recognition. Cambridge University Press, Cambridge Grande Bretagne, 1983, p. 17.

(٢) د. عبد الحميد الشواربي: الإثبات الجنائي في ضوء الفقه والقضاء، النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ١٥١.

(٣) نقض ٢٢ فبراير ١٩٧٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢١، رقم ٦٧، ص ٢٧٢.

تسجيلها وتحليلها عند استرجاع هذه المعلومات عن طريق الحاسب الآلي، وبالتالي يمكن التعرف على الفاعل الحقيقي، من خلال وضع المشتبه فيه أمام شاشة كمبيوتر تعرض أمامه أحداثاً متعلقة بالجريمة فتومض أمامه على شاشة الكمبيوتر<sup>(١)</sup>، مع تزامن ذلك مع النشاط العصبي في دماغه، وينتج عن ذلك صدور موجة كهربائية، يمكن قياسها عن طريق وضع مجسات، أو أجهزة إحساس على الرأس، وتكبير هذه الأجهزة<sup>(٢)</sup>. وهذه الوسيلة هي بالتأكيد ماسة بجسد الشخص وإرادته وتشبه إلى حد كبير جهاز كشف الكذب، ولذا فنحن نعطيها حكمه من كون مشروعيته متوقفة على موافقة المتهم على الأخذ بالنتائج المترتبة على استعماله كما يجب اعتباره مجرد قرينة لا ترقى إلى مرتبة الدليل الكامل، فلا بد من توافر دليل آخر إلى جانب قبول المتهم للنتائج المترتبة على استخدام هذه الوسيلة، ومعنى ذلك أن نتائج هذه الوسيلة تكون من قبيل الاستدلال ولا بد من التأكد من صدق المعلومات الصادرة عن الوسيلة<sup>(٣)</sup>، دون اعتبار هذه المعلومات دليلاً بذاتها للحكم بالبراءة أو الإدانة بموجبها<sup>(٤)</sup>. وقد اعتنق بعض الفقه المصري هذا الرأي<sup>(٥)</sup> حيث يرى أنه لا يكفي أن يكون المتهم قد أدلى باعترافه عن إرادة واعية بل يلزم أن تكون هذه الإرادة لم يباشر عليها أي ضغط من الضغوط التي تعيها أو تؤثر عليها، ويؤيد هذا الرأي، في نظرنا - نص المادة (٤٣) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ التي كانت تنص على أنه " لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو عملية على أي إنسان بغير رضائه الحر"، والتي يقابلها نص المادة ٦٠ من دستور مصر لسنة ٢٠١٤، والتي تنص على أنه "جسد الإنسان

(1) WANGER Anthony, Special topics in Brain and cognitive sciences, 2001, p. 205.

(2) <http://www.bilakovod.net/details12211.htm?print=1>.

(3) Revue internationale de droit, n° 3 et 4, 1972, P. 274.

(3) ELIAS Steve, Justice by machinem : living with lie detector tests, op. cit. p.1.

(٥) أنظر في ذلك: د. حسين محمود إبراهيم: النظرية العامة للإثبات العلمي، المرجع السابق، ص ١٣٣.

حرمة، والاعتداء عليه، أو تشويهه، أو التمثيل به، جريمة يعاقب عليها القانون. ويحظر الاتجار بأعضائه، ولا يجوز إجراء أية تجربة طبية، أو علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق، ووفقاً للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية، على النحو الذي ينظمه القانون".

أما بالنسبة للبصمة النفسية: فنظراً لاعتمادها على تحليل النمط الإجرامي لمجرم ما وتحليل شخصيته لمعرفة هويته من خلال طريقة وأسلوب ارتكابه المتكرر للجريمة، فنحن نرى أن هذه الوسيلة لا تتعرض لشخص أو جسد المتهم وبالتالي فليس لها تأثير على إرادته، مما يستتبع مشروعيتها كوسيلة إثبات في المواد الجنائية متى تم الحصول عليها بالوسائل المشروعة، وبحيث تخضع كغيرها من وسائل الإثبات الجنائي لتقدير القاضي وقناعته بها خاصة إذا ما ساندتها غيرها من الأدلة.

### الفصل الثاني

## مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حرمة

### الحياة الخاصة

تتنوع الوسائل العلمية الحديثة التي تحمل بين طياتها معنى الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للفرد إلى نوعين: الأول ويشمل: الوسائل السمعية والبصرية، سواء كانت الوسائل سمعية فقط وما يندرج تحتها من أساليب لمراقبة المحادثات التليفونية أو تسجيلها، أم كانت الوسائل بصرية فقط وما يندرج تحتها من أساليب التصوير المختلفة والمتطورة والتي تتميز بقدرة هائلة على تسجيل ونقل جميع الأوضاع التي يمكن أن يتخذها الفرد في حياته الخاص، أم كانت الوسائل سمعية وبصرية في آن واحد وما يندرج تحتها من اجتماع خصائص سمعية وبصرية معاً. الثاني ويشمل: وسائل مراقبة البيانات والمعلومات المخزنة بواسطة الأجهزة والآلات، والتي يتم من خلالها تتبع البيانات والمعلومات المخزنة بواسطة الأجهزة والآلات، الخاصة بالأشخاص، كالكامبيوتر والتليفون ووسائل الاتصال الحديثة، حتى لو تم حذفها عن طريق مخزنها، بما يمثل

اعتداء على حرته وإرادته في عدم وقوع هذه البيانات في يد من لا يريد، واعتداء على حرمة حياته الخاصة بالتعدي على أسرارها وخصوصياتها. ويعد الحق في حرمة الحياة الخاصة من أهم حقوق الإنسان في المجتمعات الحديثة، ولذا تهتم الدول بحماية هذا الحق بالمحافظة على حقوق وحرية الأفراد وتصديرها دساتيرها وتشريعاتها المختلفة. وقد حرصت المواثيق الدولية والإقليمية على إبراز حرمة الحياة الخاصة وأهمية صيانتها<sup>(١)</sup>. كما تعاقب أغلب القوانين الجنائية كل من ينتهك حرمة الحياة الخاصة للأفراد، وعلة ذلك هي حق كل شخص في أن تكفل حياته الخاصة حمايتها من قبل القوانين المختلفة<sup>(٢)</sup>. وتتعدد مظاهر الحق في حرمة

(١) أنظر على سبيل المثال: المادة ١٨ من الإعلان ١٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أن "لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات"؛ وكذلك المادة ١٧ من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي تنص على أنه "١- لا يجوز تعريض أي شخص، على نحو تعسفي أو غير قانوني، لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأبي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته. ٢- من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس".؛ وكذلك المادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص على أن "١- لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته. ٢- لا يجوز للسلطة العامة أن تتعرض لممارسة هذا الحق إلا وفقا للقانون وبما تملبه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الجمهور أو الرخاء الاقتصادي للمجتمع، أو حفظ النظام ومنع الجريمة، أو حماية الصحة العامة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحرية".؛ وكذلك المادة ١٨ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الميثاق عن إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام لسنة ١٩٩٠ والتي تنص على أن "أ- لكل إنسان الحق في أن يعيش آمنا على نفسه ودينه وأهله وعرضه وماله. ب- للإنسان الحق في الاستقلال بشؤون حياته الخاصة في مسكنه وأسرته وماله واتصالاته، ولا يجوز التجسس أو الرقابة عليه أو الإساءة إلى سمعته وتجب حمايته من كل تدخل تعسفي. ج- للمسكن حرمة في كل الأحوال ولا يجوز دخوله بغير إذن أهله أو بصورة غير مشروعة، ولا يجوز هدمه أو مصادرته أو تشريد أهله منه".

(٢) أنظر على سبيل المثال: المادتين ٣٠٩ مكرر و٣٠٩ مكررا (أ) من قانون العقوبات المصري، والمادة ٢٢٦-١ إلى ٢٢٦-٩ من قانون العقوبات الفرنسي؛ د. ممدوح خليل بحر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص ٢٤٦، ٣١٤، ٣١٥ =



الحياة الخاصة، وتأتي حرمة المسكن في مقدمة مظاهر الحياة الخاصة التي تطرقت الدساتير إلى ضمان حمايتها باعتبار أن الفرد لا يأمن على حرته الشخصية أو حياته أو حرمة جسده ما لم يكن آمناً على حياته الخاصة ولذلك تمتد الحماية إلى المسكن أو المأوى الذي يخلد إليه، كما تمتد حماية الحياة الخاصة لحرمة المراسلات والمحادثات الشخصية، وهذا ما أكدته المادة ٥٧، و ٥٨ من دستور مصر لسنة ٢٠١٤، حيث نصت المادة ٥٧ على أن "للحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس. وللمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها، أو الاطلاع عليها، أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محددة، وفي الأحوال التي بينها القانون"، كما نصت المادة ٥٨ على أن "للمنازل حرمة، وفيما عدا حالات الخطر، أو الاستغاثة لا يجوز دخولها، ولا تفتيشها، ولا مراقبتها أو التنصت عليها إلا بأمر قضائي مسبب، يحدد المكان، والتوقيت، والغرض منه، وذلك كله في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية التي ينص عليها، ويجب تنبيه من في المنازل عند دخولها أو تفتيشها، وإطلاعهم على الأمر الصادر في هذا الشأن". غير أنه إذا كان المبدأ العام هو حماية حياته الإنسان

---

د. محمد أبو العلا عقيدة: مراقبة المحادثات التليفونية، دراسة مقارنة في تشريعات الولايات المتحدة، إنجلترا، إيطاليا، فرنسا، مصر، القاهرة، دار الفكر العربي، 1994، ص ٥ - ٦؛ د. محمد أبو العلا عقيدة: الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر في 22 يولييه 1992 و المطبق ابتداء من أول مارس 1994، و الذي حل محل تفنين نابوليون الصادر في فبراير 1810، القاهرة، دار الفكر العربية، ١٩٩٧، ص ٧ و ما بعدها؛ وأنظر في حرمة الحياة الخاصة في الفقه والقضاء الفرنسي والإنجليزي:

LOLIES Isabelle: La protection pénale de la vie privée, Université Aix-Marseille, 1999, PUAM, 1999 n°2, p.15 et s ; DECKER Micheline, Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droit français, allemand et anglais, Université Panthéon - Assas (Paris II), Paris, 2000, P . 490 et s ; SEIPP D.J., "English Judicial Recognition of a right to privacy", 1983, OJLS Vol 3, p. 374.

الخاصة ومراسلاته ومحادثاته وغير ذلك من صور الاتصال، إلا أن هذه الحماية ليست مطلقة كما أن ممارسة الحق في حماية الحياة الخاصة ليست بدوره مطلقاً وإنما هناك حالات يميز فيها القانون الحد من الحماية المقررة لحياة الإنسان الخاصة أو الاعتداء عليها أحياناً، ولتحقيق التوازن بين حق الإنسان في الحياة الخاصة وحق المجتمع ومتطلبات المصلحة العامة في الكشف عن بعض الخصوصيات أو المحادثات ضمنّت الدساتير المختلفة أن يكون دخول المنزل أو تفتيشه بأمر قضائي مسبب ووفقاً للقانون، كما حظرت مصادرة المراسلات والمحادثات وغيرها من وسائل الاتصال أو الإطلاع عليها أو مراقبتها إلا بأمر قضائي<sup>(١)</sup>.

وفي ضوء التقسيم السابق سنتحدث عن مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حرمة الحياة الخاصة في مبحثين: فخصص الأول منهما لمشروعية الوسائل السمعية والبصرية في الإثبات الجنائي، والثاني منهما لمشروعية وسائل مراقبة المعلومات والبيانات في الإثبات الجنائي.

### المبحث الأول

#### مشروعية الوسائل السمعية والبصرية في الإثبات الجنائي

تشتمل الوسائل السمعية والبصرية في مجال الإثبات الجنائي على أجهزة التنصت والمراقبة الصوتية والبصرية، والتي يندرج تحتها تسجيل

(١) د. محمد محيي الدين عوض: حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٤٨؛ د. مصطفى العوجي: حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص ٦٢٠ - ٦٢١؛ وأنظر المادة ٥٧ من دستور مصر لسنة ٢٠١٤ التي تنص على أن "لحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس. وللمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها، أو الإطلاع عليها، أو مراقبتها إلا بأمر قضائي مسبب، وبلدة محددة، وفي الأحوال التي بينها القانون. كما تلتزم الدولة بحماية حق المواطنين في استخدام وسائل الاتصال العامة بكافة أشكالها، ولا يجوز تعطيلها أو وقفها أو حرمان المواطنين منها، بشكل تعسفي، وينظم القانون ذلك".

ومراقبة المكالمات والمحادثات سواء كانت تليفونية أم غير ذلك<sup>(١)</sup> من خلال الميكروفونات الدقيقة وصغيرة الحجم، وكذلك التقاط الصورة سواء كانت الصورة ثابتة وهي غالباً الصورة الورقية المعتادة، أم سواء كانت رقمية من خلال كاميرات المراقبة أو الأجهزة الحديثة الأخرى لالتقاط الصورة المتحركة كالأقلام المزودة بكاميرا أو أجهزة تسجيل، أو أجهزة الراديو صغيرة الحجم، وكالتليفون المحمول وغير ذلك، وقد يتم التصوير باستخدام أشعة غير مرئية أو تصويراً ضوئياً، وهناك العديد من الأجهزة التي يمكن دسها في ملابس الشخص بدون علمه، وقد تكون هذه الأجهزة مرتبطة بتليفون أو كاميرا خارجية أو بالقمر الصناعي مباشرة مما يتيح البث المباشر لما يحدث أمامها<sup>(٢)</sup>.

وقد درج الفقه على تناول أحكام الوسائل السمعية والبصرية في ذات السياق باعتباره أن لهما ذات الأحكام، ولذا فقد جرى العمل على إصدار الأذون بتصوير الأحاديث استناداً إلى المادتين ٩٥ و ٢/٢٠٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، وذلك قياساً على تسجيل الأحاديث<sup>(٣)</sup>، ويبدو أن محكمة النقض قد اعتمدت المساواة بين تسجيل

---

(١) تختلف مراقبة المكالمات التليفونية عن التسجيل الصوتي، في أن الأولى تتم دائماً خلسة وبدون علم الشخص المراقب، كما يتعدى التسجيل فيها الشخص المراقب إلى الطرف الآخر في المكالمة، وأخيراً تقتصر مراقبة المكالمات التليفونية على الأحاديث الصادرة من خلال التليفون سواء كان عادياً أو محمولاً في حين أن التسجيل الصوتي يتعدى ذلك لجميع الأحاديث التي يجريها الشخص في أي مكان وبأي وسيلة.

(٢) يوجد العديد من وسائل المراقبة والتنصت السمعية والبصرية، وتعد أشكالها وأحجامها، أنظرا في ذلك: د. ممدوح خليل بحر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص ١١ - ١٤؛ د. مبدد الويس: أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة، المرجع السابق، ص ٢٧ - ٣١؛ د. سمير الأمين: مراقبة التليفونات والتسجيلات الصوتية والمرئية، الطبعة الثانية، دار الكتاب النهمي، مطابع المجموعة المتحدة، ٢٠٠٠، ص ٨ - ٩؛ د. كوثر أحمد خالندا: الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، المرجع السابق، ص ٢١٥ وما بعدها؛ وأنظر أيضاً:

DONNER Frank J, The age of surveillance, Washington DC, 1981, pp. 111-112.

(٣) ومع ذلك يرى بعض الفقه أن نص المادتين ٩٥ و ٢/٢٠٦ إجراءات جنائية يقتصر على مراقبة المحادثات أو إجراء تسجيل الأحاديث وهي ألفاظ تدل على الكلام=

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والانصافية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧، المجلد الثالث (١٤٠٣)

المحادثات الشفوية والسلكية واللاسلكية وبين التصوير حيث جاء في معرض حديثها عن طريقة إذن التسجيل " إنه من المقرر أن طريقة تنفيذ الإذن الصادر من النيابة العامة موكولة إلى عضو الرقابة الإدارية المأذون له بإجراء تسجيل المحادثات الشفوية والسلكية واللاسلكية والتصوير يجريها تحت رقابة محكمة الموضوع فله أن يستعين في تنفيذ ذلك بالفنيين ورجال الضبط القضائي وغيرهم بحيث يكون تحت إشرافه<sup>(١)</sup>. كما جاء في حكم آخر أنه من "أن المقرر أن القانون لم يرسم شكلاً خاصاً لتسيب الإذن بتسجيل المحادثات الشفوية السلكية واللاسلكية والتصوير"<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك فقد اختلف الفقه في تحديد تسمية معينة لإجراء التنصت نظراً لحدائته، إذ ذهب جانب من الفقه إلى استخدام مصطلح "المراقبة الالكترونية"، أو استراق السمع الالكتروني، في حين ذهب جانب من الفقه في مصر إلى تسمية هذا الإجراء "بمراقبة الأحاديث وتسجلها"، وفي ذات الاتجاه ذهب رأي آخر إلى تسميتها "التنصت على

---

= فقط، فلا يمكن أن يمتد هذا الإجراء ليشمل تصوير اللقاء بين المتهم وغيره، ذلك أن التنصت ومراقبة الأحاديث يمثل مساساً جسيماً باحترام الحياة الخاصة، ولذلك فهو يعد استثناءً والاستثناء لا يجوز القياس عليه، من ثم فلا يجوز قياس التصوير على تسجيل المحادثات فإذا تم يكون دون سند من القانون مما يهدر الدليل المتحصل منه وتأكيداً لذلك فإن المشرع فرق في المادة 309 مكرراً من قانون العقوبات بين حماية الصوت وحماية الصورة فخصص فقرة مستقلة لكل منهما، ومن ثم فإن المشرع الإجرائي الذي ينظم تطبيق قانون العقوبات إذا تحدث عن الإذن بتسجيل الصوت فلا يمكن أن ينصرف إلى تسجيل الصورة (أنظر: د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، سنة 2006، ص 478؛ د. د. آدم عبد البديع آدم: الحق حرمة الحياة الخاصة، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي، دار النهضة المصرية، 2000، ص 673 وما بعدها، د. هشام محمد فريد رستم: الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، ١٩٨٦، ص 130 وما بعدها).

- (١) الطعن رقم 50614 لسنة 74 ق، جلسة ٢٠٠٥/١١/١٦.
- (٢) الطعن رقم 20502 لسنة 69 ق، جلسة ٢٠٠٠/١٠/١٦؛ مجلة المحاماة، العدد الثاني، ٢٠٠٢.

المحادثات الخاصة"، كما درج رأي آخر إلى تسمية هذا الإجراء "التنصت والرقابة الالكترونية"، وقد اتجه المشرع المصري إلى تسمية هذا الإجراء "بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية وإجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص"<sup>(١)</sup>.

كما اختلف الفقه في مشروعية استخدام وسائل التنصت والمراقبة في مجال الإثبات الجنائي، بين رافض ومؤيد، كالاتي:

أ. الاتجاه الرافض لاستخدام أجهزة التنصت في مجال الإثبات الجنائي: يرى أنصار هذا الاتجاه أن استخدام الوسائل العلمية المتمثلة في أجهزة التنصت والمراقبة في مجال الإثبات الجنائي يعد باطلاً باعتباره يجافي قواعد الأخلاق ويخالف المبادئ العامة في القانون، فضلاً عن مخالفته لنصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية<sup>(٢)</sup>، بالإضافة إلى أن الاعتماد على هذه الوسائل ينطوي على اعتداء حقيقي على خصوصية الإنسان، لذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أن إفلات المجرم من العقاب أفضل بكثير من استخدام هذه الوسائل غير المشروعة<sup>(٣)</sup>. كما أن استخدام أجهزة التنصت والمراقبة يفتح الباب للتعسف من قبل الجهات الأمنية ويعطي لها الفرصة لتزوير التسجيلات بصورة تضر بحقوق الخاضع لها، حيث يمكن بسهولة حذف مقاطع أو إضافتها أو إعادة تركيب جمل أو عبارات أو مقاطع فيديو أو تقليد الأصوات بمهارة وكفاءة

---

(١) أنظر في ذلك: د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٢.

(٢) د. محمد زكي أبو عامر الإثبات في المواد الجنائية: محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، الفنية للنشر بالإسكندرية ١٩٨٥؛ د. عادل عبد العال خراشي: ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٦، ص ٣٦٠.

(٣) د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٣١.

بما يغير المضمون الأصلي<sup>(١)</sup>، كما أن هذا الإجراء فيه مخالفة لمبدأ النزاهة في الحصول على الدليل وهو في الواقع يعد نوعاً من الغش والخداع، إضافة لإخلاله بحقوق الدفاع، وبالتالي يجب على ممثلي السلطة أن يترفعوا عن استخدامه<sup>(٢)</sup>. ولقد وصف القاضي Holmes في المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية استخدام أجهزة المراقبة في قضية Olmstead بأنه "عمل قذر"<sup>(٣)</sup>. كما وصف المؤتمر الدولي السادس عشر لقانون العقوبات المنعقد في روما عام ١٩٥٣ عملية تسجيل المكالمات والأحداث الشخصية في التحقيقات الجنائية بأنها عمل غير مشروع متى تم بناءً على إيهام الخاضع له عمداً بأنه غير مراقب أو حملوا على هذا الإيهام<sup>(٤)</sup>، كما أعلن المؤتمر العام لليونسكو في دورته الخامسة عشر عام ١٩٦٨ أن بعض الاستخدامات العلمية والتكنولوجية الحديثة Scientifiques et Technologies Modernes مثل أجهزة التسجيل المضغرة ومراكز التنصت تجعل حقوق الإنسان مهددة خاصة حقه في الحياة الخاصة<sup>(٥)</sup>.

ب - الاتجاه المؤيد لاستخدام أجهزة التنصت والمراقبة: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن استخدام أجهزة التنصت والمراقبة في مجال الإثبات الجنائي يعتبر من الوسائل الفعالة لمكافحة الجريمة، وذلك نظراً

- (١) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٥؛ د. محمود خليل بجر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص ٥٤١ - ٥٤٢.
- (٢) د. عادل عبد العال خراشي: ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص ٣٦٠.
- (٣) د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٩.
- (٤) د. كوثر أحمد خالندا: الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، المرجع السابق، ص ٢٦٨.
- (٥) د. محمود خليل بجر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص ٦١٩.

للتنمؤ المطرد في معدلات الجريمة، الأمر الذي يجب معه اختيار الوسيلة المناسبة لمكافحتها والقول بغير ذلك سوف يؤدي إلى الجمود في مواجهة الإجرام. كما أن هذه الوسائل هي نتاج التطور العلمي الذي بات يغزو شتى مناحي الحياة، ولا ينبغي أن يتخلف مجال الإثبات الجنائي عن ركاب هذا التطور، باعتبار أن استخدام أجهزة التنصت والمراقبة من شأنه أن يؤدي إلى تطور أساليب البحث والتحقيق الجنائي. ولذلك قام الفقيه Silver بالرد على القاضي Holmes الذي اعتبر استخدام أجهزة المراقبة عمل قذر بالقول "ولكن لا أحد ينكر أن القتل والاتجار بالمخدرات وابتزاز الأموال وغيرها من الأفعال الإجرامية ليست إلا أعمال أشد قذارة، فالجريمة زادت معدلات ارتكابها خاصة الجريمة المنظمة، فإذا عزمنا على محاربتها فيجب أن لا نتردد في تمكين رجال الشرطة من حمل سلاح المراقبة التليفونية"<sup>(١)</sup>. كما يؤكد أنصار هذا الاتجاه أن اللجوء إلى استخدام أجهزة التنصت هو أمر ضروري لتحقيق التوازن بين حق المجتمع في كشف الجريمة، وبين الحق في الخصوصية واحترام الحياة الخاصة للمتهم، وهو ما لا يتم إلا بتقرير شرعية المراقبة، باعتبار أن حق الإنسان في الخصوصية ليس حق مطلق، بل هو مقيد بالمصلحة العامة، مما يستلزم وجود توازن دقيق بين الحقيقتين.

ونحن نرى أن مسألة مشروعية المراقبة والتنصت تحكمها قاعدة عامة واستثناء، والقاعدة العامة مفادها منع الإجراء لما فيه من انتهاك لحق الفرد في الخصوصية وحرمة حياته الخاصة. أما الاستثناء فمفاده جواز هذا الإجراء في حالات الضرورة وبأمر قضائي، ولمدة محددة، ويهدف كشف الحقيقة وتحقيق مصلحة المجتمع وخاصة في الجرائم الخطرة كالجرائم الماسة بأمن الدولة والجرائم الإرهابية<sup>(٢)</sup>. وهذا ما أخذ به المشرع الأمريكي في

(١) د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٩ وما بعدها.

(٢) د. توفيق محمد الشاوي: حرمة الحياة الخاصة ونظرية التفتيش، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٦ وما بعدها؛ د. ياسر الأمير =

قانون جرائم السيارات وأمن الطرق Omnibus Crime Control And Safe Streets Act لعام ١٩٦٨ ، وكذلك قانون مراقبة الاستخبارات الأجنبية foreign intelligence surveillance act لعام ١٩٧٨<sup>(١)</sup>. حيث أجاز القانون الأول في المادة ٢٥١٦ منه للنائب العام أو وكيله، استراق السمع أو التنصت بأمر من القاضي الفيدرالي وذلك في الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو السجن لمدة تزيد عن سنة في قضايا التجسس وحماية الطاقة الذرية والتخريب والخيانة وأعمال الشغب وجرائم القتل والسرقة والخطف<sup>(٢)</sup>، وقد اشترط هذا القانون عدة شروط لذلك منها الحصول على إذن القاضي المختص ، ووجود احتمال كبير بقيام شخص بارتكاب جريمة أو أن يكون على وشك ارتكابها، وأن يكون هناك اقتناع مبني على أسباب معقولة بأنه ليس هناك فائدة مرجوة إذا ما تمت الاستعانة بأية وسيلة أخرى عادية. كما حدد قانون آخر صدر عام ١٩٧٠ مدة المراقبة بثلاثين يوماً، كما أصدر كل من ولاية New York وولاية New Jersey قانوناً يحدد الحالات التي بموجبها يتاح القيام بإجراء التنصت<sup>(٣)</sup>. كما صدر عام ٢٠٠١ قانون USA Patriot Act of 2001 في ٢٦ أكتوبر عام ٢٠٠١ عقب تفجيرات برجي مركز التجارة العالمي في ١١ سبتمبر عام ٢٠٠١. والذي تضمن نصوصاً تتعلق بالسماح بالمراقبة

---

=فاروق: مراقبة الأجداث الخاصة في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها؛ وانظر أيضاً:

BADINTER Robert, le droit et l'écoute électronique en droit français, paris. p.18, sur le site: <https://www.upicardie.fr/labo/curapp/revues/root/1/badinter.pdf>

BADINTER Robert, Le droit au respect de la vie privée, J.C.P.1968.1.2136.

(1)DONNER Frank J, The age of surveillance, op. cit., p.244.

(٢) د. مصطفى العوجي: حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص ٦٤٤.

(٣) د. ممدوح خليل بجر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص ٥٩٧ - ٥٩٨.



الالكترونية على استخدامات الانترنت، كما سمح بالتعاون وتبادل المعلومات بين سلطات التحقيق الفدرالية والمحلية فيما يخص المشتبه فيهم في نشاطات إجرامية داخل الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(١)</sup>. كما أخذ به المشرع الفرنسي عندما أقر بمشروعية التنصت ومراقبة المحادثات بصدر القانون رقم 91 / 646 في 10 يوليو سنة ١٩٩١ في محاولة منه لإحداث التوازن بين الحرية الفردية وحق المجتمع في توفير الأمن للأفراد<sup>(٢)</sup>. كما أخذ بهذا الاتجاه المشرع الإنجليزي في قانون احتجاز المكالمات الهاتفية عام ١٩٨٥ interception of communications act، الذي بموجبه يخول لوزير الداخلية سلطة التصريح بالتنصت لفترة محدودة لضرورة حماية الأمن القومي أو الاقتصاد الوطني أو لمنع جريمة أو للكشف عن جريمة ذات خطورة، كما نظم هذا القانون إجراءات التظلم أمام محكمة خاصة بالنظر في شرعية التنصت ومدى مطابقتها للقانون<sup>(٣)</sup>. كما أخذ بذلك المشرع المصري الذي أضفي المشروعية على إجراء المراقبة باعتباره استثناء من أصل عام وهو حرمة الحياة الخاصة، وتأسياً على ذلك نظم قانون الإجراءات الجنائية المصري هذا الإجراء بالمواد ٩٥ و 95 مكرر و 206 إلا أنه أحاطه بمجموعة من الضمانات أهمها الحصول على إذن قضائي، على ما سنرى لاحقاً.

وبالنسبة للقضاء، سواء في فرنسا أو في مصر، فقد تردد في بادئ الأمر في إقرار مشروعية استخدام وسائل التنصت والمراقبة، خاصة الهاتفية منها، باعتبارها تمثل انتهاكاً لحقوق الدفاع، إلا أنه استقر بعد ذلك على

---

(1) One Hundred Seventh Congress of the United states of America At the First Session. USA Patriot Act of 2001, on the site:

[https://www.steptoe.com/wbdoc.nsf/files/184/a/\\$file/184a.pdf](https://www.steptoe.com/wbdoc.nsf/files/184/a/$file/184a.pdf).

(2) Alescander maitrot de motte. Le droit au respect de la vie privée, sur le site: <http://asmp.fr> - Groupe d'études Société d'information et vie privée, 25/02/2012.p. 265.

(3) Malone V, united kingdom 1985 interception of communications act 1985, p. 200 & s.

مشروعية هذه الوسيلة بضوابط معينة أهمها الحصول على إذن من القاضي المختص.

ففي فرنسا، صدر عام ١٩٨٠ قرار Tourney<sup>(١)</sup> بمشروعية إجراء المراقبة على أن يتم ذلك تحت رقابة وإشراف قاضي التحقيق<sup>(٢)</sup>. وقد أكدت المحكمة شرعية التنصت التلفوني الذي قام به مأمور الضبط بناءً على إنابة قضائية متى اتخذ تحت رقابة وإشراف قاضي التحقيق، وأن هذا الإجراء لا ينطوي على إخلال بحق الدفاع<sup>(٣)</sup>. وقد أثار موقف محكمة النقض الفرنسية الكثير من الانتقادات باعتبار أن القرار الصادر سنة ١٩٧٠ الذي يضفي المشروعية على التسجيل الصوتي، وبالرغم من أنه يتفق مع أحكام المادة ٨١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، المعدلة بالقانون ٤٠٩/٢٠١٢ لسنة ٢٠١٢، التي تنص على إمكانية قيام قاضي التحقيق بكافة الأعمال المؤدية لإظهار الحقيقة<sup>(٤)</sup>، ولكنها تتعارض مع أحكام المادة ٢٢٦ - ١ من قانون العقوبات الفرنسي التي تعاقب كل من ينتهك حرمة الحياة الخاصة<sup>(٥)</sup>. وقد أدى هذا الأمر لتدخل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (CEDH) la Cour européenne des droits de l'Homme

(١) منذ قضية Tourney ومحكمة النقض الفرنسية تقبل بمشروعية إجراء المراقبة للمحادثات التليفونية والإطلاع على المراسلات: أنظر:

Cass. crim. 9 oct. 1980 ; D. 1981, p. 332, note J. Pradel ; JCP 1981, éd. G., II, n° 19378, note G. Di Marino.

(2) Pascal dourneau Josette, écoute téléphonique, Dalloz encyclopédie juridique, 2<sup>éd</sup> répertoire du droit pénal et procédure pénale, 2002. p4.

(٣) د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٦١.

(4) L'Art 81 du Code de procédure pénale français Modifié par LOI n°2012-409 du 27 mars 2012 - art. 4 déclare que "Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge".

(5) Roger errera, les origines de la loi française du 10 juillet 1991 sur les écoute téléphoniques, Paris. 2003, p852.

في 24 أبريل 1990 في قضيتي *krislin , huving* (١) وأصدرت حكمان بإدانة مراقبة المكالمات الهاتفية في فرنسا التي تمت بواسطة قاضي التحقيق لمخالفتها أحكام المادتين ٢ و ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، باعتبار أن الضمانات المستمدة من قضاء محكمة النقض غير كافية في نظر المحكمة لمنع التعسف. ومن هنا أدرك المشرع الفرنسي أنه يجب عليه إصدار قانون ينظم مراقبة المحادثات الهاتفية، كي لا يتكرر إدانة فرنسا من قبل المحكمة الأوروبية، فأصدر في 10 يوليو سنة ١٩٩١ القانون رقم ٩١/646 المنظم لمراقبة المحادثات (٢).

وفي مصر أهدر القضاء في قضية حمصي المشهورة عام ١٩٥٣ الدليل المستمد من استعمال التسجيل خفية على اعتبار أن ذلك يجافي قواعد الخلق القويم وتآباه مبادئ الحرية التي كفلتها كافة الدساتير، وهذه القضية تلخصت وقائعها في أنه كان هناك مجموعة بنوك يمتلكها أفراد منها بنك حمص، تقوم بتهريب الأموال إلى الخارج، فتقدم أحد مأموري الضبط القضائي إلى صاحب البنك للاتفاق معه على عملية التهريب، وقام بتسجيل ما دار بينه وبين مدير البنك من حديث، وتم القبض على مدير البنك وقدم للمحاكمة، إلا أن المحكمة أهدرت الدليل المستمد من التسجيل. إلا أن المحكمة كانت قد أشارت في قضائها إلى إمكانية استخدام التسجيل الصوتي في التحقيقات بشرطين: أولهما أن تستأذن النيابة العامة القاضي الجزائي، وثانيهما التأكد من وجود جريمة وقعت فعلاً (٣). إلا أنه وبعد صدور القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ المعدل

(1) CEDH 24 avril 1990, arrêts *Kruslin et Huvig c/ France*, req. 11801-85 ; D. 1990, p. 353 ; note J. Pradel ; Rev. sc. crim. 1990, p. 615, obs. L.E. Pettiti.

(2) Loi n° 91-646 du 10/07/1991 parue au JO n° 162 du 13/07/1991 ( rectificatif paru au JO n° 186 du 10/08/1991 ).

(٣) د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ١٠٤ - ١٠٥؛ د. سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٣١٩.

لقانون الإجراءات الجنائية لم يعد هناك خلاف حول مشروعية مراقبة الأحاديث الشخصية.

هذا وقد اختلف الفقه حول تكييف إجراء المراقبة السمعية والبصرية، وهل هو من قبيل التفتيش أم من قبيل ضبط الرسائل أو أنه إجراء مستقل بذاته. وقد ذهب محكمة النقض المصرية إلى اعتبار تسجيل المكالمات الهاتفية إجراء من إجراءات التفتيش، كما أن التسجيل الصوتي يتفق مع التفتيش فكلاهما يهدف إلى البحث عن الحقيقة، إضافة إلى ذلك فإن محل مباشرة التسجيل الصوتي هو نفس المحل الذي ينصب عليه التفتيش<sup>(١)</sup>. وهو ما أكدته المحكمة الفيدرالية العليا الأمريكية في قضية KATZ حين اعتبرت أن استعمال جهاز التنصت على المحادثات الخاصة يعتبر تفتيشاً مخالفه بذلك ما قضت به في قضية Olmstead حين اعتبرت التنصت التليفوني لا يندرج في نطاق التفتيش<sup>(٢)</sup>. في حين أيد بعض القضاء في فرنسا اعتبار المراقبة نوع من ضبط رسائل، حيث اعتبرت محكمة استئناف بيزانسون Cour d'appel de Besançon أن المحادثات التليفونية ما هي إلا رسائل منقولة عن طريق الراديو الكهربي، وتأخذ هذه المكالمات حكم المراسلات<sup>(٣)</sup>.

ولنرى مع جانب من الفقه أن إجراء الرقابة بأجهزة التسجيل للأحاديث الشخصية إنما هو إجراء من نوع خاص وهو مستقل عن غيره، لأنه وإن كانت المراقبة تتشابه في بعض النواحي مع التفتيش وضبط الرسائل، إلا أنها لا تتطابق معهما ولا تعبد منهما، باعتبار أن المراقبة ترد على الأحاديث وهي من الأشياء المعنوية، بينما التفتيش وضبط الرسائل يردان على الأشياء المادية، ولذلك لا يكفي لمشروعية

(١) الطعن رقم ٩٨٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٢.

(٢) د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(٣) د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ١٧٩.

المراقبة توافر الشروط والضمانات التي يتطلبها القانون لمباشرة التفتيش أو ضبط الرسائل، وإنما تتم المراقبة وفقا للشروط التي اقرها القانون لها ذاتها، كما سنرى لاحقا، بما يقطع أنها إجراء من نوع خاص، قد يلزم باتخاذها متى كان هناك فائدة ترجى من ورائها في الكشف عن الحقيقة<sup>(١)</sup>.

**ضوابط المراقبة السمعية والبصرية:** إن تحقيق التوازن بين حرمة الحياة الخاصة ومصصلحة المجتمع في إظهار الحقيقة ومنع الجريمة والتمتع بالأمن والأمان، يقتضي وضع مجموعة من الضوابط التي يتم بمقتضاها السماح بإجراء المراقبة السمعية والبصرية والحد من حق الأفراد في الخصوصية والحرية. وهذه الضوابط بعضها شكلي وبعضها موضوعي. وقد نص المشرع المصري على هذه الضوابط في المواد ٩٥ و٩٥ مكررا و٢٠٦ من قانون الإجراءات.

حيث تنص المادة ٩٥ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه "لقاضى التحقيق ... وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلوكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر. وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الإطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو لمدد أخرى مماثلة" كما تنص المادة ٩٥ مكرر<sup>(٢)</sup> على أنه "لرئيس المحكمة الابتدائية المختصة في حالة قيام دلائل قوية على أن مرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين ١٦٦ مكررا و٣٠٨ مكررا من قانون العقوبات قد استعان في ارتكابها بجهاز تليفوني معين أمر

---

(١) من أنصار هذا الاتجاه: د. السيد محمد سعيد: النظرية العامة في الدليل العلمي، ص 234؛ د. آدم عبد البديع آدم: الحق حرمة الحياة الخاصة، المرجع السابق، ص ٧١٣.

(٢) مضافة بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٩٥، الوقائع المصرية، العدد رقم ١٨ مكرر غير اعتيادي الصادر في ١٩٩٥/٣/٣.

بناءً على تقرير مدير عام مصلحة التلغرافات والتليفونات وشكوى المجني عليه في الجريمة المذكورة بوضع جهاز التليفون المذكور تحت الرقابة للمدة التي يحددها"، كما تنص المادة ٢٠٦ من ذات القانون على أنه "لا يجوز للنيابة العامة تفتيش غير المتهم أو منزل غير منزله إلا إذا اتضح من إمارات قوية أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة. ويجوز لها أن تضبط لدى مكاتب البريد وجميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود ولدى مكاتب البرق وجميع البرقيات وأن تراقب المحادثات السلوكية واللاسلكية وأن تقوم بتسجيلات لمحادثات جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو في جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر. ويشترط لاتخاذ أي إجراء من الإجراءات السابقة الحصول مقدماً على أمر مسبب بذلك من القاضي الجزئي بعد اطلاعه على الأوراق. وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الأمر بالضبط أو الاطلاع أو المراقبة لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً ويجوز للقاضي الجزئي أن يحدد هذا الأمر مدة أو مدداً أخرى مماثلة".

وباستقراء هذه المواد يتضح لنا أن أهم الضوابط التي وضعها المشرع المصري لمراقبة التسجيلات والمحادثات السلوكية واللاسلكية وهو ما ينطبق بدوره على المراقبة البصرية، ما يلي:

- الضوابط الشكلية للمراقبة السمعية والبصرية: تتمثل هذه الضوابط في ضرورة صدور أمر قضائي بالمراقبة وأن يكون مسبباً ولمدة معينة.

فالأمر بالمراقبة يجب أن يكون قضائياً بحيث يصدر من السلطة القضائية المختصة به وهي طبقاً للمواد السابقة، القاضي الجزئي، وقاضي التحقيق، والنيابة العامة؛ فالقاضي الجزئي له سلطة محددة في صدور الإذن منه فقط دون أن يقوم بإجراء التسجيل، فهذا من شأن النيابة العامة. وبالنسبة لقاضي التحقيق فإذا كان هو المباشر للتحقيق فتكون سلطته في هذا المجال أوسع من السلطة المخولة للقاضي الجزئي، إذن له الحق طبقاً لنص المادة (٩٥) إجراءات جنائية إصدار الإذن بالمراقبة وله أيضاً أن يندب لتنفيذها أحد رجال الضبط القضائي. أما النيابة العامة فسلطتها في مراقبة

التليفون مشروطة بالحصول أولاً على أمر مسبب بذلك من القاضي الجزئي طبقاً لنص المادة ٢٠٦ فقرة ٣ إجراءات جنائية، فإذا كانت النيابة العامة هي التي تتولي التحقيق ورأت ضرورة مراقبة المحادثات التليفونية الخاصة بالمتهم أو بعض المتهمين فعليها الحصول على إذن من القاضي الجزئي، وللنيابة العامة في هذه الحالة أن تباشر المراقبة بنفسها أو أن تندب أحد مأموري الضبط القضائي شريطة خضوع الأمر برمته لإشراف القاضي. ومما هو جدير بالذكر أن المشرع أجاز لجهات معنية غير قاضي التحقيق والنيابة العامة في أحوال محددة سلطة التحقيق، ومن ثم يثبت لهذه الجهات سلطة إصدار أمر المراقبة بعد الحصول مقدماً على أمر مسبب بذلك من القاضي الجزئي<sup>(١)</sup>.

كما يجب أن يكون إذن القاضي بمراقبة المحادثات مسيئاً<sup>(٢)</sup>، وذلك نظراً للطابع الاستثنائي لإجراء المراقبة، والمقصود بالتسبب هنا، بيان الأسانيد الواقعية والقانونية التي أدت إلى إصداره، أي بيان الفائدة المرجوة من المراقبة، لذلك يجب أن تكون أسباب أمر المراقبة جدية وكافية لاتخاذ إجراء المراقبة. ولم يرسم القانون شكلاً خاصاً لتسبب الإذن بتسجيل المحادثات الشفوية والسلكية واللاسلكية والتصوير<sup>(٣)</sup>.

كما يجب أن تكون مدة المراقبة محددة بمدة معينة، وهي ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو لمدد أخرى مماثلة. والهدف من تحديد المدة هو منع التعسف، ويتضمن إذن القاضي الجزئي أو أمر قاضي التحقيق بالمراقبة تحديد مدة المراقبة على نحو يلتزم بها مأمور الضبط الذي يباشر تنفيذ الأمر بالمراقبة، ويصدر الإذن بتجديد مدة المراقبة من القاضي الجزئي بعد أن تطلب منه النيابة العامة ذلك ويأمر قاضي التحقيق بالتجديد تلقائياً إذا كان

(١) د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية،

المرجع السابق، ص ٣٠٤ وما بعدها.

(٢) الطعن رقم ٨٧٩٢ لسنة ٧٢ ق - جلسة ٢٥/٩/٢٠٠٢.

(٣) نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٨٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٦، رقم

٢١٤، ص ١١٥٧.

هو المختص بالتحقيق، وعند تجديد مدة المراقبة يجب أن يكون الإذن بالتجديد أو الأمر به مبنياً على ضرورة استمرار المراقبة لكشف الحقيقة على النحو الذي تحدد بناءً عليه مدة هذه المراقبة ابتداءً.

- الضوابط الموضوعية للمراقبة السمعية والبصرية: وتتمثل هذه الضوابط في ضرورة أن يكون للمراقبة فائدة في ظهور الحقيقة، وأن تكون بصدد جريمة وقعت بالفعل، وأن تكون على قدر معين من الجسامه، كما يجب بالإضافة إلى ذلك توافر حالة الضرورة والدلائل الكافية.

فلا بد أن تكون مراقبة المحادثات ضرورية وذلك باعتبارها إجراءً استثنائياً من الأصل العام المتعلق بحرمة الحياة الخاصة، وتكون المراقبة كذلك متى كان لها فائدة في ظهور الحقيقة، وهو ما نصت عليه المادتان ٩٥ و٢٠٦ من قانون الإجراءات الجنائية بقولهما بصيغة واحدة «متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة». وعلى ذلك لا يكفي وقوع جريمة معينة لتبرير مراقبة المحادثات، بل يجب فضلاً عن ذلك أن تكون هناك فائدة حقيقية ترجى من ورائها في كشف الحقيقة أي وجود دلائل كافية، على أن المراقبة ستكشف غموض الجريمة، وتساعد على ضبط الجناة وسرعة تقديمهم للعدالة. وتقدير هذه الضرورة من حيث قيامها وزوالها خاضع لرقابة محكمة الموضوع باعتبار أن الضرورة تقدر بقدرها<sup>(١)</sup>. كما أن تقدير كفاية الدلائل على كشف المراقبة للحقيقة خاضع لرقابة محكمة الموضوع مستندة في ذلك للخبرة والمنطق، إذا لا يكفي المنطق المجرد لتقدير كفاية هذه الدلائل<sup>(٢)</sup>.

كما لا تجوز مراقبة المحادثات إلا بصدد جريمة معينة وقعت بالفعل، وترجحت نسبتها إلى متهم معين<sup>(٣)</sup>. كما يجب لمشروعية مراقبة

- (١) د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٥٤.
- (٢) د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٦٢، ٥٥٥.
- (٣) نقض ١١ نوفمبر ١٩٨٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٨، رقم ١٥٣، ص ٩٤٣.



المحادثات أن تكون هذه الجريمة على درجة من الجسامة، ولم يحدد القانون المصري أنواع الجرائم التي تبرر المراقبة، بل اتخذ من العقوبة معياراً لجسامة الجريمة<sup>(١)</sup>. فاشترط أن تكون مراقبة المحادثات التليفونية متعلقة بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر (المادتان ٩٥ و ٢٠٦ إجراءات جنائية)، وهي الجرائم التي يجوز فيها الحبس الاحتياطي. فالمراقبة إذن تجوز في جميع الجرائم التي يجوز فيها الحبس الاحتياطي. كما أجازت المادة ٩٥ مكرر "لرئيس المحكمة الابتدائية المختصة في حالة قيام دلائل قوية على أن مرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين ١٦٦ مكررا و ٣٠٨ مكررا من قانون العقوبات قد استعان في ارتكابها بجهاز تليفوني معين أمر بناءً على تقرير مدير عام مصلحة التلغرافات والتليفونات وشكوى المجني عليه في الجريمة المذكورة بوضع جهاز التليفون المذكور تحت الرقابة للمدة التي يحددها". والجرائم المنصوص عليها المادتين ١٦٦ مكررا و ٣٠٨ مكررا من قانون العقوبات هي إزعاج الغير بإساءة استعمال أجهزة المواصلات التليفونية، وقذف الغير بطريق التليفون.

#### عدم صلاحية وسائل التصوير لإثبات جريمة الزنا: إذا كنا قد انتهينا

إلى أن الدليل المستمد من الوسائل السمعية والبصرية كالسجّل الصوتي والتصوير الفوتوغرافي أو الرقمي بوسائل التقنية الحديثة لا يعد سوى قرينة تخضع لقناعة القاضي بها<sup>(٢)</sup>. إلا أن الأمر قد يشير بعض الصعوبات بصدد إثبات جريمة الزنا من خلال التصوير، حيث حدد القانون وسائل معينة لإثبات هذه الجريمة أخذاً من الشريعة الإسلامية صاحبة الحكم الأساسي

(١) حدد المشرع الفرنسي هذه الجسامة في المادة ١٠٠ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بأنها الجنائيات أو الجنح التي تزيد عقوبتها أو تعادل سنتين حبس، وقد أضيفت هذه المادة بالقانون رقم ٦٤٦/٩١ الصادر بتاريخ ١٠ يوليو سنة ١٩٩١، أنظر:

BOLZE Pierre, Le droit à la preuve contraire en procédure pénale, op. cit., p. 369.

(٢) د. أحمد ضياء الدين محمد خليل: مشروعية الدليل في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ١٤٣.

في هذه الجريمة. ومن أهم هذه الصعوبات مدى قبول التصوير الفوتوغرافي كدليل أو مجرد قرينة لإثبات هذه الجريمة خاصة في زماننا هذا الذي كثرت فيه الحيل التصويرية وزادت فيه تقنيات التلاعب بالصورة من خلال البرامج الحديثة كبرنامج "الرسام Painter" على الكمبيوتر أو برنامج المصور أو محل التصوير "الفوتوشوب Photoshop"، حيث يمكن القول بأن الجمع بين رجل وامرأة في وضع مخل في صورة واحد أصبح أمراً "ميسوراً جداً"، حتى ولو لم يكن هناك علاقة تجمع بينهما أو حتى ولو لم تشاهد المرأة الرجل أو الرجل المرأة مطلقاً ولم يقفاً معاً مطلقاً أمام كاميرا تصوير.

إذا كان يصح في الدعاوى الجنائية بصفة عامة الاستشهاد بالصور الفوتوغرافية للأوراق متى كان القاضي قد اطمأن من أدلة الدعوى ووقائعها إلى أنها مطابقة تمام المطابقة للأصول التي أخذت عنها، وتقديره في هذا الشأن لا تصح المجادلة فيه لدى محكمة النقض لتعلقه بموضوع الدعوى وكفاية الثبوت فيها<sup>(١)</sup>، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لجريمة الزنا، حيث لا يمكن أن تصلح الصور الفوتوغرافية كدليل لارتكاب جريمة الزنا، لأن القانون تشدد - بحق - كما تشددت الشريعة الإسلامية الغراء وغيرها من الشرائع في أدلة الزنا، فلم يقبل من الحجج سوى القبض على المتهم متلبساً بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم<sup>(٢)</sup>. وهذا ما أكدته المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات المصري هذا الأمر بنصها على الأدلة المقبولة لإثبات جريمة الزنا على سبيل الحصر والتي ليس من بينها الصور، وذلك بقولها "الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض

(١) نقض ١٤ يناير ١٩٩٨، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٤٩، رقم ١٤،

ص ٩٦؛ الطعن رقم ٦٩٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٩/٥/١٩٤١.

(٢) الطعن رقم ٢٢٤٠ لسنة ٤٧ مجموعة عمر ٢٢ صفحة رقم ١٥٥ بتاريخ

١١ - ١٢ - ١٩٣٠

عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم".  
كما أثار الصور الفوتوغرافية صعوبة أخرى في جريمة الزنا حول مدى اعتبارها دليلاً ورقياً أو من المكاتيب أو الأوراق التي أشارت المادة ٢٧٦ عقوبات وبالتالي تثبت بها جريمة الزنا. وقد رفضت محكمة النقض المصرية اعتبار الصور الفوتوغرافية دليلاً ورقياً أو من المكاتيب أو الأوراق التي أشارت المادة ٢٧٦ عقوبات وبالتالي تثبت بها جريمة الزنا، حيث لا يمكن قياس الصورة الفوتوغرافية على المكاتيب و الأوراق لأن المشتراط في هذه المكاتيب والأوراق مع دلالتها على الفعل أن تكون محررة من المتهم نفسه<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثاني

#### مشروعية وسائل مراقبة البيانات والمعلومات في الإثبات الجنائي

يقصد بوسائل مراقبة البيانات والمعلومات في الإثبات الجنائي الوسائل التي تعتمد على البيانات والمعلومات المستخرجة من الحاسب الآلي أو الانترنت بما في ذلك أية وسيلة لها اتصال بالانترنت كالتليفون المحمول ومتشابهاته كالأبي باد والتابلت، وكذلك المعلومات والبيانات المتواجدة على مواقع التواصل الاجتماعي، كالفيس بوك والتويتر وغيرهما، باعتبار أن هذه البيانات تعتمد في تناقلها وتبادلها على شبكة المعلومات الدولية "الانترنت". ومن المعلوم أن هذه الوسائل السابق الإشارة إليها ترتبط بالحياة الخاصة للإنسان. حيث تتعلق هذه الوسائل بالحق في الخصوصية الذي يعد من أبرز مظاهر الحياة الخاصة ولذا فقد أجازت التشريعات الجنائية المختلفة الحصول على الدليل من هذه الوسائل مع مراعاة قواعد التفتيش التي يقررها القانون لأنها إما أن تتعلق من ناحية

(١) الطعن رقم ٢٢٤٠ لسنة ٤٧ مجموعة عمر ٢٢٠٢ صفححة رقم ١٥٥ بتاريخ ١١ - ١٢ - ١٩٣٠.

بحرمة المسكن الذي يجري التفتيش فيه<sup>(١)</sup>، أو من ناحية أخرى بجرمة المراسلات والمخاطبات وسريتها. وبيان مشروعية وسائل مراقبة البيانات والمعلومات في الإثبات الجنائي تقتضي منا الحديث أولاً عن شروط مشروعية الدليل المستمد من تفتيش وسائل مراقبة البيانات والمعلومات، وثانياً، حجية وسائل مراقبة البيانات والمعلومات في الإثبات الجنائي. وذلك في مطلبين متتاليين.

### المطلب الأول

#### شروط مشروعية الدليل المستمد من تفتيش وسائل مراقبة البيانات والمعلومات

يشترط لمشروعية الدليل المتحصل من تفتيش وسائل مراقبة البيانات والمعلومات كالحاسب الآلي والإنترنت حتى، مجموعة من الشروط أهمها ما يلي :-

أولاً: أن يتم الحصول على الدليل بطريقة غير مخالفة لأحكام الدستور وقانون الإجراءات<sup>(٢)</sup>: فصيانة كرامة الإنسان وحماية حقوقه

---

(١) أنظر فيما يخص التفتيش عن المعلومات في وسائل التقنية الحديثة: د. هلالى عبد اللاه أحمد: تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمائم المتهم المعلوماتي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٧ ص ٧٣ وما يليها؛ د. بكرى يوسف بكرى: التفتيش عن المعلومات في وسائل إتقنية الحديثة، المرجع السابق، ص ٥٥ وما بعدها. وانظر في الفقه الفرنسي:

FOURMENT F, Procédure pénale, " La perquisition du disque d'un ordinateur à chaud , CPU, Paris 2002, 2003, mise à jour de printemps "avril" 2003 p. 5 et s .

(٢) أنظر في مشروعية الدليل المستمد من التفتيش: د. رمزي رياض عوض: مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة وما قبلها، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٨٥ وما بعدها؛ د. أحمد عوض بلال: قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية ٢٠٠٨، ص ١٦ وما بعدها؛ د. محمد أمين فلاح الخرشنة: مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٩.

تعتبر من أهم الأهداف التي تحرص الدساتير الحديثة على تحقيقها، ولذا فهي تتضمن دائماً نصوصاً تنظم القواعد الأساسية في الإجراءات التي تمس هذه الكرامة أو هذه الحقوق كالاستجواب والقبض والتفتيش والحبس الاحتياطي، بحيث يقيّد بها المشرع الجنائي فيما يخص تطبيق الإجراءات الجنائية. ولذا نص الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ في المادة ٥٨ منه على حرمة المنازل بقولها إن: "للمنازل حرمة، وفيما عدا حالات الخطر، أو الاستغاثة لا يجوز دخولها، ولا تفتيشها، ولا مراقبتها أو التنصت عليها إلا بأمر قضائي مسبب، يحدد المكان، والتوقيت، والغرض منه، وذلك كله في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية التي ينص عليها، ويجب تنبيه من في المنازل عند دخولها أو تفتيشها، وإطلاعهم على الأمر الصادر في هذا الشأن"، وكذلك نصت المادة (٥٧) من ذات الدستور على حرمة المراسلات بقولها "للحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس. وللمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة؛ ولا تجوز مصادرتها، أو الاطلاع عليها، أو مراقبتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محددة، وفي الأحوال التي يبينها القانون". فهذه النصوص الواردة في الدستور هي نصوص ملزمة للمشرع الجنائي عند وضع قواعد الإجراءات الجنائية فلا يجوز له الخروج عليها. وكذلك فإن إجراءات الحصول على الأدلة الجنائية يجب أن تكون ضمن الإطار العام الذي حدده الدستور وإلا فإن الدليل المستمد بطريق مخالف للأحكام الواردة في الدستور يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به كما أن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولذا نرى - من بعض الفقه - ضرورة أن يقوم المشرع الجنائي - خاصة العربي - كالمصري والأردني، بتضمين قانون الإجراءات الجنائية، نصوصاً إجرائية تتكفل بحماية الحياة الخاصة المخزونة في الكمبيوتر والإنترنت، بحيث تمنع اقتحام

الملفات الشخصية بدون سند قانوني، حماية للحقوق والحريات الفردية التي كفلها الدستور، بالإضافة إلى المواثيق الدولية<sup>(١)</sup>. ومن الجدير بالذكر أن قانون الإجراءات الجنائية قد رتب البطلان لكل إجراء يقع بالمخالفة لمبدأ مشروعية الحصول على الدليل. ومن ذلك ما قضت به المادة ٢/٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصري بقولها "وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه". فلا يجوز للقاضي الجنائي أن يستند في حكمه بالإدانة إلى أي دليل تم الحصول عليه بطرق غير مشروعة، مثل الإكراه أو التهديد أو كان تقديمه في الجلسة نتيجة تجسس مقدم الدليل على خصمه أو نتيجة احتيال أو سرقة، أو كان ناتجاً عن تفتيش أو قبض باطلين، أو تمثل الدليل في أقوال تم تسجيلها من محادثة تليفونية دون الحصول على إذن قضائي مناسب، حتى يوضع جهاز التليفون الذي يستعان به في ارتكاب الجريمة المراد إقامة الدليل على إثباتها تحت المراقبة، ذلك أن تلك الإجراءات إنما فرضت كضمانة لحماية الحياة الخاصة والأخاديب الشخصية للمتهم. وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية إن "للقاضي الجنائي أن يكون عقيدته من أي عنصر من عناصر الدعوى، إلا إذا كان هذا العنصر مستمداً من إجراء باطل قانوناً"<sup>(٢)</sup>. كما قررت أن "الدفع ببطلان الاعتراف لصدوره تحت تأثير الإكراه هو دفع جوهري يجب على محكمة الموضوع مناقشته والرد عليه يستوي في ذلك أن يكون المتهم المقر هو الذي دفع بالبطلان أو أن يكون أحد المتهمين الآخرين في الدعوى قد تمسك به، مادام الحكم قد عول في قضائه بالإدانة على ذلك

- (١) أنظر: د. علي حسن الطوالبه: مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، المرجع السابق، ص ٥.
- (٢) نقض ١٩ فبراير ١٩٣٤، مجموعة القواعد القانونية، ج ٣، رقم ٢٠٤، ص ٢٦٩؛ نقض ٩ فبراير ١٩٣٤، مجموعة القواعد القانونية، ج ٣، رقم ٢٣، ص ٩٠٦.

الاعتراف<sup>(١)</sup>، " كما قضت بأنه "يشترط في دليل الإدانة أن يكون مشروعاً، إذ لا يجوز أن تنبني إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون، إلا أن المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة، ذلك بأنه من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم بات. وأنه إلى أن يصدر هذا الحكم له الحرية الكاملة في اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعه مركزه في الدعوى وما تحيط نفسه من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية، وقد 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، هذا إلى ما هو مقرر من أن القانون - فيما عدا ما استلزمه من وسائل خاصة للإثبات - فتح بابه أمام القاضي الجنائي على مصراعيه يختار من طرقه ما يراه موصلاً إلى الكشف عن الحقيقة ويزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر، مع حرية مطلقة في تقدير ما يعرض عليه ووزن قوته التدليلية في كل حالة حسبما يستفاد من وقائع الدعوى وأوراقها مما لا يقبل معه تقييد حرية المحكمة في دليل البراءة باشتراط مماثل لما هو مطلوب في دليل الإدانة"<sup>(٢)</sup>.

كما أن قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي رغم أنه لم يتضمن أي نصوص تتعلق بمبدأ الأمانة أو النزاهة *Le Principe de la loyauté* في البحث عن الحقيقة، إلا أن الفقه والقضاء قد تطلبا هذا المبدأ سواء في مجال الحصول على الأدلة بصدد الجرائم التقليدية، أم بصدد جرائم الحاسب الآلي والإنترنت<sup>(٣)</sup>. ونفس الشيء نجده في بريطانيا، حيث استبعد القضاء

(١) نقض ٢٠ يناير ١٩٨٦، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٧، رقم ٢٤، ص ١٠٥.

(٢) نقض ٢ نوفمبر ١٩٨٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٤٠، رقم ١٣٨، ص ٨١٩؛ نقض ١٥ فبراير ١٩٨٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣٥، رقم ٣١، ص ١٥٣.

(3) PERROCHEAU, Des fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves, *Petites affiches*, 17 mai=

تسجيلات هاتفية عندما قامت الشرطة بتركيب جهاز تنصت على خط هاتف إحدى الشاكيات بناءً على موافقتها، وقد أجرت الشاكية عدة مكالمات هاتفية مع الشخص الذي كانت الشرطة تشك في ارتكابه الجريمة، وقد تم تسجيل هذه المكالمات التي تضمنت موضوعات تدين المتهم، وذلك على أساس أنها تمت من خلال شرك خداعي<sup>(١)</sup>. وقد حدد قانون الشرطة والإثبات الجنائي الإنجليزي لعام ١٩٨٤م، الشروط الواجب توافرها في مخرجات الحاسب الآلي لكي تقبل أمام القضاء، وتضمن كذلك توجيهات في كيفية تقدير قيم أو وزن البيان المستخرج من الكمبيوتر، فأوصت المادة ١١ منه<sup>(٢)</sup>، بمراعاة كل الظروف عند تقييم البيانات الصادرة عن الحاسب الآلي المقبولة في الإثبات طبقاً للمادة ٦٩ من القانون نفسه، وبوجه خاص مراعاة (المعاصرة) أي كون المعلومات المتعلقة بأمر ما تم تزويد الحاسب الآلي بها في وقت معاصر لهذا الأمر أم لا، وكذلك مراعاة وجود دافع لإخفاء الوقائع أو تشويهها من قبل أي شخص من الممكن أن يتصل باستخراج البيانات أو المعلومات الموجودة على الكمبيوتر، وقد نصت المادة ٦٩ من قانون الشرطة والإثبات الجنائي البريطاني، على ثلاثة شروط أساسية هي<sup>(٣)</sup>؛ عدم وجود أساس معقول للاعتقاد بأن البيان المستخرج

=2002, p. 6; LEBORGNE A, L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, RTD civ. 1996, p. 535, spéc. p. 547. Bouzat P, La loyauté, dans la recherche de preuves, op. cit, 1964, n° 1, p. 155. ; Crim, 12 juin 1952, J.C.P., 1952, II, 7241, note Brouhot ; RASSAT M.-L, note sous Cass. crim. 6 avr. 1993, JCP 1993, II, 22144, et autres références citées infra, n° 29, note 52 ; Cass. crim. 15 juin 1993, D. 1994, Jur. p. 613, note MASCALA C.; Cass. 2e civ., 7 oct. 2004 : Bull. civ. 2004, II, n° 447.

(١) د. هلالى عبد الله أحمد: التزام الشاهد بالإعلام في الجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٣٢.

- (2) Naughan Bevan and Ken Lidstone – Aguide to the Police and Criminal Evidence Act 1984, op. cit., P.28.  
(3) Police Naughan Bevan and Ken Lidstone – Aguide to the Police and Criminal Evidence Act 1984, op. cit., p. 25.



من الكمبيوتر خاطئ أو غير دقيق ، بسبب الاستعمال الخاطئ أو غير الملائم للظروف أو لغرض الذي يستخدم من أجله الحاسب الآلي. وكذلك أن تكون جميع المكونات المادية الحاسب الآلي تعمل بدقة وعلى نحو متوافق وكما ينبغي. وأخيراً أن تخضع جميع الشروط المحددة لقبول الدليل لتقدير المحكمة<sup>(١)</sup>.

ومن أمثلة الطرق غير المشروعة التي يمكن أن تستخدم في الحصول على الأدلة الناتجة عن استخدام وسائل مراقبة البيانات والمعلومات ، الإكراه المادي والمعنوي من أجل فك شفرة نظام من أنظمة الكمبيوتر أو المحمول أو الوصول إلى دائرة حل التشفير أو الوصول إلى ملفات البيانات المخزنة ، أو التحريض على ارتكاب جريمة معلوماتية من قبل أعضاء الضابطة القضائية ، كالتحريض على الغش أو التزوير المعلوماتي أو التجسس المعلوماتي ، والاستخدام غير المصرح به للكمبيوتر والانترنت ووسائل التواصل الاجتماعي ، والتنصت ، والمراقبة الإلكترونية عن بُعد ، وكذلك استخدام التديليس أو الغش أو الخداع في الحصول على الأدلة الإلكترونية<sup>(٢)</sup>.

**ثانياً:** أن تكون الأدلة التي تم الحصول عليها من وسائل مراقبة البيانات والمعلومات يقينية وغير قابلة للشك : يلزم لقبول الأدلة المتحصلة من الكمبيوتر والانترنت أن تكون غير قابلة للشك حتى يمكن الحكم بالإدانة بناءً عليها ، ذلك أن قرينة البراءة وافترض عكسها لا يمكن دحضه إلا عندما يصل اقتناع القاضي إلى حد الجزم واليقين ، فالأحكام

---

(١) أنظر : د.علي حسن الطوالبه : مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي ، المرجع السابق ، ص ١٠ وما بعدها.

(٢) د. جميل عبد الباقي الصغير : أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار - الحاسبات الآلية - البصمة الوراثية) ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١١١ وما بعدها ؛ د.علي حسن الطوالبه : مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي ، المرجع السابق ، ص ٩ وما بعدها.

الجناثية لا يصح بأية حال أن يكون قوامها الشك والاحتمال، بل يجب دائماً أن تكون مؤسسة على الجزم واليقين<sup>(١)</sup>. وقد أكدت محكمة النقض ذلك المبدأ في العديد من أحكامها موضحة أنه "ليس للقاضي أن يؤسس قضاؤه بالإدانة على ترجيح ثبوت التهمة وإلا كان حكمه معيباً يستوجب نقضه"<sup>(٢)</sup> أو على دليل ظني مبني على مجرد الاحتمال<sup>(٣)</sup>، بل يجب أن يتأسس حكم الإدانة على الجزم اليقين.

ولذا يلتزم القاضي بأن يطلع بنفسه على المخرجات الإلكترونية، ويستخلص قوتها الاستدلالية وقناعاته الشخصية بها دون الاعتماد على رأي غيره في ذلك، وذلك من خلال مشاهدة الأدلة الإلكترونية، والمصغرات الفيلمية، وغيرها من الأشكال الإلكترونية بواسطة الحاسب الآلي على الشاشة الخاصة به أو من خلال مداخل الانترنت المختلفة، حتى يستطيع أن يصل إلى حد الجزم واليقين في حكمه بالإدانة.

وفي هذا الإطار، يشترط قانون البوليس والإثبات البريطاني لسنة ١٩٨٤، أن تكون البيانات دقيقة وناجحة عن الحاسب الآلي بصورة سليمة<sup>(٤)</sup>. كما تنص القواعد الفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية على أن "الشرط الأساسي للتوثيق أو التحقق من صحة أو صدق الدليل، كشرط مسبق لقبوله، هو أن يفى بأمانة أو بينة كافية لأن تدعم اكتشاف، أو الوصول، إلى الأمور التي تتصل بالموضوع بما يؤدي الادعاءات أو المطالبة المدعي بها"<sup>(٥)</sup>.

(١) الطعن رقم ٦٦١٤٩ لسنة ٧٥ ق بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٤؛ الطعن رقم ١٠ لسنة ١٣ ق، جلسة ١٩٤٢/١٢/٧؛ الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ١٥ ق، جلسة ١٩٤٥/٤/٢٣.

(٢) نقض ١٥ ابريل ١٩٤٩، مجموعة القواعد القانونية، ج٧، رقم ١٣٩، ص ١٢٤.

(٣) نقض ١٠ مايو ١٩٧٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢١، رقم ١٦١، ص ٦٨٣.

(4) Naughan Bevan and Ken Lidstone – Aguide to the Police and Criminal Evidence Act 1984- op. cit. p.497.

(٥) د. سعيد عبد اللطيف حسن: إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص ١٥٩؛ د.علي حسن الطوابه: مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، المرجع السابق، ص ١٠ وما بعدها..

ثالثاً: استخلاص الأدلة الإلكترونية من وقائع طرحت أمام القاضي بالجلسة وخضوعها للمناقشة من قبل أطراف الدعوى: ويعني ذلك أن القاضي لا يمكن أن يؤسس اقتناعه إلا على عناصر الإثبات التي طرحت على بساط البحث بالجلسة وخضعت لحرية مناقشة أطراف الدعوى لها<sup>(١)</sup>. وهذا يعني أن الأدلة المستخرجة من الكمبيوتر والإنترنت، سواء كانت مطبوعة أم بيانات معروضة على شاشة الكمبيوتر، أم كانت بيانات مدرجة في حاملات البيانات، أم اتخذت شكل أشرطة وأقراص ممغنطة أو ضوئية أو مصغرات فيلمية، يجب أن تكون محلاً للمناقشة عند الأخذ بها كأدلة إثبات أمام المحكمة، وعلى ذلك فإن كل دليل يتم الحصول عليه من خلال بيئة تكنولوجيا المعلومات، يجب أن يعرض في الجلسة ليس من خلال ملف الدعوى في التحقيق الابتدائي، لكن بصفة مباشرة أمام القاضي، وهذه الأحكام تنطبق على كافة الأدلة المتولدة عن الحاسبات الآلية، وأيضاً على شهود الواقعة المعلوماتية الذين يكون قد سبق أن سمعت أقوالهم في التحقيق الابتدائي، حيث يجب أن يعيدوا أقوالهم مرة أخرى من جديد أمام المحكمة، كذلك فإن خبراء الأنظمة المعلوماتية على اختلاف تخصصاتهم، ينبغي أن يمثلوا أمام المحاكم لمناقشتهم، أو مناقشة تقاريرهم التي خلصوا إليها لإظهار الحقيقة وكشفاً للحق<sup>(٢)</sup>. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في أكثر من حكم لها بقولها "إن القواعد الأساسية للمحاكمات الجنائية توجب ألا تقام الأحكام إلا على التحقيقات التي تجريها المحاكم بنفسها في جلساتها بحضور الخصوم في الدعوى. فإذا كان قوام الحكم بإدانة المتهم أقوال واحد ممن سئلوا في

(١) قرار محكمة النقض المصرية في ٢٠/١١/١٩٨٦م - رقم ١٧٩ - المبادئ القانونية - ص ٩٤٣.

(٢) د. محمد فهمي طلبه وآخرون: دائرة المعارف الحاسب الإلكتروني، مجموعة كتب دلتا، مطابع المكتب المصري الحديث، القاهرة ١٩٩١، ص ٣١ وما بعدها؛ د. علي حسن الطوالبه: مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، المرجع السابق، ص ١٤.

التحقيقات لم تتل بالجلسة، ولم تشر المحكمة إليها أثناء المحاكمة، ولم تتعرض لها النيابة ولا الدفاع، فإنه يكون قد أسس على دليل إثبات لم يكن مطروحاً على بساط البحث بالجلسة ولن تتح فرصة مناقشته أثناء المحاكمة وإبداء ما يعن له من ملاحظات عليه، ويتعين إذن نقضه<sup>(١)</sup>. كما أكدت حديثاً أنه "من المقرر أن لمحكمة الموضوع أن تستخلص من جماع الأدلة والعناصر المطروحة على بساط البحث الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى حسبما يؤدي إليه اقتناعها وأن تطرح ما يخالفها من صور أخرى ما دام استخلاصها سائناً مستنداً إلى أدلة مقبولة في العقل والمنطق ولها أصلها في الأوراق"<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### حجية وسائل مراقبة البيانات والمعلومات في الإثبات الجنائي

اختلفت التشريعات الجنائية في تقديرها لحجية المخرجات في الإثبات، ففي النظم اللاتينية، ومنها القانون الأردني والفرنسي والمصري والسوري واللبناني، نجد أن حجية الأدلة الإلكترونية لا تثير صعوبات بالنسبة لمدى حرية تقديم هذه الأدلة لإثبات جرائم الحاسوب والإنترنت، ولا لمدى حرية القاضي الجنائي في تقدير هذه الأدلة ذات الطبيعة الخاصة باعتبارها أدلة إثبات في المواد الجنائية، ففي هذه الأنظمة تخضع الأدلة الإلكترونية لحرية القاضي في الاقتناع الذاتي، بحيث يكون بمقدور القاضي أن يستبعد مثل هذه الأدلة - رغم قطعيتها من الناحية العلمية - وذلك متى رأى أن الدليل الإلكتروني لا يتسق منطقياً مع ظروف الواقعة وملاساتها<sup>(٣)</sup>. وفي فرنسا نجد أن مشكلة حجية المخرجات المتحصلة من الكمبيوتر في الإثبات الجنائي ليست

(١) الطعن رقم ٢٢٧٣ لسنة ١٢ ق، جلسة ١٩٤٢/١٢/٢٨؛ الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ١٣ ق، جلسة ١٩٤٣/١٠/١٨.

(٢) الطعن رقم ٦٦١٤٩ لسنة ٧٥ ق بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٤؛ والطعن رقم ٧١٩١٥ لسنة ٧٥ ق بتاريخ ٢٠٠٦/١/٣، والطعن رقم ٣٩٦١٨ لسنة ٧٢ ق بتاريخ ٢٠٠٣/١/١٦.

(٣) د.علي حسن الطوالبه: مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، المرجع السابق، ص ١٧.

ملحة أو عاجلة في نظر الفقهاء، فالأساس هو حرية القاضي في تقدير هذه الأدلة<sup>(١)</sup>، ويدرس الفقه الفرنسي هذه الحجية تحت نطاق قبول الأدلة الناشئة عن الآلة أو الأدلة العلمية مثل أجهزة التصوير وأشرطة التسجيل وأجهزة التنصت، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية<sup>(٢)</sup> إن أشرطة التسجيل المغنطة التي تكون لها قيمة دلائل الإثبات يمكن أن تكون صالحة للتقديم أمام القضاء الجنائي<sup>(٣)</sup>.

أما في النظم الإنجلو سكسونية التي يحدد المشرع فيها أدلة الإثبات ويقدر قيمتها الإقناعية، والتي منها النظام البريطاني، الذي أصدر قانون إساءة استخدام الحاسب الآلي عام ١٩٩٠م، الذي لم يتناول الأدلة الناتجة عن استخدام الحاسب الآلي، وربما كان السبب هو وجود قانون البوليس والإثبات الجنائي لسنة ١٩٨٤م، الذي تضمن تنظيمًا محددًا لمسألة قبول مخرجات الحاسب الآلي والإنترنت، كأدلة إثبات في المواد الجنائية<sup>(٤)</sup>، وفي الولايات المتحدة الأمريكية تناولت بعض القوانين حجية الأدلة الإلكترونية، ومن ذلك على سبيل المثال ما نص عليه قانون الحاسب الآلي لسنة ١٩٨٤م، الصادر في ولاية (أيوا)، من أن مخرجات الحاسب الآلي تكون مقبولة بوصفها أدلة إثبات بالنسبة للبرامج والبيانات المخزنة فيه (المادة ٧١٦/أ/١٦)، كما يتضح من قانون الإثبات الصادر في عام ١٩٨٣م في ولاية كاليفورنيا، من أن النسخ المستخرجة من البيانات التي يحتويها الحاسوب تكون مقبولة بوصفها أفضل الأدلة المتاحة لإثبات هذه البيانات<sup>(٥)</sup>، وتنص قواعد الإثبات

(١) د. هلالى عبد اللاه أحمد: حجية المخرجات الكمبيوترية، المرجع السابق، ص ٤٢ - ٤٣.

(٢) د. هلالى عبد اللاه أحمد: حجية المخرجات الكمبيوترية، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٣) د. سعيد عبد اللطيف حسن: إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص ١٩٤؛ د.علي حسن الطواله: مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، المرجع السابق، ص ١٨.

(٤) د.علي حسن الطواله: مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، المرجع السابق، ص ١٧.

الفيدرالية الأمريكية، على أن النسخة المطابقة للأصل لها ذات حجية الأصل، أيًا كانت الطريقة أو الوسيلة المستخدمة في النسخ، كالتباعة، والتصوير، والتسجيل الميكانيكي، والتسجيل الإلكتروني، بما يسمح بقبول مخرجات الحاسوب في الإثبات، والغالب الأعم في القضاء الأمريكي أنه يُعول على قبول دليل السجلات المحفوظ بها على الحاسب الآلي<sup>(١)</sup>. أما في ظل القوانين المختلطة، وهي التي تجمع ما بين النظامين اللاتيني والانجلوسكسوني، فيحدد القانون أدلة معينة لإثبات بعض الوقائع دون بعضها الآخر، أو يشترط في الدليل شروطاً في بعض الأحوال، أو يعطي القاضي الحرية في تقدير الأدلة القانونية.

وبالنسبة للقوة الإثباتية للتسجيلات الصوتية المسجلة إلكترونياً، فقد قرر الفقه أن الصوت المسجل إلكترونياً، لا يحتمل الخطأ، ويصعب التلاعب به، ويمكن للخبراء أن يكتشفوا أي تلاعب أو خداع بوسائل تقنية عالية الكفاءة، ومن ثم يمكن القول بأن التسجيل الصوتي الممغنط يمكن أن تكون له حجة دامغة في الإثبات<sup>(٢)</sup>. ويمكن باستخدام تكنولوجيا

- (١) د. سعيد عبد اللطيف حسن: إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص ١٦٥؛ د.علي حسن الطوالبه: مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، المرجع السابق، ص ١٨.
- (٢) د. سعيد عبد اللطيف حسن: إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص ٢١١؛ د.علي حسن الطوالبه: مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، المرجع السابق، ص ١٩. ومع ذلك يرى البعض أن عمليات التسجيلات الرقمية الحديثة لم تحل تماماً الصعوبات التي كانت تواجه التسجيلات مع الأشرطة القديمة من القرن الماضي، حيث مازالت توجد مشكلة وجود بيئة صاخبة الصوت والفشل والمشاكل المتعلقة بالإرسال. وفيما يخص الصورة، حتى لو كانت الإمكانات التقنية تسمح بعملية التسجيل لفترات طويلة نسبياً كيوم وليلة وساعدت، إلا أن عدداً من المواد لا تزال تشكل صعوبات بسبب ضعف جودة الصورة مما يجعل من الصعب التعرف على الجناة. ناهيك بالطبع عن إمكانية قيام أي فرد بإخفاء وجهه أو أي عنصر آخر يفيد في تحديد الهوية أو حتى فيما يتعلق بطريقة تركيب ووضع الجهاز في المكان. راجع:

BOLZE Pierre, Le droit à la preuve contraire en procédure pénale, op. cit., p. 378.

للعواسب الحديثة والإنترنت وطرق الاتصال المعلوماتي السريع ، أن يستخدم تسجيل الفيديو لإثبات تهم استعمال القسوة أو إساءة استعمال السلطة من قبل أعضاء الضابطة العدلية ضد المواطنين ، كما يمكن استخدامها لتسجيل عمليات القبض والتفتيش وضبط الأدلة والآثار الأخرى الناجمة عن الجريمة تسجيلاً دقيقاً ، كما يمكن استخدامها كتقنية عالية الكفاءة لعمل المعائنات اللازمة لمسرح الجريمة<sup>(١)</sup> ، ويشترط الفقه لمشروعية الدليل المستمد من المراقبة والتسجيل توافر مجموعة من الشروط أهمها<sup>(٢)</sup> : ألا ينطوي التسجيل على اعتداء على حق يحميه القانون ، وفي هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تستند إليه في قضائها سواء بالإدانة أو بالبراءة. وأن يتم تحديد شخصية المراد تسجيل أحاديثه أو بريده الإلكتروني تحديداً دقيقاً كلما أمكن ذلك. هذا بالإضافة إلى تحديد نوع الحديث المراد تسجيله ، والجريمة المتعلقة بها ، والجهة المصرح لها بذلك ، والمدة الجائز خلالها التقاط الحديث.

ويرى البعض ، وهو ما نؤيده ، أن المحاكم الجنائية قد لا تواجه مشاكل في تعاملها مع الأدلة الجنائية الإلكترونية أو الرقمية ، لعدة أسباب أهمها ما يلي<sup>(٣)</sup> :

- ١ - الثقة التي اكتسبها الحاسوب والإنترنت والكفاءة التي حققتها النظم الحديثة للمعلوماتية في مختلف المجالات.
- ٢ - ارتباط الأدلة الجنائية الإلكترونية وآثارها بالجريمة موضوع المحاكمة.
- ٣ - وضوح الأدلة الإلكترونية ودقتها في إثبات العلاقة بين الجاني والمجني عليه أو بين الجاني والسلوك الإجرامي.

(١) بيل جيتس وآخرون: المعلوماتية بعد الإنترنت (طريق المستقبل) - المرجع السابق ، ص ٤٢٥.

(٢) أنظر: د. ممدوح خليل بحر: أصول المحاكمات الجزائية الأردني ، ط ١ ، دار الثقافة عمان ١٩٩٨ ، ص ٥٥٨ - ٧٥٠ ؛ د. علي حسن الطوالبة: مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي ، المرجع السابق ، ص ٢٣.

(٣) أنظر: د. محمد الأمين البشري: الأدلة الجنائية الرقمية ، مفهومها ودورها في الإثبات ، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب ، المجلد ١٧ - العدد ٣٣ - السنة ١٧ ، الرياض ، أبريل ٢٠٠٢م ، ص ١٢٧ - ١٢٨.

- ٤ - إمكانية تعقب آثار الأدلة الإلكترونية والوصول إلى مصادرها بدقة.
- ٥ - قيام الأدلة الإلكترونية على نظريات حسابية مؤكدة لا يتطرق إليها الشك مما يقوي من تقنية الأدلة الإلكترونية.
- ٦ - الأدلة الجنائية الإلكترونية يدعمها - عادة - رأي خبير- وللخبرة في المواد الجنائية دورها في الكشف عن الأدلة وفحصها وتقييمها وعرضها أمام المحاكم وفق شروط وقواعد نظمها القانون وأقرها القضاء.

### الفصل الثالث

#### مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حقوق الدفاع

كما أولت الدساتير والأنظمة الإجرائية المختلفة اهتماماً كبيراً لحماية حرية إرادة المتهم، وحماية حياته الخاصة بما في ذلك من حرمة مراسلاته ومحادثاته الهاتفية وأوجبت عدم الاعتداء عليها أو الدخول إليها وتفتيشها أو إخضاعها للمراقبة بوسائل المراقبة السمعية والبصرية أو غير ذلك بهدف الحصول على الدليل الجنائي إلا في الأحوال وبالشروط المحددة قانوناً، فقد أولت ذات الاهتمام لحق المتهم في الدفاع عن نفسه، فيجب أن يكون البحث عن الدليل بوسائل تحترم حقوق الدفاع<sup>(١)</sup>. ويقصد بحق الدفاع في هذا النطاق إخضاع الدليل لمبدأ المواجهة، أي تمكين المتهم من الإطلاع على الدليل والسماح له بمناقشته على قدم المساواة مع الادعاء<sup>(٢)</sup>.

ويعتبر حق الدفاع من المبادئ العالمية التي تبناها المجتمع الدولي سواء من خلال إعلانات حقوق الإنسان أم الاتفاقات الدولية أم من

(1) PRADEL J., Procédure pénale, 2001, op. cit., p. 681, no. ٧٨٥.

(٢) أنظر في تعريف حق الدفاع : د. محمود صالح العادلي: النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٥٢؛ د. حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة تحليلية تأصيلية انتقادية مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص ٢٣٩.



خلال المؤتمرات الدولية والإقليمية، وفي هذا الإطار نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup> على أن "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه"<sup>(٢)</sup>. كما نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية<sup>(٣)</sup> على الحق في الدفاع في المادة (١٤) - ٣-

(د) منه بقوله أن "لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا الآتية: أن يحاكم حضورياً وأن يدافع بشخصه أو بواسطة محام من اختياره...". كما أكد هذا الحق مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين في عام ١٩٩٠، وأوضح في الديباجة "أن حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المقررة لجميع الأشخاص، اقتصادية كانت أو اجتماعية أو ثقافية أو مدنية أو سياسية، تقتضي حصول جميع الأشخاص فعلاً على خدمات قانونية يقدمها مهنيون قانونيون مستقلون"، وقد نص في المبدأ الأول منه على أن "لكل شخص الحق في طلب المساعدة من محام يختاره بنفسه لحماية حقوقه وإثباتها وللدفاع عنه في جميع مراحل الإجراءات الجنائية". كما نصت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية<sup>(٤)</sup> على أن "لكل فرد متهم بارتكاب فعل جنائي الحقوق الدنيا التالية: ... (ج) أن يدافع عن نفسه بشخصه أو بمساعدة من محام يختاره، أو في حالة عدم قدرته على دفع أتعاب محام، ينتدب له محام دون مقابل عندما تقتضي ذلك مصلحة العدالة"<sup>(٥)</sup>. كما أكد على هذا الحق الميثاق العربي لحقوق

- 
- (١) اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٧ ألف (د- ٣) المؤرخ في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨.
  - (٢) (م/١١ - ١) منه.
  - (٣) اعتمدها الجمعية العامة في ١٩٦٦، ودخلت حيز التنفيذ في عام ١٩٧٦.
  - (٤) أبرمت في عام ١٩٥٠ ودخلت إلى حيز التنفيذ في عام ١٩٥٣.
  - (٥) المادة (٦ - ٣) (ج) من الاتفاقية.

الإنسان<sup>(١)</sup> مرتين، حيث نص في المادة (١٦) منه على أن "كل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم بات وفقاً للقانون، على أن يتمتع خلال إجراءات التحقيق والمحاكمة بالضمانات الآتية: ... ٢- إعطاؤه الوقت والتسهيلات الكافية لإعداد دفاعه والسماح له بالاتصال بذويه. ٣- حقه في أن يحاكم حضورياً أمام قاضيه الطبيعي وحقه في الدفاع عن نفسه شخصياً أو بواسطة محام يختاره بنفسه ويتصل به بحرية وفي سرية..."، ونص كذلك في الفقرة (هـ) من المادة (١٩) على أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته بمحاكمة عادلة تؤمن له فيها كل الضمانات الكفيلة بالدفاع عنه..". كما نصت المادة ٩٦ من دستور مصر لسنة ٢٠١٤ على أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه"، كما نصت المادة ٩٨ من ذات الدستور على أن "حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول... ويضمن القانون لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء، والدفاع عن حقوقهم". كما نص المشرع الفرنسي، على هذا الحق صراحة في المادتين (٥٣ - ١) و(٧٥ - فقرة ٣) قانون الإجراءات الجنائية، قائلاً بأن على ضباط الشرطة أو وكلائهم تبليغ الضحايا بأن لهم حق الاستعانة بمحام موكل أو منتدب<sup>(٢)</sup>.

(١) اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس ٢٣ مايو ٢٠٠٤، وقد دخل النفاذ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠٠٨.

(2) V. L'article 53-1 du Code de procédure pénale, Modifié par LOI n°2010-769 du 9 juillet 2010 - art. 2 ; V. aussi L'article 75 /3 du Code de procédure pénale, Modifié par LOI n°2010-769 du 9 juillet 2010 - art. 2, qui déclare que "D'être, si elles souhaitent se constituer partie civile, assistées d'un avocat qu'elles pourront choisir ou qui, à leur demande, sera désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats près la juridiction compétente, les frais étant à la charge des victimes sauf si elles remplissent les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle ou si elles bénéficient d'une assurance de protection juridique".

ومما لا شك فيه، أن احترام حقوق الدفاع لا يقتصر نطاق تطبيقه على وجوب تطبيق القواعد القانونية وإنما يمتد الأمر ليشمل الالتزام بتطبيق مبدأ النزاهة، فيتعين على سبيل المثال، قيام أفراد الضبطية القضائية أو النيابة العامة بإفهام المشكو في حقه حقوق الدفاع التي قررها له القانون<sup>(١)</sup>.

وفي ضوء المقدمة السابقة سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في الأول منهما الإشارة إلى أهم حقوق الدفاع التي يؤثر عليها الإثبات الجنائي بصورة مباشرة، ونتناول في الثاني منهما شرعية الوسائل الحديثة في الإثبات الجنائي والمؤثرة على حقوق الدفاع.

### المبحث الأول

#### حقوق الدفاع التي يؤثر عليها الإثبات الجنائي

من الجدير بالذكر، أن أهم حقوق الدفاع التي اهتمت بها المؤتمرات الدولية وإعلانات حقوق الإنسان هو كون المتهم بريئاً حتى تثبت إدانته في محاكمة عادلة، وما يقتضيه ذلك من أن الشك يفسر لمصلحة المتهم، وكذا حق المتهم في الصمت، وجوهر هذا الحق يتمثل في عدم إرغام الشخص على تقديم دليل ضد نفسه. وقد تحدثنا سابقاً عن قرينة البراءة، وأن الشك يفسر لمصلحة المتهم في البندين ثالثاً، ورابعاً من المبحث الثالث الخاص بالمبادئ القانونية التي تحكم الإثبات الجنائي والمنبثق عن الفصل التمهيدي الخاص بالتعريف بالإثبات الجنائي<sup>(٢)</sup>. وبقي لنا الحديث عن حق المتهم في الصمت بشيء من التفصيل وبما يتناسب مع موضوع البحث.

**حق المتهم أو المشتبه فيه في الصمت:** إذا احتاج عضو التحقيق الحصول على معلومات، بشأن المكونات أو البيانات والمعلومات التي تحتوي عليها وسائل التقنية الحديثة، من المشتبه فيه أو المتهم لتسهيل عملية

(1) PORTERONC, Droit a l'information et procédure pénale, Thèse Nice, 2002, p. 120, no. 87.

(2) راجع ما سبق: المبحث الثالث من الفصل التمهيدي.

التفتيش أو الضبط أو الإطلاع ، فيما يخص هذه الوسائل ، كما لو احتاج عضو التحقيق إلي معرفة كيفية التشغيل أو نظام البيانات أو البرامج أو فك الشفرات إلي غير ذلك ، فهل يلتزم المتهم بالإدلاء بهذه المعلومات. الواقع أن هذا الأمر يثير التساؤل عن حق المتهم في الصمت *Le droit au silence*.

وعلى المستوى الدولي أوصي المؤتمر الدولي لقانون العقوبات المنعقد في روما عام ١٩٥٣ بعدم جواز التحايل أو استخدام العنف أو الضغط كوسائل للحصول على الاعتراف ولا يجبر المتهم على الإجابة فهو حر في اختيار الطريق الذي يسلكه دون إكراه<sup>(١)</sup>. كما جاء في البند ١/٤ من توصيات المؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات المنعقد في هامبورج عام ١٩٧٩ ما يفيد بأن الأدلة التي يتم الحصول عليها مباشرة أو غير مباشرة بوسائل تعتبر انتهاكاً للحقوق الإنسانية كالتعذيب والقسوة والمعاملة المذلة وغير الإنسانية تعتبر باطلة ، ويجب حظر استعمال هذه الوسائل<sup>(٢)</sup>. كما حرصت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان *la Cour européenne des droits de l'Homme* (CEDH) علي النص علي تقرير هذا الحق في ثلاث أحكام لها ، حيث قررت أن حق السكوت يتضمن أنه من غير الجائز إدانة المتهم لمجرد سكوته ، وإن كان هذا لا يمنع أن نأخذ هذا السكوت في الاعتبار ، وإنما الممنوع أن ندين المتهم لهذا السبب فقط ، ويجب أن يؤسس الاتهام علي عناصر لا تقوم علي الإكراه أو الضغط دون مراعاة لإرادة المتهم. مع ملاحظة أن حق المتهم في الصمت لا يمتد ليشمل المعلومات التي يمكن الحصول عليها من المتهم عن طريق اللجوء إلي وسائل إكراه أو ضغط مستقلة عن إرادة المتهم ، مثل الوثائق التي يتم الحصول عليها بمناسبة التفتيش أو الضبط ، وكذلك أخذ عينات

---

(١) مشار إليه لدى ، د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ١٩٧٦ ، المرجع السابق ، ص ٢٩٧.

(2) XII<sup>ème</sup> congrès internationale de droit pénal d Hambourg en 1979 revue internationale de droit pénal 1979 -1980.

للدلم أو البول، أو للنفس (لمعرفة مدى تعاطي الشخص للكحول)، أو للنسيج الجسدي (للتحليل الخاص بال-ADN) أو ما يسمى بتحليل الشخصية عن طريق الجينات الوراثية Les analyses d'identification par empreintes génétiques<sup>(١)</sup>. وقد تبع المجلس الدستوري Le conseil constitutionnelle الفرنسي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تقرير هذا الحق عندما وضع في قراره رقم ٩٩-٤١١ DC الصادر بتاريخ ١٦ يونيو لسنة ١٩٩٩<sup>(٢)</sup> مبدأ أن "المشرع الفرنسي لم ينشئ افتراض الإدانة في المواد العقابية"<sup>(٣)</sup>. كما اتجه أغلب الفقه إلى إقرار حق المتهم في الصمت<sup>(٤)</sup>، كما كرس أغلب التشريعات الإجرائية هذا الحق. فالمادة ١١٤ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي قبل تعديلها بالقانون ٩٣ - ٢ المعمول به في ٤ يناير لسنة ١٩٩٣، كانت تنص علي حق المتهم في الصمت وكانت تلزم قاضي التحقيق بتنبيه المتهم عند حضوره لأول مرة أمامه إلي أنه حر في

(1) La Cour Européenne des droits de l'Homme , 25 février 1993, arrêt. Funke c. France ; 8 février 1996, arrêt John Murray c. Royaume-Uni ; 17 décembre 1996, arrêt Saunders c. Royaume-Uni ; PRADEL J. Droit pénal comparé , 2e édition , Paris 2002 n° 372,373 et 374, pp.501 : 509 ; FOURMENT F, Procédure pénale, 2003, op. cit. p . 30 et s.

(2) JORF du 19 juin 1999, p. 9018 ; et sur cette décision voir Mayaud Y., entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du conseil constitutionnelle , D, 1999, p. 569 .

(3) V. art. 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen relatif à la présomption d'innocent.

(٤) أنظر: د .محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار الثقافة الإسكندرية، ١٩٦٤، ص ٢٥٠. د .مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٦٤؛ د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٨٨؛ د. محمد سامي النبراوي: استجواب المتهم، المرجع السابق ص ١٥٠ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٢٠١٧، مجلد الثالث (١٤٣٧)

عدم الإدلاء بأي إقرار، وأن يشير إلي هذا التنبيه في محضر التحقيق. وجدير بالذكر أن هذه المادة بعد تعديلها بالقانون المذكور أصبحت تمنع علي قاضي التحقيق أن يستمع إلي المتهم أو يستجوبه أو يواجهه بغيره، ما لم يتنازل صراحة عن هذا الحق، بغير حضور محاميه أو علي الأقل دعوتهم إلي الحضور وفقا لما هو مقرر قانوناً، وقد استمر هذا النص بعد تعديل قانون الإجراءات الجنائية بالقانون رقم ٥١٦ - ٢٠٠٠ والصادر بتاريخ ١٥ يونيو لسنة ٢٠٠٠، وقد جري نص هذه المادة كالآتي (١) :

**Les parties ne peuvent être entendues, interrogées ou confrontées, à moins qu'elles n'y renoncent expressément, qu'en présence de leurs avocats ou ces derniers dûment appelés.**

وفي أمريكا نص التعديل الدستوري الخامس على حق المتهم في الصمت وعدم جواز إجبار أي شخص على الشهادة ضد نفسه في القضايا الجنائية، يستوي في هذا الشأن المحاكم الفيدرالية ومحاكم الولايات (٢). وفي إنجلترا أكد القانون الصادر عام ١٩٨٦ والخاص بتنظيم العلاقة بين البوليس والمتهم على الصمت دون أن يستطيع القاضي أن يعاقبه على ذلك، كما لا يمكن اعتبار هذا الصمت قرينة ضد المتهم، إلا أن استثنى الجرائم الخاصة بإقشاء أسرار الدولة (٣).

وفي مصر نص دستور ٢٠١٤ على حق المتهم في الصمت في المادة ٥٥ منه، وعلي الرغم من عدم وجود نص في قانون الإجراءات الجنائية المصري يعطي للمتهم أو المشتبه فيه حق الصمت (٤)، إلا أن هذا الحق

---

(1) Code de Dalloz pénale, 101e éd. 2004, art. 114.

(٢) د. مصطفى العوجي: حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، المرجع السابق، ص ١٧٣؛ د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٩٨؛ د. مبدد الويس: أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة، المرجع السابق، ص ٤٤٤.

(٣) د. أسامة عبد الله قايد: حقوق وضمائم المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، المرجع السابق، ص ١٧٢.

(٤) د. مصطفى العوجي: حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية المرجع السابق، ص ٥٧٩.

مستفاد ضمناً من نص المادة ١/٢٧٤ والتي تنص علي عدم جواز استجواب المتهم (أثناء المحاكمة) إلا إذا قبل ذلك، مما استفاد منه أن كلام المتهم أو صمته هو رهن بإرادته، فله الصمت أو الكلام حسبما يتراءى له من مصلحة في الكلام من عدمه، ولا يجوز اعتبار امتناعه عن الكلام قرينة ضده، وإذا تكلم فإنما ليبيدي دفاعه، ومن حقه دون غيره أن يختار الوقت والطريقة التي يبيدي بها هذا الدفاع، فلا يصح أن يتخذ من امتناعه عن الإجابة قرينة لثبوت التهمة عليه، وهذا حسبما قرره محكمة النقض المصرية<sup>(١)</sup>. وهو مسلك القضاء في كل من فرنسا والمجلترا وأمريكا<sup>(٢)</sup>. وإذا حق للمتهم الصمت في مرحلة المحاكمة فإن له من باب أولى الصمت فيما هو دونها كمرحلة التحقيق ومرحلة جمع الاستدلالات، وفقاً لقاعدة من يملك الأكثر يملك الأقل.

ومن المستقر عليه، أن صمت المتهم هو حق مرر له في جميع مراحل الدعوى الجنائية، ولا يجوز أن يعتبر صمته بمثابة اعتراف بالواقعة<sup>(٣)</sup>، كما لا يجوز أن يستعمل هذه الصمت قرينة ضده يستند عليها حكم الإدانة وإلا اعتبر الحكم معيباً<sup>(٤)</sup>.

## المبحث الثاني

### شرعية الوسائل الحديثة المؤثرة على حقوق الدفاع

كل الوسائل العلمية الحديثة التي من شأنها التأثير على حقوق الدفاع تؤثر بدورها على إرادة الإنسان أو تعتدي على حرمة حياته

- (١) نقض ١٧ مايو ١٩٦٠، مجموعة أحكام النقض، س ١١ رقم ٩٠ ص ٤٦٧.
- (٢) د. أسامة عبد الله قايد: حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، المرجع السابق، ص ١٧٢ وما بعدها؛ د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المرجع السابق، ص ١٩٧ وما بعدها؛ د. محمد سامي النبراوي: استجواب المتهم، المرجع السابق ص ١٦٦ وما بعدها.
- (٣) د. رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً - منشأة المعارف الإسكندرية - ١٩٨٤ - ص ٢٠١؛ د. عبد الحميد الشورابي: ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٣٤٤.
- (٤) د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج 2 دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٨، ص ٦٤.

الخاصة ، لذا فإن جميع الوسائل العلمية الحديثة التي تسلب الإرادة الحرة للإنسان أو تعتدي على حياته الخاصة تعتبر في الوقت ذاته مؤثرة على حقوق الدفاع ، ولا يجوز اللجوء إليها إلا في الحدود المقررة قانوناً وبالشروط والضمانات التي تحدثنا عنها بصدد كل وسيلة على حدة. وأهم الوسائل التي تحدثنا عنها والتي تؤثر على حقوق الدفاع هي :

- التحليل التخديري أو العقاقير المخدرة : والذي يكون فيه الشخص واقعاً تحت تأثير المخدر فاقداً للإرادة والشعور ، وجميع أقواله المنزوعة منه بهذه الطريقة تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً ، حتى ولو كان المتهم هو الذي رضی بتناول المخدر قبل استجوابه ، حيث إن لحالة المتهم العقلية أهمية كبيرة في تحديد مسؤوليته الجنائية عن فعله ومدى إمكانية مباشرة الدعوى الجنائية ضده فالأهلية الجنائية هي مناط المسؤولية الجنائية فلا يجوز عقاب من يكون فاقد الشعور والاختيار بجنون أو لعاهة عقلية وقت ارتكابه الفعل الإجرامي . كما أن صلاحية المتهم لاعتباره مدعى عليه في الدعوى الجنائية " أهليته الإجرائية " تستلزم أن يكون متمتعاً بقواه العقلية إدراكاً وشعوراً وقت رفع الدعوى وأثناء سيرها حتى يكون قادراً على الدفاع عن نفسه . أما إذا ثبت عدم قدرته على ذلك بسبب عاهة في عقله طرأت بعد وقوع الجريمة يوقف رفع الدعوى الجنائية عليه أو محاكمته حتى يعود إليه رشده. وفي هذا السياق تنص المادة ٣٣٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصري لسنة ١٩٥٠ والمعدلة بالقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ وبالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ ثم بالقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١ م على أنه " إذا ثبت أن المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة عقلية طرأت عليه بعد وقوع الجريمة يوقف رفع الدعوى أو محاكمته حتى يعود إليه رشده".

- استخدام كلاب الشرطة : للتعرف على شخص المتهم بما يهين كرامته ، ويعد بمثابة انتزاع الاعتراف منه ضد نفسه ، وهو ما يتعارض مع مبدأ عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه ، وبالتالي يؤثر على حقه في الصمت الذي يعتبر من أهم حقوق الدفاع.



- استعمال أجهزة التنصت والمراقبة السمعية والبصرية: حيث إن استخدام أجهزة التنصت والمراقبة في غير الأحوال المنصوص عليها قانوناً، قد يفتح الباب للتعسف ويعطي للجهات الأمنية الفرصة لتزوير التسجيلات بصورة تضر بحقوق الخاضع لها، كما أن هذا الإجراء فيه مخالفة لمبدأ النزاهة في الحصول على الدليل وهو في الواقع يعد نوعاً من الغش والخداع، إضافة لإخلاله بحقوق الدفاع، إذ ينتج عن هذا الاستعمال توافر دليل إدانة ضد المتهم بما يتعارض مع قرينة البراءة ووجوب تفسير الشك لمصلحة المتهم. كما أن الإقرار بمشروعية المراقبة على إطلاقه يعد انتهاكاً لحق الإنسان في سرية حديثه، مما يؤدي إلى مخالفة مبدأ الأصل في المتهم البراءة، كما قد يؤدي اللجوء إلى هذا الإجراء الحصول على إقرار المتهم خلسة بصورة تمثل بحقوق الدفاع، مما يؤدي بطبيعة الحال إلى الاعتداء على حق المتهم في الصمت الذي يكلفه له القانون<sup>(١)</sup>.

- استخدام جهاز كشف الكذب: حيث يؤثر على إرادة الشخص الخاضع له، ولذا يرى البعض أن مجرد استعمال الجهاز يعتبر من قبل الإكراه المادي لما فيه من اعتداء على حقوق كثيرة للمتهم مثل حقه في الصمت الذي له بمقتضاه أن يعبر أو لا يعبر عن مكنونات نفسه وحقه في حرية الدفاع والتي يتاح له فيها الصدق والكذب إذا كانت مصلحته في الدفاع عن نفسه تقتضي ذلك.

- التنويم المغناطيسي: وما يمثله من انتزاع للاعترافات التي يمكن أن يرفض المتهم الإدلاء بها في حالة اليقظة، مما يعد بمثابة إجباره على تقديم دليل ضد نفسه بدون رضا منه، ولذا يعد البعض من قبيل الإكراه المادي لوقوعه على جسم الخاضع له شخصياً<sup>(٢)</sup>.

(١) د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٢) د. عمر الفاروق الحسيني: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف المرجع السابق، ص ١٤٧.

- الاستعانة بالفحوص والتحليل والتجارب المخبرية والعملية، حيث إن استعمال هذه الفحوص والتحليل والتجارب المخبرية، في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، لحمل المتهم على الاعتراف فيه اعتداء على الحرية الشخصية لما تشكله من احتمالات وقوع الضرر والإخلال بحقوق الدفاع والمساس بكرامة الإنسان لدخولها إلى مكونات نفسه التي يتعين أن تقتصر عليه وحده فلا تخرج إلا بإرادته المباشرة وحدها وبصورة تلقائية لهذا فإن استخدام الفحوص والتحليل والتجارب يعد أسلواً من أساليب الاعتداء على جسم الإنسان وإرادته وبشكل إكراهاً مادياً ومعنوياً<sup>(١)</sup>.

مع ملاحظة أن كل الوسائل التي يترتب عليها انتزاع أقوال المتهم وهو في حالة اللاشعور، أو فقدان الوعي، وكذلك أي وسيلة من شأنها الاعتداء على أي حق من حقوق الدفاع يعتبر الاعتراف أو الأقوال التي تؤخذ من المتهم بناءً عليها باطلة ولا أثر لها في الإثبات الجنائي ولا يجوز التعويل عليها. وبالتالي يجب استبعاد الدليل المستمد تحت تأثير وسائل الإكراه المادي كالتعذيب والإرهاق في الاستجواب والحرمان من النوم لفترات طويلة، أو الإكراه المعنوي كالتهديد والتخويف والإغراء والخداع<sup>(٢)</sup>.

---

(١) د. حسين محمود إبراهيم: الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ١٧٧ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. علي عبد القادر القهوجي و د. فتوح عبد الله الشاذلي -: مبادئ قانون أصول المحاكمات الجنائية اللبناني، الدار الجامعية - بيروت ١٩٩٢، ص ٣٦٣ وما بعدها؛ د. حسين محمود إبراهيم: الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ١٧٧ وما بعدها.

## الختامة والنتائج والتوصيات

### أولاً: الختامة:

الحمد لله الواحد المعبود، عم بحكمته الوجود، وشملت رحمته كل موجود، أحمده سبحانه وأشكره وهو بكل لسان محمود، وأصلي وأسلم على نبينا محمداً عبد الله ورسوله، صاحب المقام المحمود، واللواء المعقود، والحوض المورود، وعلى آله وأصحابه، الركع السجود، والتابعين ومن تبعهم بإحسان من المؤمنين الشهود.

وبعد فقد وصلنا بحمد الباري ونعمة منه وفضل ورحمة إلى نهاية رحلتنا في هذا البحث الذي تناولنا فيه دور الوسائل العلمية الحديثة ومشروعيتها في الإثبات الجنائي، عبر فصل تمهيدي، وبابين موضوعيين، وقد تناولنا في الفصل التمهيدي التعريف بالإثبات الجنائي من خلال ثلاثة مباحث: المبحث الأول وخصيصناه لماهية الإثبات الجنائي وأنظمتيه المختلفة، المبحث الثاني وخصيصناه للتطور التاريخي للإثبات الجنائي، المبحث الثالث وخصيصناه للمبادئ القانونية التي تحكم الإثبات الجنائي. ثم تناولنا في الباب الأول: مفهوم الوسائل العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي في فصلين: الأول تكلمنا فيه عن مفهوم الوسائل العلمية الحديثة، والثاني تكلمنا فيه عن دور الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي. ثم تناولنا في الباب الثاني منه مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة، وذلك ثلاثة فصول متتالية: تناولنا في الأول منهم مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حرية الإرادة، وفي الثاني، مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حرمة الحياة الخاصة، وفي الثالث مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حقوق الدفاع.

وقد كانت رحلة شاقة حاولنا فيها بكل عزم وجد وإخلاص تقديم لبنة متواضعة في صرح العلم الزاخر في هذا المجال. ولا ندعي فيه الكمال ولكن عذرنا أننا بذلنا فيه قصارى جهدنا فإن أصبنا فذاك مرادنا وإن

أخطئنا فلنا شرف المحاولة ويذل الجهد الصادق المخلص. ولا تزيد على قول القائل: رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده 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.

وهكذا فإن لكل بداية نهاية، وخير العمل ما حسن آخره وخير الكلام ما قل ودل، ويعد هذا الجهد المتواضع أتمنى أن أكون موفقاً في سردي للعناصر السابقة سرداً لا ملل فيه ولا تقصير موضحاً الآثار الإيجابية والسلبية لهذا الموضوع الشائق الممتع. وقبل الختام والسلام نسرد جملة النتائج والتوصيات، ثم فهرت المحتويات.

ثانياً: النتائج:

استخلصنا من هذا البحث مجموعة من النتائج الهامة، نسرد أهمها

فيما يلي:

١- اتضح لنا من خلال هذا البحث أنه من الطبيعي أن يعتمد الإثبات الجنائي، على العلوم والتقنيات الحديثة وعلى أجهزتها ووسائلها، واختباراتها وتحليلاتها العلمية والمعملية والمخبرية. كما اتضح أن مسألة حماية حقوق الإنسان، وخاصة حقه في سلامة البدن في مواجهة التجارب الطبية قد أصبحت تشغل بال الهيئات والمؤتمرات الدولية، وأولتها العديد من المواثيق والمعاهدات الدولية الكثير من الاهتمام، باعتبار أن الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي، ومن ثم وجب توفير الحماية الضرورية لوجوده واستمرار تقدمه في المجتمع.

٢- هناك مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم الإثبات الجنائي؛ وهذه المبادئ تتمثل في: حرية الإثبات، مشروعية الإثبات، افتراض البراءة، وتفسير الشك لمصلحة المتهم، وحق الصمت وإلقاء عب الإثبات على عاتق النيابة العامة، وأخيراً حرية القاضي في تكوين عقيدته.

٣- إذا كان المبدأ السائد في الإثبات هو حرية الإثبات، إلا أنه من أجل أن تكون الأدلة مقبولة يجب أن تمارس في إطار المشروعية وفي الحدود التي

رسمها القانون. فلا تتضمن اعتداءات على خصانة جسم الفرد أو على حرته وحرمانه، إلا بالقدر الضروري، وفي الحدود التي رسمها القانون. مع عدم المغالاة في وضع القيود التي يكون من شأنها عرقلة سير العدالة وهذا يعني أنه إذا كان الإثبات الجنائي يعتمد حديثاً على الوسائل الحديثة، فإنه يجب الاعتماد على النظم والشكل القانوني في تلك الوسائل. فتنتقل قواعد الإثبات لتأخذ بكل ما يمكن أخذه من وسائل الإثبات العلمي. ولكن لا يجوز أن يكون ذلك بعيداً عن اليقين الذي يوجد في القانون. بل يجب أن يسير الإثبات العلمي، جنباً إلى جنب، مع القواعد التي يحددها قانون الإجراءات الجنائية حتى تتحقق الشرعية أي تتحقق سيادة القانون.

٤- إذا كان الإثبات الجنائي دائماً يهدف إلى الوصول للحقيقة حتى تقتل نيلغ العلم واليقين فلا يمكن أن يؤسس الحكم الجنائي على الشك، وإنما يجب أن يبنى على الجزم واليقين. فإذا لم يقدم الدليل الكامل على إدانة المتهم في الدعوى فلا يجوز الحكم عليه بعقوبة ما بل يجب الحكم ببراءته ذلك أن الأصل في المتهم براءته إلى أن تثبت إدانته بدليل ثقيله المحكمة ولا يدع مجالاً للشك، لأن الشك يفسر لمصلحة المتهم.

٥- من حق المتهم الصمت ورفض الإجابة على ما يوجه إليه من أسئلة ومن حقه الكذب إذا كان ذلك في صالحه، كما يجب تخدير المتهم من أن أية أقوال يمكن أن تأخذ ضده ومن حقه الصمت. ولا يجوز أن يفسر هذا الصمت أو الامتناع عن الإجابة في غير صالح المتهم.

٦- لا تعارض، على الإطلاق، بين التطور العلمي والأخذ بأسباب الأساليب الحديثة للإثبات الجنائي، وبين أن يضل للقاضي الحرية الكاملة لتكوين عقيدته واقتناعه بكامل حرته.

٧- يجب استبعاد النتائج المستخلصة من الوسائل التي تستخدم أثناء استجواب المتهم وفيها ضغطاً أو إكراها يؤثر في إرادته. ومن خلال هذه الدراسة تبين لنا أن هذه الوسائل بعضها محل رفض لاستخدامها الضغط أو الإكراه للتأثير في إرادة المتهم، والتي تتمثل في التحليل التخديري والمنوم المغناطيسي وجهاز كشف الكذب والوسائل الأخرى محل خلاف

كالبصمة الوراثية على الرغم أن الرأي الراجح قد أخذ بهذه الوسيلة على اعتبارها لا تمس ولا تؤثر على إرادة المتهم.

٨- بالنسبة لبعض الوسائل التي لا تتعرض لإرادة المتهم، ومن ثم فهي لا تؤثر فيها مثل: التحليل الطبي لإفرازات الجسم وفحص الدم فقد أجازت إجرائها معظم التشريعات المقارنة.

٩- بالنسبة لوسيلة (كلاب الأمن والحراسة) فقد كانت هي الأخرى كانت محل خلاف فقهي وتشريعي، ولكن التشريعات التي تطرقت إلى هذه الوسيلة معظمها أجازت اللجوء إلى استخدامها لغرض التعرف على المتهم وأخذ بالأدلة الناتجة عن هذا التعرف ويخضع هذا الدليل إلى بقية الأدلة ضمن مبدأ حرية الإثبات الجنائي.

١٠- تلعب البصمة الوراثية دوراً هاماً في الكشف على الجرائم المختلفة كالقتل والسرقة والاختصاب وهتك العرض، وجرائم الاغتصاب، وغيرها، نظراً لكونها تسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام، باعتبارها دليل مادي لا يقبل إثبات العكس - كأصل عام - أما غيرها من وسائل الإثبات كبصمات الأصابع، وبصمة العرق، وبصمة الشعر، وبصمة الصوت، فهي تتفاوت في قوتها في الإثبات، فضلاً عن أن تلك الأدلة الجنائية ليست ذات طبيعة مادية ملموسة، كما هو الحال في الحامض النووي.

١١- لم يسبق لأحد من علماء تحقيق الشخصية أو المشرع المصري، أن تعرض لموضوع بصمة الشفاه أو بصمة الأذن كدليل مادي في الإثبات الجنائي، كما لم تصادف هذه البصمات كما لم تصادف بصمة الشفاه أيضاً أية تطبيقات عملية في مجال البحث الجنائي الفني، ويرى البعض أن هذه النوعية من البصمات - شأنها شأن باقي الأدلة المادية - احتمال وجودها بمسرح الجريمة والأماكن المحيطة به قائم. ومن ثم يمكن تعليل عدم وجود التطبيقات العملية لها في القضايا المختلفة إلى عدم وجود هذه الفئة المتخصصة من الخبراء الفنيين العاملين بهذا المجال لحداثة عهد هذا الدليل المادي من جهة، ولعدم رسوخ حجيته كالبصمة التي تميز الأخذ بها

كدليل مادي يعتمد عليه. وهذا ما يمكن أن يقال بدوره بالنسبة لبصمة المخ حيث إنها من البصمات الأكثر حداثة في المجال الجنائي.

١٢- هناك وسائل علمية تفسر بحرية الحياة الخاصة للإنسان أي لا يكون المتهم على علم بمباشرتها قبله. مثل مراقبة المحادثات والمكالمات والتسجيل الصوتي والتصوير الخفي، وأخذ المعلومات الخاصة عنه من جهاز الحاسب الآلي، وهذه الوسائل تأخذ حكم ضبط الرسائل وتفتيش منازل غير المتهم لأنها تتصل بالتفتيش وبينهما رابطة وهي أن كل هذه الوسائل تبحث في مستودع السر، ولأنها - في نفس الوقت - تتعلق بأشخاص غير متهمين وهم الطرف الأخر للمحادثات.

١٣- على الرغم من التطورات والمستجدات التي طرأت على وسائل الإثبات والتي أثارت جدلاً بين المهتمين من رجال القانون والقضاء لمواكبة هذا التطور الذي كان من نتيجته أن جعل المجرم يفكر قبل الإقدام على نشاطه الإجرامي في الأسلوب الذي يرتكب به جريمته دون أن يتزك آثاراً مادية تدل عليه، وما دفع كثيراً من الدول إلى سن تشريعات جديدة أو تعديل تشريعاتها القائمة لمواجهة ذلك إلا أن هذه التشريعات لم يكتمل بعد لتشمل كافة المخرجات المستمدة من الوسائل العلمية الحديثة، خاصة بما يتعلق بالوسائل التي تعتمد الكمبيوتر والانترنت.

### ثالثاً: التوصيات:

١- ضرورة إحاطة إجراءات الإثبات بمجموعة من الضمانات التي تؤكد سلامة الدليل، وذلك نظراً لأهمية الدور الذي يؤديه الدليل في بناء قناعة القاضي، وسبب ذلك أنه إذا كانت الوسائل العلمية تفيد في الكشف عن الجريمة وإقامة الدليل على الجاني، فإنها قد تعصف بحقوق الأفراد وحررياتهم إذا لم يحسن استخدامها، ولذلك فإنه يشترط لقبول الأدلة العلمية توافر شرطين: أن تصل قيمة الدليل إلى درجة القطع من الناحية العلمية البحتة. وألا يكون في الأخذ بهذا الدليل العلمي مساس بحقوق الأفراد وحررياتهم إلا بالقدر المسموح به قانوناً.

٢- عدم جواز الاستعانة بوسائل مخالفة للنظام العام والآداب العامة، إلا عند الضرورة، وفي أضيق نطاق، مع وضع الضمانات القضائية. تكون النتائج قاطعة في دلالتها، إذا كانت تستند إلى القوانين أو النظريات العلمية، ويقتصر دور الخبير على إظهارها. أي إن دوره كاشف لتلك النتائج. كما يحظر - عند استجواب المتهم - اللجوء إلى العقاقير المخدرة أو ما يطلق عليه مصطلح الحقيقة، أو جهاز كشف الكذب، أو أية وسيلة من الوسائل التي يمكن أن تؤثر في إرادة المتهم أو حريته حتى ولو كان ذلك بناء على طلبه أو موافقته. كما يحظر تنويم المتهم مغناطيسياً للحصول منه على معلومات أو بيانات تتعلق بالجريمة، أو للحصول على اعترافه، حتى ولو كان ذلك بناءً على طلبه أو موافقته. قصر استخدام كلاب الشرطة، للتعرف على الأشياء دون التعرف على شخص المتهم بما يهين كرامته، ويعد بمثابة انتزاع الاعتراف منه ضد نفسه، وهو ما يعارض مع مبدأ عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وبالتالي يؤثر على حقه في الصمت الذي يعتبر من أهم حقوق الدفاع.

٣- توفير أماكن مخصصة لوسائل التقنية الحديثة بحيث تكون أماكن مهيأة للفحوص، والتحليل وحفظ العينات، ومطابقة للمواصفات والمقاييس اللازمة لمثل ذلك - تنظيم عمليات الفحص، وأخذ العينات والاختبار بوسائل التقنية الحديثة، مع ضرورة أن يتم تقييم النتائج، والفحوصات الناتجة من استخدام وسائل التقنية الحديثة حسب أهميتها من قبل أشخاص وخبراء فنيين ومختصين، وعلى قدر من المسؤولية، والوعي وعدم ترك أمر استخدام هذه الوسائل بين كل الأيدي، بل يجب إخضاعها لرقابة جديّة ووضع الضمانات الكفيلة بعدم سوء استخدامها أو انتهاك حرمان الأفراد. بالإضافة إلى إتباع الطرق الصحيحة، والقياسية أثناء استخدام وسائل التقنية الحديثة، والعمل على اختبار هذه الأجهزة من فترة إلى أخرى ومتابعة حالتها باستمرار، مع وجوب الحذر من نتائج هذه التقنية الحديثة خاصة في الإثبات الجنائي بحيث لا يجب الاعتماد عليها في الإثبات الجنائي لوحدها ما لم تدعمها أدلة وقرائن أخرى حتى



لا تستأثر هذه الوسائل التقنية بدور القاضي، وتكون هي الفيصل في القضايا. وأخيراً إخضاع كافة النتائج، والتحليل، وأدلة الإثبات الناتجة عن استخدام وسائل التقنية الحديثة للتقييم والإقناع.

٤ - الحذر من الأعيب المجرمين، وأساليبهم في الاحتيال بأن توضع عينة خارجية لتمويه رجال العدالة، لذا يجب إنشاء جهاز خاص بالأمن التقني والمعلوماتي، بحيث يكون على قدر عال من التدريب والتخصص يكون من اختصاصه دراسة الأساليب الحديثة للجريمة وملاحقة التطور المتزايد لأساليب الجريمة في العصر الحديث والعمل على اكتشافها وملاحقة مرتكبيها وتقديمهم للعدالة.

٥ - عمل أرشيف علمي للمحكوم عليهم الذين صدرت ضدّهم أحكام باتة بعقوبات جنائية، وخاصة في جرائم الاغتصاب وهتك العرض والقتل، تثبت فيه بصمة الحامض النووي المميز لكل منهم، منع ربط هذا الأرشيف بمشروع الرقم القومي ومشروع الحاسب الآلي للبصمات المعمول به حالياً في مصلحة تحقيق الأدلة الجنائية في كل البلدان.

٦ - مسارعة الدول العربية خاصة في إصدار قوانين لتنظيم العمل بالبصمة الوراثية، والالتزام بتسجيل البصمة الوراثية لكل مولود عند استخراج شهادة ميلاد وعند إجراء تطعيم طبي حتى يسهل الرجوع إليها عند الحاجة.

٧ - إنشاء قضاء متخصص مدرب للنظر في الجرائم المعلوماتية ومن بينها الجرائم المتعلقة بالحاسب الآلي والإنترنت، وذلك لصعوبة كشف هذه الجرائم وإثباتها والتحقيق فيها كونها تحتاج إلى معطيات خاصة قد لا تتوافر في القضاء العادي. مع ضرورة تحديث التشريعات القائمة في أغلب الدول خاصة العربية لملاحقة التطور المتلاحق في هذه التقنيات، ووضع الضمانات الكافية لحماية الحرية الفردية، مع وضع نص قانوني يلزم العاملين على النظم المعلوماتية بالمعونة الفعالة مع سلطات التحقيق، عن طريق إمدادهم بالشفرات أو كلمات السر اللازمة لضبط البيانات اللازمة لإقامة الدليل.

٨- ضرورة بذل مزيد من التعاون بين الأجهزة المعنية لتبادل الخبرات في المجال المعلوماتي والمجال البيولوجي وتكثيف الزيارات الميدانية المتبادلة والندوات الدولية المتعلقة بأدلة الإثبات الحديثة بغية تحقيق الأهداف المنشودة لتحقيق قضاء عادل.

٩- قيام الجهات المعنية بالأدلة الجنائية بعقد دورات تدريبية محلية ودولية لمأموري الضبط القضائي وأعضاء النيابة العامة والقضاة على كيفية التعامل مع الأجهزة الحديثة لاستخلاص الدليل في الوقائع المراد إثباتها.

١٠- ضرورة احترام حقوق المتهم المتعلقة بحقه في الدفاع كما كفلتها المواثيق الدولية والداستاتير المحلية، والمتعلقة بقرينة البراءة وتفسير الشك لمصلحة المتهم، وعدم جواز إجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه لما يمثله ذلك من ضمانات هامة لحقوق وحرريات الأفراد وعدم العصف بهذه الحقوق أو الحريات إلا من خلال محاكمة عادلة تضمن للمتهم فيها حقوقه في الدفاع عن نفسه.

١١- ضرورة النص على حق المتهم في الصمت بنصوص قانونية صريحة وواضحة ليكون ذلك ضمانات أساسية للمتهم في مواجهة تطور أساليب الاستجواب، مع ضرورة تبيين المتهم إلى هذا الحق، ووجوب عدم استنتاج أي قرينة من هذا الصمت ضده، وعدم تأسيس حكم الإدانة على هذا الصمت. وفي ذلك مواكبة للتشريعات الجنائية الحديثة التي نصت على هذا الحق مع مراعاة مثل هذه الضمانات. ولذا يجب تعديل قانون الإجراءات الجنائية المصري باعتباره احد المبادئ الدستورية التي نص عليها صراحة الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ في المادة ٥٥ منه.

## مراجع البحث

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب علوم القرآن والفقه الإسلامي:

- ابن حزم: علي بن محمد الأندلسي، الإحكام في أصول الأحكام، القاهرة: دار الحديث، ط ٢ - ١٩٩٢، ١٢٢/١.
- ابن حزم: علي بن محمد الأندلسي، الإحكام في أصول الأحكام، القاهرة: دار الحديث، ط ٢ - ١٩٩٢.
- الترمذي: سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ٣٦٦/٣.
- الجصاص: أحكام القرآن، ١/٦٥٧.
- زين الدين ابن ابراهيم بن نجيم: الاشباه والنظائر، مطبعة الحسينية، ١٣٢٢، وطبعة مؤسسة الحلبي.
- شرح النووي على مسلم، يحيى بن شرف بن زكريا النووي، دار الخير، ١١٤١٦هـ، ١٩٩٦.
- شمس الدين أبي عبد الله بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة السنة المحمدية بمصر، ١٩٥٣.
- شمس الدين بن عبد الله بن محمد بن بكر (ابن القيم الجوزية) - أعلام الموقعين - مطبعة السنة المحمدية بمصر، ج ١.
- عبد الله بن محمد بن أبي شيبه: أحاديث الأحكام، دار الفكر، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤.
- علي بن محمد بن علي الجرجاني: التعريفات، ط ١، دار الكتاب العربي، (ت ٨١٦هـ)، بيروت، التعريفات، ٢٣/١.
- قرارات وتوصيات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من ٢١ - ٢٦ شوال ١٤٢١ هـ الموافقة للفترة من ٥ - ١٠ يناير ٢٠٠٢ م، بشأن البصمة الوراثية

- ومجالات الاستفادة منها، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16 ، سنة ٢٠٠٣ ، الصفحة 291 وما بعدها.
- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٣/٣٦٣ - ٣٦٥.
  - محمد أمين الشهير بابن عابدين: رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة الحلبي ١٩٦٦، ج ٥.
  - محمد بن علي الشوكاني: نيل الأوطار، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط ٣، ١٩٦١، ج ٨.
  - محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الصحيح، وهو "سنن الترمذي"، حديث رقم ١٣٤١ في باب الأحكام: باب ما جاء في إقامة التينة على المدعي واليمين على المدعى عليه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - ج ٣، ص ٦٢٦؛ تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت، دار الكتب العلمية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م).
  - محمد عميم الإحسان المجددي البركتي: قواعد الفقه، ط ١، دار الصدف ببلشرز، ١٤٠٧هـ.
  - المغني لأبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة سنة ١٣٦٧ هـ، دار المنار.

### ثالثاً: المراجع اللغوية:

- لسان العرب، لابن منظور:
- مختار الصحاح، للرازي، ج ١.
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط ٢.
- تاج العروس، للزبيدي: محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الحسين الزبيدي الواسطي، ط ١، المطبعة الخيرية، مصر، ١/١٠٦٦.
- القاموس المحيط، للفيروز أبادي:
- المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي المقرئ ج ١، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ج ١، ص ٧٠ وما بعدها.

## رابعاً: المراجع القانونية باللغة العربية:

- أحمد عثمان حمزاوي: موسوعة التعليقات على مواد قانون الإجراءات الجنائية، در النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٣.
- على زكي العراقي: المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، ج ١، ١٩٥١.
- إبراهيم سليمان قطاونة مندى حجية استعراف الكلب البوليسي في الإثبات الجزائي، دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، ٢٠١٤، العدد ١، المجلد ٤١، ص ٩٦ - ١١٣.
- أحمد إبراهيم إبراهيم: طرق الإثبات الشرعية، محاضرات لدبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مطبعة العلوم، ١٩٣٩.
- أحمد ابن إدريس القرافي: الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، ط ١٣٤٦، ج ٤.
- أخبارك نت (مصر): الأمن يراقب مواقع التواصل الاجتماعي والشباب (رد) بتاريخ الأربعاء ٤ يونيو ٢٠١٤ على الموقع <http://www.akhbarak.net/articles/15611868>
- إدوارد غالي الذهبي: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مكتبة غريب، القاهرة، ١٩٩١.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٤٨.
- أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت، برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنعقدة من ١، ١٥ أكتوبر سنة ١٩٨٨ م، الجزء الثاني ٢٠٠٠ - ١٠٥/٢.
- أهمية الدليل العلمي في التحقيقات الجنائية. منتديات الحقوق والعلوم القانونية، بتاريخ ٢٩/٦/٢٠١٣، على الموقع الإلكتروني: <http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=9916>
- البستاني: محيط المحيط، بصمة الأذن - مجلة الشرطة المصرية - العدد الثاني - مارس ١٩٧٩ م - ص ٤٣.

- بوشو ليلي: قبول الدليل العلمي أمام القضاء، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٠ - ٢٠١١.
- التقرير النهائي للمجموعة الأوربية للبصمة الوراثية "EDNAP" European DNA Profiling Group
- توفيق عبد السلام ، الأذن وسيلة لتحقيق الشخصية ، مجلة الأمن العام - العدد ٥٠ - يوليو ١٩٧٠م، ص ١٥٥، وأنظر أيضاً: الموقع الإلكتروني:  
<http://kenanaonline.com/users/ibrahimkhalil/posts/337768>
- جبر سعيد: الحق في الصورة، القاهرة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٨٦.
- خليفة على الكعبي البصمة الوراثية وآثارها على الأحكام الوراثية - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣.
- د. أحمد فتحي سرور : الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٥.
- د. أحمد يوسف السيولة: البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي ، مجلة كلية الشرطة، العدد الثامن عشر - يناير ٢٠٠٨ .
- د. إبراهيم صاقد الجندي: الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية " مركز الدراسات والبحوث ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية و الرياض ٢٠٠٠ .
- د. إبراهيم إبراهيم الغماز: الشهادة كدليل لإثبات في المواد الجنائية، دراسة قانونية نفسية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٠.
- د. أبو العلا النمر: الإثبات الجنائي، دراسة تحليلية لتحديد موطن القوة والضعف في الدليل الجنائي، دار النهضة العربية، ط ٢، بدون سنة نشر.
- د. أبو العلا على النمر: الإثبات الجنائي دراسة تحليلية لتحديد موطن القوة والضعف في الدليل الجنائي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

- د. أبو الوفا محمد أبو الوفا : مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي. في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة بين الشريعة والقانون من ٥ إلى ٧ مايو ٢٠٠٢، الإمارات، المجلد الثاني، ص ٦٨٥.
- د. أبو الوفا محمد أبو الوفا : مدى حجية البصمة الوراثية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢، ص ٤٠١.
- د. أحمد أبو القاسم : مسرح الجريمة وتحقيق الأدلة الجنائية، القاهرة، ١٩٨٦.
- د. أحمد إدريس أحمد : افتراض براءة المتهم، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٨٤.
- د. أحمد الجمل : البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي المجلة، الجنائية القومية، المجلد السادس والأربعون، العدد الثالث، نوفمبر ٢٠٠٣، مصر، ص ٨٥.
- د. أحمد بسيوني أبو الروس : التحقيق الجنائي والأدلة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩.
- د. أحمد حامد البندري : الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة الجنائية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- د. أحمد حبيب السماك : نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضع، بحث منشور بمجلة الحقوق -مجلس النشر العلمي بالكويت -السنة الحادية عشر -العدد الثاني صفر ١٤١٨ / يونيو ١٩٩٧ ص ١٥١ وما بعدها.
- د. أحمد حسام طه تمام : الحماية الجنائية لاستخدام الجينات الوراثية في الجنس البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

- د. أحمد شوقي أبو خطوة: القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- د. أحمد شوقي أبو خطوة: القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- د. أحمد ضياء الدين محمد خليل: الظاهرة الإجرامية بين الفهم التحليلي، أكاديمية الشرطة، القاهرة ١٩٩٤.
- د. أحمد ضياء الدين محمد خليل: مشروعية الدليل في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٢.
- د. أحمد ضياء الدين محمد خليل: مشروعية الدليل في المواد الجنائية، دراسة تحليلية مقارنة لنظرتي الإثبات والمشروعية في مجال الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
- د. أحمد عبد الحميد الدسوقي: الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- د. أحمد عوض بلال: الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.
- د. أحمد عوض بلال: قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية ٢٠٠٨.
- د. أحمد عوض غنيم: الجديد في البصمات، مجلة الشرطة، العدد ٣٣٨، السنة ٢٩، الإمارات العربية المتحدة، فبراير ١٩٩٩، ص ٤٠.
- د. أحمد فتحي سرور: الإثبات الجنائي، بحث في مجلة القوانين والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد خاص ١٩٨٠.



- د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، ط ٢ ، القاهرة ، دار الشروق ، ٢٠٠٠.
- د. أحمد فتحي سرور: الشرعية والإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧.
- د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦.
- د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧.
- د. أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق مصر ، ٢٠٠٢.
- د. أحمد محمد أبو القاسم: الدليل المادي ودوره في الإثبات في الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، سنة ١٩٩٠.
- د. أحمد محمود سعد: زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة ، دار النهضة العربية ١٩٨٦.
- د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات في التعهدات ، دار الفكر العربي ، ط ٦ ، ١٩٥٥.
- د. أحمد يوسف السيولة: البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي ، كلية الشرطة، العدد الثامن عشر - يناير ٢٠٠٨ ، ص ٢٨٤.
- د. آدم عبد البديع آدم: الحق حرمة الحياة الخاصة ، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي ، دار النهضة المصرية ، ٢٠٠٠.
- د. آدم وهيب النداوي: شرح قانون البنات والإجراء ، ط ١ ، مكتبة دار الثقافة ، ١٩٩٨ ، ١٣ - ١٦.
- د. أسامة السيد عبد السميع ، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦.

- د. أسامة عبد الله قايد: حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دراسة مقارنة"، ط ٣، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- د. أشرف توفيق شمس الدين: الجينات الوراثية والحماية الجنائية للنق في الخصوصية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- د. أشرف توفيق شمس الدين: التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تنفيذ سلطة النيابة العامة في التحقيق الابتدائي، مینوافست للطباعة، ٢٠٠٦، ١٠.
- د. أكرم عبد الرزاق جاسم المشهداني: جرائم الاتجار بالبشر.. نظرة في أبعادها القانونية والاجتماعية والاقتصادية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠١٤.
- د. السيد محمد سعيد عتيق: النظرية العامة للدليل العلمي في الإثبات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٣.
- د. الهاني طابع: تكنولوجيا بصمة المتخ في الإثبات الجنائي، الشاهد الذي لا يخطئ، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.
- د. أمال عبد الرحيم عثمان: الإثبات الجنائي ووسائل التحقيق العلمية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥.
- د. أمال عبد الرحيم عثمان: الخبرة في المسائل الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
- د. أمال عبد الرحيم عثمان: الخبرة في المسائل الفنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة سنة ١٩٦٤ م.
- د. بكري يوسف بكري: التفتيش عن المعلومات في وسائل التقنية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.
- د. بكري يوسف بكري، الوجيز في الإجراءات الجنائية، كتاب مقرر على طلبة كلية الشريعة والقانون بدمهور، عام ٢٠١٤، دار اللوتس للطباعة، دمنهور، ٢٠١٤.

- د. توفيق محمد الشاوي: حرمة الحياة الخاصة ونظرية التفتيش، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦.
- د. جمال جرجس مجلع: الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية القضائية، النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٦.
- د. جميل الشرقاوي: الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦.
- د. جميل عبد الباقي الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- د. جميل عبد الباقي الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار - الحاسبات الآلية - البصمة الوراثية)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- د. جميل عبد الباقي الصغير: الانترنت والقانون الجنائي، ط ٢٠٠١.
- د. جودة حسين جهاد: الكشف عن الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط ، ١٩٩٢.
- د. جودة حسين جهاد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني، ١٩٩٤.
- د. حاتم بكار: حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة تحليلية تأصيلية انتقادية مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
- د. حسن صادق المرصفاوي: المحقق الجنائي، منشأة الإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٩٠.
- د. حسن علي السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣.
- د. حسن محمد ربيع: حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية ١٩٨٥.
- د. حسني الجندي، ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام، دار النهضة العربية ١٩٩٣.

- د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.
- د. حسني محمود عبد الدايم: البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٩.
- د. حسن ميان المحمدي: الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، الإسكندرية، منشأة المعارف ٢٠٠٥.
- د. حسين إبراهيم: الإثبات الجنائي، مطبعة كلية الشرطة، ١٩٩٨.
- د. حسين محمود إبراهيم: النظرية العامة للإثبات العلمي، دار النهضة العربية، ١٩٨١.
- د. حسين محمود إبراهيم: الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية ١٩٨١.
- د. حسين محمود إبراهيم: الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية ١٩٨١.
- د. رءوف عبيد: أصول علمي الإجرام والعقاب، دار الفكر العربي، ط ٥، ١٩٨٢.
- د. رءوف عبيد: القضاء الجنائي عند الفراعنة، بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية، المجلد الأول، العدد ٣، نوفمبر ١٩٥٨، ص ٧٩ وما بعدها.
- د. رءوف عبيد: القضاء الجنائي عند الفراعنة، بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية، المجلد الأول، العدد ٣، نوفمبر ١٩٥٨، ص ٧٩ وما بعدها.
- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، الطبعة الثالثة، دار الجيل للطباعة، ١٩٨٦.
- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، الطبعة الثانية، مطبعة الاستقلال، القاهرة، ١٩٧٧.

- د. رضا عبد الحليم عبد المجيد: الحماية القانونية للجين البشري، الاستنساخ وتداعياته، دار النهضة العربية ١٩٩٨.
- د. رمزي رياض عوض: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- د. رمزي رياض عوض: مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة وما قبلها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٧.
- د. رمسيس بهنام - البوليس العملي أو فن التحقيق ومنشأة المعارف والإسكندرية ١٩٩٩.
- د. رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً - منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨٤.
- د. سامي الشقرا: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٦.
- د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، المطبعة العالمية، ط ٣، ١٩٦٨.
- د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٦٩.
- د. سامي صادق الملا: حجية استعراض الكلاب الشرطة أمام القضاء، بحث منشور في المجلة الاجتماعية القومية، القاهرة، ١٩٧٤ / العدد الأول، ص ٥٣ - ٦٢.
- د. سعد حماد صالح القبائلي: ضمانات المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
- د. سعيد عبد اللطيف حسن: إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، الجرائم الواقعة في مجال تكنولوجيا المعلومات، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩ م.
- د. سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية، ط ٢، ١٩٥٢.
- د. سمير الأمين: مراقبة التليفونات والتسجيلات الصوتية والمريئة، الطبعة الثانية، دار الكتاب الذهبي، مطابع المجموعة المتحدة، ٢٠٠٠.

- د. شحاتة عبد المطلب حسن، حجية الدليل المادي في الإثبات، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦.
- د. طه أحمد متولي: الدليل العلمي وأثره في الإثبات الجنائي، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠٧.
- د. عادل عبد العال خراشي: ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- د. عادل عبد العال خراشي: ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٦.
- د. عادل غانم: كشف الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، تقرير مقدم للحلقة الأولى لتنظيم العدالة الجنائية بالمركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، سنة ١٩٧١، منشورات المركز، ص ٣.
- د. عبد الأحد حمال الدين، د. جميل عبد الباقي الصغير: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام، دار النهضة العربية ٢٠٠٥.
- د. عبد الحافظ عابدين: الإثبات الجنائي بالقرائن، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩١.
- د. عبد الحافظ عبدا لهادي عابدين: الإثبات الجنائي بالقرائن، رسالة دكتوراه أكاديمية الشرطة، مطابع الطوخي التجارية، ١٩٨٩.
- د. عبد الحميد الشواربي: الإثبات الجنائي في ضوء الفقه والقضاء، النظرية والتطبيق، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٦.
- د. عبد الحميد الشواربي: الخبرة الجنائية في مسائل الطب الشرعي وأبحاث التزييف والتزوير والبحث الفني عن الجريمة منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

- د. عبد الحميد الشورابي: ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨.
- د. عبد الرؤوف مهدي: حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، دار النهضة العربية، ١٩٨١.
- د. عبد الرحمن جمال الدين حمزة: الحق في الخصوصية في مواجهة حق الإعلام، القاهرة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ٢٠٠٥.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، دار النشر للجامعات المصرية، ط ١٩٥٦.
- د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦.
- د. عبد الفتاح محمود رياض: الأدلة الجنائية المادية، كشفها وفحصها، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- د. عبد الفتاح مراد: التحقيق الجنائي الفني والبحث الجنائي، المكتب الجامعي الحديث ١٩٩١.
- د. عبد الفتاح مراد: التحقيق الجنائي الفني والبحث الجنائي، المكتبات الكبرى، الطبعة الثانية ١٩٩٩.
- د. عبد القادر: إدريس، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير غير منشورة.
- د. عبد الله عبد الغني غانم: الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الحادي عشر، العدد ٩٣، ٢٠٠٢.
- د. عبد الله عبد الغني غانم: دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة بين الشريعة والقانون من ٥ إلى ٧ مايو ٢٠٠٢، الإمارات، المجلد الثالث، ص ١٢٢٩.
- د. عبد المنعم سالم الشيباني: الحماية للحق في أصل البراءة، دراسة مقارنة، ط ١ القاهرة، دار النهضة العربية، ١٤٢٧هـ.
- د. عبد المنعم فرج الصده: الإثبات في المواد المدنية، مصطفى الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٩٥٤.

- د. عبد الودود يحيى: دروس في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، ١٩٧٠.
- د. عدنان عبد الحميد زيدان: ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٣.
- د. عدنان عبد الحميد زيدان: ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٢.
- د. عدنان عبد الحميد زيدان: ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٣.
- د. علي عبد القادر القهوجي و د. فتوح عبد الله الشاذلي -: مبادئ قانون أصول المحاكمات الجنائية اللبثاني، الدار الجامعية - بيروت ١٩٩٢.
- د. عمر الفاروق الحسيني: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، الجريمة والمسؤولية دراسة تحليلية على ضوء أحكام القانون المصري الفرنسي وأراء الفقه وأحكام القضاء، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٦.
- د. عمر الفاروق الحسيني: علم الإجرام والعقاب، دار الإيمان للطباعة، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٧.
- د. غانم محمد أحمد: الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية DNA، الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠.
- د. غانم محمد غنام: دور البصمة الوراثية في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد في جامعة الإمارات، كآلية الشريعة والقانون، في الفترة من ٢٢ - ٢٤ / ١ / ١٤٢٣ هـ، الموافق ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢، ص المجلد الثاني ص ٦٩٢ وما يليها.
- د. فائق أمين بكر، د. عامرة جابر عمر، الطب العدلي وتقنية بصمة الحامض النووي، معهد الطب العدلي، بغداد ٢٠٠٠.



- د. فواز صالح: دور البصمة الوراثية في القضايا الجنائية دراسة مقارنة "مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الأول ٢٠٠٧.
- د. فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.
- د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي: أدلة مسرح الجريمة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.
- د. كمال عبد الواحد الجوهري: تأسيس الاقتناع القضائي والمحكمة الجنائية العادلة، دار محمود للنشر، ١٩٩٩.
- د. كوثر أحمد خالد: الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، دراسة تحليلية مقارنة، مكتب التفسير للنشر والإعلان، أربيل، العراق، ٢٠٠٧.
- د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج 2 دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٨.
- د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، ١٩٨٠.
- د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- د. مأمون محمد سلامة: المبادئ العامة للإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد العاشر أكتوبر، ١٩٧٩، ص ٢٥٠.
- د. مبدل الويس: أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٨.
- د. مبروك نصر الدين: عبء الإثبات في المسائل الجنائية، المجلة العربية للفقه والقضاء، أبريل ٢٠٠٤.
- د. محسن العبودي: "القضاء وتقنية الحامض النووي" بحث مقدم للمؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي المنعقد

- خلال الفترة من ١٢ - ١٤ نوفمبر ٢٠٠٧ بأكاديمية نايف للعلوم الأمنية بالرياض، ص ٣٠.
- د. محمد أبو العلا عقيدة: التحقيق وجمع الأدلة في مجال الجرائم الإلكترونية، بحث على الموقع الإلكتروني: [www.globalonline.com](http://www.globalonline.com). [www.osamabahar.com](http://www.osamabahar.com)
  - د. محمد إسماعيل فرج، "الهندسة الوراثية أعظم وأخطر ثورة في تاريخ البشرية"، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، العدد ٧، السنة ١٦، الإمارات العربية المتحدة، سبتمبر ١٩٩١.
  - د. محمد الأمين البشري: الأدلة الجنائية الرقمية، مفهومها ودورها في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ١٧- العدد ٣٣- السنة ١٧، الرياض، أبريل ٢٠٠٢م، ص ١٢٧- ١٢٨.
  - د. محمد السقا عيد: بصمة العين، بصمة الشفاه، بصمة العرق، بصمة الصوت، مقال على الموقع [www.Islamonline.net](http://www.Islamonline.net) - [www.arabic.dowalia.scince15-200.science-a-asp](http://www.arabic.dowalia.scince15-200.science-a-asp) ولـ نفس المؤلف: البصمة بين الإعجاز والتخدي، على الموقع الإلكتروني: <http://geniusgate.net/vb/t8047.html>.
  - د. محمد الشهاوي: الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
  - د. محمد أمين فلاح الخرشة: مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٩.
  - د. محمد جمال الدين عواد: جناية القتل العمد في الفقه الإسلامي، دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٧٥.
  - د. محمد رواس القلعجي: معجم لغة الفقهاء.
  - د. محمد زكي أبو عامر الإثبات في المواد الجنائية: محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، الفنية للنشر بالإسكندرية ١٩٨٥.

- د. محمد زكي أبو عامر: "الإثبات في المواد الجنائية، محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، الإسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، ط ١، ١٩٨٥.
- د. محمد زكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، ط ٨، ٢٠٠٨.
- د. محمد عبد الغريب: التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ١٩٨٩.
- د. محمد لطفي عبد الفتاح: القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحديثة دراسة مقارنة، مكتبة دار الفكر والقانون، ط ١، ٢٠١٠.
- د. محمد مبروك يوسف: القتل العمد وجزاؤه في الإسلام، دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٧٦ ع.
- د. محمد محمد عنب: أثر الأسلوب الإجرامي على كشف غموض الجريمة، مقال بمجلة بحوث الشرطة ١٩ يناير ٢٠٠٥.
- د. محمد محيي الدين عوض: الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني، مطبوعات، جامعة القاهرة.
- د. محمد محيي الدين عوض: الحق في العدالة الجنائية، بحث من مجموعة بحوث أعمال الندوة العلمية، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون الوضعي، ط ١ (الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م) ٤٩٤/٢.
- د. محمد محيي الدين عوض: حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، ١٩٨٩.
- د. محمد مختار السلامي: مفتى تونس الأسبق: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بدولة الإمارات، في الفترة من ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢، ٤٦٠/٢.

- د. محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ، مكتبة دار البيان، دمشق - سوريا ١٩٨٢ م.
- د. محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٣٣.
- د. محمد نعيم فرحات: النظرية العامة لعذر تجاوز حق الدفاع الشرعي، دكتوراه، ١٩٨١.
- د. محمد نور عاشور: الموسوعة في التحقيق الجنائي العملي، عالم الكتب، القاهرة، ط ٢، ١٩٨٩.
- د. محمود أحمد طه: المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، طبعة خاصة لطلبة كلية الدراسات العليا جامعة طنطا، ٢٠٠١.
- د. محمود سلام زناتي: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ج ١، المجتمعات البدائية والقبلية، دار النهضة العربية، ١٩٥٦.
- د. محمود صالح العادلي: النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- د. محمود عبد العزيز خليفة: النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي، مطابع الطوبجي، القاهرة، ١٩٨٧.
- د. محمود محمد عبد الله: التقنيات الحديثة في مجال علم البصمات، دراسة مقدمة إلى ندوة البحث الجنائي المعاصر المنعقد في الفترة من ٢٣ - ٢٤ نوفمبر ١٩٩٢ م المقامة بمركز البحوث بشرطة دبي.
- د. محمود محمد محمود: الأسس العلمية والتطبيقية للبصمات، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، سنة ١٩٩١.
- د. محمود محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، ط ١، ١٩٧٧.
- د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط ١١، القاهرة، ١٩٧٦.

- د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 2، دار الثقافة الإسكندرية، ١٩٦٤.
- د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الثانية عشرة ١٩٨٨.
- د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط ١٢، ١٩٨٨.
- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.
- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
- د. مصطفى العوجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، مؤسسة نوفل بيروت، ط ١، ١٩٨٩.
- د. مصطفى محمد الدغدي: التحريات والإثبات الجنائي، دار الكتب التانزية، ٢٠٠٦.
- د. معتصم خميس: إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة كلية الشريعة والقانون، الإمارات، العدد السادس والخمسون، أكتوبر ٢٠١٣، ص ٥٨.
- د. ممدوح خليل بحر: حرمة الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٨٣.
- د. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب،: أدلة الصور الرقمية في الجرائم عبر الكمبيوتر، مركز شرطة دبي، ٢٠٠٥.
- د. ممدوح محمد خيرى هيثم المسلمي: المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة، القاهرة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ٢٠٠١.

- د. نصر فريد واصل: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ٢٠٠٢.
- د. نصر فريد واصل: مفتى الديار المصرية الأسبق، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة بمكة المكرمة في الفترة من ٢١ - ٢٦ / ١٠ / ١٤٢٢ هـ الموافق ١ - ٥ / ٢ / ٢٠٠٢ م.
- د. هشام على صادق، تاريخ النظم القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢.
- د. هشام محمد فريد رستم: الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط ١٩٨٦.
- د. هلالى عبد اللاه أحمد: التزام الشاهد بالإعلام في الجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٠.
- د. هلالى عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.
- د. هلالى عبد اللاه أحمد: تفتيش نظم الحاسب الآلي و ضمانات المتهم المعلوماتي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٧.
- د. هلالى عبد اللاه أحمد: حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٧.
- د. وسام أحمد السمروط: القرينة وأثرها في إثبات الجريمة، دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.
- د. وهبة الزجيلي: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال ومحور الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة عام ٢٠٠٢.
- د. ياسر الأمير فاروق: مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

- د. يحيى شريف، د. محمد عبد العزيز سيف النصر، د. محمد عدلي  
مشال: الطب الشرعي والبوليس الفني، مكتبة القاهرة الحديثة الجزء  
الأول، ١٩٦٩.
- د. يوسف الشيخ يوسف: حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة،  
القاهرة، دار نهضة مصر للنشر والطباعة، ١٩٩٩.
- د. سعد الدين مسعد هلالى: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية  
دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط ١  
٢٠٠٠.
- د. عادل حافظ غانم: الوسائل العلمية الحديثة لكشف الجريمة ومدى  
مشروعيتها وحجيتها، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، عدد ٤ (١)  
يناير ١٩٦٩، ص ٢٣ وما بعدها.
- د. عبد الباسط محمد الجمل: موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في  
مجال الجريمة، الجزء الأول، بصمة الحامض النووي ... المفهوم  
والتطبيق، دار الفكر العربي، ٢٠٠٦.
- د. عبد الفتاح مراد: التحقيق الجنائي التطبيقي، الطبعة الأولى، دار  
الكتب القانونية، ١٩٩٥.
- د. عبد الواحد أمام مرسي: التحقيق الجنائي علم وفن، بين النظرية  
والتطبيق، ١٩٩٣.
- د. عفيفي كامل عفيفي: جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات  
الفنية ودور الشرطة والقانون - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،  
٢٠٠٠.
- د. علي حسن الطوالبه: مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من  
التفتيش الجنائي، دراسة مقارنة، مركز الإعلام الأمني، ٢٠٠٩، ص  
٢١ وما بعدها، بحث متاح على الانترنت، على الموقع الإلكتروني  
[www.policemc.gov.bh/reports/2009/...2009/6338439532723.69688.doc](http://www.policemc.gov.bh/reports/2009/...2009/6338439532723.69688.doc)
- د. عمر الشيخ الأصم: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيتها في  
الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون،

- كلية الشريعة والقانون بدولة الإمارات العربية المتحدة، ٥ - ٧ مايو ٢٠٠٢م، المجلد الرابع، ص ١٦٤٨ وما بعدها.
- د. محمد سامي النبراوي: استجواب المتهم، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ١٩٦٨.
  - د. محمود محمد محمود: الأسس العلمية والتطبيقية للبصمات، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، سنة ١٩٩١. د.
  - د. مصطفى غالب: التنويم المغناطيسي: طبعة ١٩٧٨.
  - د. محمود خليل بحر: أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ط ١، دار الثقافة عمان ١٩٩٨.
  - د. هشام فرج: إصابات الأسلحة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٧.
  - عبد السلام الشامسي: بصمة الرائحة.. دليل علمي للإثبات الجنائي، على الموقع الإلكتروني لشرطة دبي الإمارات، العدد ٤١٦، : على الموقع
  - عبد الله إسماعيل بدوي: القسامة كدليل إثبات، ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٧٥.
  - عدلي عبد الباقي: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٣.
  - عمران مفتاح أحمد زقلموم: مدي مشروعية الدليل المستمد من تحليل البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، قسم الشريعة الإسلامية، ٢٠١٣، متاح على الإنترنت على الموقع الإلكتروني: [demportal.mans.edu.eg/lawfac/images/files/Magazine/2013/54/8.pdf](http://demportal.mans.edu.eg/lawfac/images/files/Magazine/2013/54/8.pdf)
  - عميد، فادي الحبشي: المعاينة الفنية لمسرح الجريمة، والتفتيش، المركز العربي للدراسات العربية، الرياض، ١٩٩٥، ص ٩٣. د. حسين إبراهيم: الإثبات الجنائي، مطبعة كلية الشرطة، ٢٠٠٥.



- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي دخل حيز التنفيذ في ٢٣ مارس ١٩٧٦.
- فيصل مساعد العنزي: أثر الإثبات بوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٧.
- م. عدلي خليل: اعتراف المتهم فقهاً وقضاً، دار النهضة العربية ط ٨، ١٩٩١.
- م. محمد أنور عاشور: الموسوعة في التحقيق الجنائي العملي، دار المعارف الإسكندرية، ١٩٩٠.
- م. محمد عابدين، الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- م. مصطفى مجدي هرجه: الإثبات في المواد الجنائية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٢.
- م. مصطفى مجدي هرجه: الموسوعة القضائية الحديثة، الإثبات الجنائي والمدني في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.
- محمد عبد الظاهر: بصمة الأذن ودرها في الإثبات الجنائي، بحث - كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة - القاهرة، ١٩٨٠.
- محمد محمود الشناوي: تقنية البصمة الوراثية في الكشف عن الجرائم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 2009.
- محمد مرتضى الحسيني: عقود الجواهر المنيفة في أدلة أبي حنيفة، ط ١، المطبعة الوطنية بالإسكندرية، ١٢٩٢، ص ج ٢.
- مشروع حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي الذي وضعه الخبراء العرب في شهر ديسمبر ١٩٨٥.
- مقال على الانترنت بعنوان، أهمية الدليل العلمي في التحقيقات الجنائية، منتديات الحقوق والعلوم القانونية، على الموقع:

- <http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=9916>  
د. منصور عمر المعاينة : الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي ، دار الثقافة ، ٢٠٠٩ .
- مؤتمر المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الانتربول International Criminal Police Organization -Interpol الذي عقد في القاهرة في الفترة من ٢٢ - ٢٧ / ١٠ / ١٩٩٨ .
- مؤتمر تنظيم الوثائق والميكروفيلم ، مركز التنظيم والميكروفيلم ، مؤسسة الأهرام ، ١٩٧٤ .
- موسوعة ويكيبيديا Wikipedia
- مجاد ، محمد راجح : حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، دار المنار ١٩٩٤ .
- خامساً: مجموعات الأحكام:**
- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.
- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية والفرنسية.
- مجموعة القواعد القانونية.
- سادساً: المراجع الأجنبية:**
- Albert Ducros, « Phrénologie, Criminologie, Anthropologie : une interrogation continue sur anatomie et comportement », Bulletins et Mémoires de la Société d'anthropologie de Paris, vol. 10, no 3-4, 1998.
- ALESCANDER maitrot de motte, Le droit au respect de la vie privée, sur le site: <http://asmp.fr> - Groupe d'études Société d'information et vie privée, 25/02/2012.
- ALISON Van Eenennaam. "Is Livestock Cloning Another Form of Genetic Engineering?". agbiotech on the site:

<http://agribiotech.info/details/Alison%20-%20cloning%20March%208%20-%202003.pdf>.

- **ALLIX Dominique**, La preuve en matière pénale à l'épreuve du procès pénal équitable, *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1998; avril-juin, n° 10, p. 35-51.
- **AOUDIA Khadija**, L'utilisation de la génétique dans l'administration de la preuve en droit de la filiation et en droit pénal, thèse de doctorat, *Droit, Montpellier*, 2001.
- **AUBERT J.-L. et SAVAUX É.**, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 13e éd., Sirey, 2010. **Terré François.**, Introduction générale au droit, 8e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2009, n° 605 et s.
- **PRADEL J.**, Procédure pénale, Paris, Cujas, 14ème édition, 2008.
- **B. BOULOC**, Précis Dalloz, Procédure pénale, 21ème édition, Dalloz, Paris 2008 ; **GUINCHAND, S. BUISSON** ; Procédure pénale, 3ème édition, Litec, Paris 2008 ; **J. PRADEL**, Manuel de procédure pénale, 14ème édition, Cujas, Paris, 2008.
- **BADINTER Robert**, Le droit au respect de la vie privée, J.C.P.1968.1.2136.
- **BADINTER Robert**, le droit et l'écoute électronique en droit français, paris. p.18, sur le site: <https://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/1/badinter.pdf>.
- **BARBERIS J.**, Le droit de la preuve pénale face à l'évolution technique et scientifique, Thèse, Aix-Marseille 3, 2000.
- **BAUER A., FREYNET F.**, Vidéosurveillance et vidéoprotection, Que sais-je ? , PUF, 2008.

- **BECCARIA**, Des délits et des peines, 2e édition, Paris 1870.
- **BERRY**, Andrew; **WATSON**, James. DNA: the secret of life. New York: Alfred A. Knopf, 2003.
- **BOË** Louis-Jean, **BIMBOT** Frédéric, **BONASTRE** Jean-François, **DUPONT** Pierre, Des évaluations des systèmes de vérification du locuteur à la mise en cause des expertises vocales en identification juridique, L'Internet sur le site: [http// ww.afcp-parole.org/doc/Article-Langue.pdf](http://ww.afcp-parole.org/doc/Article-Langue.pdf). 11-5-2000.
- **BOHUON** Jean-Malo, L'administration de la preuve en matière pénale, thèse de doctorat, Droit pénal, Paris 2, 1980 .
- **BOLZE** Pierre, Le droit à la preuve contraire en procédure pénale, Thèse, Université Nancy 2, Paris, 2010.
- **BONASTRE** Jean – **BIMBOT** François, Frederik, **BOE** Louis- jean, **CAMPBELL** Joseph p. **REYNOLDS** douglas A, **CHAGNOLLEAU** Ivan Magrin –, " AUTHENTIFICATION des personnes par leur voix : un nécessaire devoir de précaution " . L'Internet sur le site: [http//www.aunelpl.univ-aix.fr/jep-taln04/proce...](http://www.aunelpl.univ-aix.fr/jep-taln04/proce...), Publié in 2003, p 01, 02,03.
- **BONNIEU** (Michel). Le juge d'instruction et les empreintes génétiques à l'aube du troisième millénaire, Revue pénitentiaire et de droit pénal. Bulletin de la Société générale des prisons et de législation criminelle, 124e année, 2000, n° 2, p. 202-219.
- **BORRICAND** (Jacques). Progrès scientifique et droit de la preuve pénale, in Problèmes actuels de science criminelle, volume XVII, Institut de sciences

- pénales et de criminologie, Laboratoire de recherche sur la délinquance et les déviances, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- BOULOC B, Présomption d'innocence et droit pénal des affaires , Rev. Sc. Crim. 1990 p. 465 ;
  - DETRAZ S, La prétendue présomption d'innocence, Dr. pén. 2004, chron. n°3 ; BUISSON Jacques, Les présomptions de culpabilité, Procédures, Décembre, 1991, ch.15.
  - BOULOC B, Procédure pénale, Paris, Dalloz, collection « Pécis », série « Droit privé », 22ème éd., 2010, n° 131, p. 110.
  - BOUZAT P, "La loyauté dans la recherche des preuves", Paris, 2002.
  - BOUZAT P, "La loyauté dans la recherche des preuves", Mélanges Hugueney, Sirey, 1964, p.155 et s.
  - BOUZAT P, "La loyauté dans la recherche des preuves", Mélanges Hugueney, Sirey, 1964, p.155 et s.
  - BOWKE Arthur L. DRINKARDE Leonard N., Downloading and Using computer Software an Investigative Tool, F.B.I. Law Enforcement Bulletin Dun, 1996.
  - BRIERE DE L'ISLE G et COGNIARD P, Procédure pénale, collection Université Librairie Amand Colin, Paris 1971.
  - BROEDERS A.P.A. Of Earprints, Fingerprints, Scent dogs, Cot deaths and Cognitive Contamination - a Brief Look at the Present State of Play in the Forensic Arena. Forensic Science International, 2006, 159, p. 148-157.

- CABAL M. Christian, La valeur Scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire , Rapport présente au Senat ( N° 364) et l'Assemblée Nationale ( N°3121) , le 7 juin 2001 , p.35 et 36.
- COQUOZ Raphaël, Preuve par l'ADN : la génétique au service de la justice, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2003.
- PARLEMENTAIRE D'ÉVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES, Internet, [Http://www.senat.fr/commission/ .../ office 021125. html](http://www.senat.fr/commission/.../office_021125.html), Mercredi 20 novembre 2002, Internet, <http://www.senat.fr/opecst/p01a05>.
- CADENE, La preuve en matière pénale, Dalloz 1996, Chron. p. 153 ; Crrim: 29 septembre 1999, Dalloz 2000, p. 374.
- CALLADINE, Chris R. DREW, Horace R. LUISI, Ben F. and TRAVERS, Andrew A, Understanding DNA: the molecule & how it works. Amsterdam: Elsevier Academic Press, 2003.
- CASORLA Francis, La preuve en procédure pénale comparée. Le droit français, Revue internationale de droit pénal, 1992, 63e année, p. 183-204.
- CHABAS Monique, Le duel judiciaire en France aux XIIIe et XIVE siècles Thèse, Paris II , Publisher J.Favard,1973.
- CHARPIN Madie-Helene, Génétique de l'homme, 1998.
- CHEHADE EL HAJJ Farah, Les actes d'investigation, Thèse Université du Maine, France 2010.

- CINAR, les aspects juridiques de la recherche biomédicale, 1997.
- CLARCK Jon, New locks and Keys for electronic information, Washington, Congress of the U.S.A., Office of Technology Assessment, U.S.A., 1987, p. 1187.
- CLEMEBT S, Songes d'un pure vérité, à propos du détecteur de mensonge, Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique, 2004, 1, pp. 55 à 68 .
- CLEMENT G, Le secret de la preuve pénale, in Mélanges B. Bouloc, Dalloz, 2007, p. 183.
- D.MEUWLY, " Le Mythe de l'empreinte vocale", institut de police scientifique et criminologie, université de Lausanne, Suisse. Revue internationale de criminologie de police technique et scientifique. Genève, vol.56,n°3(juillet septembre2003), L'Internet sur le site: [http://www.dgsi.pt/bisp\\_2.nsf/585dea57ef15465\\_p2a16..](http://www.dgsi.pt/bisp_2.nsf/585dea57ef15465_p2a16..)
- DANJAUME G, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », D. 1996, chr. 153.
- DANJAUME Géraldine, Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale, Recueil Dalloz, 1996, Chronique, p. 153-156.
- DECKER Micheline, Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droit français, allemand et anglais, Université Panthéon – Assas (Paris II), Paris, 2000.

- **DEJARDIN (Denis).** L'influence des nouvelles technologies sur le droit de la preuve, mémoire de D.E.A., Droit privé général et européen, Limoges, 2002.
- **DEJARDIN Denis,** L'influence des nouvelles technologies sur le droit de la preuve, mémoire de D.E.A., Droit privé général et européen, Limoges, 2002.
- **DEL CARMEN,** Criminal procedure and evidence, U.S.A., 1978.
- **DELMAS-MARTY M,** « La preuve pénale », Droits, 1996.
- **DENNIS, Carina, JULIE Clayton,** 50 years of DNA. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003.
- **DETRAZ S.,** L'enregistrement d'images de violence : un cas de présomption légale de complicité, Dr. Pén. n°11, novembre 2007, Etude 23.
- **DEVÈZE Jean,** Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, Thèse, université de Toulouse 1, 1980.
- **Dictionnaire LAROUSSE,** <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/prouver/64630>.
- **DIEDONNE Dekara Djimi,** La preuve testimoniale et son administration selon le nouveau code de procédure civile, Thèse université de Paris II, 1979 .
- **DONNER Frank J,** The age of surveillance, Washington DC, 1981.
- **DOUTREMEPUICH Françoise et Christian** « Les empreintes génétiques en pratique judiciaire », (dans « 10 ans d'empreintes génétiques », La Documentation française, Paris, juillet 2001.



- EBERT, J-C. «L'expertise en droit pénal», dans **Développements récents en droit criminel**, Éditions Yvon Blais 1990.
- EGBERT Lawrence Deems, Fernando Morales Maced, **Multilingual Law Dictionary**, Kluwer Academic Publishers, 1979.
- EL CHAZILI Fatouh, **T témoignage en justice pénale, Etude des droits français et égyptien**, Thèse , Université Poitiers 1979.
- ELIAS Steve, **Justice by machinem : living with lie detector tests, nolo, com, insm 2000m USA, p. 4. on the site: [http://www.nolo.com/encyclopedia/crim/living\\_lie.htm](http://www.nolo.com/encyclopedia/crim/living_lie.htm).**
- ENRICO Firre, **La Sociologie criminelle**, Paris 1893.
- FEROT P., **La présomption d'innocence : essai d'interprétation historique**, Thèse, Paris, Lille 2, 2007.
- FEROT Patrick, **La présomption d'innocence : essai d'interpretation historique**, Thèse, Université du Droit et de la Santé - Lille II (15/12/2007).
- FORENSIC Evidence, **A Mistaken DNA Identification? What does it mean? Updated October 2000: On the site [http://www.forensic-evidence.com/site/EVID/EL\\_DNAerror.html](http://www.forensic-evidence.com/site/EVID/EL_DNAerror.html) in 1/29/2006.**
- FOSTAN, **Justice et Génétique contribution à l'étude de la génétique judiciaire**, Thèse Paris 2000.
- FOURMENT F, **Procédure pénale, " La perquisition du disque d'un ordinateur à chaud , CPU**, Paris 2002, 2003 .

- **FOURMENT F**, Procédure pénale, Orléans, Paradigme, 10ème éd., 2009, n° 1 s. ; **DESPORTES F.** et **LAZERGES-COUSQUER C**, Traité de Procédure pénale, Paris, Economica, coll. « Corpus Droit Privé », 2009.
- **FOURMENT François**, « Procédure pénale » 2003.
- **FRANCILLON J**: Les crimes informatiques et d'autres crimes dans domaine de la technologie informatique, Rev. Int. dr. pén. 1993.
- **FRANKLIN Ben**, Computer crime and intellectual of justice, Jun 2001.
- **GAREY Goldberg, DAN-** Data Banks Giving Police A Powerful Weapon, and Critics. New York Times, 19 February 1998, A1, A12, on the site: [http://www.hope-dna.com/article/ha\\_nytimes\\_980219.htm](http://www.hope-dna.com/article/ha_nytimes_980219.htm).
- **GARRAUD René**, traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, II, Paris, 2003.
- **GARRAUD**, Traité théorique et pratique de l'instruction criminelle et de procédure pénale, 5 tomes, Sirey, Paris 1907, T, I, p. 514.
- **GESSAIN Robert**, De l'intérêt anthropologique des empreintes palmaires, Bulletins et Mémoires de la Société d'anthropologie de Paris, 1943, sur le sit : [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/bmsap\\_0037-8984\\_1943\\_num\\_4\\_1\\_2799](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/bmsap_0037-8984_1943_num_4_1_2799)
- **GINGRAS Yves** , Les dérives de l'évaluation de la recherche, Raisons d'agir, 2014.
- **GLEIZE B.**, La protection de l'image des biens, Defrénois, Tome 33, 2008.

- GRANGER Gilles Gaston, *Sociologie et sociétés*, 1982, vol. 14.
- GRAVEN J, *Les moyens admissibles d'investigation moderne dans l'enquête de police et d'instruction pénale*, Rev. Int. de. crim. et de police tech., vol. XIII, n°4, 1959, p. 262 et s.
- GRIERE DE L'ISLE, G. et COGNIART P, *Procédure pénal*, tome II, Paris, Armand colin, 1972.
- GRIERE DE L'ISLE, G. et COGNIART, P., *Procédure pénal*, tome II, Paris, Armand colin, 1972, p.15.
- groupe ISP, *Droit pénal, La preuve*, (Sujet commissaire de police 2005), p. 1, Sur le site : <http://www.prepa-isp.fr/wp-content/annales/5-commissaire/penal/Preuve.pdf>.
- GUAZ A, *L'aveu en matière pénale*, thèse, Lyon, 1908; CADENE J, *La prévue en matière pénale*, essai, d'une théorie générale, Thèse Montpellier, 1963.
- GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, 6e éd. 2010.
- GUINCHARD S. et BUISSON J, *Procédure pénale*, Paris, Litec, coll. « Manuel », 5ème éd., 2009, n° 522 s., p. 445 s.
- GYLLENSTEN UB, JOSEFSSON A, SCHEMSCHAT K, SALDEEN T, PETTERSON U, DNA typing of forensic material with mixed genotypes using allele-specific enzymatic amplification (polymerase chain reaction), 1992, Forensic Sci Int. 1992, pp. 149-160.

- HAMPTON, Criminal procedure, 2<sup>nd</sup> ed. Sweet Maxwell, London, 1977.
- HARPER, ROW, PUBLISHERS, New York, 1980.
- HELIE Faustin, Traité de l'instruction criminelee, 2<sup>e</sup> édition, 1866, p. 261 et s.
- HOOVER Jone Edger, Classification of finger prints, Publisher B, T, Wahington, 1995, p. 208.
- ITEANU O., L'identité numérique en question, Eyrollis, 2008.
- JEFFREYS A.J, WOLSON V, Thein S.L. Individual Specific « Fingerprints » of Human DNA. Nature, 1985, 316, 6023, p. 76-79.
- KENNES Laurent, La preuve en matière pénale, Volume 1, éd, Kluwer 2005.
- KOERING-JOULIN R. , La dignité de la personne humaine en droit pénal, in La dignité de la personne humaine, Economica,1999.
- KRANTZ Peter, Bevisforing och bevisvardering avseende de central straffratsliga fragorna, en forelasning, St ockholm, 1998.
- L'ASSEMBLEE Constituante française, Séances des 3 et 4 janvier 1791 Parole de Maximilien Robespierre , Archives Parlementaires, séance du 3 janvier 1791, Vol 22, p. 3 et s, séance du 4 janvier 1791, Vol 22, p.11 et s.
- LARGUIER Jean, Procédure pénale ,16<sup>ème</sup> édition , Dalloz, Paris, 1997.
- LAUDON Kenneth C. LAUDON Jane P., management information systems: new approaches to organization and technology, Prentice Hall

International inc upper saddle river, New Jersey, 1998.

- LAZERGES Christin, Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et droit des victimes, Rve- SC. Crim- 2001-N°1, p 23.
- LEBORGNE A, L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, RTD civ. 1996, p. 535, spéc. p. 547.
- LEBORGNE A, L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, RTD civ. 1996, p. 535, spéc. p. 547.
- Les empreintes génétiques , Revue Sciences et avenir , N° 643 , septembre 2000,P.43.
- Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées", sous la dir. de GUIDICELLI-DELAGE G, Université Paris I, déc. 2003.
- LEVASSEUR G, « Le régime de la preuve en droit répressif français », in : La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles, Bruxelles, éd. Bruylant, 1977.
- LEVASSEUR G, Les méthodes scientifiques de la recherche de la vérité, Colloque sur, Les méthodes scientifiques de la recherche de la vérité, Abidjan 10-16 Jan 1972, Revue International de droit pénal, n° 3 et 4.
- LLER M.S. and GOODWIN G.A, Criminal litigation, Buttesworths, London, 1985.
- LOCARD E. La preuve judiciaire par les empreintes digitales. Lyon : Rey, 1914.

- **LOLIES Isabelle:** La protection pénale de la vie privée, Université Aix-Marseille, PUAM, 1999 .
- **MALONE V,** united kingdom 1985 interception of communications act 1985, p. 200 & s.
- **Marc Renneville,** « L'Anthropologie du criminel en France », Criminologie, vol. 27, no 2, 1994.
- **MARGOT P.** Fingerprint Sciences In Siegel J.A., Saukko P.J., Knupfer G.C. Encyclopedia of Forensic Sciences. London : Academic Press, 2000, p 1054-1058.
- **Marie-José ARCAUTE Marie-José,** , L'aveu. Essai d'une contribution à la justice négociée, thèse de thèse de doctorat, Toulouse, Université Toulouse I, 1998.
- **MARINO L.,** Vidéosurveillance au travail : le principe de proportionnalité mis en oeuvre par la Cnil, RDT 2010.
- **Mark Beneck,** review : DNA in today,s forensic medicine and criminal investigations. Available in : [http ://www.penecke.com/natwiss.html](http://www.penecke.com/natwiss.html).
- **MASHAGHI A, KATAN A,** "A physicist's view of DNA". De. Physicus 24e, 2013.
- **MERLE ,B. et VITU ,A.,** traité de loi criminel T.II, procédure pénale, 4è éd. Paris, Cujas, 1989.
- **MERLE R, et VITU A,** traité de loi criminel T.II, procédure pénale, 4è éd. Paris ,Cujas, 1989, p 151 ; **RASSAT M.L,** Procédure pénale, 2ème éd., Paris, P.U.F, 1995.
- **MERLE R, et VITU A,** Traité de droit criminel, Paris, 1993, p. 137 et s ; **PRADEL J,** Procédure pénale , Paris, Cujas, 14ème édition, 2008.

- **MERLE R. et VITU A.,** Traité de droit criminel, t. II, Procédure pénale, Cujas, 5e éd. 2001.
- **MEUNIER C.,** La loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, Rev. Dr. pén. crim. 2002, p. 611.
- **MOHAMED Bakry Youssef,** La procréation artificielle : limites morales et juridiques, et responsabilité médicale, « Etude comparée entre les lois : française, égyptienne et islamique, Thèse, Université Paris 12, 2004.
- **MOLINA E. ,** La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain, PUAM, 2001.
- **MOLINA E.,** La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain ; Thèse, Aix-Marseille 3, dir. S. Cimamonti, 2000 ; Aix en Provence, PUAM, 2001.
- **MOLINA V. E,** « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain » ; Rev. sc. crim., avr.-juin 2002, p. 263.
- **MOLINA, E. ,** La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain, PUAM, 2001.
- **MOUSSY Claude, BRACHET Jean-Paul,** Latin et langues techniques Presses de l'Université de Paris Sorbonne, 2006.
- **National Institute of justice, NIJ,** Case studies in use of DNA evidence, Jun, 1996, Washington, D. C. 1996, On the site: [https:// WWW.ncjrs.org/ textfiles /dnaevid\\_txt](https://WWW.ncjrs.org/textfiles/dnaevid_txt); Reuters News Agency, FBI Certifies DNA evidence, the Washington Times, Thursday, November 13, 1997, Newspaper Articles page, On

the site: [https:// WWW.hope-dna.com/articles/hawastimes\\_971113.htm](https://WWW.hope-dna.com/articles/hawastimes_971113.htm); Santa Ana, Calif, Wrongly convicted man finally sees justice National& World, Wednesday, October, 7, 1998, On the site: [https://WWW.hope-dna.com/articles/havapilot\\_981997.htm](https://WWW.hope-dna.com/articles/havapilot_981997.htm).

- NAUGHAN Bevan and KEN Lidstone – Aguide to the Police and Criminal Evidence Act 1984- Bulterworthe – London – 1985.
- NAUGHAN Bevan and Ken Lidstone – Aguide to the Police and Criminal Evidence Act 1984- Bulterworthe – London – 1985.
- NICOLLE Jean-Marie, Histoire des méthodes scientifiques, du théorème de Thalès au clonage, Bréal, 2006 ; RAMUNNI Girolamo, Les lieux des erreurs scientifiques, Le cavalier Bleu, 2012.
- NOLAN F. The phonetic bases of speaker recognition. Cambridge University Press, Cambridge Grande Bretagne, 1983.
- NZITONDA Axelle, Problématique d'administration de la preuve de l'infraction de viol en droit pénal burundais, Université Lumière de Bujumbura - Licènce en droit 2007.
- OSTERBURG Jams W, S & HWARD Richard, Criminal investigation and method for reconstructing the post Ander , 1972.
- OUTREMEPUICH Christian, (dir.). Les empreintes génétiques en pratique judiciaire, Paris, DF, 1998.



- PANSIER F.-J, « Proof and évidence : la preuve pénale en droits français et anglais », Gaz. pal. 7-8 juill. 1993, p. 2.
- PANSSIER Frédéric- Jérôme et CHARBONNEAU Cyrille, Commentaire article par article de la loi sur Présomption d'innocence , Petites Affiches 2000- n° 129, p3
- Pascal dourneau Josette, écoute téléphonique, Dalloz encyclopédie juridique, 2éd répertoire du droit pénal et procédure pénale, 2002.
- PATENAUDE Pierre. De l'expertise judiciaire dans le cadre du procès criminel et de la recherche de la vérité : quelques réflexions, (1996- 1997) 27 R. D.U.S. 1.
- PATENAUDEM Pierre L'expertise en preuve pénale, Les sciences et techniques modernes d'enquête, de surveillance et d'identification, éditions yvon blais, 2003.
- PELLETIER, Hervé, Tribunal correctionnelle, Administration de la preuve, Art. 427 à 457, JCP, 1998, p. 16, Cass. Crim. 7 Juin, 1998, Bull. crim. 254.
- PERROCHEAU, Des fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves, Petites affiches, 17 mai 2002.
- PERROCHEAU, Des fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves, Petites affiches, 17 mai 2002.
- Philippe Rouger , les empreintes génétiques. Que sais -je? Presses universitaires de France Paris, 2000.

- **POUIT Marine**, Les atteintes à la d'innocence en droit pénal de fond, Master II Droit pénal et sciences pénales, Université Paris II Panthéon – Assas, 2013.
- **PRADEL J**, Procédure pénale, Cujas, 10<sup>ème</sup> éd., 2001.
- **PRADEL, J.**, procédure pénale, 11ème éd., Paris, Cujas, 2002 .
- **RACHED Aly-A**, De l'intime conviction du juge, Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle, Thèse Droit, Paris, 1942.
- **RENAN**, Histoire du peuple d'Israil, Paris, 1939.
- **RICHARD Willing**, USA Today, 12 October 1998, FBI activates 50 state DNA database Tuseday, p.2.
- **RICHARDSON**, Modern Scientific evidences, Civil and criminal, Anderson Co. Kentaky U. S. A., 1961, p. 339.
- **RIDLEY, Matt**, Francis Crick, discoverer of the genetic code. Ashland, OH: Eminent Lives, Atlas Books, 2006; Rosenfeld, Israël, DNA: A Graphic Guide to the Molecule that Shook the World. Columbia University Press, 2010.
- **ROBERT M**, La fichier des empreint génétique, médecine et droit, 1999.
- **Roger errera**, les origines de la loi française du 10 juillet 1991 sur les écoute téléphoniques, Paris .2003.
- **ROUSSINEAU T.**, Le droit à l'image, Image des personnes et image des biens, 2004.
- **SABATIER Myriam** « Dix ans d'empreintes génétiques en pratique judiciaire : impact sur les laboratoires » dans « 10 ans d'empreintes

génétiques » (La Documentation française, Paris, juillet 2001.

- SANTA ANA Calit, Wrongly Convicted Men finally sees Justice. Come. Nation & word Wednesday . October 7,1998 – p 20, on the site: [http://www. hope –DNA.com/articles/ha-vapilot – 98 1007](http://www.hope-DNA.com/articles/ha-vapilot-981007) , HTML.
- SCHULIAR Yves, La coordination scientifique dans les investigations criminelles. proposition d'organisation, aspects éthiques ou de la nécessité d'un nouveau métier, Thèse, Faculté de Droit et des Sciences Criminelles de l'Université de Lausanne, 2009.
- SEIPP D.J., "English Judicial Recognition of a right to privacy", 1983, *OJLS* Vol 3, p. 374.
- SHULZ M.M, WEHNER H. D, REICHERT W, & GRAW M, Ninhydrindyed intent fingerprints as a DNA source in a murder case, *Journal of clinical forensic medicine*, 2004, p. 367.
- STEFANI G. et LEVASSEUR G , La charge de la preuve, Extrait du Précis Dalloz de « Procédure pénale », 2e édition, Paris 1962, p.276. Sur le site : [http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_science\\_criminelle/penalistes/les\\_poursuites\\_penales/la\\_preuve/levasseur\\_charge\\_preuve.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_science_criminelle/penalistes/les_poursuites_penales/la_preuve/levasseur_charge_preuve.htm).
- STEFANI G., LEVASEUR G. BOULOC B., « Procédure pénale », 18 édition, 2001.
- STEPHAN S A, Digest of the law of evidence 12<sup>th</sup> ed. London 1979.
- STONEY D.A., Thornton J.I. A Critical Analysis of Quantitative Fingerprint Individuality Models. *Journal of Forensic Sciences*, 1986, 31, p. 1187.

- SUDDRE Frédéric, droits de l'homme – droit de la convention européenne des droit de l'homme J.C.P la semaine juridique, édition générale, 2001, p 1.
- SUSINI J. , Place et porte du polygraphe dans la recherche judiciaire de la vérité, R. I. D. P. , 1972, p. 255. Haritini mastropoulou "les enquêtes de police" libraire général de droit et jurisprudence paris 1996.
- SUTER David M., Michel Dubois-Dauphin, Karl-Heinz Krause (2006). "Genetic engineering of embryonic stem cells". Swiss Med Wkly 136 (27-28): 413–415. PMID 16897894.
- SUZAN Deighton, privacy and computers, a bibliography, London, the Library, Institution of electorical Engineers, 1978.
- TARONI F, MANGIN P, 2001. L'évaluation de la preuve génétique ADN en criminalistique et l'utilisation des probabilités. pp. 111-128 in La valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire - Rapport no 3121. Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, Paris 2001.
- TERRE F, Introduction générale au droit ; Paris, Dalloz, 7ème éd., 2006.
- U.S. department of justice, Office of justice programs, National Institute of justice, NIJ, past convection DNA testing, recommendation for handling requests, A report from national commission of the future of DNA evidence, Washington, D. C. 1999, September, p. 2. On the site: [https:// WWW.ojp.usdoj.gov](https://WWW.ojp.usdoj.gov).
- VERON, Des infractions en matière d'éthique biomédicale, droit pénal, 1994, chron.65 et 67.

- **VETTER H.J, & SIMONSEN, C.E**, Criminal justice in America, W. B. Saunders company, Philadelphia, U.S.A., 1976, p. 220&s.
- **VIDAL Georges, MAGNOL Joseph**, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, II, 1959.
- **VOUIN R**, La preuve obtenue par les moyens illégaux, Re. crim. et pol. tech. 1954, p. 241.
- **WANGER Anthony**, Special topics in Brain and cognitive sciences, 2001.
- **WEILAND Bernd**, Einfuhrng in die proxis des strafwerfar herens C.H Beckeche verlage buchhandlung-München. 1996, p. 59. **VUCHER-BONDET Aurélie**, La recevabilité d'un témoignage sous hypnose en tant que moyen de preuve : approche comparée Etats-Unis / France , Soumis par Olivier Leclerc le 07/04/2009 sur le site : <http://m2bde.u-paris10.fr/content/la-recevabilit%C3%A9-dun-t%C3%A9moignage-sous-hypnose-en-tant-que-moyen-de-preuve-approche-compar%C3%A9e-et>.
- **WICKELGREN, I**, Molecular biology, Spining junk into gold, Science 300, 2003.
- **WILLIAMS Paul R**, Treatment of detainees, examination of issues relevant to detention by the Unites Nations Human Rights Committee, Geneva, Henry Dunant Institute, 1990, p. 267.
- **WUYTS J-P.**, Polygraphe, hypnose et interview cognitive au service de l'audition, Costodes, 2000.

الصفحة	الموضوع	م
١١٥٩	مقدمة في أهمية الإثبات الجنائي بالدليل العلمي	١
١١٦٤	خطة البحث	٢
١١٦٦	<b>الفصل التمهيدي</b>	٣
	<b>التعريف بالإثبات الجنائي.</b>	
١١٦٦	<b>المبحث الأول: ماهية الإثبات الجنائي وأنظمتها المختلفة</b>	٤
١١٦٦	<b>المطلب الأول: تعريف الإثبات الجنائي</b>	٥
١١٧٨	<b>المطلب الثاني الأنظمة القانونية للإثبات الجنائي</b>	٦
١١٧٩	<b>الفرع الأول: نظم الإثبات الجنائي في التشريعات المقارنة</b>	٧
١١٨٥	<b>الفرع الثاني: نظم الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي</b>	٨
١١٨٨	<b>المبحث الثاني: التطور التاريخي للإثبات الجنائي</b>	٩
١١٨٩	<b>المطلب الأول: الإثبات الجنائي في المجتمعات القديمة</b>	١٠
١١٩٦	<b>المطلب الثاني: الإثبات الجنائي في المجتمعات الحديثة</b>	١١
١١٩٩	<b>المبحث الثالث: المبادئ القانونية التي تحكم الإثبات الجنائي</b>	١٢
١٢٢٣	<b>الباب الأول</b>	١٣
	<b>مفهوم الوسائل العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي</b>	
١٢٢٤	<b>الفصل الأول</b>	١٤
	<b>مفهوم الوسائل العلمية الحديثة</b>	
١٢٢٤	<b>المبحث الأول: تحديد المقصود بالوسائل العلمية الحديثة</b>	١٥
١٢٢٩	<b>المبحث الثاني: التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة وغيرها من وسائل الإثبات الجنائي</b>	١٦
١٢٢٩	<b>المطلب الأول: التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي والوسائل غير العلمية</b>	١٧
١٢٣١	<b>المطلب الثاني: التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي والوسائل القديمة</b>	١٨
١٢٣٤	<b>المطلب الثالث: التمييز بين الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي والوسائل التقليدية</b>	١٩

الصفحة	الموضوع	م
١٢٣٦	المبحث الثالث: التقسيمات الخاصة بالوسائل العلمية الحديثة وطبيعتها القانونية	٢٠
١٢٣٦	المطلب الأول: التقسيمات الخاصة بالوسائل العلمية الحديثة	٢١
١٢٤٣	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة	٢٢
١٢٤٨	الفصل الثاني دور الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي	٢٣
١٢٤٨	المبحث الأول: دور الوسائل التي تعتمد على بعض التحليلات البيولوجية والكيميائية في الإثبات الجنائي	٢٤
١٢٦٨	المبحث الثاني: دور الوسائل التي تعتمد على تقنية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي	٢٥
١٢٧٣	المبحث الثالث: دور الوسائل التي تعتمد على الحاسب الآلي في الإثبات الجنائي	٢٦
١٢٧٨	المبحث الرابع: دور الوسائل الفنية العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي	٢٧
١٢٨٤	المبحث الخامس: دور الوسائل العلمية الحديثة في اكتشاف الأدلة المادية	٢٨
١٢٩٨	المبحث السادس: دور الوسائل العلمية الحديثة في اكتشاف الأدلة غير المادية	٢٩
١٣٠١	الباب الثاني مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة	٣٠
١٣٠٢	الفصل الأول مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حرية الإرادة	٣١
١٣٠٦	المبحث الأول: التحليلات البيولوجية والكيميائية وأثرها على الإرادة	٣٢

الصفحة	الموضوع	٤
١٣٠٦	<b>المطلب الأول:</b> التحليلات النيولوجية والكيميائية الخاصة بإفرازات الجسم وأثرها على الإرادة	٣٣
١٣١٣	<b>المطلب الثاني:</b> التحليلات البيولوجية والكيميائية الخاصة بتقنية البصمة الوراثية وأثرها على الإرادة	٣٤
١٣٥٩	<b>المبحث الثاني:</b> الوسائل الفنية الحديثة وأثرها على الإرادة	٣٥
١٣٦٠	<b>المطلب الأول:</b> جهاز كشف الكذب	٣٦
١٣٧٠	<b>المطلب الثاني:</b> التنويم المغناطيسي	٣٧
١٣٧٦	<b>المطلب الثالث:</b> التنويم المغناطيسي	٣٨
١٣٨٠	<b>المطلب الرابع:</b> الكلاب البوليسية	٣٩
١٣٨٤	<b>المبحث الثالث:</b> بعض الوسائل المادية المؤثرة على الإرادة	٤٠
١٣٩٢	<b>المبحث الرابع:</b> البصمات غير المادية وأثرها على الإرادة	٤١
	<b>الفصل الثاني</b>	٤٢
١٣٩٩	<b>مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حرمة الحياة الخاصة</b>	
١٤٠٢	<b>المبحث الأول:</b> مشروعية الوسائل السمعية والبصرية في الإثبات الجنائي	٤٣
١٤١٩	<b>المبحث الثاني:</b> مشروعية وسائل مراقبة البيانات والمعلومات في الإثبات الجنائي	٤٤
١٤٢٠	<b>المطلب الأول:</b> شروط مشروعية الدليل المستمد من تفتيش وسائل مراقبة البيانات والمعلومات	٤٥
١٤٢٨	<b>المطلب الثاني:</b> حجية وسائل مراقبة البيانات والمعلومات في الإثبات الجنائي	٤٦
	<b>الفصل الثالث</b>	٤٧
١٤٣٢	<b>مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حقوق الدفاع</b>	
١٤٣٥	<b>المبحث الأول:</b> حقوق الدفاع التي يؤثر عليها الإثبات الجنائي	٤٨



الصفحة	الموضوع	٢
١٤٣٩	المبحث الثاني: شرعية الوسائل الحديثة المؤثرة على حقوق الدفاع	٤٩
١٤٤٣	الخطمة والنتائج والتوصيات	٥٠
١٤٥١	أهم مراجع البحث	٥١
١٤٩٤	فهرس المحتويات	٥٢
١٤٩٧	الملخص	٥٣

### ملخص

يتناول هذا البحث دور الوسائل العلمية الحديثة ومشروعيتها في الإثبات الجنائي، عبر فصل تمهيدي، وبابين موضوعيين. وقد قسمنا هذا البحث إلى بابين موضوعيين وفصل تمهيدي ومقدمة. وقد كانت المقدمة في أهمية الإثبات الجنائي بالدليل العلمي. وتناولنا في الفصل التمهيدي التعريف بالإثبات الجنائي من خلال ثلاثة مباحث: المبحث الأول وخصصناه لماهية الإثبات الجنائي وأنظمته المختلفة، المبحث الثاني وخصصناه للتطور التاريخي للإثبات الجنائي، المبحث الثالث وخصصناه للمبادئ القانونية التي تحكم الإثبات الجنائي. ثم تناولنا في الباب الأول: مفهوم الوسائل العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي في فصلين: الأول تكلمنا فيه عن مفهوم الوسائل العلمية الحديثة، والثاني تكلمنا فيه عن دور الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي.

ثم تناولنا في الباب الثاني من هذا البحث مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة، وذلك ثلاثة فصول متتالية: تناولنا في الأول منهم مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حرية الإرادة، وفي الثاني، مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل

العلمية الحديثة المؤثرة على حرمة الحياة الخاصة، وفي الثالث مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة المؤثرة على حقوق الدفاع. وقد تناولنا هذا البحث في التشريعات والقوانين المقارنة وعلى الأخص في قانون الولايات المتحدة الأمريكية والقانون البريطاني والفرنسي والسعودي والمغربي والأردني والقانون المصري.

### *Résumé*

La présente recherche examine Le rôle des moyens scientifiques modernes et leur légitimité en matière de la preuve pénale.

On a divisé cette recherche à deux parties et une section préliminaire avec un avant-propos

On a examiné dans l' avant-propos, L'importance de la preuve scientifique en matière pénale.

Et dans la section préliminaire, On a examiné la définition de la preuve pénale par trois sections. La premier était pour la nature de la preuve pénale et leur divers systèmes. La deuxième était pour la développement historique de prouver criminelle. La troisième était pour les principes juridiques qui régissent la preuve pénale.

Et dans la première Partie, On a examiné le concept de méthodes scientifiques modernes et ses rôles en matière de la preuve pénale par deux sections, la premier était pour étudier le concept de méthodes scientifiques modernes, et la seconde pour étudier le rôle de moyens scientifiques moderne en matière de la preuve pénale.

Et dans la deuxième Partie, On a examiné la légitimité de l'utilisation de moyens scientifiques modernes en matière de la preuve pénale, par trois sections consécutives, la premier était pour étudier les

méthodes scientifiques modernes qui touche la liberté de la volonté de la personne. La deuxième était pour étudier les méthodes scientifiques modernes qui touche la vie privé. La troisième était pour étudier les méthodes scientifiques modernes qui touche le droit de défense.

On a examiné Le rôle des moyens scientifiques modernes et leur légitimité en matière de la preuve pénale dans les législations et les lois comparés, notamment aux États-Unis, la Grande-Bretagne, la France, l'Arabie saoudite, le Maroc, la Jordanie et l'Égypte.

تم بحمد الله تعالى

---

---

**حدود الحق في تكوين الجمعيات  
في  
القانون الدولي لحقوق الإنسان**

---

---

**دكتور/ أحمد عبد الحميد الهندي**

---

**حدود الحق في تكوين الجمعيات**  
**في**  
**القانون الدولي لحقوق الإنسان**  
**الدكتور / أحمد عبد الحميد الهندي**  
**دكتوراه في القانون الدولي العام**  
**كلية الحقوق جامعة عين شمس**

---

**بسم الله الرحمن الرحيم**

**المقدمة**

لا يمكن خلق حراك اجتماعي، وأخراج المجتمع من حالة الركود القاتل، وجعله حياً وفعالاً، إلا من خلال حق التنظيم وتأسيس جمعيات محددة الأهداف، تأخذ دورها كاملاً في تنظيم شئون المجتمع وحمل السلطة في الدولة على تفعيل أدائها وتصويبه، بما يخدم تطلعات مختلف فئات المجتمع، ويستجيب لمطالبهم.

فالجمعيات إحدى أهم القنوات الشرعية والتي يشارك من خلالها الشعب في إدارة شؤونه، ويتحقق عن طريقها التناغم بين أفرادها، وبينهم وبين سلطات الحكم. فلم يعد ذلك ترفاً فكرياً، بل أساساً جوهرياً لتحقيق حقوق الإنسان وحررياتهم في ظل مجتمع متحضر وديمقراطية سليمة يعتنقها نظام الحكم.

والجلي بالبيان أن السلطة الحاكمة منذ القدم أبدت معارضة لحق تكوين الجمعيات والأحزاب والنقابات، وعندما اعترفت به في دساتيرها وقوانينها بدأ لديها ميل لممارسة رقابة عليها وتقييدها. فحق التجمع (التنظيم) في إطار هيئات لها كياناتها وإمكاناتها تخلق السلطة. فالجمعيات وبغض النظر عن أهدافها تميل إلى أن تشكل أجساماً وسيطة بين المواطن وسلطة الدولة تمارس نوعاً من النفوذ، لا يساعد في أحيان كثيرة على تحقيق السياسات التي تضعها الحكومات، وإنما يتعارض معها ويصب في اتجاه تعديها أو تغييرها بما يتلاءم مع

أهداف هذه الجمعيات. فإذا كانت غاية الجمعية سياسة، تخشى السلطة من أن يجري الاعتراض عليها والتشكيك في أدائها. وإذا كانت غاية الجمعية القيام بأنشطة اجتماعية أو خدماتية، تخشى الحكومة من أن ينال ذلك من دور مؤسسات القطاع العام التابع لها. وإذا كانت غاية الجمعية الدفاع عن مصالح فئة معينة من المواطنين، تخشى الحكومة من أن يأتي ذلك على حساب فئات أخرى منهم. فأسباب تقييد حق تكوين وإنشاء الجمعيات والأحزاب والنقابات متعددة ومعقدة، ومعالجتها بهدف إزالة هذه القيود أو الحد منها تتطلب ديمقراطية فعلية. وعدم تشدد في مركزية السلطة، وحرصاً على احترام التوازنات الاجتماعية، وفهماً جديداً متطوراً لدور هيئات المجتمع المدني بجهة تكامل هذا الدور مع المهام التي تقوم بها مؤسسات الدولة<sup>(١)</sup>. فضلاً عن ذلك، أن حق تكوين الجمعيات تعترضه إشكاليات تطرحها الوثائق الدولية نفسها، فالقول في هذه الوثائق أنه لا يجوز وضع القيود على ممارسة الحق في تكوين الجمعيات. غير ما يفرض منها تماشياً مع القانون والتي تستوجبها في مجتمع ديمقراطي. مصلحة الأمن الوطني أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الأخلاق أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم. هذا القول يفسح المجال أمام الكثير من التأويل نظراً لامكانية تشويه المفاهيم بهدف تقييد الحق من قبل السلطة الإدارية أو السياسية. فربط الأمن الوطني والسلامة العامة والنظام العام والأمور الأخرى الواردة في النص، بما فيها حقوق الآخرين وحرياتهم بما يتطلبه المجتمع الديمقراطي، لا يشكل ضماناً أكيدة لعدم التضحية بحق التجمع والتنظيم.

و غالباً ما يجري التدرع بضرورة استتباب الأمن الوطني والحفاظ على النظام العام من أجل تقييد حق تكوين الجمعيات دون أن يكون هناك مبرر فعلي لاستخدام هذه القيود. وفي أوقات كثيرة تتضمن القوانين التي تنظم حق تكوين الجمعيات مثل هذه القيود غير المبررة.

(١) الدكتور عصام سليمان، المبادئ الإرشادية للحق بالتجمع والتنظيم في العالم العربي، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، فلسطين ٢٠٠٨، ص ١٥.

والجدير بالذكر أن حق التجمع والتنظيم لا يزال يشكل عامل خوف لدى السلطات في الدول العربية، فالحكومات تخشى من أن يجري استغلال هذا الحق للقيام بأنشطة منظمة ضدها، وتعبئة الرأي العام ضد الأنظمة القائمة، وفتح الباب أمام القوى الخارجية لتتدخل في شئون الدولة الداخلية من خلال تمويل الجمعيات والأحزاب والنقابات وتوظيفها في خدمة استراتيجياتها التي قد تؤدي إلى الإخلال بالأمن والاستقرار وتهديد النظام العام.

وما يثير هواجس الحكومات من حق التنظيم وتكوين الجمعيات، تصاعد موجه الإرهاب وامكانية تستر المنظمات الإرهابية بتنظيمات المجتمع المدني، والعمل من خلالها، وبخاصة تمويل العمليات الإرهابية والمساعدة على تنفيذها، ونشر الأفكار التي تدّين بها المنظمات الإرهابية. ومن ناحية ثانية، تتوجس هيئات المجتمع المدني شراً، من تدخل الحكومة وأجهزة الدولة في شئونها الداخلية، وتقيد حركتها، واخضاعها للرقابة المشددة، وأحياناً لرفض تأسيسها، أو اتخاذ قرار اداري بطلها. ويبلغ تشدد الحكومات ذروته في علاقتها بالأحزاب السياسية، كون الأحزاب تهدف للمشاركة في السلطة أو اقامة سلطة بديلة.

إن الخوف والهواجس المتبادلة بين السلطة وهيئات ومنظمات المجتمع المدني ينبغي تبديدها وازالتها، والنظر بواقعية إلى الأمور. فالمنظمات الإرهابية ليست بحاجة إلى هيئات ومنظمات المجتمع المدني لتمارس أنشطتها من خلالها. فهي تعتمد العمل السري وليست بحاجة إلى ترخيص من الحكومة وممارستها لأنشطتها من خلالها هيئات وتنظيمات المجتمع المدني يؤدي إلى انكشافها. كما أن الأحزاب السياسية بدورها لا تنتظر الترخيص من الحكومة لممارسة نشاطها. فثمة تيارات سياسية محظورة، في بعض الدول العربية، لم يرخص لها بإنشاء أحزاب سياسية، وتمكنت على الرغم من ذلك، من إيصال نواب إلى البرلمان بأعداد لا بأس بها. فالترخيص ليس هو الشرط لممارسة القوى السياسية أنشطتها في الواقع غير أن القبول بتأسيس الحزب من

قبل الحكومة يجعله ينتقل من السرية إلى العلنية. وهذا يخدم الأمن والاستقرار والانتظام العام، كما يسهم في تحقيق الديمقراطية. إن الضامن لسلامة العلاقة بين هيئات ومنظمات المجتمع المدني والسلطة، ينبغي أن يكون القضاء المستقل والنزيه والعادل. فهو المرجعية الوحيدة القادرة على فض النزاعات، في حال حدوثها، بين الجمعيات والأحزاب والنقابات من جهة، والحكومة والأجهزة التابعة لها من جهة ثانية. وقد صدرت أحكام قضائية في بعض الدول العربية تشكل أساساً صالحاً للعلاقة بين هيئات ومنظمات المجتمع المدني والحكومات، كما أنه يمكن تقليص امكانية حدوث نزاعات بين هذه الهيئات والمنظمات والحكومات، من خلال انشاء هيئات مستقلة عن الحكومات تتولى الإشراف على الجمعيات والأحزاب والنقابات من ناحية ثالثة.

وينبغي أن تسهم الجمعيات والأحزاب والنقابات في ضبط العلاقة بينها وبين الحكومات والأجهزة التابعة لها، من خلال اعتماد القواعد الديمقراطية في أنظمتها الأساسية، والالتزام بقيم الديمقراطية والشفافية، في ادارة شئونها، وعلاقتها بالآخرين، ومساءلة ومحاسبة من يتولون القيادة والمسئوليات فيها وتحسين صورتها لدى الرأي العام، وطمأنة المسؤولين في الدولة (1).

كما أن استراتيجية التحرك من أجل العمل بالمبادئ والمعايير المفترض اعتمادها في قوانين الجمعيات والأحزاب السياسية والنقابات العمالية، ووضعها موضع التنفيذ لا بد من أن تأخذ هذه الأمور بالاعتبار، وأن تأخذ بالاعتبار أيضاً أن اعداد مشاريع القوانين ومناقشتها وإقرارها هي أمور منوطة بالسلطتين التنفيذية والتشريعية ولا مفر بالتالي من التفاهم معها على التقدم في اصلاح القوانين التي تضمن حق التنظيم وتكوين الجمعيات.

ويهدف هذا البحث إلى ضرورة "... وضع مبادئ ومعايير توضح الحدود التي يمكن القوانين أن تنظم من خلالها الجمعيات دون

(1) المرجع السابق، ص 60 - 61.



المساس بمبدأ الحق. حيث يأتي تعميماً لمعرفة من قبل أكبر شريحة ممكنة من المشرعين والمواطنين والجمعيات، وتسهيلاً لنشرها، واستعمالها في استراتيجيات محلية وعربية (ودولية) من أجل أن تصبح الأنظمة القانونية العربية (وغيرها من الأنظمة) بهذا الخصوص متوافقة مع هذه المبادئ والمعايير<sup>(١)</sup>.

وفي ضوء ذلك نتناول بالدراسة: مفهوم الحق في تكوين الجمعيات في القانون الدولي لبيان تعريفها وطبيعتها القانونية وعلاقتها بغيرها من الحقوق والحريات للتمييز بينها وبين غيرها من أنواع التنظيمات التي قد تتشابه معها، فضلاً عن إيضاح مكانتها في اعلانات الحقوق والاتفاقيات والمواثيق الدولية. ونعالج حدود تنظيم الحق في تكوين الجمعيات في القانون الدولي مع ما يستلزم ذلك من بيان حدود التنظيم في الظروف العادية والظروف الاستثنائية.

وتأسيساً على ما تقدم نقترح تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين على النحو التالي:

**الفصل الأول:** مفهوم الحق في تكوين الجمعيات في القانون الدولي، وقسمناه إلى أربع مباحث:

المبحث الأول: خلفية تاريخية حول الحق في تكوين الجمعيات على المستوى الدولي.

المبحث الثاني: تعريف الجمعيات في القانون الدولي.

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لتكوين الجمعيات.

المبحث الرابع: المصادر الدولية للحق في تكوين الجمعيات.

المبحث الخامس: علاقة الحق في تكوين الجمعيات بغيره من

الحقوق والحريات.

**الفصل الثاني:** حدود تنظيم الحق في تكوين الجمعيات في القانون الدولي، وقسمناه إلى مبحثين:

---

(١) أسهبت المؤلفات الدراسية في عرض وتحليل حق تكوين الجمعيات في الأنظمة القانونية الداخلية ولم يلق الحق من المنظور الدولي ما يستحق من العناية اللهم إلا بإشارات متبصرة. وذلك على الرغم من الأهمية البالغة لهذا المنظور لضمان احترام التعاهدات التي تقع على عاتق أعضاء المجتمع الدولي.

المبحث الأول: حدود تنظيم الحق في تكوين الجمعيات في الظروف العادية.

المبحث الثاني: حدود تنظيم الحق في تكوين الجمعيات في الظروف الاستثنائية.

وأخيراً أوردنا النتائج والتوصيات التي انتهى إليها البحث في خاتمة الدراسة، ونسأل الله سبحانه وتعالى - أن تتحقق لهذه الدراسة الفائدة العلمية والعملية، إنه نعم المولى ونعم النصير.

### الفصل الأول

#### مفهوم الحق في تكوين الجمعيات

ليبين مفهوم الحق في تكوين الجمعيات في القانون الدولي نتولى بالدراسة أولاً نشأة الحق على الصعيد الدولي، ثم نوضح تعريفها وطبيعتها القانونية، ثم نعرض المصادر الدولية للحق في تكوين الجمعيات، وأخيراً علاقة هذا الحق بغيره من الحقوق والحريات وذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول: خلفية تاريخية حول الحق في تكوين الجمعيات على المستوى الدولي.

المبحث الثاني: تعريف الجمعيات في القانون الدولي.

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لتكوين الجمعيات.

المبحث الرابع: المصادر الدولية للحق في تكوين الجمعيات.

المبحث الخامس: علاقة الحق في تكوين الجمعيات بغيره من الحقوق والحريات.

### المبحث الأول

#### خلفية تاريخية حول الحق

#### في تكوين الجمعيات على المستوى الدولي

عرفت أوروبا في القرن التاسع عشر غلياناً على المستوى الاجتماعي، كان سببه سخط الأفراد وتدميرهم من نظام الطوائف الذي ساد في الفترة ما قبل القرن الثامن عشر<sup>(1)</sup>، كما ساعدت الثورات

(1) الطوائف عبارة عن مجموعة من التكتلات الاجتماعية لأصحاب الحرف ينشئها الحرفيين المهرة بحيث يقومون باحتكار المهنة ولايسمحون لأى=

الشعبية تحت وقع أفكار بعض الفلاسفة الذين كانوا يدعون إلى الغاء وحظر أي وسيط بين الدولة والأفراد على ارساء علاقة مهنية جديدة، لكن تدهورت أحوال العمال بعد ذلك بسبب استغلالهم من طرف أصحاب الثروات بدعوى حرية التعاقد "العقد شريعة المتعاقدين". كانت تلك أولى ملامح ظهور فكرة تكثف العمال في جمعيات للدفاع عن مصالحهم، حيث سعت تلك الجمعيات في كفاح طويل ضد السلطات في أوروبا و ضد أرباب العمل والمحاكم في أمريكا لتفرض وجودها وتنتزع حق تمثيل العمال، وقد ساعدت ظروف الحرب العالمية الأولى والهدنة الإجتماعية التي تمت بين العمال وأصحاب العمل والحكومات التي تكرس حق انشاء الجمعيات (النقابات) في مؤتمر فرنسي للسلام. وتعتبر التجربة الفرنسية والأمريكية آنذاك من أول التجارب التي اعترفت بذلك الحق بغض النظر عن بعض التباينات مع تجارب الدول الأوروبية الأخرى في ذلك المجال.

في فرنسا، كان من نتائج ثورة ١٨٤٨ في فرنسا الاعتراف لأول مرة بحق تكوين الجمعيات وهذا بموجب القانون المؤرخ في ٢٢ يوليو ١٨٤٨. وقد تم التأكيد على هذا الحق في المادة الثامنة من

---

=حرفي آخر بممارستها إلا إذا حصل على تصريح مسبق منهم والأمر نفسه عند الانسحاب منها، كما أنها تنظيمات تسمح بعضوية العمل، الأمر الذي أدى إلى شل حركة العمل وحرية العامل وخضوعه إلى السيطرة الكاملة والصارمة من قبل هذه الطوائف، كما أدت عضوية أرباب العمل في هذه التنظيمات إلى تضارب مصالحهم مع مصالح العمال مما أفقد العمال باعتبارهم الطرف الأضعف قدرتهم على الدفاع عن مصالحهم من خلال هذه الطوائف، التي يفترض أن تكون أداة لحمايتهم والدفاع عن مصالحهم. ورغم محاولة بعض العمال التحلل منها وانشاء منظمات مستقلة عنها تهدف أساسا إلى الدفاع عنهم، ونقتصر العضوية فيها على فئة العمال دون غيرهم، إلا أن جهودهم لم تكلل بالنجاح لأن هذه المحاولات تزعمها عمال ضعاف من ذوي الدخل المحدود. انظر لمزيد من التفاصيل د. محمد خالد، الحركة النقابية بين الماضي والحاضر، مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٥ وما بعدها. د. محمد عبد الله حنفي، دور النقابات في الحياة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٨ وما بعدها. د. محمد إبراهيم خيرى الوكيل، دور القضاء الإدارى والدستورى فى ارساء مؤسسات المجتمع المدنى، دار الفكر العربى، القاهرة ٢٠٠٧، ص ٥٦٧ وما بعدها.

دستور ٤ نوفمبر ١٨٤٨. فسارعت بعض الجمعيات العمالية إلى تكوين جمعيات خاصة بها، ولكن هذا الحق ما فتئ أن لاقي عقبات جديدة وذلك بموجب القانون المؤرخ ١٩ جوان ١٨٤٩ الذي منح سلطة تقديرية للحكومة في منع الجمعيات والتجمعات إذا رأت أنها خطر على الأمن العمومي، كما زادت الأوضاع سوءاً إثر انقلاب ٢٠ ديسمبر ١٨٥١ حيث منعت كل الجمعيات بما فيها العمالية ومنح المرسوم ٢٥ مارس ١٨٥٢ للادارة وحدها صلاحية إجازته. وظل الحال كذلك إلى غاية الاعتراف القانوني بوجودها في تاريخ ٣١ مارس ١٨٦٨ والذي يعد يوماً مشهوداً في تاريخ الحركة العمالية الفرنسية، وقد اعترف المشروع الفرنسي بحق العمال في تكوين الجمعيات والانضمام إليها، إلا أنه أحاطها بجملة من القيود كالإعلان عن اجتماعاتها مسبقاً وقبول ممثل عن السلطة العامة في تلك الاجتماعات. كان هذا بمثابة فرض نوع من الرقابة عليها. ورغم ذلك عدت هذه الخطوة خطوه ايجابية في تكريس حق تكوين الجمعيات في فرنسا (١).

وفي أمريكا يعد أول اعتراف في الجمعيات من طرف القضاء الأمريكي إلى سنة ١٨٤٢، وكان ذلك عبر الحكم (كمونولت ضد هوتت) ضد ولاية ماسرست، وابتداء من ذلك التاريخ تسامحت المحاكم مع الأهداف التي سطرتها الجمعيات لنفسها، فضلاً عن ذلك عرفت أمريكا نشأة الجمعيات الدولية غير الحكومية (الاتحادات او الفدرليات)، لعل أبرزها الفدرالية الأمريكية للعمال عام ١٨٨٦ ولم تكن ذات طابع سياسي بل كانت أهدافها ذات بعد اقتصادي وقد اهتمت بتحسين ظروف العمل وبأجور العمال (٢).

(1) راجع في مسألة نشأة الحق في تكوين الجمعيات في فرنسا:

- Jean rivero, jean savatier, droit du travail, édition 13, BNF, paris, 1993.
- Gilles lebreton, libertés publiques et droit de l'homme, 4ème édition, pairs. 1999, p489.

(2) راجع في مسألة نشأة الحق في تكوين الجمعيات في أمريكا: د. محمد إبراهيم خيري الوكيل، دور القضاء الإداري والدستوري في ارساء مؤسسات المجتمع المدني، مرجع سابق، ص ٥٨٠. د. محمد عبد الله حنفي، دور النقابات في الحياة الدستورية، مرجع سابق، ص ٣٥.

وعلى الصعيد الدولي. عناية المنظمات الدولية بالحق في تكوين الجمعيات ترجع إلى وقت طويل، فمنذ انشاء منظمة العمل الدولية بمعاهدة فرساي عقب الحرب العالمية الأولى. جاء في مقدمة دستورها تأكيد لحق تكوين الجمعيات، كما ذكرت الفقرة الثانية من المادة ٤١ من دستور المنظمة بين المبادئ السياسية التي يقوم عليها عملها (حق تكوين الجمعيات لأي غرض لا يخالف القانون، سواء للأجراء أو لأصحاب العمل) ((وقد توالى مساعي المنظمة الدولية في سبيل ابرام اتفاقية لتقدير وتنظيم حق تكوين الجمعيات (١). وعندما أعيدت صياغة أغراض منظمة العمل في مؤتمر فلاديفيا سنة ١٩٤٤ أكد الاعلان الصادر عام هذا المؤتمر أن حرية الرأي في حق تكوين الجمعيات شرط لازم لكل تقدم مأمول.

وقد تعرض ميثاق الأمم المتحدة التي وافق المؤتمرون في مؤتمر سان فرانسيسكو عليه في ١٤ أكتوبر ١٩٤٥ للحق في تكوين الجمعيات وجعله من الحقوق الأساسية للأفراد، ونصه: (للمجلس الاقتصادي والاجتماعي أن يجرى الترتيبات المناسبة مع الهيئات غير الحكومية التي تعنى بالمسائل الداخلة في اختصاصه) ولعل ذلك

(١) في سنة ١٩٢١ أقر مؤتمر المنظمة في دورته الثالثة الاتفاقية الدولية رقم (١) التي تقرر حق عمال الزراعة في تكوين الجمعيات المحلية أسرة بعمال الصناعة، ثم عرض بعد ذلك مشروع اتفاقية لتنظيم الحرية النقابية في اجتماع مؤتمر العمل الدولي الذي عقد في سنة ١٩٢٧، لكن هذا المشروع رفض لتعرض بعض القواعد التي تضمنها مع مبدأ الحرية النقابية، فلم يكن ينص على حق الشخص في عدم الانضمام إلى النقابة، وخيف أن تستند بعض الدول إلى هذا النقد لتبرير جبرية الانضمام بالنقابات، كما اقترح بعض الأعضاء أن ينص في الاتفاقية على خضوع النقابات في انشاءها في إجراءات شكلية تجعل للدولة عليها سلطة واسعة تصل إلى حد جعل تكونها موقفا على إذن الدولة مما يعتبر منافيا للغرض من الاتفاقية وهو ضمان الحرية النقابية. وقد أدى الخلاف الجوهرى في تحديد مفهوم الحرية النقابية بين الدول الديكتاتورية (ألمانيا وإيطاليا) ومن بقية الدول، إلى عدم نجاح المنظمة في ابرام اتفاقية تتعلق بالحرية النقابية، تقبلها كل الدول حتى قيام الحرب في سنة ١٩٣٩ وتعطلت أعمال المنظمة الدولية. انظر د جميل متولي الشرقاوى، معالم النظام القانونى للنقابات، في فرنسا، مجلة القانون والاقتصاد، مارس، ١٩٤٦، العدد الأول - السنة الرابعة والثلاثون، ص ٦٣.

المنحى هو ما ورد في اعلان حقوق الإنسان الصادر من الجمعية العمومية للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨، بنصه في المادة ٢٠ (لكل شخص الحق في حرية الاشتراك في الجمعيات والجماعات السلمية ولا يجوز ارغام أحد على الانضمام إلى جمعية ما).

وأول اتفاقية دولية في نطاق نشاط منظمة العمل الدولية تناولت الحرية النقابية (الحق في تكوين الجمعيات)، أبرمت في مؤتمر العمل في دورة انعقاده الحادية والثلاثين في صيف سنة ١٩٤٨ بمدينة سان فرانسيسكو وهي الاتفاقية رقم ١٨٧ المتعلقة بالحرية النقابية وحماية الحق النقابي وقد تلت الاتفاقية الدولية رقم ٩٨ التي أبرمت في دورة انعقاد المؤتمر الثانية والثلاثين في يونيو سنة ١٩٤٩ والتي سميت الاتفاقية المنظمة لحق التنظيم والمفاوضة الجماعية.

وغني عن البيان أن الحماية الدولية لحق تكوين الجمعيات لم تقتصر على ما تصدره منظمة العمل الدولية من اتفاقيات بل امتد إلى المواثيق والإعلانات التي أعدتها الأمم المتحدة والولايات المتخصصة المرتبطة بها، وعلى ذلك تكون نشأة الحق في تكوين الجمعيات ترجع إلى القوانين الداخلية ثم انتقاله إلى القانون الدولي.

## المبحث الثاني

### تعريف الجمعيات في القانون الدولي

تمهيد:

لم يلق مفهوم الجمعية في القانون الدولي عناية قضائية أو اتفاقية تذكر. إذ رغم أن العديد من الأحكام القضائية قد تعرضت بصفة أساسية لتكوين الجمعيات، إلا أنها لم تشغل بالا بمفهومها. وهذا هو ذات الحال فيما يتعلق بالعديد من المعاهدات الدولية. ولذا فقد انحصر العبء على عاتق الفقه الدولي بحيث بدأ واضحاً انحصار النظر عليهم لوضع وتحديد مفهوم الجمعية.

وسوف نتناول من خلال المطلب الأول للمفهوم اللغوي للجمعية. ثم نعرض في المطلب الثاني المفهوم الاصطلاحي للجمعية.

## المطلب الأول

### المفهوم اللغوي للجمعية

الجمعية كلمة مشتقة من مصدر الفعل الثلاثي "جمع" أي جمع وهي من كسر الفعل الاشتقاقي "جمعى" ومؤنثه "جمعية" وجمعها "جمعيات" فنقول جمع الشيء المتفرق، جمعه وأجمعه فاجتمع.

وكذلك تجمع واستجمع والمجموع، الذي جمع من هنا وهناك وإن لم يجعل كالشيء الواحد، وجمعت الشيء إذا جئت به من هنا وهناك والجمع اسم لجماعة الناس، والجمع والمجموعة كالجمع، وقد استعملوا ذلك في غير الناس حتى قالوا جماعة الشجر وجماعة النبات والمجمع يكون اسما للناس وللموضوع الذي يجتمعون فيه (١).

وحسب المعجم العربي الحديث، فإن الجمعية هي طائفة من البشر تتألف من أعضاء لغرض خاص وفكرة مشتركة (٢) كالجمعية الخيرية / الجمعية العلمية. والجمعية بالمعنى العام هي: حصيلة العملية التي تؤدي إلى انتظام الأفراد من حياة اجتماعية مشتركة (٣) وبالمعنى العلمى: هي عبارة عن المجتمع الواعى والمنظم لمجموعة من الأشخاص يتابعون هدفاً واحداً أو أكثر (٤).

## المطلب الثانى

### المفهوم الاصطلاحى للجمعية

من الملاحظ أن فقه القانون الدولي المصري لم يهتم - في غالبيته - بعرض مفهوم الجمعية. وحتى من تصدى منهم لاستعراض هذا الموضوع اقتصر تعريفه على الجمعيات / أو المنظمات غير الحكومية الدولية: على عكس ذلك اهتم لفيف من فقه القانون العام الداخلى بتعريف الجمعية. وتعددت تعريفات الفقه للجمعية، عرفها البعض من منطلق زاوية التكوين (فهي تتكون من مجموعة من الأشخاص

(1) العلامة ابن منظور لسان العرب المحيط بيروت المجلد الأول ص ٤٩٨.

(2) سامي دويبان وآخرون قاموس المصطلحات السياسية والاقتصادية والاجتماعية دار العلم للملايين ص ١٩٠ بيروت.

(3) د. خليل الحر المعجم العربى فى الحديث الأروس مكتبة الأرس باريز ١٩٨٧ سوشيرس ص ٤٨٧.

(4) المرجع السابق.

يضعون معا نشاطاتهم وخبراتهم لتحقيق هدف معين) فالجمعية اتفاق بين شخصين أو أكثر على تحقيق ربح مادي أو غرض آخر.... فشمّل هذه الشركة... ولكن المقصود هو الجمعية وهو بمعناه الفني (العام) أي حين لا يكون الغرض من تكوينها الحصول على ربح مادي. فتكوين الجمعيات معناه ائتلاف عدة أشخاص بصفة دائمة وتوحيد جهودهم لتحقيق غاية مشتركة مادية أو معنوية (١). وذهب البعض الآخر في تعريفه الجمعية إلى التركيز على عنصر الاتفاق بقوله: (كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعيين.... أو اعتباريين بغرض غير الحصول على ربح مادي) (٢). ولعل هذا الموقف يبرره أن تكوين الجمعيات كنظام قانوني متعلق بعلاقة تربط الفرد بدولة ما، فهي على هذا النحو تعد بطبيعتها من صميم قواعد القانون الداخلي. ولعل هذا هو ما صار عليه نهج القضاء الدستوري في مصر عندما قرر أن الجمعية كما عرفها رجال الفقه هي

(1) راجع في هذا المعنى: الأستاذ الدكتور سعد عصفور "حرية تكوين الجمعيات في إنجلترا وفرنسا ومصر"، بحث مقارن، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الخامسة - العدوان الأول والثاني - يناير - مارس لسنة ١٩٥١، ص ١٠٠-١٠١. مورييس بورديلي، الشخصية المعنوية للجمعيات، رسالة باريس ١٩٠٠، ص ٣. نقلا عن الأستاذ الدكتور بكر القباني، الموظف العام وحرية تكوين الجمعيات والنقابات المهنية في القانون المقارن والمصري، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السادسة العدد الثاني ١٠ إبريل ١٩٦٢، ص ٩.

- Jean Morane: La liberté- d'associations française université de droit d'économie et des sciences sociales de parisII ; 1974 , p140.

- Librairie eyrolles francis le lefevre,mémento pratique, association fondations,1999,p17.

- R.Claude and B. Weston, Human Rights in the World Community; Issués and Action (Philadelphia; Univ .Of Pennsylvania Press, 1989) P.289.

(2) راجع في هذا المعنى الأستاذ الدكتور حسن كبيره - المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة ١٩٧٤، ص ٦٨٠. الأستاذ الدكتور توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨١، ص ٤٧٢.

-jack Rothman ,And Irwin Epstein ,Social Planning And Community Organization Encyclopedia Social World Vol 2 (N.Y.Nase, 1977) p.144.



وساطة العقد بين الفرد ودولة ما (١)، ومن ثم فإن قواعد تكوين الجمعيات تعتبر من أوثق المسائل صلة بالقانون العام .  
بيد أن الحاق تكوين الجمعيات بالقانون العام لا يتعارض - في رأينا المتواضع - مع دراستها ضمن مباحث القانون الدولي لحقوق الانسان، باعتبار أن هذا الحق من الحقوق الدولية العالمية.  
وقد تضمن القرار الصادر من المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ٣١ لسنة ١٩٩٦م بمناسبة تنظيم التعاون بين المجلس الاقتصادي والاجتماعي والمنظمات غير الحكومية التي تتمتع بالمركز الاستشاري تعريف الجمعية وذلك علي النحو التالي: "تتمتع بالمركز الاستشاري مع المجلس الاقتصادي والاجتماعي أية منظمة لم ينشئها كيان حكومي أو اتفاق حكومي وتعد مثل هذه المنظمة منظمة غير حكومية في إطار تطبيق هذا القرار ويدخل في نطاق هذه المنظمات تلك التي تقبل في عضويتها أعضاء تقوم السلطات الحكومية بتعيينهم بشرط ألا يتدخل مثل هؤلاء الأعضاء في تمتع هذه المنظمة بحرية التعبير عن آراء المنظمة".

---

(1) ننقل عن المحكمة الدستورية العليا المصرية الموقرة قولها: "وحيث أن منظمات المجتمع المدني -وعلى ما جري عليه قضاء هذه المحكمة -هي واسطة العقد بين الفرد والدولة، إذ هي الكفيلة بالارتقاء بشخصية الفرد بحسبانه القاعدة الأساسية في بناء المجتمع عن طريق بث الوعي ونشر المعرفة والثقافة العامة، ومن ثم تربية المواطنين على ثقافة الديمقراطية والتوافق في إطار من حوار بناء وتعبئة الجهود الفردية والجماعية واحداث مزيد من التنمية الاجتماعية والاقتصادية معا والعمل بكل الوسائل المشروعة على ضمان الشفافية، وترسيخ قيم حرمة المال العام والتأثير في السياسات العامة وتعميق مفهوم التضامن الاجتماعي ومساندة الحكومة عن طريق الخبرات المبذولة والمشروعات الطوعية على أداء أفضل للخدمات العامة، والحث على حسن توزيع الموارد وتوجيهها، وعلى ترشيد الإنفاق العام وإبراز دور القدوة، وبكل أولئك تدبج المصداقية، وتحدد المسؤولية بكل صورها، فلا تشيع ولا تمنع، ويتحقق العدل والنصفة وتتناغم قوى المجتمع الفعالة، فتتلاحم على رفعة شأنه والنهوض به إلى ذرى التقدم". راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٥٣ لسنة ٢١ق صادر في ٢٠٠٠/٦/٣، منشور بمجلة ال حمامة ٢٠٠١، ص ٣٥٢ وما بعدها.

يعرفها البنك الدولي بأنها "مؤسسات وجماعات متنوعة الاهتمامات، مستقلة كلياً أو جزئياً عن الحكومات، وتتسم بالعمل الإنساني والتعاوني وليس لديها أهداف تجارية"<sup>(1)</sup>.

ولا تخلو القوانين المنظمة لعمل الجمعيات من تعريف الجمعية، فالمشروع الفرنسي عرفها في قانون أول تموز ١٩٠١ بالقول:

" L'association est un regroupement de deux ou plusieurs personnes qui souhaitent mettre en commun leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices."<sup>2</sup>

" الجمعية اتفاق يجمع بين شخصين أو أكثر، يتشاركون بصفة دائمة معارفهم ونشاطاتهم دون البحث عن الربح ويحكم ذلك مبادئ القانون العام الواجبة التطبيق على العقود والالتزامات ". وقد سار المشرع المضري في هذا الاتجاه، فعرف الجمعية في قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بقوله " تعتبر جمعية في تطبيق أحكام هذا القانون كل جمعية ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعيين، أو أشخاص اعتبارية، أو منهم معاً لا يقل عددهم في جميع الأحوال عن عشرة، وذلك لغرض غير الحصول على ربح مادي"<sup>(3)</sup>.

1) دكتور سعيد جويلى: المنظمات الدولية غير الحكومية في النظام الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٤١.

2) En France, les associations sont régies par la loi du 1er juillet 1901 qui a consacré le droit de constituer des associations à but non lucratif.

3) يمكن تعريف الجمعية من الناحية السوسولوجية، هي مؤسسة ارادية وتطوعية تشمل مجالات مختلفة وتربوية، ثقافية / اقتصادية وهاتين الخاصيتين للجمعية الارادية والتطوع هما ما تتميز بهما على المؤسسات الإدارية ذات الطابع الإداري الإلزامي. فإذا كان العمل في إطار هذه الأخيرة، يطبعه سلوك الإلزام والرضوخ لقرارات إدارية فوقية لا يشارك الفرد فيها، بل ينفذها فقط وذلك تحت طائلة الجزاء، فإن العمل داخل الجمعية يكون اختيار بصفة تطوعية وعن طريق المشاركة.

ومن الناحية السيكولوجية: هي مجموعة من الأعضاء المتجانسين والملتحمين، يقوم بينهم نمط من التفاعل الداخلي، بحيث يكون جميع الأعضاء موجودين =

ونحن نعتقد أنه من أجل وضع تعريف شامل دقيق للجمعية يجب تحليل العناصر المساهمة في تكوينها لبيان أهمية كل عنصر ومدى مساهمته في هذا التعريف.

وتتمثل هذه العناصر فيما يلي:

أولاً: اتفاق بين أشخاص:

الجمعية اتفاق بين أشخاص. ولأن كان العقد يعبر عن تطابق إرادة طرفية، إلا أن كل منهما قد يختلف عن الطرف الآخر. وعليه فإن العقد ينتج وضعيات قانونية متبادلة، أما في الجمعية فنجد جميع الأشخاص يلتقون في نفس الهدف، والاتفاق المبرم بينهم ينتج نفس الآثار، بمعنى أن الاتفاق هو الذي يلزم أعضاء الجمعية، وبالتالي يكون عنصر التراضي بينهم هو التزامهم بالقانون الأساسي للجمعية وليس العقد<sup>(١)</sup>.

ولو أن الاتفاق الذي تتكون بموجبه الجمعية يخضع من حيث صحته إلى المبادئ العامة التي تحكم العقود والالتزامات، إلا أنه لا يجب إصباغ الصفة التعاقدية المدنية عليه باعتبار أن الجمعية في حقيقتها هي نظام لائحي أو عمل جماعي مشترك لا ينشئ مراكز تعاقدية شخصية وإنما يرتب التزامات على الأعضاء بالانضمام إليه، كما أن الغرض في الجمعية والانضمام إليها يختلف عن نظام العقود وعن نظام الاتفاقات التي تنشأ بين العمال وأصحاب العمل<sup>(٢)</sup>.

---

=كجماعة في الميدان السيكولوجي لكل فرد من أفرادها، يدركهم كل فرد ويستجيب لهم كأعضاء معه ويستمد منها القيم والأهداف والمعايير الرئيسية، كما يتجدد مركز العضو شعوراً بالأمن والطمأنينة النظر: أ. أنور الدين علوش، المنظمات غير الحكومية ورهان حقوق الإنسان، حقوق الملكية الفكرية محفوظة للكاتب، نشر إلكترونيات في ذو الحجة، ١٤٣٢ / نوفمبر ٢٠١١، ص ٧ وما بعدها.

(1) راجع لمزيد من التفاصيل: د. رحموني محمد، تنظيم ممارسة حرية التجمع في القانون الجزائري (الجمعيات والأحزاب السياسية (أنموذجين)، جامعة أبي بكر بلقاى-تلمسان-كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة ٢٠١٤-٢٠١٥، ص ٧.

2) La république droite de l'homme, paris, 1995, p 334 Armand colin, alberto liber.

والإتفاق بحكم التعريف. يتطلب وجود شخصين على الأقل. إذا لا يتصور أن يفرد شخص بالإتفاق مع نفسه. فالجمعية لا يمكن أن تتكون من شخص واحد، لأن من شأن ذلك أن بعدم صفة التجمع والمشاركة مع الآخرين. وإذا كان الحق في تكوين الجمعيات مضمون لكل شخص. وإن كانت الصكوك الدولية والإقليمية قد اقتصرت على الإشارة إلى حق التمتع بالحق في تكوين الجمعيات " لكل شخص " فهل ينصرف هذا الحق إلى الشخصيات المعنوية؟ أو أنه قاصر على الشخصيات الطبيعية فحسب؟

بموجب الفقرة الثانية من المادة الأولى من الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المقصود بمصطلح (شخص) person، كل كائن إنساني (Human being) غير أن المادة ٤٤ من الإتفاقية تؤكد، بما لا يدع مجالاً للشك أن الأشخاص المعنوية تقف على قدم المساواة مع الأشخاص الطبيعية، في مجال التمتع بالحقوق والحريات التي وردت في الإتفاقية. فقد نصت هذه على أن " كل شخص " أو مجموعة أشخاص أو كل كيان غير حكومي معترف به قانونياً في دولة أو عدة دول أعضاء في المنظمة، يمكنه أن يقدم للجنة عرائض تحتوي على اتهامات أو ادعاءات بانتهاك لنصوص الإتفاقية من جانب دولة طرف فيها ". ويستفاد من ذلك أن الأشخاص الاعتبارية لها حق اللجوء إلى اللجنة، وهو يعني أن هناك حقوق وخريات مضمونة لها بمقتضى الإتفاقية يمكن أن تنتهك، وبالتالي تسمح بالتقدم بعرائض إلى اللجنة. وكما هو الحال بالنسبة للمادة ٣٤ من الإتفاقية الأوروبية فإن حق الطعون مكفول لكل شخص طبيعي، وكل منظمة غير حكومية، وكل مجموعة من الأفراد. وترتيباً على ما ذلك فإن التمتع بالحق في تكوين الجمعيات لا يقتصر على الشخص الطبيعي فقط، بل يمتد ليشمل الشخصيات المعنوية.

#### ثانياً: المؤسسون المؤهلون:

حق تكوين الجمعيات من الحقوق التي يتعين منحها للأفراد وليس للمواطنين فحسب، مما يدل على أهميتها البالغة، وقد شددت اللغة المستخدمة في المواثيق الدولية على ضرورة التزام الدولة بكفالة هذا

الحق لكافة الأشخاص<sup>(١)</sup>، ومن ثم ينبغي ضمان الحق لكل شخص وألا يتم تقييد ذلك الحق على أساس مواطنة الشخص أو على أي أسس أخرى تمييزية. ولكن هناك بعض الفئات التي تواجه بصورة أكبر خطر التمييز والانتقام عند ممارسة حقها في تكوين الجمعيات، جراء ممارسات لا ينص عليها القانون صراحة (وقد تكون في الواقع ممارسات منحرفة عن القانون).

#### ١- مبدأ المساواة وعدم التمييز:

يقوم الهيكل الدولي لحقوق الإنسان على مقدمة منطقية بأن ينعم جميع الأشخاص بما فيهم غير المواطنين، بما لهم من قيمة إنسانية أساسية، بكافة حقوق الإنسان، بما في ذلك حق تكوين الجمعيات باعتبارها كيان قانوني، دون تمييز، ما لم تخدم فوارق استثنائية، كالفرز بين المواطنين وغير المواطنين على سبيل المثال، هدفاً مشروعاً من أهداف الدولة وما لم تكن متناسبة مع تحقيق ذلك الهدف<sup>(٢)</sup>.

ويعترف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨ بهذا المبدأ في الفقرة (١) المادة ٢ حيث ينص على أن: " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر ". وهذا الحكم يسري على " أي إنسان " ومن ثم يشمل غير المواطنين. ويدل استعمال عبارة " كالتمييز " على أن هذه القائمة غير حصرية ويوضح أن عبارة المنطوق هي: " دون أي تمييز " ورغم أن هذه القائمة تغفل ذكر الجنسية، فإن هذا

- ١) علماً بأن الصكوك الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان تنص على أنه لكل " فرد " و " إنسان " و " شخص " ما عدا الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي ينص على أن لكل " مواطن " الحق في تشكيل الجمعيات.
- ٢) مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان (حقوق غير المواطنين)، للأمم المتحدة (نيويورك وجنيف) سنة ٢٠٠٦، ص ٧.

الاعغال غير فادح... لأن من الواضح أن القصد من القائمة أن تكون  
ايضاحية لا شاملة.

وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية مثال على  
مبدأ المساواة العام الذي يبني عليه القانون الدولي لحقوق الإنسان فيما  
يخص غير المواطنين، والطابع الضيق للاستثناءات من هذا المبدأ.  
فطبقاً للفقرة (١) المادة ٢ من هذا العهد، فإن كل دولة طرف: " تتعهد  
باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد  
الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب  
العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً أو  
غير سياسياً، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب،  
أو غير ذلك من الأسباب ".

وفضلاً على ذلك، نصت المادة ٢٦ على أن: " الناس جميعاً سواء  
أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساو في التمتع بحمايته.  
وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز وأن يكفل لجميع  
الأشخاص على السواء حماية فعالة من التمييز لأي سبب، كالعرق أو  
اللون.... أو الأصل القومي أو الاجتماعي.... أو غير ذلك من  
الأسباب ". وأوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن: " القاعدة  
العامّة تقتضي بكفالة الحقوق المنصوص عليه في العهد دون تمييز بين  
المواطنين والأجانب، فالأجانب يستفيدون من شرط عام يتمثل في عدم  
التمييز على صعيد الحقوق المكفولة في العهد، كما نصت المادة (٢)  
من العهد. وينطبق هذا الضمان على الجميع بصرف النظر عن  
المعاملة بالمثل، وبصرف النظر عن جنسيتهم أو انعدام جنسيتهم " (١).

وتوجد مبادئ مماثلة متعلقة بعدم التمييز إزاء غير المواطنين في  
الصكوك الدولية والإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان تقرر مبدأ المساواة  
بصورة تكاد أن تكون مطلقة، وتعتبر بذلك نابغاً من كرامة الإنسان  
الأصلية التي خلق بها، بصرف النظر عن جنسه ولونه وعرقه ودينه

---

(١) اللجنة المعنية لحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ١٥ بشأن وضع الأجانب  
بموجب العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، صدر عن اللجنة في دورتها  
السابعة والعشرون (١٩٨٦).

ولغته وسياسته، فالمساواة تولد مع الإنسان ولا تكون حقاً تتولي الحكومات منعه أو سحبه وإنما هي أصيلة أصالة الكرامة الإنسانية المتصلة بخلق الإنسان ذاته (١).

## ٢- الاستثناء الوارد على الحظر:

يعتبر مبدأ المساواة وعدم التمييز مبدأ عام شاملاً له استثناء وحيد جاءت به المواثيق الدولية. فنصت المادة (١٦) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على أن " لكل شخص حق التجمع وتكوين الجمعيات مع آخرين...".

٢-٢...

٣- لا تحول أحكام هذه المادة دون فرض قيود، بما فيها الحرمان من ممارسة حق التجمع على أفراد القوات المسلحة أو الشرطة ". ولعل ذلك المنحى هو ما ورد بالنسبة للفقرة ٢ من المادة ١١ من الاتفاقية الأوروبية والمادة ٩ من اتفاقية الحرية النقابية أيضاً. وباستقراء نصوص المواد استبان لنا أن واضعي المواثيق ترك للتشريعات الوطنية صلاحية تحديد الحقوق التي يمكن منحها للقوات المسلحة والشرطة والادارات الحكومية، ويعني هذا أن الدول التي صادقت على أحكام المواثيق ليست ملزمة بالاعتراض بحقوق تلك الفئات، كما لا يعتبر التشريعات التي تمنع أو تحد من الحقوق التي تمنح لهذه الفئات مخالفة لأحكام المواثيق. لأن الأمر قد ترك لتقديرها الوحيد، وفي تقديرنا أن السبب الذي أدى إلى استبعاد هذه الفئات من المساواة منع غيرهم في التمتع بهذا الحق يتعلق بالدرجة الأولى بأسباب أمنية وحفظ النظام الذي يشكل التزاماً على عاتق هذه الفئة. ولكن يجب أن تصمم أية قيود من هذا القبيل لضمان أن مسؤوليات العاملين في الأجهزة المعنية يتم القيام بها بشكل صحيح، وهذا للحفاظ على أي حاجة للجمهور ويكون لديهم ثقة في حيادهم. ويحتل تعريف الحياد مكاناً. ولا ينبغي أن يفسر الحياد على أنه تقييد دون داع لحرية اعتناق وابداء

(1) د. الشافعي بشير، قانون حقوق الإنسان: مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، مطبعة منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ديسمبر ٢٠٠٣، ص ٢٢٧.

الرأي. وينبغي للتشريعات ألا تقيد حق تكوين الجمعيات من قبل الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون (بما في ذلك الشرطة والجيش) أو مسؤولي الدولة، ما لم تكن أسباب التقييد مرتبطة مباشرة مع واجبات خدمتهم، وعندئذ فقط بالقدر الضروري للغاية في ضوء اعتبارات الواجب المعني. وفي هذا الشأن أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، بأن حظر العضوية في الجمعيات للأشخاص الذين يشغلون مناصب رسمية قد يخدم الهدف الشرعي بحماية الأمن القومي ومنع الاضطرابات، وأوضحت المحكمة بأن القيود المفروضة على عضوية الجمعيات للأشخاص الذين يشغلون مناصب رسمية يجب ألا ينفذوا على تمييز في تطبيق الحظر. ووجدت المحكمة أنه لا يوجد تمييز في قضية بشأن طلب إيطاليا الإفصاح عن العضوية في منظمات سرية، كون الأمن الوطني والنظام العام قد يتأثر جراء العضوية في منظمات سرية أو غير سرية، مثل الأحزاب والجماعات السياسية التي تدعو إلى أفكار عنصرية أو تشجع على كراهية الأجانب، أو تلك التي تنشئ روابط ولاء جامدة بين أعضائها، أو التي تتبع عقائد تتناقض مع قواعد الديمقراطية، والتي تعتبر عنصراً جوهرياً للنظام الأوروبي العام<sup>(١)</sup>.

في إطار قضية ديميروباكارا ضد تركيا، وهي قضية متعلقة بتكوين النقابات العمالية، على أنه ينبغي تفسير القيود المفروضة على ممارسة الموظفين العموميين للحق في التجمع والتنظيم تفسيراً ضيقاً، وأن هناك التزامات إيجابية ملازمة لهذا الحق. سعت تركيا إلى رفض طلب تقدم به موظفي البلديات -الذين اشتكوا بأن المحاكم المحلية قد حرمتهم من حقهم في تكوين نقابة عمالية وإبرام اتفاقات جماعية - بذريعة أن الضمانة الواردة في المادة ١١ من الاتفاقية الأوروبية لا تنطبق على " أفراد إدارة الدولة "، حيث أجازت الفقرة الثانية منها فرض قيود على ممارسة هؤلاء الأشخاص لحق التجمع والتنظيم. ولكن المحكمة الأوروبية لم تعتبر هذه الإجازة مفتوحة، وإنما رأت بأن

1) The European court rulling forhuman rights، The Case of gisev V. bulgaria، NO.55/5704.JUNE2007.



على القيود ألا تتال من جوهر الحق في التنظيم. وأنه يتعين على الدولة المعنية البرهنة على شرعية أي قيود من هذا القبيل على حق الأشخاص في التنظيم النقابي. كما رأَت المحكمة أنه لا يمكن، من حيث المبدأ، معاملة موظفي البلديات المدنيين غير المنخرطين في إدارة الدولة فعلياً بوصفهم "أفراد في إدارة الدولة"، وبالتالي لا يمكن على ذلك الأساس تقييد حقهم في التنظيم وتكوين نقابات عمالية أو تكوين أنواع أخرى من الجمعيات. وفي سبيل التوصل إلى هذا الاستنتاج، علقت المحكمة الأوروبية أهمية كبيرة على الممارسات الأوروبية الخاصة بعضوية الموظفين العموميين في النقابات العمالية وعلى حقيقة أن عضوية النقابات العمالية كانت أعلى بصفة عامة في القطاع العام منها في القطاع الخاص، وهو ما اعتبر به مؤشراً واضحاً على البيئة القانونية والإدارية المواتية التي هيأتها الدول الأعضاء. وقد وجدت المحكمة الأوروبية أن القيود القليلة التي تمكنت من التعرف إليها في غالبية الدول الأعضاء كانت تقتصر على المناصب القضائية والشرطة وخدمات الإطفاء. وتجلب ذروة الصرامة التي بلغت تلك القيود في حظر عضوية النقابات على أفراد القوات المسلحة وفي هذه القضية، لم تنجح محاولة الادعاء بفرض قيود على حرية المدعين في التجمع والتنظيم -ناهيك عن حرمانهم منها تماماً- لأن الحكومة عجزت عن إثبات كيف أن طبيعة المهام التي يضطلع بها المدعون كموظفين مدنيين في البلديات تقتضي اعتبارهم من ضمن أفراد إدارة الدولة الخاضعين لقيود من هذا القبيل.

تمخض عدم الاعتراف بحق المدعين، كموظفين مدنيين في البلديات، في تشكيل نقابة عمالية عن (أ) التأخير طويلاً في اعتماد قانون للتنظيم و تكوين النقابات العمالية من قبل موظفي الخدمة المدنية بعد مصادقة تركيا على اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ٨٧ وهي بمثابة النص الأساسي الذي يكفل دولياً حق الموظفين العموميين في تكوين النقابات (ب) رفض محكمة النقض إبان هذه الفترة الانتقالية الأخذ بحل اقتراحته إحدى المحاكم المحلية التي استرشدت بالتطورات الحاصلة على صعيد القانون الدولي، وقامت محكمة النقض عوضاً عن

ذلك بإصدار تفسير مقيد وشكلي للتشريع المحلي المتعلق بتشكيل الكيانات القانونية، وقد حال هذا التفسير دون قيام طرفي القضية بتقييم الظروف المحددة لهذه القضية والتأكد مما إذا تم ارساء توازن يعدل بين مصالح المدعين ومصالح السلطة الموظفة لهم. وقد تم اعتبار عدم الاعتراف الناجم عن ذلك التفسير بمثابة خرق من قبل تركيا لالتزامها الإيجابي بضمان التمتع الفعلي بالهدف الأساسي للمادة ١١ والمتمثل في حماية الفرد من قيام السلطات الحكومية بالتدخل تعسفاً في ممارسة حقوقه المحمية. إذ أن ذلك لم يكن ضرورياً في مجتمع ديمقراطي. وبهذا فقد أكد الحكم على ضرورة ارساء الدول اطاراً قانونياً ملائماً لضمان التمتع بحق التجمع والتنظيم سواء في سياق الأنشطة النقابية أم بصفة عامة (١).

### ثالثاً: المشروعية:

يعترف القانون الدولي بحق الأفراد، من خلال الجمعيات، في السعي لتحقيق مجموعة واسعة من الأهداف، وتشمل الأغراض المسموح بها عموماً جميع الأهداف "القانونية"، وبالتأكيد تشمل أغراض تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية. وتسعى المادة ٢٢ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إلى توسيع حماية تلك الحقوق. فالجميع محمي بموجب تلك المادة، وللجمعيات الدينية والأحزاب السياسية والمقاولات التجارية والنقابات نفس الحق في الحماية المكفول للمنظمات الثقافية والحقوقية والنوادي والجمعيات الرياضية وحتى جمعيات جمع الطوابع البريدية (٢). ونصت المادة (١/١٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أنه: " لكل شخص حق التجمع وتكوين الجمعيات مع آخرين بحرية لغايات أيديولوجية أو دينية أو سياسية أو اقتصادية أو عمالية أو ثقافية أو رياضية أو

1- the european court rulling for human RIGHTS-DINVROBAIKAR cace against turkey.complaint no.12-305-97.2008.

(2) الدفاع عن المجتمع المدني، من منشورات الحركة العالمية من أجل الديمقراطية (NED) والمركز الدولي للقانون الذي لا يهدف للربح (ICNI) منشور على موقع الحركة العالمية (www.wmd.org)، ص ٢٧.

سواها.....". وأول ما يلفت الانتباه في أحكام الفقرة الأولى من المادة ١٦ هي حضر تكوين الجمعيات، كما عبر أحد القانونيين "لغايات أيديولوجية أو دينية أو سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية أو رياضية أو سواها" في حين أن حق كل شخص في التجمع جاء مطلقاً، ولو أنني لا أرى أن تعدد الغايات يشكل نوعاً من الحصر، بل محاولة لتغطية جوانب عديدة ومتنوعة لغايات يتم تكوين الجمعيات لتحقيقها وتنفيذها. ولقد أقر مجلس حقوق الإنسان الدولي في قراره ١٥/١٠ في تشرين الأول أكتوبر ٢٠١٠ بأن "الحق في حرية التجمع السلمي والتنظيم من بين أهم دعائم الديمقراطية، ذلك أنه يوفر للفرد فرصة ذهبية لتحقيق عدد من الغايات، من بينها التعبير عن رأيه السياسي، والانخراط في المجالات الأدبية والثقافية والاقتصادية والاجتماعية واعتناق المعتقدات الدينية والقيام بالشعائر، وتشكيل النقابات والتعاونيات والانضمام إليها، وانتخاب القادة الذين يمثلونهم واخضاعهم للمساءلة".<sup>(١)</sup> ويعد مجلس أوروبا أكثر صراحة حول هذه النقطة: "المنظمات غير الحكومية ينبغي أن تكون حرة في السعي إلى تحقيق أهدافهم، شريطة أن يكون كل من الأهداف والوسائل المستخدمة متوافقة مع متطلبات المجتمع الديمقراطي. المنظمات غير الحكومية ينبغي أن تكون حرة في اجراء البحوث والتعليم والدعوة لمناقشة القضايا العامة، بغض النظر عما إذا كان الموقف الذي اتخذته يتفق مع سياسة الحكومة أو يتطلب تغييراً في القانون"<sup>(٢)</sup>. ولأهميته فقد أقرت الأمم المتحدة في إعلان المدافعين (المادة ١، ٥)، على أن: "المنظمات غير الحكومية يجب أن تكون حرة في تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية". وفي ذلك أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

(1) انظر: قرار اعتمده مجلس حقوق الإنسان رقم ٢١/١٥، بشأن الحق في حرية التجمع السلمي وفي تكوين الجمعيات، الدورة الخامسة عشرة، بتاريخ ٦ أكتوبر ٢٠١٠ A / HRC RES / 21.

(2) انظر: توصيات المجلس الأوروبي رقم 14 (٢٠٠٧) Cm / Rec إلى الدول الأعضاء حول الوضع القانوني للمنظمات الأهلية في أوروبا، تبنته اللجنة الوزارية في ١٥ تشرين الأول / أكتوبر ٢٠٠٧ في الاجتماع الـ 1006 لنواب الوزراء، الفقرات (١١ - ١٥).

أن: "أحد أهداف حق تكوين الجمعيات ضمان وجود منبر للنقاش العام، والتعبير المفتوح عن الاحتجاج" (١). وأكدت على أنه: "يجب أن تتمتع الجمعيات بحقوق تشمل الحق في التعبير عن الرأي والحق في نشر المعلومات والحق في الإشتراك مع الجمهور والمناصرة أمام الحكومات والهيئات الدولية تأييداً لحقوق الإنسان أو حفظاً لتقافة مجموعة من الأقليات وتطويراً لها" (٢). وأكدت على أن: "تمكين المواطنين من تشكيل كيان قانوني بهدف العمل على أساس جماعي في أحد المجالات ذات المصلحة المشتركة يعد جانباً من أهم جوانب حق تكوين الجمعيات الذي يفقد دونه أي معنى" (٣).

وبرتياً على ما أسلفنا ذكره، ينبغي التغلب على العقبات التي تواجه الجمعيات أمام ممارسة أنشطتها المشروعة، وتأخذ العقبات أمام تنفيذ الأنشطة أشكال عديدة منها على سبيل المثال لا الحصر، التشريعات التي تقتضي من الجمعيات التقييد بأيدولوجية الدولة أو مبادئها أو دينها يمكن أن تستعمل من أجل استبعاد أفراد وفئات لا يقبلون بتلك الأيدولوجية أو المبادئ أو الدين. وفي إندونيسيا، على سبيل المثال، يقتضي قانون المنظمات الجماهيرية ألا يتعارض أهداف الجمعيات مع مبادئ الدولة (بانكاسيلا)، مما يستبعد فئات قد لا تتفق مع تلك المبادئ، ومنها الأقليات (٤). والخطر المباشر على مجالات النشاط (كما هو الحال في غنيا الاستوائية وأفغانستان وتزانيا ومصر وروسيا مثلاً) (٥)

- 1) The European court rulling forhuman rights, The Case of Inomolnar V. Hungary, 7october 2008.
- 2) The European court rulling forhuman rights, The Case of Handerson V. United Kingdom ,8 December 1976.
- 3) The European court rulling forhuman rights, Sideropevles Case against Creece Complaint number 57/1997, JANUARY 2003.

4) تقرير المقرر الخاص المعنى بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات، a/hrc/26/29، مرجع سابق، الفقرات (٥٢).

5) يمنع القانون الجديد في غينيا الإستوائية المنظمات غير الحكومية من الترويج لأنشطة حقوق الإنسان أو مراقبتها أو الانخراط فيها. وفي أفغانستان يحظر قانون المنظمات غير الحكومية (٢٠٠٥) على هذه المنظمات المشاركة في مشاريع البناء والعقود (المادة ٨). وفي تزانبا غالباً ما يصاغ الحظر بلغة=

والامتثال للالتزامي بخطط التنمية الوطنية (كما هو الحال في سيراليون والصومال مثلاً) <sup>(١)</sup>

رابعاً: الاستقلالية:

يعد استقلال الجمعيات عن الدولة أحد دعائم، بل وأهم دعائم الحق في تكوين الجمعيات، ويتمثل هذا الاستقلال في الحرية المطلقة لتكوين

=فضفاضة غير دقيقة، وبعبارة غامضة تمنح سلطات تقديرية للمسؤولين الحكوميين. فعلى سبيل المثال، يجب على المنظمة غير الحكومية الدولية "الامتناع عن القيام بأي عمل يحتمل أن يتسبب في سوء الفهم" بين المنظمات غير الحكومية الأصلية أو المحلية (قانون المنظمات غير الحكومية (٢٠٠٢)، المادة (٣١). وتحظر قوانين العديد من البلدان، من ضمنها مصر وروسيا، المشاركة في الأنشطة "السياسية" أو "المتطرفة" أو "الإرهابية" دون تحديد هذه المصطلحات بوضوح، تسمح هذه الصياغة الغامضة للدولة بعرقلة نشاط منظمات المجتمع المدني في مجالات العمل المشروعة (ويوصف منظمات المجتمع المدني أو الناشطين فيها "بالمتمترفين" أو "الإرهابيين" في بعض المجالات تتطلب القوانين والسياسات من منظمات المجتمع المدني موائمة أنشطتها أو تنسيقها مع أولويات الحكومة المحددة في الخطط التنموية الوطنية. وتحد بعض هذه المتطلبات التي يتم عادة بتبريرها على أنها تصب في مصلحة زيادة فعالية المساعدات، من قدرة منظمات المجتمع المدني على متابعة الأنشطة التي لم تحددها الحكومات مسبقاً في خطط التنمية، كما قد تحد من قدرة هذه المنظمات على لعب دور رقابي فعال. مقابل للحكومة. ففي سيراليون تنص اللوائح المنقحة لقوانين المنظمات غير الحكومية لعام ٢٠٠٩ "سياسة المنظمات غير الحكومية" على أنه يجب على "المنظمات الراغبة في العمل كمنظمات غير حكومية في سيراليون" أن تستجيب لمعايير محددة. بما في ذلك بيان مهمة واضح يبين غرضها، أهدافها، الجمهور المستهدف وعليها جميعاً أن تتوافق مع السياسات التنموية لحكومة سيراليون. "وإلا سيتم رفض طلب هذه المنظمة للعمل في سيراليون. وبالإضافة إلى ذلك فإن السياسة تنص على أنه "لا يجوز تنفيذ أي مشروع في سيراليون إلا إذا تمت مناقشته مع الوزارة المعنية ووزراء المالية والتنمية الاقتصادية. وفي جمهورية أرض الصومال ووفقاً لقانون المنظمات غير الحكومية لعام ٢٠١٠، يجب على كل منظمة غير حكومية مسجلة بموجب هذا القانون "ضمان موائمة برامجها التنموية مع الخطط التنموية لجمهورية أرض الصومال" (المادة ١٠ (١٣)). ويطلب من اللجنة الاستشارية (لجنة حكومية) "وضع مبادئ توجيهية تنظم أنشطة المنظمات غير الحكومية وتضمن موائمة أنشطتها مع أهداف / الخطط التنموية الوطنية الشاملة (المادة ٧ (١) (١٥) وبالإضافة إلى ذلك " يجب على برامج المنظمات غير الحكومية الدولية أن يتواءم مع خطة التنمية الوطنية للبلاد (المادة ٣٥ (٢)).

الجمعيات ومباشرتها لأنشطتها دون تدخل الدولة، كما يحرم على تلك الأخيرة حل الجمعية بالطريق الإداري وهذا ما نوضحه:

١: تكوين الجمعيات: الحق في تكوين الجمعيات ليس مطلقاً، وإنما مرهون بحقوق الآخرين والنظام العام. لذا من الأهمية بمكان أن يقوم المشرع بتنظيم هذا الحق بما يتوافق مع الخصوصية التي ينفرد بها هذا الحق من خلال أحد النظم التالية: الاخطار أو الترخيص أو الاخطار المقترن بالاعتراض لذا لا بد أن نوضح المقصود بكل منهم والفرق بينهم وبين أي الأنظمة تتناسب مع طبيعة الحق في تكوين الجمعيات؟<sup>(١)</sup>.

١) الاخطار بمفهومه القانون: يقصد به التزام الأفراد باحاطة سلطات الضبط الإداري علماً وبصفة مسبقة باتخاذ العزم على ممارسة الحرية أو الحق محل الاخطار بقصد تمكينها من مراقبته واتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع أية أضرار. ويتميز الاخطار بأنه أخف أساليب الضبط الإداري التي يمكن فرضها على ممارسة النشاط محل الاخطار، ويعد في الوقت ذاته أكثرها اقتراباً من النظام العقابي الذي يقوم على عدم تدخل سلطات الضبط مقدماً في ممارسة الحرية، ويكتفي بتوقيع العقاب أو أحداث ما يخل بسلامة المجتمع. وعليه، فإن الإدارة لا تملك بصدد الأنشطة التي يتطلب المشرع الإخطار لمباشرتها حق الرفض أو الاعتراض، والاطار ليس طلباً أو التماساً بالموافقة على ممارسة النشاط، وإنما يحوي بيانات تقدم لجهة الإدارة المختصة حتى تكون على علم مقدماً بما يراد ممارسته من نشاط وتقتصر سلطة الإدارة على التحقيق من سلطة البيانات الواردة فيه، واستيفائه للشروط والأحكام التي حددها القانون. أما الإذن السابق (الترخيص) هو " إجراء تنظيمي تصدره جهة الإدارة ويحولها سلطة فحص النشاط المطلوب ممارسته مقدماً، ووزن ظروفه التي تختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان، وهو يعد من أبرز وسائل تقييد النشاط الفردي. فالترخيص (الإذن الممنوح خطياً بوضوح). ومن ثم فلا يجوز ممارسة الحق في تكوين الجمعيات إلا بعد الحصول على إذن أو موافقة الجهة الإدارية المختصة من هذا المنطلق يخشى أن تغلب هذه الجهة اعتبارات حفظ النظام العام على احترام حق تكوين الجمعيات بوصفه أحد أشكال التعبير عن الرأي. أضف إلى ذلك، أن الإدارة تحت مظلة الترخيص سوف تصدر قراراً إدارياً بشأن كل جمعية على حده، الأمر الذي يعني احتمال اختلاف هذا القرار من جمعية إلى أخرى. وعلى هذا الأساس سيتعذر التنبؤ مسبقاً بموقف الإدارة من الجمعيات المزمع قيامها، مما يفقد الأفراد الأمن القانوني، وهو وضع ليس في صالح الحريات والحقوق. ومن ناحية ثالثة. فإن تنظيم ممارسة حق تكوين الجمعيات عن طريق التصريح. سيولد مخاوف التمييز بين =

أ: تكريس مبدأ حق التأسيس دون الحاجة إلى ترخيص أو إذن مسبق:

الثابت أن المواثيق الدولية العالمية والإقليمية قد نصت على أنه لا يجوز أن توضع قيود على ممارسة حق تكوين الجمعيات إلا تلك التي ينص عليه القانون، وتشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي، لصون الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم وفي هذا الصدد، إننا نؤكد أن اعتراض الإدارة على تأسيس أي جمعية إذا لم يستند إلى أي من هذه المعايير، فإنه يكون قد خالف القانون الدولي لحقوق الإنسان. فالمادة الثانية من اتفاقية العمل الدولية الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي رقم ٨٧ تنص على أن " للعمال وأصحاب العمل، دون تمييز من أي نوع الحق في انشاء ما يختارونه هم أنفسهم من منظمات، ولهم كذلك، دون أن يربثن ذلك بغير قواعد المنظمة المعنية، الحق في الانضمام، وذلك دون ترخيص مسبق ". ومرددة نفس المعنى المادة الرابعة من إعلان "عمان" والتي تنص على أن: " المبدأ القانوني الأساسي الذي تركز

---

=الجمعيات نتيجة السلطة التي يمنحها نظام الترخيص لجهة الإدارة في تقدير تأثير النظام العام بقيام هذه الجمعية أو تلك وهذه السلطة كثيرا ما أتاحت الفرصة للإدارة لمنح الترخيص لجمعيات موالية للحزب الحاكم، كما أتاحت لها الفرصة ولكن على نطاق واسع - أن تمنع بعض الجمعيات متى رأت أن قيامها سيغلق النظام السياسي القائم. والأخطار المقترن بالاعتراض يسمح بممارسة الحرية التي أخطروا بها بمجرد مضي المدة التي حددها القانون، حيث يعد سكوت الإدارة خلال تلك المدة بمثابة عدم الاعتراض منها على ممارسة هذه الحرية يعكس الترخيص الذي يجب أن يصدر به -كقاعدة عامة -قرار صريح. راجع في شأن التفرقة بين الأخطار والترخيص والأخطار المقترن بالاعتراض د. محمد الطيب عبد اللطيف، نظام الترخيص في القانون المصري، رسالة دكتوراه، حقوق فؤاد الأول، مطبعة دار التأليف، سنة ١٩٥٦، ص ٤٨٧ وما بعدها. د. محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، بحيث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، العدد الثالث والرابع، ديسمبر سنة ١٩٧٨ السنة الثامنة والأربعون، ص ٤٩٣ وما بعدها. استاذنا الأستاذ الدكتور عمرو أحمد حسبو، حرية الاجتماع " دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص ٧٧ وما بعدها.

عليه حرية الجمعيات، هو حق التأسيس دون حاجة إلى ترخيص أو إذن مسبق فالجمعيات تتأسس بمجرد اتفاق ارادة مؤسسيها ويجوز الاعلان عنها بمجرد الاعلان / الأخطار المسبق ولا يمكن اخضاع التأسيس لأي تدخل مسبق من السلطة الادارية أو من السلطة القضائية " (١). وتأييدا لذلك ذهبت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة للقول بأن " شرط اعطاء شعار مسبق للتجمع، بوضعه قيماً فعلياً على حق التجمع، هو متوافق في إطار الحدود المصرح بها والمتوافق عليها في المادة ٢١ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (٢). ويذهب المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات إلى القول أن " اجراء الاشعار " هو أفضل امثالاً للقانون الدولي لحقوق الإنسان من " اجراء التصريح المسبق " الذي يقتضي الحصول على موافقة السلطات لانشاء جمعية ككيان قانوني، وأنه ينبغي للدول تنفيذه " (٣). وفي هذا الصدد، نشير إلى ما أقرته لجنة الحريات النقابية التابعة لمنظمة العمل الدولية في بحثها لاحدى الشكاوى حيث تعرضت اللجنة لحالة رفض تسجيل نقابة " Syndicat من طرف الحكومة البنجلاديشية وقد تم دراسة هذه الحالة من طرفها في دورة مارس لسنة ٢٠٠٧، حيث طلبت اللجنة من الحكومة أن تتخذ الاجراءات الفورية لتسجيل نقابة " immatriculate " وفتح تحقيق مستقل للنظر بصفة مفصلة وواضحة في الادعاءات الخاصة بطرد سبعة نقابيين من مؤسسة " ltdsramik " على إثر تكوين هؤلاء العمال لتلك النقابة، وقد تأسفت لجنة الحريات النقابية من أن الحكومة البنجلاديشية لم تولي أي اهتمام للتوصيات التي قدمتها

- 
- (1) اعلان مبادئ ومعايير بشأن حرية الجمعيات في الدول العربية، المعروف اختصاراً بـ"اعلان عمان"، نتاج عمل مجموعة من الجبراء القانونيين والنشطاء من تسعة دول عربية خلال ورشة عمل حول "الاطار القانوني لحق التجمع في العالم العربي"، لسنة ١٩٩٩.
  - (2) مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي (الطبعة الثانية)، مرجع سابق، ص ٥٤.
  - (3) تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات A / ARC / 20 / 27، مرجع سابق، الفقرة (٥٨).



اللجنة لها، كما تشير اللجنة إلى وقائع تسجيل نقابة immaculate تعود إلى ٢٠٠٣، وأن القضية بقيت مؤجلة إلى تاريخ يوليو ٢٠٠٧ وهو نفس تاريخ انعقاد اللجنة للنظر في قضية الحال، وتذكر اللجنة أن هذا التأخر الفادح في تسيير العدالة يعتبر انكار للعدالة وتصر على أن تتخذ الحكومة البنغلاديشية الاجراءات اللازمة لتسجيل النقابة، ويبدو من موقف الحكومة البنجلاديشية وجود مساس بما جاء في الاتفاقية رقم (٨٧) حيث لم تسع إلى انفاذ أحكام معاهدة الحرية النقابية ويعتبر سلوكها الرافض لتسجيل نقابة "immacutale" وتقاوس السلطات القضائية الوطنية النظر في قضية التسجيل ٤ سنوات خرقاً لروح الاتفاقية ٨٧<sup>(١)</sup>.

ومحصلة ما تقدم فإن الحق في تكوين الجمعيات ليس منحة من الإدارة تمنعها أو تمنحها كما تشاء، بل هو حق أصيل للناس اعترف به القانون الدولي لحقوق الإنسان وأكدته، ولذا فهو لا يقتضي طلباً من قبل صاحب الشأن، ولا يلزم لنشوئه صدور قرار الإدارة بالترخيص به، وإنما هو مستمد من القانون فقط، ومن ثم إذا كان هناك نص في القانون يتطلب الحصول على تصديق مسبق (ترخيص) لتأسيس الجمعيات تظل قناعتنا قائمة أنه ليس هناك أصلاً ما يستلزم ذلك، وبالتالي فإن السلطة التي ترفض التصديق تكون قد سبحت خارج مياهاها، ويكون قرارها برفض التصديق لا أثر له ولا يغير من ذلك أن مؤسسي الجمعية قد طلبوا التصديق، لأن رفض من لا يملك لا يؤثر على حق من يستحق.

ب: فضلاً عن ذلك يجب عدم وضع أية قيود أو عراقيل غير مبررة على تأسيسها حتى ضمن التأسيس عبر الاعلام / الاخطار:

ويجب أن تتسم هذه الاجراءات بالسرعة والوضوح والبساطة، وبدون تكلفة، فالاخطار المسبق الغرض منه أن تتمكن الدولة من وضع الترتيبات اللازمة لتسهيل الحق... ولكن ليس بشكل طلب

---

(1) انظر: منظمة العمل الدولية، ملخص قرارات ومبادئ لجنة حرية تكوين الجمعيات التابعة لمجلس ادارة المنظمة، الطبعة الخامسة (المنقحة) (جنيف) ٢٠٠٦.

الحصول على الإذن، وينبغي لعملية الاخطار المسبق ألا تكون مرهقة أو بيروقراطية، ويجب ألا تطول فترة الاخطار المسبق بشكل زائد عن الحاجة، ولكن عليها أن تعطي الوقت الكافي للسلطات المختصة في الدولة لاتمام الخطط والتحضيرات اللازمة لتلبية التزاماتها الإيجابية<sup>(١)</sup>. وهذا ما أكدته المادة السابعة من اتفاقية العمل الدولية الخاصة بالحرية النقابية وحماية التنظيم النقابي رقم ٨٧ التي تنص على أن: " لا يجوز إخضاع اكتساب منظمات العمل وأصحاب العمل واتحاداتها للشخصية القانونية لشروط يكون من شأنها الحد من تطبيق أحكام المواد ٢، ٣، ٤ من هذه الاتفاقية " (وتتعلق هذه المواد بحرية التأسيس دون تدخل الإدارة، وحرية وضع الأنظمة الداخلية وحرية الإدارة) وأكدت المادة ٨ من الاتفاقية رقم ٨٧ (فقرة ٢) على أنه لا يجوز للقانون الوطني، وللأسلوب الذي يطبق به، انتقاص الضمانات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية " مردوده نفس المعنى تنص المادة ٦ من اعلان " عمان "، على أنه " لا يجوز أن تشكل اجراءات التأسيس الإدارية، حتي عبر نظام الاعلام / الاخطار، عائق أمام تأسيس الجمعيات. ويجب أن تتسم هذه الاجراءات بالسرعة والوضوح، وبدون تكلفة، وألا تخضع للسلطة التقديرية للإدارة".

ومن هذه النصوص وغيرها يتضح أن الاعلان يتمثل في شكلية بسيطة بأن يقدم في شكل بيان مكتوب يتضمن عدداً من عناصر المعلومات المحددة بوضوح في القانون، إلا أن هذا الأمر لا يعد شرطاً مسبقاً لوجود الجمعية، بل هو بالأحرى بيان تسجيل الإدارة بواسطته انشاء الجمعية المذكورة. وهذا الاجراء ساري المفعول في عدد من البلدان (مثل أوروغواي والبرتغال وجيبوتي والسنغال وسويسرا وكوت ديفوار والمغرب وفرنسا مثلاً)<sup>(٢)</sup>.

1) مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي (الطبعة الثانية)، مرجع سابق، ص ٥٤.

2) تقرير المقرر الخاص المعني بالحقوق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات A / HRC / 20 / 27، مرجع سابق، الفقرة (٥٨).

ومن الأمثلة التي طبق في شأنها المواد سالفة البيان نص المادة الثانية من قانون أول يوليو سنة ١٩٠١ التي جرى نصها على أن " جمعيات الأشخاص يمكنها أن تتكون بحرية دون حاجة إلى ترخيص أو اخطار سابق ولكنها لا تتمتع بالشخصية القانونية إلا إذا التزمت بنص المادة الخامسة الذي يتناول مسألة الاخطار ". وباستقراء نص المادة الخامسة يمكن القول بأن الاعلان وحده كاف لاكتساب الجمعية الشخصية الاعتبارية. وبمجرد تقديم الطلب تلتزم الادارة المركزية للشرطة بتسليم إيصالاً بذلك وهذا الإيصال حق للمؤسسين طالما أن الطلب المقدم مستوف للشروط المطلوبة لتمكين الإدارة من الاشراف على نشاطها.

ويلاحظ أن السلطات الادارية الفرنسية ليس لها سلطة في تقييم مشروعية غرض الجمعية أو عدم مشروعيتها لذلك فإن مجرد تقديم الطلب مستوفياً للشروط المطلوبة يلزم الادارة باعطاء الإيصال في المدة المحددة ذلك أن تقدير المشروعية يعتبر مسألة تدخل في دائرة الاختصاص المقيد ومن ثم فهي مسألة يختص بتقديرها القضاء. وعلى ذلك إذا رأت الادارة أن غرض الجمعية غير مشروع فما عليها إلا أن تصدر الإيصال بالتأسيس ثم تخطر النائب العام للطعن على القرار مطالباً بحل الجمعية (٢) (١).

٢- حل الجمعيات: إن استقلال الجمعيات عن الدولة لا يكتمل بمجرد أن يكون تكوينها غير خاضع لأي تدخل من جانب السلطة الادارية، بل يجب حتى يأخذ مبدأ حق تكوين الجمعيات مضموناً فعالاً، أن يشمل استقلال الجمعيات عن الدولة حالات حل الجمعية، معنى ذلك ألا يكون للجهات الادارية أي سلطة في حل الجمعيات أو في اتخاذ

---

(1) راجع لمزيد من التفاصيل: الأستاذ الدكتور سعد عصفور، حرية تكوين الجمعيات، مرجع سابق، ص ١٣٧ وما بعدها. والأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي - النظام الدستوري المصري ورقابة دستورية القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، ١٩٩٢، ص ٣٢٣ وما بعدها. والأستاذة الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل، حرية تكوين الأحزاب السياسية في مصر بين النص والقانون والواقع السياسي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٩٣ وما بعدها.

اجراء من شأنه تعطيل الجمعية كإغلاق محل الجمعية أو إيقافها إدارياً أو غير ذلك من الإجراءات التي تؤدي لتعسف الإدارة والتي قد يترتب عليها جعل مبدأ حق تكوين الجمعيات مبدأ أجوفاً لا معنى له. ونصت المادة ٤ من الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي على أنه " لا يجوز أن تكون منظمات العمال وأصحاب الأعمال عرضة للحل أو لوقف نشاطها عن طريق السلطة الإدارية " كما نصت المادة ١٧ من اعلان " عمان " على: " أنه لا يحق للإدارة العامة حل الجمعيات. ولا يمكن أن تخضع الجمعيات للحل إلا بقرار صادر عن هيئاتها الخاصة، أو بحل قضائي نهائي بات، وبعد أن تكون قد استفادت الجمعية من حق الدفاع في محاكمة علنية وعادلة، وفي حالات يجب أن يحددها القانون صراحة وحصرأ ". وورد في توصيات المؤتمر الدولي الثاني حول تعزيز الحوار بين الحكومات والمجتمع المدني: " لا تحل الجمعيات والأحزاب والنقابات إلا بقرار من جمعياتها العمومية، وبأكثر موصوفة، وفق أنظمتها الأساسية، أو بقرار قضائي نهائي، في حال ارتكابها مخالفات جسيمة يحددها القانون"<sup>(١)</sup>.

وترتيباً على ما أسلفنا ذكره فإن حل الجمعيات إما أن يكون اختيارياً أو قضائياً:

أ- الحل الاختياري: هو من سلطة الجمعية العامة للجمعية (أعلى هيئة فيها)، وحل الجمعية من المسائل المتروكة للسلطة التقديرية للجمعية العمومية، وذلك كأن نقشل الجمعية في تحقيق الغرض الذي قامت من أجله، أو أن يكون الحل الاختياري وسيلة تلجأ إليها الجمعية للتخلص من القواعد التي تحكمها بتكوين جمعية جديدة وفقاً للقواعد التي تراها أكثر مناسبة بظروفها الخاصة، أو استفاد الغرض الذي قامت الجمعية من أجله، فالجمعية التي قامت لرعاية المجندين وأسرههم أثناء الحرب لا بد أن تنقضى بعد انتهاء الحرب.

(١) المؤتمر الدولي الثاني حول تعزيز الحوار ما بين الحكومات والمجتمع المدني واصلاح القوانين، الذي عقد في مقر جامعة الدول العربية في القاهرة في ١٠٦، ١٧ كانون الثاني / يناير من العام ٢٠٠٨.

ب- الحل القضائي: يعتبر وقف عمل جمعية وحلها غير الطوعي النوعيين الأشد صرامة من القيود المفروضة على حق تكوين الجمعيات. وعليه، لا ينبغي السماح بذلك إلا إذا كان هناك خطر جلي ومحدد يؤدي إلى انتهاك جسيم للقانون الوطني، مع الامتثال للقانون الدولي لحقوق الإنسان. وينبغي أن يتناسب هذا الاجراء تماماً مع الهدف المشروع المنشود ولا ينبغي استخدامه إلا عندما تكون التدابير الأكثر مرونة غير كافية<sup>(١)</sup>.

ووفقاً للاجتهاد القضائي في منظمة العمل الدولية، أن قرارات حل منظمات العمل " لا ينبغي أن تتخذ إلا في حالات في غاية الجسامه، ولا ينبغي تنفيذ اجراءات الحل المذكورة إلا بموجب قرار قضائي بحيث تكون حقوق الدفاع مكفولة تماماً"<sup>(٢)</sup> وورد في توصيات المقرر الخاص المعنى بالحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات: " ينبغي التصديق على وقف عمل الجمعيات أو حلها غير الطوعي عبر محكمة مستقلة وغير متحيزة في حال ظهور خطر جلي ومحدد يؤدي

1) تقرير المقرر الخاص بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات-ماينا كياي-الصادر عن مجلس حقوق الإنسان الدورة العشرين بتاريخ ٢١ مايو ٢٠١٢ A / HRC / 20 / 27، الفقرة (٧٥).

2) انظر: ملخص قرارات ومبادئ لجنة حرية تكوين الجمعيات التابعة لمجلس ادارة المنظمة، مرجع سابق، الفقرة (٩٩):

وجدير بالذكر أن حالات انتهاء أو تعليق عمل الجمعيات أو اغلاقها تعسفا بسبب ما تظلم به من أنشطة في سياق الانتخابات تشكل مصدر أذى من مصادر القلق. ففي أوائل نيسان/أبريل ٢٠١٢، ألغت حكومة سوازيلند تسجيل مؤتمر نقابات عمال سوازيلند وقضت بعدم قانونيته، بعد أن قام عدد من قيادات المنظمة بالدعوة إلى مقاطعة انتخابات عام ٢٠١٣. وهذا القرار الصارم يتنافي مع القواعد والمعايير الدولية المتعلقة بحق تكوين الجمعيات، والتي تقتضي بوضوح بأن انتهاء أو تعليق عمل الجمعيات أو اغلاقها ينبغي ألا يتم إلا بحكم قضائي استنادا إلى وجود خطر واضح ودهام عندما تلجأ الجمعية إلى استخدام العنف، أو تسعى إلى بلوغ هدفها باستخدام العنف أو بالتحريض على التمييز أو العداوة أو العنف، أو تهدف إلى اهدار الحقوق والحريات المجسدة في القانون الدولي لحقوق الإنسان. تقرير المقرر الخاص المعنى بالحق في حرية التجمع السلمي وفي تكوين الجمعيات -مذكرة من الأمين العام -الصادر عن مجلس حقوق الإنسان -اندورة الثامنة والستون بتاريخ ٧ أغسطس ٢٠١٣ A / 68 / 209، الفقرة (٥٥).

إلى انتهاك جسيم للقوانين المحلية مع الامتثال للقانون الدولي لحقوق الإنسان<sup>(1)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن السلطات القضائية نجحت في تصويب عدة أمور تتصل بأوامر الحل الادارية أو غيرها من انتهاكات حقوق الإنسان المشابهة في العديد من بلدان العالم . فعلى سبيل المثال ، أطلت المحكمة الادارية المصرية بتاريخ ٢٦ أكتوبر / تشرين الأول ٢٠٠٨ القرار الحكومى القاضي بحل جمعية المساعدة القانونية لحقوق الإنسان ، وهى جمعية تقدم الدعم القانوني لضحايا التعذيب وغيرها من ضروب سوء المعاملة . وجاء ذلك في أعقاب استئناف تقدمت به الجمعية . فقد حلت وزارة التضامن ومحافظة القاهرة جمعية المساعدة القانونية بدعوى خرق قانون الجمعيات الأهلية رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بحجة أنها تلقت أموالاً أجنبية دون الحصول على إذن السلطات المسبق . كما صدر قرار مماثل من المحكمة الادارية بإبطال حل دار الخدمات النقابية والعمالية في سبتمبر / أيلول ٢٠٠٧ . وفى عام ٢٠٠٦ ، قضت محكمة أعاذير الادارية في المغرب بعدم قانونية قرار السلطات الادارية الرافض لقبول الطلبات المتكررة التي قدمتها الجمعية الصحراوية لضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان المرتكبة من طرف الولاية المغربية .

وفى الوقت نفسه رفض القضاة مزاراً وتكراراً مراعاة المعايير الدولية وقانون حقوق الإنسان الدولي . وهم يطبقون القانون الوطنى بمعناه الضيق ، ولا يأخذون في الاعتبار دورهم في صون حقوق الإنسان وحمايتها . أما الدعاوى التي تطعن في قرارات السلطات التنفيذية بحل الجمعيات والتي تعرض على المحاكم ، فلا نجد في الغالب انصافاً . وعلاوة على ذلك ، لا تصدر أوامر باجراء تحقيقات مستقلة ونزيهة ومتعمقة في حالات انتهاك تكوين الجمعيات حينما تصل هذه الانتهاكات إلى مسامع القضاة .

(1) تقرير المقرر الخاص المعنى بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات A / HRC / 20 / 27 ، مرجع سابق ، الفقرة (١٠٠) .

وفى بلدان الاتحاد الأوروبي ، تضطلع المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بدور مهم في حماية حق تكوين الجمعيات وتعريفه وتفسيره . فعلى سبيل المثال ، وفى إطار حكم المحكمة الأوروبية في قضية رابطة المواطنين رادكو وبونكوفسكى ضد جمهورية مقدونيا اليوغوسلافية السابقة ، نظرت المحكمة في مشروعية الغاء النظام الأساسى للرابطة وبرنامجها ، حيث حكمت المحكمة الدستورية لصالح الالغاء بعدما خلصت إلى أن الأهداف الحقيقية للرابطة ترمى إلى احياء أيديولوجية إيفان ميابلوف\_ رادكو القائلة بأن "العرق المقدونى لم يكن له وجود....." ، وإنما كان ينتمى إلى البلغار من مقدونيا وأن الاعتراف به (أي بالعرق المقدونى ) كان أكبر جريمة ارتكبتها مركز البلشفية إبان قيامه". ولقد وجدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن حل الرابطة كان مخالفاً للمادة ١١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (حق تكوين الجمعيات).

كما أقرت المحكمة الأوروبية بأن حل الرابطة سعى لتحقيق هدف مشروع وهو حماية "حقوق الآخرين وحررياتهم" ، وأقرت كذلك باحتمال نشوب توتر حينما ينقسم المجتمع على نفسه ، إلا أنها رأت بأن ذلك يمثل إحدى العواقب التي لا مفر منها للتعددية ، وشددت على أن دور السلطات في مثل هذه الظروف لا تمثل في التخلص من أسباب التوتر بالقضاء على التعددية وإنما في ضمان تسامح الجماعات المتنافسة مع بعضها" (١).

### ٣- الشخصية المعنوية للجمعيات:

من أجل تحقيق أهدافهم الأساسية بفاعلية أكبر، قد يسعى بعض الأفراد للحصول على شخصية قانونية (أو وضعية هيئة قانونية) للجمعيات التي يكونونها - ومن خلال تلك الشخصية القانونية، فإن الجمعيات تكون قادرة على العمل ليس كمجرد فرد أو مجموعة من الأفراد

1) The European court rulling forhuman rights , The Case Of the Boonkowski Citizens Association against The Former Yugoslav Republic Of Macedonia Complaint number 10/74651, January 2009.

ولكنها تصبح تتمتع بالمزايا التي قد تنتجها الشخصية القانونية (على سبيل التعداد وليس الحصر، الذمة المالية المستقلة والأهلية وحق التقاضي في كل ما يتعلق بمصالحها أو تحقيق أهدافها، وأن تمتلك أموالاً منقولة وغير منقولة وتقبل الهبات والتبرعات والمساعدات... وتعيين موظفين، وفتح حساب مصرفي، إلخ) ومن الأمور المقبولة بموجب القانون الدولي أنه يجب على الدولة أن تمكن الجمعيات من الحصول على صفة كيان قانوني.

#### أ- بالنسبة لتاريخ نشوء الشخصية المعنوية:

بمجرد أن تقوم الجمعية بإجراءات الشهر (الإعلان) تكسب - وبدون حاجة إلى إذن من الإدارة - الشخصية القانونية، فالاتفاقية الدولية رقم ٨٧ المتعلقة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم لم تتطلب من الدول الأعضاء في الاتفاقية منح النقابات الشخصية المعنوية، باعتبار أنه من المسلمات، وأن تكوين النقابات ومزاولتها لنشاطها لا يخضع لإرادة الإدارة، ولكن الاتفاقية قررت في مادتها السابعة أنه لا يجوز أن يكون اكتساب منظمات العمال وأصحاب الأعمال أو اتحاداتهم العامة الشخصية القانونية خاضعاً لشروط من شأنها تعطيل أحكام الاتفاقية، ومقتضى ذلك أن تكتسب النقابات واتحاداتها الشخصية المعنوية بمجرد الاخطار بتأسيسها" (١). وهذا ما أخذ به إعلان "عمان" فنصت المادة السابعة منه على أن: "تتمتع الجمعيات بالشخصية المعنوية المستقلة عن أعضائها فور الاعلام / الاخطار بتأسيسها". فالاعلان ربط نشوء هذه الشخصية المعنوية "المستقلة عن أعضائها" بصورة فورية وآلية بعملية تسليم الإدارة المعنية "الاعلام / الاخطار بتأسيسها" أي دون انتظار أي عمل إداري يصدر عن هذه الإدارة. وتأكيد لما نقوله يذهب المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات إلى القول: (... وبناء على اجراء الأشعار تمنح الجمعيات الشخصية القانونية تلقائياً حالما يخطر المؤسسون السلطات بإنشاء

1) استاذنا الأستاذ الدكتور محمد رفعت الصباحي، محاضرات في قانون النقابات العمالية، مكتبة جامعة طنطا، سنة ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦، ص ٥٢ - ٥٣.



منظمة. وفي معظم البلدان، يقدم مثل هذا الإشعار في شكل بيان مكتوب يتضمن عددا من عناصر المعلومات المحددة بوضوح في القانون، إلا أن هذا الأمر لا يعد شرطا مسبقا لوجود الجمعية بل هو بالأحرى بيانات تسجيل الإدارة بواسطته انشاء الجمعية المذكورة. وهذا الاجراء سازي المفعول في عدد من البلدان (مثل أوروغواي والبرتغال والسنغال وسويسرا)<sup>(١)</sup>. وأكدت توصيات المجلس الأوروبي على ذلك بالنص " يجب أن تكون القواعد الحاكمة لاكتساب الشخصية الاعتبارية - ما لم يكن ذلك نتيجة تلقائية لتأسيس منظمة أهلية - موضوعية ولا تكون خاضعة للرأي الشخصي للسلطة المعنية"<sup>(٢)</sup>.

### ب- بالنسبة لنتائج الشخصية المعنوية:

تمتع الجمعية بالشخصية القانونية يترتب عليه اكتساب الجمعية جميع الحقوق المتلازمة على غرار الأشخاص الطبيعيين ونعرض لأهم النتائج على النحو التالي:

#### ١- مبدأ الاستقلال الذاتي " ديمقراطية الإدارة ":

من المسلم به أن أحد العناصر الرئيسية لحق تكوين الجمعيات يتمثل في القدرة على إدارة المرء شئونه بنفسه. وليكفانات مستقلة ذات ارادة ذاتية، ينبغي أن تتمتع الجمعيات بسلطة واسعة في تنظيم هيكلها الداخلية واجراءات عملها. ومن ثم يقع على عاتق الدول التزام سلبي بعدم عرقلة ممارسة الحق في تكوين الجمعيات دون مبرر. وينبغي أن يتمتع أعضاء الجمعيات بحرية تحديد نظامهم السياسي وهيكل تنظيمهم وأنشطتهم واتخاذ القرارات دون تدخل الدولة (كما هو الحال في بلغاريا وسلوفاكيا وسلوفينيا مثلا) وأن تتمتع الجمعيات التي تحقق الأهداف وتستخدم الوسائل وفقاً للقانون الدولي لحقوق الإنسان بالحماية القانونية الدولية.

(1) تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات A / HRC / 20 / 27، مرجع سابق، الفقرة (٥٨).

(2) راجع في ذلك: توصيات المجلس الأوروبي إلى الدول الأعضاء Cm / Rec 14 (2007)، مرجع سابق، التوصيات من (٢٨ - ٤١)

وتأييداً لما نقول نصت الاتفاقية المعقودة سنة ١٩٤٨ (رقم ٧٨) في مادتها الثالثة على تمتع النقابات بالحرية في اعداد نظامها الأساسي ولوائحها الادارية وانتخاب ممثليها وتنظيم ادارتها ونشاطها واعداد برامج عملها، وتوجب على الدولة أن تمتنع عن كل تدخل من شأنه أن يحد من هذه الحقوق أو يعوق استعمالها " كما تنص المادة التاسعة من اعلان "عمان" على أن: " يحق للجمعيات تعديل أنظمتها بحرية، بما في ذلك الأهداف ومجالات النشاط، في أي وقت طبقاً لأنظمتها، ووفق ذات الأصول المطبقة في تأسيس الجمعيات دون تدخل من الادارة العامة ". ونصت أيضا توصيات المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات على أنه: " ينبغي أن تتمتع الجمعيات بحرية تحديد نظامها الأساسي وهيكل تنظيمها وأنشطتها واتخاذ القرارات دون تدخل الدولة " (١). وتبنت كذلك اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب قرار بشأن الحق في تكوين الجمعيات، وينص على أنه: " عند تنظيم الحق في تكوين الجمعيات، ينبغي للسلطات المختصة ألا تسن الأحكام التي ستحد من ممارسة تلك الحرية". وعند نظرها في قرار حكومي يؤسس لهيئة ادارية جديدة لنقابة المحامين النيجريين من جانب هيئة يهيمن عليها ممثلوا الحكومة مع تمتعهم بصلاحيات تقديرية واسعة يعد انتهاكا لحق تكوين الجمعيات" (٢). وفي ذلك، أكد الحكم الصادر من المحكمة الأوروبية في قضية المجمع المقدس للكنيسة الأرثوذكسية البلغارية (ميتروبوليتان إنوكينتي) وآخرين ضد بلغاريا على الحدود التي ينبغي أن تفرض على قدرة الهيئات العامة في التدخل في الإدارة الداخلية للمنظمات غير الحكومية. وكانت مجريات هذه القضية تدور حول رد الدولة على نزاع قائم بين أعضاء الكنيسة، إلا أن الحكم الصادر ينطبق تماماً على أي نزاع ينشأ ضمن عضوية أي جمعية.

- 
- (1) تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات A / HRC / 20 / 27، مرجع سابق، الفقرة (٩٧).  
(2) انظر: الدفاع عن المجتمع المدني، مرجع سابق، ص ٣١.

وأقرت المحكمة الأوروبية بأنه كان للسلطات البلغارية أسباب مشروعة لاتخاذ إجراء ما بهدف المساعدة في تجاوز النزاع في الكنيسة، إن أمكن، أو الحد من اثاره السلبية على النظام العام واليقيين القانوني ويبد أن المحكمة الأوروبية اعتبرت أن الحاجة إلى اعادة شرعية قيادة الكنيسة، وهو ما استندت إليه الحكومة، لا يسعها إلا أن تبرر اتخاذ تدابير محايدة تكفل اليقين القانوني والاجراءات المرتقبة لتسوية المنازعات، ولكن السلطات في الواقع قد ابتعدت إلى ما وراء اعادة ارساء العدالة وتحركت باتجاه اجبار الطائفة مباشرة على الخضوع لاحدى القيادتين المتنازعتين وقمع الأخرى. ولأسباب مفهومة، اعتبرت المحكمة الأوروبية أن هذه التدابير غير متناسبة لأنه لا يحق للدولة في المجتمعات الديمقراطية أن تتخذ تدابير لضمان بقاء الطوائف الدينية أو جلبها تحت قيادة موحدة. فقد رأيت المحكمة في اتخاذ هذه التدابير تجاهلاً من السلطات لموقف العديد من المؤمنين المسيحيين الأرثوذكس في بلغاريا الذين أبدوا القيادة البديلة التي تقدمت بها المنظمة المدعية. وهكذا كان هناك تدخل في الاستقلال التنظيمي للكنيسة وفي حق المدعي في حرية الدين وهو ما لا يمكن قبوله كأمر قانوني وضروري في المجتمع الديمقراطي. رغم هامش التقدير الكبير المتروك للسلطات الوطنية. وخلصت المحكمة إلى وقوع انتهاك للمادة ٩ من الاتفاقية الأوروبية بناء على تفسير الحق في تكوين الجمعيات الوارد في المادة ١١ (١).

## ٢- مبدأ الرقابة اللاحقة " المساءلة ":

لقد استبان لنا أن الفقه يترتب على استقلال الجمعية عن الدولة تحريم الرقابة الحكومية على نشاط الجمعية مهما كانت صور هذه الرقابة، أي سواء أكان ذلك بالاشراف على قراراتها ونشاطها، أو بايجاب إبلاغ هذه القرارات إلى السلطات الإدارية، أو حتي باستلزام اخطار السلطة

- 1) The European Court Rulling For Human Rights- The hdy synod Of The Orthodox Church On Bulgaria And OthersAgainst Bulgaria: (MetroPolitan dnokikits). Complain No 22-12\3 January.

العامة بالاجتماعات قبل عقدها، أو حضور مراقبين عن هذه السلطة في اجتماعات الجمعية<sup>(١)</sup>. وفي تصورنا أن معنى الاستقلال الذي يكفله مبدأ حق تكوين الجمعيات هو توافر حرية الجمعية في اتخاذ قراراتها وتسيير شئونها، وأن هذا الاستقلال لا يعني استبعاد أية صورة من صور الرقابة العامة على نشاط الجمعية، إذا لم تكن مؤدية إلى المساس بهذا الحق وخضوع العمل الجمعي لرغبات السلطة العامة، بل أن الاشراف بقصد الارشاد و ضمان سير الجمعيات في سبيل تحقيق أهدافها دون انحراف، ودون مجال للعبث أمام قادة الجمعيات، - يعتبر ضرورة لنجاح العمل الجمعي<sup>(٢)</sup>.  
واعمال مبدأ الرقابة اللاحقة يتضمن:

### ١- ضبط مالية الجمعية "الشفافية":

أكدته إعلان "عمان" في مادته (١٠٢) على أنه: "لضمان الشفافية والمصادقية، على الجمعيات مسك دفاتر وسجلات محاسبية وتعيين مدقق حسابات عند الضرورة وتضمين أنظمة الجمعيات أحكام تمنع تعارض المصالح بين الجمعية وأعضائها".  
ولا شك أن النظام المالي للجمعية هو المحور الذي يجعل الجمعية تستمر في أداء رسالتها، وأن عدم اتباع الأسس المالية المحاسبية في إدارة الجمعية يجعل نشاطها عبارة عن فوضى، ومن ثم ينبغي ضبط مالية الجمعية، واعتماد آليات تضمن الشفافية والمساءلة وانتهاج أسلوب

(1) د. جميل متولي الشيرقاوي، معالم النظام القانوني للثقافات في فرنسا، مجلة القانون والاقتصاد، مارس ١٩٦٤ - العدد الأول. السنة الرابعة والثلاثون، ص ٨١.

(2) في ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا أن "المؤسسات والجمعيات الخاصة تخضع في ممارستها الاختصاصات المقررة لها قانوناً لأشراف الجهة الإدارية... وممارسة الجهة الإدارية للأشراف والرقابة على تلك الجمعيات ينبغي أن يكون منتظماً ومحدداً بضوابط تقف عند حدود الرقابة الجادة لأجهزة الجمعية دون التدخل في الإدارة - ذلك بأن تتبع ممارسة الجمعيات لأعمالها وأن تقوم أعوجاجها من البداية وأن تقبلها من عثراتها ودون أن تترك لها حبل الرقابة على الغارب ثم تقاؤها وقد أحاطت بها خطيئتها فتصدها بالحل".  
راجع حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٤٤٩ لسنة ٤١ ق. ع جلسة ١٩٩٧/٧/١١. سنة المكتب الفني (٤٤) ص ٩٩١. القاعدة رقم (٩٧).

تخطيطي يمكن بموجبه تقدير المصروفات المتوقعة، وكذلك الإيرادات المتوقعة للجمعية خلال السنة المالية. فضلاً عن انتهاج أسلوب رقابي (رقابة مزدوجة من جانب أعضاء " الجمعية العامة " ومن الأجهزة الرقابية الحكومية المختلفة) عبر طريق متابعة نشاط الجمعية ورصد الأخطاء بدقة حتى يمكن تحقيق الأهداف المخططة والمساعدة في اتخاذ القرارات اللازمة لتصحيح المسار كلما لزم الأمر. ومن ثم تلتزم الجمعيات بفرض ميزانياتها وقطع حساباتها على مفوضي الدولة أو مراقبي الحسابات المعتمدين. وفي حال ارتكاب مخالفات مالية بحال المسئول عن هذه المخالفات إلى القضاء المختص، وتطبق بحقه الإجراءات والعقوبات المطبقة في المخالفات المماثلة التي ترتكب في خصوص الأموال العامة. ونصت المادة ١٥ من إعلان "عمان" على أن: "حرية الجمعيات لا تعني غياب المساءلة والرقابة، وذلك من الهيئات الآتية:

- أ- أعضاء الجمعية في جميع شؤونها.
  - ب- الرأي العام والمجتمع في حال وجود مصلحة عامة مشروعة تتعلق بنشاط الجمعية (مثلاً: موجب الشفافية المالية إذا كانت الجمعية تطلب التمويل عن طريق الهيئة العامة.
  - ج- القضاء العادي / الطبيعي.
  - د- الإدارة العامة (رقابة مالية فقط) في حدود ما تستفيد منه الجمعية من مزايا وأنظمة ضريبية خاصة".
- وورد في توصيات المجلس الأوروبي إلى الدول الأعضاء حول الوضع القانوني للمنظمات الأهلية في أوروبا ما يلي<sup>(١)</sup>:
- أ: يمكن أن يطلب من المنظمات الأهلية... أن تقدم تقارير سنوية حول حساباتها وأنشطتها إلى هيئة اشراف معينة.
- ب: يمكن أن يطلب من المنظمات الأهلية... أن تعلن عن مقدار ما تستخدمه من أموالها لأغراض جمع المال والإدارة.

1) راجع في ذلك توصيات المجلس الأوروبي إلى الدول الأعضاء، مرجع سابق، التوصيات من (٦٢-٦٦).

ج: يمكن أن يطلب من المنظمات الأهلية... الخضوع إلى تدقيق لحساباتها من قبل مؤسسة أو شخص مستقل عن ادارتها. ولعل ذلك المنحى هو ما أقرته لجنة الحرية النقابية التابعة لمنظمة العمل الدولية، ففي بحثها للعديد من الشكاوى قررت تلك اللجنة أن " هذا النوع من الممارسات لا يجب إلا في حالات استثنائية، وحينما تدعو إلى ذلك ظروف خطيرة على سبيل المثال ظهور اختلال وتناقض في التقارير المالية السنوية للنقابة أو بمناسبة شكوى من طرف الأعضاء ، وهذا لتجنب أي تمييز بين التنظيمات النقابية وللحد من أي تدخل من طرف السلطات العامة لحق النقابات في تيسير شئونها بكل حرية، وذلك بتعريض التنظيم إلى اشهار عبر وسائل الإعلام، وقد لا يكون لذلك الاجراء أي مبرر وجدوى، كما قد يكون سبباً في البوح ببعض المعلومات المتعلقة بالنقابة ذات الطابع السري "

## ٢-متابعة نشاط الجمعية " الاشراف ":

للدولة الحق في متابعة أنشطة الجمعية، فلها الحق في أن تعلم من أين تأتي الأموال. وماهية الجهات المانحة والغرض من صرف المنح وأهدافها. ويقع على عاتق الدول مسئولية التصدي لغسل الأموال والإرهاب، إلا أنه لا ينبغي أبداً التذرع بذلك لتقويض مصداقية الجمعية المعنية أو عرقلة عملها المشروع دون مبرر. وضماناً لعدم استغلال الجمعيات من جانب منظمات ارهابية، ينبغي للدول أن تستعين بآليات بديلة لتقليل المخاطر مثل القوانين المصرفية والقوانين الجنائية التي تحظر أعمال الإرهاب. وفي هذا السياق، تطلع كل وكالات الأمم المتحدة ولاسيما الوكالات المركزة على أعمال مكافحة الإرهاب بدور رئيسي، وتقع على عاتقها المسئولية الأخلاقية عن ضمان عدم تضرر حقوق الإنسان عامة وحق تكوين الجمعيات خاصة من أنظمة مكافحة الإرهاب وغسل الأموال. وينبغي أن تعزز جميع التدابير المعتمدة في هذا السياق الشفافية، وتزيد الثقة بالقطاع على نطاق مجتمع المانحين وفي صفوف عامة الجمهور حتى تحصل

الجهات المستفيدة المشروعة المستهدفة على الأموال والخدمات الخيرية<sup>(١)</sup>.

- ويجدر التنويه إلى ما جاء في توصيات المجلس الأوروبي إلى الدول الأعضاء حول الوضع القانوني للمنظمات الأهلية في أوروبا<sup>(٢)</sup>:

١- تعتبر أنشطة المنظمات الأهلية مشروعة في غياب دليل يشير إلى خلاف ذلك.

٢- يمكن أن يطلب من المنظمات الأهلية فتح دفاترها وسجلاتها وأنشطتها للتفتيش من قبل منظمة إشراف في حال عدم التزامها متطلبات رفع التقارير أو في حال وجود أسباب معقولة للشك في وقوع خروقات للقانون أو شك وقوعها.

٣- لا يجوز أن تخضع المنظمات الأهلية إلى التفتيش والحجز دون أسباب موضوعية لاتخاذ مثل هذه التدابير وتفويض قضائي ملائم.

٤- لا يجوز أن يحدث تدخل خارجي في إدارة شؤون المنظمات الأهلية إلا في حال إثبات وجود خرق خطير للمنظمات القانونية التي تنطبق على المنظمات الأهلية أو إذا كان هناك اعتقاد معقول بوشوك وقوع خرق كهذا.

٥- بشكل عام، يجب أن يتمكن المنظمات الأهلية من طلب تعليق أي تدابير إدارية متخذة في حقها ويجب أن يخضع رفض طلب التعليق لطعن قضائي فوري.

٦- في معظم الحالات، لا يجوز أن تتعدى الإجراءات الجزائية الملائمة المتخذة ضد المنظمات الأهلية على خلفية خرق للمتطلبات القانونية المنطبقة عليها (بما في ذلك ما يتعلق باكتساب الشخصية الاعتبارية) إلزامها بتصويب أوضاعها و/ أو فرض عقوبة إدارية أو

(1) تقرير المقرر الخاص المعني بالحقوق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات A / HRC / 20 / 27، مرجع سابق، الفقرة (٧٠).

(2) راجع توصيات المجلس الأوروبي إلى الدول الأعضاء حول الوضع القانوني للمنظمات الأهلية في أوروبا، مرجع سابق، الفقرات (٦٧-٧٢).

مدنية أو جنائية عليها و/ أو على أي أفراد مسئولين مسئولية مباشرة على الخرق، ويجب أن تستند العقوبات إلى القانون النافذ وتراعي مبدأ النسبة والتناسب.

وبامعان النظر في توصيات المجلس الأوروبي يمكننا القول بأن الجمعيات تخضع للالتزامات مختلفة تضمن شفافية أنشطتها، كما يمكن أن تكون تحت إشراف واحدة أو أكثر من السلطات العامة ذات الصلة. ومع ذلك، ينبغي أن يكون افتراض شرعية أنشطة الجمعية أساساً للإشراف، وأن يكون التنظيم الذاتي مفضلاً، وأن يتم احترام مبدأ التناسب، ويمكن أن يسار إلى التدقيق في دفاتر الجمعية، والسجلات والأنشطة فقط في حال فشلها في الامتثال بالتزاماتها بتقديم التقارير أو في حال كانت هناك معقولة للشك في أن انتهاكات خطيرة للشروط القانونية، التي تتوافق مع المعايير العالمية والإقليمية لحقوق الإنسان، وقد حدثت فعلاً أو هي على وشك أن تحدث. ومع ذلك، لا يجوز القيام بأي إجراء تفتيش أو ضبط دون مبررات موضوعية وإذن قضائي ملائم.

#### خامساً: الطبيعة غير الربحية:

إن عنصر الغاية يقتضي وجود التعاون المشترك بين الأفراد المكونين للجمعية لتسخير معارفهم ووسائلهم لغرض غير مربح، ويتحدد هذا الغرض في القانون الأساسي للجمعية. ولم يشترط أن يكون هدف الجمعية تحقيق منفعة عامة أو الصالح العام فقط، إذ يمكن أن تكون هذه الجمعية تحقيق مصلحة الأعضاء أنفسهم، أو الدفاع عن قضية أو أشخاص، أو تقديم خدمة أو تطوير نشاطات فكرية، ثقافية، حيث يسمح للجمعية باختيار هدفها بكل حرية. ومع ذلك فإن هدفاً واحداً يظل محظوراً يتمثل في اقتسام الأرباح، بل يحظر السعي له أصلاً، ولا يجوز أن تكون أداة للثراء الشخصي لأعضائها، لا أثناء قيام الجمعية أو عند حلها. فلا يمكن للجمعية توزيع الأرباح حتى ولو كانت تجني بعض المنافع المادية التي لها طابع ثانوي بالنظر إلى الغرض الأصلي التي أسست من أجله ولا توزع بين الأشخاص بل ترصد فقط لغرض الجمعية. فأخص ما تتميز به الشركة عن الجمعية هو الرغبة



في تحقيق الربح فالغرض من الشركة غرض مادي بحت (تحقيق الربح). أما الغرض من الجمعية فغير مادي بل أدبي ومعنوي ولا يشترط في مجال التفرقة بين الشركة والجمعية أن يثبت تحقيق الشركة فعلاً لأرباح مادية إذ يكفي في هذا المجال أن يكون الوصف من تكوين الشركة هو السعي إلى تحقيق أرباح مادية<sup>(١)</sup>.

سادساً: الاستمرارية:

فالجمعية تنظم مستمر لمدة معينة أو غير معينة. ويقصد بالاستمرار هنا الاستقرار والثبات، فهي ليست اجتماعاً عارضاً للقيام بمهمة معينة فمثل هذه الاجتماعات الغارضة لا تستأهل إكتساب الشخصية الاعتبارية<sup>(٢)</sup>. علاوة على ذلك، فإن عنصر الاستمرارية يضاف على الجمعية الطابع العضوي، حيث تعد مؤسسة ينتمي إليها الأعضاء بصفة قانونية تحدها القوانين الأساسية والداخلية للجمعية، كما أن الجمعية باقية، حتى في حال غياب أعضائها جماعياً، فالجمعية تجمع دائم حتى في حال تغير الأعضاء يبقى عملها مستمراً، لكن عنصر الاستمرارية يعد نسبياً فقط. فالجمعية يمكن أن توتس لمدة محددة، كما يمكن لأعضائها أن يضعوا حداً لجمعيتهم بمحض إرادتهم طبقاً لأحكام القانون الأساسي للجمعية، كما يمكن أن يطرأ حل الجمعية بواسطة القضاء إذا توافرت الأسباب الموجبة<sup>(٣)</sup>.

ومن ثم يتعين توافر العناصر السابقة وغياب عنصر من هذه العناصر ينزع عن الجمعية الوصف أو التكيف القانوني، ومن ثم فإن الجمعية هي: " اتفاق ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة يتألف من أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتبارية، أو منهما معاً لا يقل عددهم في

(1) انظر المزيد من التفاصيل: د. محمود سمير الشرفاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٦، ص ١٦.

(2) د. فاطمة محمد الرزاز، التنظيم القانوني للجمعيات والمؤسسات الأهلية في مصر (وفقاً لأحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢)، مجلة مصر المعاصرة، يوليو / أكتوبر ٢٠٠٢، العدد ٤٦٧ - ٤٦٨، السنة الثالثة والتسعون، ص ٦٢٥.

(3) د. رحمن محمد، مرجع سابق، ص ٨١-٨٢

جميع الأحوال عن اثنين، وذلك لتسخير معارفهم ووسائلهم لتحقيق  
غرض مشروع غير الحصول على ربح مادي<sup>(١)</sup>.

(1) يبني على هذا التعريف أن الجمعيات تختلف بحسب الغرض من انشائها، إلا أنها لا يمكن أن تتعد من أجل تحقيق أرباح مالية، ويمكن تمييز نوعين منها على درجة كبيرة من الأهمية وهما الأحزاب السياسية والنقابات المهنية:  
أولاً: الأحزاب السياسية: الأحزاب السياسية هي بالفعل من الوسائل المحورية التي يمكن من خلالها أن يشارك الناس في تيسير الشؤون العامة. فالأحزاب تجمعات للمواطنين تهدف إلى غزو السلطة وممارستها بالوسائل المشروعة. ويرى المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات بأن: "الحزب السياسي" يعتبر "جمعية" (أنظر الفقرتان ٥١، ٥٢ من تقرير المقرر الخاص ((A / HRC / 20 / 27)، وإن كانت جمعية متخصصة يجوز أن تنظم من خلال تشريع مستقل، وتخضع لقواعد تختلف عن تلك الجمعيات الأخرى. فالأحزاب السياسية هي منظمات يتم تشكيلها لتنفيذ أهداف معينة، وهي طرح مرشحين للانتخابات بغرض التمثيل في المؤسسات السياسية وممارسة السلطة السياسية على أي مستوى وطني أو محلي. وقد تخضع بالتالي لاشتراطات معينة قد لا تكون ضرورية لمنظمات المجتمع المدني الأخرى. ووفقاً للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فإن " طبيعة الدور الذي تلعبه الأحزاب السياسية، التي هي الهيئات الوحيدة التي يمكن أن تتولي السلطة، أنها تستطيع أيضاً أن تؤثر في كامل نظام الحكم في بلدها. وتختلف الأحزاب السياسية عن غيرها من المنظمات التي تتدخل في الساحة السياسية بما تقدمه من مقترحات لإنشاء نموذج مجتمعي شامل تعرضه على الناخبين وبقدرتها على تنفيذ تلك المقترحات بعد أن تتولي السلطة"، وتمشياً مع ذلك، ينبغي ألا تجبر الجمعيات على أن تسجل نفسها بوصفها أحزاب سياسية وبالعكس، ينبغي ألا يرفض تسجيلها باعتبارها جمعيات لأنها تقوم بما تعتبره السلطات أنشطة "سياسية". وأنه من دواعي القلق البالغ أن مصطلح "سياسي" يفهم في كثير من البلدان تفسيراً فضفاضاً بحيث يشمل جميع أنواع أنشطة الدعوة، والتربية الوطنية، والبحوث، وبصورة أعم، الأنشطة التي ترمي إلى التأثير في السياسة العامة أو الرأي العام. ومن الواضح أن الدافع الوحيد من وراء هذا التفسير هو الحاجة إلى ردع أي شكل من أشكال النقد. وفي هذا الصدد، نعرب عن القلق إزاء حالة حدثت في الاتحاد الروسي، أخضعت فيها منظمة لحقوق الإنسان للتفتيش من مكتب المدعي العام، الذي ادعى أن المنظمة شاركت في "نشاط سياسي" عن طريق التأثير عن قصد في صورة اللجان الانتخابية وغيرها من أجهزة الدولة عن طريق المشاركة في العملية الانتخابية، بعد أن ادعى بعض أعضاء المنظمة بحدوث تجاوزات أثناء الانتخابات التي جريت في كانون الأول / ديسمبر ٢٠١١. وتشدد إلى أن الحق في تكوين الجمعيات هو بحد ذاته حق مدني وسياسي يهدف إلى تيسير المشاركة في جميع عمليات صنع القرارات.

هذا على المستوى المحلي، أما على المستوى الدولي فالجمعيات / المنظمات غير الحكومية الدولية: غالباً ما يتم تحديدها على أنها جمعيات دولية مشكلة من الأشخاص أو المجموعات بشكل

=المتعلقة بالشئون العامة. ويوفر حق تكوين الجمعيات للأفراد فرصاً فريدة للتعبير عن آرائهم السياسية بالمشاركة في أنشطة "سياسية" كثيراً ما تكون هي المنظمات التي تتوخى إخضاع الحكومات للمساءلة، من خلال مبادرات الحكم الرشيدة وسيادة القانون، مثل تدابير مكافحة الفساد، وحملات حقوق الإنسان، والإصلاحات المؤسسية وغيرها من التدابير التي تهدف إلى تعزيز الديمقراطية ومن ثم فإن وسم الجمعيات بأنها "سياسية" والحاقها على هذا الأساس بأحزاب المعارضة أو منعها من العمل، يقصد منه أساسه استكاث الأصوات التي تنتقد السياسات والممارسات الحكومية.

ثانياً: النقابات المهنية: النقابات المهنية جمعيات من نوع خاص يولفها أشخاص يزاولون مهنة واحدة أو مهناً مماثلة أو مرتبطة لتحقيق غاية مهنية تتمثل في دراسة وحماية المصالح الاقتصادية أو الصناعية أو التجارية أو الزراعية. فللقابات خصوصية تميزها عن باقي منظمات المجتمع المدني، ويظهر ذلك جلياً من حيث الأعضاء المكونين لها (تتألف النقابة من العمال الأجراء أو المستخدمين أما الجمعية فتتكون من أشخاص طبيعيين أو اعتباريين)، ومن حيث الهدف الذي تسعى لتحقيقه (فالهدف من وراء النقابات هو حماية مصالح أعضائها فهو يركز على الطابع المهني، أما الهدف من انشاء الجمعية يرجع إلى أغراض اجتماعية أو علمية أو سياسية...). كما أن النقابات لا يمكن أن تضع من بين أهدافها حماية المصالح الخاصة لأعضائها إلا المهنية منها حيث لا يمكنها أن تمارس نشاطها سياسياً أو دينياً، كما تتميز النقابات بفعل ماهيتها المهنية بطابع الاستمرارية والتنامي على عكس الجمعيات التي تنتهي حياتها بانتهاء الغرض الذي وجدت من أجله، أضف إلى ذلك أن شروط العضوية في النقابة مبحورة بالطابع المهني، في حين تختلف شروط العضوية في الجمعية اختلافاً شديداً وتتنوع بحسب الهدف من وجودها. ويتضح مما سبق أن كل نقابة هي في الأصل جمعية أو بمعنى أدق نوع خاص من الجمعيات، ذلك أنه وفقاً للمفهوم السائد في القانون الدولي، فإن معنى حق انشاء الجمعيات ينصرف إلى حق انشاء المنظمات النقابية، كما ينصرف إلى ممارسة الحرية النقابية بمظاهرها المتعددة، بالإضافة إلى أنواع أخرى من الجمعيات. راجع في ذلك: د. بكر القباني، الموظف العام وحرية تكوين الجمعيات والنقابات المهنية، مرجع سابق، ص ١١. د. مصطفى أبو زيد فهمي، النظام السياسي المصري، مرجع سابق، ص ٩٧. تقرير المقرر الخاص بالحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات A / 68 / 209، مرجع سابق، الفقرات (٩-٤٤).

Jean Duffar , " les libertés collectives , libertés et droits Fondamentaux " Montchrestien , paris , 1996 p G 5

حر ودون ايعاز من الحكومات، ويعرفها البعض بأنها: تجمعات أشخاص ليس لها أهداف ربحية لتست بشكل فجائي وحر من قبل الأفراد وهي تعبر عن تضامن وتعاون يتخطى الحدود الوطنية للدول<sup>(١)</sup>.

بينما يعرفها آخرون بأنها (جمعيات دولية لا تمثل فيها الحكومات إنما الأعضاء الأفراد يمثلون هيئة أدبية واجتماعية من دول مختلفة)<sup>(٢)</sup>، وعرفها البعض "بطريق النفي أي عندما لا تكون قد تكونت بالاتفاق فيما بين الحكومات، ولذلك سميت بالمنظمات غير الحكومية أنها تنشأ بين أفراد هيئات خاصة أو عامة من دول مختلفة بغرض زيادة التعاون في المجالات الاجتماعية والعلمية والأدبية والرياضية والدينية والدفاع عن مصالحها ومبادئها على الصعيد الدولي"<sup>(٣)</sup> وقد عرف مجلس أوروبا في الاتفاقية الأوروبية بشأن الاعتراف بالشخصية القانونية للمنظمات غير الحكومية هذه المنظمات كالآتي:  
تعد منظمة دولية غير حكومية تتوفر فيها الشروط التالية:

- ١- أية مؤسسة أو اتحاد أو منظمة لا تستهدف تحقيق الربح من نشاطها.
- ٢- أن يكون هدف هذه المنظمة تحقيق المنفعة الدولية.
- ٣- أن تنشأ بموجب تصرف يخضع للقانون الداخلي لأحد الأطراف.
- ٤- أن تمارس نشاطها بصورة فعلية في دولتين على الأقل.
- ٥- أن يكون للمنظمة مقر في إقليم أحد الأطراف المتعاقدة في هذه الاتفاقية، وأن يكون المقر الرئيسي علي إقليم هذا الطرف، على إقليم طرف آخر.

1 (Daniel colard , les relations internationales , de 7945 A Nos jours , 7è , editions , paris , 1997 , p. 107.

2 د. غازي حسين ضياريني: الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، سنة ١٩٩٢، ص ١٣١. د سعيد سالم جويلي، المنظمات الدولية غير الحكومية في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣، ص ٣٨ وما بعدها.

3 أسناندا الدكتور رياض صالح، النظرية العامة للمنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٩ م، ص ٢٥.

٦- وأن يكون لهذه المنظمة نشاط دولي آخر (١) وتعرف اتفاقية معهد القانون الدولي التي يعود تاريخ إنجازها إلى سنة ١٩٥٠ الجمعيات الدولية على النحو التالي: "تجمعات الأشخاص المشكلة بشكل حر وبمبادرة خاصة ومستقلة، وتمارس نشاط دولياً

يرمي إلى تحقيق المصلحة العامة دون السعي إلى الربح وبمعزل عن كل أشكال دي طبيعة وطنية، وقد أخذت الدعوة لتكوين المنظمة اليونسكو في دورته الحادية عشر والمعدلة في دورته الرابعة عشر ماهية المنظمة غير الحكومية (المادة ١٠٠٠/٢٣١ قراراً) حيث قرر أنه تعتبر منظمة دولية غير حكومية الشكل لمنظمة دولية لم تتخلى عن طريق اتفاق بين الحكومات، وتسمى أهدافها ووظائفها بطابع غير حكومي، وأنظمة تنظيمها كبرى من المجموعات الدولية الأخرى كعضاء منضمين من بلاد متعددة وتتوافرن لها هيئة إدارية تضم لهم موكبوين دولي

وقد أكد راسخان الجمعيات الدولية بوصفها للمنظمات الدولية غير الحكومية، حيث تتطلب مجموعة من الشروط في تلك المنظمات وهي: (أ) أن تستهدف مسائل دولية، أي تهم المجتمع الدولي.

(ب) أن يتكون أعضاؤها من أفراد عاديين أو هيئات خاصة من ثلاث دول على الأقل.

(ج) أن يكون لها بنیان وكيان قانوني يحكم نشاطها وأهدافها وموظفيها وأعضائها.

(د) أن تكون حصيلتها الأساسية من المواد المالية من ثلاث دول على الأقل.

(هـ) أن تستقل في مواجهة أعضائها.

(١) انظر: د سعيد سالم جويلي، المنظمات الدولية غير الحكومية في النظام القانوني الدولي، مرجع سابق، ص ٢٨٧.  
(٢) استاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى أحمد فؤاد، الأمم المتحدة والمنظمات غير الحكومية، بدون طبعة، سنة ٢٠٠٣، ص ٢٢٤.

### المبحث الثالث

### الطبيعة القانونية لتكوين الجمعيات<sup>(٢)</sup>

1) بناء على الشروط الواردة بالمتبين، وفي ضوء تعريف اليونسكو، وشروط اتحاد الجمعيات الدولية يذهب أستاذنا الفقيه الأستاذ الدكتور مصطفى أحمد فؤاد إلى القول " أن اللجنة الدولية الأولمبية منظمة دولية غير حكومية وفقاً لميثاقها تتكون من عدد من الأفراد أو الهيئات الخاصة، من دول متعددة فأعضاؤها من ٧٣ دولة، أي من جنسيات مختلفة، كما تستهدف تحقيق أغراض غير تجارية أو مالية بالدرجة الأولى، بل غرضها الأساسي إسعاد البشرية. ومن جهة أخرى لا يدير شؤون اللجنة أي من حكومات الدولة. كما أنها في علاقات بالمنظمات الدولية الحكومية تبدي النصح والمشورة والسراي الفني في المسائل الرياضية. ومن جهة رابعة فإن ميثاق اللجنة يتشابه إلى حد كبير مع ميثاق المنظمات الحكومية من حيث تعدد الأجهزة. ولا يخفى - بطبيعة الحال - أن موارد اللجنة مستقلة تماماً تدفعها اللجان الوطنية باشتراكات سنوية - بماهة - من أكثر من ثلاث دول. راجع المزيد من التفاصيل أستاذنا الأستاذ الدكتور مصطفى أحمد فؤاد، المرجع السابق، ص ٢٢٤ وما بعدها.

(2) لعل من أصعب الكلمات التي يمكن التعرض لتعريفها وتحديد مدلولها كلمتي: الحق والحرية، فهما من المفاهيم التي تبدو واضحة جلية للوهلة الأولى، بل من أغنى المفاهيم عن التعريف، ولكن ما إن يحاول الباحث وضع تعريف جامع مانع لكل منهما حتى تظهر حالة الغموض والإبهام، ولعل مرد ذلك إلى المدلول العظيم لكل من هاتين الكلمتين، وإلى أن كلا منهما من المفاهيم المتطورة مع الزمن فيختلف الناس في تحديد دلالاتيهما حسب زمانهم ومذاهبهم العقائدية والسياسية. وتجدر الإشارة إلى اختلاف الفقه حول الأساس الذي تقوم عليه التفرقة بين الحرية والحق، وذهبوا مذاهب واتجاهات عديدة، ولكن تنحصر في اتجاهين هم أن من رأى وجود فرق بينهما قد نظر إليهما نظرة فقهية محضة، فكان تعريفه للحق والاباحة من منظور قانوني مدني. أما من خالف ذلك فلم ينظر إليهما من منظور فقهي، وإنما من منظور فكري سياسي.

ووجهة نظر كل من الفريقين في مجاله صائبة، فالحق في مجال المعاملات المدنية فيه ميزة الاستثناء، فيختلف عن الاباحة أو الحرية العامة؛ فمثلاً الملكية حق، أما حرية التملك فاباحة، من أبيض له أن يملك لا يعد بمقتضى هذه الاباحة مالكا، أما في مجال الفكر والسياسية فإن الحق يرتبط بالحرية ارتباطاً وثيقاً لا ينفك عنها، فالحق لا يكون حقاً إلا إذا تضمن حرية التمتع به فالحرية صنو الحق ورفيقه. راجع في شأن التفرقة أستاذنا الأستاذ الدكتور / محمد مرغني خيرى إدريس، نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، سنة ١٩٧٢، ص ٤٧ وما بعدها.

يثار التساؤل هل تكوين الجمعيات حق للإنسان إن شاء أقدم عليه مع الزام الدولة بتمكينه من ذلك، وإن شاء أحجم عنه أيضاً؟ أم أنه لا يتعدى كونه مجرد حرية له إذا شاء أقدم عليه، وإن شاء أحجم عنه، دون أن يترتب التزام على الدولة بتمكينه من ممارسته؟ وفي ضوء ما سوف ننتهي إليه من حيث تحديدنا لطبيعة تكوين الجمعيات (حق أم حرية)، نوضح ما إذا كانت طبيعته طبيعية أم مكتسبة، عالمية أم داخلية، مطلقة أم مقيدة؟ وهذا ما سوف نوضحه فيما يلي: -

تكوين الجمعيات حقاً من حقوق الإنسان فتكيفنا لتكوين الجمعيات أنه حق (يتضمن شقين: الأول: يمثل الجانب الإيجابي لحق تكوين الجمعيات، وهو يتمحور حول قدرة الأفراد على تكوين الجمعية بحرية تامة، أو الانضمام بملء حريته إلى جمعية موجودة مسبقاً مع الزام الدولة بتمكينه من ذلك؛ والشق الثاني يجسد الجانب السلبي الذي يتجلى بالقدرة على رفض الالتحاق بأية جمعية). والشقان السابقان يتساندان فيما بينهما للنطق بحق تكوين الجمعيات. ولا يصح الاكتفاء بشق دون الآخر؛ فمن العناصر المهمة في حق تكوين الجمعيات ما معناه أنه لا يجوز اجبار أي فرد على الانتماء إلى جمعية (كما هو الحال في البرتغال وجمهورية مولدوفا وشيلي وغواتيمالا مثلاً). وعلى الشاكلة نفسها، ينبغي أن تتمتع الجمعيات بحرية اختيار مدى انفتاحها لأي عضوية. وهذا جانب يكتسب أهمية خاصة بالنسبة إلى النقابات أو الأحزاب السياسية لأن التدخل المباشر في عضويتها قد يعرض استقلالها للخطر<sup>(1)</sup>، فالمادة (٢/٢٠) من الإعلان العالمي لحقوق

---

= ولكن للحق ثلاثة مفاهيم: - مفهوم فقهي مدني (القائم على ميزة الاستثناء)، ومفهوم فكري سياسي (الحق والحرية لا يختلفان، بل إنهما وجهان لعملة واحدة)، ومفهوم خاص في إطار حقوق الإنسان (قدرة الشخص على فعل الشيء، إن شاء أقدم عليه، مع الزام الدولة بتمكينه من ذلك، وإن شاء أحجم عنه أيضاً) بعكس الحرية فهي (قدرة الشخص على فعل الشيء، إن شاء أقدم، وإن شاء أحجم على فعله دون التزام الدولة بتمكينه من ذلك). هذا هو جوهر الخلاف من وجهة نظري بين الحق والحرية في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان.

1) ملخص القرارات والمبادئ، مرجع سابق، الفقرة (٧٢٣).

الإنسان نص على أنه: "... لا يجوز إرغام أحد على الانضمام إلى جمعية ما". كما تنص المادة ٥ من إعلان المدافعين عن حقوق الإنسان على أن " لكل شخص بمفرده وبالإشتراك مع غيره، على الصعيدين الوطني والدولي الحق: ...

(ب) في تكوين والانضمام والمشاركة في المنظمات غير الحكومية والجمعيات أو الجماعات". ولم تتطرق المادة ١١ من الاتفاقية الأوروبية إلى الحق في الانسحاب إلى الجمعيات، كما لم تتطرق إلى ذلك بصريح العبارة المادة ١٦ من الاتفاقية الأمريكية في حين أن الفقرة ١٥ من الميثاق الأفريقي كانت واضحة في تأكيد عدم جواز إرغام أحد بالانضمام إلى جمعية ونصت المادة ١١ من إعلان عمان على أن " يتضمن مبدأ حق تكوين الجمعيات حرية الانضمام والانسحاب". وأكد مجلس حقوق الإنسان الدولي في قراره عدد ٢١/١٥ تشرين الأول / أكتوبر ٢٠١٠ من جديد على أن " لكل فرد الحق في حرية التجمع السلمي والتنظيم وفي ألا يجبر على الانضمام إلى أي جمعية". وفي هذه النصوص وغيرها يتضح أن للجمعية الحرية في اختيار أعضائها، ولا يجوز إجبارها على قبول أعضاء مؤسسين جدد، كذلك فإن العضو كامل الحرية في الانسلاخ عنها. والمتطوعون للعمل بها ليسوا بأعضاء لمجرد أنهم قبلوا القيام بأعمال خيرية لصالح الجمعية، بل لا بد أن يعبروا عن إرادتهم الصريحة بالانضمام إلى الجمعية وتقديم طلب ذلك. كذلك الأمر بالنسبة للعاملين بها، حيث أنهم لا ينقلون إلى أعضاء لمجرد الالتحاق بالعمل بها ولعل ذلك المنحني هو ما ورد في توصيات المجلس الأوروبي للدول الأعضاء<sup>(١)</sup>:

١- لا يجوز أن يفرض القانون على أي شخص الانضمام إلى منظمة أهلية، إلا تلك الهيئات أو المنظمات التي يتم تشكيلها وفق القانون لتنظيم مهنة معينة في الدول التي تتعامل مع هذا الكيان باعتبارها منظمة أهلية.

(١) راجع: توصيات المجلس الأوروبي رقم ١٤ (٢٠٠٧)، مرجع سابق، التوصيات (٢١-٢٥).



٢- لا يجوز أن يقيد القانون - دون داع - انضمام أي شخص، سواء بصفته الاعتبارية أو الطبيعية، وسواء كان وطنياً أو أجنبياً، إلى منظمات أهلية قائمة على العضوية، ويجب أن يترك تحديد ذلك بشكل رئيسي للنظام الأساسي للمنظمات الأهلية المعنية، ويكون ذلك التقيد على أساس كفي عرضه للخطر.

٣- يجب حماية أعضاء الجمعيات الأهلية من التجريد من العضوية خلافاً لأنظمتها الأساسية.

٤- لا يجوز أن يكون الأشخاص المنتمون إلى منطقة أهلية عرضة لأية عقوبات بسبب عضويتهم. غير أن ذلك لا يحول دون اعتبار العضوية متضاربة مع منصب أو وظيفة معينة.

٥- يجب أن تتمتع المنظمات الأهلية القائمة على العضوية بحرية السماح لغير الأعضاء بالمشاركة في أنشطتها. وتعكس طبيعة حق تكوين الجمعيات تمتعه بعدة خصائص: -  
أولاً - حق تكوين الجمعيات حق طبيعي:

حق تكوين الجمعيات من الحقوق الصيقة بالإنسان، فيولد بها الإنسان ويتصل هذا الحق بإنسانية الإنسان وجوداً وهدماً، ولا يمكن لأي تشريع أن يجرده منه لأنه جزء من حرية الشخصية. وبالتالي فإن حق تكوين الجمعيات ليس حقاً مكتسباً؛ لأن القول بذلك يعني أن الفرد يتمتع بهذا الحق ما دام القانون يخوله ذلك، أما عندما يسلب منه القانون هذا الحق فإنه بالتبعية لن يستطيع التمتع به، ولكن هذا القول هل يطابق العقل أو يخالف العقل والمنطق؟

إن المنطق والعقل يرفض هذا القول، كما أن الواقع يقول بغير ذلك؛ فالكل يدرك بالوجدان أن الإنسان دائماً في حاجة إلى أن يتمتع بحقه في تكوين الجمعيات للتعبير عن آرائه وأفكاره ومبادئه، إذن حق تكوين الجمعيات يعد، دون شك، حقاً طبيعياً، وليس مكتسباً يدور مع الإنسان وجوداً وهدماً، وليس للقوانين دور سوى حمايته وكفالة تطبيقه وتنظيمه. وفي ذلك ذهب المحكمة الدستورية الكويتية إلى "وحيث إنه متى كان ما تقدم جميعه، وكان الأصل أن حريات وحقوق الإنسان لا يستقل أي مشروع بانشائها، بل إنه فيما يضعه من قواعد في شأنها أن

يكون كاشفاً عن حقوق طبيعية أصلية، ولا ريب في أن الناس أحرار بالفطرة، ولهم آرائهم وأفكارهم، وهم أحرار في الغدو والرواح، فرادى أو مجتمعين، وفي التفرق والتجمع مهما كان عددهم مادام يعملهم لا يضر بالآخرين، وقد غدت حريات وحقوق الإنسان جزءاً من الضمير العالمي واستقرت في الوجدان الإنساني، وحرصت النظم الديمقراطية على حمايتها وتوفير ضماناتها، كما درجت الدساتير على إيرادها ضمن نصوصها تبصيراً للناس بها، ويكون ذلك قيدياً على المشرع لا يتعداه فيما ينسب من أحكام، وقد تطورت هذه الحريات فأصبحت نظاماً اجتماعياً، وحقاً للأفراد ضرورياً للمجتمعات المدنية، ولا يجوز التفريط فيه أو التضحية به إلا فيما تمليه موجبات الضرورة ومقتضيات الصالح المشترك للمجتمع<sup>(١)</sup>.

**ثانياً - حق تكوين الجمعيات حق عالمي:**

حق تكوين الجمعيات حقاً عالمياً تهتم به الجماعة الدولية كلها، ويتطلب تعاوناً كاملاً من الدول والحكومات من أجل الدفاع عنه، وبناء عليه صار هناك التزام دولي باحترام حق تكوين الجمعيات، فهذا الالتزام يعد طبيعياً وعالمياً بالتبعية لا يتوقف الوفاء به على مدى مساهمة كل دولة في القوانين الداخلية؛ لأن القول بغير ذلك يفتح الباب أمام كل دولة للتدخل من تنفيذ التزامها الدولي في هذا الشأن، والالتزام باحترام حق تكوين الجمعيات يعد التزاماً قانونياً يستند إلى مصادر قانونية واضحة ومحددة تتركز أصلاً عاماً، في الاتفاقيات الدولية العالمية والإقليمية المتعددة (كما هو الحال في ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وإعلان الأمم المتحدة في الحق في التنمية وإعلان فيينا وبرنامج العمل، وإعلان فيلنيوس على

(١) انظر: حكم المحكمة الدستورية الكويتية - في الدعوى رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ "دستوري" بجلسة ٣ من ربيع الآخر ١٤٢٧ هـ الموافق الأول من مايو ٢٠٠٦، المنشور في الجريدة الرسمية لدولة الكويت "الكويت اليوم" - العدد ٦٧٦ - السنة الثانية والخمسون - الأحد ٩ ربيع الآخر ١٤٢٧ هـ الموافق ٧ مايو ٢٠٠٦ م ص (١).

سبيل المثال<sup>(١)</sup>؛ وفي ضوء هذه المجموعة من القوانين الدولية وغيرها فلسنا بصدد التزام أخلاقي، وإنما بصدد التزام قانوني يترتب على تخلف الوفاء به من قبل الدولة قيام مسؤوليتها الدولية والمسئولية تكون تجاه المجتمع الدولي الذي يملك من الوسائل التي تمكنه من رقابة سلوك الدول في هذا الشأن، وذلك على الرغم من التحديات التي تواجهه إذ يمارس تلك الرقابة<sup>(٢)</sup>. والالتزام الدولية ازاء حق تكوين الجمعيات التزام بتحقيق غاية وليس مجرد التزام ببذل عناية وتؤدي الدولة هذا الالتزام بصورة غير مباشرة (بمعنى أن الدولة تلتزم فقط

www

1) ميثاق الأمم المتحدة، المادة ٥٥: أن الأمم المتحدة تعمل على احترام ومراعاة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع دون تمييز على أساس العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين - المادة ٥٦: يتعهد جميع الأعضاء باتخاذ اجراءات مشتركة ومنفصلة بالتعاون مع المنظمات لتحقيق هذه المقاصد المنصوص عليها في المادة ٥٥. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الديباجة السادسة: "بينما تعهدت الدول الأعضاء، بالتعاون مع الأمم المتحدة، بتحقيق تعزيز الاحترام الدولي والمراعاة لحقوق الإنسان والحريات الأساسية...". الميثاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية المادة: (١) تتعهد كل دولة طرف في هذا الميثاق الحالي باحترام وكفالة الحقوق المعترف بها في هذا الميثاق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والخاضعين لولايتها دون تمييز من أي نوع... تتعهد كل دولة طرف أن تتخذ ما يلزم من خطوات... وتعتمد قوانين أو تدابير أخرى قد تكون ضرورية لانقاذ الحقوق المعترف بها في هذا الميثاق. اعلان الأمم المتحدة في الحق في التنمية (١)، المادة ٦ :- على جميع الدول أن تتعاون مع أي جهة لدعم وتشجيع وتعزيز الاحترام الدولي والمراعاة لجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع... اعلان فينيا وبرنامج العمل (٢) :- حقوق الإنسان والحريات الأساسية هي حقوق طبيعية يكتسبها جميع البشر. وإن حمايتها وتعزيزها هما المسؤولية الأولى للحكومات. اعلان فيلبنوس لمجتمع الديمقراطيات لسنة ٢٠١١: التأكيد على أن البيئة القانونية الممكنة للجميع المدني هي مكون أساسي من مكونات الديمقراطية المستدامة والتشديد على أهمية الدعم المستمر للجميع المدني والمنظمات غير الحكومية وجهودهم لممارسة حرية التعبير والتنظيم والتجمع وتعزيزها... ندين القمع المتواصل لنشطاء المجتمع المدني في بلدان كثيرة حول العالم وتعارض بشدة التدابير التسلطية ضد المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية. ندعم بشدة تعزيز حقوق كل الأفراد، بمن في ذلك أعضاء المجتمع المدني، في حرية التعبير والتجمع والتنظيم.

(٢) د. إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٧، ص ٢١ - ٢٢.

باتخاذ موقف سلبي تجاهها يتخلص في انتاعها عن عرقلة الأفراد عن التمتع بهذا الحق والامتناع عما يؤدي إلى الاعتداء عليه، وبطريقة مباشرة (أي من ضمان احترام حق تكوين الجمعيات من خلال تحمل الدولة بالتزامات إيجابية نحو تمكين الفرد من التمتع الفعلي بممارسة حق تكوين الجمعيات) (١).

ثالثاً - حق تكوين الجمعيات حقٌ مقيدٌ (٢): الحق في تكوين الجمعيات ليس من الحقوق المضمونة بشكل مطلق ويمكن إخضاعه لقيود مفصلة بشكل ضيق ولكن يجب أن تظل القيود هي الاستثناء وليس الأصل (إحالة) (٣).

## المبحث الرابع

### المصادر الدولية للحق في تكوين الجمعيات

الفرق بين المصدر والأساس: قبل أن نتناول المصادر القانونية للحق في تكوين الجمعيات لابد من اللقاء بعض الضوء على التفرقة الدقيقة بين مفهومي المصدر والأساس. ذلك أن الخلط بينهما من شأنه

(1) راجع لمزيد من التفاصيل: المستشار الدكتور خيرى أحمد الكباش، دراسة في أصول الحماية القانونية لحقوق الإنسان، بدون تاريخ نشر، بدون طبعة، ص ١٣١ وما بعدها.

(2) هناك حقوق مطلقة لا يمكن للدول أن تتصل من التقيدها، ولا يمكن الحد منها بأي شكل. وهذه الحقوق المطلقة هي: الحق في عدم التعرض للتعذيب أو سوء المعاملة والحق في عدم التعرض للعبودية والحق في حرية الفكر والوجدان، ورغم أن الحق في الحياة هو من الحقوق التي لا يجوز عدم التقيدها فيها، فإنه ليس حقاً مطلقاً، إذ أن موظفي الدولة قد يلجئون في ظروف بعينها إلى استخدام القوة المميتة. أما الحق في عدم التعرض للقتل بطريقة تعسفية فهو حق مطلق. وبالمثل فإن الحق في الحرية الشخصية ليس حقاً مطلقاً؛ حيث تسمح بعض بنود المعاهدات بالحرمان من الحرية بشكل قانوني، إلا أن الحق في عدم الاعتقال أو الاحتجاز التعسفيين هو حق مطلق. وهناك حق مطلق آخر مذكور ضمناً في جميع مواثيق حقوق الإنسان، وهو أنه لا يجوز للدولة أن تعامل الأشخاص المختلفين بطريقة مختلفة في ظل الظروف نفسها، وهذا الحق وارد ضمناً في جميع مواثيق حقوق الإنسان. فهم العمل الشرطي، دليل لنشطاء حقوق الإنسان (أنكي أوسى)، من منشورات منظمة العفو الدولية (الفرع الهولندي)، سنة ٢٠٠٧، ص ٧٤.

(٣) أنظر لاحقاً، الفصل الثاني من هذا البحث.

اضفاء الغموض على كل منهما سيما وأن جانباً من فقه القانون الدولي العام يتجه إلى دراسة الفكرتين وكأنهما أمر واحد، ولذا يذهب بعضهم إلى القول بأن للمصدر معينين، أساس الالتزام والدليل المثبت. كما ينحو البعض الآخر إلى استخدام اصطلاحات السبب والأساس والمصدر وكأنها مترادفات<sup>(١)</sup>.

"والمصدر Source" هو أصل الكلمة التي تصدر عنها صوارد الأفعال<sup>(٢)</sup>، ولذلك يتصرف مفهوم المصدر لغوياً إلى المنبع وما يصدر عنه الشيء، والمصدر قانوناً هو الوسيلة لخلق قاعدة قانونية أو التزام قانوني. فالمصدر إذن المنبع أو أصل الميلاد، أي أنه هو الاجابة عن السؤال من أين؟ ولذلك نقول إن مصادر القانون الداخلي هي التشريع والعرف... الخ، وأن مصادر القانون الدولي هي المعاهدات والعرف... الخ.

أما الأساس "Base - Fondement" لغة فيعني أصل البناء وجمعه أسس، حيث نقول أسس تأسيساً أي جعل له أساساً. وقانوناً يطلق الأساس على المبادئ أو القيم التي يرتكز عليها التصرف، أي أنه هو الاجابة عن السؤال لماذا؟. ولذلك نقول إن أساس حق التمثيل الدبلوماسي هو مبدأ سيادة الدولة، وأن أساس التمتع بالمزايا والحضانات الدبلوماسية هو نظرية مقتضيات الوظيفة أو نظرية الصفة التمثيلية... الخ، وعلى ذلك فالأساس لا يخلق القاعدة القانونية وإنما المصدر هو الخالق لها.

وبهذا المفهوم يختلف المصدر والأساس بدورهما عن السبب، حيث أن "السبب cause" لغة، وجمعه أسباب، هو كل شيء يتوصل به إلى الشيء فهو سببه<sup>(٣)</sup> (٣) واصطلاحاً يختلف المعنى باختلاف

- 1) من الشراح القلائل الذين اهتموا بتوضيح هذه التفرقة نجد أستاذنا الأستاذ الدكتور / مصطفى أحمد فؤاد. راجع لسيادته النظرية العامة للتصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ١٤٩ وما بعدها. القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٧٧ وما بعدها.
- 2) لسان العرب لابن منظور، الجزء الرابع، دار المعارف، ص ١٤١٣.
- 3) لسان العرب لابن منظور، الجزء الثالث، دار المعارف، ص ١٩١٠.

أنواع السبب، فهناك السبب المنشئ والسبب القسدي والسبب الدافع،  
والسبب المباشر والسبب غير المباشر.... الخ.  
أما عن مصادر الحق في تكوين الجمعيات:

المعروف أن مصادر القانون الدولي المنصوص عليها في  
المادة ١/٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية هي: المعاهدات  
والعرف والمبادئ العامة للقانون كمصادر أصلية، والفقه والقضاء  
كمصادر احتياطية أو تفسيرية. ولما كان النظام الأساسي لمحكمة  
العدل الدولي الدائمة التي كانت تعمل في إطار عصبة الأمم، والذي  
وضع عام ١٩٢٠، أي في الوقت الذي لم تكن فيه نظرية المنظمات  
الدولية قد تكونت واكتملت بالشكل التي هي عليه الآن، لذلك فقد  
أضاف غالبية الشراح مصدر أصلياً رابعاً إلى مصادر القانون الدولي،  
وهذا المصدر ناتج عن تصرفات المنظمات الدولية، ألا وهو قرارات  
المنظمات الدولية<sup>(١)</sup>.

ودون الدخول في تفاصيل حول مدى اعتبار قرارات المنظمات  
الدولية مصدراً من مصادر القانون الدولي، فإن الأمر مستقر على أنه  
ليست كل قرارات المنظمات الدولية مصدر قواعد القانون الدولي. وإنما  
منها ما يحمل خصائص وسمات القاعدة القانونية الدولية، أي القرارات  
اللائحية والتشريعية أو الشبه تشريعية الصادرة عن أجهزة المنظمات  
الدولية. وعلى ذلك فإن مصادر القانون الدولي العام الأصلية. وفقاً  
للرأي الراجح هي المعاهدات والعرف والمبادئ العامة للقانون،  
قرارات المنظمات الدولية<sup>(٢)</sup>.

وإذا عدنا للبحث عن مصادر الحق في تكوين الجمعيات، في  
ضوء ذلك فإننا يجب أن نبحث عن الموثيق القانونية الدولية التي  
نصت أو أشارت إلى هذا الحق وذلك في المصادر الأربعة السابقة

- 
- 1 (د. جعفر عبد السلام، القانون الدولي لحقوق الإنسان "دراسات في القانون  
الدولي والشريعة الإسلامية"، دار الكتاب المصري، "القاهرة"، الطبعة  
الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٩ م، ص ٧٣ وما بعدها.
  - 2 (الدكتور رياض صالح أبو العطاء، الحقوق الجماعية، دار النهضة العربية،  
٢٠٠٧، ص ٧٥.

## ١-فالنسبة للمعاهدات:

نجد أن المنظمات الدولية قد لعبت دوراً فعالاً في مجال ترسيخ وإقرار الحق في تكوين الجمعيات، وذلك من الناحية القاعدية، أي عن طريق العديد من الأعمال القانونية التي تتضمن تنظيمياً للحق في تكوين الجمعيات وكيفية المحافظة عليها، ثم عرض هذه التصرفات القانونية على الدول لإقرارها والتصديق عليها.

كذلك تم النص على حق تكوين الجمعيات في المعاهدات والمواثيق الرئيسية، حيث جاءت ديباجة دستور معاهدة انشاء منظمة العمل الدولية تنص على هذا الحق (سبق الإشارة إليه) وجاء ميثاق الأمم المتحدة ليؤكد هذا الحق فنصت المادة ٧١ منه على ما يلي: " للمجلس الاقتصادي والاجتماعي أن يجري الترتيبات المناسبة مع الهيئات غير الحكومية التي تعني بالمسائل الداخلية في اختصاصه ". وجاء في الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية (١) في المادة الحادية والعشرين ما يلي: " يعترف بالحق في التجمع السلمي ولا يجوز وضع القيود على ممارسة هذا الحق غير ما يفرض منها تماشياً مع القانون، والتي تستوجبها، في مجتمع ديمقراطي، مصلحة الأمن الوطني أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الأخلاق أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم ". كما أن، الاتفاقية نفسها نصت في المادة الثانية والعشرين على أنه: " لكل فرد الحق في حرية المشاركة مع الآخرين بما في ذلك حق تشكيل النقابات أو الانضمام إليها لحماية مصالحه. ولا يجوز وضع القيود على ممارسة هذا الحق غير تلك المنصوص عليها في القانون، والتي تستوجبها، في مجتمع ديمقراطي، مصالح الأمن الوطني أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الأخلاق أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم...". ومن ناحية ثانية نصت الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، في المادة الثامنة منها على ما يلي:

1) اعتيد وفتح باب التوقيع والتصديق عليه والانضمام اليه بقرار الجمعية ال عامة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ ١٦ كانون الأول ا ديسمبر ١٩٦٦. تاريخ بدء النفاذ: ٢٣ آذار امارس ١٩٧٦، وفقا لأحكام ال مادة ٤٩.

١- تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية بأن تكفل حق كل شخص في تكوين النقابات بالاشتراك مع آخرين وفي الانضمام إلى النقابة التي يختارها دونما قيد سوي قواعد المنظمة المعنية، على قصد تعزيز مصالحه الاقتصادية والاجتماعية وحمايتها ولا يجوز اخضاع ممارسة هذا الحق لأي قيود غير تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو النظام العام أو لحماية حقوق الآخرين وحررياتهم. حق النقابات في انشاء اتحادات أو اتحادات تحالفية قومية، وحق هذه الاتحادات في تكوين منظمات نقابية دولية أو الانضمام إليها.

٢- لا تحول هذه المادة دون اخضاع أفراد القوات المسلحة أو رجال الشرطة أو موظفي الادارات القانونية لقيود قانونية على ممارستهم لهذه الحقوق.

٣- ليس في هذه المادة أي حكم يجيز للدول الأطراف في اتفاقية منظمة العمل الدولية المعقودة ١٩٤٨ بشأن الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي اتخاذ تدابير تشريعية من شأنها، أو تطبيق القانون بطريقة من شأنها، أن تخل بالضمانات المنصوص عليها في تلك الاتفاقية. وليس في هذه المادة ما يخول الدول الأطراف في اتفاقية منظمة العمل الدولية لعام ١٩٤٨ بشأن حرية المشاركة وحماية الحق في التنظيم " اتخاذ الاجراءات التشريعية التي من شأنها الاضرار بالضمانات المنصوص عليها في ذلك الاتفاق أو تطبيق القانون بشكل يؤدي إلى الاضرار بتلك الضمانات " .

أما فيما يختص بالأحزاب السياسية والحق في انشائها والانضمام إليها، فيمكن العودة إلى نص المادة الخامسة والعشرين التي جاء فيها أنه: " لكل مواطن الحق والفرصة دون أي تمييز ودون قيود غير معقولة في أن يشارك في سير الحياة العامة أما مباشرة أو عن طريق ممثلين مختارين بحرية. أن ينتخب وأن ينتخب في انتخابات دورية أصلية وعامة وعلي أساس من المساواة، على أن تتم الانتخابات بطريق الاقتراع وأن تضمن التعبير الحر عن ارادة الناخبين" (١).

(1) اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠٠ ألف (٣-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون / ديسمبر لسنة ١٩٦٦ -تاريخ بدء النفاذ: ٢٣ آذار (١) مارس ١٩٧٦، وفقا لأحكام المادة=



إضافة إلى ذلك، نصت الاتفاقية الدولية رقم ٨٧ لسنة ١٩٤٨ بشأن الحرية النقابية وحق التنظيم على أن تتعهد كل دولة عضو في منظمة العمل الدولية تسري عليها هذه الاتفاقية بانفاذ الأحكام التالية:

للعمال وأصحاب العمل - دون تمييز - الحق دون ترخيص سابق في تكوين منظمات يختارونها، وكذلك الحق في الانضمام إليها، بشرط التقيد بلوائح هذه المنظمات. (المادة ٢)

منظمات العمل ومنظمات أصحاب العمل الحق في وضع دساتيرها ولوائحها الإدارية، وفي انتخاب ممثلها بحرية كاملة، وفي تنظيم إدارتها ونشاطها، وفي إعداد برامج عملها. تمتنع السلطات العامة عن أي تدخل من شأنه أن تقيد هذا الحق وأن يعوق ممارسته المشروعة. (المادة ٣)

لا يجوز للسلطة الإدارية حل منظمات العمال ومنظمات أصحاب العمل أو وقف نشاطها (المادة ٤).

- لمنظمات العمل ومنظمات أصحاب العمل الحق في تكوين اتحادات واتحادات عامة وفي الانضمام إليها، ولأي من هذه المنظمات أو الاتحادات أو الاتحادات العامة الحق في الانضمام إلى منظمات دولية للعمال ولأصحاب العمال (المادة ٥).

- لا يخضع اكتساب منظمات العمل ومنظمات أصحاب العمل واتحاداتهم العامة الشخصية الاعتبارية لشروط من شأنها أن تقيد تطبيق أحكام المواد ٢، ٣، ٤ من هذه الاتفاقية (المادة ٧).

- يحترم العمال وأصحاب العمل ومنظمات كل منهم قانون البلاد، ولا يجوز أن ينطوي هذا القانون في حد ذاته على مساس

---

٤٩= وقعت مصر على هذا العهد في ٤/٨/١٩٦٧. وصادقت عليه في ٩/١٢/١٩٨١، ونشر بالجريدة الرسمية في العدد رقم ١٥ الصادر في ١٥/٤/١٩٨٢ وأصبح جزءاً من النظام القانوني المصري ابتداء من اليوم التالي لتاريخ نشره.

بالضمانات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وأن يطبق بطريقة فيها مساس بهذه الضمانات (المادة ٨).

- تتعهد كل دولة عضو في منظمة العمل الدولية تسري فيها الاتفاقية باتخاذ كل التدابير اللازمة والمناسبة لضمان ممارسة العمال وأصحاب العمل حقهم في التنظيم بحرية (المادة ١)

- هذا الحق متضمن كذلك في العديد من المعاهدات الدولية العالمية الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان (٢).

وهذا وقد تناولت الاتفاقيات الإقليمية حق تكوين الجمعيات والأحزاب والنقابات وفي طليعة هذه الاتفاقيات الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد جاء في المادة الحادية عشر منها أن:

١- لكل إنسان الحق في حرية الاجتماعات السلمية وحرية تكوين الجمعيات مع آخرين. بما في ذلك حق الاشتراك في الاتحادات التجارية لحماية مصالحه.

٢- لا تخضع ممارسة هذه الحقوق لقيود أخرى غير تلك المحددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الجماهير وحفظ النظام ومنع الجريمة وحماية الصحة والآداب أو حماية حقوق الآخرين وحياتهم. ولا تمنع هذه المادة من فرض قيود قانونية على ممارسة رجال القوات المسلحة أو الشرطة أو الإدارة في الدولة لهذه الحقوق (٣).

---

١ (الاتفاقية (رقم ٨٧) الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في ٩ تموز / يوليو ١٩٤٨ في دورته الحادية والثلاثين. تاريخ بدء النفاذ: ٤ تموز / يوليو ١٩٥٠ وفقا لأحكام المادة ١٥٠.

٢ (المادة الخامسة من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري والمادة السابعة من اتفاقية إلغاء كافة أشكال التمييز ضد المرأة. واتفاقية حقوق الطفل المادة الخامسة عشرة.

٣ (اعتمدت منظمة مجلس أوروبا بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تم التوقيع عليها في مدينة روما بتاريخ ١١/٤/١٩٥٠ ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ ٣/٩/١٩٥٣، مضافا إليها ١٤ بروتوكولا ودخلت حيز التنفيذ. ولقد أصبحت الاتفاقية الأوروبية والبروتوكولات الملحقة بها ملزمة لجميع الدول الأعضاء في مجلس أوروبا، حيث تخضع حقوق الإنسان والحريات الواردة بها إلى ضمانات جماعية تباشر تحت رقابة دولية.

كذلك تضمنت الاتفاقية الأمريكية ما يؤكد هذا الحق من خلال المادة ١٦ التي نصت على: " لكل شخص حق التجمع وتكوين الجمعيات مع آخرين لغايات أيديولوجية أو دينية أو سياسية أو اقتصادية أو عمالية أو اجتماعية أو ثقافية أو رياضية أو سواها....." (١) . بدوره الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب نص على الحق في تكوين الجمعيات من خلال المادتين ١٠، ١١، حيث نصت المادة ١٠ البند (١) على " يحق لكل إنسان أن يكون بحرية جمعيات مع آخرين شريطة أن يلزم بالأحكام التي حددها القانون " ونصت المادة ١١ على: " يحق لكل إنسان أن يجتمع مع آخرين ولا يحد ممارسة هذا الحق إلا شرط واحد ألا وهو القيود الضرورية التي يحددها القوانين واللوائح....." (٢).

وعلى الصعيد العربي، تضمن الميثاق العربي في المادة ٢٤ منه ما يؤكد هذا الحق حيث جاء في الفقرتين ٥، ٦ منها ما يلي:  
" حرية تكوين الجمعيات مع الآخرين والانضمام إليها " و  
" حرية الاجتماع وحرية التجمع بصورة سلمية " (٣).  
ب- أما بالنسبة للعرف والمبادئ العامة للقانون وقرارات المنظمات الدولية:

فقد أكدت القرارات والإعلانات والتوصيات الصادرة عن أجهزة المنظمات الدولية، وعلي رأسها قرارات وإعلانات الجمعية الدولية للأمم المتحدة على حق تكوين الجمعيات، مثال ذلك، الاعلان

- 1 ) اعتمدت منظمة الدول الأمريكية، هذه الاتفاقية، وتم التوقيع عليها في مدينة (سان خوسيه) بجمهورية كوستاريكا بتاريخ ٢٢/١١/١٩٦٩، ودخلت حيز التنفيذ في ١٨/٧/١٩٧٨.
- 2 ) صدر الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب عن الدورة الثامنة عشر لمؤتمر القمة الأفريقية في ينوبي بكنيا عام ١٩٨١ وتكون هذا الميثاق من ديباجة وثمان وستين مادة موزعة على ثلاثة أجزاء.
- 3 ) صدر الميثاق العربي لحقوق الإنسان عن مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة في الدورة العادية السادسة عشر بتونس عام ٢٠٠٤ ويتكون هذا الميثاق من ديباجة وثلاث وخمسين مادة ويدخل هذا الميثاق حيز النفاذ وفقاً لنص المادة ٤٩ (٢) بعد شهرين من تاريخ ايداع وثيقة التصديق السابعة لدى الأمانة العامة لجامعة الدول العربية.

العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية الدولية للأمم المتحدة عام ١٩٤٨ ونصت المادة ٢٠ منه على حق الإنسان في تكوين الجمعيات بقولها: " لكل شخص الحق في حرية الاشتراك في الجمعيات والجماعات السلمية ولا يجوز إرغام أحد على الانضمام إلى جمعية ما " (١) وقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٤٤/٥٣ بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٩٨ الخاص بحق ومسئولية الأفراد والجماعات وهيئات المجتمع في تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المعترف بها عالمياً. ونصت المادة الخامسة من ذلك القرار على أنه: " لغرض تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، يكون لكل شخص الحق بمفرده وبلاشتراك مع غيره على الصعيدين الوطني والدولي في:

- أ- الالتقاء أو التجمع سلمياً.
- ب- تشكيل منظمات أو جمعيات أو رابطات والانضمام إليها والاشتراك فيها.
- د- الاتصال بالمنظمات غير الحكومية أو بالمنظمات الحقوقية الدولية (٢).

وقد أقر المجلس الدولي لحقوق الإنسان في قراره رقم ٢١/١٥ (١٠ تشرين الأول / أكتوبر ٢٠١٠) بأن: " الحق في التجمع السلمي والتنظيم من بين أهم دعائم الديمقراطية، وذلك أنه يوفر للفرد فرصة ذهبية لتحقيق عدد من الغايات، من بينها التعبير عن رأيه السياسي، والانخراط في المجالات الأدبية والثقافية والاقتصادية والاجتماعية واعتناق المعتقدات الدينية والقيام بالشعائر وتشكيل النقابات والتعاونيات

---

١) اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٧ ألف (د-٣) المؤرخ في ١٠ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٨.  
٢) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٤٤ / ٥٣ بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٩٨ والمتعلق بحق ومسئولية الأفراد والجماعات وهيئات المجتمع في تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المعترف بها علمياً والمعروف باعلان المدافعين عن حقوق الإنسان.

والانضمام إليها، وانتخاب القادة الذين يمثلونهم واخضاعهم للمساءلة<sup>(١)</sup>.

وجدد المجلس الدولي لحقوق الإنسان التزامه بتعزيز وحماية الحق في تكوين الجمعيات، باعتماد العديد من القرارات من بينها (القرار ١٢/١٦، ٢٥ / ٣٨، ١٩، ٣٥، ٢٤ / ٥)<sup>(٢)</sup> الذي جاء فيها ضمن أمور أخرى، أنه

\* (سلم) بأهمية حق التجمع السلمي وتكوين الجمعيات، فضلاً عن أهمية المجتمع المدني، بالنسبة للحكومة الرشيدة التي لا غنى عنها في بناء مجتمعات يعمها السلام والرخاء والديمقراطية والتي تتحقق من خلال الشفافية والمساءلة في جملة أمور أخرى.

\* (وأعلن) أنه يدرك ما لمشاركة المجتمع المدني Civil society النشطة من أهمية بالغة في عمليات الإدارة التي تؤثر في حياة الناس..

\* (وأعرب) عن قلقه إزاء انتهاكات الحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات.

\* (وشدد) على ما للحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات من دور حاسم بالنسبة للمجتمع المدني.

---

١) قرار اعتمده مجلس حقوق الإنسان رقم ٢١/١٥، بشأن الحق في حرية التجمع السلمي وفي تكوين الجمعيات، الدورة الخامسة عشرة، بتاريخ ٦ أكتوبر ٢٠١٠. A / HRC RES / 21

٢) انظر: قرار اعتمد مجلس حقوق الإنسان رقم ١٢/١٦ بشأن الحق في حرية التجمع السلمي في تكوين الجمعيات، الدورة الحادية والعشرون، A / HRC RES / 21/16.

- قرار اعتمده مجلس حقوق الإنسان رقم ٣٥/١٩ بشأن تعزيز وحماية حقوق الإنسان في سياق الاحتجاجات السلمية، الدورة التاسعة عشرة، بتاريخ ٨ أبريل ٢٠١٢. A / HRC / RES / 19/35

- قرار اعتمده مجلس حقوق الإنسان ٣٨/٢٥ بشأن تعزيز وحماية حقوق الإنسان في سياق الاحتجاجات السلمية، الدورة الخامسة والعشرون، بتاريخ ١١ أبريل ٢٠١٤. A / HRC / RES / 25/38

- قرار اعتمده مجلس حقوق الإنسان رقم ٥/٢٤ بشأن الحق في حرية التجمع السلمي وفي تكوين الجمعيات، الدورة الرابعة والعشرين، بتاريخ ٨ أكتوبر ٢٠١٣. A / HRC / RES / 24/5

\* (وسلم) بأن المجتمع المدني يبسر تحقيق مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها.

\* (وشدد) على أن احترام الحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات فيما يتعلق بالمجتمع المدني، يسهم في مواجهة التحديات والمسائل التي تهم المجتمع والتغلب عليها، مثل البيئة والتنمية المستدامة، ومنع الجريمة، والاتجار بالبشر، وتمكين المرأة، والعدالة الاجتماعية، وحماية المستهلك، واعمال حقوق الإنسان كافة.

### المبحث الخامس

#### علاقة الحق في تكوين الجمعيات بغيره من الحقوق والحريات

ينثار التساؤل عن موقع وعلاقة حق تكوين الجمعيات بغيره من الحقوق والحريات. غير أنه يمكن أن نرد أو نلحق حق تكوين الجمعيات بحرية الرأي والتعبير وبحق التجمع السلمي وبحق المشاركة في تسيير الشؤون العامة، وهذا ما ستوضحه فيما يلي:

أولاً: الحق في تكوين الجمعيات وحرية الرأي والتعبير:

تنص المادة ١٩ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن " لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأبناء والأفكار، وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود". والمستفاد من استقراء نص المادة اختلاف الأشكال والطرق التي يتم من خلالها التعبير عن الرأي، فلا تقتصر حرية الرأي والتعبير على الكلام فقط، وإنما هناك أشكال وطرق أخرى يستطيع الفرد أو الجماعة التعبير من خلالها عن آرائهم لا تقل أهميتها عن الطريقة الأكثر شيوعاً وهي الكلام، ألا وهي الكلام الرمزي. وليست من أشكال التعبير الوسائل التي يتم فيها عرض الكلام؛ كالصحف أو المجلات أو المواقع الإلكترونية، فهذه الوسائل ليست شكلاً من أشكال حرية الرأي والتعبير بحد ذاتها، إذ تعد وسائل ناقلة لأشكال حرية الرأي والتعبير؛ وبالتالي تنقسم أشكال حرية الرأي والتعبير قسمين رئيسين؛ هما الكلام المجرد

والكلام الرمزي "الكلام المتلازم مع سلوك"<sup>(1)</sup>، والكلام المجرد هو أي كلام يشتمل على فكرة معينة يتم إيصالها للجمهور بكافة الوسائل المتاحة كالنقد مع الآخرين أو الكتابة أو من خلال التلفاز والإذاعة أو الإنترنت، فالكلام المجرد هو التعبير الذي لا يلزمه سلوك، والذي ليس له إلا أثر واحد هو فقط التعبير عن الفكرة. أما الكلام الرمزي "الكلام المتلازم مع سلوك" هو الذي يلزمه سلوك، ولا يقتصر فقط على التعبير عن فكرة معينة، ومثاله التجمع والتظاهر للتعبير عن فكرة معينة.

ومن ثم فإن هناك اتصالاً وثيقاً بين حرية الرأي والتعبير، وحق تكوين الجمعيات، فالجمعيات هي الأوعية التي يستطيع من خلالها الجمهور أن يعبر عن آرائه، وأن يجتمع سلمياً وبالتالي فإنه لا يجوز تقييد هذا الحق إلا بالقيود المعترف بها في الدول الديمقراطية، ونقتل عن المحكمة الدستورية العليا الموقرة قولها "وحيث أن من المقرر أن حق المواطنين في تكوين الجمعيات الأهلية هو فرع من حرية الاجتماع، وأن هذا الحق يتعين أن يتمخض تصرفاً إرادياً حراً، لا تتداخل فيه الجهة الإدارية، بل يستقل عنها، ومن ثم تتحل هذه الحرية إلى قاعدة أولية تمنحها بعض الدول - ومن بينها جمهورية مصر العربية - قيمة دستورية في ذاتها، لتكفل لكل ذي شأن حق الانضمام إلى الجمعية التي يرى أنها أقدر على التعبير عن مصالحه وأهدافه، وفي انتقاء واحدة أو أكثر من هذه الجمعيات حال تعددها - ليكون عضواً فيها، فاعتبرها - بنص المادة ٤١ من الحقوق الطبيعية، وكفل - أسوة بالدساتير المتقدمة صونها وعدم المساس بها، ولم يجز الإخلال بها من خلال تنظيمها، وتضيف المحكمة "وحيث أن ضمان الدستور - بنص المادة ٤٧ التي رددت ما اجتمعت عليه الدساتير المقارنة لحرية التعبير عن الآراء، والتمكين من عرضها ونشرها

1. أ. محمد فوزي الخضر، القضاء والاعلام: حرية التعبير بين النظرية والتطبيق، من منشورات المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية (مدى)، سنة ٢٠١٢، منشور على موقع (www.madacenter.org)، ص ٢٤.

سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو تبذورها فيها وغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها، وبدونها تفقد حرية الاجتماع مغزاها، ولا تكون لها من فائدة، وبها يكون الأفراد أحرار لا يتهيبون موقفاً، ولا يترددون وجلاً، ولا ينتصفون بغير الحق طريقاً، ذلك أن ما توخاه الدستور من خلال ضمان حرية التعبير - وعلى ما أطرده عليه قضاء هذه المحكمة - هو أن يكون التماس الآراء والأفكار وتلقيها عن الغير، ونقلها غير مقيد بالحدود الإقليمية على اختلافها ولا منحصر في مصادر بذواتها تعد من قنواتها، بل قصد أن تترامي آفاقها، وأن تتعدد مواردها وأدواتها، سعياً لتعدد الآراء، وابتغاء إرسالها على قاعدة من حيده المعلومات ليكون ضوء الحقيقة مناراً لكل عمل، ومحوراً لكل إتجاه<sup>(١)</sup>.

وترى المحكمة الدستورية العليا " أن حرية الرأي تعد بمثابة الأصل التي يتفرع منها الكثير من الحريات العامة الفكرية والثقافية وغيرها - كحق تكوين الجمعيات - وتعد المدخل الحقيقي لممارستها ممارسة جيدة " <sup>(٢)</sup>.

وترى المحكمة أيضاً " أن حرية الرأي لا يجوز فصلها عن أدواتها، وإن الوسائل المباشرة يجب أن ترتبط بغاياتها، فلا يعطل مضمون أحد، ولا يناقض الأغراض المقصود إرسالها " <sup>(٣)</sup> لتنتهي المحكمة إلى أن " حق المواطنين في تأليف الجمعيات الأهلية وما يستصحبه لزوماً - مما سلف بيانه من حقوقهم وحررياتهم العامة الأخرى - هي جميعاً أصول دستورية ثابتة، يباشرها الفرد متألفة فيما

(١) الدعوى رقم ٢ لسنة ١٦ ق دستورية، المحكمة الدستورية العليا - الجزء السابع الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٥ حتى آخر يونيو ١٩٩٦، ص ٤٧٥.

(٢) الدعوى رقم ٤٤ لسنة ٧ ق دستورية - جلسة ١٩٨٨/٥/٧ - المحكمة الدستورية العليا - الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٥ حتى آخر يوليو ١٩٩٦ - الجزء الرابع - ص ١٠٢ - ١٠٣.

(٣) الدعوى رقم ٦ لسنة ١٥ ق دستورية - جلسة ١٩٩٥ / ٤ / ١٥ - المرجع السابق - الجزء الرابع - ص ٦٤٩.



بينها، ومتداخلة مع بعضها البعض، تتساند معاً، ويعضد كل منها الآخر في نسيج متكامل، يحتل من الوثائق الدستورية مكاناً ساقماً<sup>(١)</sup>.  
ثانياً: الحق في تكوين الجمعيات وحق التجمع السلمي:

يقصد بحق التجمع السلمي قدرة المواطنين على الالتقاء بشكل جماعي، بعقد الاجتماعات العامة أو المؤتمرات والمسيرات أو الاعتصامات السلمية، بغض النظر عن الجهات المنظمة، وذلك ليتبادلوا الرأي ويبلوروا مواقفهم تجاه قضايا مختلفة، ويمارسوا ضغطاً على السلطة التنفيذية بهدف التعبير عن مواقفهم وتحقيق مطالبهم، وبذلك يعد التجمع السلمي شكلاً من الأشكال ذات الطابع الجماعي في التعبير عن الرأي وتداول الآراء في مختلف المواضيع.

ويتبدى هذا الحق في عدة صور منها قيام الأفراد أو الجماعات بعقد الاجتماعات واللقاءات وتنظيم الجماعات والطوائف، وتكوين الجمعيات والنقابات والأحزاب والاتحادات، أو الانضمام إلى الأحزاب أو الاتحادات أو الجمعيات التي يرغبوا فيها. وكذلك في تنظيم المظاهرات والمسيرات السلمية، التي قد تمثل معارضة النظام أو المطالبة بمطالب سياسية أو اجتماعية وغيرها؛ ومن ثم فإن حق التجمع السلمي له أشكال ثلاثة:

أولها: يكون للأفراد بمقتضاه حق التجمع للتعبير عن آرائهم؛ بمعنى أن يكون لأي عدد من الأفراد أن يجتمعوا في مكان عام أو خاص أو طريق عام، ليعبروا عن آرائهم واتجاهاتهم في شتى ميادين العلم والفكر والسياسة، وفي أي موضع. وقد يكون الاجتماع لفترة قصيرة ساعة أو جزء من الساعة، وقد يمتد يوماً أو أياماً، وأياماً كان عدد المجتمعين فإن السمة المميزة لمثل هذه التجمعات أنها مؤقتة، وغير دائمة ويدخل تحت هذا الشكل الاجتماعات الخاصة والعامة والمظاهرات والاعتصامات السلمية.

---

(١) الدعوى رقم ٢ لسنة ١٦٦ ق دستورية، المحكمة الدستورية العليا، سبق الإشارة إليها، ص ٤٧٥.

ثانيهما: حق التجمع يتخذ مظهر حق تشكيل الجمعيات والنقابات والأحزاب والاتحادات، فنكون بصدد تشكيل دائم يضم عدداً من الأفراد، يلتفون حول أهداف مرسومة، يعملون سوياً وبشكل دائم على تحقيقها. وبهذا تختلف هذه التجمعات عن التجمعات في الشكل الأول نظراً لأنها تتميز بالاستمرار والثبات؛ بمعنى أن لها طابعاً دائماً وليس مؤقتاً، والعضوية فيها مستمرة بعكس التجمعات السابقة، فإن العضوية فيها مؤقتة لا دائمة.

ثالثهما: حق التجمع، يتيح للفرد حق الانضمام إلى الحزب أو النقابة أو الجمعية التي يرغب فيها، وأن يكون له كذلك أن يترك مثل هذه التجمعات وقتما يشاء؛ بمعنى أنه لا يجوز إكراه الفرد إلى الانضمام لمثل هذه التجمعات أو الإكراه على الخروج منه، كما لا يجوز أخيراً إكراهه على البقاء عضواً يمثل هذه التجمعات على خلاف رغبته ورغم إرادته.

ثالثاً: الحق في تكوين الجمعيات وحق المشاركة في تسيير الشؤون العامة:

تنص المادة ٧١ من ميثاق الأمم المتحدة على ما يلي: " للمجلس الاقتصادي والاجتماعي أن يجري الترتيبات المناسبة للتشاور مع الهيئات غير الحكومية التي تعني بالمسائل الداخلة في اختصاصه ". والمستفاد من استقراء نص المادة أن المنظمات غير الحكومية من حقها أن تتمد المجلس الاقتصادي والاجتماعي بالآراء الاستشارية، وحضور جلسات انعقاد المجلس، إذا ما ناقش المجلس مسائل تدخل في اختصاص هذه المنظمات. فعن طريق الآراء الاستشارية (التوصيات)، يتسنى للمنظمات غير الحكومية التأثير على مضمون التوصيات النهائية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي<sup>(١)</sup>. كما ينص التعليق رقم ٢٥

---

1) فمذد الإصلاحات التي أدخلت في عام ١٩٩٦، أصبح باستطاعة المنظمات غير الحكومية الوطنية أن تطلب الحصول على المركز الاستشاري لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي وفيما سبق، لم يتح القرار الصادر في ٢٣ مايو / أيار ١٩٦٨ هذه الامكانية للمنظمات الوطنية -إلا في الظروف الاستثنائية -حيث كان الدخول إلى هيئات الأمم المتحدة الرسمية مقصوراً =

(١٩٩٦) بشأن الحق في المشاركة في الشؤون العامة وحقوق التصويت والحق في فرص متكافئة لتقلد الوظائف في الخدمة العامة على الآتي " يعتبر الحق في تكوين الجمعيات، بما في ذلك الحق في تشكيل منظمات وجمعيات تعني بالشؤون السياسية والعامة " والالتحاق بها، إضافة أساسية للحقوق المحمية بموجب المادة ٢٥ " الفقرة ٢٦ " (١). إذن يشكل احترام الحق في تكوين الجمعيات أحد الضمانات المهمة لتفعيل الحق في المشاركة السياسية والحق في التعبير، وأحد المتطلبات الأساسية لأي نظام سياسي ديمقراطي، صحيح أن الانتخابات الحرة والنزيهة هي أحد أهم أشكال الحق في المشاركة السياسية، ولكنها لا تشكل بديلاً عن احترام الحقوق والحريات العامة والحفاظ على الطابع الديمقراطي للمجتمع ونظامه الأساسي، هذا بالإضافة إلى كونها تجري على فترات متباعدة نسبياً، فالجمعيات لها دور كبير في توجيه الرأي العام والتأثير على السياسة العامة، دور لا يمكن إنكاره أو تجاهله في التأثير على اتجاهات الرأي العام وتوجيهها وجهة معينة تحقق مصالحها في معظم الأحيان. ومن ناحية أخرى، تضطلع الجمعيات (منظمات المجتمع المدني) بدور هام أيضاً في سياق الانتخابات، ولا يمكن التقليل من أهمية الدور الذي يضطلع به المجتمع المدني في الإسهام في إقامة ديمقراطية قوية وفي إدامتها. وتضطلع تلك المنظمات، باختصاصاتها المختلفة، بشتى الأنشطة من أجل دعم اهتمامات ومصالح المستفيدين، والإسهام في كفاءة نزاهة العملية

---

=على المنظمات غير الحكومية الدولية. وإن كان هذا الإصلاح قد بدأ ضرورياً (بشكل رئيسي كنتيجة لزيادة عدد الجمعيات الوطنية الناشئة في أعقاب انهيار الكتلة الشيوعية في أوروبا) فإنه مع ذلك ينطوي على مفارقة كبيرة وهي أن منح المركز الاستشاري يعتمد جزئياً على توصية تصدرها الدول العضو المعنية. وفي هذا الصدد، تؤكد على أن النتيجة التلقائية هي " في الواقع " كما حصل في حالات كثيرة، (أن البلد المعني) يمنح إمكانية المشاركة للمنظمات غير الحكومية التابعة لها ويمنعها عن المنظمات.

١ ( اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، التعليق العام رقم ٢٥ بشأن المشاركة في إدارة الشؤون العامة وحق الاقتراع، صدر عن اللجنة في دورتها السابعة والخمسون (١٩٩٦).

الانتخابية، ومواصلة الاسهام في تحقيق الأهداف والمعايير الديمقراطية وحمايتها وتعزيزها، والعمل على اخضاع السلطات للمساءلة أمام الناخبين وتقوم منظمات المجتمع المدني، من بين ما تقوم به، بتشجيع المشاركة السياسية، والعمل على تثقيف الناخبين، والدعوة إلى اجراء اصلاحات من أجل الحكم الشبيد، وتوفير وسائل للتعبير عن مختلف المصالح، لكنها تعمل أيضاً بوصفها منابر تتجاوز الحواجز القبلية والعرقية واللغوية وغيرها من الحواجز، وتقوم بدور - فعال - في المناقشات العامة بشأن القضايا التي تمسها (١). وتعلق الجمعية العامة في قرارها ٢٠١/٥٩ أن العناصر الأساسية للديمقراطية تشمل حق تكوين الجمعيات وحق التجمع السلمي، وحق الشخص في أن يصوت وأن ينتخب في انتخابات حرة ونزيهة تجري دورياً، وتشجع على دعم الأحزاب السياسية ومنظمات المجتمع المدني (٢).

وفي هذا الصدد يود المقرر الخاص المعني بالحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات أن يشدد على أن الفترات الانتخابية تمثل لحظة فارقة في حياة أي أمة لتأكيد المبادئ الديمقراطية بل وتعزيزها، مثل مبادئ عدم التمييز والمساواة بين الجنسين، وتعددية الآراء وتكافؤها. والديمقراطية هي الطريقة الوحيدة لاتاحة الفرصة للمشاركة الشعبية الفعالة في عمليات صنع القرار على الصعيد الوطني أو المحلي. وهو يؤكد أن الفترات الانتخابية تمثل فترة مهمة لبناء المؤسسات الديمقراطية والمستجيبة والخاضعة للمساءلة، وأنه ينبغي أن تضع ضمانات صارمة وواضحة للغاية لمنع حدوث أي تدخل لا مبرر له في الحريات العامة، ولاسيما الحق في تكوين الجمعيات. وعلاوة على ذلك، ينبغي للدول، وقت الانتخابات، أن تبذل مزيداً من الجهود لتيسير وحماية ممارسة هذه الحقوق الأساسية، التي ينبغي، أن يتمتع بها كل فرد، ولاسيما أعضاء الجماعات المعرضة للخطر. ومن الوجهة

- 
- 1 ( تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وفي تكوين الجمعيات A / 68 / 209، مرجع سابق، الفقرة (٤٢).
  - 2 ( المرجع السابق، الفقرة (١٢).

العملية، فإنه لا يمكن أن تكون هناك انتخابات حقيقية إذا ما جري تقليص الحق في تكوين الجمعيات<sup>(١)</sup>.

## الفصل الثاني

### حدود تنظيم الحق في تكوين الجمعيات في القانون الدولي

حق تكوين الجمعيات ليس من الحقوق المضمونة بشكل مطلق، وإنما يمكن أن ترد عليه قيود أو استثناءات وهذه القيود أو الاستثناءات يجب أن يتم تبنيها بطريقة ضيقة، ومقدار الضرورة بالنسبة لأي استثناءات يجب أن يقام بطريقة مقنعة. ولذلك فإن القيود على الحق في تكوين الجمعيات ينبغي أن تكون مفصلة بشكل ضيق ودقيق وأن لا تعرض ذلك الحق للخطر، ومن أجل تسليط الضوء على هذه القيود ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتعرض في المبحث الأول إلى: حدود تنظيم الحق في تكوين الجمعيات في الظروف العادية، أما الآخر فننتظر فيه إلى حدود تنظيم الحق في تكوين الجمعيات في الظروف الاستثنائية. وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: حدود تنظيم الحق في تكوين الجمعيات في الظروف العادية.

المبحث الثاني: حدود تنظيم الحق في تكوين الجمعيات في الظروف الاستثنائية.

## المبحث الأول

### حدود تنظيم الحق في تكوين الجمعيات في الظروف العادية

بينما الحق في تكوين الجمعيات حقاً أساسياً من حقوق الإنسان إلا أنه ليس من الحقوق المكفولة بشكل مطلق ويمكن أخضاعه للقيود في حالات معينة وبشروط محده وهذا ما سنبينه في المطلبين التاليين من خلال التطرق لشروط تقييده أولاً ثم القيود المفروضة عليه ثانياً. وذلك على النحو التالي:

---

1) تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وفي تكوين الجمعيات A / 68 / 209، مرجع سابق، الفقرة (٥٤).

## المطلب الأول

### اشتراطات تقييد الحق في تكوين الجمعيات

قد تكون التبريرات الحكومية جذابة من الناحية البلاغية ولكن الكلام وحده لا يكفي لتبرير التدخل في حق تكوين الجمعيات، وبدلاً من ذلك، يجب أن يرتكز مثل هذا التدخل على مسوغ قانوني. والواقع أن كل قيد مفروض على حق تكوين الجمعيات، عند البحث فيه، يخضع لشروط قانونية صارمة حددتها المواثيق الدولية العالمية والإقليمية وهي:

\* وجوب النص على القيد في القانون.

\* مشروعية الهدف.

\* ضرورة التقييد في مجتمع ديمقراطي.

ونشير إلى التعليق العام رقم ٢٧ (١٩٩٩) للجنة المعنية

بحقوق الإنسان بشأن حرية التنقل والذي ينص على أن: "الدولة... عند تبني القوانين تنص على قيود، ينبغي أن تسترشد دائماً بالمبدأ القاضي بضرورة ألا يخل القيد بجوهر الحق... فالعلاقة بين الحق والقيد، وبين القاعدة والاستثناء ينبغي ألا تتقلب" (١). ونشير أيضاً إلى التعليق رقم ٣١ / (٢٠٠٤) للجنة المعنية بحقوق الإنسان بشأن طبيعة الالتزام القانوني العام المفروض على الدول الأطراف في العهد الذي ينص على ما يلي: "على الدول" عند فرضها أية قيود من هذا القبيل أن تقدم الدليل على ضرورتها، وألا تتخذ من التدابير إلا ما يكون متناسباً مع السعي إلى تحقيق الأهداف المشروعة بغية ضمان حماية الحقوق المنصوص عليها في العهد حماية مستمرة وفعالة" (الفقرة ٦) (٢). وفي ذلك، أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن أسباب تقييد حق تكوين الجمعيات يجب أن تكون ذات صلة وكافية؛ و"مقنعة

1) اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ٢٧ بشأن حرية التنقل، صدر عن اللجنة في دورتها السابعة والستون (١٩٩٩).

2) اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ٣١ بشأن طبيعة الالتزام القانوني العام المفروض على الدول الأطراف في العهد، صدر عن اللجنة في دورتها الثمانون (٢٠٠٤).

وقوية"وتستند إلى "تقدير مقبول من الحقائق ذات الصلة". لذا لا يعتبر الخطر الافتراضي على النظام العام أساسا مشروعا لتقييد الحق في تكوين الجمعيات<sup>(١)</sup>. وعن أساس الأدلة لفرض قيود. أوضحت لجنة البلدان الأمريكية، أنه عندما يصبح من الضروري فرض قيود على ذلك الشكل من أشكال التعبير فإنه ينبغي للدولة أن تجرى تحليلا دقيقا للمصالح التي تتوى حمايتها بواسطة القيد، مراعية في ذلك المستوى العالمي من الحماية التي يستحقها الحق في التجمع وحرية التعبير بوصفهما حقين يساعدان على تحقيق مشاركة المواطنين ومراقبة أعمال الدولة في الشؤون العامة. ورغم أن ممارسة حق التجمع قد تؤثر في بعض المناسبات في الحياة العادية لمكان ما أو في حقوق تستحق الحماية من الدولة مثل حرية التنقل فإن اللجنة ترى أن تلك التغييرات جزء من أليات مجتمع تعددي، حيث تتعايش مصالح متنوعة يمكن أحيانا أن تكون متناقضة مع بعضها البعض، ولكن قادرة على إيجاد الأماكن والقنوات اللازمة للتعبير عن نفسها. أن اللجنة ترى أنه لا يمكن أن يكون الغرض من تنظيم الحق هو وضع الأساس لحظره بل على العكس، توجد لوائح تقتضي، مثلا، الاخطار المسبق لغرض اجبار السلطات حتى تتمكن من اتخاذ التدابير اللازمة لتسيير ممارسة الحق دون اعاقه هامة للأنشطة العادية لباقي المجتمع<sup>(٢)</sup>. والمعيار الواجب استخدامها للتحقيق من مشروعية القيود المفروضة على الحقوق بصفة عامة، وحق تكوين الجمعيات بصفة خاصة، هي:

أولاً: وجوب النص على القيد في القانون " مبدأ الشرعية ":

نود أن نشير أولاً إلى أنه ينبغي "أن يرسى القانون بوضوح وصراحة الافتراض المؤيد لتنظيم الحق في تكوين الجمعيات". وتجدر

---

1 ( مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي، (الطبعة الثانية)، مرجع سابق، ص ١٢٢.

2 ( موجز حلقة نقاش مجلس حقوق الإنسان بشأن تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها في سياق الاحتجاجات السلمية أعدته مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان/19/40-a- الصادر عن مجلس حقوق الإنسان-الدورة التاسعة عشرة بتاريخ ١٩ ديسمبر ٢٠١١، الفقرة (٢٠).

الإشارة هنا إلى حكم صدر في الآونة الأخيرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (٢٠١٣) في قضية فيرننتسوف مقابل أوكرانيا، وكان الشخص الذي رفع القضية اتهم بعقد اجتماع "دون الحصول على إذن من مجلس المدينة". ومع أن المادة ٣٩ من الدستور الأوكراني تنص على أن حق المواطنين في التجمع مشروط بإبلاغ السلطات التنفيذية مسبقاً، فإنه لا يوجد قانون متعلق بالتجمعات أو بإجراءات تقديم إشعار مسبق، وقررت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن غياب قانون من هذا القبيل يعنى أن تنظيم التجمعات في أوكرانيا يفتقر إلى الدرجة اللازمة من الوضوح التي يمكن عندها القول إنها محددة بالقانون، وأكدت المحكمة أن هذه الثغرة التشريعية أنشأت "مشكلة هيكلية" تتطلب التنفيذ العاجل لإصلاحات محددة لحماية "حق أساسي مثل حرية التجمع السلمي". قرار المحكمة هذا له أهمية خاصة بالنسبة للدول التي تميز بمرحلة انتقال سياسي<sup>(١)</sup>.

وإذا عدنا للكلام عن وجوب النص على القيد في القانون فالسؤال الذي يفرض نفسه، عند البحث في القيود المفروضة على حق تكوين الجمعيات، هو هل التدخل منصوص عليه في القانون، وماذا نعني بمصطلح القانون ومن أين يستقي مصدره وما هي الشروط الواجب توفيرها في هذا القانون حتى يتم تقييد الحق في تكوين الجمعيات؟ وهذا ما سيتم الإجابة عنه على النحو التالي:

إذا كان مفهوم القانون يختلف من دولة إلى أخرى كما يختلف في الدولة الواحدة من عصر إلى آخر، فهل لفظ القانون لغايات تطبيق هذا الشرط ينصرف إلى النص القانوني النافذ بغض النظر عن مصدره، وهو الذي قد يكون تشريعاً أو أنظمة أو لوائح أو تعليمات، وقد يكون حكماً قضائياً في الدول الأطراف التي تأخذ بنظام السوابق القضائية؟ أم يقتصر لفظ القانون على التشريع دون غيره؟ وفي شأن الإجابة على هذا التساؤل أتخذ المقرر الخاص المعني بأوضاع المدافعين عن حقوق

١) انظر: دراسة إقليمية حول حرية التجمع في المنطقة الأوروبية المتوسطية، من منشورات الشبكة الأوروبية - المتوسطية لحقوق الإنسان، تشرين الثاني / نوفمبر ٢٠١٣، ص ٤.



الإنسان موقفاً واضحاً وخالياً من الغموض وأكثر محدودية حيث يقصر لفظ القانون على التشريع دون غيره (القاعدة القانونية المرتبطة بالمصلحة العامة التي أعمدها الهيئات التشريعية المنتخبة لهذه الغاية والتي أسسها الدستور، ومن ثم، فإن القيود المفروضة بموجب مراسيم حكومية أو أوامر إدارية دون نصوص قانونية واضحة تعتبر مخالفة للقانون الدولي، حيث لا تفي بشرط المشروعية والقانونية<sup>(١)</sup>).

ويشترط لتحقيق هذا الشرط أن يكون القانون في متناول الجميع، لا لبس فيه ومصاغ بشكل محدد ودقيق، وهذا ما أوضحته مبادئ جوهانسبرغ بالنص على أن " القانون يجب أن يكون مفهوماً، لا لبس فيه وبصياغة محددة ودقيقة حتى يتمكن الأفراد من ادراك ما إذا كان فعل معين يمثل خرقاً للقانون " <sup>(٢)</sup>. وعلاوة على ذلك، فاللغة القانونية المبهمة والغامضة التي تخول المسؤولين الحكوميين اتخاذ قرارات فردية واعتباطية (على سبيل المثال، القوانين التي لا تعرف " التطرف " والذي يمثل أرضية لحل الجمعيات)، قد لا يكون منصوصاً عليها في القانون، حيث أن تطبيق القانون يجب أن يتم بطريقة متوقعة ومنطقية. يقتضي مبدأ (العلم بالقاعدة القانونية) ومبدأ (للاجريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني) وضوح النص القانوني التجريمي، وألا تحتوي المواد القانونية، التي تعتبر بعض الأفعال أو الأقوال جريمة، على عبارات فضفاضة غير محددة يقيناً وتحتل التأويل على أكثر من جانب. إذ يفترض بالمشرع عند وضع النصوص القانونية المجرمة للأفعال صياغتها بالفاظ واضحة الدلالة لا تحتل التأويل أو التفسير، وألا يترك تفسيرها وتأويلها إلى السلطة التنفيذية أو القضاء، وفي هذه الحالة يجب أن يقتصر دور الجهات القائمة على تطبيق القانون

- 1) تقرير المقرر الخاص المعني بأوضاع المدافعين عن حقوق الإنسان المقدمة للجمعية العامة، ١١ أغسطس / آب / ٦٤ / A، ٢٠٠٩، الفقرة (٢٧-٢٨).
- 2) مبادئ جوهانسبرغ بشأن الأمن القومي وحرية التعبير والوصول إلى المعلومات، وقد وضعت مبادئ جوهانسبرغ في اجتماع الخبراء الدوليين في مشاورة في جنوب أفريقيا في أكتوبر / تشرين الأول عام ١٩٩٥، ويمكن الاطلاع عليها في (WWW.article.com).

والقضاء على التحقق من ارتكاب الفعل المجرم من عدمه وليس إذا ما كان الفعل بحد ذاته يشكل جرماً جزائياً أم لا، ومن الأمثلة على ذلك النص على تجريم الفعل بمصطلحات عامة وفضفاضة (المصالح العليا أو النيل من هيبة الدولة أو تكبير الصفاء بين عناصر الأمة أو مكانة الدولة المالية أو الثقة العامة أو الوحدة الوطنية... الخ)، فهذه الألفاظ جميعها ألفاظ فضفاضة وغامضة وغير واضحة الدلالة وتحتمل التأويل والتفسير الواسع الذي يؤدي إلى إدخال بعض الأفعال إلى نطاق التجريم بالرغم من مجافاة تجريمها للمنطلق الدستوري والقانوني السليمين، وتمنح القائمين على تطبيق القانون الأدوات الكفيلة للنيل من حرية الرأي والتعبير وحق تكوين الجمعيات، لا سيما في الدول الديكتاتورية التي تسيطر فيها السلطة التنفيذية على القضاء<sup>(١)</sup>.

وبالتالي فإن العبارات الغامضة أو الفضفاضة إذا تعلقت بالقانون الجنائي فإن ذلك يعارض مبدأ هاماً أخذت به الدول المتحضرة وهو مبدأ يقتضي اتباع الإجراءات القانونية الواضحة والسليمة التي تكفل حق الدفاع، وإن عدم اتسام التشريع بهذه الصفات يجعل منه عرضة للطعن لعدم مراعاته مبدأ العلم القانوني، بمعنى أنه يتوجب أن يكون التشريع واضحاً بحيث يكون الشخص على علم بأن الفعل الذي سيقوم به بشكل جرمياً، والذي لا يتأتى إلا من خلال النص التجريمي بشكل لا يتقبل التأويل أو التفسير كما ذكر سابقاً. هذا إضافة إلى أن العبارات الفضفاضة والغامضة تعارض مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، لأنها تفشل في تحديد الأفعال المجرمة لحظة أو قبل ارتكابها، الأمر الذي يهدم إمكانية العلم وإمكانية التوقيع وما يلزمهما من وجوب انصاف القواعد القانونية بالتحديد حتى يتمكن المخاطبون بهذه النصوص القانونية من ترتيب أوضاعهم كي لا يتعرضوا لتطبيق القواعد القانونية بناء على أمزجة وأهواء القائمين على تطبيق هذه القوانين<sup>(٢)</sup>. وفي أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن الأحكام

1 ( أ. محمد فوزي الخضر، مرجع سابق، ص ٣١.

2 ( المرجع السابق، ص ٣٢.

القانونية المنظمة لحق تكوين الجمعيات ينبغي ألا تكون فضفاضة ومبهمة وفي حال ذلك فإنها تنتهك مبدأ شرعية التجريم القائل بأنه لاجريمة إلا بنص وهو أحد الأركان الأساسية للقانون الجنائي المعاصر ومبدأ من مبادئ القانون الدولي لحقوق الإنسان. إذ يقتضي مبدأ لاجريمة إلا بنص أن ينص القانون على جريمة سلوك ما حتى يتسنى اعتبار ذلك السلوك فعلاً إجرامياً، كما يقتضي أن يكون تعريف أي فعل إجرامى دقيقاً وخالياً من الغموض<sup>(١)</sup>.

وقد رأَت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان أنه " يجب تصنيف الجرائم وتوصيفها بلغة دقيقة لا لبس فيها بحيث يتم تعريف الجرائم المعاقب عليها بدقة، وهو ما يشكل تطبيقاً كاملاً لمبدأ لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص سابق في إطار القانون الجنائي. وهذا يقتضي وضع تعريف واضح للسلوك الاجرامى وارساء عناصره والعوامل التي تميزه عن السلوكيات التي لايعاقب عليها أو تلك التي يعاقب عليها وإنما ليس سجناً. حيث أن الإبهام في توصيف الجرائم يثير السلوك وبيّح الفرصة أمام اساءة استعمال السلطة ولاسيما حينما يتعلق الأمر بانثبات المسؤولية الجنائية للأفراد ومعاقبة سلوكهم الاجرامى بعقوبات تقتضي من أعز ما يملكونه كالحياة والحرية"<sup>(٢)</sup>.

وهناك مسألة أخرى تتعلق بالنصوص الغامضة والفضفاضة، تتمثل بالتطبيق الاعتباطي لهذه النصوص، وسيتيح ذلك للقائمين على تطبيق القانون في مواقعهم، التطبيق الاعتباطي أو الانتقائي لنصوصه بما يمهّد الطريق للتمييز ضد فئات من الأفراد أو ضد مجموعة من الآراء. فالتشريع في هذا النوع يمنح السلطة الفرصة للتعامل مع الحالات المتشابهة والمتمائلة بطريقة تمييزية، بحيث يمكن انتهاك الحقوق لأشخاص معينين دون القيام بذلك بالنسبة لغيرهم. وهذا يعتبر خرقاً ليس فقط للحق بالتعبير المحمي دولياً وإنما للحق في المساواة

---

1) لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم (٢٩)، حالة الطوارئ (المادة ٤)، ٣١ آب/أغسطس ٢٠٠١، الفقرة (٧).

2) The European court rulling for human rights، The Case of Catellon Trozi and other V. Berv 20 May 1999.

أمام القانون. فمثلاً إذ فرض القانون وجوب الحصول على ترخيص لتكوين وإنشاء جمعية ومنح السلطة صلاحيات تقديرية لمنح هذا التصريح من عدمه بناء على اعتبارات تتعلق بالنظام العام مثلاً، فإن سوء الاستخدام لهذا النص يكون واردة، حيث يتم منح الترخيص إذا كانت الغايات تتماشى مع رغبة السلطة، في حين يتم منع تأسيس الجمعية إذا لم تكن كذلك. ما يعني أن هذا القانون يمنح السلطة أو القائمين على تطبيق القانون فرصة تطبيقه بطريقة اعتباطية وتمييزية.

ثانياً: الهدف المشروع " مبدأ المشروعية":

ينبغي أن يكون أي تدخل في الحق في تكوين الجمعيات يستهدف غاية مشروعة حسب القائمة الشاملة المتضمنة في المادة ٢١ (٣) (أ) و (ب) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. أن الغايات المشروعة هي تلك الغايات التي تحمي حقوق الإنسان التابعة للآخرين أو تحمي الأمن القومي أو النظام العام أو تحمي الصحة والأخلاق العامة ولذلك فسيكون من غير المسموح به فرض أي قيود على تكوين الجمعيات فقط بسبب أنها تنتقد الحكومة أو النظام السياسي أو الاجتماعي الذي ترعاه الحكومة. كما أنه من غير المسموح به أن يتم السعي لتحقيق تلك الأهداف غير المشروعة من خلال التدرج بالمادة ٢١. (٣) وإخراج المادة عن سياقها وعندما تقوم أي دولة بتقييد حق تكوين الجمعيات فإن العبء يقع على عاتق الدولة أن تثبت أن هناك صلة مباشرة ووثيقة بين التعبير والأساس المشروع الذي أوجب فرض ذلك القيد (أحالة) (١).

ثالثاً: ضرورة التقييد في مجتمع ديمقراطي " مبدأ التناسبية":

لا تبرر المخاوف المشروعة للحكومة في حد ذاتها التدخل في حق تكوين الجمعيات، إلا إذا كان هذا التدخل " ضرورياً" في " مجتمع ديمقراطي ". بعبارة أخرى، لا يمكن تبرير القيود التي ينص عليها القانون، والتي تبلغ حد التدخل في حق تكوين الجمعيات لمجرد ارتباطها بمصالح شرعية للحكومة، بل يجب أن تكون ضرورية في

1 ( انظر لاحقاً، المطلب الثاني من هذا المبحث.

مجتمع ديمقراطي، واختيار معني " ضرورية " يعني أن أي إجراءات يجب أن تكون متناسبة مع الهدف المشروع المرغوب في تحقيقه، وإن يتم فرضه على المدى الذي لا يزيد عن الضرورة القصوى. ويجب أن تكون هناك حاجة اجتماعية ملحة للتدخل. ووفقا للوصف الموجز لمنظمة الأمن والتعاون في أوروبا، "لا تعني كلمة "ضروري" أن الأمر "ضروري على الاطلاق" أو "أساسي"، ولا تتحلى بمرونة عبارات مثل "مفيد" أو "ملائم"، بل لا تعني بالأحرى أن هناك "حاجة ملحة للتدخل". وعندما تظهر الحاجة الملحة، فعلى الدول أن تضمن اندراج أي تدابير تقييدية في حدود ما هو مقبول في "المجتمعات الديمقراطية"<sup>(1)</sup>.

إن هذا الجزء من الاختبار هو العنصر الأكبر حسما وهو الأساس الذي تتخذ بموجبه القرارات في الغالبية العظمى من القضايا الدولية والوطنية. تقتضي الضرورة أن تكون هناك حاجة اجتماعية ملحة لفرض ذلك القيد ويتوجب على الطرف الذي يفرض القيد أن يثبت أن هناك صلة مباشرة وفورية بين التعبير والمصلحة المحمية. تقتضي التناسبية أن يكون القيد على حق تكوين الجمعيات غير واسع بشكل غير لازم وأن يكون القيد مناسبا لتحقيق وظيفته الحمائية. ينبغي اثبات أن القيد المفروض هو قيد دقيق وفردى من أجل تحقيق النتيجة المرغوبة وأنه ليس أكثر تطلعا من الوسائل الأخرى التي يمكنها تحقيق نفس النتيجة المحددة<sup>(2)</sup>، وبالتالي فإن التطبيق الشامل للقيود القانونية على سبيل المثال حظر تكوين الجمعيات لأغراض معينة، يميل إلى أن يكون أكثر شمولية من اللازم، وبالتالي فإن هذه القيود سوف تفضل في اختبار التناسب، لأنه لم يتم اعطاء أي اعتبار للظروف الخاصة في كل حالة.

- 1) تقرير المقرر الخاص المعنى بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات a/hrc/20/27، مرجع سابق، الفقرة (17).
- 2) ليبيا: حماية حرية التعبير وحرية المعلومات في الدستور الجديد 1 يوليو 2013، موجز للاسترشاد، من منشورات منظمة المادة 19، منشور على موقع (www.article.org)، ص 40.

ويجدر التنويه إلى أن المحاكم في مختلف العالم أسهبت في تحديد المتطلبات الخاصة لهذا الاختبار وهناك ثلاثة عناصر مميزة يمكن استخلاصها (١):

أولاً: ينبغي أن يكون التدابير المتخذة مصممة بشكل دقيق لتحقيق الهدف المنشود ولا ينبغي أن تكون تعسفية أو غير عادلة أو غير عقلانية. إذ لم تتمكن الحكومة المغنية من تقديم أي إثبات يؤكد بأن التدخل المعني في حرية التعبير يعتبر ضروريا عندئذ يكون ذلك القيد قد فشل في اجتياز هذا الاختبار. بينما يمكن للدول وهو لزاماً عليها أن تحمي المصالح العامة والخاصة إلا أن الإجراءات التي تتخذها الدول ينبغي أن تصمم بشكل دقيق بحيث تكون فعالة في حماية تلك المصالح فقط. من الخطير جداً أن يتم تقييد أي من الحقوق الأساسية وعند التفكير في فرض أي قيود يتوجب على الدول أن تفكر بشكل دقيق في مختلف الخيارات المتاحة أمامها.

ثانياً: ينبغي أن يكون التدخل مصمماً لتعطيل الحق " بأقل قدر ممكن " إذا كان هناك خيارات متعددة لحماية مصلحة مشروعة معينة عندئذ اختيار الخيار الأقل تقييداً للحق المحمي. عند تطبيق هذه القاعدة أدركت المحاكم أنه قد يكون هناك حدود عملية على مدى دقة الاجراء القانوني المتخذ إلا أنه لا ينبغي أن تكون القيود شديدة العمومية إلا حسب تلك الحدود العملية.

ثالثاً: ينبغي أن يكون هناك تناسب بين الضرر الحاصل بسبب الاجراء المتخذ على حرية التعبير والمنافع التي تحقق لخدمة الغاية المشروعة. بشكل خاص ينبغي أن لا يزيد الضرر الحاصل على حرية التعبير عن المنافع التي تتحقق لحماية المصلحة المعنية فعلي سبيل المثال لا يمكن قبول القيد الذي يوفر حماية محدودة للسمعة في حال أن يكون ذلك القيد يضر كثيراً بحرية التعبير المجتمع الديمقراطي **Demorcratic society**: تعتبر المجتمع الديمقراطي يقيد السلطة عند وضع القيود على ممارسة الحق في تكوين الجمعيات. ولا شك أن القضاء الوطني له رقابته على حدود السلطة حتى لا تخرج عن

١ ( المرجع السابق، ص. ٤٢ )

المفهوم الديمقراطي في التنظيم، ولا تتعدى الضرورة الملحة لهذا التنظيم حماية المبادئ العامة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة ٢١ من العهد الدولي، كما تخضع الحكومات في ذلك لرقابة الأجهزة المعنية بحقوق الإنسان (١).

يجب أن نضع تعريفاً لكلمة مجتمع ديمقراطي التي وردت بالنص كسبب الإباحة بعض القيود القانونية الضرورية على حق تكوين الجمعيات. و " المجتمعات الديمقراطية " في تقديرنا لا وجود لها إلا " بالتعددية والتسامح والانفتاح " (٢)، وعليه، لا يمكن أن نقوض الدول الوجود الفعلي لهذه الصفات عند فرض القيود على هذا الحق. فالمجتمع الديمقراطي هو المجتمع الذي يتم فيه تداول السلطة عبر انتخابات حرة نزيهة، وتخضع لرقابة فعالة، ويتمتع أفرادها أو أعضاء في المجتمع بحريات الرأي والتعبير والتنظيم، ويحق لهم، دون تمييز يقوم على الأصل أو الجنس أو العرق، المشاركة في الشؤون العامة وابداء الرأي في السياسات القائمة، عبر الحق في تلقي المعلومات، ونقلها دونما اعتبار للحدود والمساعدة في الوظائف العامة. ونشير هنا إلى أنه ليس ضرورياً أن يكون المجتمع الديمقراطي مجتمعاً ليبرالياً، فيمكن جداً أن يكون المجتمع ديمقراطياً، ولكنه لا يتبع سياسات ليبرالية، ولكن الحد الأدنى من الأفكار الليبرالية، وخاصة تلك القائمة على احترام الخلاف وحماية الأقليات والمساواة، والتي يتعين أن تكون موجودة، ليتمكن وصف مجتمع ما بأنه ديمقراطي بما يمكن البرلمان فيه من وضع تشريع يضع قيود على الحق في تكوين الجمعيات (٣).

### المطلب الثاني

#### القيود المقبولة على الحق في تكوين الجمعيات

بينما الأدوات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان تؤكد الحق في تكوين الجمعيات وتحميه، فإنها تتيح أيضاً إمكان فرض القيود على هذا. وتتص المواثيق الدولية العالمية والإقليمية على أربعة مبررات يمكن

1 ( د. الشافعي بشير، مرجع سابق، ص ٢١.

2 ( The European court rulling forhuman rights, The Case of Handerson V. United Kingdom ,8 December 1976.

3 ( أ. نجاد البرعي، روان عربي: قضايا التحول الديمقراطي (العدد ٥٩١٥٨-٢٠١١)، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ص ١٢٦.

للحكومة أن تستند إليها في هذا الصدد. وهي: " حماية الأمن القومي أو حماية النظام العام أو حماية الصحة أو الأخلاق أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم "، علماً بأننا لا نسوق هذه المبررات على سبيل الذكر، بل الحصر. وإلي جانب ذلك يتعين تأويل مصالحي الدول تأويلاً صارماً دقيقاً، ولقد بذلت محاولات كبيرة من جانب الفقه لضبط مفاهيم واضحة لتلك المصطلحات، فلا يوجد تعريف دولي موحد لتلك المفاهيم، حيث أن هذه المصطلحات تعبر عن أفكار غير محددة في الواقع، ولا يمكن تقييم مضمونها إلا عملياً في ضوء التغييرات التي تطرأ على ظروف وأوضاع الحياة الحديثة في المجتمع العالمي، إلا أنها - في الأساس - تهدف إلى المحافظة على توازن منصف بين حقوق الفرد وحررياتهم في مجتمع ديمقراطي وبين الرفاهية العامة للمجتمع ككل، وسوف نبذل محاولة ضبط مفاهيم هذه المصطلحات على ضوء أعمال المعايير الدولية للأمم المتحدة.

#### أولاً: حماية حقوق الآخرين وحررياتهم:

تفرض القيود على الحق في تكوين الجمعيات لأغراض منها، حماية السمع، واجب الامتناع عن الدعوة للحرب أو الكراهية القومية أو العنصرية، أو الدينية، واجب الامتناع عن الدعوة للتحريض على استعمال العنف أو مخالفة القانون.

#### ١- حماية السمع:

بينما ينبغي حماية حرية التعبير حتى لو كان معادياً أو مهيناً للغير من الأفراد أو الجماعات أو شرائح معينة من المجتمع، لكن هناك حالات محددة من خطاب الكراهية تحتوي على اهانات للأفراد أو الجماعات بقدر ومستوى لا يستحق الحماية المكفولة بموجب أحكام القانون نصت عليها المادة ١٧ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بقولها: " لا يجوز تعريض أي شخص، على نحو تعسفي أو غير قانوني، للتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته ". ومن ثم فلا يعقل أن يسمح بالقذف أو السبب في حق الآخرين لأن هذا يهدد حقوق الآخرين أهم للإنسان مثل حق صيانة عرضه وشرفه وذلك



الحق الوارد في الاتفاقية التي شرح أحكامها في المادة ١٧ والتي تقر أنه لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني في خصوصيات أحد أو في عائلته كما لا يجوز التعرض بشكل قانوني لشرفه وسمعته (١) فهناك أنواع معينة من الكلام (معرفة جيداً ومحددة بدقة بالغة)، ويكون منعها غير مخالف للحق في التعبير وهذه الأنواع تشمل فيما تشمله التعابير الجنسية الفاضحة، والتجديف، واحتقار أو أهانة الآخرين، التي بمجرد التفوه بها تلحق الأذى النفسي البالغ بالموجه أو تستفزهم فوراً لاستعمال العنف فمثل هذا الكلام يخرج عن إطار أي نوع من أنواع التعبير عن الآراء ولا قيمة أو فائدة مجتمعية له، حيث لا يمكن أن يؤخذ منه ما يمكن أن يشكل أية فائدة سواء بالنسبة للوصول إلى الحقيقة أو النقاش العام، وبالتالي فإن مصلحة المجتمع في المحافظة على النظام والأخلاق تفوق أي قيمة لمثل هذا النوع من الكلام، كما أن اللجوء إلى مثل هذه التعابير والنوع لا يستقيم مع تواصل الأفكار وتبادل المعلومات والآراء المحمية بموجب الدستور.

٢- واجب الامتناع عن الدعوة للحرب أو الكراهية القومية أو العنصرية أو الدينية:

بإمعان النظر في الاتفاقيات الدولية نجد أن الاتفاقيات حظرت -ولم تكنف بالقيود- أي دعاية الحرب أو الدعوة إلى الكراهية القومية أو العنصرية أو الدينية التي تشكل تحريضاً على التمييز أو العداوة أو العنف، أو الأعمال التي تهدف إلى إهدار الحقوق والحريات المجسدة في القانون الدولي لحقوق الإنسان. ومن ثم فإن المشاركة في الجمعيات لمن تشكل أرائهم اعتداء على الحقوق والحريات المقررة في المواثيق الدولية أو يحرضون على التمييز أو الكراهية أو العنف سوف يتم تجريدهم من حماية حقهم في تكوين الجمعيات، فحقوق الإنسان في التعبير عن الرأي بكل الأشكال، ومنها تكوين الجمعيات، لا تتيح له إساءة استخدام هذه الوسائل بشن حملات كراهية عنصرية ودينية تثير

١) د. جعفر عبد السلام، الإطار التشريعي للنشاط الإعلامي، دار المنار، سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ص ١١١.

الفتن الطائفية داخل المجتمع الذي يندر أن يتكون من عنصر واحد أو دين واحد. أن القيم الكبرى في تماسك أبناء المجتمع الواحد وعيهم في تآلف وسلام وانسجام اجتماعي تتفوق على استخدام الفرد لحياتهم في الكلام والخطابة... أن مثل هذه الاستخدامات المحدثة للفتن الطائفية في مجتمع تضر أكثر مما تنفع (١).

ولكن لا يمكن قبول هذا الحظر الكامل فيما جاء بالنسبة للدعاية للحرب إلا على الحرب العدوانية، أما الحرب للدفاع عن النفس أو لإخراج العدو من الأقاليم المحتلة فهي جائزة، بحكم ميثاق الأمم المتحدة التي حظرت الحرب، ولكنه أجاز الحرب الدفاعية أما الدعايات للتمييز أو الفصل العنصري أو كراهية الجنس، فهي دعايات مرفوضة وتؤدي إلى آثار سيئة. ولعل المقصود بهذا النص إلغاء الدعايات للنزعة التعصبية مثل الدعوات الخاصة ببقاء الجنس أو دعاوي معادية للسامية (٢).

٣- واجب الامتناع عن الدعوة للتحريض على استعمال العنف

أو مخالفة القانون:

فالشرعية هي سياج الحرية والحقوق الإنسانية. والفرد أول المستفيدين من سيادة القانون، بمعنى علو الدستور واحترامه بما يكفله من حقوق وحرريات الإنسان، وتقييد القوانين بالدستورية واحترام الحكام والتزامهم بهذه الدستورية بما يشع جو الشرعية في البلاد وهو جو عام قد يخلل باخلال الأفراد بالقانون كمنهج وخلق فردي أو جماعي. ولهذا فإن واجب احترام القانون من جانب كل فرد هو واجب أساسي لسيادة احترام حقوق الإنسان وحياتهم الأساسية (٣). هذا القيد أو هذا المبدأ بحد ذاته مقبول في معظم الأنظمة القانونية، لكن تفسير هذا القيد عملياً وفي حالات محددة هو الذي يثير الإشكالية.

ومن أجل توضيح هذا القيد يمكن الاستعانة بالقضية المشهورة  
the case of Brandenburg, ohio, 395u.s.44 19691 الصادرة

(1) د. الشافعي، مرجع سابق، ص ٢٦٠

(2) د. جعفر عبد السلام، مرجع سابق، ص ١١٢.

(3) د. الشافعي بشير، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

عن المحكمة العليا الأمريكية التي تتلخص وقائعها في أن قائد حزب وجه خطاب وبناء على ذلك تم توجيه اتهام له بخرق قانون ولاية أوهايو المتعلق بالجماعات أو التنظيمات الإجرامية الذي يحظر التحريض على الجريمة والعنف كوسيلة لتحقيق التغيير أو الإصلاح السياسي أو الاقتصادي، وفي هذه القضية حكمت المحكمة بعدم دستورية هذا القانون، بون الأخذ بالاعتبار ما إذا كان ما إذا كان المتهم في خطابه قد خالف القانون، وأقرت المحكمة متطلبات جديدة على التشريعات التي من هذا القبيل التي يفترض بالمشرع الالتزام بها، حتي يكون الكلام أو الخطاب الذي يحرض على العنف أو على ارتكاب الجرائم يشكل قيدا على حرية التعبير، وهذه المتطلبات ما يلي:

١- أن يكون الكلام " موجها بهدف التحريض أو القيام بأفعال وشيكة الوقوع ومخالفة للقانون.

٢- أن يؤدي هذا الكلام بالفعل إلى التحريض أو القيام بأعمال مخالفة للقانون.

وفي قضية أخرى، بوند ضد فلوريدا ١٩٦٦ (Bondv.fbyd,385u.s.116, 1960) التي تتعلق بالتحريض على استعمال العنف أو التحريض على مخالفة القانون، طيقت المبادئ التي قررتها في القضية السابقة، وتتخلص وقائع هذه القضية بقيام بوند (وهو عضو مجلس نواب ولاية جورجيا. ومعارض للحرب الأمريكية الفيتنامية) بالاشتراك مع مجموعة في ضياغة عريضة تتعاطف وتدعم غير الراغبين في الاستجابة للتجنيد للحرب، على إثر ذلك، وبقرار من مجلس نواب الولاية، تم استبعاد بوند من عضوية المجلس بحجة مخالفته لليمين باحترام دستور ولاية جورجيا ودستور الولايات المتحدة الأمريكية. وقد حكمت المحكمة العليا الأمريكية بعدم دستورية هذا الاستبعاد بسبب خرقه لحق التعبير المكفول بالدستور الأمريكي وعليه فلا يمكن معاقبته بسبب ما صرح به لأنه (بوند) لم يهدف التحريض غير القانوني على رفض الانضمام للتجنيد للحرب، وليس له أثر وشيك الوقوع برفض التجنيد، وإنما دعوة عامة لبيان الموقف المعارض لهذه الحرب<sup>(١)</sup>.

١ ( أ. محمد فوزي الخضر، مرجع سابق، ص ٦٥.

## ثانياً: النظام العام:

مفهوم النظام العام هو في حد ذاته فكرة غامضة ولذلك يفضل تضييق المصطلح واستبداله به " منع الفوضي والجريمة " وهو المصطلح المستخدم في الاتفاقية الأوروبية. أياً ما كان الأمر فإن عناصر النظام العام المتفق عليها بين الفقهاء (الاخلاق والصحة العامة والسكينة العامة) وهذا ما سنتعرض إليه على النحو التالي:

١- الصحة العامة: هي " الأوضاع الضحية للشعب بأكمله أو الجماعة ككل وانعدام الأمراض والأوبئة وأسباب الوفاة أي سلامة الأوضاع الصحية للجماعة " وتتص المعايير الدولية على أن الاجراءات الهادفة لحماية الصحة العامة ينبغي أن تكون: " مبنية على الدليل وأن تكون متناسبة من أجل ضمان التزام حقوق الإنسان " (١). ففي الحالات النادرة التي تشكل تهديداً لصحة الأشخاص قد يكون من المناسب فرض قيود على تجمعات الأشخاص داخل الجمعيات، ولكن لا ينبغي عمل ذلك ما لم يتم فرض قيود مماثلة على التجمعات في الأماكن الأخرى.

وبالتالي قبل أن يكون التقييد مبرراً على أساس الحاجة إلى حماية الصحة العامة، ينبغي أن تكون هناك نفس التقييدات قد استعملت في الماضي أيضاً على الحضور في المدارس والحفلات والفعاليات الرياضية والأنشطة الأخرى التي يجتمع فيها الناس عادة (٢).

٢- حماية الأخلاق والآداب: الأفراد لا يعيشون في عزلة، فلا ينبغي فقط أن يحترموا حقوق الغير وحرية، بل أن يحترموا أيضاً القواعد الأخلاقية التي يسلم بها المجتمع. ويقصد بالآداب مجموعة القواعد الخلقية التي يعتبرها الناس في أمة معينة وفي جيل معين المعيار الخلفي أو القاموس الأدبي الذي يسود مجتمعاتهم ويضبط علاقاتهم الاجتماعية، ويلزمون باحترامها ولا يجوز الخروج عليها باتفاقات خاصة. ويتوجب على الدولة أن تظهر أي قيود من أجل

1 ( مبادئ توجيهية بشأن الحق في حرية التجمع السلمي (الطبعة الثانية)، مرجع سابق، ص ٤٥.

2 ( تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات A/HRC/26/29، مرجع سابق، الفقرة (٦٤).

حماية " الأخلاق العامة " تعد قيود ضرورية من أجل الحفاظ على احترام القيم الأساسية. كما أشارت الهيئات الدولية المعنية بحقوق الإنسان كذلك إلى أن مفاهيم الآداب " الأخلاقيات " Ethic هي مفاهيم ما زالت في طور التطور المستمر، إلا أن أي قيود " ينبغي أن تفهم على ضوء عمومية حقوق الإنسان وعلى ضوء مبدأ عدم التمييز ". ويمكن فرض القيود عندما يصبح المعيار الخلقي أو الناموسي الأدبي في خطر شديد. وفي هذا الصدد نرفض تفسير اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن الإشارة إلى لفظ " الجنس " في الفقرة (١) من المادة ٢ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تفهم على أساس شمولها " للميل الجنسي " أو " الهوية الجنسية ". وانعطافا على ذلك أوضحت اللجنة أنه لا يجوز فرض أي قيود على الحقوق المحمية بموجب العهد، في حال، كان العهد يجيز هذه القيود، لأغراض تمييزية أو تطبيقها بطريقة تمييزية. ولذلك، فإن الأحكام التي تقيد أو تحظر حق فئة معينة في حق تكوين الجمعيات، لأسباب تمييزية، من قبل الميل للجنس أو الهوية الجنسية، هي أحكام غير مسموح بها بموجب العهد ويجب أن يعاد فيها النظر بهدف الغائها (٢). ونشيد بما يشهده العالم مؤخرا من موجة القوانين التي تحظر تكوين المنظمات التي تدعو إلى " الدعاية للعلاقات الجنسية غير التقليدية "، ومن هذه التشريعات، قانون حظر زواج المثليين في نيجيريا، ففي مطلع ٢٠١٤، وقع رئيس نيجيريا قانون (حظر) زواج المثليين، الذي يحظر زواج مثليي الجنس ويحرم التسجيل في نوادي أو جمعيات أو منظمات أو مسيرات أو اجتماعات المثليين أو ادارتها أو المشاركة فيها أو دعمها أو الجهر بالعلاقات الغرامية المثلية، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر.

### ثالثاً: الأمن القومي:

الأمن القومي هو الوضع أو القدرة على مقاومة أعمال عدائية أو مدمرة من الداخل أو الخارج، فيعنى سلامة الجماعة واستقرارها

1 ( المرجع السابق، الفقرة (٦٤).

2 ( المرجع السابق، الفقرة (٦٤).

والتدابير التي تتخذ من الدولة لحماية الأراضي والاستقلال الوطني من أي خطر خارجي، أو أي نشاط عنف يضر بوجود الدولة ذاتها، مع الأخذ في الحسبان أن حرية التعبير وحق تكوين الجمعيات لا يعد تهديداً للأمن القومي إلا إذا ثبت أن هناك علاقة مباشرة بين التعبير والتجمع واحتمال أو وقوع العنف وينبغي على الدولة أن تظهر "بطريقة محددة وعلى أساس كل حالة على حدة الطبيعة الواضحة لذلك التهديد وضرورة تناسبية الإجراءات المحددة المتخذة وعلى الأخص من خلال إيجاد رابط مباشر وفوري بين التعبير والتهديد المحتمل بالإضافة لذلك ينبغي تدعيم ذلك بالدليل وينبغي ألا يكون الأمر خاضعا للتكهنات والتخمينات. وفي قضية بارنكفيس ضد روسيا (٢٠٠٧)، الفقرة (٣٣)، أكدت المحكمة: "أن مجرد وجود خطر ما يعد أمر غير كافيا لمنع التجمعات السلمية على السلطات عند تقييم الوضع أن تقوم بوضع تقديرات ملموسة حول النطاق المحتمل للاضطرابات التي قد تحدث من أجل تقييم حجم الموارد الضرورية لتحديد خطر حدوث صدمات عنيفة". وفي قضية ستانكوف وبوام، السنديس ضد بلغاريا (٢٠٠١)، الفقرة (٩٧) ذكرت المحكمة: أن الإجراءات الشاملة ذات الطبيعة الوقائية من أجل كبح حق التجمع وحرية التعبير عدا في حالات التحريض أو رفض المبادئ الديمقراطية- وبغض النظر عن وجهات النظر أو الكلمات المعينة التي قد تكون صادمة وغير مقبولة للسلطات لى إجراءات غير مشروعة ولا تخدم الديمقراطية بل وتعرضها للخطر". وفي قضية بلاتفورم ضد النمسا (١٩٩٨) الفقرة ٣٢ ذكرت المحكمة الأوروبية أنه وفقا للمادة (٢/١٠) حرية التعبير "...لا تنطبق فقط على "المعلومات" أو "الأفكار" التي يتم تلقيها بارتياح أو تعتبر مسيئة أو تكون عرضة للامبالاة ولكن أيضا لهؤلاء الذين يسيئون أو يصدمون أو يزعجون الدولة أو أي فئة من السكان. هذه هي متطلبات التعددية والتسامح والأفق الواسع والتي بدونها لا يوجد، مجتمع ديمقراطي"<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: قانون حرية التجمع السلمي، فبراير ٢٠١٣م ملخص عام، من منشورات منظمة المادة ١٩، منشور على موقع [www.article19.org](http://www.article19.org)، ص ١١-١٢.

ومن الملاحظ أن مفهوم الأمن القومي بدأ يتجاوز المفهوم العسكري للخطر في الآونة الأخيرة. ويربط بينه وبين الرفاهية الاقتصادية، والتوازن السياسي للدولة أو لمجموعة من الدول، وتأمين مصالحها ضد الأخطار التي تهددها داخليًا وخارجيًا. ويكون أي قيد تضعه الدولة لحماية الأمن القومي مشروعًا إذا كان من أجل حماية "وجدان البلدان، أو سلامة وحدة أراضيها ضد استخدام القوة أو التهديد باستخدامها"، إما من مصدر خارجي كالتهديد العسكري، أو مصدر داخلي مثل "التحريض على العنف أو قلب نظام الحكم". وعلى الجانب الآخر، لا تعد حماية الحكومة من "الهرج أو الفضح" حماية للأمن القومي. وفي قضية بلاتفورم ضد النمسا (١٩٩٨) الفقرة ٣٢ ذكرت المحكمة الأوروبية أنه وفقا للمادة (٢/١٠) حرية التعبير "... لا تنطبق فقط على "المعلومات" أو الأفكار" التي يتم تلقيها بارتياح أو تعتبر مسيئة أو تكون عرضه للإبلاه ولكن أيضا لهؤلاء الذين يسيئون أو يصدمون أو يزعجون الدولة أو أي فئة من السكان. هذه هي متطلبات التعددية والتسامح والأفق الواسع والتي بدونها لا يوجد، مجتمع ديمقراطي" (١).

عادة ما يتم تفسير مسألة الأمن القومي بشكل واسع جدًا فيما بحق تكوين الجمعيات، أن مبادئ سيراكوزا الخاصة بنصوص التقييد والانتقاص عن الأحكام الواردة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تحد من الاعتماد على أساس الأمن القومي لتبرير فرض قيود على حرية التعبير والتجمع. والأحكام الواردة في الجزء السادس "الأمن القومي" تنص على (٢).

29 - لا يجوز التذرع بالأمن القومي لتبرير التدابير التي تحد من حقوق معينة إلا إذا تم اتخاذها لحماية وجود الأمة أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي من خطر استعمال القوة أو التهديد باستخدامها.

- 1) المرجع السابق، ص ١١-١٢.
- 2) مبادئ سيراكوزا حول القيود والأحكام التنفيذية في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، ٢٨ سبتمبر ١٩٨٤م.

30 - لا يمكن التذرع بالأمن القومي كسبب لفرض القيود لمنع التهديدات المحلية فقط أو معزولة نسبياً عن القانون والنظام.

31- لا يمكن استخدام الأمن القومي كذريعة لفرض قيود غامضة أو تعسفية. ولا يمكن الاحتجاج بها إلا عند وجود ضمانات كافية وسبل انتصاف فعالة ضد التعسف.

32- يقوض الانتهاك المنهجي لحقوق الإنسان الأمن القومي الحقيقي ويمكن أن يهدد السلم والأمن الدوليين. لا يجوز للدولة المسؤولة عن ارتكاب مثل هذا الانتهاك الاحتجاج بالأمن القومي لتبرير تدابير ترمى إلى قمع المعارضة لمثل هذه الانتهاكات أو على ارتكاب الممارسات القمعية ضد سكانها.

وبالمثل: المبدأ من مبادئ جوهانسبرغ بشأن الأمن القومي وحرية التعبير والوصول إلى المعلومات يحدد أبعاد واضحة لفرض قيود على حرية التعبير في مصلحة الأمن القومي، وينص على أنه: "لا يجوز معاقبة التعبير باعتباره تهديداً للأمن القومي إلا إذا تمكنت الحكومة من إثبات الآتي:

(أ) المقصود من التعبير هو التحريض على العنف الوشيك؛

(ب) فمن المحتمل أخذت أعمال العنف هذه، و

(ج) هناك اتصال مباشر وفوري بين التعبير واحتمال أو

حدوث هذا النوع من العنف"<sup>(1)</sup>.

ويجدر التنويه إلى أن السنوات الأخيرة شهدت التذرع بحماية سيادة الدولة أو القيم التقليدية للدولة من التدخل الأجنبي في سبيل تقييم التمويل الأجنبي أو إطلاق حملات التشهير ضد الجهات التي تتلقى تمويلاً أجنبياً. ونعت هذا التمويل عمداً بأنه شكل جديد من أشكال الامبريالية أو الاستعمار الجديد وتعرضت الجهات المتلقية له للسلب والوصم ولضروب المضايقة. ولهذا الاتجاه تأثيره الخطير على عمل

(1) المبدأ (6) من مبادئ جوهانسبرغ بشأن الأمن القومي وحرية التعبير والوصول إلى المعلومات، مرجع سابق.



الجهات الفاعلة في المجتمع المدني ناهيك عن قدرتها على تلقي التمويل حيث أن ذلك يردعها عن التماس التمويل الأجنبي. وهذه الحالة مثيرة للجزع الكبير للجمعيات التي تقوم بتعزيز حقوق الإنسان والإصلاحات الديمقراطية التي هي تتهم "بالخيانة" أو "بالدعوة إلى تغيير النظام" (1).

ومن المفارقات أن البعض من الدول التي تضم الجمعيات التي تمول تمويلًا أجنبيًا في بلدانها هي تتلقى في حد ذاتها تمويلًا أجنبيًا (في شكل قروض ومساعدة مالية أو انمائية). وذلك بمبالغ أكبر بكثير من المبالغ التي تتلقاها منظمات المجتمع المدني في بلدانها. وهناك دول أخرى تكون هي نفسها التي توفر التمويل لجمعيات في الخارج، والحال أنها ترفض التمويل الأجنبي للجمعيات القائمة في بلدانها. ولكن ما هو واضح أن هذه الاتجاهات الجديدة لها تأثير محسوس على

(1) على صعيد الاتحاد الروسي، على سبيل المثال، اعتمد قانون جديد في تموز/يوليه ٢٠١٢ يقضي من المنظمات التي لا تتوخى الربح والممولة تمويلًا أجنبيًا المنخرطة في "أنشطة سياسية". وهذا القانون وصف عمومًا بأنه يشكل محاولات للتأثير على اتخاذ القرارات الرسمية أو على تشكيل رأي عام لهذا الغرض. أن تسجل باعتبارها منظمات تؤدي وظائف عملاء أجنبي. وهذا يعتبر في روسيا مرادفًا "للجاسوس الأجنبي". واعتماد هذا القانون تلت سلسلة من عملية مراجعة حسابات هذه المنظمات بما في ذلك منظمات المجتمع المدني، واصفة إياها بأنها من العملاء الأجانب بسبب التمويل الأجنبي الذي يدعى أن البعض منها قد تلقاه. وفي اثيوبيا، لا يقتصر التشريع على منع الجمعيات العاملة في مجالات الدفاع عن الحقوق من تلقي مبلغ يزيد على ١٠ في المائة من تمويلها من ميزانيتها لأنشطة برنامجية وما لا يزيد على قدرة الأشخاص على تكوين وتشغيل الجمعيات بصورة فعالة وقد كان مثار جزع كبير عبرت عنه هيئات معاهدات عديدة تابعة للأمم المتحدة. وفي هذا المضمار، فإن القانون المتعلق بالجمعيات الذي اعتمد في كانون الثاني/يناير ٢٠١٢ في الجزائر، يحظر على الجمعيات تلقي تمويل في شكل هبات أو تمويل من منظمات غير حكومية أجنبية ما لم تكن هناك علاقة "تعاونية قائمة مع هذا الكيان الأجنبي" وذلك رهنا بالموافقة المسبقة من السلطات المعنية القائمة. انظر: تقرير المقرر الخاص المعنى بالحقوق في حرية التجمع السلمي والحقوق في تكوين الجمعيات-الصادد عن مجلس حقوق الإنسان-الدورة الثالثة والعشرون-ب تاريخ ٢٤ أيار/ماي ٢٠١٣، a/hrc/23/39، مرجع سابق، الفقرات (٢٧-٢٩).

المجتمع المدني حيث أنها لم تفسر عن قيود وضعت على التمتع بحق تكوين الجمعيات فحسب ولكنها أفضت أيضا إلى المزيد من الانتهاكات حقوق الإنسان (١).

وسعياً وراء تحليل ما إذا كانت هذه القيود التي تفرض بداعي حماية سيادة الدولة هي قيود متفقة مع القانون الدولي لحقوق الإنسان يجب بدايةً تقصي ما إذا كانت تقوم على أساس من الأسس المشروعة لوضع القيود. وحماية سيادة الدولة ليس وارداً باعتباره من المصالح المشروعة ضمن العهد، ويشدد المقرر الخاص المعنى بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات على أنه ليس بالإمكان أن تشير الدول إلى أسس إضافية ولو كانت هي الأسس التي ينص عليها التشريع المحلي ولا أن تفسر تفسيراً فضفاضاً الالتزامات الدولية لتقييد الحق في تكوين الجمعيات. وهو يرى أن مثل هذا التبرير لا يمكن، من وجهة نظر المعقول، أن يندرج في إطار "مصالح الأمن القومي أو السلامة العامة" أوحى "النظام العام". ويؤكد أن الأمن القومي يتعرض للتهديد حينما تتلقى جمعية تمويلًا من مصدر أجنبي فيغدو ذلك مثاراً للتضليل وتشويه الحقائق إلى جانب كونه يتعارض مع القانون الدولي لحقوق الإنسان (٢).

ويدعو قرار مجلس حقوق الإنسان 6/22 الدول إلى كفالة "ألا يجرم أي قانون أنشطة الدفاع عن حقوق الإنسان أو يزعج الشرعية عن هذه الأنشطة بداعي منشأ تمويلها". ويقتضى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من الدول أن تتخذ بمفردها وعن طريق المساعدة والتعاون الدوليين (...) وبالأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة، ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد "وتقرن هذه المادة بالمادة ١١ من العهد نفسه التي تنص على أن تتعهد الدول باتخاذ التدابير اللازمة لإنفاذ هذا الحق معترفة في هذا الصدد بالأهمية الأساسية للتعامل

(1) المرجع السابق، الفقرة (٢٩).

(2) المرجع السابق، الفقرة (٣٠).

الدولي القائم على الارتضاء الحر". ومعنى هذا أن على عائق الدول التزام بحشد الموارد المتاحة علي صعيد المجتمع ككل فضلا عن الموارد التي يتيحها المجتمع الدولي . ومن ثم فإن القيود التي تفرض على التمويل الأجنبي بذريعة الحفاظ على سيادة الدولة يمكن أن تشكل انتهاكا للترزام الدول باحترام وحماية وأداء هذه الحقوق حيث أن ذلك يعد تقصيرا من جانب الدولة في حشد أقصى قدر من الموارد عن طريق المساعدة والتعاون الدوليين. وهذا هو أيضا مقصد مبادئ ماستريخت التوجيهية المتعلقة بانتهاكات الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والتي تنص على أن انتهاكات هذه الحقوق تشمل بوجه خاص: "اعتماد تشريعات أو سياسات تتعارض بوضوح مع الالتزامات القانونية القائمة سابقا والمتصلة بتلك الحقوق (...)"؛ واعتماد أية تدابير تراجعية تقلص من نطاق ضمان حق ذي صلة"<sup>(1)</sup>

ثم أن حماية سيادة الدولة ليست ذريعة غير شرعية فحسب، بل هي حجة واهية لا تستجيب لشرط المجتمع الديمقراطي. وعبارة "المجتمع الديمقراطي" تلقي بالعبء علي عائق الدول التي تعتمد إلى فرض قيود لكي تثبت أن تلك القيود لا تضر بمبادئ "التعددية والتسامح والانفتاح الفكري". ومن ثم فإن عبارة "المجتمع الديمقراطي" تلقي بالعبء على عائق الدول إلى فرض قيود لكي تثبت أن تلك القيود لا تضر بمبادئ "التعددية والانفتاح الفكري". والجمعيات، سواء كانت ممولة تمويلا محليا أم أجنبيا، يجب أن تكون حرة في الترويج لأفكارها وحتى للأفكار التي تتبناها الأقليات والأفكار المخالفة. وأن تواجه الحكومات معتدة بسجلها المتعلق بحقوق الإنسان وأن تنظم الحملات الرامية إلى الإصلاحات الديمقراطية دون اتهامها بالخيانة. وبغير ذلك من عبارات التشهير. وينبغي للسلطات أن تنظر إلى الأراء المخالفة على أنها فرصة

---

(1) مبادئ ماستريخت التوجيهية المتعلقة بانتهاكات الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (ماستريخت ٢٢\_٢٦ كانون الثاني /يناير ١٩٩٧)، ال فقرة ١٤ (د) والفقرة (هـ)، مشار إليه تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات a/hrc/23/39، مرجع سابق، الفقرات (٣١-٣٢).

للحوار وللتفاهم المتبادل. وتأكيداً لهذا المبدأ، قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن "لأي منظمة أن تشن حملة لأجل التغيير في الهياكل القانونية والدستورية للدولة إذا ما كانت السبل المستوحاه لغاية كهذه هي سبل قانونية وديمقراطية من جميع الأوجه وإذا ما كان التغيير المقترح في حد ذاته متماشياً مع المبادئ الديمقراطية الأساسية".  
وترتبطاً على ما أسلفنا ذكره. فإن الأسس المحددة في المواثيق الدولية والاقليمية لفرض قيود على الجمعيات تعكس مبدأ "الاهداف المشروعة" (أي الأمن القومي أو النظام العام أو حماية الصحة والأخلاق والآداب أو حقوق وحريات الآخرين)، ولكن يلجأ عدد كبير من النظم الاستبدادية - أساساً ولكن ليس على سبيل الحصر وبشكل يدعو للقلق إلى استخدام التدابير القانونية والتنظيمية لتقييد الجمعيات وفرض قيود عليه. وتندرج العقوبات القانونية تحت سبع فئات: -

#### عقبات أمام المؤسسون المؤهلون:

ينبغي أن يكون غير المواطنين في نجوة من انتهاك حقهم في تكوين الجمعيات. وفي حين أن جميع البشر يحق لهم المساواة في الكرامة والحقوق، فإنه يجوز للدول أن تضع فوارق طفيفة بين المواطنين وغير المواطنين فيما يتعلق بالحقوق السياسية المكفولة صراحة للمواطنين وحرية التنقل. غير أن هناك بونا شاسعاً فيما يتعلق بغير المواطنين بين الحقوق التي يكفلها لهم القانون الدولي لحقوق الإنسان والواقع الذي يواجهونه. ففي كثير من البلدان، يواجه غير المواطنين مشاكل مؤسسية مستعصية، تكاد جميع فئات غير المواطنين تواجه التمييز الرسمي وغير الرسمي، وربما توجد، في بعض البلدان، ضمانات قانونية تكفل المساواة في المعاملة والاعتراف بأهمية غير المواطنين في تحقيق الرخاء الاقتصادي، لكن غير المواطنين يصادفون واقعاً اجتماعياً وعملياً مناوئاً. فهم يعانون من كره الأجانب والعنصرية والتحيز القائم على أساس نوع الجنس والحوازر اللغوية والعادات الغربية، وعدم التمثيل السياسي، وصعوبة اعمال حقوقهم السياسية والمدنية... ولاسيما الحق في تكوين الجمعيات. وسوف نبين ذلك على النحو الآتي:

أ- غير المواطنين (دون الجنسية، اللاجئون، طالبوا اللجوء، المهاجرون والسياح):

المواطنون هم الأشخاص الذين تعترف الدولة بأن لهم صلة فعلية ويخول القانون الدولي عموماً لكل دولة صلاحية تحديد من له أهلية المواطنة. وتكسب الجنسية عادة بالولادة في البلد (وهو ما يعرف بحق الدم)، أو بالتجنس أو بمزيج من الطريقتين<sup>(١)</sup>. وغير المواطن هو الشخص غير المعترف بوجود هذه الروابط الفعلية بينه وبين البلد الذي يقطن فيه. وهناك فئات مختلفة من غير المواطنين منهم المقيمون الدائمون والمهاجرون واللاجئون وطالبوا اللجوء وضحايا الاتجار بالبشر والطلاب الأجانب والزوار المؤقتون وفئات أخرى من غير المهاجرين أو عديمي الجنسية. ومع أن كل فئة من هذه الفئات قد تكون لها حقوق مستندة إلى أنظمة قانونية مستقلة، فإن المشاكل التي يواجهها معظم غير المواطنين، أو ربما كلهم متشابهة جداً وهذه الهموم المشتركة يعانها ما يناهز ١٧٥ مليون شخص في أرجاء العالم - أو ما يعادل ثلاثة في المائة من سكان المعمورة.

يقتضي القانون الدولي لحقوق الإنسان أن غير المواطنين يستفيدون من الحق في تكوين الجمعيات. ولذلك فمن المهم أن يوسع القانون مفهوم حق تكوين الجمعيات، ليس ليشمل المواطنين فحسب، بل أيضاً الأشخاص عديمي الجنسية واللاجئين<sup>(٢)</sup> والأجانب وطالبوا

(١) مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان (حقوق غير المواطنين)، مرجع سابق.

(٢) اللاجئ كما نصت عام ١٩٥١ الاتفاقية المتعلقة بوضع اللاجئين هو "كل شخص يوجد بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للإضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف، أن يستظل بحماية ذلك البلد.....". وتنص المادة ١٥ من الاتفاقية فيما يتعلق بحق الانتماء للجمعيات " تمنح الدول الموقعة للاجئين المقيمين بصورة نظامية في إقليمها، بصدد الجمعيات غير السياسية وغير المستهدفة للربح والنقابات المهنية، أفضل معاملة ممكنة تمنح، في نفس الظرف لمواطني بلد أجنبي ".

للجوء والعمال المهاجرين<sup>(١)</sup> والسياح. ولكن قوانين الجمعيات والقوانين الأمنية الأخرى تقيد هذا الحق. ففي بلدان قليلة تطبق أنظمتها الخاصة بتكوين الجمعيات على الجميع بمن فيهم الأجانب (حسبما يرد صراحة في قانون الجمعيات في تركيا وليبيا وسوريا)<sup>(٢)</sup>. وفي بلدان أخرى، ينظم حق الأجانب في تكوين الجمعيات تنظيمًا صارمًا بأحكام خاصة (حسبما يرد صراحة في قانون الجمعيات في ماليزيا وتايلاند وقطر والأردن)<sup>(٣)</sup> وفي بلدان يندرج الحق في تكوين الجمعيات لتغير المواطنين ضمن مفهوم "الجمعيات الأجنبية" والذي لا يشمل الجمعيات التي تقع مقارها خارج البلد المغني وحسب بل يشمل أيضًا الجمعيات العاملة في ذلك البلد التي يشغلها الأجانب أو يشكلون عضويتها (حسبما يرد صراحة في قانون الجمعيات في أراضي

- 1) العامل المهاجر وفقاً للفقرة ١ من المادة ١١ من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ٩٧ هو "شخص يهاجر من بلد إلى آخر بغية الشغل لحسابه الخاص، ويشمل (تعبير العامل المهاجر) أي شخص يقبل قانوناً بوصفه عاملاً مهاجراً".
- 2) ففي تركيا، ينص قانون الجمعيات رقم ٥٢٥٣ لسنة ٢٠٠٤ على أنه "يحق للشخص الطبيعي أو الكيان الاعتباري القادر على التصرف إنشاء الجمعيات دون حاجة للحصول على إذن مسبق" المادة ٣. ويعتبر الوضع في ليبيا وسوريا مشابهها من الناحية القانونية، فالمادة ٣ من القانون الليبي رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ والمادة ٣ من القانون السوري رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ تقران بحق غير المواطنين بتكوين الجمعيات.
- 3) في ماليزيا وتايلاند، يسمح القانون للمواطنين فقط بتأسيس الجمعيات، مما يحرم اللاجئين والعمال المهاجرين والأشخاص دون جنسية من الحق في تكوين الجمعيات. إضافة لذلك، في قطر، يشترط في مؤسسي أي جمعية ليس فقط أن يكونوا مواطنين قطريين، بل أيضاً أن يتمتعوا "بحسن السيرة والسلوك"، الأمر الذي يخول الإدارة سلطة تقديرية واسعة لرفض تأسيس أي جمعية. وفي الأردن، يجد قانون الجمعيات رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٨ وتعديلاته الصادرة في يوليو / تموز ٢٠٠٩ من حق الأجانب في تكوين الجمعيات فاستناداً إلى المادة ٧ من القانون، يجب أن يكون أعضاء الجمعية المؤسسون مواطنين أردنيين. غير أن المادة ١١ تنص بأنه "يجب على المجلس (مجلس الجمعية)، الحصول على موافقة مجلس الوزراء على طلب التشغيل إذا كان من بين الأعضاء المؤسسين للجمعية شخص اعتباري أو شخص غير أردني. كما أن تسجيل الجمعيات يمكن أن يستغرق مدة تصل إلى ٧٥ يوماً نظراً لتعقيد عملية التسجيل. ويمتلك مسجل الجمعيات الحق في رفض أي طلب دون ابداء المبررات.

السلطة الفلسطينية والمغرب ولبنان) (١) وفي بلدان يحظر حق العمال المهاجرين في تكوين الجمعيات (حسبما يرد صراحة في الأردن ولبنان) (٢).

ومن المسلم به أن القانون الدولي، يسمح بالفعل ببعض القيود المتعلقة بالمواطنة على حقوق سياسية معينة مثل الحق في التصويت وإمكانية شغل منصب سياسي. ولكن هذا السبب تحديداً هو ما يدعو إلى وجوب ضمان الدول ألا يجرّد المهاجرون من حقوق أساسية

(1) تشير لفظة "الجمعية غير الحكومية الأجنبية" في العادة إلى جمعية غير حكومية يقع مقرها خارج البلاد المعنى. غير أن القانون الساري على "الجمعيات غير الحكومية الأجنبية" في بعض البلدان ينطبق أيضاً على الأجانب. ومن الأمثلة على ذلك أراضي السلطة الفلسطينية حيث يرد تعريف الجمعية أو الهيئة الأجنبية في المادة ٢ من قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية لسنة ٢٠٠٠ بأنها "أية جمعية أو هيئة غير حكومية يقع مقرها أو مركز نشاطها الرئيسي خارج الأراضي الفلسطينية أو كانت أغلبية عدد أعضائها من الأجانب". والمغرب مثال آخر حيث يعرف القانون الجمعيات للأجنبية بأنها "الهيئات التي له أي مميزات جمعية ولها في الخارج أو يكون لها مسيرون أجانب أو نصف الأعضاء من الأجانب أو يديرها بالفعل أجانب ومقرها في المغرب" (المادة ٢١)، وفي تونس تعرف الجمعية الأجنبية بأن "لها مقر اجتماعي بالخارج أو بالبلاذ التونسية وتشرف على تسييرها هيئة مدبرة يتركب نصفها على الأقل من الأجانب" (المادة ١٦ من القانون التونسي رقم ١٥٤-٥٩ المؤرخ في ٧ نوفمبر ١ تشرين الثاني ١٩٥٩، وفي لبنان المادة ٤ من القرار رقم ٣٦٩ المؤرخ في ٢١ ديسمبر ١ كانون الأول ١٩٣٩ والذي لا يزال سارياً إلى اليوم ينص على أن الجمعيات الأجنبية هي "جماعات لها مميزات الجمعيات ومركزها الأساسي في الخارج، أو الجمعيات التي يقع مركزها في لبنان أو سوريا وهي تنتمي لجمعيات أو جمعيات أجنبية، أو يديرها بالفعل أجانب أو ربح أعضائها على الأقل من الأجانب".

(2) لا يسمح الأردن للعمال المهاجرين بالانضمام إلى النقابات العمالية ولهذا فإنهم ممنوعون من الانضمام للنقابات الوطنية، ولقد عرض على البرلمان في عام ٢٠٠٩ مشروع قانون معدل يسمح للعمال المهاجرين بالانضمام إلى النقابات العمالية ولكن لم يتم إقراره. وفي لبنان يحصر قانون العمل لسنة ١٩٦٤ حق الانضمام إلى النقابات العمالية فيمن يحملون الجنسية اللبنانية. وتتص المادة ٩١ من القانون "يشترط فيمن يريد الانتساب إلى النقابة: (١) أن يكون من الجنسية اللبنانية متمتعاً بحقوقه المدنية....."، ووفقاً لأحكام القانون، لا يتمتع العمال المهاجرون بالحق في الانضمام إلى النقابات اللبنانية. ولمسجل الجمعيات الحق في رفض أي طلب دون ابداء المبررات.

أخرى، لا سيما الحق في تكوين الجمعيات فعدم حصول الفرد على الجنسية أو على وضع قانوني لا يعني حرمانه تماماً من أي رأي في الشؤون السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية لبلد إقامته. وإلى حد ما، فإن الفئات المحرومة من الحقوق المرتبطة بالأنشطة السياسية مثلًا التصويت وشغل المناصب العامة تحتاج أكثر إلى سبل بديلة للمشاركة في المجال العام. وتعد الجمعيات أداة مهمة لسماع آراء الفئات التي لا يسمع صوتها إلا بهذه الطريقة<sup>(١)</sup> ويشير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات<sup>(٢)</sup> إلى أن عدم توفير أي متنفس للفئات المستبعدة من الحياة السياسية للتعبير عن مظالمها يمكن أن يؤدي إلى نتائج عكسية ويسفر عن عواقب وخيمة. وفضلاً عن ذلك، فإن تلك القيود يمكن أن تعززي أو تعزز ثقافة

1) تقرير المقرر الخاص للمعني بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات - مايناكياي - الصادر عن حقوق الإنسان، الدورة السادسة والعشرون بتاريخ ١٤ أبريل ٢٠١٤ A/HRC/20/29، الفقرة (٢٥).  
2) حتى وقت قريب جداً لم يكن هناك آلية خاصة في الأمم المتحدة معنية تحديداً بحرية التجمع والحق في تكوين الجمعيات. وكانت تتم معالجة الموضوع من خلال اللجنتين المشرفتين على العهدين الدوليين بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية. كما لمنظمة العمل الدولية دور وخبرات هامة وآليات رقابية متخصصة وإجراءات ذات أهمية كبرى في حماية حرية التجمع فيما يتعلق بالحرية الرقابية. ولقد عالج العديد من المقررين الخاصين في الأمم المتحدة هذا الحق أيضاً إلا أنه وادراكاً لضرورة وجود آلية متخصصة لهذا الحق الهام، تبنى مجلس حقوق الإنسان القرار 21 / 15 فى جلستها الخامسة عشر فى الأمم المتحدة فى ٣٠ سبتمبر / أيلول ٢٠١٠ يعين بموجبه المجلس مقراً خاصاً معنياً بالحق فى حرية التجمع السلمي وفى تكوين الجمعيات والمقرر الخاص خبير مستقل يعينه مجلس حقوق الإنسان لكي يبحث وضعاً قطرياً أو موضوع حقوق الإنسان مجدداً ويقدم تقريراً عنه إلى المجلس. وهذا المنصب شرفى والخبير ليس موظفاً لدى الأمم المتحدة ولا يقاضى أجراً عن عمله، والمقرر الخاص جزء من الإجراءات الخاصة لمجلس حقوق الإنسان وتجر الإشارة إلى القرار رقم ٢١ / ١٥ الخاص بإنشاء ولاية المقرر الخاص المعنى بالحق فى حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات اعتمد بدون تصويت أى بموافقة كافة الدول الـ ٤٧ التى يتكون منها مجلس حقوق الإنسان، ومن بينها سبع دول عربية هي: الأردن، البحرين، قطر، السعودية، جيبوتى، ليبيا، موريتانيا وتم تعيين - مايناكياي - أول مقرر خاص بالحق فى حرية التجمع وتكوين الجمعيات.



الصمت في أوساط الفئة المستبعدة مما يزيد من خطر تعرضهم للانتهاكات والاعتداءات التي قد تمر دون الإبلاغ عنها والتحقيق فيها ومعاقبة مرتكبيها (١).

ومن الممكن أن تنشأ مشاكل حتى في الدول التي يحمي فيها القانون حق غير المواطنين في التجمع. فقد تلقى المقرر الخاص المعني بالحق في تكوين الجمعيات تقارير تفيد بأنه في قبرص -على سبيل المثال- تحظر بعض عقود التوظيف في القطاع الخاص على المهاجرين المشاركة في أنشطة سياسية مما يجرد هذه الفئة فعلياً من حقهم في تكوين الجمعيات. وعلى الرغم من أن الأحكام التي تتضمنها عقود التوظيف في القطاع الخاص لا تشكل قيوداً تفرضها الدولة بشكل مباشر، فإن للدولة دوراً مهماً ومحورياً في حظر هذه القيود، وذلك برفضها أن تكون هذه القيود شروطاً تعاقدية صالحة بموجب القانون المحلي. ويذكر المقرر الخاص بأن على الدول الأعضاء مسؤولية تيسير الحق في تكوين الجمعيات وحمايته. وينبغي للدول أن تدقق في دورها الداعم -ولو عن قصد- للقيود التي يفرضها القطاع الخاص على هذا الحق ويجب ألا تستخدم آليات الدولة ومؤسساتها لتمكين الجهات الفعالة الخاصة من إلغاء الحقوق الأساسية (٢).

وعلى هدي ما تقدم وبموجب المعايير الدولية، يحق للدولة أن تحدد بعض الشروط عند تقديم الجمعية الأجنبية بطلب بممارسة أنشطتها، إلا أن تلك الشروط لا ينبغي أن تكون أكثر إرهاباً من تلك الخاصة بالجمعيات المحلية، كما أنه ينبغي أن تخضع للإطار القانوني نفسه الخاص بالجمعيات المحلية. فالدولة وإن كانت ملزمة بحماية حقوق الإنسان على وجه العموم، إلا أن عليها التزاماً آخر ينطوي على ضرورة حماية حقوق الأجانب، فإن لم تلتزم بهدف الحماية أو اخلت بها، استوجب الحال اثاراً مسئوليتها عن انتهاك أجهزتها لحقوق

---

1) تقرير المقرر الخاص للمعني بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات A/HRC/20/29، مرجع سابق، الفقرة (٢٦).

2) المرجع السابق، الفقرة (٣٩)

الأجنبي، ويجوز للدول الأخرى التي يحمل الأجنبي جنسيتها اثاراً مما يسمي بدعوى الحماية الدبلوماسية<sup>(١)</sup>.

(ب) الأقليات: في حين سكت اعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية وإلى أقليات دينية ولغوية<sup>(٢)</sup> الذي أورد حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية ودينية ولغوية عن تعريف الأقليات على الرغم من أن مواده التسع جاءت لتؤكد بأهمية الحفاظ على حقوق الأقليات ومساواتهم في الحقوق مع الأغلبية. ورغم أنه لا يوجد تعريف متفق عليه دولياً لمصطلح "أقلية" لكن على مستوى المجلس الأوروبي هناك تعريف مستخدم على نطاق واسع من قبل الجمعية البرلمانية للمجلس الأوروبي الذي من شأنه أن يسد الفراغ القانوني بصورة جزئية، فإن تعبير "أقلية قومية" يشير إلى جماعة من الأفراد داخل حدود دولة ما ويتميزون عن الأغلبية بأنهم:

- أ- يعيشون على إقليم الدولة ويحملون جنسيتها (المواطنة).
- ب- تربطهم بالدولة روابط ضاربة في القدم وقوية وباقية.
- ج- لديهم خصائص عرقية أو ثقافية أو دينية أو لغوية تميزهم.
- د- جماعة ممثلة بصورة كافية حتى وإن كانوا أقل عدداً من سكان الدولة أو أحد أقاليم الدولة.

هـ- يحركهم قلق مبعثه الحفاظ على الخصائص التي تجمعهم وشكل هويتهم المشتركة بما فيه ثقافتهم وتقاليدهم ولغتهم<sup>(٣)</sup>.

(1) انظر لمزيد من التفاصيل: أستاذنا الفقيه الأستاذ الدكتور مصطفى أحمد فؤاد، القانون الدولي العام-الجزء الثالث "القانون الدولي لحقوق الإنسان"، سنة ٢٠١٣، بدون طبعة، ص٤٧ وما بعدها.

(2) إعلان حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية أو إلى أقليات دينية ولغوية، تم اعتماده في الجلسة العامة الثانية والتسعين، ١٨ ديسمبر / كانون الأول ١٩٩٢.

(3) الجمعية البرلمانية التابعة لمجلس أوروبا، التوصية رقم ١٢٠١ لسنة ١٩٩٣ المرفقة بالبروتوكول الإضافي الخاص بحقوق الأقليات القومية للاتفاقية الأوروبية، مشار إليه حرية التجمع والتنظيم في المنطقة الأورومتوسطية. من منشورات الشبكة الأورومتوسطية لحقوق الإنسان، كانون الأول / ديسمبر ٢٠٠٩، منشور على موقع (http : 11www euro medright soorg).

وبصفة المواطنة يخرج الأجانب واللاجئون والعمال المقيمون والسكان الأصليون من تعريف الأقليات، ويتمتعون بحماية خاصة بهم تنص عليها اتفاقيات دولية خاصة.

ويعتبر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الأكثر وضوحاً من بين الصكوك القانونية الدولية في تناول حقوق الأقليات ومبدأ عدم التمييز. حيث تنص المادة ٢٧ من العهد الدولي على أنه " لا يجوز في الدول التي توجد فيها إقليات إثنية أو دينية أو لغوية، أن يحرم الأشخاص المنتمون إلى الأقليات المذكورة من حق التمتع بثقافتهم الخاصة أو المجاهرة وإقامة شعائرهم أو استخدام لغتهم، بالاشتراك مع الأعضاء الآخرين في جماعتهم ". ورغم أن المادة ٢٧ لم تشير إلى حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات في حق تكوين الجمعيات، فقد خلصت لجنة حقوق الإنسان في تعليقها العام رقم ٢٣ بشأن حقوق الأقليات إلى أن " المادة ٢٧ تتعلق بحقوق تفرض حمايتها التزامات محددة على الدول الأطراف، والهدف من حماية هذه الحقوق هو ضمان بقاء واستمرار تطور الهوية الثقافية والدينية والاجتماعية للأقليات المعنية، مما يثري نسيج المجتمع ككل " (١). ومن بين الالتزامات المحددة على الدول الالتزام بضمان التمتع بالحقوق في التجمع والتنظيم، وهو شرط لا غنى عنه لكي يتمكن الأشخاص المنتمون إلى أقليات من ممارسة ثقافتهم أو دينهم أو لغتهم الخاصة بالاشتراك مع الأعضاء الآخرين في جماعتهم.

وثمة معايير دولية معلنة وملزمة تشير إلى حق الأشخاص المنتمين إلى أقليات في حق التجمع والتنظيم ومنها الاتفاقية الإطارية لمجلس أوروبا بشأن الأقليات القومية ١٩٩٤. والذي تنص المادتين ٧، ٨ على التوالي إلى " ضمان احترام حق كل شخص ينتمي إلى أقلية قومية في حق التجمع السلمي وتكوين الجمعيات والتعبير والوجدان والدين " و " الاعتراف بحق كل شخص ينتمي إلى أقلية قومية في إظهار دينه أو

1) اللجنة المعنية لحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ٢٣ بشأن حقوق الأقليات، صادر عن اللجنة في دورتها الثامنة والأربعون (١٩٩٣).

معتقده وإنشاء المؤسسات والمنظمات والجمعيات الدينية<sup>(١)</sup>. كما ينص إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية وإثنية ودينية أو لغوية ١٩٩٢، وتحديداً في مادته ٢ - ٤ على أنه يكون للأشخاص المنتمين إلى أقليات الحق في إنشاء الرابطات الخاصة بهم والحفاظ على استمرارها.

تعمل هذه المبادئ على نزع الشرعية الدولية عن أي تصرف تشريعي أو إداري أو قضائي يجيز التمييز. ولكن الممارسة العملية تشير إلى استمرار التمييز والتهميش والاستبعاد السياسي والاجتماعي بحق الأشخاص المنتمين إلى أقليات على أساس جملة أمور منها العرق واللغة، وهو ما حدا ببعض الدول إلى اتخاذ تدابير لصالح الجماعات المستضعفة أو المحرومة بغية تحقيق وطأة الظروف التي تساهم في ادامة التمييز أو القضاء عليه. وهكذا فقد تم إحلال مبدأ المساواة بمبدأ المساواة في إطار القانون أو من خلال القانون. وقد خلصت لجنة حقوق الإنسان في تعليقها العام رقم ١٨ إلى أن "مبدأ المساواة يتطلب أحياناً من الدول الأطراف أن تتخذ إجراءات تمييزية للتقليل من الظروف التي تتسبب أو تساعد في ادامة التمييز الذي يحظره العهد أو القضاء على تلك الظروف (.....) ويجوز أن تتطوي هذه الإجراءات على منح الجزء المعني من السكان نوعاً من المعاملة التفضيلية في مسائل محددة لفترة ما بالمقارنة ببقية السكان. ومع ذلك، فطالما دعت الحاجة إلى هذه الإجراءات لتصحيح التمييز في الواقع، فإن التفريق هنا مشروع بمقتضى العهد<sup>(٢)</sup>.

ومن أجل ضمان الحق في المساواة أمام القانون وفي إطاره على حد سواء ومن أجل الحفاظ على هوية الأقليات المختلفة والتعبير عنها وتطويرها وتعزيزها، فإن الضرورة تحتم أن يتمتع الأشخاص

- (١) اعتمدت لجنة الوزراء التابعة لمجلس أوروبا الاتفاقية الإطارية لحماية الأقليات القومية عام ١٩٩٤ وبدأ نفاذها عام ١٩٩٨. وهي أول صك متعدد الأطراف يكون ملزماً من الناحية القانونية ويخصص لحماية الأقليات.
- (٢) اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ١٨ بشأن عدم التمييز، صادر عن اللجنة في دورتها السابعة والثلاثون ١٩٨٩.

المنتبمون إلى هذه الأقليات بصفة خاصة بالحق في تكوين الجمعيات. فمن خلال تأسيس الجمعيات والانضمام إليها بهدف إبراز هوياتهم وتعزيزها، يساهم الأشخاص المنتمون إلى أقليات في الوقت ذاته في مكافحة التمييز ضدهم والدعوة إلى مزيد من الاعتراف بحقوقهم. ولكن لا تزال ثمة عقبات عديدة تمنع، قانوناً، ممارسة الأشخاص المنتمين إلى أقليات من ممارسة حقوقهم في تكوين الجمعيات (١) ففي تركيا على سبيل المثال، تنص المادة ٨١ من قانون الأحزاب السياسية رقم ٢٨٢٠ على أنه " لا تستطيع الأحزاب السياسية المجادلة بأن هناك أقليات قائمة على أساس الاختلاف في الثقافة الوطنية أو الثقافة الدينية أو المذهب أو العرق أو اللغة في جمهورية تركيا ٢ - ب) لا يجوز أن تكون الأحزاب السياسية موجهة نحو أو أن تشجع على الأنشطة الرامية إلى أفساد وحدة الأمة لا من خلال حماية اللغات والثقافات وتطويرها ونشرها ما عدا اللغة والثقافة التركية. ولا من خلال تأسيس مجموعات للأقليات في الجمهورية التركية. وعلاوة على ذلك، تنص المادة ٨٣ تحديداً على أن " الأحزاب السياسية لا يمكنها الترويج لتلك الأنشطة ". وكثيراً أيضاً ما تواجه تجمعات الأقليات الدينية والعرقية والثقافية صعوبة في تنظيم أي تجمعات سلمية، فضلاً عن ذلك يتم استهدافها على نحو انتقائي ففي ولاية راخين في ميانمار، على سبيل المثال بدأ في حزيران / يونيو ٢٠١٢ تطبيق قانون الطوارئ رقم ١٤٤ من أجل منع المجموعات من خمسة أشخاص أو أكثر من التجمع. وفرض القانون عقب أعمال شغب شديد التي نشبت بين مسلمي الروهينغيا. وهم مجموعة عرقية عديمة الجنسية في الغالب في غربي ولاية راخين، والبوذيين في المنطقة، ولكن التقارير أفادت أن الحظر فرض مرات عديدة، ولا يزال سارياً حتى وقت صياغة هذا البحث. كما منع الحظر أيضاً الروهينغيا من التجمع في المساجد المحلية للصلاة واحياء المناسبات الدينية، في حين أفادت التقارير بأن التجمعات الدينية البوذية لم يتم تعطيلها. وفي أندونيسيا تعرضت

(١) حرية التجمع في المنطقة الأوربية المترسطة ٢٠١٣، مرجع سابق، ص ٨٤.

طوائف الأقليات الدينية كالأحمديين (طائفة الأحمدية) والبهائيين والمسيحيين والشيعية لاعتداءات بدنية من جماعات اسلامية مقاتلة عند ممارسة حقها في التجمع، دون أن تتدخل الحكومة (١).

وفي اليونان، يواجه الأشخاص المنتمون إلى أقليات عقبات كبيرة في ممارسة حقهم في التجمع والتنظيم بما يبرز هويتهم ويعززها. وهذا هو الحال على سبيل المثال بالنسبة لأفراد الأقليتين المقدونية والتركية.

تنص المادة ٧٨ من القانون المدني اليوناني على أن " اتحاد أشخاص ساعين لتحقيق أهداف غير ربحية يكتسب الشخصية القانونية بمجرد ادراجه في سجل عام (خاص) بالجمعيات يوجد في المحكمة الابتدائية الخاصة بالمنطقة التي يقع فيها ذلك الاتحاد " إلا أن المحاكم اليونانية قد رفضت تسجيل منظمة بيت الثقافة المقدونية في فلورنيا / ليرين على أساس أن هدفها هو الترويج لفكرة " وجود أقلية مقدونية في اليونان "، وهو ما يتعارض مع المصلحة الوطنية وبالتالي فهو مخالف للقانون ". وفي عام ١٩٩٨ ، رأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن اليونان قد انتهكت التزاماتها بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، وتحديد المادة ١١ من الاتفاقية والتي تنص على " لكل إنسان الحق في حرية الاجتماعات السلمية ، وحرية تكوين الجمعيات مع آخرين ، بما في ذلك حق الاشتراك في الاتحادات التجارية لحماية مصالحه ، لا تخضع ممارسة هذه الحقوق لقيود أخرى غير تلك المحددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي ، وسلامة الجماهير ، وحفظ النظام ومنع الجريمة وحماية الصحة والأداب ، أو حماية حقوق الآخرين وحياتهم . ولا تمنع هذه المادة من فرض قيود قانونية على ممارسة رجال القوات المسلحة أو الشرطة أو الإدارة في الدولة لهذه الحقوق " .

(1) تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات - مانياكياباي - الصادر عن مجلس حقوق الإنسان، الدورة السادسة والعشرين، بتاريخ ٤ إبريل ٢٠١٤ A/HRC/26/29، الفقرة (٤١).

واعتبرت المحكمة الأوروبية رفض المحاكم اليونانية تسجيل الجمعية بأنه " يرقى إلى وجود تدخل من قبل السلطات في ممارسة طالبي التسجيل لحقهم في تكوين الجمعيات؛ إذ حرم قرار الرفض المتقدمين بالطلب من أي إمكانية للسعي جماعة أو فرادى وراء تحقيق الأهداف التي أوردوها في عقد تأسيس الجمعية وبالتالي فقد حرّمهم من ممارسة هذا الحق ". ولغاية الآن وبعد ١٩ عاماً من صدور هذا الحكم، مازالت المحاكم اليونانية ترفض تسجيل "بيت الثقافة المقدونية"<sup>(١)</sup>.

كما يواجه الأشخاص المنتمون إلى الأقلية التركية في اليونان بالعقبات نفسها في ممارسة حقهم في تكوين الجمعيات. حيث توقفت العديد من الجمعيات التابعة للأقلية التركية عن العمل أو أنها غدت تعمل دوم اعتراف رسمي وذلك عائد بالأساس إلى قرار المحكمة اليونانية العليا الصادر في عام ١٩٨٧ والقاضي بحل أية جمعية يتضمن اسمها كلمة (تركي/تركية). وفي فبراير / شباط ٢٠٠٥، تم حل "اتحاد كسانثي التركي" الذي تأسس في عام ١٩٢٧.

وقد رفضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على الدوام محاولات الحكومة اليونانية لتبرير هذه القيود بالقول إن استخدام كلمة "تركي / تركية" في أسماء الجمعيات يشكل تهديداً على النظام العام وسلامة أراضي البلاد، وخلصت المحكمة إلى أن اليونان قد انتهكت المادة ١١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وأشارت المحكمة في مستهل حكمها الصادر في قضية "بكير - أوستا" وآخرين ضد اليونان في ١١ أكتوبر / تشرين ٢٠٠٧ إلى أن رفض تسجيل جمعية المتقدمين بالطلب كان أساساً بدافع الرغبة في وضع حد لثنية مقدمي الطلب المشتبه في كونها تروج لفكرة وجود أقلية عرقية في اليونان لم تحترم حقوق أفرادها احتراماً كاملاً. وذكرت المحكمة بأنه "حتى وإن

---

1) The European court rulling forhuman rights , Sideropevles Case against Creece Complaint number 57/1997, JANUARY 2003.

كان الهدف الفعلي للجمعية هو الترويج لفكرة وجود أقلية عرقية في اليونان، فإن ذلك لا يمكن أن يعتبر في حد ذاته تهديداً للمجتمع الديمقراطي؛ وعلاوة على ذلك، لم يكن في النظام الأساسي للجمعية ما يشير إلى أن أعضائها قد دعوا إلى استخدام العنف أو أسلوب مناهض للديمقراطية أو مخالف للدستور " وبالتالي خلصت المحكمة إلى وقوع انتهاك للمادة ١١<sup>(١)</sup>.

وفي ٦ يونيو /حزيران ٢٠٠١، ردت المحاكم اليونانية طلباً لتسجيل الرابطة الثقافية للمرأة التركية في منطقة رودوبي في شهر يناير / كانون الثاني ٢٠٠٣، مؤكدة على أن اسم الرابطة، مقترنا بأحكام نظامها الأساسي، يخالف السياسة العامة. واستندت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى منطوق مماثل في حكمها في قضية إيرمين وآخرين ضد اليونان بتاريخ ٢٧ مارس / آذار ٢٠٠٨: "حتى مع افتراض أن الهدف الحقيقي للرابطة هو الترويج لفكرة وجود أقلية عرقية في اليونان، فلا يمكن القول بأن هذا يشكل تهديداً للمجتمع الديمقراطي. كما لم يرد في النظام الأساسي ما يشير إلى أن أعضاء الرابطة قد دعوا إلى استخدام العنف أو وسائل غير ديمقراطية أو غير دستورية"<sup>(٢)</sup>.

وقد لاحظت لجنة حقوق الإنسان بقلق من ملاحظاتها بشأن اليونان "العزوف الواضح من قبل الحكومة عن السماح لأية مجموعة أو رابطة خاصة باستخدام أسماء انتساب أو انتماء تشمل تسميات من قبيل "تركي" بالاستناد إلى توكيد الدولة الطرف بأنه ليست هناك أقليات إثنية أو دينية أولغوية في اليونان بخلاف المسلمين في تريس " وخلصت اللجنة إلى أن "الأفراد الذين ينتمون إلى مثل هذه الأقليات،

- 1) The European court rulling forhuman rights ,The Case OF Becker against Creece Complaint number 50/35151, March 2008.
- 2) The European court rulling forhuman rights, The Case of Inomolnar V. Hungary,7october 2008.



بموجب العهد، حق التمتع بثقافتهم واعتناق وممارسة دياناتهم واستخدام لغاتهم على أساس التواصل مع سائر أعضاء مجموعاتهم (المادة ٢٧) (١).

كما أعرب مفوض حقوق الإنسان لمجلس أوروبا في تقرير المتابعة الخاص باليونان والذي أصدره في مارس/آذار ٢٠٠٦ عن مخاوفه بقوله: "لم يعد من الممكن حالياً لأولئك الذين يزعمون أنهم ينتمون في اليونان أن يستخدموا أية كلمة يريدونها في التسميات التي يودون التعريف بأنفسهم كجماعة من خلالها، ومن قبيل، عند تسجيل جمعياتهم" (٢).

وقد حثت الخبيرة المستقلة المعنية بقضايا الأقليات في الأمم المتحدة السيدة غاي ماكد وغال حكومة اليونان في تقريرها الصادر في ١٨/شباط ٢٠٠٩ على أن تتأى عن المجادلة في وجود أقلية مقدونية أو تركية في اليونان وأن تركز على حماية حق هذه المجتمعات المحلية في تحديد هويتها، وحرّياتها في التعبير وتكوين الجمعيات (٣). وفي تركيا، يكفل الدستور الحق في تكوين الجمعيات والتجمع السلمي. حيث تنص المادة ٣٣ على أنه: "١- لكل فرد الحق في تكوين الجمعيات أو الانضمام إليها أو الانسحاب من عضويتها من دون إذن مسبق. ٢- لا يجوز إكراه أحد على الانضمام إلى عضوية جمعية ما أو على الاستمرار في عضويتها. ٣- يجوز تقييد حرية تكوين الجمعيات من خلال القانون فقط لأسباب تتمثل في حماية الأمن القومي والنظام العام، أو منع ارتكاب جريمة، أو حماية الآداب العامة والصحة العامة".

(1) الملاحظات الختامية للجنة حقوق الإنسان: اليونان، وثيقة الأمم المتحدة grc/83/ccpr/co، نيسان/إبريل ٢٠٠٥، الفقرة (٢٠).

(2) مجلس أوروبا: مفوض حقوق الإنسان، تقرير متابعة بشأن الجمهورية الهيلينية (٢٠٠٢-٢٠٠٥)، تقييم المحرز على صعيد تنفيذ توصيات مفوض حقوق الإنسان التابع لمجلس أوروبا (COMMDH) (٢٠٠٦) ١٣، ستراسبورغ، ٢٩ مارس/آذار ٢٠٠٦، الفقرة ٤٤.

(3) تقرير الخبيرة المعنية بقضايا الأقليات في الأمم المتحدة السيد غاي ماكاوغال: بعثة إلى اليونان، وثيقة للأمم المتحدة A/HRC/10/11/ADD.3، فبراير/شباط ٢٠٠٩.

ومع ذلك، تنص المادة ٣٠ (ب) من قانون الجمعيات (رقم ٥٢٥٣) والذي دخل حيز التنفيذ في عام ٢٠٠٤ على عدم جواز تأسيس الجمعيات لتحقيق أهداف محظورة صراحة بموجب الدستور والقوانين. وكما ذكر آنفاً، تحظر المادة ٨١ من قانون الأحزاب السياسية رقم ٢٨٢٠ على الأحزاب السياسية أن تجادل بوجود "أقليات قائمة على أساس الاختلاف في الثقافة الوطنية أو الثقافة أو المذهب أو العرق أو اللغة في جمهورية تركيا".

تتواصل في إطار هذه المواد القانونية عملية فرض قيود بارزة على تأسيس الجمعيات الهادفة إلى تعزيز حقوق الأقليات. وينطبق هذا بصفة خاصة على الأقلية الكردية في تركيا. فلم تتوان المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، على سبيل المثال، في قضية الحزب الشيوعي التركي عن إبراز الصلة بين حرية الحزب السياسي في تكوين الجمعيات والتعبير وبين المطالب الخاصة بأقلية عرقية أو قومية ذات معالم محددة بوضوح. وقد نصت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها عقب إصدار المحكمة الدستورية في تركيا أمراً بحل على أساس أن برنامجه قد دعا إلى معالجة مظالم الأقلية الكردية في تركيا وأن ذلك قد شكل خطراً على وحدة الدولة التركية، نصت على أنه "ليس هناك ما يببرر القيام بمنع جماعة سياسية فقط لأنها تسعى إلى مناقشة وضع شريحة من سكان الدولة في العلن، والمشاركة في الحياة السياسية في البلاد من أجل حلول، وبقا للقواعد الديمقراطية، قادرة على إرضاء جميع الأطراف المعنية".

وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هذا الفقه القانوني في حكمها بتاريخ ٣ مايو / أيار ٢٠٠٧ في قضية حزب الشعب الديمقراطي والناشئ ضد تركيا. وفي يونيو / حزيران ١٩٩٧، قدم المدعي الأول لمحكمة النقض التركية التماساً إلى المحكمة الدستورية ساعياً إلى حزب الشعب الديمقراطي على أساس أن الحزب قد أوهن سلامة الدولة. وفي ٢٦ فبراير / شباط ١٩٩٩، أصدرت المحكمة الدستورية أمراً بحل الحزب، وأشارت، على وجه الخصوص، إلى أن برنامج الحزب رغم وجود أقليات، على الأراضي التركية، تقوم على

أساس الاختلافات في الثقافة الوطنية أو الانتماءات العرقية أو اللغة.  
ورأت المحكمة بأن الحزب كان يسعى لتدمير وحدة الأمة.

أشارت المحكمة الأوروبية إلى أن الفصول المختلف في برنامج حزب الشعب الديمقراطي قد تضمنت تحليلاً للمسألة الكردية في تركيا وانتقادات لطريقة الحكومة في مكافحة الناشطين الانفصاليين. ورأت أن المبادئ التي يدافع عنها الحزب لم تكن على هذا النحو تتعارض مع المبادئ الأساسية للديمقراطية. وبما أن الحزب الشيوعي الديمقراطي لم يدع لأي سياسة من شأنها أن تقوض النظام الديمقراطي في تركيا ولم يحث أو يسعى إلى تبرير استخدام القوة لتحقيق غايات سياسية، فليس من المعقول بأن حله قد لبي " حاجة اجتماعية ملحة " وبالتالي لا يعقل أن يكون ذلك " ضروريا في مجتمع ديمقراطي " وتبعا لذلك، خلصت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالاجماع إلى وقوع انتهاك للمادة ١١ من القانون<sup>(١)</sup>.

ومن ثم ينبغي ضمان الحق في تكوين الجمعيات للأقليات، فالديمقراطية لا تعني ببساطة أن آراء الأغلبية يجب أن تسود دائما، يجب تحقيق التوازن الذي يضمن معاملة عادلة ومناسبة للأقليات وتفادي الاستغلال من موقف المهيمن. ليس من دور السلطات " أن تزيل أسباب التوتر من خلال القضاء على التعددية، ولكن أن تتأكد من وجود التسامح المتبادل بين الجماعات المتنافسة"<sup>(٢)</sup>.

ت: المرأة: أصدرت لجنة المرأة بالأمم المتحدة، والتي تأسست عام ١٩٤٦، اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو CEDAW) عام ١٩٧٩<sup>(٣)</sup>، وهي الاتفاقية التي تشدد من خلال بنودها على التساوي التام بين الرجل والمرأة.

1) The European court rulling forhuman rights , The Peoples Demoratic Party Case against Turkey Complaint number 99/51290, May 2007.

2) مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي (الطبعة الثانية)، من منشورات مكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الإنسان. (ODIHR) والتابع لمنظمة الأمن والتعاون الأوروبي (OSCE) (OSCE/ODIHR2012(c)، منشور على موقع (www.osce.org/odihhr)، ص ٣٩.

3) اعتمد وفتح باب التوقيع والتصديق عليها والانضمام إليها بقرار الجمعية العامة ١٨٠/٣٤ المؤرخ ١٨ كانون الأول / ديسمبر ١٩٧٩ تاريخ بدء النفاذ: ٣ أيلول / سبتمبر ١٩٨١، وفقا لأحكام المادة ٢٧ (١).

لا توجد إشارة صريحة لحق تكوين الجمعيات في اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، إلا أن المادة الثالثة تنص على أن الدول الأطراف في اتفاقية سيداو ملزمة باتخاذ كل التدابير الملائمة (...). لكفالة تطور المرأة وتقديمها الكاملين<sup>(١)</sup>، وذلك لتضمن لها ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية غير أساس المساواة مع الرجل. وكما تم التأكيد عليه في المادة ١٣ من إعلان منهاج عمل بكين Beijing plat from foraction بالقول "تمكين المرأة ومشاركتها الكاملة على أساس المساواة في جميع مجالات المجتمع، بما في ذلك المشاركة في عملية صنع القرار وبلوغ مواقع السلطة، أمور أساسية لتحقيق المساواة والتنمية والسلام كذلك، الدولة ملزمة بحماية النساء من الأخطار التي تتعرض لها النساء تحديداً عند ممارسة حق التجمع (حق تكوين الجمعيات)"<sup>(٢)</sup>. وبناء على ذلك، على الدول واجب بمقتضى القانون الدولي لضمان تمتع النساء بحقوقهن وحياتهن على أساس مساوي للرجل في حق تكوين الجمعيات. وفي سياق ممارسة الحق في تكوين الجمعيات تجب ملاحظة أنه جرت العادة على استبعاد النساء من الحياة العامة والسياسية نتيجة الأعراف الاجتماعية، والقيم الثقافية، والمعتقدات الدينية وإبقائهن بعيد عن مواقع المسؤولية في المجتمع، فتؤدي المواقف الأبوية والقوالب النمطية في المجتمعات التي تشجع على فهم ضيق لدور المرأة كدور محصور في المجال الخاص إلى إعاقة قدرة المرأة على تنظيم أنشطة في المجال العام والمشاركة فيها. ولذلك، أعربت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة عن قلقها إزاء مضايقة عضوات المنظمات النسائية غير الحكومية والمدافعات عن حقوق الإنسان وتخويفهن وسجنهن، وإزاء القيود المفروضة على أنشطة المنظمات التي تركز على

(١) نص المادة ٣ من اتفاقية سيداو تنص على أن "تتخذ الدول الأطراف في جميع الميادين، ولا سيما الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، كل التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لكفالة تطور المرأة وتقديمها الكاملين. وذلك لتضمن لها ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع بها على أساس المساواة مع الرجل".

(٢) إعلان ومنهاج بيجين، القرار ١ للمؤتمر العالمي المعني بالمرأة المنعقد في بيجين خلال الفترة ١٥/٤ / أيلول / سبتمبر ١٩٩٥.

المساواة بين الجنسين. وبالمثل، خلص الفريق العامل المعني بمسألة التمييز ضد المرأة في القانون والممارسة إلى أنه من الشائع أن تكون مشاركة المرأة في الحياة السياسية والعامّة مقيدة بسبب ما يوجد من تمييز هيكلية ومجتمعي في الأسرة ومسئوليات تقديم الرعاية، والعنف ضد المرأة، وبسبب ما تمارسه الأحزاب السياسية وغيرها من المؤسسات العامة غير الحكومية من تهميش. وتتص المادة 2(9) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بشكل واضح على أنه من واجب الدول إزاء تلك العقبات، وهي واجب دعت إليه اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة مراراً. وعلى الرغم من القوانين التي تحظر التمييز الطبقي والتدابير الإيجابية للقضاء على أثر التمييز والعنف، ما زال النساء يواجهون قيود اجتماعية شديدة فيما يخص المشاركة على المساواة مع غيرهم من الأحزاب السياسية والجمعيات<sup>(1)</sup>. ولمعالجة تلك القيود، تسعى التوصيات إلى اعطاء أولوية إجراءات من بينها التحقيقات، والمقاضاة، ومعاقبة مرتكبي أعمال العنف التي تستهدف النساء أثناء التجمعات، وادخال المنظور الجندي / الجنساني<sup>(2)</sup> في تدريب منتسبي أجهزة تطبيق القانون.

### ج: الأطفال:

لكون حقوق الطفل أحد جوانب حقوق الإنسان، فقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية حقوق الطفل في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩، وفتح باب التوقيع عليها في ٢٦ يناير ١٩٩٠<sup>(3)</sup>، حيث وقعت عليها في ذلك اليوم احدى وستون دولة. ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ في

(1) تقرير المقرر الخاص المعني بالحقوق في حرية التجمع السلمي والحقوق في تكوين الجمعيات 2029/26، مرجع سابق، الفقرة (٦٦).

(2) مساواة الجندر (النوع) Genderaquality: وهو المصطلح الذي تم ادماجه في صميم الأجندة العالمية من خلال المؤتمرات العمالية التي عقدتها هيئة الأمم المتحدة للمرأة ومصطلح " الجندر " تم احلاله تدريجياً محل مصطلح " الجنس"، وبالتالي احلال " المساواة الجندرية " تدريجياً محل " المساواة بين الجنسين " في الوثائق الدولية، في حين يشمل الجنس الذكر والأنثى، فإن " الجندر " يشمل كل الأنواع: (الرجل، المرأة، والشواذ بأنواعهم).

(3) أقرت مصر هذه الاتفاقية وفقاً للقرار الجمهوري ٢٦٠ العام ١٩٩٠ في بوه ٢٤ مايو / أيار ١٩٩٠ ونشرت في " جريدة الرسمية المصرية العدد ٧ في ١٤ فبراير / شباط / ١٩٩١ ودخلت حيز النفاذ في ٢ سبتمبر / أيلول ١٩٩١

٢ سبتمبر ١٩٩٠، أي بعد مرور شهر على تصديق الدولة العشرين عليها؛ عملاً لنص المادة ٤٩ منها، وأصبحت في ذلك التاريخ قانوناً دولياً يسرى على الدول الأطراف. وتعد اتفاقية حقوق الطفل من أسرع الاتفاقيات العامة المتعددة الأطراف دخولا في حيز النفاذ، وهو ما يترجم الاهتمام والدعم اللذين تحظى بهما الاتفاقية على مستوى الدولة. وبنظرة سريعة إلى أحكام الاتفاقية يتضح أنها تذهب إلى أبعد من إعلان حقوق الطفل السابق صدوره عن الجمعية العامة ١٩٥٩ م، إذ تجعل الدولة التي تقبل الاتفاقية مسؤولة قانونياً عن التدابير التي تتخذها بصدد الأطفال. ويوصف الاتفاقية بياناً عالمياً لحقوق الطفل الأساسية، فإنها تكون قانوناً دولياً من شأنه أحداث تغييرات في التشريعات والممارسات الوطنية<sup>(١)</sup>. وقد وضعت اتفاقية حقوق الطفل بغية خدمة المصالح الأساسية للطفل Main interests of child، ولذا فهي تحت الدول الأطراف إلى تهيئة الظروف المناسبة للأطفال للمشاركة بشكل نشط وخالق في الحياة الاجتماعية والسياسية لبلادهم، وتوفير ما يحتاجه الطفل من حرية لتنمية قدراته العقلية والأخلاقية والروحية في إطار بيئة سلمية وآمنة<sup>(٢)</sup>. والطفل في مفهوم الاتفاقية هو كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القوانين الوطنية (المادة ١)<sup>(٣)</sup>.

١) أستاذنا الفقيه الأستاذ الدكتور إبراهيم العناني، الحماية القانونية للطفل على المستوى الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، يناير ١٩٩٧، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون، ص ٣.

٢) المرجع السابق، ص ٤.

٣) وطبقاً لهذا النص لا بد من توافر شرطين لكي نسمى الشخص "طفلاً" الأول يكون قد بلغ سن الثامنة عشر، أما الثاني فهو ألا يكون قد حدد سن أقل من ذلك. والواقع كما يقول الأستاذ الدكتور/ محمد السعيد الدقاق - أن الصياغة التي أتت بها المادة الأولى من الاتفاقية تثير نوعاً من التردد والغموض خاصة في الأحوال التي يحدد فيها التشريع الوطني سن أقل لمن يعتبر في نظره طفلاً دون أن يُعد من تجاوزها بالغا سن الرشد، ويضرب سيادته مثلاً لذلك أن القانون المصري - في بعض الأحوال - يرى كل إنسان لم يتجاوز السابعة عشر دون أن يعتبر من بلغها، بل تجاوزها بالغا سن الرشد طالما أنه لم يصل إلى سن الواحد والعشرين عاماً؛ فهل يعتبر المصري الذي تجاوز السابعة عشر ولم يبلغ الثامنة عشر طفلاً وفقاً للاتفاقية أو ليس كذلك وفقاً لأحكام التشريع المصري؟ ومن هنا فإن الصياغة المثلى للنص المذكور - كما يقول =

\* وتتضمن الاتفاقية ثلاثة طوائف من الأحكام تتعلق بحقوق الأطفال:

الطائفة الأولى: الأحكام التي من شأنها تعزيز وتأكيد حقوق الطفل، إما بوصفه إنساناً، وإما منظوراً إليه بوصفه، ولكن سبق أن تضمنتها وثائق سابقة على الاتفاقية المذكورة.

الطائفة الثانية: الأحكام التي تكفل حماية خاصة للأطفال ضد تصرفات معينة تمثل خطراً داهماً عليه بالذات، وإما منظوراً إلى طبيعة تلك التصرفات، وإما إلى الظروف التي تتم في ظلها.

الطائفة الثالثة: الأحكام التي من شأنها أن تكفل للطفل مشاركة في جميع الأمور التي تؤثر على حياتهم، آخذين في الاعتبار تكوينه الجسدي والنفسي في تلك السن. وما يهمننا هنا الطائفة الثالثة من الأحكام، فقد حرص واضعو الاتفاقية على الربط بين الوسط العائلي للطفل وعناصر تكوين شخصيته المستقلة والتميزية. فالمادة (٥) تنص على أن "تحتزم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين أو عند الاقتضاء أعضاء الأسرة الموسعة أو لجماعة حسبما ينص عليه العرف المحلي، أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المسؤولين قانوناً عن الطفل، في أن يوفرُوا بطريقة تتفق مع قدرات الطفل المتطورة، التوجيه والإرشاد الملائمين عند ممارسة الطفل الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية". ولعل أهم عناصر الشخصية المستقلة للطفل هي تلك التي صاغتها المواد (١٢، ١٣، ١٤، ١٥)، والتي تتضمن حق الطفل في تكوين آرائه الخاصة به وحق التعبير عن رأيه في جميع الوسائل، كما تولي رغبات الطفل الاعتبار والواجب وفقاً لسنة ودرجة نضجه (المادة، ١٢، ١٣) ويتضمن هذا الحق أيضاً حرية الطفل في الفكر والوجدان والدين (المادة ١٤)، وحرية الطفل في تكوين الجمعيات وفي حرية التجمع السلمي (المادة ١٥) فالأطفال هم

---

=الأستاذ الدكتور / محمد سعيد الدقاق - ينبغي أن تأتي على النحو التالي:  
الطفل هو كل إنسان حتى سن الثامنة عشر إلا إذا حدد قانون بلده سناً أقل دون ربط ذلك ببلوغ سن الرشد. الأستاذ الدكتور / محمد سعيد الدقاق، اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، يونيسيف، ١٩٩٣، ص ٧.

أمن ومستقبل الأمة، لذلك يجب أن يكون لهم رأي حتى يستطيعوا مواجهة المستقبل وتحدياته، وهذا الرأي يجب أن تتاح لهم حرية التعبير عنه. ولقد كرست اتفاقية حقوق الطفل هذا الحق في المادة ١٣ حيث نصت على أن يكون للطفل الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حرية طلب جميع المعلومات والأفكار وتلقيها وإذاعتها دون أي اعتبار للحدود، سواء بالقول أو الكتابة أو الطباعة، أو الفن، أو بأية وسيلة أخرى يختارها الطفل".

٢- يجوز إخضاع ممارسة هذا الحق لبعض القيود، بشرط أن ينص القانون عليها وأن تكون لازمة لتأمين ما يلي:

(أ) احترام حقوق الغير أو سمعتهم، أو؛

(ب) حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة أو الآداب العامة". فطبقاً لهذه المادة ينبغي السماح للأطفال بالمشاركة الفعالة في جميع الأمور التي تؤثر في حياتهم، وأن تتاح لهم حرية التعبير عن آرائهم، ذلك لأن لهم الحق في أن يعبروا عن آرائهم وأن يستمع إليها الكبار ويأخذوها محمل الجد، كذلك يجب تمكين الطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة به من ممارسة حققة في التعبير عن هذه الآراء بحرية في جميع المسائل التي تؤثر عليه، مع اعطاء تلك الآراء الوزن الواجب اعطاؤها لها حسب سن الطفل ونضجه<sup>(١)</sup>.

ومن أشكال التعبير عن الرأي أيضاً حق الأطفال في تكوين الجمعيات وفي التجمع السلمي، وهذا الحق أكدته الاتفاقية في المادة (١٥)، حيث نصت على أن "تعترف الدول الأطراف بحقوق الطفل في حرية تكوين الجمعيات وفي حرية الاجتماع السلمي..... ولا يجوز تقييد ممارسة هذه الحقوق بأية قيود غير القيود المفروضة طبقاً للقانون والتي تقتضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن الوطني أو السلامة العامة أو النظام العام، أو لحماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو لحماية الغير وحررياتهم".

1) د. فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ص ١٧٥.



مثال على ذلك، فقد استطاع أطفال الشوارع في البرازيل تنظيم أنفسهم للمطالبة بوقف عمليات القتل ضدّهم. حيث وجد الأولاد والبنات الذين يعيشون في شوارع المدينة في الحركة الوطنية لأبناء وبنات الشوارع مجالاً للمشاركة، حيث سمح بأن يصبحوا على وعى بحقوقهم وأن يعيدوا التفكير في نظرتهن للحياة وأن يكافحوا من أجل حقوقهم. حيث يتم عقد اجتماع قومي كل ثلاث سنوات بحضور ممثلهم من جميع أنحاء البلاد. ولقد كان للحركة تأثير كبير على الاصلاح التشريعي في البلاد ففي عام ١٩٨٨، أدخلت مادة لادراج حقوق الطفل في الدستور البرازيلي، ونشبت الحركة أيضاً في المناقشات التي أدت إلى صدور النظام الأساسي للطفل واليافع في عام ١٩٩٠. كما لعبت دوراً قيادياً، من جهة أخرى في اذاتة جماعات الابادة. وبالمشاركة في الحركة يتعلم الأولاد والبنات الذين قضا وقتهم في الشوارع كيف يعودون إلى حياة الأسرة والمجتمع ويعودون إلى مدارسهم ويستفيدون من مساحة مخصصة لهم يستطيعون منها الكفاح من أجل حقوقهم<sup>(١)</sup>. ومن المعروف في مصر على سبيل المثال أن قانون الجمعيات يحدد المؤسسين للجمعيات بأنهم المواطنون ذوو الأهلية الكاملة (٢١ سنة)، ولعضو مجلس الإدارة أن يتمتع بالحقوق المدنية (٢١ سنة). وذلك يعني ببساطة تجاهل حقوق الأطفال في تكوين جمعياتهم، ولذا نشدد على ضرورة تعديل القانون ليتفق مع المواثيق الدولية.

وإذا كانت بعض الدول قد أثارت بعض التساؤلات عن امكان تطبيق مبدأ "حق تكوين الجمعيات" فإن دولاً أخرى كثيرة رأت في اعطاء الطفل هذا الحق نقلة حضارية عكستها الاتفاقية". دول ترى أن اعطاء الطفل هذا الحق يعد إجحاماً له في مواضع غير مهياً لها عقلياً ولا عمرياً فهي أكثر من مستواهم الفكري بكثير. ولكن دولاً أخرى كثيرة تذهب عكس ذلك، فتري أن الأطفال مثل الكبار لديهم مطالبات مشروعة ومصالح. ويزودهم حق تكوين الجمعيات للتعبير عن آرائهم والاسهام في المجتمع - خاصة أن مواد الاتفاقية تفرض التزاماً على

1) د. فاطمة شحاته أحمد زيدان، المرجع السابق، ص ١٧٧.

الدول باتخاذ جميع التدابير الممكنة عملياً لضمان تمتع أي طفل منتم لأقليات إثنية أو دينية أو لغوية أو الطفل المنتمى للسكان الأصليين أو غير حاملي جنسية البلد أو عديمي الجنسية، من الحق في أن يتمتعوا مع بقية أفراد المجتمع، دون تمييز أو على قدم المساواة مع الآخرين بحق تكوين الجمعيات. وفي ضوء المسؤوليات لمؤسسي الجمعيات، بإمكان القانون وضع حد أدنى لعمر المؤسسين، مع مراعاة الواجبة لقدرات الطفل المتطورة (انظر أمثلة من قانون التجمع في فنلندا وقانون الجمعيات العامة في جمهورية مولدوفا وتركيا)<sup>(١)</sup>. وقد ينص القانون أيضاً على أن القاصرين يمكنهم تنظيم حدث عام فقط إذا كان أبواهم أو الأوصياء القانونيين لهم قد وافقوا على قيامهم بذلك. وأحد الأمثلة على الممارسات الجيدة أن المحكمة العليا في استونيا خلصت إلى أن أحكام قانون الجمعيات غير الهادفة للربح التي تقصر حق تكوين الجمعيات وقيادتها على الأشخاص الذين تتجاوز أعمارهم ١٨ سنة هي أحكام مخالفة للمادة ١٥ من اتفاقية حقوق الطفل<sup>(٢)</sup>.

أن هذه الحقوق والحريات لم تأت مطلقة من كل قيد، إذ يتضح فيها تأثير الوسط العائلي، مع ضرورة أن يتم هذا كله في إطار النظام العام والآداب واحترام حقوق الآخرين. هناك إذاً إبطاران ينبغي أن يمارس فيها الطفل حرية في التعبير عن الرأي وحقه في التجمع

١) الفرع ٥، قانون التجمع في فنلندا (١٩٩٩): الحق في تنظيم الاجتماعات العامة... الشخص الذي هو دون الأهلية القانونية الكاملة، ولكن بلغ من العمر ١٥ عاماً يستطيع ترتيب اجتماع عام. إلا إذا اتضح أنه / أنها لن تكون قادرة على الوفاء بالمتطلبات التي يفرضها القانون على منظم الاجتماع. وبإمكان الأشخاص الآخرين دون الأهلية القانونية الكاملة ترتيب الاجتماعات العامة مع رفقة الأشخاص ذوي الأهلية القانونية الكاملة. قانون التجمعات العامة لجمهورية مولدوفا (٢٠٠٨): المادة. منظموا التجمعات... (٢) يمكن للقاصرين من سن ١٤ والأشخاص المعن بأن لديهم قدرة قانونية محدودة أن ينظموا التجمعات العامة برفقة الأشخاص ذوي الأهلية القانونية الكاملة. المادة (٧) المشاركون في التجمعات. (١) لكل شخص الحرية في المشاركة وتقديم المساعدة في التجمع. (٢) لا أحد يكون ملزماً بالمشاركة أو المساعدة في تجمع ضد إرادته / إرادتها. وفي تركيا: يجوز للأطفال بعد بلوغ ١٥ تكوين جمعيات ويجوز للأطفال ابتداء من سنة ١٢ سنة الانضمام إلى تلك الجمعيات، لكن يجب أن يبلغ الأطفال ١٩ سنة ليكونوا لجنة تنظيمية من أجل عقد اجتماعات في الهواء الطلق.

2) تقرير المقرر الخاص المعنى بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات، a/hrc/26/29، مرجع سابق، الفقرات (49).

السلمي: اشراف يناط بالوسط العائلي. وكل ذلك يجب أن يتم في حدود النظام العام والأمن الوطني والصحة العامة والآداب العامة واحترام حرية الآخرين. وهو قيد عام على كافة الأنشطة الإنسانية في إطار مجتمع منظم.

### د: الأشخاص ذوو الإعاقة:

من المهم التشديد على أن يتمتع الأشخاص الحاملين لإعاقة (1) بحق التنظيم على قدم المساواة مع الآخرين. فاعتمدت اتفاقية حقوق

1) يشمل مصطلح الأشخاص ذوي الإعاقة طبقاً لأحكام الاتفاقية. "كل من يعانون من عاهات طويلة الأجل بدنية أو عقلية أو ذهنية أو حسية قد تمنعهم لدى التعامل مع مختلف الحواجز من المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين " العناصر المكونة لهذا التعريف هي التالية: ١-وجود "عاهة...بدنية أو عقلية أو ذهنية أو حسية " العنصر الأول ذو طبيعة فيزيولوجية، ولكنه قد ينتج عن عوامل بيولوجية، وراثية أو غير وراثية، أو عن حوادث وأمراض قابلة للوقاية. وبالتالي فإن الطابع الفيزيولوجي لا يعني أبداً أن ذلك أمر طبيعي".

١- أن تكون العاهة... طويلة الأجل " العنصر الثاني يحيل إلى المسدة الزمنية لاستمرار العامل الفيزيولوجي، وعنصر الزمن مهم جداً، ويرتبط بشدة بالبعد الاجتماعي. أن الإصابة المؤقتة ولفترات محدودة من الزمن، رغم أنه ينتج عنه (عاهة أو قصور في المشاركة، فإن ذلك لا يؤدي إلى مفاعيل مستمرة على الشخص المصاب، ولا على العلاقة بينه وبين محيطه. وهذا لا يعني أن الإعاقة لا تتعلق بالقصور الفيزيولوجي للموقت، بل بالآثار والمفاعيل النفسية والاجتماعية والاقتصادية والعلاقية التي تؤثر على ما يعتبر جزءاً من نظام المجتمع اليومي. وهو أثر لا يتحقق إلا إذا كانت الإعاقة الفيزيولوجية طويلة الأجل).

٢- " وجود... حواجز... يصعب التعامل معها " ... العنصر الثالث يتعلق بالبعد الاجتماعي. وهو يشير إلى وجود حواجز موجودة في المجتمع هذه المرة، وليست قصوراً موجوداً لدى الشخص المعوق، كما يفترض هذا التعريف أن الشخص المعنى عليه التعامل مع هذه الحواجز. فتعريف الإعاقة يفترض إذن وجود عنصرين، الأول في الشخص نفسه، والثاني فيما يعتبر حواجز موجودة في المجتمع.

٣- أن ينتج عن ذلك "عدم قدرة على المشاركة الكاملة والفعالة وعلى قدم المساواة في المجتمع". العنصر الرابع يتعلق بتحديد جوهر الإعاقة بأنها عدم قدرة على المشاركة الكاملة والمتساوية في المجتمع. فالقدرة على المشاركة المتساوية هي موضوع الإعاقة وليس أي مسألة أخرى. وهنا أيضاً تشديد على البعد الاجتماعي.

الأشخاص ذوي الإعاقة في ديسمبر / كانون الأول ٢٠٠٦<sup>(١)</sup> وهي تطلب من الدول الأطراف أن تعمل على إيجاد بيئة تسمح لذوي الإعاقة بالمساهمة مساهمة فعالة وكلية في الشأن العام، دون تمييز وعلي قدم المساواة مع الآخرين. وتتضمن هذه البيئة "الانضمام إلى المنظمات غير الحكومية والأحزاب السياسية والنقابات والجمعيات المعنية بالشأن العام والشأن السياسي للبلاد وإنشاء الجمعيات التي تعني بالأشخاص ذوي الإعاقة والانضمام إليها" لأجل تمثيل تلك الفئة.

وتوضح اللجنة المعنية بالأشخاص ذوي الإعاقة في مشروع تعليقها العام على المادة 12 أن الاعتراف بالأهلية القانونية المتساوية للأشخاص ذوي الإعاقة هو مبدأ أساسي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتمتع بالحقوق الأخرى، بما فيها حق تكوين الجمعيات والحق في المشاركة في الشؤون السياسية والعامّة. وتختلف الأهلية القانونية عن الأهلية العقلية، فالأهلية القانونية تشير إلى قدرة الشخص على أن تكون له حقوق وتكون عليه واجبات وإلي قدرته على ممارسة هذه الحقوق والواجبات. وفي الممارسة العملية لم يترسخ بعد التحول المنهجي في التصورات المتعلقة بالأهلية القانونية للأشخاص ذوي الإعاقة ومساواتهم مع غيرهم أما القانون، وهو التحول الذي أحدثته اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة. وينطوي التحول من منظور الوكالة في اتخاذ القرار إلى منظور دعم الأشخاص ذوي الإعاقة في اتخاذ القرار على انعكاسات عميقة على كيفية تكوين هؤلاء الأشخاص للجمعيات وعلي من يكونها معهم<sup>(٢)</sup>. ويسلم المقرر الخاص المعني بالحق في تكوين الجمعيات بما قد يترتب على تشخيص الإعاقة من

---

=٤- يرسي هذا التعريف أسساً مختلفاً عن الفهم الشائع للإعاقة السائدة في مجتمعاتنا، ويفتضي منا توقفاً جاداً أمام مدلولاته ومتطلبات الالتزام به. والاتفاقية تدرك هذا الأمر، وهي تشير إلى أن مفهوم الإعاقة وتعريفها هو عملية متحركة وقيد منطور.

- 1) أقرت الاتفاقية وبروتوكولها الاختياري بتاريخ ١٣ ديسمبر / كانون الأول ٢٠٠٦ في نيويورك. وأقرت مصر هذه الاتفاقية في ١٤ إبريل/ نيسان ٢٠٠٨
- 2) تقرير المقرر الخاص المعنى بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات، a/hrc/26/29، مرجع سابق، الفقرة (٦٩).

تأثير شديد على الحق في تكوين الجمعيات وفي كثير من الأحيان، يحرم الأشخاص ذوي الإعاقة من استقلاليتهم في ممارسة حقوقهم في التصويت واختيار الأزواج ومكان العيش وكيفية التواصل مع الآخرين في المجتمع، وذلك بسبب أوجه القصور المتصورة أو الفعلية في أهليتهم العقلية وقدرتهم على صنع القرار. ويكون الأشخاص الذين يعانون إعاقة إدراكية أو نفسية، وفي كثير من الأحيان الأطفال والشباب المصابين بتلك الإعاقات أكثر عرضة للحرمان من الأهلية القانونية ومن المساواة في المعاملة أمام القانون. ويحث المقرر الخاص الدول على اتخاذ تدابير لضمان ألا يحرم أي فرد في أي وقت من الأوقات من أهليته القانونية بسبب الإعاقة. وفي المقابل، ينبغي تقديم الدعم للأشخاص ذوي الإعاقة من أجل تعزيز قدرتهم على ممارسة ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات كيشر (١).

### عقبات أمام التكوين:

تتشرط العديد من البلدان على الجمعيات أن تقوم بالتسجيل الرسمي -الترخيص أو إجراءات متشابهة أخرى (يشار إليها هنا بالتسجيل) من أجل الحصول على كيان قانوني. وتجعل بعض البلدان هذه العملية على قدر من الصعوبة بحيث تحول دون تسجيل الجمعيات. وتشمل العقبات عدم الوضوح فيما يتعلق بإجراءات التسجيل وشروط توثيق معقدة وطويلة ورسوم تسجيل مرتفعة وبطء مبالغ فيه في عملية التسجيل (كما هو الحال في بنما و وفيتنام وأريتريا وأوزبكستان مثلًا) (٢) وهناك أسباب غامضة لرفض طلبات التسجيل

(1) المرجع السابق، الفقرة (٧٠).

(2) في بنما، تخضع عمليات تقديم الطلبات لتسجيل منظمة مجتمع مدني إلى توجيهات حكومية تكاد لا تحصر. وفقا لتقدير صادر في ٢٠١١ أكد أحد المسؤولين المكلفين بتسجيل هذه المنظمات أنه يرفض بشكل مبدئي ٩٩% من طلبات التسجيل -التي يجب تقديمها من قبل محامين -بسبب عدم استيفائها لمعايير قانون المنظمات. ونتيجة لذلك اضطرت بعض منظمات المجتمع المدني للانتظار لسنوات قبل أن تتحج في التسجيل رسميا وذلك دون الحصول على أي تفسير حول سبب طول المدة.فعلي سبيل المثال، انتظرت إحدى المنظمات ست سنوات قبل أن تتحج بالتسجيل. في فتنام، ينص القانون رقم =

ومما يفاقم المشكلة هو أن القانون قد لا يوفر آلية لاستئناف قرار الرفض (كما هو الحال في البحرين وماليزيا مثلاً) <sup>(١)</sup>. وهذا يمثل انتهاك واضح لحق تكوين الجمعيات. وفي معظم بلدان الاتحاد الأوروبي، يظل من السهل نسبياً تشكيل جمعيات، كما أن بعض هذه البلدان لا تتطلب اجراءات رسمية، في حين تطلب بلدان أخرى اشعار السلطات المعنية بتأسيس الجمعية فقط للحصول على شخصية قانونية - ولكن في بلدان أخرى يظل التسجيل الرسمي مطلوباً مع أنه يتم بشكل سريع بصفة عامة، إلا أن مثل هذه الاجراءات قد تكون وسيلة لعاقة أو لمنع تشكيل الجمعيات.

وقد وجدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن مثل هذا المنع أو الاعاقة قد حصل بصفة خاصة في الطريقة التي صورت فيها

٤٥= (٢٠١٠) على نظام " ادارة مزدوجة " حيث تعد الجمعيات مسؤولة أمام كل من وزارة الشؤون الداخلية (أو أمام الحكومات المحلية في حال كانت جمعية تنشط في أحد الأقاليم فقط) ووزارة العمل في المجال المهني للجمعية (أو وكالة الحكومة الإقليمية لهذا القطاع). وبناء على ذلك فإن امام الحكومة فرصتان بدل واحدة لرفض طلب تسجيل جمعية (ووقتاً لمواصلة إدارة الجمعيات). في إريتريا، ينص الاعلان رقم ٢٠٠٥/١٤٥ على ما يلي " يمكن منح التراخيص للمنظمات غير الحكومية للعمل على الاغاثية و/ أو أعمال اعادة التأهيل.... وعليها أن تثبت أن بحوزتها في إريتريا مليون دولار أمريكي أو ما يعادله بالعملة المحلية.... " (المادة ٨/١). وفي أوزبكستان في عام ٢٠٠٤ أصدر الرئيس كريموف مرسوماً يلزم جميع المنظمات النسائية التي تشكل من ٧٠ إلى ٨٠ بالمائة من مجموع المنظمات غير الحكومية في البلد باعادة التسجيل لدى وزارة العدل. واضطرت المنظمات التي رفضت اعادة التسجيل إلى وقف أنشطتها. اضافة لذلك، فرضت حكومة كريموف شرط اعادة التسجيل على المنظمات الدولية.

1) في البحرين، وفقاً لقانون الجمعيات يمكن للحكومة أن ترفض التسجيل لمنظمة إذا كان " المجتمع لا يحتاج إلى خدماتها أو إذا كانت هناك جمعيات أخرى تفي باحتياجات المجتمع في (نفس) ميدان النشاط". وفي ماليزيا "ينص قانون الجمعيات على أنه لا يجوز تسجيل أي جمعية محلية " يري الوزير انها من المحتمل أن تؤثر على مصالح أمن الاتحاد أو أي جزء منه أو النظام العام أو الأخلاق العامة " و " إذا تبين له أن هذه الجمعية المحلية غير قانونية بموجب أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر مدون، أو في حال احتمال استخدامها لأغراض غير مشروعة أو لأي غرض يخالف السلام والمصلحة والنظام العام أو الآداب العامة في الاتحاد أو يتعارض معها ".

أهداف بعض الجمعيات . مثال على ذلك النظر لنشاط في اليونان على أنه يشكل تهديداً لوحدة البلاد و/أو الأمن الوطني ، وذلك ببساطة لأن تركيز نشاطات الجمعيات موجه نحو الأقلية المقدونية. كما اعتبرت كل من بلغاريا واليونان أن أهداف بعض الجمعيات متنافية للديمقراطية ، إذ أشارت بلغاريا إلى أن بعض الجمعيات تهدف إلى إجراء تعديلات دستورية مثل إعادة النظام الملكي وفتح الحدود بين جمهورية مقدونيا لليوغوسلافية السابقة وبين بلغاريا ، في حين أشارت اليونان إلى أن أهداف تلك الجمعيات قد يكون الترويج لفكرة وجود أقلية إثنية في البلاد<sup>(١)</sup> . وأكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أن المواطنين يجب أن يكون لديهم القدرة على تشكيل كيان قانوني من أجل العمل بشكل جماعي ذات الاهتمام المشترك ويعد هذا من أهم جوانب الحق في تكوين الجمعيات الذي يفقد بدوره أي معنى . وأن الطريقة التي تركز بها التشريعات الوطنية هذا الحق وتطبيقها العملي من جانب السلطات تكشف عن حال الديمقراطية في البلد المعني<sup>(٢)</sup> . وأكدت المحكمة ضرورة اتباع نظام الإعلام و / أو الإخطار دون الترخيص . وفي قضية إسماعيلوف ضد أذربيجان أكدت على أن " جالات التأخير الكبير في إجراء التسجيل إذ نسبت إلى وزارة العدل تمثل تدخلاً في ممارسة مؤسسي الجمعيات لحقهم في تكوين الجمعيات ، وينبغي خلال هذه الفترة أن يفترض أن الجمعيات تعمل بصورة مشروعة حتي يثبت خلاف ذلك " <sup>(٣)</sup> . وشددت أيضا لجنة

(١) انظر :

- The European court rulling forhuman rights، The Case of Inomolnar V. Hungary,7october 2008.
- The European court rulling forhuman rights، The Case of gisev V. bulgaria، NO.55/5704.JUNE2007.
- 2) the european court rulling forhuman rights، propalas appeal andother against greece-complaint no.55/26695-november.2008.
- 3) the european court rulling for human rights، ismailavis appeal against azerbaijan. Complaint no. 39-17/ January. 2008.

البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان (iach)، علي أن: "حق تكوين الجمعيات يتمثل في الحق في الانضمام مع آخرين من أجل التوصل إلى هدف مشروع"، ، وأكدت على مسئولية الدول الأعضاء في "ضمان ألا تعيق إجراءات دخول منظمات حقوق الإنسان في السجلات نشاطها وأن يقتصر أثرها على الأشهار وليس التأسيس"<sup>(١)</sup>. وذكرت اللجنة الأمريكية الدولية لحقوق الإنسان أنه ينبغي أن: "تمتع الدول عن وضع القوانين والسياسات الخاصة بتسجيل منظمات حقوق الإنسان التي تسيء استخدام تعريفات غامضة وغير دقيقة وواسعة عن الدوافع المشروعة لتقييد انشائها وعملها"<sup>(٢)</sup>. والجلي بالبيان أن جعل تأسيس الجمعيات رهنا بموافقة الجهة الإدارية المطلقة يعد قيذا على الحق في تكوين الجمعيات يؤدي إلى الانتقاص منه، ولا يمكن تبرير ذلك بأن صاحب الشأن يستطيع أن يلجأ إلى القاضى للطعن على القرار برفض القيد، لأن العبرة في توفير الضمانات تكون دائما في أصل الحق، وطالما أن الحق من مبدأ رهنا لجهة الادارة، فلا تعد الضمانة القضائية بعد ذلك حائلا دون الانتقاص من هذا الحق<sup>(٣)</sup>.

- 1) اللجنة الأمريكية الدولية لحقوق الإنسان، الرأي الاستشاري رقم ٨٥-٥5 بتاريخ ١٣ تشرين /نوفمبر، ١٩٨٥. مشار إليه تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين ال جمعيات a/hrc/20/27، مرجع سابق.
- 2) اللجنة الأمريكية الدولية لحقوق الإنسان، تقرير لحالة المدافعين عن حقوق الإنسان في الأمريكيتين، وثيقة oea/ser/v/11.124dos.5rev للتوصية رقم (٧١٩). مشار إليه تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات a/hrc/20/27، مرجع سابق.
- 3) وفي ذلك قالت المحكمة الدستورية العليا في مصر "أن الضمانة المقررة بحق ممثل جماعة المؤسسين في الطعن على القرار الاداري الصادر بالرفض أمام القضاء، لا تحول بوجود عقبة في سبيل ممارسة هذا الحق الدستوري، لأن العبرة في توفير الضمانات في هذا الحق هي في بداية ممارسة هذا الحق، وليس في مرحلة تالية لذلك"، وتزيد المحكمة على ذلك بالقول "أن ما قرره المشرع في القانون رقم (٨٤) لسنة ٢٠٠٢ في مادته الخامسة والسادسة من جعل انشاء الجمعية أو المؤسسة الاهلية رهنا بموافقة وزارة الشؤون الاجتماعية، تشوبه شبهة عدم الدستورية، حيث أخل بحكم الدستور المنصوص عليه في المادة (٥٥) منه، والتي نصت على أن (للمواطنين حق تكوين الجمعيات على الوجه المبين في القانون). انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعاوي رقم ٥٣ لسنة ٢١ ق ، سبق الإشارة إليها



## عقبات أمام الحق في الخصوصية:

الثابت أن من واجب السلطات أن تحترم حق الجمعيات وفقاً لما تنص عليه المادة ١٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي جزي نصها على أن: "لا يجوز إخضاع أحد للتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو منزله أو مراسلاته، ولا لهجمات تمس شرفه وسمعته. لكل شخص الحق في حماية القانون ضد مثل هذا التدخل أو الهجوم". كما نصت المادة ١٧ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن: "(١) لا يجوز تعريض أحد للتدخل تعسفي أو غير قانوني في خصوصياته أو أسرته أو منزله أو مراسلاته.... (٢) لكل فرد الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الهجمات". ونصت المادة ١٢ من الإعلان حماية المدافعين عن حقوق الإنسان: "تتخذ الدولة جميع التدابير اللازمة التي تكفل لكل شخص حماية السلطات المختصة له بمفرده وبالإشتراك مع غيره، من أي عنف أو تهديد أو انتقام أو تمييز ضار فعلاً أو قانوناً أو ضغط أو أي إجراء تعسفي آخر نتيجة لممارسته أو ممارستها المشروعة للحقوق المشار إليها في هذا الإعلان". وعلى هدي ذلك، لا ينبغي أن تخول السلطات الحق في فرض شروط على أي قرارات أو أنشطة للجمعيات، أو إبطال انتخاب أعضاء مجلس الإدارة، أو جعل صلاحية قرارات أعضاء المجلس مشروطة بحضور ممثل حكومي خلال إجتماع المجلس أو طلب سحب قرار داخلي، أو طلب رفع تقارير سنوية مسبقة من الجمعيات، أو دخول مباني جمعية دون سابق انذار ويعترف المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات بحق أجهزة مستقلة في فحص سجلات الجمعيات كألية لضمان الشفافية والمساءلة، غير أن مثل هذا الاجراء لا ينبغي أن يكون تعسفياً ويجب أن يحترم مبدأ عدم التمييز والحق في الخصوصية وألا يعرض للخطر استقلال الجمعيات وسلامة أعضائها<sup>(١)</sup>.

(١) انظر : تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات 27 / 20 / HRL / A، مرجع سابق، الفقرة (٦٥). انظر أيضاً: تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين =

## عقبات أمام حرية التعبير:

غني عن البيان أن قدرة الجمعيات على التعبير بحرية، وزيادة الوعي، والمشاركة في المدافعة من الأمور الأساسية لانجاز مهامها، بيد أن القانون يتم استغلاله للحد من قدرة الجمعيات على المشاركة في مجالات واسعة لحرية التعبير. ففي بعض البلدان، يمكن أن توضع العوائق من خلال القيود المباشرة على التعبير والنشر (حسبما يرد صراحة في قانون الجمعيات في عمان والجزائر)<sup>(١)</sup>. وفي بلدان أخرى تستخدم قوانين التشهير لتقييد حرية التعبير وحماية ذوي النفوذ من التدقيق الصارم (كما هو الحال في كمبوديا وتايلندا مثلاً)<sup>(٢)</sup> وفي بلدان كثيرة ما تستخدم العديد من المصطلحات الفضفاضة والغامضة للحد من الأنشطة " السياسية أو " المتطرفة " مما يمنح الحكومة سلطة تقديرية كبيرة لمعاقبة أصحاب التصريحات التي تعتبرها غير ملائمة،

- =الجمعيات، الصادر عن مجلس حقوق الإنسان، الدورة التاسعة والعشرون، بتاريخ ٢٥ إبريل ٢٠١٥ A/HRC/29/25٢، الفقرة (66).
- (1) في عمان، ينص قانون الجمعيات الأهلية (الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٤ العام ٢٠١٠) في مادته الخامسة على أنه "لا يجوز لمنظمات المجتمع المدني إقامة محاضرات علنية قبل الحصول على إذن مسبق من وزارة الشؤون الاجتماعية". وفي الجزائر دخل قانون الإعلام الجديد حيز التنفيذ في كانون الثاني / يناير ٢٠١٢. ويفرض القانون، إلى جانب القيود الأخرى، حصول جميع المطبوعات على موافقة مسبقة من سلطة تنظيم وسائط الإعلام. وإلى جانب ذلك يبدو نطاق القانون فضفاضاً إذ يذكر "نشر أو بث الحقائق، الرسائل الإخبارية، الآراء أو الأفكار...." (المادة ٣).
- (2) في كمبوديا، يبقى كل من التشهير والتضليل من الجرائم الجنائية التي قد يتعرض مرتكبيها للاعتقال ودفع غرامات تصل إلى ١٠ مليون ريال (٢٥٠٠ دولار أمريكي) وهو مبلغ لا يتمكن أكثر الكمبوديين من دفعه، مما يعرضهم لاحتمالات السجن بسبب تراكم الديون. في شهر تموز / يوليو ٢٠١١، أيدت محكمة الاستئناف في كمبوديا حكم السجن لمدة عامين على موظف يعمل في الرابطة الكمبودية لتعزيز حقوق الإنسان والدفاع عنها. وكان هذا الموظف قد أدين في آب / أغسطس ٢٠١٠ بتهمة التضليل لتوزيعه منشورات تتضمن تلميحات حول علاقة الحكومة مع فيتنام. وفي تايلندا، يعتبر التشهير جريمة جنائية بموجب قانون العقوبات والعقوبة القصوي هي السجن لمدة عامين وغرامة مالية تصل إلى ٢٠٠ ألف بات (حوالي ٥٧٠٠ دولار أمريكي). وإضافة إلى ذلك فإن القسم ١١٢ من قانون العقوبات ينص على أنه "يعاقب كل من يقذف، يهين أو يهدد الملك، الملكة وولي العهد أو الوصي بالسجن من ثلاثة إلى خمسة عشرة سنة".

ويؤدي بدوره إلى الحد من حرية التعبير (كما هو الحال في روسيا وأثيوبيا على سبيل المثال) <sup>(١)</sup>. وفي بعض البلدان، قد يصاغ القانون بطريقة تحرم ممارسة الانتقاد الفعلي للنظام الحاكم (حسبما يرد صراحة في روسيا البيضاء وماليزيا وفيتنام) <sup>(٢)</sup>. وفي ذلك أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أنه: "ينبغي للسلطات أن تنظر إلى الآراء المخالفة على أنها فرصة للحوار وللتفاهم المتبادل. وتأكيداً لهذا المبدأ قضت المحكمة بأن "لاي منظمة أن تشن حملة لأجل التغيير في الهياكل القانونية والدستورية إذا ما كانت السبل المتوخاة لغاية كهذه هي سبل قانونية وديمقراطية من جميع الأوجه وإذا ما كان التغيير المقترح في حد ذاته متماشياً مع المبادئ الديمقراطية الأساسية" <sup>(٣)</sup>.

1) يحظر القانون الروسي الخاص بالأنشطة المتطرفة (٢٠٠٣) الدعوة إلى المواقف السياسية المتطرفة. ويستند القانون إلى تعريف مبهم "للمنشآت المتطرفة" مما يسمح للحكومة أن تسم بالنظر في منظمات المجتمع المدني التي تتبنى مواقف مضادة للدولة. وفي أثيوبيا، يتضمن قانون مكافحة الإرهاب لعام ٢٠٠٩ تعريفاً غامضاً للأعمال الإرهابية وعلى تعريف "تشجيع الإرهاب" يجعل من نشر البيانات "أكثر ترجيحاً لأن يفهم على أنه تشجيع للقيام بأعمال إرهابية" يعاقب عليه القانون بالسجن من ١٠ إلى ٢٠ سنة وقد تم استخدام هذا القانون ضد الناشطين والإصحافيين، وتم منذ دخول هذا القانون حيز التنفيذ سجن أكثر من ٢٩ شخصاً.

2) في روسيا البيضاء عام ٢٠٠٥، تم تعديل القانون الجنائي لحظر نشر معلومات "غير نزيهة" حول الوضع السياسي والاقتصادي أو الوضع الاجتماعي في البلاد، مع ما يقابل ذلك من عقوبة تصل إلى ستة أشهر في السجن. وبالمثل، في ماليزيا، يحظر قانون مناهضة الفتنة تماماً المناقشة العامة لبعض القضايا، وينص على أن نشر معلومات كاذبة أن يؤدي إلى السجن. وفي فيتنام، آلاف الأفراد محتجزون حالياً تحت الإطار الشامل لـ "الأمن الوطني في أحكام القانون الجنائي الفيتنامي مثل "التجسس" (المادة ٨٠)، الذي يشمل إرسال مستندات لا تعد من أسرار الدولة للخارج " لاستخدامها من قبل الحكومات الأجنبية ضد جمهورية فيتنام الاشتراكية"، و (المادة ٨٨ التي تحظر "القيام بالدعاية").. بالإضافة إلى ذلك، يحظر قانون المطبوعات بشكل صارم نشر الكتب أو المقالات التي "تنتشر الأفكار والثقافة الرجعية... أو تدمر العادات والتقاليد الراسخة، أو تفتش أسرار الحزب، والدولة والأمن... أو تحرف التاريخ، أو تنتكز للإنجازات الثورية أو تؤذي رجالنا العظماء. وأبطالنا القوميين، أو تؤذي هيبة المنظمات وشرف وكرامة المواطنين".

3) ECTHR, 2HECHEV/V.BULGARLA; APPLICATION NO. 57045/00 JUDGEMENT OF JUNE 2007, PARA.47.

ومن ثم ينبغي أن يتمتع ممثلو الجمعيات باعتبارهم أفراداً أو من خلال منظماتهم، بالحق في حرية التعبير، أنه من الأهمية بمكان وجود جمعيات وأطر تنظيمية تدافع وتطالب بالحقوق وتقوم بتقديم الخدمات ويكون لديها القدرة على التعبير والعمل دون الخوف من احتمال تعرضهم لأي تهديدات أو أفعال تخوفية أو عنيفة بما فيها الإعدام بإجراءات موجزة أو تعسفاً، والاختفاء القسري أو غير الطوعي، والاعتقال أو الاحتجاز التعسفي، والتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، وحملات التشهير الإعلامية، وحظر السفر أو الفصل التعسفي عن العمل ولا سيما ما يستهدف النقابيين (كما هو الحال في جمهورية الكونغو الديمقراطية وكولومبيا والفلبين وأذربيجان وبنما وروسيا البيضاء وكوبا مثلاً)<sup>(١)</sup>.

١) شهدت جمهورية الكونغو الديمقراطية مقتل زعيم احدي منظمات حقوق الإنسان وسائقه بعد استدعائه من قبل المفتشية العامة للشرطة في شهر حزيران / يونيو ٢٠١٠. وعلى الرغم من أن التحقيقات الرسمية أدت إلى تعليق عمل المفتشية العامة للشرطة واعتقال ثلاثة ضباط شرطة، إلا أن التهديدات الموجهة لنشطاء حقوق الإنسان ما تزال مستمرة. وفي كولومبيا، في تموز / يوليو ٢٠٠٧ قام أعضاء جماعة شبه عسكرية تنشط بشكل علني، وباتصال واضح مع الشرطة، بتهديد أعضاء مجتمع السلم في سان خوسيه دي ابارتادو. وإزاء عدم استجابة الشرطة للبلاغ عن هذا التهديد، قام أعضاء الجماعة شبه العسكرية في اليوم التالي بقتل أحد قادة المنظمة، وتعتبر هذه الحالة الرابعة لاغتيال زعيم المجتمع السلمي على مدى ٢٠ شهراً. وفي الفلبين، ومنذ عام ٢٠٠١، ارتفع عدد الحالات المقيدة ضد مجهول من عمليات القتل خارج نطاق القانون، والخطف للنشطاء السياسيين ونشطاء حقوق الإنسان. وتقدر اللجنة الحكومية لحقوق الإنسان عدد الضحايا بين ٢٠٠١ وشهر أيار / مايو ٢٠٠٧ بنحو ٤٠٣ أفراد، أي أكثر من ضحية في الأسبوع. وشهدت أذربيجان في شهر آب / أغسطس ٢٠١١ تدمير مكاتب معهد السلام والديمقراطية ومركز مواجهة أزمات النساء وذلك في إطار خطة زعمت الحكومة أنها تهدف إلى التجديد الحضري والتي تتضمن بناء حديقة تكريماً للرئيس السابق حيدر عليف. لم يتم اعطاء معهد السلام والديمقراطية أي اشعار مسبق قبل البدء بعملية الهدم. وفي بنما تعرض قادة المجتمع المدني الذين ينتقدون باستمرار أداء الشرطة إلى حملات تحرش وترهيب روتينية وركزت الاتهامات على أن الأفراد أو منظمات المجتمع المدني التي ينتمون إليها يسعون لتقويض استمرار البلاد. وتشمل لائحة ضحايا مثل هذه الحملات مجموعات الدفاع عن البيئة، ومنظمات حقوق الأقليات ومنظمات المجتمع =

## عقبات أمام الحق في الاتصال والتعاون:

من الأمور وثيقة الصلة بحق تكوين الجمعيات هي قدرة الجمعيات على تقديم المعلومات وتلقيها والالتقاء وتبادل الأفكار مع نظرائها في الجمعية داخل وخارج بلدانها:  
أولاً: الحق في التواصل:

لممثلي الجمعيات كأفراد أو من خلال الجمعيات الحق في الاتصال والتماس التعاون مع عناصر الجمعيات الأخرى ومجتمع الأعمال والمنظمات الدولية والحكومية سواء في داخل أو خارج بلدانهم. فالقانون الدولي لحقوق الإنسان أوجب على الدول الالتزام بضمان احترام الحق في التواصل فالمادة ١٩ (٢) من الميثاق الدولي لحقوق الإنسان تحمي حرية التعبير بصورة تشمل الحق في التواصل مع مجموعة من الفاعلين في الداخل والخارج بوسائل مختلفة: لكل شخص الحق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق في حريته في الحصول وتلقي ونقل المعلومات والأفكار من كل نوع، دون أي اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها<sup>(١)</sup>. ويوفر اعلان المدافعين تفصيلاً أوسع بكثير حيث تمنح المادة (٥) الحق لكل شخص، بمفرده وبالاشتراك مع غيره على الصعيدين الوطني والدولي: (أ) الالتقاء أو التجمع سلمياً، (ب) تكوين الجمعيات والانضمام إليها والمشاركة في منظمات غير

---

=المدني النسائية وغيرها. وفي روسيا البيضاء، أوقفت ٧٨ منظمة من منظمات المجتمع المدني عملياتها في عام ٢٠٠٣ بسبب مضايقات المسؤولين الحكوميين. وفي عام ٢٠٠٤، قامت الحكومة بنفقتيش ٨٠٠ آخرين ووجهت لهم تحذيرات، ونجحت عمليات النفقتيش هذه في تشتيت منظمات المجتمع المدني ومنعها من التركيز على مهامها الأساسية. وفي كوبنا، استخدام المسؤولون مواد قانون حماية الاستقلال الوطني والاقتصاد الكوبي، والتي تحظر الأنشطة "لهدامة والحضارة للثورة" للتحرش بالمعارضيين ونشطاء حقوق الإنسان.

(1) يستخدم الإعلام العالمي لحقوق الإنسان لغة متطابقة تقريباً للغة الواردة في المادة ١٩: " لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة والتماس وتلقي ونقل المعلومات والأفكار من خلال أي وسيلة اعلامية -رن تقييد بالحدود الجغرافية".

حكومية أو هيئات أو جماعات. (ج) الاتصال بالمنظمات غير الحكومية أو المنظمات الحكومية الدولية". وتعرف مواثيق دولية أخرى لحقوق الإنسان حرية التعبير بطريقة تشمل الحق في التواصل مع الآخرين. وينص الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب على وجه التحديد في المادة ٩ (١): "لكل فرد الحق في الحصول على المعلومات وفي لغة متشابهة لها ورد في الميثاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية، تنص الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في المادة ١٣ (١): "لكل فرد الحق في حرية الفكر والتعبير. ويشمل هذا الحق التماس وتلقي ونقل المعلومات والأفكار من كافة أنواعها، بغض النظر عن الحدود، إما شفويًا أو كتابيًا أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها صاحبها" (١).

كما يحمي القانون الدولي أيضاً الأفراد من التدخل الغير مبرر في حرية تنقلهم: وتعتبر القدرة على التنقل بحرية ضرورية للتواصل والتعاون الفعال بين ممثلي الجمعيات، وتنص المادة ١٢ من الميثاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن: "لكل فرد متواجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما، الحق في حرية التنقل ضمن ذلك الإقليم". وعلاوة على ذلك "لكل فرد حرية مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده" (٢). وبرغم ذلك تمنع الحكومات التواصل الدولي من خلال رفض دخول الأجانب للبلاد أو بمنع المواطنين من مغادرة البلاد. بالإضافة إلى ذلك، تمنع عقد الاجتماعات والمناسبات التي تضم المواطنين والأجانب (كما هو الحال في الإمارات العربية المتحدة والجزائر

(١) تمضي المادة ١٣ من الاتفاقية الأمريكية إلى النص على أن ممارسة هذا الحق "لا يجوز أن تخضع لرقابة مسبقة" المادة ١٣ (٢) "ولا يجوز أن يقيد بطرق أو وسائل غير مباشرة، مثل اساءة استعمال الحكومة أو وسائل السيطرة الخاصة للصحف أو ترددات البث أو المعدات المستخدمة في نشر المعلومات أو بأي وسيلة أخرى تميل نحو اعاقا الاتصال وتداول الأفكار والآراء" (المادة ١٣ (٣) (٣)).

(٢) تعد حرية التنقل مفهوماً هاماً لحقوق الإنسان، وقد كتب عنه الكثير. ونلاحظ أهميته بالنسبة للحق في الاتصال والتعاون.

ومصر وأوزبكستان وكينيا مثلاً<sup>(١)</sup>. فالحق في تكوين الجمعيات يشمل التعاون العابر للحدود أو التعاون الدولي بين الجمعيات وأعضائها. وفي الواقع يقر إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية<sup>(٢)</sup> التي تقصّل بينها حدود دولية في الحفاظ على اتصالاتها وعلاقتها وسبل تعاونها وتطويرها، بما في ذلك الأنشطة التي تقام من أجل أغراض روحية وثقافية وسياسية واقتصادية واجتماعية، مع أعضائها ومع شعوب أخرى عبر الحدود (ال مادة ٣٦)<sup>(٣)</sup> لكن ذلك الحق قد يتعارض مع القوانين التي تنظم الأنشطة العابرة مثل الهجرة والتجارة.

(١) في دولة الامارات العربية المتحدة، يحد القانون الاتحادي بشأن الجمعيات الأهلية والمؤسسات ذات النفع العام (القانون الاتحادي رقم ٢ لعام ٢٠٠٨) من مشاركة أعضاء المنظمات غير الحكومية في المناسبات خارج البلاد دون الحصول على إذن مسبق من وزارة الشؤون الاجتماعية (المادتان ١٦، ١٧). في الجزائر، نظمت الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان مؤتمراً حول المختفين ودعت المحامين والناشطين من أمريكا اللاتينية وغيرها من البلدان". وتم رفض منح المشاركين الدوليين تأشيرات دخول إلى البلاد، ومنع المواطنون من الدخول إلى المؤتمر. ويقيد القانون المصري الخاص بالجمعيات والمؤسسات حق منظمات المجتمع المدني في الانضمام لمنظمات مجتمع مدني غير مصرية، " والاتصال بالمنظمات غير الحكومية أو بالمنظمات الحكومية الدولية " قبل الحصول على موافقة حكومية مسبقة. وازضافة إلى ذلك يحدد القانون بحدل منظمات المجتمع المدني التي تتعامل مع منظمات أجنبية قبل الحصول على إذن مسبق. في أوزبكستان، أمرت العديد من منظمات المجتمع المدني بانهاء نشاطها بسبب الاضرار في " تعاون وثيق مع نشطاء من منظمات غير مسجلة وتقديم المساعدة لهم " علاوة على ذلك فإنه يجب على منظمات المجتمع المدني التي تسعى إلى عقد مؤتمر ودعوة مشاركين دوليين الحصول على موافقة مسبقة من وزارة العدل. في كينيا، ينص قانون تنسيق نشاطات المنظمات غير الحكومية على أنه لا يمكن لأي منظمة أن تصبح فرعاً لأي منظمة أو جماعة ذات طابع سياسي تأسست خارج كينيا أو تابعة لها أو متصلة بها إلا بموافقة خطية مسبقة من مجلس تنسيق المنظمات غير الحكومية، والتي تم الحصول عليها بناء على طلب خطي موجه إلى المدير ومذيل بتوقيع ثلاثة أعضاء من المنظمة غير الحكومية.

(٢) إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٦٢/٢٩٥ المؤرخ في ١٣ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٧.

(٣) انظر أيضاً إعلان حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو اثنية وإلى أقليات دينية ولغوية، المادة ٢، الفقرة (٥).

وعلى سبيل المثال، فإن جماعات الرعاة التي تمتد أراضيها أو سبل معيشتها على جانبي حدود دولية لا تستخدم نقاط العبور الحدودية الرسمية أو لا تمتلك الوثائق الإدارية اللازمة كجوازات السفر، في أغلب الأحيان، والمقرر الخاص المعني بالحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات غير مقتنع بضرورة أن تغلب قوانين مراقبة الحد بشكل تلقائي قدرة هؤلاء على الحفاظ على أنماط حياتهم الثقافية. ويعتقد أن الدول ملزمة بتيسير التنقل الحر لهذه الجماعات، بسبل منها اعتماد تدابير خاصة تقر بالتحركات عبر الحدود في سياق التنقلات الموسمية للرعاة. ويدين المقرر الخاص أيضاً استخدام الدول بشكل تمييزي وغير مناسب قوانين الهجرة من أجل رفض منح تصاريح الإقامة أو العمل لموظفي الجمعيات التي تنتقد الحكومة أو تعرب عن آراء غير موافقة للحكومة<sup>(1)</sup>.

ثانياً: الحق في التعاون عن طريق تكنولوجيا المعلومات

والإتصال:

يشمل الحق في تلقي المعلومات ونشرها بواسطة وسائل الإعلام، بغض النظر عن العقبات، التواصل عن طريق الإنترنت وتكنولوجيا المعلومات والاتصال. للأفراد والجمعيات الحق في تشكيل والمشاركة في شبكات وتحالفات من أجل تعزيز التواصل والتعاون، والسعي لتحقيق أهداف مشروعة. ويمكن أن تمثل الشبكات والتحالفات وسائل بالغة الأهمية لتبادل المعلومات والخبرات، ورفع مستوى الوعي، أو الانخراط في مجال الدعوة. والجدير بالذكر، أن شبكة الإنترنت قد فتحت إمكانات جديدة للتشبيك. وبفضل سرعة الإنترنت واستخدامها على نطاق واسع في العالم، يسمح الإنترنت للأفراد والجمعيات بنشر المعلومات في "الزمن الفعلي" وحشد المسافرين بسرعة وفعالية. أن تكنولوجيا الاتصالات الحديثة سمحت لمن لديهم تظلمات بان يحتشدوا وينشروا رسالتهم. وعلى نحو حاسم،

(1) تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات A/HRC/26/29، مرجع سابق، الفقرات (61، 62).



وفرت وسائط الإعلام الحديثة أيضاً عدسة أمكن للعالم الخارجي أن يشاهد من خلالها الأحداث وهي تتجلى وأن يعلم الحقيقة<sup>(١)</sup>. ويلاحظ المقرر الخاص المعني بالحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات الاستخدام المتزايد لشبكة الانترنت، ولا سيما شبكات الإعلام الاجتماعية وسائر وسائل تكنولوجيا المعلومات والاتصال كأدوات سياسية يمكن الأفراد من تنظيم تجمعات سلمية. وعلى الرغم من ذلك، شددت بعض الدول القيود على هذه الأدوات لردع المواطنين ومنعهم من ممارسة حقهم (كما هو الحال في زيمبابوي وفيتنام وانغولى مثلاً)<sup>(٢)</sup>. وينبه المقرر الخاص إلى ضرورة ألا تطبق القيود على تكنولوجيا

(١) موجز حلقة نقاش مجلس حقوق الإنسان بشأن تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها في سياق الاحتجاجات السلمية أعدته مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، الصادر عن مجلس حقوق الإنسان - الدورة التاسعة عشر بتاريخ ١٩ ديسمبر ٢٠١١ (A/HRC/19/40)، الفقرة (٨).

(٢) تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات A/HRC/20/27، مرجع سابق، الفقرة (٦٤).

(٤) في زيمبابوي، منح " قرار ترصد الاتصالات "، والذي تمت المصادقة عليه كقانون في ٣ آب / أغسطس ٢٠٠٧، الحكومة سلطة " ترصد الإلكتروني والمكالمات الهاتفية ورسائل البريد الإلكتروني دون الحاجة إلى الحصول على موافقة المحكمة ". تم توظيف هذا القانون في قضية تحقيق تتعلق برجل تم اعتقاله بتهمة نشر تعليقات على صفحة الفيسبوك الخاصة برئيس الوزراء مورغان تسفا نجراي يمدح فيها المتظاهرين المصيرين، وتم اتهام هذا الشخص " بالتزوير أو محاولة قلب الحكم بوسائل غير دستورية ". ويتيح قرار ترصد الاتصالات للسلطات جمع المعلومات الخاصة من مزود خدمة الانترنت للتحقيق مع أي شخص يتهم بأنه يشكل تهديداً للأمن القومي أو السلامة العامة. وفي فيتنام، يحظر المرسوم رقم ٧١ (٢٠٠٤) بشكل صارم " الاستفادة من شبكة الانترنت لتقويض النظام والسلام الاجتماعي " ويلزم مستخدمي مقاهي الانترنت بتقديم بطاقة هوية بالصورة تحفظ في الملف لمدة ٣٠ يوماً. ويفرض المرسوم رقم ٢٠٠٦/٥٦ غرامات باهظة تصل إلى ٣٠ مليون دونغ أي ما يعادل ٢٠٠٠ دولار لنشر معلومات " ضارة " بأى وسيلة كانت. وأقر البرلمان الأنغولى مشروع قانون الجريمة التكنولوجية في ٣١ آذار / مارس ٢٠١١ الذي ينص على أنه يمكن معاقبة أي شخص يتهم بجريمة " التسجيلات والصور والتقيديوهات غير القانونية " (المادة ١٧) بغرامة أو السجن في حال بث صور، فيديو أو تسجيلات لخطاب أي فرد قبل الحصول على موافقة الشخص المعني حتى لو تم انتاج هذه المواد بطريقة قانونية وبدون أي نية لاحداث ضرر. وقد يؤدي هذا إلى ردع الصحفيين عن نشر لقطات فيديو للمظاهرات أو لوحشية الشرطة حتى لو تم تسجيلها في مكان عام).

المعلومات والاتصالات إلا بشكل استثنائي، وينبغي أن يكون المعيار العام هو السماح باستخدام منفتح وحر للإنترنت وغيرها من أشكال الاتصال. وفي هذا المضمار، يشير المقرر الخاص إلى تقرير أعده مؤخراً المقرر الخاص بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير وقدم فيه توصيات من بينها (ضرورة) " أن تضمن كل الدول تواصل إمكان استخدام شبكة الإنترنت على الدوام بما في ذلك خلال فترات الاضطرابات السياسية " (الوثيقة A/HRC/17/27)، الفقرة ٧٩، " ووجوب أن تتولي سلطة قضائية مختصة أو هيئة غير خاضعة لأي تأثير سياسي أو تجاري أو أي تأثير آخر غير مشروع مهمة اتخاذ أي قرار بشأن مضمون المواد المنشورة على (المواقع الإلكترونية) الذي ينبغي منعه " (الفقرة ٧٠) (١).

عقبات أمام الحق في التماس الموارد وتأمينها (٢):

للأطر والسياسات القانونية المتصلة بالموارد أثر لا يستهان به في حق تكوين الجمعيات، فبإمكانها أن تقوى فعالية الجمعيات وتيسير استدامتها أو بالمقابل قد تؤدي بها للتبعية ولضعف المركز بالاضافة إلى ذلك، وبالنسبة للجمعيات التي تقوم بتعزيز حقوق الإنسان بما في ذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذلك الجمعيات المنخرطة في أداء خدمات (مثل الاغاثة في حالات الكوارث وتوفير الرعاية الصحية أو الحماية البيئية) يعتبر الحصول على الموارد أمر مهما لا فقط بالنسبة لوجود الجمعية ذاتها بل لتمتع المستفيدين من عمل الجمعية بسائر حقوق الإنسان. ومن ثم فإن القيود التي تفرض على الموارد المتاحة للجمعيات يؤثر بالتمتع بالحق في تكوين الجمعيات ويقوض الحقوق المدنية والثقافية والاقتصادية والسياسية ككل (٣).

وتؤكد المادة ٢٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن "لكل فرد الحق في حرية تكوين الجمعيات مع

1) تقرير المقرر الخاص المعنى بالحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعية

A/HRC/27، مرجع سابق، الفقرة ٣٢.

2) المرجع السابق، الفقرة (٨).

3) المرجع السابق، الفقرة (٩).

آخرين؛ بما في ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حمايته مصالحة". كما أن اعلان الأمم المتحدة للمدافعين عن حقوق الإنسان يقر بالحق في النفاذ إلى التمويلات باعتباره حقاً جوهرياً وضرورياً للبقاء في المادة ١٣: "لكل فرد الحق، بمفرده وبالاشتراك مع غيره، في التماس وتلقي واستخدام موارد يكون الغرض منها صراحة تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية بالوسائل السلمية، وفقاً للمادة ٣ من الاعلان" (١). الاعلان يوفر حماية محددة للمدافعين عن حقوق الإنسان، بما في ذلك الحق في "التماس وتلقي واستخدام موارد من أجل حماية حقوق الإنسان" (بما في ذلك تلقي الأموال من الخارج). وفي التعليق على الاعلان حول حق الأفراد والجماعات والهيئات ومسئولياتهم في تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المعترف بها (الصادر في يوليو / تموز ٢٠١١)، أكد المقرر الأمين الخاص المكلف بوضعية المدافعين عن حقوق الإنسان أنه "من أجل تمكين منظمات حقوق الإنسان من القيام بأنشطتها، من الضروري أن تقوم بوظائفها دون عوائق، بما في ذلك فرض قيود على التمويل، فعندما يكون الأفراد أحراراً في ممارسة حق التنظيم، لكنهم محرومين من الموارد الكفيلة بمساعدتهم في تنفيذ أنشطتهم، وتيسير منظماتهم، فإن الحق في التنظيم يصبح بلا معنى" (٢). وفي تقرير الممثل الخاص للأمين العام المعني بالمدافعين عن حقوق الإنسان، هيناجيلاني، والصادر في تشرين الأول / أكتوبر ٢٠٠٤، شمل "القيود المفروضة على التمويل" بوصفها نوعاً من الاعاققة القانونية التي "أثرت تأثيراً خطيراً على قدرة المدافعين عن حقوق الإنسان على القيام بأنشطتهم". وشملت توصيات الممثل

(1) اعلان المدافعين عن الأمم المتحدة، المادة ٣: "يشكل القانون المحلي المتفق مع ميثاق الأمم المتحدة والالتزامات الدولية الأخرى التي تقع على عاتق الدولة في ميدان حقوق الإنسان والحريات الأساسية الإطار القانوني الذي ينبغي أن يجرى فيه اعمال حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع بها، وتنفيذ جميع الأنشطة المشار إليها في هذا الاعلان من أجل تعزيز تلك الحقوق والحريات وحمايتها واعمالها بشكل فعال".

(2) انظر: الدفاع عن المجتمع المدني، مرجع سابق، ص ٣٥.

الخاص ما يلي: يجب على الحكومات أن تسمح للمنظمات غير الحكومية بالحصول على التمويل الأجنبي كجزء من التعاون الدولي، الذي يحق للمجتمع المدني بنفس القدر الذي يحق للحكومات والشروط الوحيدة المشروعة هي أن تتوخى المنظمات غير الحكومية الشفافية<sup>(١)</sup>.

ولا يقف اعلان المدافعين للأمم المتحدة وحده في حماية الحق في الحصول على التمويل. فقد جاء عقبه اعلان القضاء على كافة أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد، والذي أعلنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٨١ وبطبيعة الحال، ركز الاعلان على " الحق في حرية الفكر والوجدان والدين " ويقرر الاعلان، في المادة ٦، بأن الحق في حرية الفكر والوجدان والدين يشمل، في جملة أمور، الحرية في التماس وتلقي تبرعات مالية وغيرها من المساهمات من الأفراد والمؤسسات. ومرة أخرى، لم يقع تمييز بين المصادر المحلية والأجنبية<sup>(٢)</sup>. بالإضافة إلى البيانات المباشرة عن حق التماس وتلقي التمويل، يحمي الإطار القانوني الدولي الحق في الملكية. ويمنح الاعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة ١٧ (١) الحق لكل شخص في التملك والحماية ضد انتزاع الدولة التعسفي لممتلكاته، مما يمكن أن يفسر على أن هذا الحق يشمل الكيانات القانونية وبالتالي الجمعيات والمنظمات غير الحكومية. وأكدت المحكمة الأوروبية على أن المادة الأولى للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تحمي حق الفرد في " التمتع السلمي بممتلكات " تنطبق على كل من الأشخاص الطبيعيين والقانونيين، وبالرغم من أن المحكمة الأوروبية رأيت أن هذا الحق لا يعطي أي ضمان لنحو اكتساب ممتلكات، فقد صرحت، أن حق الملكية يتضمن حق الفرد في التصرف

(1) تقرير الممثل الخاص المعني بالمدافعين عن حقوق الإنسان، هيناجيرنتي، وفقاً لقرار الجمعية العامة 178/58 الصادر في تشرين الأول / أكتوبر 2004، ص 20.

(2) تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات A/HRC/20/27؛ مرجع سابق، الفقرة (٦٩).

في الملكية والحق في التصرف في الملكية يشمل بطبيعة الحال الحق في تقديم التبرعات لمنظمات المجتمع المدني لأغراض مشروعة<sup>(١)</sup>.  
وفيما يتصل بالأحزاب السياسية في عقدنا أنه يمكن تطبيق قواعد مختلفة، على أي حال، يجب أن تنتم القواعد المنظمة للحصول على التمويل والموارد المحلية بعدم التمييز وينبغي ألا تنفذ تنفيذاً تعسفياً، بهدف عدم تعرض استقلال الأحزاب السياسية وقدرتها على التنافس الثري في الانتخابات للخطر. ويمكن تنظيم التبرعات الأجنبية أو الحد منها أو منعها لتفادي تأثير المصالح الأجنبية غير المشروع في الشؤون السياسية المحلية<sup>(٢)</sup>.

وفي تقريره الموضوعي الثاني، حدد المقرر الخاص المعني بالحق في تكوين الجمعيات قدرة الجمعيات على الحصول على الموارد المالية باعتبارها عنصراً أساسياً للحق في تكوين الجمعيات وتترتب على مسألة التمويل آثار بعيدة المدى فيما يتعلق بالحق في تكوين الجمعيات بالنسبة للأحزاب السياسية ذلك أن التحويل يكفل أن يكون باستطاعة الأحزاب السياسية الاضطلاع بأعمالها على أساس يومي، والمشاركة في الساحة السياسية، وتمثل آراء ومصالح ومنظورات متعددة، ومن ثم تعزيز الديمقراطية كما أن التحويل قد تكون له آثار عكسية على إمكانيات العملية الديمقراطية مما يستلزم بعض التنظيم ويشاطر المقرر الخاص اللجنة المعنية بحقوق الإنسان رأيها الوارد في التعليق العام رقم ٢٥ (الفقرة ١٩) الذي مفاده أن بعض التقييدات المعقولة التي تستهدف الحد من تكاليف الحملات الانتخابية قد تكون مبررة لضمان حرية الاختيار التامة للناخبين، أو للتأكيد من أن العملية الديمقراطية لا يشوبها إفراط في الانفاق لصالح أي من المرشحين أو الأحزاب. وقد يكون من الممكن الاستفادة من بعض المبادئ الأساسية للاسترشاد بها في وضع وتنفيذ قواعد تمويل الأحزاب السياسية. وكثيراً ما يستخدم التمويل العام للأحزاب السياسية

---

(١) الدفاع عن المجتمع المدني، مرجع سابق، ص ٣٦.  
(٢) انظر: تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات A/HRC/20/27، مرجع سابق، الفقرة (٧١).

بوصفه وسيلة تكافؤ الفرص لجميع الأحزاب وضمن أن تكون هناك مشاركة تنافسية بين مختلف الأفكار والآراء. ويقيد التمويل العام أساساً الأحزاب التي لا تكون قادرة على جمع أموال خاصة لعند من الأسباب، بما في ذلك لأنها أحزاب صغيرة، أو لأن أيديولوجيتها لا تروق الأغلبية من المانحين المحتملين، أو من يمثلون الفئات المهمشة، مثل النساء والشباب. وعلى ذلك، ينبغي ألا يستخدم التمويل العام للتدخل في استقلال أي حزب وتشجيع أو إيجاد الاعتماد الزائد على موارد الدولة<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من هذه الالتزامات القانونية الواضحة التي تتأشد الدول أن تتجنب وضع قيود وأن تيسر كذلك الحصول على التمويل (كما هو الحال في لبنان والمغرب وفلسطين وتركيا مثلاً)<sup>(٢)</sup>، تتراوح

- 1) تقرير المقرر الخاص المعني بالحقوق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات. A/68/299، مرجع سابق، الفقرة (٤٣).
- 2) في الأربعة بلدان لبنان والمغرب وفلسطين وتركيا لا يتطلب إذن مسبقاً للحصول على التمويل الأجنبي. وعضواً عن ذلك، يتوجب على الجمعيات أن تقدم نموذج اشعار حول وضعها المالي يجب بيان مصدر التمويل وحجمه وغايته واستخداماته بشفافية للسلطات. يشجع القانون الفلسطيني (2000/1) عمل الجمعيات ولا يفرض أي قيود تذكر على التمويل. وكل ما هو مطلوب من الجمعيات هو أن تبلغ وزارة الداخلية الفلسطينية بشأن التمويل الأجنبي وتطلعها على اسم المصرف الذي تودع فيه الأموال المادة (٣١). وعلاوة على ذلك. تحصل الجمعيات التي تستخدم أموالها وفقاً لأحكام القانون ونظامها الأساسي على إعفاءات ضريبية وجمركية وفي المغرب، قلما تواجه الجمعيات صعوبات في الحصول على الأموال الأجنبية أو استخدامها. أما الجمعيات المحرومة من التسجيل فتواجه معظم المشاكل المتعلقة بتلقي التمويل حيث ليس لها أساس قانوني تستند إليه كي تفتح حسابات مصرفية أو تتقدم بطلبات الحصول على التمويل. وأخيراً في لبنان فهو البلد الأقل تقييداً للتمويل المحلي والأجنبي في منطقة شرق المتوسط وجنوبه، فهو لا يفرض أي قيود على الإطلاق - كما أن الجمعيات ليست مطالبة بدفع ضريبة الدخل في حين تتم إجراءات الإشعار ببساطتها كما أن تقديم البيانات المالية السنوية هو مجرد إجراء شكلي وفي حين يبدو هذا نبأ ساراً، إلا أن هذا المستوى المتدني من المتطلبات التنظيمية وعدم قدرة السلطات على الإشراف عليها جراء انعدام الشفافية ينطوي على بعد اشكالي قد يمثل في بعض الحالات، كما في بلدان أخرى، حافزاً للسلوك الفاسد، وهو ما يعزز الطرح بخصوص كيفية مراقبة الميزانية.

العقبات المواجهة للحصول على التمويل الأجنبي ما بين حظر التمويل، فقد يحظر القانون كلياً وبشكل مباشر تلقي فئات تمويلية معينة بالمرّة (كما هو الحال في أريتريا وفرنزويلا والإكوادور والهند) <sup>(١)</sup>. وقد يسمح القانون بتلقي التمويل الأجنبي ولكن بشرط الحصول على الموافقة الحكومية المسبقة (حسبما يرد صراحة في قانون الجمعيات في مصر والأردن وروسيا البيضاء وأوزبكستان) <sup>(٢)</sup>. وفي بلدان

1) في أريتريا، أصدرت الحكومة القرار الإداري رقم ٢٠٠٥/١٤٥ الذي يحظر بشكل واسع على الأمم المتحدة والوكالات الدولية تمويل المنظمات الغير حكومية. وفي فنزويلا، يستهدف قانون حماية الحرية السياسية وتقرير المصير الوطني الذي صدر في كانون الأول / ديسمبر ٢٠١٠ المنظمات غير الحكومية التي تكرر نفسها " للدفاع عن الحقوق السياسية " أو غيرها " من الأهداف السياسية " ويمنع هذه المنظمات من امتلاك الأصول أو تلقي أي دخل من مصادر أجنبية. ويمكن أن يؤدي عدم الالتزام بذلك إلى دفع غرامة تكون ضعف المبالغ المقبولة من المصادر الأجنبية. وفي الإكوادور أصدر الرئيس، في شهر تموز / يوليو ٢٠١٠ مرسوماً يحظر على منظمات المجتمع المدني الدولي المسجلة الحصول على تمويل من مصادر ثنائية أو متعددة الأطراف لأنشطتها في الإكوادور. وفي الهند قانون (تشريع) التبرعات الخارجية لعام ٢٠١٠ يحدد الأشخاص غير المؤهلين للحصول على تبرعات خارجية. مما يؤثر القلق بشكل خاص في هذا القانون هو ادراج عبارة " منظمات ذات طابع سياسي " وهو المصطلح الذي لم يتم تعريفه حتى الآن.

2) يمنع القانون المصري أي جمعية من الحصول على تمويل من الخارج سواء من أفراد أجانب أو من سلطات أجنبية (بما في ذلك ممثلهم داخل مصر - دون الحصول على موافقة مسبقة من وزير التضامن الاجتماعي والعدالة. قد يتطلب الحصول على الموافقة الوزارية عدة أشهر إن لم تكن سنوات. وفي كثير من الحالات لا تقوم الوزارة بالرد على الإطلاق. وعلاوة على ذلك فإن الفشل في الحصول على الموافقة المسبقة قد يؤدي إلى قرار بالحل وفرض عقوبات جنائية بما في ذلك عقوبة السجن، وعلى سبيل المثال فقد وجهت الحكومة المصرية في أوائل عام ٢٠١٢ التهم إلى أكثر من ٤٠ موظفاً مصرياً وأجانباً يعملون في منظمات غير حكومية بسبب حصول منظماتهم على أموال من جهات خارجية قبل الحصول على الموافقات المسبقة. وفي الأردن، يخضع التمويل الخارجي للجمعيات لموافقة مجلس الوزراء. ينبغي أن يشمل طلب الموافقة مصدر التمويل، قيمة التمويل، وسائل التمويل والأهداف التي سيتم اتفاق التحويل مع قسم فرعي في الإدارة الرئيسية، وهو الذي يمنح هذه التسجيلات بشكل نادر المرسوم الرئاسي رقم ٨ من ١٢ آذار / مارس ٢٠٠١، الفقرة (٢). وفي أوزبكستان، ومن أجل الحصول على منحة خارجية يجب على المنظمات غير الحكومية الحصول على رأي خاص من لجنة تابعة لمجلس الوزراء بأن المشروع الذي سيستفيد من المنحة هو جدير حقاً بالدعم.

يتطلب الحصول على تمويل أجنبي الكثير من المتطلبات الاجرائية المرهقة (كما هو الحال في الصين واذربيجان واندونيسيا والهند) (١) وفي بلدان يتم تلقي التمويل الأجنبي من خلال الحكومة (كما هو الحال في اريتريا واوزبكستان وسيراليون) (٢).

(1) في الصين، أصدرت مصلحة الدولة للنقد الأجنبي في عام ٢٠١٠ ملاحظة رقم ٦٣ حول القضايا المتعلقة بتبرع مصلحة النقد الأجنبي إلى أو عن طريق المؤسسات المحلية، التي تطلب، على الورق، من بعض المنظمات المحلية غير الربحية الامتثال للقواعد الجديدة والأكثر تعقيدا من أجل الحصول على التبرعات الأجنبية واستخدامها. تشمل هذه المتطلبات طلب إثبات صحة سلطة المنطقة المحلية والمناخ الأجنبي، ورخصة المجموعة المحلية، واتفاق هبة موثق بين الجهة المحلية والمنظمة المانحة مع شرح الغرض من التبرع وشهادة تسجيل للمجموعة الأجنبية غير الربحية. في أذربيجان، يتطلب قانون المنح العام ١٩٩٨ الذي عززه المرسوم الرئاسي لعام ٢٠٠٤ من المنظمات غير التجارية تسجيل اتفاقية هبة في وزارة العدل. يجعل عدم تسجيل الهبة من المنظمة غير الحكومية في وضع غير مريح ذلك أن غرامة عدم تسجيل اتفاقية هبة مرتفعة جدا (تتراوح بين ١٠٠٠ و ٢٥٠٠) مئآت (١٢٥٠ - ٣٢١٥ دولار أمريكي)، وقد تتسبب مثل هذه الغرامات بمعاناة شديدة أو حتى حلها. تطلب أندونيسيا من المنظمات الاجتماعية التي تسعى للحصول على تبرعات من جهات أجنبية أو إلى تقديمها إليها المشاركة في عملية موافقة مفصلة وتقديم تقارير يشترط التنظيم رقم ٣٨ الصادر في عام ٢٠٠٨ عن وزير الشؤون الداخلية من المنظمات غير الحكومية تسجيل نفسها لدى الحكومة وطلب موافقة وزارة الشؤون الداخلية للحصول على تمويل أجنبي. في الهند، يشترط قانون المساهمة الخارجية لعام ٢٠١٠ من جميع المنظمات غير الربحية التي ترغب بقبول المساهمات الأجنبية (أ) التسجيل مع الحكومة المركزية (ب) الموافقة على قبول التبرعات من خلال بنوك محددة (ج) الحفاظ على حسابات منفصلة تتعلق بجميع الإيرادات والمدفوعات من الأموال.

(2) في اريتريا يشترط القانون رقم ١٤٥/٢٠٠٥ على المنظمات غير الحكومية الانخراط في أنشطة من خلال "الوزارة أو الجهة الحكومية المعنية" بشكل حصري. وفي حال لم تكن الوزارة أو الجهة الحكومية المعنية قادرة أو كانت عاجزة عن القيام بهذا النشاط، عندها فقط يمكن للمنظمات غير الحكومية الانخراط في النشاط بشكل مباشر. وفي أوزبكستان في عام ٢٠٠٤ بدأت الحكومة في اشتراط ايداع التمويل الأجنبي للمنظمات غير الحكومية في واحد أو اثنين من البنوك التي تسيطر عليها الحكومة، مما يسمح برصد جميع التحويلات البنكية، ونذكر أن الحكومة الأوزبكية قد استخدمت هذا النظام لمنع تحويل ما لا يقل عن ٨٠ بالمائة من المنح الأجنبية للمنظمات غير=



قيود غير مباشرة مفروضة على حق تكوين الجمعيات:

إن القيود المفروضة على حقوق أخرى في كثير من الأحيان لها تأثير غير مباشر على التمتع بالحق في تكوين الجمعيات؛ وبالتالي ينبغي أن تؤخذ بعين الاعتبار عند تقييم مدى وفاء الدولة بالتزاماتها الإيجابية لحماية حق تكوين الجمعيات، فعلي سبيل المثال ورغم أن حكم المحكمة الأوروبية الصادر في قضية "داينلينكوف" وآخرين ضد روسيا معني بوجه خاص بمدى كفاية الحماية المقدمة لأعضاء النقابات العمالية<sup>١٠١</sup> إلا أن له أهمية كامنة بالنسبة لمن فرضت عليه عقوبة بسبب عضويته في احدي الجمعيات ولا سيما المنتمين إلى جمعيات تسعى إلى حماية حقوق الإنسان. حيث جاء في حيثيات القضية أن أحد أرباب العمل استخدم أساليب متنوعة لتشجيع موظفيه على التخلي عن عضويتهم في النقابة، بما في ذلك إعادة ترتيبهم في فرق عمل خاصة محدودة الفرص وفصلهم، وتخفيض دخلهم، وفرض عقوبات تأديبية بحقهم، ورفض اعادتهم إلى العمل عقب صدور حكم المحكمة وما إلى ذلك من الأساليب، وهو ما قضت المحاكم لاحقاً بعدم مشروعيته. وقد تمخض ذلك عن تراجع في عضوية النقابة وكانت الآثار السلبية الجلية التي تركتها عضوية النقابة على الأعضاء المدعين كافية لدفع دعوي ظاهرة الواجهة بوقوع التمييز في التمتع بالحقوق التي تكفلها المادة ١٠١ من الاتفاقية.

رغم أن القانون الروسي كان يفرض وقت الواقعة حظراً شاملاً على جميع أشكال التمييز القائم على الانتماء النقابي أو عدم الانتماء، رفضت السلطات القضائية المحلية، في إطار دعوتين مدنيتين النظر في شكاوى المدعين المتعلقة بالتمييز، بعدما اعتبرت أن اثبات وقوع التمييز ممكن في إطار الدعوي الجنائية فقط، وبهذا لم يتسن البت في شكاوى المدعين عن طريق رفع دعوي مدنية. ومع ذلك، ولأن السبيل

---

=الحكومية. في سيراليون ووفقاً لتشريعات سياسية بالمنظمات غير الحكومية لعام ٢٠٠٩، ينبغي توجيه الأصول التي يتم تحويلها لتطوير قدرات المنظمات غير الحكومية عبر جمعية سيراليون للمنظمات غير الحكومية ووزارة المالية والتنمية الاقتصادية.

الحل الجنائي يقوم على مبدأ المسؤولية الشخصية فإن قصوره الرئيسي يمكن في اقتضائه دليلاً يبرهن " دون شك معقول " على النية المباشرة لأحد المدراء الرئيسيين في الشركة للتمييز ضد أعضاء النقابة العمالية وقد أدى عدم القدرة على إثبات وجود هذه النية إلى اتخاذ قرارات بعدم إقامة الدعوي الجنائية. وعلاوة على ذلك لم يكن لضحايا التمييز سوى دور ثانوي في إقامة هذه الإجراءات الجنائية وسيرها. وهكذا تفتتخ المحكمة الأوروبية بأنه كان بوسع المقاضاة الجنائية، والتي اعتمدت على قدرة الجهة القائمة بالإدعاء في كشف النية المباشرة للتمييز ضد أعضاء النقابة وإثباتها، أن توفر تعويضاً ملائماً وعملياً فيما يتعلق بالتمييز المزعوم ضد النقابة. ومن الناحية الأخرى. كان الأحرى أن تتوفر في إطار الدعوي المدنية امكانية الاضطلاع بالمهمة الأكثر حساسية والمتمثلة في دراسة كافة عناصر العلاقة القائمة بين المدعين ورب عملهم بما في ذلك الآثار المجتمعية للأساليب المختلفة التي لجأ إليها رب العمل لحث العمال على التخلي عن عضويتهم في النقابة، وفي منح التعويض المناسب.

حين لم تكن المحكمة الأوروبية مستعدة للتكهن حول ما إذا كان بوسع الحماية الفعالة لحق المدعين في عدم التعرض للتمييز أن تحول دون اتخاذ رب عملهم إجراءات غير مؤاتية ضدهم مستقبلاً، فقد اعتبرت أن غياب هذه الحماية في ظل الأثر الموضوعي الذي تركه سلوك رب العمل يمكن أن ينطوي على خوف من احتمال وقوع التمييز ويثني الآخرين عن الانضمام إلى النقابة العمالية وهو ما قد يؤدي إلى تلاشيها وبالتالي التأثير سلباً في التمتع بحق التجمع والتنظيم. لذا رأت المحكمة الأوروبية أن الدولة قد عجزت عن الوفاء بالتزاماتها الإيجابية باقرار حماية قضائية فعالة وواضحة ضد التمييز القائم على أساس العضوية في النقابات العمالية وبذلك فقد وقع انتهاك للمادتين ١١، ١٤ من الاتفاقية الأوروبية<sup>(١)</sup>.

1-the european court rulling forhuman rights,dainlnkov case against russia. Camplaint.no.30-67336/5 1guly.2009

## المبحث الثاني

### حدود تنظيم الحق في تكوين الجمعيات في ظل الظروف الاستثنائية

بموجب العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية يجوز للدول تعطيل وحرمان الإنسان من التمتع بحقه في تكوين الجمعيات والتحلل من التزامها بكفالة حق تكوين الجمعيات - في زمن الحرب أو حالات الطوارئ أو الخطر العام الذي يهدد حياة الأمة أو أمن الدولة أو استقلالها، إلا أنها - في ذات الوقت - لم تترك سلطة الدولة في هذه الظروف طليقة من كل قيد، بل اخضاعها لعدد من الضوابط والقيود التي يجب الالتزام بها بكل دقة عند الالتجاء إلى استخدام هذه الرخصة حتي تظل تصرفات الدول رغم وجود الظروف الاستثنائية في إطار من المشروعية وهذا ما سنبينه في المطلبين التاليين من خلال التطرق لمفهوم حالة الطوارئ ومبرراتها أولاً ثم موقف القانون الدولي لحقوق الإنسان من تعطيل حق تكوين الجمعيات في حالات الطوارئ ثانياً وذلك على النحو التالي:

#### المطلب الأول

##### مفهوم حالة الطوارئ ومبرراتها

نعرض في هذا المطلب إلى مفهوم حالة الطوارئ في الفرع الأول بينما نخصص الفرع الثاني للحديث عن مبرراتها. أولاً: مفهوم حالة الطوارئ: نصت المادة الرابعة من العهد الدولي على الآتي:

١- في حالة الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة العامة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي، وعدم أنطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي.

٢- لا يميز هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد ٦، ٧، ٨ الفقرتين ١، ٢ و ١١، ١٥ و ١٦، ١٨.

٣- على أية دولة طرف في هذا العهد استخدمت حق عدم التقيد، أن تعلم الدول الأطراف الأخرى فوراً عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة بالأحكام التي لم تقيد بها وبالسبب التي دفعتها إلى ذلك - وعليها في التاريخ الذي تنتهي، فيه عدم التقيد، أن تعلمها بذلك مرة أخرى وبالطريق ذاته.

إمعان النظر في المادة الرابعة ومن أجمال قرارات الهيئات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، تمكن الخصائص المميزة للطوارئ حسبما وردت في معاهدات حقوق الإنسان على النحو التالي (١): -

(أ) الخطر الفعلي أو الوشيك: يجب أن تكون الطوارئ لمواجهة أخطار فعلية أو وشيكة على الأقل، لذلك لا يجوز قانوننا أن تكون الطوارئ لها طبيعة وقائية أي لمواجهة مواقف استثنائية محتملة لم تتشرب بعد.

(ب) عمومية الخطر: بمعنى أن يكون الخطر أو التهديد من الجسامة بحيث يؤثر في الأمة بأسرها أي لا يقتصر التأثير على جزء منه وجرى تساؤلات حول إمكان فرض حالة الطوارئ على جزء من البلاد فقط بمنظور احتمالين للمواقف: "طوارئ في جزء واحد من البلاد ولكنها تؤثر في الأمة بأسرها"، "طوارئ أخرى في جزء واحد من البلاد ولكنها لا تؤثر إلا في هذا الجزء من الأمة فحسب" والموقف الأول لا يمثل صعوبات قانونية كبيرة ولكن الموقف الثاني يدعو إلى الخلاف بأكثر من ذلك، ومع ذلك فإن

---

1) راجع بخصوص حالة الطوارئ: د. محمد مصطفى يونس، حقوق الإنسان في حالات الطوارئ، دراسة فقهية وتطبيقية معاصرة في ضوء مبادئ وقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٢، ص ٣٥ وما بعدها. د. سعيد فهم خليل، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية (دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان)، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٩٣، ص ١٥٩ وما بعدها. د. مصطفى سلامة حسن، التحلل المشروع من الالتزامات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣ وما بعدها. د. محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٦٢ وما بعدها.

تقرير جمعية القانون الدولي الصادر في باريس عام ١٩٨٤ قد  
أجاز اعلان الطوارئ في جزء من البلاد حتى عندما يقتصر  
التأثير للأحداث على جزء من السكان، واعتبار ذلك اجراء  
مشروعاً لحالة الطوارئ.

(ج) جسامه الخضر: بمعنى أن يؤثر التهديد في كيان الأمة  
ومصيرها، ومفهوم ذلك أن يشمل التهديد تماسك وحدة الشعب،  
ووحدة الأراضي أو يؤثر في أداء مؤسسات الدولة لوظائفها.

(د) اعلان حالة الطوارئ كاجراء أخير: بمعنى أن يكون اعلان  
الطوارئ بمثابة الملجأ الأخير وبعد استنفاد الوسائل العادية  
لمواجهة اضطرابات النظام العام.

(هـ) أن يكون اعلان الطوارئ كاجراء مؤقت: ولا يمكن أن يستمر  
لفترة تجاوز فترة الطوارئ ذاتها، ولذلك فإن بقاء حالات  
الطوارئ بصورة دائمة ليس مشروعاً. بناء على ما سبق فإن  
حالة الطوارئ هي تلك الحالة الاستثنائية التي تتعرض فيها الدولة  
لظروف استثنائية تبرر ضرورة تسليح السلطة التنفيذية بسلطات  
استثنائية لمواجهة ما تمثله من أخطار<sup>(١)</sup>.

واعلان حالة الطوارئ يترتب عليها تعطيل ممارسة الحق في  
تكوين الجمعيات، لذلك من الضروري أن تخضع لقيود اجرائية  
وموضوعية تحددها معاهدات حقوق الإنسان على النحو التالي:  
وتتمثل القيود الاجرائية التي ترد على حق الدول الأطراف في  
التحلل مؤقتاً من التزاماتها الدولية الناشئة عن اتفاقيات حقوق الإنسان  
في قيدين هم:

(١) يجدر التنويه إلى التفرة بين حالة الطوارئ وقانون الطوارئ، حيث أن قانون  
الطوارئ هو قانون دائم من قوانين الدولة، يبين شروط توفر حالة الطوارئ  
واجراءات اعلانها والسلطات التي تخولها هذه الحالة اذا ما اعلنت، أما حالة  
الطوارئ فهي ظرف فعلي يتمثل في أحداث استثنائية تبرز اتخاذ اجراءات  
استثنائية. وهناك فرق أيضا بين حالة الضرورة وحالة الطوارئ، فقد يحدث  
هناك ظرف غير عادي أو حالة ضرورة تستوجب اصدار قرارات لها قوة  
القانون من قبل رأس السلطة التنفيذية ممثلة بالرئيس إلا أن هذه الظروف لا  
تستدعي اعلان حالة الطوارئ.

\* القيد الأول: هو وجوب الاعلان عن وجود الطوارئ قانوناً على المستوى الداخلى منعاً للتعطيل الاعتباطى وللحد من حالات الطوارئ الفعلية (Defacto-States of Emergency).

\* القيد الثانى: وجوب الاخطار عن وجود حالة الطوارئ على المستوى الدولى يشترط العهد على أي دولة طرف أرادت تقييد الأحكام الواردة فيه استيفاء الشروط في المادة ٤ / ٣ من العهد وذلك بتقديم اشعار بعدم التقييد للأمين العام والدول الأطراف في العهد ويجب عليها أن توضع في هذا الاشعار (الأحكام التى قررت عدم التقييد والأسباب التى دعته إلى عدم التقييد) كما يجب عليها تقديم اشعار ثانى في التاريخ الذي ينتهي فيه عدم التقييد.

- القيود الموضوعية التى ترد على سلطات الدول في التحلل

مؤقتاً من التزاماتها الدولية الناشئة عن اتفاقيات حقوق الإنسان:

وهذه القيود يمكن حصرها في أربعة مبادئ هي على النحو التالى:

١- مبدأ عدم جواز المساس بالحقوق والحريات نوات الحصانة: الحقوق والحريات التى لا تمس في حالة الطوارئ قد نصت عليها الفقرة الثانية من المادة الرابعة للعهد الدولى على سبيل الحصر، وتشمل مايلى (الحق في الحياة، حظر التعذيب أو المعاملة أو العقوبة اللاإنسانية والمهنية، حظر السرقة والاستعباد، حظر السجن بسبب عدم الوفاء بالتزامات تعاقدية، احترام قاعدة عدم جواز تطبيق القانون الجنائى بأثر رجعى، الاعتراف بالشخصية القانونية، حرية الفكر والعقيدة والدين).

٢- مبدأ اللزوم والتناسب: يشكل مبدأ اللزوم والتناسب القيد الموضوعى الثانى الذي يرد على سلطات الدول الأطراف في اتخاذ الاجراءات المعطلة لحق تكوين الجمعيات، ومقتضاه هو ضرورة أن تقتصر الاجراءات التى تتخذها أي دولة طرف بالمخالفة لالتزاماتها، وتحت الحاح الظروف الاستثنائية، على القدر الضرورى واللازم لمواجهة الخطر الذي يهدد حياة الأمة أو بقائها دون تجاوز.

٣- مبدأ عدم التمييز: لا يجوز أن تنطوي تدابير عدم التقييد بالالتزامات الواردة في العهد على أي تمييز قائم على أساس اللون أو الجنس أو العرق أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي أو غير ذلك.

٤- مبدأ عدم جواز الإخلال بالالتزامات الدولية الأخرى: استناداً إلى هذا المبدأ، تخول لجنة حقوق الإنسان مبدئياً ببحث ما إذا كانت تدابير عدم التقييد بالالتزامات الواردة في العهد غير مستقلة مع المعاهدات الدولية الأخرى التي تهدف إلى حماية الفرد وشمل ذلك القانون الدولي العرفي.

### ثانياً مبررات حالة الطوارئ:

اعلان حالة الطوارئ الاستثنائية يترتب عليها تقييد ممارسة بعض حقوق الإنسان (بما في ذلك حق تكوين الجمعيات)، ومن أجل هذا لا بد أن تكون هناك رقابة على اعلان حالة الطوارئ للتأكد من وجود مبرراتها وعدم التعسف في اعلانها. والظروف الاستثنائية أو حالات الطوارئ يمكن أن تتخذ في الواقع الدولي المعاصر ثلاث مظاهر:

أولاً: الظروف الاستثنائية الناشئة عن حالة الحرب أو حالة

الاستعداد لمواجهة حدودها المتوقع War pulic Emergency: حالة

الحرب " تعد ظرفاً استثنائياً في ظل هذه الاتفاقية رغم عدم النص الصريح عليها، وهذا التفسير يستفاد من مراجعة الأعمال التحضيرية للمادة الرابعة، حيث كان المشروع المقترح لها أثناء اعداد الاتفاقية يتضمن عبارة "حالة الحرب" على النسق التي وردت عليه المادة ١٥ / من الاتفاقية الأوروبية، إلا أنه روى عند اعداد الصياغة النهائية للنص حذف هذه الإشارة الصريحة " للحرب " من تلك المادة، وذلك على سند من أن حالة الحرب أو النزاع المسلح، وإن كانت تعد من الناحيتين الواقعية والفنية داخلة في مفهوم الظروف الاستثنائية أو حالة الطوارئ العامة، فإنه سيكون من غير الملائم تضمين العهد الدولي، لحقوق الإنسان المدنية والسياسية تلك الإشارة الصريحة " للحرب في الوقت الذي يقضى فيه ميثاق الأمم المتحدة بتحريم الحروب، بل وبتحريم أي استخدام للقوة العسكرية أو حتى مجرد التهديد باستخدامها.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك اجماع من الفقه الدولي على أن "الحرب" بمدلولها القانوني الحديث يندرج في عبارة "الطوارئ العامة" التي تهدد حياة الأمة " الواردة في نص المادة ٤ / ١ من الاتفاقية - ومما يؤيد هذا الفهم - من الناحية العلمية أن اللجنة الدولية لحقوق الإنسان المنبثقة عن الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية قد قبلت تبرير نيكاراجو لاعلان حالة الطوارئ واستخدام رخصة التحلل المقررة في نص المادة ٤ / ١ من الاتفاقية بسبب النزاع المسلح الذي كان دائراً على إقليمها بين القوات الحكومية، وبين المنشقين The counters ولكن يجب ألا يتبادر إلى الذهن - في هذا الخصوص - أن عبارة "الطوارئ العامة" التي تهدد حياة الأمة " الواردة في المادة ٤ / ١ من الاتفاقية الدولية، أو عبارة " الحرب أو الخطر العام " الواردة في المادة ١٥ / ١ من الاتفاقية الأوروبية، يمكن أن تتضمن حروب التحرير أو الكفاح المسلح ضد النظم الاستعمارية أو العنصرية، لأنها وإن كانت تعد داخلية في المدلول القانوني للنزاعات المسلحة وفقاً لأحكام القانون الدولي الإنساني International /Humanitarian law ، إلا أنها لا يمكن أن تندرج في مفهوم حالة الطوارئ، أو الظروف الاستثنائية في نطاق القانون الدولي لحقوق الإنسان وبالتالي فإن اعلان حالة الطوارئ من جانب دولة عنصرية أو دولة احتلال بقصد التصدي للكفاح المسلح وقمعه يعد اجراء غير مشروع من وجهة نظر القانون الدولي لحقوق الإنسان، ويتعارض مع الحق المقرر للشعوب في تقرير مصيرها Right of self- Determination.

على أن اعتبار حالة الحرب أو النزاع المسلح ظرفاً استثنائياً طبقاً للنصوص الدولية المشار إليه لايعنى بالضرورة - وفي كل الأحوال - مشروعية اعلان حالة الطوارئ واستخدام رخصة التحلل، وإنما يشترط لذلك أن تكون حالة الحرب أو النزاع المسلح قائمة فعلاً أو وشيكة الوقوع بحيث تشكل تهديداً حقيقياً لأمن الدولة وسلامة شعبها وأراضيها. ذلك أن حالة الحرب قد تعلن من جانب الدولة دون أن تدخلها، وليس أدل على ذلك من أن دول عربية كثيرة، قد أعلنت الحرب مع إسرائيل في عام ١٩٧٣ ومع ذلك لم تدخلها وبالمثل فقد



تتشب الحرب الفعلية، ولكن بعيداً عن أقليم الدولة ومن ثم فإن تهديدها أو خطرهما يكون متتافياً في هذه الحالة، وبالتالي؛ ينبغي تبعاً لذلك وجود هذا الطرف الاستثنائي.

ثانياً: الظروف الاستثنائية الأخرى غير الناشئة عن حالة الحرب والتي تشكل حالة طوارئ عامة أو خطراً عاماً Non-war public Emergency:

طبقاً لما انتهى إليه الفقه الدولي، فإن الظروف الاستثنائية غير الناشئة عن حالة الحرب في سياق تلك النصوص يمكن أن تتخذ أحد مظهرين:

(١) الأزمات السياسية الخطيرة: مدلول الأزمات السياسية الخطيرة يمكن أن يتسع ليشمل: أعمال العنف المسلح والاضطرابات الداخلية، الإرهاب وأعمال التخريب الداخلي، الأزمات الاقتصادية المادية أو حالات الخشية من حدوث الإنهيار الاقتصادي.

أ- أعمال العنف المسلح والاضطرابات الداخلية الخطيرة: لعل في مقدمة المشكلات التي تثار في هذا المقام، مشكلة تحديد المقصود بأعمال العنف المسلح الداخلية Internal strife or disturbances وكيفية أعمال التفارقة بينهما وبين الحرب الأهلية أو النزاع المسلح غير الدولي من جهة، وبين الاضطرابات الداخلية الخطيرة (Internal tensions) من جهة أخرى، ولما يكثف ذلك من غموض في معظم الحالات.

أعمال العنف المسلح، عرّفته اللجنة الدولية للصليب الأحمر (ICRC) بالقول بأنها.... " تلك الحالات التي لا تشكل نزاع مسلح غير دولي، وإنما تتضمن أعمال اعتداء مسلح متبادل بين جماعتين أو أكثر داخل إقليم الدولة، أو بين إحدى الجماعات المناهضة أو المعارضة، وبين قوات الأمن أو الجنس التابعة للحكومة الشرعية، وإن كانت لا ترقى إلى درجة الصراع المسلح الساخر من حيث الحجم أو الكثافة.

غير أن الفقه الدولي رأي في هذا الخصوص - ضرورة التأكيد على بعض السمات الأخرى التي تساعد على التمييز بين أعمال العنف

المسلح الداخلية، والنزاع غير الدولي أو الحرب الأهلية، وهذه السمات يمكن حصرها فيما يلي:

(أ) تفرق أعمال العنف، أو وقوع الاعتداءات المسلحة بصورة متفرقة.

(ب) غياب مقومات التنظيم المسلح للجماعات المتصارعة، وذلك على خلاف الحال بالنسبة لوضع الثوار أو المنشقين في النزاع المسلح غير الدولي.

(ج) عدم وضوح العلاقة بين الأطراف المتنازعة أو مرتكبي أعمال العنف المسلح.

أما الاضطرابات الداخلية الخطيرة، فقد عرفتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر (ICRC) بأنها تلك الأحداث التي يمتزج فيها الصراع السياسى أو الاجتماعى أو الطائفى بأعمال الشغب أو الفوضى، أو تلك الأحداث الشبيهة التي تقع قبل أو بعد محاولة تغيير نظم الحكم عن طريق القوة، كالثورات أو الانقلابات العسكرية.

وفى داخل هذا النطاق الذي حددناه لمفهوم الظروف الاستثنائية الناشئة عن أعمال العنف المسلح أو الاضطرابات الداخلية الخطيرة. استبعد الفقه الدولي بعض الحالات أو الفروض التي لا تدخل في هذا المفهوم.

ومن ذلك، حالات العنف المسلح أو الاضطرابات الداخلية الناتجة عن اتباع بعض الحكومات لسياسات أو ممارسات تعد في حد ذاتها انتهاكاً جسيماً لحقوق الإنسان، ومثال ذلك اتباع سياسة التفرقة العنصرية أو الأبرتايد كما هو الحال في جنوب أفريقيا، أو اتباع سياسات أو ممارسات معادية للأقليات العرقية أو الدينية بقصد القضاء عليها أو ابادتها كلياً أو جزئياً، كما هو شاهد الآن في البوسنة والهرسك - حيث يعمد الصربيون إلى تنفيذ هذه الممارسات التي تشكل جرائم دولية ضد الأقلية المسلمة والمسيحيين الكروات.

ومن جهة أخرى فقد استبعد الفقه الدولي أيضاً من مفهوم هذه الظروف الاستثنائية، الاضطرابات العمالية أو المظاهرات التي تستهدف تحقيق مطالب اجتماعية، كرفع الأجور، أو تحسين أحوال

المعيشة أو العمل، وكذلك الاضطرابات المصاحبة للانتخابات العامة أو الناشئة عن التنافس الحزبي والتي عادة ما تقع في الدول الديمقراطية.

وهكذا فإنه يمكن القول بأن الاضطرابات الداخلية التي يمتزج فيها الصراع السياسي أو الاجتماعي أو الطائفي بأعمال الشغب أو الفوضى، أو الأحداث الشبيهة التي تقع قبل أو أثناء أو بعد الثورات أو الانقلابات التي تستهدف تغيير نظام الحكم بالقوة، تعد - كقاعدة عامة - داخلة في مفهوم الظروف التي تشكل حالة طوارئ عامة أو خطراً عاماً بالمعنى الذي تقصده النصوص الدولية المعالجة للظروف الإستثنائية. أما الحالات التي يطلق عليها اصطلاحاً عبارة عدم الاستقرار السياسي أو (political instability) فإنها لا تدخل في ذلك المفهوم - من حيث المبدأ - ما لم تكن تلك الحالات قد بلغت حداً من الخطورة (gravity)، يهدد الحياة العامة في المجتمع بالتوقف أو الشلل، ويلاحظ هناك أن عبء اثبات قيام هذه الحالة بكافة عناصرها يقع على عاتق الدولة لكي تتمكن بوجود هذه الظروف الإستثنائية.

ب- الإرهاب وأعمال التخريب الداخلي: ونقصد بالإرهاب أو أعمال التخريب (Terrorism and sabotage) في هذا المقام - ذلك النشاط الإجرامي المتمثل في استخدام العنف أو التهديد باستخدامه ضد الأبرياء من قبل بعض الأفراد أو الجماعات أو التنظيمات المدفوعة بالهيام الغرض السياسي، بهدف الاحاطة بنظام الحكم القائم في دولة ما، والاستيلاء على السلطة، أو تسهيل أحداث هذا التغيير عن طريق نشر الخوف وإشاعة الرعب في المجتمع ككل أو في قطاع عريض منه.

(ج) الأزمات الاقتصادية الحادة أو حالات الخشية من حدوث الانهيار الاقتصادي: أبدى معظم الفقه الدولي تردده في امكانية اعتبار تلك الأزمات الاقتصادية " ظرفاً استثنائياً " يمكن أن يبرر لهذه الدول التحلل من التزاماتها باحترام وتأمين الحقوق والحريات الأساسية لشعوبها، وذلك تأسيساً على أن فكرة التحلل التي اقرتها الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية في المادة الرابعة منها، لا يمكن أن

تتمتع لهذا النوع من الازمات والتي قد تتخذ في أغلب دول العالم الثالث شكلاً نمطياً ومكرراً وإلا تحول الاستثناء إلى قاعدة.

٣- الكوارث الطبيعية Natural Disasters/ catastrophes: طبقاً للتعريف الذي وضعته اللجنة الدولية للصليب الأحمر (ICRC)، فإن الكوارث الطبيعية مثل الزلازل أو البراكين أو الجفاف أو التصحر أو انتشار الحرائق أو حالات انتشار الأوبئة أو الأمراض المعدية أو المجاعات تعتبر ظرفاً استثنائياً له مدلوله الخاص في القانون الدولي لحقوق الإنسان.

### المطلب الثاني

#### حالة الطوارئ وتأثيرها على الحق في تكوين الجمعيات

يثار التساؤل عن موقف القانون الدولي لحقوق الإنسان من تعطيل حق تكوين الجمعيات، ولا سيما وأن النصوص الدولية المعالجة للظروف الاستثنائية في ظل الاتفاقيتين الدولية للحقوق المدنية والسياسية والاتفاقية الأوروبية، قد أجازت للدول الأطراف تعطيل مباشرة الحقوق السياسية بما فيها حق تكوين الجمعيات في هذه الظروف، ولم تشملها بالحصانة، في حين أن الاعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والاتفاقيين ٨٧، ٩٨ لحماية الحقوق والحريات النقابية لم تتضمنها أي نص يجيز تعطيل هذا الحق في الظروف الاستثنائية ؟

الاتجاه الآن في الفقه الدولي يميل إلى تأييد فكرة عدم قابلية هذه الطائفة من الحقوق السياسية للوقف أو التعطيل أثناء حالات الطوارئ كما تبثها الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان. وقد برز هذا الإتجاه بوضوح منذ أن عقد مؤتمر سيراكوزا في عام ١٩٨٤، حيث نادى اللجنة الدولية للقانونين (Iccj) بوجوب تعديل نص المادة ٤ / ٢ من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية على نحو يكفل ادراج هذه الحقوق ضمن قائمة الحقوق والحريات ذوات الحصانة، وذلك نظراً لأهميتها في تعزيز الرقابة على سلطات الطوارئ في الظروف الاستثنائية.

وتشير مبادئ سيراكوزا الخاصة بالتقييد والانتقاص من الأحكام الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، كذلك، إلى أنه " لا يمكن للنزاعات والاضطرابات الداخلية التي لا تشكل تهديداً خطيراً وشيكاً على حياة الأمة " ولا " الصعوبات الاقتصادية " أن تبرر الاستثناءات. لا يجب التذرع بالجهود الرامية للتصدي للإرهاب أو التطرف ولتعزيز الأمن من أجل تبرير الإجراءات التعسفية التي تعرقل التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية<sup>(١)</sup>. وأكدت أيضا اللجنة الدولية للحقوقيين 2004 باعلانها في الدفاع عن حقوق الإنسان وسيادة القانون بمكافحة الإرهاب (إعلان برلين) أنه " لا يمكن أن تكون الطبيعة البشعة للأعمال الإرهابية بمثابة أساس أو ذريعة للدول في تجاهل التزاماتها الدولية، ولا سيما في مجال حقوق الإنسان الأساسية ". والمبدأ (8) من الإعلان ينص علي: " عند تنفيذ إجراءات مكافحة الإرهاب يجب على الدول احترام وحماية الحقوق والحريات الأساسية. بما في ذلك حرية التعبير والضمير والدين أو المعتقد وتكوين الجمعيات والتجمع السلمي والحق في تقرير المصير فضلا عن الحق في الخصوصية. والتي تشكل مصدر قلق خاص في مجال جمع المعلومات الاستخباراتية ونشرها. جميع القيود المفروضة على الحقوق الأساسية يجب أن تكون ضرورية ومتناسبة ". ويرى المقرر الخاص المعنى بتعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب بأنه "من المسموح به اتخاذ تدابير مثل تجريم الأعداد لأعمال الإرهاب التي تخطط المجموعات لارتكابها، وهذا بدوره يعنى الحاجة لاتخاذ تدابير تتداخل في حق التجمع، والحق في تكوين الجمعيات ولكن ينبغي ألا تسيئ الدولة استغلال الحاجة إلى مكافحة الإرهاب بالجوء إلى تدابير تكون مقيدة لحقوق الإنسان من دون داع"<sup>(٢)</sup>. ويثير المخاوف بشأن تعريف مصطلحي "الإرهاب" و"الأعمال الإرهابية" الوارد في تشريعات

- 1) مبادئ سيراكوزا حول القيود والأحكام التنفيذية في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، ٢٨ سبتمبر ١٩٨٤م.
- 2) تقرير المقرر الخاص المعنى بتعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب، ١٦/٢٦٧/٦١/a/١٦/ب/اغسطس ٢٠٠٦، الفقرة (١١).

مكافحة الإرهاب والذي يكون غالبا مبهما أو فضفاضاً. كما أنه يثير الشواغل بشأن التدرع بحماية الأمن العام والنظام العام وما شابه، ويوضح أن العبء يقع على عاتق الحكومة لاثبات وجود خطر ما بالفعل وأن التدابير متخذة للتعامل مع هذا التهديد على وجه التحديد<sup>(١)</sup>. وفي رأي المقرر الخاص فإن ذلك " يعنى أن القيود يجب أن تجتاز اختبار الضرورة وأن تفي بمتطلبات التناسب"<sup>(٢)</sup>.

ولقدت أثار القيود المفروضة على الجمعيات بسبب ما يسمى "الحرب على الإرهاب" شواغل أمام القضاء الدولي بشأن ملائمتها للمعايير الدولية، وكذلك فيما يتعلق بالاجراءات المتبعة عند فرض هذه القيود، وكثيراً ما تنشأ مثل هذه القيود عن قرارات متعددة أصدرها مجلس الأمن الدولي تطلبت تجميد أصول وأموال أشخاص وهيئات متهمين بالإرهاب ، ومنعهم من السفر. هذا الوضع على اللائحة السوداء يتم من قبل لجنة عقوبات مؤلفة من أعضاء مجلس الأمن ، وقد وجهت العديد من الجهات انتقادات شديدة لهذه اللجنة (لأسيما مقرر الأمم المتحدة الخاص المعنى بتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها في سياق مكافحة الإرهاب ، والجمعية البرلمانية لمجلس أوروبا ) وذلك لأن هذه اللجنة هي هيئة سياسية وليست قضائية، إذ لا يتم اجراء أي جلسات محاكمة أو كشف عن الدليل الذي تستند إليه اللجنة، كما لا توجد أي امكانية لتحدى قرارات اللجنة قضائيا. كما تنطبق اعتراضات شبيهة على ازالة الأسماء من اللائحة السوداء، على الرغم من ندرة حدوث ذلك. وقد أيدت اللجنة بالافراج عن معلومات عامة محددة الأشخاص الذين تضعهم على اللائحة السوداء<sup>(٣)</sup>.

1 ) المرجع السابق، الفقرة (٢٠).

2 ) المرجع السابق، الفقرة (٢١).

3 ) The European court rulling forhuman rights، The Case Of The Associatian Of Citizens Of Radco Others Against greece-complaint no.50/44143-Mrch2008.

لقد تم تحدى تطبيق بعض هذه القيود التي يفرضها الاتحاد الأوروبي بموجب الموقف المشترك ٩٣١/٢٠٠١ /cfsp. وقد بدأت هذه التحديات التي تستند إلى اعتبارات حقوق الإنسان تحقق نجاحاً بعد أن واجهت بعض الاخفاقات في البداية. وبالتالي ألغت المحاكم الأوروبية وضع بعض الجمعيات على القائمة السوداء، وذلك أولاً، لعدم كفاية الأسباب الموجبة، وبسبب عدم اجراء محاكمة عادلة وسيطرة قضائية، وثانياً لا لنقص الأدلة بأن الهيئات المعنية هي منظمات إرهابية. وقد اعتمد هذا الحكم الأخير على قرار محكمة الاستئناف البريطانية في ٧ مايو /أيار ٢٠٠٨ التي أقرت حكماً بان قرار الحكومة بإبقاء الحظر على منظمة مجاهدي خلق (وهو عضو في تحالف المجلس الوطني للمقاومة الإيرانية) كان قراراً معيباً. وقد استنتجت المحكمة أن نشاطات منظمة مجاهدي خلق ضد الجيش الإيراني والأهداف الأمنية قد انتهت في عام ٢٠٠١، وأنه ليس لدى المنظمة أي هيكل عسكري، وأنها قد ألقت سلاحها في عام ٢٠٠٣ ولم تسعى لإعادة تسليح نفسها. وقد صرحت محكمة الاستئناف عندما أيدت هذا القرار أن " المنظمة التي توقف نشاطاتها الإرهابية لفترة مؤقتة أهداف تكتيكية تختلف عن فئة المنظمات التي قررت تحقيق أهداف بواسطة وسائل عنيفة..... فهذه الأخيرة لا توصف بأنها "معنية بالإرهاب" حتى وإن وجدت امكانية أنها ستلجأ إلى الإرهاب في المستقبل. وقد تبعت اجراءات محكمة الاتحاد الأوروبي ازالة منظمة مجاهدي خلق من القائمة السوداء، وذلك بعد تحد قانوني على أساس عدم كفاية الأسباب وغياب المحاكمة العادلة..... إن خضوع العدالة والشؤون الداخلية في الاتحاد الأوروبي لمعايير حقوق الإنسان على نحو جلي عقب بدء سريان معاهدة لشبونة لابد وأن يتيح مجالاً أكبر لتحدى التدخلات في حق تكوين الجمعيات وفقاً لتدابير الاتحاد الأوروبي. ومع ذلك، لا تزال التدابير الوطنية المستقلة ضد بلدان الاتحاد الأوروبي اشكالية ولازال يتعين الطعن في بعضها أمام المحاكم الإقليمية على أساس حقوق الإنسان. وهذه تشمل قوانين اعتمدت

مقاربة فضفاضة لتعيين جمعيات محددة كجمعيات داعمة للإرهاب (مثل تأييد تصنيف الجماعة) (١).

وفي قضية " هيري باتاسونا " و " باتا سونا ضد إسبانيا "، والتي درت مجرايتها بخصوص حل الحزبين السياسيين حزب هيري باتا سونا وحزب باتاسونا عملاً بالقانون الأساسي رقم ٢٠٠٢/٦ بشأن الأحزاب السياسية. أقرت المحكمة الأوروبية بمشروعية الحل القسري للجمعيات المرتبطة بالإرهاب، واعتبرت المحكمة الأوروبية أن حل الحزبين المدعين وصل إلى حد التدخل في ممارسة حقهما في حق التجمع والتنظيم إلا أنه كان " مقررأ " بموجب القانون " وأنه قصد " هدفاً مشروعاً " في إطار معنى المادة ١١ من الاتفاقية الأوروبية. وعلاوة على ذلك، اعتبرت المحكمة الأوروبية بعد الرجوع إلى قانون الدعوي لديها بأن الحل جاء لتلبية " حاجة اجتماعية ملحة ". وقد رأت المحكمة الأوروبية بأن المحاكم الوطنية قد توصلت إلى استنتاجات معقولة بعد دراسة مفصلة للأدلة المعروضة أمامها وخلصت بناءً عليها إلى وجود صلة بين الحزبين المدعين ومنظمة إيتا. ونظراً للموضع الذي كان قائماً في إسبانيا لسنوات عديدة فيما يتعلق بالهجمات الإرهابية، فقد تسنى اعتبار تلك الروابط بصورة موضوعية تهديداً للديمقراطية وفي رأي المحكمة الأوروبية، كان لا بد من وضع النتائج المحلية في هذا الصدد في سياق رغبة دولية بادانة الدفاع العلني عند الإرهاب.

وفي المحصلة، اعتبرت المحكمة الأوروبية أن الأعمال والخطب المنتسبة إلى الحزبين السياسيين صاحبي الدعوة قد خلفت، عند النظر إليها بمجملها، صورة واضحة للنموذج الاجتماعي الذي توخاه الحزبان وناصره، وهو نموذج يتعارض مع مفهوم " المجتمع الديمقراطي " وأما فيما يتعلق بتناسب الاجراء المتمثل بالحل، فقد حدا تعارض

1) The European court rulling forhuman rights, Iranian Mejahideen Khalq Case Against The Eurepean Union ,23 October 2008.



مشاريع المدعيين مع مفهوم " المجتمع الديمقراطي " وانطوائها على تهديد كبير للديمقراطية الأسبانية بالمحكمة الأوروبية إلي الاقرار بأن العقوبة المفروضة علي المدعيين كانت متناسبة مع الهدف المنشود في إطار المعني المقصود في المادة ١١ (٢) من الاتفاقية الأوروبية . كما رأَت المحكمة الأوروبية عدم وجود انتهاك للمادة ١١ في قضية "تيشيريا" وآخرين ضد اسبانيا وقضية " هيريتارين سيرينادا" ضد اسبانيا جراء فقدان المدعيين لأهلية الترشيح للانتخابات على خلفية أنشطتهم داخل هذه الأحزاب السياسية. ورغم أن هذا الحكم يقضي بأن الشك سوف يفسر لصالح الدولة في القضايا من هذا القبيل، فهو يؤكد على الحاجة إلى توافر أساس قائم على الأدلة قبل الإقدام على خطوة جذرية كالحل<sup>(١)</sup>.

ولكن بدا غياب أساس مبني على الأدلة بارزاً في الحكم الصادر من المحكمة الأوروبية في قضية " رابطة المواطنين رادكو وبونكوفسكي" ضد جمهورية مقدونيا اليوغوسلافية السابقة، والذي قضت فيه بإبطال النظام الأساسي للرابطة وبرنامجها -لأن المحكمة الدستورية رأَت أن هدفها الحقيقي هو احياء أيديولوجية إيفان ميأجلوف -رادكو والقائلة بأن "... العرق المقدوني لم يكن له وجود...، وإنما كان ينتمي إلى البلغار " (Bulgari) من مقدونيا ولقد كان الاعتراف به (أي بالعرق المقدوني) أكبر جريمة ارتكبها مركز البيلشفية إبان قيامه " -كان مخالفاً للمادة ١١. - أقرت المحكمة الأوروبية بأن حل الرابطة سعي لتحقيق هدف مشروع وهو حماية " حقوق الآخرين وحياتهم "، حيث قد زعمت السلطات الوطنية أن الهدف الحقيقي للجمعية انتهاك " حرية التعبير عن الانتماء الوطني للشعب المقدوني ". ولكن رغم اعتراف المحكمة الأوروبية باحتمال نشوب توتر حينما ينقسم المجتمع على نفسه، إلا أنها رأَت بأن ذلك يمثل احدي العواقب

---

1- the european court rulling forhuman rights: Herri batasuna case abainst spain.Complaint no. 25803/ 25817 9504/ 04 dune.2009.

التي لا يمكن تجنبها للتعددية، وأن دور السلطات في مثل هذه الظروف يتمثل في التخلص من أسباب التوتر بالقضاء على التعددية وإنما في ضمان تسامح الجمعيات المتنافسة بين بعضها. وعلاوة على ذلك، شددت المحكمة الأوروبية على أن المحكمة الدستورية لم تشر إلى استعداد الرابطة أو أعضائها لاستخدام أساليب غير قانونية أو معادية للديمقراطية في سبيل تحقيق أهدافهم. كما لم تقدم المحكمة الدستورية ما يفسر كيف يرقى في انكار العرق المفقوني إلى مستوى العنف ولا سيما إلى التدمير العنيف للنظام الدستوري في حين لم يكن في قانون الرابطة الأساسي ما يشير إلى دعوتها للعداء. وبهذا خلصت المحكمة الأوروبية إلى أن العامل الحاسم في اعلان بطلان القانون التأسيسي للجمعية، ما هو إلا اسم الجمعية والتعاليم التي اقتفاها إيفان مياجلوف رادكو أثناء حياته. وفي حين انفتحت المحكمة الأوروبية على أن أسم " رادكو " وأفكاره وأفكار أتباعه كانت عرضة لتأجيج مشاعر العداء نظراً لما تكنه من دلالات تسيئ على الأرجح إلى آراء أغلبية السكان، إلا أنها قضت بأن تسمية الجمعية على اسم فرد وكانت أغلبية السكان تنظر إليه نظرة سلبية لا يعتبر في حد ذاته مستحقاً للشجب ولا يشكل في حد ذاته تهديداً داهماً للنظام العام. وفي غياب أية أدلة ملموسة تثبت أن الجمعية باختيارها اسم " رادكو " قد اختارت أيضاً سياسة تمثل تهديداً حقيقياً للمجتمع المقدوني أو الدولة المقدونية، فقد رأت المحكمة الأوروبية أن رفع الدعوي بناءً على أسم الجمعية لا يمكن، في حد ذاته، أن يبرر حلها.

حاولت المحكمة الأوروبية جاهدة التأكيد في حكمها على قانون الدعوي لديها، ففي حين لا يمكن مطالبة دولة ما بأن تقف مكتوفة الأيدي وألا تتدخل حتي تكون احدي الجمعيات قد شرعت بالفعل في اتخاذ خطوات ملموسة لتنفيذ سياسة لا تتسجم مع معايير الاتفاقية الأوروبية والديمقراطية، فإن اتخاذ تدابير شاملة ذات طابع وقائي لقمع حق التجمع والتعبير في الحالات التي لا تتطوي على التحريض على العنف أو رفض المبادئ الديمقراطية - مهما بدت للسلطات فضاة تلك الآراء أو الكلمات المستخدمة ودرجة عدم قبولها، ومهما كانت

المطالب غير شرعية - يضر بالديمقراطية بل ويعرضها غالباً للخطر. وشددت المحكمة على أن احدي السمات الأساسية للديمقراطية تتمثل في ما تقدمه من إمكانية حل المشاكل بالحوار دون اللجوء إلى العنف حتى وإن كانت تلك المشاكل مؤرقة. وبالتالي ليس ثمة ما يبرر اعاقة مجموعة ما فقط لأنها تسعى إلى مناقشة قضايا معينة في العلن ويجاد حلول لها وفق القواعد الديمقراطية. وقد اعتبرت المحكمة الأوروبية، بالنظر إلى قانون الرابطة الأساسي، بأن ذلك هو هدف الجمعية بالفعل. وعلاوة على ذلك، فقط اقتضت الرابطة في سعيها لتحقيق هذه الأهداف على المطبوعات والمؤتمرات والتعاون مع الجمعيات المماثلة وبالكاد كانت هناك فرصة لكي ينتمي أي تحريك عملي اتخذته الرابطة مع الوسائل التي اختارتها إذ جري حلها عقب تشكيلها بفترة وجيزة وبالتالي لم يتسم لها الوقت الكافي لتقوم حتى بأي تحريك. أي أنها عوقبت لسلوكها المرتبط حصرياً بممارسة حرية التعبير. كما لم يكن ثمة أهمية لعدم قيام المدعين بالنأي بأنفسهم صراحة عما قضيت المحكمة الدستورية بأن الهدف الحقيقي للرابطة. وبالنظر إلى ما تقدم، اعتبرت المحكمة الأوروبية أن الأسباب التي ساقتها السلطات من أجل حل الجمعية لم تكن كافية وذات صلة. ووفقاً لذلك، فإن القيود المطبقة في هذه القضية لم تلب " حاجة اجتماعية ملحة " وبناء على ذلك، لا يمكن اعتبار هذا التدخل ضرورياً في مجتمع ديمقراطي. وقد أردفت المحكمة الأوروبية بأن ذلك التدبير انتهك المادة ١١ من الاتفاقية الأوروبية (١).

ومن جهة أخرى قد انتهى مجمع القانوني الدولي (I 1 A) في المؤتمر الدولي المنعقد في باريس عام ١٩٨٤ إلى ضرورة اعتبار هذه الطائفة من الحقوق السياسية ضمن الحقوق التي لايجوز للدول المساس بها سواء بالوقف أو التعطيل أثناء حالات الطوارئ، وتأسيساً على أن

---

1) The European Court Rulling For Human Rights, Associatian Of Citizents Cas .Radeo And Webaotkovisti Against Macedaie, The Formor Yugaslav, Complaint No. 511746510 Ganuary.

الإبقاء على حق الأفراد في مباشرة حقوقهم السياسية خلال الأزمات والظروف الاستثنائية - هو ضمانة أساسية للإبقاء على الشرعية. وإن كان المجمع قد رأى إمكانية إيراد القيود الضرورية على مباشرة هذه الحقوق في تلك الظروف لحماية المجتمع الديمقراطي، ومستهدياً في ذلك بنص المادتين ٢٩، ٣٠ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>. ويذكر المقرر الخاص المعنى بالحق في التجمع السلمي وتكوين الجمعيات أن الحق في التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات هما، بحسب اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، حقان غير قابلين للانتقاص إبان حالات الطوارئ؛ نظراً إلى "أن احتمال تقييد بعض حقوق العهد مثل.....حق التجمع...يكفى بوجه عام في مثل هذه الحالات وأن مقتضيات الوضع لا تبرر أي حالة من حالات عدم التقييد بالأحكام المعنية"<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن تقرير اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان جاء ليؤكد ذلك:

فمنذ وقوع الانقلاب العسكري في ١٧ يونيو ١٩٨٠ وتولى الحكم في بوليفيا مجلس عسكري، أوقفت الحكومة حق الاجتماع وحرية تكوين الجمعيات وحرية الفكر والتعبير والحق في الحرية الشخصية وحرية الانتقال والإقامة عن طريق إعلانها الأحكام العرفية واعتبار جميع أنحاء البلاد بمثابة منطقة عسكرية. فأبدت اللجنة العديد من الملاحظات من بينها:

- ١- فيما يتعلق بموقف بوليفيا تجاه الاتفاقية، ينبغي التمييز بين الحقوق التي يمكن تعطيل سريانها، وتلك التي لا يجوز حرمان الفرد من التمتع بها مهما كانت الظروف تطبيقاً لنص المادة (٢٧ / ٢).
- ٢- انتهكت بوليفيا الحقوق السياسية، وهي من بين الحقوق التي لا يجوز المساس بها في حالة الحرب أو الخطر الذي يهدد أمن

---

1 ( دكتور سعيد فهم خليل، مرجع سابق، ٢٣٨.  
2 ) تقرير المقرر الخاص المعنى بشأن الحق في حرية التجمع وتكوين الجمعيات a/hrc/20/27، مرجع سابق، (١٩).

واستقلال الدول الطرف، بالمعنى الوارد في المادة (٢٧ / ٢) من الاتفاقية<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن نص (٢٧ / ٢) ينطوى على دلالة هامة مؤداها أن رخصة التطل من الحقوق والحريات، والمقزرة للندول الأطراف إبان الظروف الاستثنائية هي في نص القانون الدولي لحقوق الإنسان أداة لحماية الدول الديمقراطية ومؤسساتها عندما تواجه بخطر يهدد كيانها وأمن شعوبها وليس أداة لهدم هذه الديمقراطية. والانتقال على مؤسساتها وتعطيل عملها<sup>(٢)</sup>.

غير أنه قد يتبدى للبعض أن النص على عدم قابلية هذه الطائفة من الحقوق السياسية للوقف أو التعطيل أثناء حالات الطوارئ (the Non-derogability of the rights)، وهو أمر يصعب التسليم بإمكانية احترامه وتطبيقه - من جانب الدول - من الناحية الواقعية وخاصة أثناء حالات الطوارئ المعلنة بسبب الحرب أو وقوع الكوارث الطبيعية. وقد يساق في هذا الشأن التساؤل عن مدى إمكانية عقد الانتخابات العامة أو التظاهرات السلمية في مثل هذه الظروف؟ ولكن الأمر يبدو خلاف ذلك إذا ما فرقنا بين الظروف التي يترتب على وجودها - في فترة زمنية معينة - استحالة عقد هذه الانتخابات العامة أو التظاهرات لأسباب خارجة عن ارادة الدولة، وبين الظروف التي لا يلابسها مثل هذه الاستجابة المادية، وذلك أن الاستحالة المادية لاتعد في حد ذاتها تحلاً من جانب الدول لالتزاماتها بكفالة هذا الحق السياسي، ولا يمكن أن تتدرج في هذا المعنى أو تأخذ حكمه، وإنما المقصود من النص على عدم قابلية تلك الطائفة من الحقوق السياسية هو منع من اتخاذ أي اجراءات استثنائية تستهدف حل البرلمان أو الأحزاب أو تعطيل مباشرة الأفراد لحقهم في الانتخاب والتعبير عن

1) راجع الأمثلة على دور اجهزة الاتفاقية في الرقابة على تطبيق المادة ٢٧ من الاتفاقية وما بعدها. د. سعيد فهم خليل، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

2) المرجع السابق، ص ٢٣٧.

رأيهم بشتى الوسائل ومن بينها المظاهرات السلمية أو المشاركة في الحياة العامة، لمجرد أن حالة الطوارئ قد أعلنت<sup>(١)</sup>.

ويجدر التنويه أخيراً إلى موقف منظمة العمل الدولية (I10) من القيود التي تفرضها الدول على الحقوق والحريات النقابية إبان حالة الطوارئ:

أكدت لجنة الخبراء المنبثقة عن منظمة العمل الدولية (I10) في العديد من الشكاوى التي نظرت فيها، على أن الإجراءات التي تتخذها الحكومات بوقف أو تقييد الحقوق والحريات النقابية إبان حالات الطوارئ العامة إنما تشكل تدخلاً خطيراً في شئون هذه النقابات ومخالفة صريحة لنصوص الاتفاقيتين رقمي (٨٧)، (٩٨) ولاسيما أنهما لم تتضمنتا أي حكم صريح يجيز للدول الأطراف وقف أو تقييد هذه الحقوق أو بعضها خلال الظروف الاستثنائية. غير أن اللجنة قد استنتجت من هذه الحالات التي يكون فيها التدخل من جانب الحكومات في شئون النقابات والحريات النقابية راجعاً إلى انحراف هذه النقابات عن أهدافها وبشرط أن تقييم الحكومات المعنية الدليل في كل الأحوال على أن مبررات تدخلها كان مردها إلى ذلك السبب وحده.

وأرسيت لجنة حرية تكوين الجمعيات، والمعنية بحرية النقابات - مبدأ هاماً في شأن الشكاوى المتعلقة بادعاءات تقييد الحقوق والحريات النقابية بموجب التشريعات أو القوانين، وذلك نظراً لطابعها السياسي في غالب الأحوال وإنما لها أن تتصدى لبحث ما إذا كانت الظروف التي أدت إلى إعلان حالة الطوارئ العامة - ومن ثم إلى تطبيق هذه التشريعات والقوانين - تبرر تلك الإجراءات من عدمه وذلك من الناحيتين الواقعية والقانونية.

وفي هذا الصدد تطلبت اللجنة لمشروعية هذه القيود ضرورة توافر أمور ثلاث<sup>(٢)</sup>:

1 ( المرجع السابق، ص ٢٣٧.

2 ( المرجع السابق، ص ٢٤١.

(١) أن تشكل الظروف التي أدت إلى إعلان حالة الطوارئ،  
قوة قاهرة".

(٢) أن تكون الإجراءات المقيدة للحقوق والحريات النقابية  
محدودة. من حيث مداها ومدتها بمقتضيات ومتطلبات مواجهة خطورة  
تلك الظروف القهرية.

(٣) ألا يترتب على تلك الإجراءات المساس بالضمانات  
الأساسية التي تشكل الحد الأدنى اللازم لحماية هذه الحقوق والحريات.  
وفيما يلي نعرض في إيجاز لأحد التطبيقات التي تكشف عن موقف  
منظمة العمل الدولية، ومنهجها في هذه الخصوصية:

تقرير اللجنة المشكلة في عام ١٩٦٩ من قبل منظمة العمل الدولية طبقاً  
لنص المادة ٢٦ من دستورها، للنظر في الشكاوى الخاصة بانتهاك  
حكومة اليونان لأحكام الاتفاقيتين رقمي ٨٧، ٩٨ إبان حالة الطوارئ  
التي كانت معلنه في عام ١٩٦٧:

كانت حكومة اليونان قد تمسكت في دفاعها المقدم إلى هذه اللجنة  
لتبرير تحللها من الاتفاقيتين إليهما ونفي الادعاءات المثارة حول  
انتهاكها لأحكامها بالقول بأن اليونان وإن كانت صدقت على هاتين  
الاتفاقيتين منذ عام ١٩٦٢ إلا أنها لم تتعهد في الوقت نفسه -بالغاء  
المادة ٩١ من دستور عام ١٩٥٢- والخاصة بتنظيم حالة الطوارئ<sup>(١)</sup>. كما  
أن من غير المتصور أن تلغي أحكام الاتفاقيتين المذكورتين ذلك النص  
الدستوري الذي ينطوي على تقرير مبدأ قانوني تعترف به أغلب  
دساتير العالم. فالظروف الاستثنائية هي فكرة قانونية مألوفة في  
القانون العام بنفس القدر الذي عرفت به فكرة الظروف القهرية في  
القانون الخاص ومن المسلم به في هذا الصدد أن حكومات الدول تعد

(١) وهذه المادة تقضي بالآتي:

"...يجوز للملك بناء على توصية من مجلس الوزراء -في حالة وجود حرب  
أو تعبئة عامة نتيجة لأخطار خارجية، أو اضطرابات داخلية خطيرة تهدد  
بشكل واضح النظام العام أو أمن البلاد- أن يوقف بموجب مرسوم ملكي -في  
كل البلاد أو في جزء منها- العمل بأحكام المواد (٥)، (٦)، (١٠)، (١١)،  
(١٢)، (١٤)، (٢٠)، (٩٥)، (٩٧) من الدستور أو بعضها، ويقوم بتطبيق  
أحكام قانون حالة الطوارئ...".

هي الحكم الوحيد فيما يختص بتقدير مدى ضرورة اعلان حالة الطوارئ وذلك في إطار مراعاة أحكام الدستور.

إلا أن اللجنة قد قررت - في معرض ردها على ذلك الدفاع- بأن الحكومة اليونانية لم تذهب إلى أن اعلان حالة الطوارئ في عام ١٩٦٧ كان متفقا مع احكام الدستور، بل أنها قد اعترفت بعدم اتباعها لبعض الإجراءات الدستورية اللازمة لمشروعية ذلك الاجراء، وكان تبرير الحكومة لهذه المخالفة الدستورية يستند إلى أن الثورة في اليونان قد خلقت منذ توليها لمقاليد السلطة موقفا قانونيا جديدا تجاوز الإطار الدستوري.....، ومع ذلك فقد وجدت اللجنة أنه ليس من الضروري فحص مدى شرعية اجراء اعلان حالة الطوارئ من الناحية الدستورية، ولكنها أكدت على أن حكومات الدول ليست هي الحكم الوحيد الذي يمكنه تقدير مدى الحاجة للإقدام على اتخاذ اجراء اعلان حالة الطوارئ دون معقب على المستوى الدولي. وأن الدولة إذا ماقررت اتخاذ اجراء اعلان حالة الطوارئ-على المستوى الداخلي-، فإن هذا لا يعنى بالضرورة أنه اجراء مشروع في النطاق الدولي، لأنه حتى مع اتباع أحكام الدستور والقانون الداخلي فإن هذا لا يكفي وحده لاسباغ المشروعية على ذلك الاجراء في النطاق الدولي حتي يتم احترام قواعد القانون الدولي، ولما هو مقرر من أن الدول لا يجوز لها أن تحتج بمبدأ السيادة، أو بأحكام قوانينها الداخلية للتخلص من التزاماتها الدولية... ثم أضافت اللجنة القول بأن نصوص الاتفاقيتين رقمي (٨٧)، (٩٨)، لا تحتوي على أي حكم صريح يجيز للدول الاطراف التحل منهما في حالات الطوارئ. ولذلك يتعين النظر في دفاع الحكومة اليونانية في إطار مبادئ القانون الدولي العام التي تحكم الدفوع المتعلقة بحالة الضرورة أو الظروف القهرية. وتلك المبادئ تتطلب اثبات أمرين: (أولا) وجود ظروف تشكل قوة قاهرة. (ثانيا) استحالة مواجهتها باتخاذ أي اجراء آخر غير الاجراء المخالف للقانون.

وقد انتهت اللجنة في تقريرها بناء على ما استظهرته من معلومات وأدلة متعلقة بأحداث عام ١٩٦٧ وما تلاها، الي أنه لم يكن في ذلك



الوقت في اليونان ظروفًا استثنائية-بالمعنى المتقدم-يمكن معها التسليم بحق حكومتها في مخالفة التزاماتها الدولية عن هاتين الاتفاقيتين والمتعلقين بالحريات النقابية وبمبادئ حق التنظيم والمفاوضة الجماعية<sup>(١)</sup>.

### الخاتمة

نتبعنا على صفحات هذا البحث موضوع حدود الحق في تكوين الجمعيات في القانون الدولي؛ وذلك من خلال فصلين رئيسيين: الأول خصص لعرض مفهوم الحق في تكوين الجمعيات في القانون الدولي، والثاني لحدود تنظيم الحق في القانون الدولي في الظروف العادية والاستثنائية.

\* وقد اتضح لنا من هذا العرض بعض النتائج التي خلص إليها هذا البحث، نوجز أهمها فيما يلي:

أولاً: الحق في التنظيم وتكوين الجمعيات من بين أهم دعائم الديمقراطية، وذلك أنه يوفر فرصة ذهبية لتحقيق عدد من الغايات، من بينها التعبير عن رأيه السياسي، والانخراط في المجالات الأدبية والثقافية والاقتصادية والاجتماعية واعتناق المعتقدات الدينية والقيام بالشعائر وتشكيل النقابات والتعاونيات والانضمام إليها، وانتخاب القادة الذين يمثلونهم واخضاعهم للمساءلة<sup>(٢)</sup>. ويمثل الحق في التنظيم وتكوين الجمعيات أيضاً السبيل لممارسة مبادئ الديمقراطية التشاركية؛ فمشاركة المواطن لا تنتهي بالانتخابات، والنظم السياسية القائمة على التمثيل الديمقراطي لا تستبعد الأشكال الأخرى من المشاركة في الشؤون العامة. فالديمقراطية ليست لعبة رياضية يحضرها متفرجون. لا

1 ) Report Of The Commission Appointed Under Article 26 The Constitution Of (ilo),To Examine The Complaints Concerning The Observance By Greece Of The Freedom Of As-sociation And Protection Of The Right To Organaise Convention,1948 (No.87) And Collective Bargining Convention, 1948(No.98)-ilo Official vull-(No.2)1971.

(2) انظر: قرار مجلس حقوق الإنسان رقم ٢١/١٥، مرجع سابق.

يمكن اختزال الديمقراطية في مجرد الحق في التصويت. إن الديمقراطية تفترض سلفا المشاركة والنقاش وامكانية التعبير عن النفس بوسائل مختلفة، فحق تكوين الجمعيات والتجمع السلمي بشرطان أساسيان لتشكيل مجتمعات ديمقراطية".

ثانياً: الحق في تكوين الجمعيات مكفول في المادة العشرين من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان وقد أعطى ذلك الحق القوة القانونية من خلال المادة ٢١ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. كما أن هذا الحق متضمن كذلك في العديد من المعاهدات الدولية الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: ممارسة الحق في تكوين الجمعيات دون أن يفرض عليه من القيود إلا ما يجيزه القانون الدولي، وخاصة القانون الدولي لحقوق الإنسان، تعبير لا غنى عنه للتمتع الكامل بهذا الحق، وخصوصاً في الحالات التي يعتنق فيها الأفراد معتقدات دينية أو سياسية مخالفة أو لا تتبناها إلا أقلية من الناس.

• وبعد أن عرضنا لأهم النتائج التي خلص إليها هذا البحث نود طرح التوصيات التالية من أجل التنظيم القانوني الأمثل لحق تكوين الجمعيات<sup>(٢)</sup>:  
الإطار القانوني العام:

١- كفالة التمتع بالحق في تكوين الجمعيات لكل شخص دون تمييز على أي أساس، بما يشمل المرأة، والأطفال، الأشخاص المنتمين

---

(١) المواد (٨، ٢٥) من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المادة (٥) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، واتفاقية حقوق الطفل المادة (١٥)، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المادة (١١)، الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المادة (١٦)، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب المواد (١٠، ١١) والميثاق العربي لحقوق الإنسان المادة (٢٤)، مواد الاتفاقية الدولية رقم ٨٧ لسنة ١٩٤٨م بشأن الحرية النقابية وحق التنظيم.

(٢) راجع في ذلك: تقرير المقرر الخاص للمعنى بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات A / HRC / 20 / 27 ، الفقرات (٨٤-٩٤) و تقرير المقرر الخاص للمعنى بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات n.a/68/2990، الفقرات (٦٠-٦٤).

إلى الأقليات والشعوب الأصلية، وغير المواطنين، بما فيهم العديمو الجنسية أو اللاجئون أو المهاجرون والأشخاص ذوي الإعاقة، فضلا عن الناشطين المدافعين عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

٢- ينبغي أن يرسى القانون بوضوح وصراحة الإقتراض المؤيد للحق في تكوين الجمعيات.

٣- منع الإعتماد على قوانين " الطوارئ " وتشريعات مكافحة الإرهاب كأساس لمنع ممارسة الحق في تكوين الجمعيات، وعدم تصنيف التنظيمات بأنها " متطرفة " أو " إرهابية " ما لم تكن هناك أدلة قاطعة على أن المنظمة نفسها توافق على استخدام العنف.

٤- العمل على زيادة تيسير وحماية الحق في تكوين الجمعيات، وتوخي اليقظة بصفة خاصة في هذا الصدد فيما يتعلق بالاحتياجات الخاصة للفئات السالف ذكرها الأكثر عرضة لجميع أنواع الهجوم والوصم.

### القيود القانونية:

٥- ضمان أن تكون أي قيود على الحق في تكوين الجمعيات، واردة في نص قانوني، وأن تكون القيود من فئة التدابير الضرورية في مجتمع ديمقراطي ومتناسبة مع الهدف المنشود ولا تضر بمبادئ التعددية والتسامح وسعة الأفق، وينبغي أن تخضع القيود لمراجعة قضائية مستقلة وغير متحيزة وفورية.

٦- ضمان عدم فرض قيود على الجمعيات على أساس محتوى رسالتها، والتسامح بالتعبير عن الآراء الناقدة والمثيرة للجدل (بما في ذلك تلك المتعلقة بمؤسسات الدولة والمسؤولين فيها)، وأما القيود على المحتوى المقبولة في المجتمع الديمقراطي تلك المتعلقة فقط بالدعوة الصريحة على العنف أو الكراهية والتمييز أو العنصرية أو اهدار الحقوق أو الحريات المجسدة في القانون الدولي لحقوق الإنسان.

### الاجراءات:

٧- ينبغي انفاذ نظام الاشعار لانشاء الجمعيات. وينبغي انشاء الجمعيات عقب اجراءات بسيطة وميسرة وغير تمييزية وغير شاقة، ومجانية. وبمجرد تقديم الطلب تكتسب الجمعية الشخصية الاعتبارية،

وإذا رأت الإدارة أن غرض الجمعية غير مشروع فما عليها إلا أن تصدر الإيصال بالتأسيس ثم الاعتراض أمام محكمة مستقلة وغير متحيزة.

٨- ينبغي السماح لأي جمعيات بالعمل بحرية ولأعضائها بالعمل في سياق موات وآمن.

٩- وينبغي أن تتمتع الجمعيات بحرية تحديد نظامها الأساسي وهيكل تنظيمها وأنشطتها واتخاذ القرارات دون تدخل الدولة.

١٠- وينبغي أن تتمتع الجمعيات بالحق في الخصوصية.

١١- وينبغي أن تتمكن الجمعيات من الحصول على الأموال والموارد المحلية والأجنبية.

١٢- وينبغي التصديق على وقف عمل الجمعيات أو حلها غير الطوعي عبر محكمة مستقلة وغير متحيزة في حال ظهور خطر جلي ومحدق يؤدي إلى انتهاك جسيم للقوانين، مع الامتثال للقانون الدولي لحقوق الإنسان.

١٤- ضمان مساءلة المتورطين في انتهاك حقوق الأفراد في تكوين الجمعيات و/أو الاعتداء عليهم مساءلة كاملة من قبل هيئة مراقبة مستقلة وديمقراطية ومن قبل المحاكم.

١٥- كفالة أن تتوافر لضحايا الانتهاكات والتجاوزات المرتكبة للحق في تكوين الجمعيات امكانية التمتع بالحق في الانتصاف بصورة ناجزة وفعالة والحصول على جبر للأضرار.  
الآليات الدولية والاقليمية لحقوق الإنسان:

١٦- ينبغي أن تواصل مؤسسات الأمم المتحدة وهيئاتها وآلياتها تعزيز الحق في تكوين الجمعيات. وعلى الخصوص، ينبغي أن تنتظر اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في اعداد تعليقات بشأن المادة ٢١، ٢٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وينبغي إيلاء عناية أكبر لحالات انتهاك الحق والاعتداء عليه في إطار الاستعراض الدوري الشامل.

١٧- وينبغي أن يبحث المجتمع الدولي بجدية مسألة الاتفاق على مسودة اعلان مبادئ ومعايير تتعلق بحق تكوين الجمعيات، تكون

نواة لإعلان أو معاهدة تصدر عن منظمة الأمم المتحدة، بالتشاور مع جميع أصحاب المصلحة المعنيين.

وبعد عرض ما انتهينا إليه من نتائج وتوصيات في موضوع البحث أدعو المولى عز وجل أن أكون قد وفقت في تحقيق أهداف البحث، فإن أكُ وفقت فما قصدت إلا إليه، وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، وإن عرجت على خطأ فما عصم منه أحد إلا رسل الله عليهم أفضل الصلاة وأتم التسليم.

ولا يسعنا لتأكيد ذلك - إلا أن نكرر قول الأصفهاني في مقدمة معجم الأدباء: أئى رأيت أنه لا يكتب إنسانا كتابا في يومه، إلا قال في غده:

" لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبرة. وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر.

وأخيراً أسأل الله تعالى أن يوفقنا لما فيه الخير، وأن يسدد خطانا، فإنه نعم المولى ونعم النصير وبالإجابة جدير.

" وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين "

## قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية:

أ: الوثائق والتقارير:

- ١- الاتفاقية (رقم ٨٧) الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم للنقابي اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في ٩ تموز / يوليو ١٩٤٨ في دورته الحادية والثلاثين. تاريخ بدء النفاذ: ٤ تموز / يوليو ١٩٥٠ وفقاً لأحكام المادة ١٥.
- ٢- الاتفاقية الاطارية لحماية الاقليات القومية اعتمدها لجنة الوزراء التابعة لمجلس أوروبا عام ١٩٤٨ وبدأ نفاذها عام ١٩٩٨. وهي أول صك متعدد الأطراف يكون ملزماً من الناحية القانونية ويخصص لحماية الاقليات.
- ٣- الاتفاقية الأمريكية اعتمدها منظمة الدول الأمريكية، وتم التوقيع عليها في مدينة (سان خوسيه) بجمهورية كوستاريكا بتاريخ ٢٢/١١/١٩٦٩، ودخلت حيز التنفيذ في ١٨/٧/١٩٧٨.
- ٤- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تم التوقيع عليها في مدينة روما بتاريخ ١١/٤/١٩٥٠ ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ ٣/٩/١٩٥٣، مضافاً إليها ١٤ بروتوكولا ودخلت حيز التنفيذ. ولقد أصبحت الاتفاقية الأوروبية والبروتوكولات الملحقة بها ملزمة لجميع الدول الأعضاء في مجلس أوروبا، حيث تخضع حقوق الإنسان والحريات الواردة بها إلى ضمانات جماعية تباشر تحت رقابة دولية.
- ٥- الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (٣-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون / ديسمبر لسنة ١٩٦٦ - تاريخ بدء النفاذ: ٢٣ آذار (١) مارس ١٩٧٦، وفقاً لأحكام المادة ٤٩ وقعت مصر على هذا العهد في ٤/٨/ ١٩٦٧ وصدقت عليه في ٩/١٢/١٩٨١، ونشر بالجريدة الرسمية في العدد رقم ١٥ الصادر في ١٥/٤/١٩٨٢

وأصبح جزءاً من النظام القانوني المصري ابتداءً من اليوم التالي لتاريخ نشره.

٦- الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية. اعتمدت وفتح باب التوقيع والتصديق عليه والانضمام إليه بقرار الجمعية العامة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ ١٦ كانون الأول ديسمبر ١٩٦٦. تاريخ بدء النفاذ: ٢٣ آذار/مارس ١٩٧٦، وفقاً لأحكام المادة ٤٩.

٧- اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو CEDAW) عام ١٩٧٩ اعتمدت وفتح باب التوقيع والتصديق عليها والانضمام إليها بقرار الجمعية العامة ٣٤/١٨٠ المؤرخ ١٨ كانون الأول / ديسمبر ١٩٧٩. تاريخ بدء النفاذ: ٣ أيلول / سبتمبر ١٩٨١، وفقاً لأحكام المادة ٢٧.

٨- اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في ديسمبر / كانون الأول ٢٠٠٦. وأقرت مصر هذه الاتفاقية في ١٤ أبريل/ نيسان ٢٠٠٨.

٩- اتفاقية حقوق الطفل اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩، وفتح باب التوقيع عليها في ٢٦ يناير ١٩٩٠، حيث وقعت عليها في ذلك اليوم إحدى وستون دولة. ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ في ٢ سبتمبر ١٩٩٠.

١٠- اعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٦٢/٢٩٥ المؤرخ في ١٣ أيلول /سبتمبر ٢٠٠٧.

١١- الاعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية الدولية للأمم المتحدة اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٧ ألف (د-٣) المؤرخ في ١٠ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٨.

١٢- اعلان مبادئ ومعايير بشأن حرية الجمعيات في الدول العربية، المعروف اختصاراً بـ"اعلان عمان"، نتاج عمل مجموعة من الخبراء القانونيين والنشطاء من تسعة دول عربية خلال ورشة

عمل حول "الإطار القانوني لحق التجمع في العالم العربي"، لسنة ١٩٩٩.

١٣- اعلان ومنهاج بيجين، القرار ١ للمؤتمر العالمي المعني بالمرأة المنعقد في بيجين خلال الفترة ٤/١٥ أيلول / سبتمبر ١٩٩٥.

١٤- تقرير المقرر الخاص المعنى بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات-الصادد عن مجلي حقوق الإنسان-الدورة الثالثة والعشرون ب تاريخ ٢٤ ابريل ٢٠١٣. A/hrc/23/39

١٥- تقرير المقرر الخاص المعنى بتعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب، ١٦/٦١/٢٦٧/ب/اغسطس ٢٠٠٦.

١٦- تقرير المقرر الخاص المعنى بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات، الصادر عن مجلس حقوق الإنسان، الدورة التاسعة والعشرون، بتاريخ ٢٥ ابريل ٢٠١٥ / A / HRC/29/25.

١٧- تقرير المقرر الخاص المعنى بالحق في حرية التجمع السلمي وفي تكوين الجمعيات -مذكرة من الأمين العام -الصادر عن مجلس حقوق الإنسان -الدورة الثامنة والستون بتاريخ ٧ أغسطس ٢٠١٣ A / 68 /209.

١٨- تقرير المقرر الخاص المعنى بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات -مانياكياي -الصادر عن مجلس حقوق الإنسان، الدورة السادسة والعشرين، بتاريخ ٤ أبريل ٢٠١٤. A / HRC / 26 / 29، الفقرة (٤١).

١٩- تقرير المقرر الخاص المعنى بأوضاع المدافعين عن حقوق الإنسان المقدمة للجمعية العامة، ١١ أغسطس ٢٠٠٩ / أ ب / ٦٤ / A، ٢٠٠٩.



- ٢٠- تقرير المقرر الخاص بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات-ماينا كياي-الصادر عن مجلس حقوق الإنسان الدورة العشرين بتاريخ ٢١مايو ٢٠١٢. A / HRC / 20 / 27.
- ٢١- تقرير المقرر الخاص للمعني بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تكوين الجمعيات -مانياكياي - الصادر عن حقوق الإنسان، الدورة السادسة والعشرون بتاريخ ١٤ أبريل ٢٠١٤. A / HRC / 20 / 29. إعلان حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو اثنية أو إلى أقليات دينية ولغوية، تم اعتمادها في الجلسة العامة الثانية والتسعين، ١٨ ديسمبر / كانون الأول ١٩٩٢.
- ٢٢- توصيات المجلس الأوروبي رقم 14 (٢٠٠٧) Cm / Rec إلى الدول الأعضاء حول الوضع القانوني للمنظمات الأهلية في أوروبا، تبنته اللجنة الوزارية في ١٥ تشرين الأول / أكتوبر ٢٠٠٧ في الاجتماع الـ 1006 لنواب الوزراء.
- ٢٣- الجمعية البرلمانية التابعة لمجلس أوروبا، التوصية رقم ١٢٠١ لسنة ١٩٩٣ المرفقة بالبروتوكول الإضافي الخاص بحقوق الأقليات القومية للاتفاقية الأوروبية.
- ٢٤- حرية التجمع التنظيم في المنطقة الأورومتوسطية. من منشورات الشبكة الأورومتوسطية لحقوق الإنسان، كانون الأول / ديسمبر ٢٠٠٩.
- ٢٥- دراسة إقليمية حول حرية التجمع في المنطقة الأوروبية المتوسطية، من منشورات الشبكة الأوروبية - المتوسطية لحقوق الإنسان، تشرين الثاني / نوفمبر ٢٠١٣.
- ٢٦- قانون حرية التجمع السلمي، ملخص عام، من منشورات منظمة المادة ١٩، فب راير ٢٠١٣م.
- ٢٧- فهم العمل الشرطي، دليل لنشطاء حقوق الإنسان (أنكي أوسى)، من منشورات منظمة العفو الدولية (الفرع الهولندي)، سنة ٢٠٠٧.

- ٢٨- قرار اعتمد مجلس حقوق الإنسان رقم ١٢/١٦ بشأن الحق في حرية التجمع السلمي في تكوين الجمعيات، الدورة الحادية والعشرون، A/HRC/RES/21/16.
- ٢٩- قرار اعتمد مجلس حقوق الإنسان رقم ١٢/١٦ بشأن الحق في حرية التجمع السلمي في تكوين الجمعيات، الدورة الحادية والعشرون، A/HRC/RES/21/16.
- ٣٠- قرار اعتمده مجلس حقوق الإنسان ٣٨/٢٥ بشأن تعزيز وحماية حقوق الإنسان في سياق الاحتجاجات السلمية، الدورة الخامسة والعشرون، بتاريخ ١١ أبريل ٢٠١٤. A/HRC/RES/25/38
- ٣١- قرار اعتمده مجلس حقوق الإنسان رقم ٣٥/١٩ بشأن تعزيز وحماية حقوق الإنسان في سياق الاحتجاجات السلمية، الدورة التاسعة عشرة، بتاريخ ٨ أبريل ٢٠١٢ A/HRC/RES 2012/19/35.
- ٣٢- قرار اعتمده مجلس حقوق الإنسان رقم ٥/٢٤ بشأن الحق في حرية التجمع السلمي وفي تكوين الجمعيات، الدورة الرابعة والعشرين، بتاريخ ٨ أكتوبر ٢٠١٣. A/HRC/RES/24/5
- ٣٣- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٥٣ / ١٤٤٤ بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٩٨ والمتعلق بحق ومسئولية الأفراد والجماعات وهيئات المجتمع في تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المعترف بها علمياً والمعروف باعلان المدافعين عن حقوق الإنسان.
- ٣٤- اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، التعليق العام رقم ٢٥ بشأن المشاركة في إدارة الشؤون العامة وحق الاقتراع، صدر عن اللجنة في دورتها السابعة والخمسون (١٩٩٦).
- ٣٥- اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ١٨ بشأن عدم التمييز، صادر عن اللجنة في دورتها السابعة والثلاثون. ١٩٨٩.

- ٣٦- اللجنة المعنية لحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ١٥ بشأن وضع الأجانب بموجب العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، صدر عن اللجنة في دورتها السابعة والعشرون (١٩٨٦).
- ٣٧- اللجنة المعنية لحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ٢٣ بشأن حقوق الاقليات، صادر عن اللجنة في دورتها الثامنة والأربعون (١٩٩٣).
- ٣٨- اللجنة المعنية لحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ٢٧ بشأن حرية التنقل، صدر عن اللجنة في دورتها السابعة والستون (١٩٩٩).
- ٣٩- اللجنة المعنية لحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ٣١ بشأن طبيعة الألتزام القانوني العام المفروض على الدول الأطراف في العهد، صدر عن اللجنة في دورتها الثمانون (٢٠٠٤).
- ٤٠- ليبيا: حماية حرية التعبير وحرية المعلومات في الدستور الجديد ١ يوليو ٢٠١٣، موجز للاسترشاد، من منشورات منظمة المادة ١٩، سنة ٢٠١٣.
- ٤١- مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي (الطبعة الثانية)، من منشورات مكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الإنسان (ODIHR) والتابع لمنظمة الأمن والتعاون الأوروبي (OSCE) (OSCE/ODIHR2012(c))، منشور على موقع ([www.osce.org/odihr](http://www.osce.org/odihr))، ص ٣٩.
- ٤٢- مبادئ جوها نسبرغ بشأن الأمن القومي وحرية التعبير والوصول إلى المعلومات، وقد وضعت مبادئ جوها نسبرنح في اجتماع للخبراء الدوليين في مشاوره في جنوب افريقيا في أكتوبر / تشرين الأول عام ١٩٩٥.
- ٤٣- مبادئ سيراكوسا حول القيود والأحكام التنفيذية في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، ٢٨ سبتمبر ١٩٨٤م.

- ٤٤- مبادئ ماستريخت التوجيهية المتعلقة بانتهاكات الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (ماستريخت ٢٢\_٢٦ كانون الثاني /يناير ١٩٩٧).
- ٤٥- مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان (حقوق غير المواطنين)، للأمم المتحدة (نيويورك وجنيف) سنة ٢٠٠٦.
- ٤٦- منظمة العمل الدولية، ملخص قرارات ومبادئ لجنة حرية تكوين الجمعيات التابعة لمجلس إدارة المنظمة، الطبعة الخامسة (المنقحة) (جنيف) ٢٠٠٦.
- ٤٧- المؤتمر الدولي الثاني حول تعزيز الحوار ما بين الحكومات والمجتمع المدني وإصلاح القوانين، الذي عقد في مقر جامعة الدول العربية في القاهرة في ١٦، ١٧ كانون الثاني / يناير من العام ٢٠٠٨.
- ٤٨- موجز حلقة نقاش مجلس حقوق الإنسان بشأن تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها في سياق الاحتجاجات السلمية أعدته مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان a/hrc/19/40-الصادر عن مجلس حقوق الإنسان-الدورة التاسعة عشرة بتاريخ ١٩ ديسمبر ٢٠١١، الفقرة (٢٠).
- ٤٩- الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب صدر عن الدورة الثامنة عشر لمؤتمر القمة الأفريقية في بنوينا عام ١٩٨١.
- ٥٠- الميثاق العربي لحقوق الإنسان صدر عن مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة في الدورة العادية السادسة عشر بتونس عام ٢٠٠٤ ويتكون هذا الميثاق من ديباجة وثلاث وخمسين مادة ويدخل هذا الميثاق حيز النفاذ وفقاً لنص المادة ٤٩ (٢) بعد شهرين من تاريخ ايداع وثيقة التصديق السابعة لدى الأمانة العامة لجامعة الدول العربية.

#### ب: المؤلفات:

- ١- د. إبراهيم خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٧.

- ٢- أ.أنور الدين علوش، المنظمات غير الحكومية ورهان حقوق الإنسان، حقوق الملكية الفكرية محفوظة للكاتب، نشر إلكتروني في ذو الحجة، ١٤٣٢ / نوفمبر ٢٠١١.
- ٣- د. الشافعي بشير، قانون حقوق الإنسان: مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، مطبعة منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ديسمبر ٢٠٠٣.
- ٤- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨١.
- ٥- د. جعفر عبد السلام، الإطار التشريعي للنشاط الإعلامي، دار المنار، سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- ٦- د. جعفر عبد السلام، القانون الدولي لحقوق الإنسان " دراسات في القانون الدولي والشريعة الإسلامية "، دار الكتاب المصري " القاهرة "، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٩ م.
- ٧- د. حسن كيره - المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة ١٩٧٤.
- ٨- د. رياض صالح أبو العطاء، النظرية العامة للمنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٩ م.
- ٩- د. رياض صالح أبو العطاء، الحقوق الجماعية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- ١٠- د. سعيد سالم جويلي، المنظمات الدولية غير الحكومية في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣.
- ١١- د. عصام سليمان، المبادئ الارشادية للحق بالتجمع والتنظيم في العالم العربي، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، فلسطين ٢٠٠٨.
- ١٢- د. عمرو أحمد حسبو، حرية الاجتماع " دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.
- ١٣- د. غاري حسين ضياريني، الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، سنة ١٩٩٢.

- ١٤- د. محمد إبراهيم خيرى الوكيل، دور القضاء الإدارى والدستورى في إرساء مؤسسات المجتمع المدنى، دار الفكر العربى، القاهرة ٢٠٠٧.
- ١٥- د. محمد خالد، الحركة النقابية بين الماضى والحاضر، مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة، ١٩٧٥.
- ١٦- د. محمد سعيد الدقاق، اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، يونيسفى، ١٩٩٣.
- ١٧- د. محمد رفعت الصباحي، محاضرات في قانون النقابات العمالية، مكتبة جامعة طنطا، سنة ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦.
- ١٨- د. محمد عبد الله حنفى، دور النقابات في الحياة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ١٩- أ. محمد فوزى الخضر، القضاء والإعلام: حرية التعبير بين النظرية والتطبيق، من منشورات المركز الفلسطينى للتنمية والحريات الإعلامية (مدى)، سنة ٢٠١٢.
- ٢٠- د. محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- ٢١- د. محمود سمير الشرفاوى، الشركات التجارية في القانون المصرى، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٦.
- ٢٢- د. مصطفى يونس، حقوق الإنسان في حالات الطوارئ، دراسة فقهية وتطبيقية معاصرة في ضوء مبادئ وقواعد القانون الدولى العام، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٢.
- ٢٣- د. مصطفى أبو زيد فهمي - النظام الدستوري المصرى ورقابة دستورية القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، ١٩٩٢.
- ٢٤- د. مصطفى أحمد فؤاد، الأمم المتحدة والمنظمات غير الحكومية، بدون طبعة، سنة ٢٠٠٣.
- ٢٥- د. مصطفى أحمد فؤاد، القانون الدولى العام، القاعدة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

- ٢٦- د. مصطفى احمد فؤاد، القانون الدولي العام-الجزء الثالث"القانون الدولي لحقوق الإنسان"، سنة ٢٠١٣، بدون طبعة.
- ٢٧- د. مصطفى سلامة حسن، التحلل المشروع من الالتزامات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٢٨- د. نبيلة عبد الحليم كامل، حرية تكوين الأحزاب السياسية في مصر بين النص والقانون والواقع السياسي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
- ٢٩- أ. نجاد البرعي، روان عربي: قضايا التحول الديمقراطي (العدد ٥٩١٥٨-٢٠١١)، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ص ١٢٦.

### ج: الرسائل العلمية:

١. د. رحموني محمد، تنظيم ممارسة حرية التجمع في القانون الجزائري (الجمعيات والأحزاب السياسية (أنموذجين)، جامعة أبي بكر بلقاوي -تمسان-كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة ٢٠١٤-٢٠١٥.
٢. د. سعيد فهيم خليل، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية (دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان)، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٩٣.
٣. د. فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية.
٤. د. محمد الطيب عبد اللطيف، نظام الترخيص في القانون المصري، رسالة دكتوراه، حقوق فؤاد الأول، مطبعة دار التأليف، سنة ١٩٥٦.
٥. د. مصطفى أحمد فؤاد، النظرية العامة للتصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ١٩٨٢.

## د: البحوث العلمية:

١. د. إبراهيم العناني، الحماية القانونية للطفل على المستوى الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، يناير ١٩٩٧، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون.
٢. د. بكر القباني، الموظف العام وحرية تكوين الجمعيات والنقابات المهنية في القانون المقارن والمصري، مجلة إدارة قضايا الحكومة. السنة السادسة - العدد الثاني ١٠ أبريل ١٩٦٢.
٣. د. جميل متولي الشرفاوي، معالم النظام القانوني للنقابات في فرنسا، مجلة القانون والاقتصاد، مارس ١٩٤٦، العدد الأول - السنة الرابعة والثلاثون.
٤. د. سعد عصفور "حرية تكوين الجمعيات في إنجلترا وفرنسا ومصر"، بحث مقارن، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الخامسة - العدد الأول والثاني - يناير - مارس لسنة ١٩٥١.
٥. د. فاطمة محمد الرزاز، التنظيم القانوني للجمعيات والمؤسسات الأهلية في مصر (وفقاً لأحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢)، مجلة مصر المعاصرة، يوليو / أكتوبر ٢٠٠٢، العدد ٤٦٧ - ٤٦٨، السنة الثالثة والتسعون.
٦. د. محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، بحيث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، العدد الثالث والرابع، ديسمبر سنة ١٩٧٨ السنة الثامنة والأربعون.

## هـ: الدوريات:

- ١- مجلة إدارة قضايا الحكومة، تصدر عن هيئة قضايا الحكومة.
- ٢- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الإسكندرية.
- ٣- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس.
- ٤- مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن جامعة القاهرة.
- ٥- مجلة المحاماة، تصدر عن نقابة المحامين بالقاهرة.



٦- مجلة مصر المعاصرة، تصدر عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع.  
و: مجموعة الأحكام وموسوعاتهما:

٧- فاروق عبدالبار، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، مطابع سجل العرب، الجزء الأول، ١٩٨٨.

٨- فاروق عبدالبار، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، مطابع سجل العرب، الجزء الثالث، المجلد الأول، النسر الذهبي للطباعة، ١٩٨٨.

٩- المحكمة الدستورية العليا-الجزء الرابع-الأحكام التي أصدرتها المحكمة-من أول يوليو ١٩٩٥، حتى أيلول ١٩٩٦.

١٠- المحكمة الدستورية العليا-الجزء السابع-الأحكام التي أصدرتها المحكمة-من أول يوليو ١٩٩٥، حتى أيلول ١٩٩٦.

ز: المعاجم:

١١- ابن منظور، لسان العرب، بيروت.

١٢- د. خليل الحر، المعجم العربي في التحديث الأروس، مكتبة الأرس، باريس ١٩٨٧ سوشيرس.

١٣- سامي دوبيان وآخرون، قاموس المصطلحات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، دار العلم للملايين، ص ١٩٠ بيروت.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1. Armadcolin, la berton(g)"liber és publiqueset droit el'homme, paris,1995.
2. Daniel COLLARD, les relations internationales, de7945 anos jaur's, 7è, editions , paris ,1997.
3. Gilles Lebreton , libertés publiques et droit de l'homme , 4ème édition , armanbcolin , pairs. 1999 .
4. Jean DUFFAR , " les libertés collectives , libertés et droits fondamentaux " Montchrestien, paris, 1996.
5. jean Morane: La libertés- d'association- Université Française de droit d'économie et des sciences sociales de paris (ParisII), 1974 .

6. Jean rivero, jean SAVATIER ,droit du travail , 13 édition , puf , paris , 1993. Librairie eyrolles francis le lefebvre, memento pratique, Fondation-Association, 1999.

### ثالثا: باللغة الانجليزية:

1. jack Rothman ,And Irwin Epstein ,'Social Planning And Community Organization'InEncyclopediaO Social World Vol 2 (N.Y.Nase,1977).
2. R.Claude And B. Weston, Human Rights In The World Community ;IssuesAnd Action (Phil-adelphia;Univ .Of Pennsylvania Press , 1989 ).

### الأحكام والتقارير:

1. The European court rulling forhuman rights- dinvrobaikar cace against turkey.complaint no.12-305-97.2008.
2. The European court rulling forhuman rights, proposal appeal andother against greece-complaint no.55/26695-november.2008.
3. The European court rulling forhuman rights, ismailavis appeal agaiinst azerbaijan. Complaint no. 39-17/ganuary.2008.
4. The European court rulling forhuman rights, dainlnkov case against-russia. Camplaint.no.30-67336/51guly.2009
5. The European court rulling forhuman rights, herri. batasuna case abainst spain.complaint no.25803/258179504/04dune.2009.
6. The European court ruling for human rights, associations of citizens case .rodeo and webaotkovisti against macedaie,the formor yugaslav,complaint no.511746510ganuary.
7. The European court rulling forhuman rights, The Case of gisev V. bulgaria, NO.55/5704.JUNE2007.
8. The European court rulling forhuman rights, Sideropevles Case against Creece Complaint number 57/1997, JANUARY 2003.
9. The European court rulling forhuman rights, The Case of Handerson V. United Kingdum ,8 December 1976.
10. The European court rulling forhuman rights, The Case of Inomolnar V. Hungary,7october 2008.
11. The European court rulling forhuman rights, Sideropevles Case against Creece Complaint number 57/1997, JANUARY 2003.
12. The European court rulling forhuman rights, The Case of Catellon Trozi and other V. Berv 20 May 1999.

13. The European court rulling forhuman rights, The Case of Handerson V. United Kingdum ,8 December 1976.
14. The European court rulling forhuman rights, Sideropevles Case against Creece Complaint number 57/1997, JANUARY 2003.
15. The European court rulling forhuman rights , The Peoples Demoratic Party Case against Turkey Complaint number 99/51290, May 2007.
16. The European court rulling forhuman rights , The Case Of the Boonkowski Citizens Association against The Former Yugoslav Republic Of Macedonia Complaint number 10/74651, January 2009.
17. The European court rulling forhuman rights, The Case Of The Assosiation Of Citizens Of Radco Others Against greece-complaint no.50/44143-Mrch2008.
18. Report of thecommissionappointed under article 26 the constitution of (ilo),to examine the complaints concerning the observance by greece of the freedom of as-sociation and protection of the right to organaise convention,1948 (no.87) and collec-tive bargaining convention, 1948 (no.98)-ilo official vull-(no.2)1971

---

---

**حقول الطفل في النسب  
دراسة على ضوء اتفاقية  
حقوق الطفل والاجتهاد القضائي**

---

---

**دكتور/ شامي أحمد**

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHYSICS DEPARTMENT

5300 S. DICKINSON DRIVE

CHICAGO, ILLINOIS 60637

TEL: 773-936-3636 FAX: 773-936-3637

WWW.PHYSICS.DUKE.EDU

حق الطفل في النسب  
دراسة على ضوء اتفاقية حقوق الطفل  
والاجتهاد القضائي  
بقلم: د / شامي أحمد  
أستاذ محاضر " أ " بكلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة ابن خلدون - تيارت- الجزائر

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن الشريعة الإسلامية اهتمت بالطفل اهتماما بليغا حيث رغبت في إنجابه، لذلك شرعت مجموعة من الأحكام المتعلقة به، سواء ما تعلق بحسن الاختيار بين الزوجين أو ما كان في رعايته خلال مراحل النمو المختلفة، بحيث يظهر مدى حرص الشريعة الإسلامية على توجيه جهود المجتمع إلى الاهتمام بالطفولة.

إضافة إلى ذلك فإن الشريعة الإسلامية قد صانت الأنساب من الضياع، والكذب والتزييف، وجعلت ثبوت النسب حقا للولد يدفع به عن نفسه المغرة والضياع، وحقا لأمه تدرأ به الفضيحة والالتهام بالفحشاء، وحقا لأبيه يحفظ به امتداده أن يضيع أو ينسب إلى أحد غيره؛ وجعلت أحكامه من النظام العام المعبر عنه بحق الله سبحانه وتعالى، صيانة له عن كل دنس وريبة؛ ويرتبط بذلك الحق في الاسم، فهو يعبر عن شخصية الإنسان وعن مكانته الاجتماعية وعن خصائصه؛ وهو أسمى تمثيل رمزي لشخصيته.

وبالنظر إلى أهمية النسب بالنسبة للمعنيين مباشرة، وكذا بالنسبة للمجتمع كله، فإن التشريع الذي يؤطره، يفترض فيه أن يكون حريصا على التمسك بالمقصد الشرعي من النسب، وأن يتبنى الوسائل المجدية في

تحقيقه، وذلك بتوفير السبل إلى أن يكون لكل طفل أبوان، وألا ينسب إلى ولد ليس من صلبه طبعاً في الحدود التي يمكن فيها بلوغ هذا المتغى. كما يشكل الطفل شريحة مهمة داخل المجتمع، وبصلاحهم يصلح المجتمع، فهم شباب الغد وبناء المستقبل، وبضمان حقوقهم نساعدهم على القيام بالدور المنوط بهم على أكمل وجه، لهذا أصبح الطفل يحتل مركزاً مهماً في مختلف القوانين الوطنية والتي غالباً ما تتخذ من المواثيق الدولية مرجعاً لها.

ومن ثم يمثل النهوض بحقوق الطفل مدخلاً حيويًا وضمانة أساسية لدعم احترام حقوق الإنسان لدى الأجيال القادمة، وقد اهتم المجتمع الدولي بقضايا الطفولة وحقوقها منذ فترات تاريخية مبكرة، وهو ما تجسد في إبرام مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تحمي الطفل.

حيث بدأ اهتمام المجتمع الدولي بحماية حقوق الطفل بإنشاء عصبة الأمم المتحدة سنة ١٩١٩<sup>(١)</sup>؛ كما أصدرت الجمعية العامة لعصبة الأمم إعلان جنيف ١٩٢٤، ثم توالى بعد ذلك المواثيق الدولية التي تهتم بشؤون الطفل وتدافع عن حقوقه وحرياته حتى صدرت اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩<sup>(٢)</sup>، التي تميزت بأنها ذات طابع ملزم لدول العالم الموقعة عليها أو المنظمة لها؛ التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ ٠٢ / ٠٩ / 1990، لتصبح قانوناً دولياً ملزماً للدول الأطراف فيها وسامياً على قوانينها الوطنية، وقد تميزت هذه الاتفاقية بشمولها لجميع حقوق الطفل

(١) - حيث نصت المادة ٢٣ من النظام الأساسي منه على: "تعهد الدول الأعضاء بالسعي إلى توفير وضمان ظروف عادلة للعمل وإنسانية للرجال والنساء والأطفال في بلادهم، وفي جميع البلدان الأخرى التي تمتد إليها علاقاتهم التجارية والصناعية سواء بسوء".

(٢) - اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٤ / ٢٥ الصادر بتاريخ ٢٠ / ١١ / ١٩٨٩، حيث بدأ سريان نفاذها بتاريخ ٠٢ / ٠٩ / ١٩٩٠ طبقاً لأحكام المادة ٤٩.

المادية والأدبية سواء من حيث حمايتها، أو توفير الخدمات اللازمة من أجل نمو الطفل صحياً وثقافياً وروحياً، كما تميزت الاتفاقية في تأكيد ضرورة مراعاة مصالح الطفل الفضلى في كل الإجراءات المتعلقة.

ثم بعدها الاتفاق العالمي الخاص بحقوق الطفل الذي تم إقراره في نيويورك في ٢٦ / ١١ / ١٩٩٠، الذي أكد على حقوق الطفل واليافع وحمايتها من أي أذى مادي أو معنوي حيث ورد في المادة ١٩ من ذلك الاتفاق التأكيد على ضرورة حماية الطفل من أشكال العنف، ومن التعرض لأي إساءة جسدية أو عقلية.

ومن منظور الاتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ يجب أن يكون لكل طفل الحق في النسب من خلال المادة ٨ التي تنص على: "تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل غير شرعي.

إذا حرم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته، تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته".

ورغم أن المشرع الجزائري يسمح بإثبات النسب بالطرق الشرعية وبالطرق العلمية (بالبصمة الوراثية)، إلا أن المشرع يشترط عدة ضوابط تعرقل إثبات مجهولي النسب خصوصاً فئة اللقطاء وفئة الأبناء غير الشرعيين علماً أن المشرع الجزائري يخول الوصاية على هؤلاء الأطفال إلى النيابة العامة بموجب المادة ٠٣ مكرر من قانون الأسرة.

وعليه، نطرح التساؤلات الآتية: هل أقرت المواثيق الدولية إثبات نسب الطفل كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية؟ وهل للطفل الحق في النسب على إطلاقه أم لا بد من ضوابط، وما دور الاجتهاد القضائي في إثبات النسب من العلاقات غير الشرعية. وكيف سيكون مصير هؤلاء في مشروع قانون الطفل في الجزائر؟ هذا ما سنعالجه من خلال مبحثين الآتين:



**المبحث الأول:** نسب الطفل بين اتفاقية حقوق الطفل والشريعة الإسلامية.

**المبحث الثاني:** نسب ابن الزنا في الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي.

### المبحث الأول

### نسب الطفل بين اتفاقية حقوق الطفل والشريعة الإسلامية

تعد رابطة النسب من أسمى الروابط الإنسانية، ولهذا اهتمت بها الشريعة الإسلامية اهتماما بالغا، فلم يتركها الشارع الحكيم نهياً للأهواء والعواطف تهبها لمن تشاء وتحرم منها من أرادت، بل تولاهما عز وجل بشريعته واعتنى بها أعظم عناية وأحاطها بسياج منيع يحفظها من الفساد والانحلال والاضطراب فنهى الآباء عن أن يدعوا أبناء غير آبائهم وينسبونهم إليهم، وفي هذا يقول عز وجل: (ما جعل الله لرجل من قبيلين في جوفه وما جعل أزواجكم التي تظهرون منهن أمهاتكم وما جعل أدعياءكم وأبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فأخوانكم في الدين وموليككم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيماً) (٣)

هذا وقد أقامت الشريعة الإسلامية علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج فجعل الثانية وهي رابطة مقدسة سبباً لثبوت الأولى، فالزواج يعد أداة تحليل مخالطة الرجل بالمرأة بما ستلزمه ذلك من جعل الزوجة مختصة بزوجها في حق الاستمتاع ومجرمه على غيره فإذا أثمرت هذه المخالطة نسلًا ينسب للزوج، ومن هنا تأتي أحد الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية وهي "الولد للفراش" وذلك مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم عن أبي هريرة أنه قال: "الولد للفراش، وللعاهر الحجر" (٤)؛ فالأصل الشرعي الذي يركز عليه نظام النسب، هو "الولد للفراش".

(3) - سورة الأحزاب، الآيتين ٠٤ - ٠٥.

(4) - أخرجه البخاري، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ج

٠٦، الحديث رقم ٢٣٦٨، ص ٢٤٨؛ وأخرجه مسلم، كتاب الرضاع، ج

٠٢، الحديث رقم ١٤٥٧، ص ١٠٨١.

وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الأصل بعناية كبيرة، فكانوا على قول واحد بشأن ضرورة تحقق الفراش، إلا أنهم اختلفوا بشأن الشروط اللازمة لإعمال هذا الأصل الشرعي، وذلك لأن إنكار الأب ولده يترتب عليه تعريضه وأمه للدال الدائم والعار الذي لا ينتهي، وفي هذا من الضرر ما لا يخفي، ومن أجل ذلك عنى فقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الحق عناية كبيرة وحرص الكثير منهم على عدم ضياع الولد وقد تمخض هذا الاهتمام عن قاعدة فقهية: "إحياء الولد"<sup>(5)</sup>.

### المطلب الأول

#### اهتمام الشريعة الإسلامية بحق الطفل في النسب

وهنا سنتكلم عن حماية الشريعة الإسلامية لنسب الطفل أولاً؛ ثم بعد ذلك نسب الطفل وضوابطه في الشريعة الإسلامية ثانياً.

أولاً - حماية الشريعة الإسلامية لنسب الطفل: إن النسب هو صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم؛ وقيل بأنه: "عبارة عن صلة الإنسان بمن ينتهي إليه الآباء والأجداد.

ومن هنا فإن الشريعة الإسلامية قامت بصيانة الأنساب من الضياع والعبث والكذب والتزيف، ولم تترك الشريعة النسب لأهواء أصحابه يدعونه أو ينفونه"<sup>(6)</sup>، وهو من الحقوق الشرعية المترتبة على عقد الزواج ويتعلق به عدة حقوق؛ منها حق الله، لأنه يحقق مصالح عامة للمجتمع تتمثل في أنّ النسب من الروابط الوثيقة التي تربط مجموعة الأسر ببعضها، والأسرة أساس المجتمع. وفيه للأب، لأنه يترتب على ثبوت نسب الولد ثبوت الولاية عليه، وحق الإرث والإنفاق؛ وفيه حق للأم، لأن من حقها صيانة الولد من الضياع، ودفع التهمة عنها، وثبوت حق الرضاع والحضانة والإرث؛ وهو حق الولد، لدفع التعيير عن نفسه، وثبوت حقوق النفقة والرضاع والسكن والإرث وغير ذلك"<sup>(7)</sup>.

(5) - سمر خليل محمود عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام وفي الاتفاقيات الدولية،

جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات الإسلامية، سنة ٢٠٠٣، ص ٩٤.

(6) - زكريا البري، أحكام الأولاد في الإسلام، ص ١١.

(7) - د. بدران أبو العينين، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، ص ٠٦.

ولم يقتصر حفاظ الشريعة الإسلامية على الأنساب القادمة ، بل حافظت على الأنساب التي تنحدر منها ، لنعرف أصلنا ، وأصل غيرنا ، ليكون التلاقي والتراحم والتعاون ، وفي ذلك يقول عز وجل : (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير)<sup>(8)</sup> ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (تعلموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم)<sup>(9)</sup>.

ومن ثم فقد أولت الشريعة الإسلامية النسب مزيداً من العناية ، وأحاطته ببالغ الرعاية ، ولا أدل على ذلك من جعله في طبيعة الضروريات الخمس التي اتفقت الشرائع السماوية على وجوب حفظها ورعايتها ، وأن من أجلى مظاهر العناية بالنسب في الشريعة الإسلامية أن الله عز وجل امتن على عباده بأن جعلهم شعوباً وقبائل ليتعارفوا ، ولا يتحقق معرفة الشعوب والقبائل ، وما يترتب على ذلك من تعارف وتآلف إلا بمعرفة الأنساب وحفظها عن الاشتباه والاختلاط.

ومن أجل ذلك حرمت الشريعة الإسلامية كل اتصال جنسي يتم على أصول شرعية يحفظ لكل من الرجل والمرأة ما يترتب على هذا الاتصال من آثار ، وما ينتج عنه من أولاد ، وأبطلت جميع أنواع العلاقات التي تعارفت عليها بغض الأمم والشعوب التي انخرفت عن شرائع الله السموية ، ولم تنح الشريعة الإسلامية سوى النكاح الشرعي بشروطه المعتمدة ، أو بملك اليمين الثابت ، وذلك مصداقاً لقوله تعالى : (والذين هم لفروجهم حافظون ، إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)<sup>(10)</sup> .  
ومن مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالنسب أنها شددت على الذين ينكرون ، وبالغت في التهديد للأباء والأمهات حين يقدمون على

(8) - سورة الحجرات ، الآية ١٣ .

(9) - الحديث أخرجه الترمذي في سننه ، انظر : تحفة الأحوذى ، ج ٠٦ ، ص ١١٣ ؛

مسند الإمام أحمد ، ج ٠٢ ، ص ٣٧٤ .

(10) - سورة المؤمنون ، الآية ٥ - ٧ .

إنكار نسب أولادهم الثابت وتبرؤون منهم، أو حين ينسبون لأنفسهم أولاداً ليسوا منهم وفي هذا يقول صلى الله عليه وسلم: (أيا امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الجنة، وأيا رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله منه يوم القيامة، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين)<sup>(11)</sup>؛ وحرمت الشريعة الإسلامية الانتساب إلى غير الآباء حيث قال صلى الله عليه وسلم في معرض التحذير من ذلك، وبيان الوعيد الشديد على فاعله: (من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام)<sup>(12)</sup>.

إضافة إلى ذلك حرمت الشريعة الإسلامية التبني، بعد أن كان مألوفاً وشائعاً عند أهل الجاهلية وفي صدر الإسلام، وفي هذا يقول عز وجل: (ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين وموليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً)<sup>(13)</sup>.

وإنما حرمت الشريعة الإسلامية التبني لما يترتب عليه من مفسد كثيرة لكون المتبني ابناً مزوراً في الحقيقة والواقع، وغنصراً غريباً عن الأسرة التي أنضم إليها، ولا يحل له أن يطلع علي محارمها، أو يشاركها في حقوقها، إضافة إلى أنه قد لا ينسجم مع أخلاقها، ولا يتلاءم مع طباعها، لإحساسه وإحساس الأسرة بأنه أجنبي عنها، وسواء كان المتبني معروف النسب أو مجهولة، إلا أن الشريعة الإسلامية مع هذا يلحق المجهول بمن أدعاه بمجرد الدعوى، مع إمكان كونه منه عادة، وكل هذا من عناية الشريعة الإسلامية بالنسب، ومزيد رعايتها له تحقيقاً لمقاصد عظيمة، وحكم جليلة.

**ثانياً - نسب الطفل وضوابطه في الشريعة الإسلامية:** من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل هو حقه في النسب، وهذا لاعتباره

- (11) - سنن أبو داود ج ٠٢، ص ٢٧٩؛ سنن النسائي، ج ٠٦، ص ١٧٩.  
 (12) - صحيح البخاري، ج ٠٤، ص ١٧٠؛ صحيح مسلم، ج ٠١، ص ٥٧.  
 (13) - سورة الأحزاب، الآية ٠٥.

نعمة انعم بها الله تعالى على الإنسان لقوله عز وجل: ( وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ريبك قديرا )<sup>(14)</sup> .  
وهذا الحق له أهمية كبيرة ، فهو يعتبر حقا أساسيا لأنه يتفرع منه  
عديد من الحقوق الخاصة بالطفل مثل : حقه في الرعاية والتربية ، في المال  
والنفقة والميراث .

ونظرا لهذه الأهمية فإن أحكام الشريعة الإسلامية وضعت  
ضوابط محددة لحماية حق الطفل في ثبوت نسبه من أبويه ، تتمثل فيما  
يلي :

١ - أن يكون الطفل مولودا على فراش الزوجية الصحيحة ،  
وهو الطريق الأصلي لإثبات النسب هذا لقوله تعالى : ( والله جعل لكم  
من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من  
الطيبات أفبالباطل يؤمنون وينعمت الله الله هم يكفرون )<sup>(15)</sup> ، وقوله  
صلى الله عليه وسلم : ( الولد للفراش وللعاهر الحجر ) .

٢ - أن يكون الطفل مولودا من زواج فاسد ، ويكون الزواج  
فاسدا إذا تخلف أحد الشرطين اللازمين لصحته ، وهما : ألا يكون بين  
محرمين كما إذا كانت الزوجة محرمة على الزوج ، وأن يعقد بحضور  
شاهدين رجلين أو رجل و مرأتين ، فإذا لم يتوافر هذا الشرطان أحدهما  
أو كلاهما ، وتم الدخول بالزوجة في هذا الزواج الفاسد ، ثبت نسب  
الطفل من أبيه ، على الرغم من فساده ، وما يقتضيه ذلك من التفريق بين  
الزوجين ، وإنما يشترط لصحة النسب ألا ينكره الزوج أو ينازع فيه<sup>(16)</sup> .

٣ - أن يكون الطفل مولودا نتيجة وطئ بشبهة ، وذلك بالتقاء  
الرجل بالمرأة اعتقادا منهما بشرعية دخولها أحدهما بالآخر ثم تبين عكس  
ذلك ، كما إذا دخل رجل بامرأة ظنا منه أنها زوجته ، ثم تبين عكس  
ذلك ، كما إذا دخل رجا بامرأة ظنا منه أنها زوجته ، ثم تبين أنها امرأة

(14) - سورة الفرقان ، الآية ٥٤ .

(15) - سورة النحل ، الآية ٧٢ .

(16) - حسني نصار ، تشريعات حماية طفولة ، ( د. ت. ط ) ، ص ٣٢١ .

أخرى غيرها، أو يكشف أنها أخته من الرضاعة؛ وفي هذه الحالة لا يثبت نسب الطفل من أبيه، إلا إذا ادعاه الأب وتمسك به.

وإن كان نسب الولد للأم يثبت بالولادة سواء كانت الولادة من زواج فاسد، أو وطء بشبهة فإن النسب من الأب يثبت بالزواج الصحيح الفرائض، والإقرار، والبيّنة.

كما يُقَرُّ الفقهاء بالأخذ بالقيافة كوسيلة من وسائل إثبات النسب؛ والقيافة من أقدم الطرق التي عرفتها الشريعة الإسلامية لمعرفة الأثر والشبه<sup>(17)</sup>.

هذا وقد أقرت الشريعة الإسلامية للطفل حق البحث عن نسبه من كلا أبويه وهذا عن طريق وسائل الإثبات المذكورة، إلا أنها وضعت لها شروط معينة تتمثل فيما يلي:

- أن يكون الطفل مجهول النسب: فهذا متفق عليه، فإن البحث عن النسب سواء الأم أو الأب لا يكون إلا بالنسبة للطفل مجهول النسب.
- شرط عدم ذكر أن طفل من زنا لثبوت نسبه من أبيه: فهنا لا خلاف بين الفقهاء حول حق الطفل في البحث عن نسبه من أمه سواء جاءت به من زواج أو غيره، في يوجد خلاف حول حق الطفل في البحث عن نسبه من أبيه<sup>(18)</sup>.

### المطلب الثاني

#### اهتمام الموائيق الدولية بنسب الطفل

لقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية سباقة بحماية حق الطفل في النسب، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ( ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند

(17) - والقيافة لغةً من قاف يقوف قيافة بمعنى تتبع أثره ليعرفه، والقائف هو الذي يعرف الآثار ويتبعها، والجمع القافة.

(18) - فيرى فريق بحق نسب الطفل أسا كان سبب مولده حماية له من الضياع؛ بينما يرى رأي آخر برفض هذا الأمر، ويمنع الطفل المولود من زنا أن يبحث عن نسبه من أبيه؛ - في حين يرى رأي ثالث بالحل والوسط، وهو أن يعترف لابن الزنا بحق الانتساب إلى أبيه بشرط أن لا يذكر أنه من زنا؛ الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ٢٠٠٥، ص ٣٨٨.

الله)؛ عن طريق محاربتها لكل ما يخالف الزواج الشرعي، الذي اعتبرته، المنبت الأصيل للأبناء، لأنه في حماية النسب حماية للمجتمع ولاطمئنان الابن نفسه، ولتوفير الرعاية والعناية بالطفل على أحسن وجه ممكن.

وبالرجوع إلى أحكام المادة ٠٧ في فقرتها الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩<sup>(19)</sup>، نجد أنها قد أشارت إلى حق الطفل في النسب، وذلك بقولها: "يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب الجنسية، ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهم".

وقد اعتبر حق الطفل في معرفة والديه، تطبيقاً واضحاً لحماية نسب الطفل، وضماناً لنسبه إلى أبيه؛ ولكن كان يفضل أن تكون أن تكون العبارة واضحة وأدق بالصيغة الآتية: "يكون له الحق في الانتساب إلى والديه".

كما نصت المادة ٠٨ من نفس الاتفاقية: "تعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته، بما في ذلك جنسيته، واسمه وصناته العائلية على النحو الذي يقره القانون..."، والحفاظ على صلات الطفل العائلية تقضي اتخاذ كل التدابير للإقرار بحق الطفل في نسبه إلى أبويه. وهو ما يتطلب من التشريعات الوطنية تعزيز اكتساب الطفل لحقه هذا، خصوصاً وأن هذا الحق تترتب عليه حقوق كثيرة أخرى، فبه يثبت له حق الإرث أو به تثبت حقوق وواجبات الأبوة والبنوة.

وفي المقابل سائر عهد حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية بموجب نص المادة ٠٧ منه تحت عنوان الهوية، للطفل الحق منذ ولادته في اسم حسن وتسجيله لدى الجهات المختصة وتحديد نسبه وجنسيته ومعرفة والديه وجميع أقاربه وذوي رحمه وأمه من الرضاعة، وفي فقرتها الثانية تحافظ الدول الأطراف على عناصر هوية الطفل، بما في ذلك اسمه،

(19) - اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٤ / ٢٥ الصادر بتاريخ ٢٠ / ١١ / ١٩٨٩، حيث بدأ سريان نفاذها بتاريخ ٠٢ / ٠٩ / ١٩٩٠ طبقاً لأحكام المادة ٤٩.

جنسيته ، وصلته العائلية وفقا لقوانينها الداخلية ، وتبذل مساعيها الحثيثة لحل مشكلة انعدام الجنسية لأي طفل يولد على إقليمها ، أو يولد لأحد رعاياها خارج إقليمها وفي الفقرة الثالثة الطفل المجهول النسب ومن في حكمه ، له الحق في الحضانة والكفالة ، والرعاية دون التبني وله الحق في اسم ولقب وجنسية.

ومن هنا ، فإن ما يمكن ملاحظته أن اتفاقية حقوق الطفل لم تعر كبر الاهتمام مسألة نسب الطفل ، بل اكتفت بإقرار حق الطفل في نسبه إلى أبيه ، وتركت مسألة تنظيم آليات ووسائل النسب للتشريعات الداخلية ، لتسن من التدابير والإجراءات ما يحقق مصلحة الطفل ويحميه من الضياع ، وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري في القانون رقم ١٢ - ١٥ المتعلق بحماية الطفل الذي نصت المادة ٠٣ منه على أنه : " يتمتع كل طفل ، دون تمييز يرجع إلى اللون أو الجنس أو اللغة أو الرأي أو العجز أو غيرها من أشكال التمييز ، بجميع الحقوق التي تنص عليها اتفاقية حقوق الطفل وغيرها من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة المصدق عليها ، وتلك المنصوص عليها في التشريع الوطني لاسيما الحق في الحياة ، وفي الاسم وفي الجنسية وفي الأسرة وفي الرعاية الصحية والمساواة والتربية والتعليم والثقافة والترفيه وفي احترام حياته الخاصة"<sup>(20)</sup> ؛ بخلاف ما نص عليه في قانون الأسرة ، حيث تطرق إلى الأحكام النسب في الفصل الخامس من الكتاب الأول من المادة ٤٠ إلى غاية المادة ٤٥ مكرر.

وعليه ، فإن موثيق حقوق الطفل الدولية لم تشر إلى حق الطفل في أن يكون نتيجة علاقة شرعية بين رجل وامرأة ، وهذه العلاقة الشرعية هي الزواج التي تكفل للطفل حياة كريمة ، وتلزم أبوي هذا الطفل برعايته والعناية به والإنفاق عليه ، وبسائر الحقوق المترتبة على البنوة الشرعية.

(20) - المادة ٠٣ من القانون رقم ١٢ - ١٥ المتعلق بحماية الطفل ، المؤرخ بتاريخ ٢٠١٥ / ٠٧ / ١٥ ، الجريدة الرسمية العدد ٣٩ ، المؤرخة ٢٠١٣ / ١٧ / ١٩ ، ص ٠٤ وما بعدها.



وكان من نتاج إهمال هذا الجانب المهم أن أهدرت حقوق ملايين الأطفال المجهولي النسب، لأن هذه الموائيق لم تعطي لحق النسب أهمية.

### المبحث الثاني

#### نسب ابن الزنافي الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي

يعتبر الحق في النسب أهم ثمرة من ثمرات الزواج ويعد من أهم الروابط التي تربط الآباء بالأبناء ولهذا زرع الله في الإنسان حب التناسل وغريزة حفظ النسل، وقد اهتمت الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا بالأعراض والأنساب فجعلت حفظ النسل والعرض أهم مقصد من مقاصدها الكلية الضرورية وذلك لما لهذا الأمر من أهمية بالغة في انضباط الحياة الإنسانية واستقامتها، وقد نبه الشارع الحكيم الإنسان لما في النسب من فوائد، وذلك في قوله تعالى: (وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا)<sup>(21)</sup>

ولعله باستقراء التاريخ لا نجد من دعا لهدمه بل قد تم الإجماع على هذا المقصد الضروري من طرف كل الملل وكل الأمم، ومن هنا إذن يبدو أن حرمان الفرد من النسب يعني حرمانه من أهم حقوقه على الإطلاق، وإلحاق حيف وظلم به، ومس بهويته، مما قد يؤدي به كل ذلك إلى الضياع بوجهه أو بآخر، رغم أن المبتدأ والواقع أنه مولود من شخصين أب وأم؛ وقد استأثرت قواعد النسب بالاهتمام لحد اعتبارها من النظام العام، حيث وسع المشرع من دائرة وسائل إثبات النسب، بالنص على الطرق العلمية بشرطها كوسيلة لإثبات النسب.

فإثبات النسب للطفل ليس حقا له وحده، ولكنه حق للأب والأم وهو أيضا حق من حقوق الله عز وجل، فهو حق للأب.. لأن من حقه صيانة ولده من الضياع، ولأنه يترتب على ثبوت نسبه منه حقوق أخرى، كحقه في الولاية عليه حال صغره، وكحقه في إنفاق ابنه عليه إذا كان محتاجا وكان الابن قادرا على الكسب، وكحقه في الإرث من تركته إذا

(21) - سورة الفرقان، الآية ٥٤.

توفى قبله، وهو كذلك حق للأم.. لأنه جزء منها، وهي مدفوعة بجبلتها للمحافظة عليه وصونه من الضياع؛ كما أنه يترتب على ثبوت النسب للأم حقوقا، كثبوت التوارث بينهما وإنفاقه عليها في حالة عجزها وقدرته على النفقة عليها، وثبوت النسب فيه كذلك حق لله تعالى - وحق الله هو ما يحقق مصلحة عامة للمجتمع نسب إلى الله تعالى لعظم شأنه وشمول نفعه - فالنسب في ذاته من الأمور التي ترتبط بالمجتمع، إذ عليه يقوم بناء الأسرة التي هي نواة المجتمع.

أما حق الطفل في ثبوت النسب هو من أهم الحقوق، إذ أن انتماء الطفل إلى الأب يحفظه من الضياع ويحميه من التشرد، ووجود ولد بلا أب ينتسب إليه يعرض المجتمع إلى أذى كبير، ويؤدي إلى شر مستطير... كما أنه يكون سببا في تعيين الطفل بكونه ولد زنا، لذا فإن من الواجب أن ينسب الطفل إلى أبيه، لأن الحقوق الأخرى من الرضاع والحضانة والنفقة والإرث.. الخ، تعتمد في نشأتها على ثبوت النسب.

#### المطلب الأول

#### نسب ابن الزنا في الفقه الإسلامي

من القضايا المثيرة للجدل والأكثر إلحاحا للمناقشة في وسائل الإعلام قضية إثبات النسب خاصة إذا كان أطرافها من المشاهير، مثلما يحدث مع أشهر قضية إعلامية أحمد الفيشاوي وهند الحناوي<sup>(22)</sup>؛ وقد

(22) - قضية هند الحناوي التي أثار الجدل سنة ٢٠٠٥، والتي انتهت بالحكم بنسب الطفلة لينا، تسببت في تعديل مواد قانون الطفل المصري، لتنص المادة ٠٤ من قانون الطفل المعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨، والتي نصت على أنه: "للطفل الحق في نسبة إلى والديه الشرعيين والتمتع برعايتهما؛ وله الحق في إثبات نسبه الشرعي إليهما بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة وعلى الوالدين أن يوفر الرعايا والحماية الضرورية للطفل، وعلى الدولة أن توفر رعايا بديلة لكل طفل حرم من رعايا أسرته، ويحظر التبني"؛ وطبقا لأحكام المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والمادة ١٧ من القانون ٠١ لسنة ٢٠٠٠ المتعلق بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والتينص على عدم سماع دعاوى طلب إثبات الزواج العرفي أو طلب النفقة أو الميراث عند إنكار الطرف =

حرصت الشريعة الإسلامية على أن يكون الأبناء ثمرة لقاء شرعي من زواج صحيح حتى تستقيم الحياة وتستقر النفوس وتقر العيون ولذلك حرم الزنا وعلاقات الصداقة والمخادنة وكل أشكال الاتصال بين الرجل والمرأة خارج دائرة الزواج حتى يكون النسل نقيًا طاهرًا ويعرف الابن أباه وأمه ويعرف عائلته وعشيرته وفي نفس الوقت وضعت الشريعة الإسلامية قواعد لنسب الأبناء الذين يأتون من سفاح وهذا ما أشار إليه النبي صلي الله عليه وسلم في قوله: "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

أولاً- نسب ابن الزنا من الزاني في الفقه الإسلامي: النسب أثر للزواج الشرعي إجماعاً ما لم ينقه، وفي هذا يقول ابن عبد البر: "وأجمعت الأمة على ذلك نقلاً عن نبيها، وجعل رسول الله كل ولد يولد على فراش لرجل لاحقاً به على كل حال، إلا أن ينفيه بلعان على حكم اللعان... وأجمعت الجماعة من العلماء أن الحرة فراش بالعقد عليها مع إمكان الوطء وإمكان الحمل، فإذا كان عقد النكاح يمكن معه الوطء والحمل فالولد لصاحب الفراش، لا ينتفي عنه أبداً بدعوى غيره، ولا بوجه من الوجوه إلا باللعان"<sup>(23)</sup>؛ ويقول ابن قدامة: "وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه، وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش"<sup>(24)</sup>؛ وهذه المسألة من المسائل المشهورة، اختلف

---

=الآخر، بالرغم من اعتداد المشرع بالزواج العرفي في بعض آثاره ومنها طلب التطلق، كما أنه حتى لو بيد الزوجة أصل العقد العرفي الموقع من زوجها وشاهدان لا تستطيع إثبات الزواج بحكم قضائي بينما إذا أقر الرجل بالزوجية يثبت لها في تلك الحالة كل الحقوق؛ في سنة ٢٠١٠ أعلنت مشيرة خطاب، وزيرة الأسرة والسكان، عن مشروع تعديل لقانون الطفل يعالج مسألة قيد مجهولي النسب لجد الأم، إلا أن المشروع اختفى مع قيام ثورة 25 يناير ٢٠١١.

(23) - ابن عبد البر، التمهيد، ج ٠٨، ص ١٨٣.

(24) - ابن قدامة، المغني، ج ٠٩، ص ١٢٣؛ ومجموع فتاوى ابن تيمية، ج ٣٢، ص ١١٢ - ١١٣؛ ابن القيم، زاد المعاد، ج ٠٥، ص ٤٢٥.

فقهاء الشريعة الإسلامية إلى رأيين، بعد اتفاقهم على عدم لحوقه إذا ولد على فراش رجل وادعاه غيره.

**الرأي الأول:** حيث يرى جمهور الفقهاء والظاهرية<sup>(25)</sup> بعدم شرعية الاعتراف بنسب الطفل ابن الزنا، حيث يعتبر الطفل المولود في هذه الحالة ابناً غير شرعي؛ وفي هذا يقول الكاساني: "إذا زنى رجل بامرأة، فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه منه، لانعدام الفراش"<sup>(26)</sup>؛ وقال ابن رشد: "اتفق جمهور الفقهاء على أن أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب، على اختلاف في ذلك بين الصحابة، وشذ قوم فقالوا يلتحق ولد الزنا في الإسلام، أعني الذي كان زناً في الإسلام"<sup>(27)</sup>؛ وقال الدردير: "ماء الزاني فاسد، لذا لا يلحق به الولد"<sup>(28)</sup>؛ وجاء في حاشية الشرواني: "لا يجوز استلحاق ولد الزنا مطلقاً، سواء أمكن نسبه إليه من حيث السن أو لا، وسواء أكان المستلحق هو الواطئ أم لا"<sup>(29)</sup>؛ وقال ابن قدامة: "ولد الملاعة يلحق الملاعن إذا استلحقه، وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور"<sup>(30)</sup>.  
وقد نفى ابن حزم أولاد الزنا جملة أولاد الزنا حملة، واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم: "وللعاهر الحجر"؛ فالعاهر عليه الحد فلا يلحق به الولد، والولد يلحق بالمرأة إذا زنت وحملت به ولا يلحق بالرجل<sup>(31)</sup>. واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- (25) - السرخسي، المبسوط، ج 17، ص 154؛ الحاوي، بلغة المسالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج 02، ص 259؛ الشرييني، مغني المحتاج، ج 02، ص 159؛ ابن قدامة، المغني، ج 05، ص 328؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 393.
- (26) - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 06، ص 242.
- (27) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 358.
- (28) - الدردير، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، ج 02، ص 219.
- (29) - حواشي الشرواني على تحفة المحتاج، ج 05، ص 402.
- (30) - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 36.
- (31) - ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 322-323.

١ - قوله صلى الله عليه وسلم: " لا مساعاة في الإسلام، من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصيته، ومن ادعى ولدا ولدا من رثدة، فلا يرث ولا يورث"<sup>(32)</sup>؛ وقوله أيضا: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، الذي يعتبر قضاء عاما لا تنطبق عليه قاعدة نسبية الأحكام، حيث ورد بلفظ عام يشمل أطراف النزاع وغيرهم، والقاعدة الأصولية تقضي بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فكان حكمه صلى الله عليه وسلم يشمل جميع أفراد أمته ما لم يقدّم دليل على خصوصيته.

ويقول ابن عبد البر: "فكانت دعوى سعد سبب البيان من الله عز وجل على لسان رسوله في أن العاهر لا يلحق به في الإسلام ولد يدعيه من الزنا، وأن الولد للفراش على كل حال"<sup>(33)</sup>.

٢ - ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من عاهر أمة أو حرّة فولده ولد زنا لا يرث ولا يورث"<sup>(34)</sup>؛ فالحديث نص على أن ولد الزنا لا يرث ولا يورث، والميراث فرع عن النسب، فدّل على أن ولد الزنا لا ينسب إلى أبيه.

٣ - ومن المعقول: فقالوا: أن ماء الزنا هدر، فلا حرمة له، فلا يرتب أثرا، وأن الرائي تعدى حدود الله تعالى، وفي إلحاق النسب به تشجيع على الزنا، لذا كان من الأجدر معاملته على نقيض قصده؛ وفي هذا يقول السرخسي: "ولأن قطع النسب شرعا لمعنى الزجر عن الزنا، فإنه إذا علم أن الماء يضيع بالزنا يتحرز عن فعل الزنا"<sup>(35)</sup>.

٤ - اعتبار النسب حقا للأب وتكريما وتشريفا له، ومن المعروف أن الحقوق تكتسب بالفعل المشروع، وليس بالفعل المحرم.

(32) - سنن أبو داود، كتاب الطلاق "باب ادعاء ولد الزنا"، الحديث رقم ٢٢٦٤.

(33) - ابن عبد البر، الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، ج ١٧، ص ١٦٣ - ١٦٤.

(34) - ابن ماجه في سننه، باب في ادعاء الولد، ج ٢، الحديث رقم ٢٧٤٥، ص ٩١٧.

(35) - السرخسي، المبسوط، ج ٤، ص ٢٠٧.

٥ - إن إلحاق ابن الزنا بالزاني يجعل للحرام أثراً، مما يشجع على الاغتصاب، وانتهاك الأعراض.

وعليه فإن أصحاب هذا الرأي متفقون على أن حكم ابن الزنا لا يلحق نسبه بأبيه.

**الرأي الثاني:** فقد يرى أصحاب هذا الرأي بأن ابن الزنا ينسب إلى الزاني إذا استلحقه، ولم يشترطوا في النسب كونه قائماً على علاقة شرعية، بل الولد لاحق بأبيه إذا استلحقه، أو ادعى أن زنا بأمه وأن الولد منه، ما لم ينازعه فيه صاحب الفراش الصحيح؛ وهو قول الحسن وابن سيرين، وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار<sup>(36)</sup>، وذكر عنهما أنهما قالا: "أما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له، وأنه زنا بأمه، ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه"<sup>(37)</sup>، وهو قول لأبي حنيفة، فقد روى على بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال: "لا أرى بأساً إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها، ويستر عليها، والولد ولد له"<sup>(38)</sup>؛ وفي هذا يقول ابن رشد: "واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع، وهو أنه إذا ادعى أنها زنت، واعترف بالحمل، فعنه في ذلك ثلاث روايات: أولى: أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن؛ ثانية: أنه يلاعن وينفي الولد؛ ثالثاً: أنه يلحق به الولد، ولا يعن ليدرأ الحد عن نفسه." ثم قال: "وسبب الخلاف هل يلتفت إلى إثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا"<sup>(39)</sup>؛ وعند الإمام أحمد في رواية، أنه يصوغ فيه

(36) - ابن القيم زاد المعاد، ج ٥، ص ٤٢٥.

(37) - روى الدارمي بسنده عن بكير عن سليمان بن يسار قال: "أما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له، وأنه زنى بأمه، ولم يدع ذلك الغلام أحد، فهو يرثه، قال بكير: وسألت عروة عن ذلك؟ فقال مثل قول سليمان بن يسار"؛ سنن الدارمي، كتاب الفرائض، باب في ميراث ولد الزنا، الحديث رقم ٣١٠٦.

(38) - السرخسي، المبسوط، ج ٤، ص ٢٠٧ وما بعدها؛ ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٢٢٨.

(39) - ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٩٥.

الاجتهاد<sup>(40)</sup>؛ وهو قول الحسن البصري، والنخعي، وإسحاق ابن راهويه، واختاره وابن تيمية، وابن القيم وإليه مال القرطبي<sup>(41)</sup>، في أنه يلحقه إذا استلحقه وزاد بعضهم إذا أقيم عليه الحد.

وهو رأي بعض المعاصرين منهم ياسين الخطيب، وسعد الدين هلاللي، ومال إليه القرضاوي والريسوني<sup>(42)</sup>. واستدل أصحاب هذا الرأي على قولهم بأن ابن الزنا ينسب إلى أبيه إذا ادعاه، بالأدلة الآتية:

١ - ما جاء في الصحيحين عن جريح<sup>(43)</sup> أنه نسب ابن الزنا للزاني وصدق الله نسبه بما خرق له من العادة في نطق الصبي بالشهادة بذلك، وأخبرنا بها النبي صلى الله عليه وسلم عن جريح في معرض المدح وإظهار الكرامة، فكانت تلك النسبة صحيحة بتصديق الله تعالى وإيجابار النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فتثبت البنوة وأحكامها<sup>(44)</sup>.  
ويبقى أن نقول: إن الاستدلال بهذا الحديث يستقيم على مذهب

(40) - ابن مفلح، الفروع، ج ٥، ص ٥٢٦.

(41) - الفتاوى الكبرى، ج ٤، ص ٥٨٥؛ ابن تيمية، مجموع فتاوى، ج ٣١، ص ٣٧٤؛ ابن القيم، زاد المعاد، ج ٥، ص ٤٢٥ - ٤٢٦؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٥، ١١٥، وفي هذا يقول صاحب الفتاوى الكبرى، ج ٤، ص ٥٨٥؛ "وإن استلحق ولده من الزنا ولا فراش لحقه، وهو مذهب الحسن، وابن سيرين، والنخعي وإسحاق"، المرادوي، الإنصاف، ج ٩، ص ٢٦٩؛ قال: "واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله: إن استلحق ولده من الزنى ولا فراش لحقه... وقال في (الانتصار) في نكاح الزانية: يسوغ الاجتهاد فيه، وقال في الانتصار أيضاً: يلحقه بحكم حاكم، وذكر أبو يعلى الصغير وغيره مثل ذلك".

(42) - د. سعد الدين مسعد الهلاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريف والنشر، جامعة الكويت، ط ١، ٢٠٠١، ص ٣٧٥ - ٣٨٧؛ د. يوسف القرضاوي، الاستلحاق والتبني في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، ص ٤٧؛ الريسوني، نظرية التقريب، طبعة مصعب مكناس، ص ٣٢٧.

(43) - صحيح البخاري، باب "واذكر في الكتاب مريم إذا انتبتت من أهلها"، ج ٣، الحديث رقم ٣٢٥٣، ص ١٢٦٨.

(44) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٥، ص ١١٥.

من يقول شرع من قبلنا شرع لنا<sup>(45)</sup>.

٢ - قالوا حديث "الولد للفراش" يحكم به إذا تنازع الزاني وصاحب الفراش في الولد، أما إذا لم يوجد صاحب فراش ينازع فيه فلا يدل عليه، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره؟

٣ - قصة ملاعنة هلال بن أمية مع امرأته وفيه: "أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابع الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك ابن سحماء" فجاءت به على الوصف المكروه، فقال رسول الله: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"<sup>(46)</sup>؛ وفي قصة جريج قال للولد "من أبوك" فقال "أبي الراعي"، قالوا: فيهما نسبة الولد إلى أبيه من الزنا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم وحكايته عن جريج، وإنطاق الله الصبي به؛ وفيه: "أن بغياً راودته عن نفسه فامتنع، فأنت راعياً فأمكنته من نفسها، فولدت غلاماً، فقالت: هو من جريج، فأتوه فكسروا صومعته، وأنزلوه، وسبوه، فتوضأ، وصلى، فدعا بالغلام، فغمز بإصبعه في بطنه وقال له: يا غلام، من أبوك؟ فقال الغلام: فلان الراعي"<sup>(47)</sup>.

٤ - ما روي أن عمر كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام؛ وقد يقال: إن الخلاف في نسب أولاد الزنا في الإسلام وليس في الجاهلية، لأن نسب الجاهلية اتفق الفقهاء على حكمه، لفعل عمر. ويناقش: أن العبرة بكون النسب يتبع الطبيعة، لذا ألحق عمر ابن

(45) - إن شرع من قبلنا شرع لنا وهو حجة عند المالكية والحنفية، إذا ثبت نقله في شرعنا ولم يثبت في شرعنا ما يتأق به وينسخه؛ آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، ص ١٩٣.

(46) - أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، حديث رقم ٥٠٠٣، ج ٤، ص ٢٠٣٣؛ وأبو داود في كتاب الطلاق، باب في اللعان.

(47) - أخرجه البخاري في كتاب الصلاة، باب إذا دعت الأم ولدها في الصلاة، حديث رقم ١١٤٨، ج ١، ص ٤٠٤؛ ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب تقديم بر الوالدين على التطوع بالصلاة وغيرها، حديث رقم ٢٢٥٠، ج ٤، ص ١٩٧٦.



الزنا بأبيه لكونه من صلبه على حسب ادعائه.

ومع دخولهم في الإسلام كان من المفروض أن يحكم لهم بحكم الشريعة الإسلامية لا بحكم الجاهلية، ولو كان حكم ابن الزنا في الشريعة الإسلامية، هو ألا يلحق نسبه بأبيه إذا ادعاه، لما كان أهل الجاهلية، يُقرُّون على أنساب أولادهم إذا كانوا من الزنا بعد الإسلام<sup>(48)</sup>.

٥ - ومن استدلالهم بالقياس ويؤكد صحة هذا الرأي هو قول ابن القيم: "فإن الأب أحد الزانين، وهو إذا كان يلحق بأمه وينسب إليها وترثه ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانين، وقد اشتركا فيه واتفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره؟ فهذا محض القياس"<sup>(49)</sup>.

الترجيح: بعد عرض الرأيين يظهر لنا بأن الرأي الراجح والله أعلم هو الرأي الثاني الذي يجبر إثبات نسب ابن الزنا إلى من يدعيه إذا كان منه، وأقر بذلك ولم ينزعه فيه أحد، وذلك مراعاة لمصلحة الطفل في أن تضمن حقوقه المدنية، وأن يوفر له بهذا النسب الناقص نوعاً من الكرامة أمام الناس، وينال نصيباً من اهتمام المجتمع به.

كما أن الشارع الحكيم يتشوف لحفظ الأنساب ورعاية الأولاد، والقيام عليهم بحسن التربية والإعداد، وحمايتهم من التشرد والضياع، وفي نسبه لابن الزنا إلى أبيه تحقيق لهذه المصلحة، خصوصاً أن الولد لا ذنب له، ولا جناية حصلت منه، ولو نشأ من دون أب ينسب إليه ويعني بتربيته والإنفاق عليه لأدى ذلك في الغالب إلى تشرده وضياعه وانحرافه وفساده، وربما نشأ جاقداً على مجتمعه، مؤذياً له بأنواع الإجرام والعدوان، وفي هذا يقول ابن قدامة: "فإن النسب يحتاط لإثباته ويثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه؛ وأنه لا ينتفي إلا بأقوى

(48) - بورقة سفيان بن عمر، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته دراسة فقهية تحليلية، كنوز اشيليا، الرياض، ط ٠١، ٢٠٠٧، ص ٢٣٦ - ٢٣٧.

(49) - ابن قدامة، زاد المعاد، ج ٠٥، ص ٤٢٦.

دليل" (50)؛ ويقول ابن القيم: "وحيث اعتبرنا الشبه في لحوق النسب، فإنما إذا لم يقاومه سبب أقوى منه، ولهذا لا يعتبر مع الفراش، بل يحكم بالولد للفراش وإن كان الشبه لغير صاحبه، كما حكم النبي صلى الله عليه وسلم في قصة عبد ابن زمعة بالولد المتنازع فيه لصاحب الفراش. ولم يعتبر الشبه المخالف له فعمل صلى الله عليه وسلم الشبه في حجب سوده حيث أنتفي المانع من إعماله في هذا الحكم بالنسبة عليها ولم يعلمه في النسب لوجود الفراش" (51)، ومن تشديد الشارع الحكيم في نفي النسب بعد ثبوته أنه حصر نفيه بطريق واحد فقط وهو اللعان، واشترط لإقامته شروطاً كثيرة تجب من حصوله، وتقلل من وقوعه.

**ثانياً - موقف البصمة الوراثية من الدليل الشرعي لنفي النسب (اللعان):** لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بإثبات النسب ووضعت له شروطاً وضوابط شرعية، متى توافرت ثبت بها النسب فلا ينكح، كما لم يقل اهتمامها بنفيه أيضاً حيث جعلت للزوج مخرجاً متى خشي أن يلحق به من ليس من صلبه، ولم يكن ذلك على الإطلاق، بل وضعت له شروطاً وضوابط شرعية متى اختل أحدها لم يكن للنفي معنى، فكان للنفي طريق واحد فقط، وهو اللعان.

وإذا كان اللعان هو الوسيلة الوحيدة في نفي الزوج ولده عن نفسه، فالداعي إلى ذلك أمور متعددة، وهذا لا يعني أن سبب اللعان حق وصواب، فقد ينفي الزوج ولده للفارق الكبير في الشبه بينهما، وقد يكون مجرد الشك أو اتهام لزوجته وهي بريئة.

إضافة إلى ذلك، فإن اللعان حكم شرعي ثابت من الكتاب والسنة النبوية لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته ولم تكن له بينة، وأيضاً حماية وصيانة لعرض الزوجة ودفعاً للحد عنها بحيث يفترق بموجبه الزوجان وينسب الولد إلى أمه وقد ستر على المرأة فلم يعرف إن كانت هي

(50) - ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٧٦٩.

(51) - ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٢٠١.

الكاذبة أو هو الكاذب، ولم يعرف إن كان الولد ابنه حقيقة أو لم يكن ابنه؛ ويعد أن ظهرت البصمة الوراثية وأصبح ممكنا معها تحليل الجيني ومعرفة نسب الولد إن كان من صلب هذا الرجل أم لا، فهل يصح نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك ويكتفي بها أم لا بد من اللعان أيضا؟ وهل يمكن للقاضي الذي أجرى الملاءنة بين الزوجين أن يعطل أثر اللعان في نفي النسب ويأمر بخضوع الأطراف لإجراء تحليل البصمة الوراثية بناء على طلب من الزوج أو الزوجة؟

وعليه، فقد اختلف العلماء في حكم الاعتماد على البصمة

الوراثية في نفي النسب ومنزلتها من اللعان إلى ثلاثة آراء: الرأي الأول: لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش إلا باللعان فقط ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان<sup>(52)</sup>؛ وهو موقف معظم الفقهاء المسلمين والذي استقر عليه قرار المجمع الإسلامي بالرباط الذي جاء فيه: "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"، وفي هذا يقول الزحيلي: "وأما نفي النسب، كنفي نسب ولد من زوجته، بأيمان اللعان الخمسة المعروفة، فيقدم في شرعنا على غيره كالقيافة والبصمة الوراثية، لأن هذين الطريقتين لا يلجأ إليهما إلا عند الحيرة أو جهالة النسب، فإن حسم الأمر بطريق شرعي صحيح، فلا حاجة لغيره"؛ ويقول علي محي الدين القره داغي: "لوفتح هذا الباب - نفي النسب بالبصمة الوراثية - لأدى ذلك إلى حالات خطيرة من حيث استسهال هذا اللجوء، والتساهل في نفي النسب الذي يعتبر الحفاظ عليه من الضروريات..."<sup>(53)</sup>.

ويرى البعض أنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في تقليل نسبة اللعان، واعتمدها كقرينة، فإنه يحسن الاستعانة بها كقرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان فيما إذا أثبت التحليل أن الولد من صلبه،

(52) - د. سعد الدين مسعد الهلالي، المرجع السابق، ص ٣٥١.

(53) - علي محي الدين القره داغي، علي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص ٣٥٦؛ بورقة سفیان بن عمر، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

وهذه مصلحة شرعية يتشوف إليها الشارع، لما فيها من درء مفسد اللعان<sup>(54)</sup>. واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية:

١- من القرآن الكريم: قوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين)<sup>(55)</sup>، وعليه فإن الآية الكريمة ذكرت أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه فيلجأ لللعان وإحداث البصمة الوراثية بعد الآية يعتبر تزويد على كتاب الله<sup>(56)</sup>، وبالتالي فلا يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية فحسب لإقامة حد الزنا، بل لا بد من البيّنة، فكيف تقدم البصمة الوراثية على اللعان ولا تقدمها على الحد، وكيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناءً على نظريات طبية مظنونة<sup>(57)</sup>.

٢- من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: الولد للفراش وللعاهر الحجر". فوجه الدلالة: أن النسب يلحق الزوج ولا ينتفي عنه إلا باللعان، كما لا يعتبر الشبه الفراش<sup>(58)</sup>.

٣- من القياس: البصمة الوراثية مقيسة على القيافة، فتأخذ حكمها، والقيافة تعتمد على الشبه، وقد أهدر النبي صلى الله عليه وسلم الشبه مقابل اللعان؛ وقال: "لولا الأيمان لكان لي معها شأن"<sup>(59)</sup>، فاللعان سبب أقوى من الشبه، قاطع للنسب.

(54) - رشيد العمري، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، ٢٠٠٩ - ٢٠١٠، ص ٤٠٧.

(55) - سورة النور، الآية ٠٦.

(56) - من مناقشات حول البصمة الوراثية بالمجمع الفقهي بالرّابطة في دورته السادسة عشر ١٤٢٢هـ.

(57) - محمد الأشقر، بحث حول إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ص ٤٥٥ على الموقع [www.islamtoday.net](http://www.islamtoday.net)

(58) - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، ط ٢٠٠٢، ص ٢٣ - ٢٤.

(59) - البيهقي، السنن الكبرى، باب: تزوج يقذف امرأته، ج ٠٧، الحديث رقم ٣٩٤، ص ١٥٦٨٦.

٤ - من المعقول: إن منهج الشارع الحكيم في نفي النسب هو التضييق منه ما أمكن، فجعل له طريقاً واحداً هو اللعان، وشدد في شروطه حتى لا يتجزأ كل من سولت له نفسه قذف زوجته ونفي الولد، بل لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، وبذلك يقع الستر في الأعراس، ولو اعتمد على البصمة الوراثية في النفي دون اللعان لأدى ذلك إلى مفاسد عظيمة وشرور خطيرة<sup>(60)</sup>.

٥ - اللعان تترتب عليه آثار، غير انتفاء الولد ودرء الحد، بخلاف البصمة الوراثية التي تنفي أو تثبت الولد فقط.

٦ - اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وله صفة تعبدية في إقامته، فلا يجوز إلغاؤه وإحلال البصمة الوراثية محله، كما لا يجوز أن مساواته وسيلة أخرى مهما كانت دقيقة.

**الرأي الثاني:** يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية لأن نتائجها يقينية، فإن أثبتت أن الابن ليس من الزوج ينتفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان<sup>(61)</sup>؛ وفي ذلك يرى سعد الدين مسعد هالالي، بأن من حق الزوجة المطالبة باللعان لنفي الحد عنها، لاحتقال أن يكون حملها بسبب وطء بشبهة؛ إلا على قول من يرى أن حد القذف حق للمرأة ولها أن تسقطه، أو أن يكون اللعان من أجل تهمتها بالزنى، وليس من أجل نفي نسب الولد، فيكون اللعان هو الاستثناء وليس الأصل<sup>(62)</sup>. واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

(60) - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ١٩، ص ٢٢٨.

(61) - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٣٠١.

(62) - د. سعد الدين مسعد هالالي، المرجع السابق، ص ٣٥١ - ٣٥٢، د. إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسن الحصيني، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط ١، ٢٠٠٢، ص ١٢٧.

١- من الكتاب: قوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين)، فيرى الشيخ يوسف القرضاوي إلى أن البصمة الوراثية من قبيل الشهادة وليس هناك موجب لللعان أصلاً لاختلال الشرط الوارد في الآية وهو انعدام الشهود؛ وعليه فالآية الكريمة ذكرت درء العذاب ولم تذكر نفي النسب ولا تلازم بين اللعان ونفي النسب، فيمكن أن يلاعن الرجل ويدراً عن نفسه العذاب ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية.

٢- من القياس: وذلك بقياس البصمة الوراثية على الإثبات بالشبه بعد اللعان، كما في حديث هلال بن أمية، وقوله صلى الله عليه وسلم: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"، فالحديث يفيد أنه حتى لو تمت الملاءنة بين الزوجين وولد الطفل شبيهاً بالزوج صاحب الفراش، فإنه ينسب له ولا ينفي عنه، وتقاس فحوصات البصمة الوراثية على ذلك من باب أولى، لأنها أقوى من مجرد التشابه في الشكل الذي أخذ به رسول الله صلى الله عليه وسلم في إثبات النسب<sup>(63)</sup>.

٣- من المعقول: إذا كان الشارع قد اشترط لإجراء اللعان انعدام الدليل مع الزوج، فلم يبق لإجرائه وجه إذا ثبت يقيناً بالبصمة الوراثية أن الولد ليس من الزوج، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فقد يكون باعث الزوج في الملاءنة هو الكيد للزوجة<sup>(64)</sup>.

٤- إن البصمة الوراثية إذا جاءت مخالفة لقول الزوج فلا يلتفت لدعواه بنفي النسب، وإن لاعن، ذلك أن الشريعة الإسلامية أعظم من أن تبنى أحكامها على مخالفة الحس والواقع، كما أن آية اللعان قيدت إجراؤه بعدم وجود أي شاهد إلا الزوج، وبالتالي لو كان هناك بينة من شهود، فإنه لا يجري اللعان، بل يثبت ما رمى به الزوج زوجته ومن

(63) - هذا ما أفتت به دار الإفتاء المصرية في القضية رقم ٦٣٥ لسنة ١٩٩٥، بمحكمة شمال القاهرة.

(64) - د. سعد الدين مسعد هلالى، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

البديهي لو كانت هناك بيّنة أخرى غير الشهادة، فلا وجه لإجراء اللعان بإقرار الزوجة بما رماها زوجها من الزنا، فإذا منعنا وقوع اللعان لوجود سبب مانع له، فما وجه إجرائه مع وجود بيّنة قطعية (البصمة الوراثية) تخالف دعوى الزوج وحتى لو أصر الزوج عليه في هذه الحالة فإنّ الولد يثبت نسبه إليه دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللعان كسبب للفرقة بين الزوجين<sup>(65)</sup>

وما يؤكد ذلك أيضا أن الزوج إذا كذب نفسه بعد الملاعنة فإنه يترتب على ذلك ثبوت النسب منه ويزول أثر اللعان في نفي النسب، ويعود للولد نسبه من الملاعن مع استمرار اللعان كسبب للفرقة بين الزوجين أيضا، وبالتالي يتضح أن نفي النسب كأثر للعان يقوم على الشك لا على اليقين<sup>(66)</sup>

**الرأي الثالث:** وهو الرأي المعتدل بين الرأيين السابقين، حيث يرى إمكان العمل باللعان والبصمة الوراثية معا، فيجري القاضي الملاعنة كإجراء للتفريق بين الزوجين، ويستجيب أيضا لإجراء البصمة الوراثية لمعرفة ما إذا كان الزوج الملاعن هو الأب الحقيقي أم لا، ويرتب هذا الحكم بناء على أن التعارض بينهما ظاهري أكثر منه حقيقي<sup>(67)</sup>. واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

(65) - د. محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، العدد ٠٢، ط ١٩٩٦، ص ٢٨٧.

(66) - وفي هذا الصدد يقول الشيخ يوسف القرضاوي: "أنه من العدل أن يستجاب للزوجة إذا طلبت الاحتكام إلى البصمة الوراثية على أساس أنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها وتطلب اللجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها، فهي تطلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية لإثبات أمور ثلاثة في غاية الأهمية شرعا"؛ من فتوى الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي حول أحقية أحد الزوجين في اللجوء إلى استخدام البصمة الوراثية، المنشورة في جريدة الأهرام العربي، بتاريخ ٢٨/٠٤/٢٠٠٦.

(67) - د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص ٢٨٧.

يرى أصحاب هذا الرأي في جمعه بين الرأيين السابقين، وإلحاقه لللعان بالبصمة الوراثية، بأن انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان، ويدل على صحة ذلك بالقياس، وذلك من وجهين:

**الوجه الأول:** أنه لا يصح نفي النسب بالملاعنة بعد الإقرار به، فإذا أنكر الزوج نسب ولده بعد الإقرار به، كان للزوجة الحق في طلب اللعان دفعا للعار عنها دون أن يؤثر في بقاء النسب ثابتا، حيث يعطل أثره في نفي النسب، وتبعاً لذلك يرى إمكانية إجراء الملاعنة للتفريق بين الزوجين، وإجراء البصمة الوراثية للتأكد من انتفاء النسب أو ثبوته من الزوج الملاعن.

**الوجه الثاني:** فهو أن تكذيب الزوج لنفسه بعد إجراء اللعان يزيل نفي النسب كآثر للملاعنة، ويثبت به النسب سواء اعتبرت الفرقة فسحا موجبا لحرمة مؤبدة، أو طلاقاً<sup>(68)</sup>.

وهنا، يمكن للقاضي أي يجري الملاعنة، ولكن أثره في نفي النسب، ويأمر بخضوع الأطراف لتحليل البصمة الوراثية، كما أن لتكذيب الزوج نفسه أثرا في ثبوت النسب بعد أن كان متنفيا، فإن إثبات كذبه عن طريق البصمة الوراثية يدل على أنه الأب الحقيقي، فيثبت النسب ويبقى اللعان قائما كسبب للفرقة، ويسري هذا الحكم حتى ولو قضى القاضي بترتيب اللعان لأثره في نفي النسب.

**التأجيل:** بعد عرض آراء أهل العلم والباحثين في هذه النازلة، يتضح لنا بأن الرأي الراجح هو الرأي الثالث الذي يرى إمكان العمل باللعان والبصمة الوراثية معا، فيجري القاضي الملاعنة كإجراء للتفريق بين الزوجين، ويستجيب أيضا لإجراء البصمة الوراثية لمعرفة ما إذا كان الزوج الملاعن هو الأب الحقيقي أم لا.

وعليه يمكن للقاضي إجراء الملاعنة دون أن يمنعه ذلك من الاستجابة لإجراء فحص الجيني، فإذا جاءت البصمة الوراثية وأثبتت

(68) - د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص ٢٨٨.



شرعية الولد سواء قبل اللعان أو بعده يحكم بلزوم النسب، دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللعان كسبب للفرقة بين الزوجين؛ ويستحسن للقاضي أن يعرض التحليل البيولوجي سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الزوجين المائلين أمامه وتأخير اللعان إلى حين التأكد من شرعية الولد أم لا، كما حدث في قضية الرياض حيث تقدم شخص إلى قاضي محكمة الرياض يطلب اللعان من زوجته لنفي نسب بنت ولدت على فراشه فأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة لإجراء التحاليل الفحص الجيني، فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتاً قطعياً، فكان ذلك مدعاة لعدول الزوج عن اللعان وزوال شكوكه، ويبقى الأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع ويلعب دوراً هاماً في تدعيم وتقوية قاعدة "الولد للفراش".

#### المطلب الثاني

#### نسب ابن الزنا في التشريعات العربية

اختلف التشريعات العربية بين موسع ومضيق فالتشريع التونسي يعطي للإقرار دوراً منشأ للنسب وليس دور الكاشف كما هو في التشريع الجزائري، أما في التشريع المغربي يوسع من إثبات النسب خلافاً لمرحلة الخطبة بضوابط وشروط:

أولاً - نسب ابن الزنا في التشريع الجزائري: إن المشرع الجزائري نظم أحكام النسب طبقاً لأحكام المواد من ٤٠ إلى ٤٦ من قانون الأسرة، حيث نصت المادة ٤٠ من نفس القانون على طرق إثبات النسب وحددتها بكل من الزواج الصحيح، والفساد والدخول بالشبهة والإقرار والبينة، ومع اصطدام أحكام إثبات النسب التي نضمها المشرع ثم القانون تنظيمياً دقيقاً ومحكماً بالتطورات والاكتشافات العلمية خاصة منها في المجال الطبي والبيولوجي كان على المشرع أن يتماشى وهذا التطور العلمي فكانت هذه المادة محل تعديل بموجب الأمر ٠٥ - ٠٢<sup>(69)</sup>، حيث تم إضافة الطرق

(69) - الأمر رقم ٠٥ - ٠٢ المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم ٨٤ - ١١، الصادر بتاريخ ٢٧ / ٠٢ / ٢٠٠٥؛ الجريدة الرسمية، رقم ١٥، الصادرة بتاريخ ٢٧ / ٠٢ / ٢٠٠٥، ص ١٩.

العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النسب متى كانت العلاقة شرعية، وهو ما اعتبره البعض قفزة نوعية تبناها المشرع الجزائري مواكبة للتطور الذي شهده هذا المجال.

كما وسّع المشرع الجزائري من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية للإثبات أو للنفي طبقا لنص المادة ٤٠ من قانون الأسرة، وبذلك يكون المشرع قد حل إشكالية عويصة كانت مطروحة على مستوى أنظمة القضاء في الدول العربية حيث غالبا ما كان يرفض القضاء الإثبات عن طريق الخبرة العلمية على أنها ليست من الوسائل المقررة شرعا لإثبات النسب، ولقد كان هذا الاجتهاد منتقدا بشدة لكونه لا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعو القضاء على ضرورة الأخذ بنتائج البصمة الوراثية لإثبات النسب أو نفيه، كما أنه من الناحية الشرعية فقد ثبت أن كبار الأئمة عملوا بالقيافة، التي هي وسيلة تقوم على الحدس والفراسة وإمكانية التشبيه، وأمام النتائج الايجابية التي حققتها البصمة الوراثية<sup>(70)</sup>، ما كان على المشرع الجزائري إلى الاعتراف بها كوسيلة إضافية لإثبات النسب، ولقد اتضح تأثير المشرع الجزائري إثر التعديل بالثورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي مسائرا في ذلك التطور التكنولوجي الذي نتج عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلمية في السنوات الأخيرة، حيث فتح المجال واسعا لقضايا لم تشهد لها البشرية من قبل ذات صلة مباشرة بحياتنا اليومية والشخصية، ويتعلق الأمر بالطرق العلمية لإثبات النسب التي نصت عليها المادة ٤٠ في فقرتها الثانية: "ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"<sup>(71)</sup>.

(70) - محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، العدد ٠٢، ١٩٩٦، جامعة الكويت، ص ٢٨٠.

(71) - من هنا فإن المشرع الجزائري يميز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية (البصمة الوراثية) لإثبات النسب، حيث يعتبرها دليلا مساعدا واحتياطيا يستعين به القاضي في حال فقدان الطرق الشرعية، كما هو الحال في مجهول النسب أو اللقيط أو تعارض الأدلة الشرعية.

وتعتبر الخبرة القضائية - طبقا للقواعد العامة - بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية، فله أن يصادق على تقرير الخبرة كما له الحكم من دونها، فهل تخضع مسألة تقدير البصمة الوراثية لإثبات النسب ونفيه للقواعد العامة؟ وما مدى سلطة القاضي في تقدير قيمتها القانونية فيما يخص إثبات النسب؟

من هنا فإن المشرع الجزائري أجاز لقاضي شؤون الأسرة اللجوء إلى استعمال الطرق العلمية في منازعات إثبات النسب أو نفيه، وذلك طبقا لأحكام المادة ٤٠ في فقرتها الثانية من قانون الأسرة؛ وما يعاب على المشرع الجزائري أنه جاء بنص عام، حيث لم يوضح للقاضي لا كيفية اللجوء إلى الطرق العلمية ولا نطاق سلطته تجاهها<sup>(72)</sup>.

وفي هذه الحالة متى أمر القاضي بإجراء خبرة البصمة الوراثية، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم<sup>(73)</sup>، للكشف عن حقيقة النسب معقب عليه، لا بدعوى خرق القانون ولا بتجاوزه سلطته التقديرية، وله في الأخير أن يأخذ بما جاء في تقرير البصمة الوراثية أو يستبعده<sup>(74)</sup>.

(72) - وما أن هذه الطرق تدخل ضمن المسائل التقنية، التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة بأهل الخبرة المتخصصين في مجال البيولوجيا، للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة.

(73) - نصت المادة ١٢٦ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات المختلفة".

(74) - غير أنه يجب على القاضي تسيب استبعاد نتائج الخبرة وهذا ما نصت عليه المادة ٢ / ١٤٤ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بقولها: "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسيب استبعاد نتائج الخبرة؛ حيث لا معقب على القاضي في ذلك متى كان حكمه قائما على أسباب سائغة؛ كما أنه له السلطة الكاملة في قبول أو رفض طلب أحد المتداعين نذب خبير البصمة الوراثية متى كان في الأدلة القائمة في الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته والفصل في الموضوع، وذلك عملا بالمبدأ المستقر عليه قضاء أن محكمة الموضوع هي صاحبة السلطة الأولى والأخيرة في تقدير الأدلة والأخذ بها، ولا رقابة عليها في ذلك من المحكمة العليا.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال هو أن أمر تعيين خبير أو طلبه من أحد أو بعض الخصوم يمكن ويجوز ممارسته خلال أي مرحلة من مراحل إجراءات الدعوى حتى ولو أمام جهة الاستئناف، وإذا كان طلب تعيين الخبير مقدما من بعض أو أحد الخصوم، فإن قاضي شؤون الأسرة غير ملزم بالاستجابة لهذا الطلب خاصة إذا رأى أنه بإمكانه أن يصل إلى الحقيقة بنفسه، اعتمادا على الأدلة المعروضة أمامه ودون الحاجة إلى الاستعانة بأي خبير، ويجب عليه فقط إذا قضى برفض الطلب أن يسبب رفضه بأسباب مبررة ومقبولة<sup>(75)</sup>؛ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ ٢٠١١/٠٥/١٢<sup>(76)</sup>، حيث يستنتج من ملف القضية أنه بتاريخ ٢٠٠٦/٠٩/١٨ أقام المدعي (ب - أ) دعوى أمام محكمة غريس طالبا إسقاط نسب البنت عنه و الحاقها بوالدتها، كونها ولدت قبل الدخول وبعد إبرام عقد الزواج بشهر، فيما أجابت المدعى عليها طالبة إجراء التحقيق مؤكدة أن المدعي هو من قام بتسجيل البنت باسمه والتمست رفض الدعوى واحتياطيا إجراء التحاليل، وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في ٢٠٠٦/١٢/٠٩، القاضي بإسقاط نسب البنت (م - ن) عن المدعي اعتمادا على أنها ولدت بعد شهر من إبرام الزواج، وإثر استئناف المدعى عليها وتأكيدا على تعرضها للاغتصاب من المستأنف عليه، الذي حاول التهرب من المتابعة الجزائية بإبرامه لعقد الزواج وإقراره بالحمل ومطالبته المستأنف عليه بتأييد الحكم المستأنف، أصدر المجلس القرار المؤرخ في ٢٠٠٧/٠٣/٢٨ القاضي بتأييد الحكم وهو القرار المطعون فيه بالنقض".

(75) - إبراهيم حسيني، أثر الدم والبصمة الوراثية: في إثبات النسب ونفيه " دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، ٢٠١٢ - ٢٠١٣، ص ١٨٠.

(76) - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ ٢٠١١/٠٥/١٢، ملف رقم ٦١٣٧٤، م - م - ع، عدد ٠١، ٢٠١٢، ص ٢٩٤.

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع اسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده، اعتمادا على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية.

ومن هنا فإن الاجتهاد القضائي الجزائري لا يميز ثبوت نسب ابن الزنا الذي نتج عن علاقة غير شرعية، حتى لو كان الطفل أثناء فترة الخطبة بخلاف المشرع المغربي.

**ثانياً -** نسب ابن الزنا في التشريع التونسي والمغربي: وهنا سنتكلم عن نسب ابن الزنا في التشريع التونسي؛ ثم بعد ذلك نتطرق إلى نسب ابن الزنا في التشريع المغربي.

**١- النسب ابن الزنا في التشريع التونسي:** إن الأحكام المنظمة لإثبات البنوة في التشريع التونسي لئن كان الهدف الأساسي منها هو إقامة الحقيقة البيولوجية من خلال اعتماد قرينة الفراش لإثبات النسب الشرعي، والتحليل الجيني لإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب، إلا أن البحث عن هذه الحقيقة يبقى نسبيا ذلك أن المشرع أبقى للإرادة الشخصية دورا هاما لإثبات النسب وإثبات البنوة الطبيعية من خلال وسيلتي الإقرار وشهادة الشهود، بحيث لا تتأسس رابطة البنوة في هذه الصورة على الحقيقة البيولوجية بقدر ما تتأسس على حقيقة الإرادة الشخصية التي تحمل على النزاهة والصدق<sup>(77)</sup>.

ولعل الإقرار يأتي هنا كأهم وسيلة تعتمد أساسا على الإرادة الشخصية التي تبرز بصفة جلية ومباشرة؛ ويعتبره القضاء التونسي الأعلى منزلة في البناء الحضري لطرق الإثبات؛ وبعد الإقرار بالنسب أحد وسائل إثبات النسب الشرعي ويأتي في المرتبة الثانية بعد الفراش، كما أورد المشرع التونسي الإقرار أيضا كوسيلة لإثبات بنوة الأطفال المهملين ومجهولي النسب، والملاحظ أن المشرع التونسي قد جعل من الإقرار وسيلة

(77) كمال بن منصور، الإقرار في مادة إثبات النسب على الرابط،

<http://www.tunisia-sat.com/vb/showthread.php?p=1044418737>

لإثبات النسب الشرعي ولإثبات البنوة على حد سواء. وسواء تعلق الأمر بالإقرار بالنسب أو الإقرار بالبنوة الطبيعية في قانون ١٩٩٨<sup>(78)</sup>.

ويأتي الإقرار كأحدى هذه الصور ولذلك فإنه فلا مناص من اعتبار أن تلك الوسيلة هي مستقلة مبدئيا عن الفراش وكافية في حد ذاتها لإثبات النسب، فيمكن أن يكون النسب في هذه الصورة غير ناتج عن زواج شرعي وفي هذه الصورة فإن الطفل الطبيعي سيتقنص ملامح الابن الشرعي ويتستر وراثتها بفضل إقرار والده له بالبنوة، ويستخلص من ذلك أن الإقرار بالنسب في التشريع التونسي يتطابق مع الاعتراف بالابن الطبيعي في التشريع الفرنسي مما يجعل الباب مفتوحا على مصراعيه أمام الأبناء الطبيعيين يدخلون منه أفواجا زمرة الأبناء الشرعيين<sup>(79)</sup>.

(78) - فهنا يجب أن يكون إقرار الأب بأن الطفل ابنه، ولا يمكن أن يصدر عن غير الأب، وتأسيسا على ذلك فإن إقرار الأم بأبوتها للطفل لا يترتب عنه ثبوت النسب تجاه الأب أو إسناد اللقب للطفل إلا إذا كان مقترنا بإقرار صريح من الأب؛ ومن جهة أخرى فإن الإقرار بالبنوة بما هو تعبير عن الإرادة المنفردة للمقر يجب أن يصدر عنه شخصا ولا يمكن أن يوكل غيره للقيام بذلك نظرا لتعلق الإقرار بشخص المقر نفسه كما يجب أن يصدر الإقرار عن الإرادة الحرة والواعية، فالإقرار بالنسب لا يجب أن يتعلق بطفل معلوم النسب.

(79) - وقد تبنت بعض المحاكم التونسية هذا الاتجاه من ذلك الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بقفصة جاء فيه ما يلي: "إذا اتصل رجل متزوج بامرأة وثبتت إدانتهما جزائيا من أجل ارتكاب جريمة الزنا وأن الاتصال الجنسي الواقع بينهما أنتج ابنا وقام الرجل بطلب إلحاق ذلك الطفل بنسبه وقررت المحكمة التحريم على الطرفين فاعترف المدعي أن الابن من صلبه وأكدت الأم ذلك طالبة بدورها إلحاق نسب والده فإن الإقرار المعتمد يعتبر أحد وسائل الإثبات الأساسية المعتمدة في مادة النسب إذا ما توفرت شروط اعتماده عملا بأحكام الفصل ٦٨ من المجلة والإقرار المعتمد جاء صريحا وواضحا بما أنه تم أمام القاضي المقرر ويعتبر إقرار حكما حسب الفصل ٤٢٨ م - ١ - ع وقد ذهبت محكمة التعقيب في بعض قراراتها إلى القول بهذا الاتجاه من ذلك القرار عدد ٢٠٠٠ المؤرخ في ١٢ / ١٠ / ١٩٦٣ والذي جاء فيه: "أن الزواج ليس ضروريا لإثبات النسب".

غير أن الاتجاه الغالب على فقه القضاء وجانب هام من شراح القانون في تونس هو الاتجاه القائل بأن الإقرار ولئن ورد على إطلاقه بالفصل ٦٨ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، إلا أنه لا يسمح بإثبات نسب ابن الزنا باعتبار أن ذلك ممنوع شرعا، واعتبر ما دام قد حرمه من الإرث فمن باب أولى أن يحرمه من النسب، إذ الأول متفرع عن الثاني<sup>(80)</sup>.

وقد كرس المشرع التونسي المفعول الرجعي للإقرار في قانون ١٩٩٨ بصفة صريحة بصفة تجعله ينطبق على جميع الحالات السابقة له في الزمان حسبما يؤخذ من صريح الفصل السادس (٠٦) منه، والذي جعل من الإقرار باللقب يرتب آثاره بداية من تاريخ الحمل بالطفل والغرض من ذلك محاولة المشرع تسوية وضعية الأطفال الطبيعيين وتعويضهم عن انعدام وجود تنظيم تشريعي لوضعيتهم قبل هذا القانون.

غير أن الفصل السادس (٠٦) من هذا القانون أورد استثناء هاما للمفعول الرجعي ذلك أنه استبعد من نطاق مفعوله الرجعي الجانب المادي من حقوق الطفل الناشئة عن ثبوت بنوته تجاه الأب، بحيث أن الإقرار بالبنوة لا يترتب عنه مطالبة الأب بمبالغ النفقة السابقة عن القيام بدعوى

---

(80) - وتأسيسا على ذلك فإن الإقرار بالنسب يجب أن يكون محله بنوة شرعية والتي لا تكون إلا في حدود قرينة الفراش سواء كان الفراش صحيحا أو باطلا وضرورة أن يتعلق الإقرار بعلاقة شرعية هو ما يقتضيه مصطلح النسب ذاته لان النسب شرعا وتشريعا هو رابطة البنوة الناشئة عن علاقة شرعية.

فالفصل ٦٨ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، لم تشترط صراحة أن يكون الإقرار مبنيا على وجود رابطة شرعية بين المقر ووالدة الطفل سواء كان زواجا شرعيا أو فاسدا، فإنه لا يخرج عن كونه إقرار بعلاقة شرعية بين المقر والمقر له، إذ يعتبر هذا الإقرار حسبما استقر عليه قضاء محكمة التعقيب التونسية في العديد من قراراتها غير جائز، لأنه يهدف إلى إثبات أمر مخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة، فمن جهة أولى ليست جميع هاته العلاقات غير مجرمة ذلك أن المشرع التونسي يعاقب على جريمة الزنا وجرائم الواقعة دون رضا المجني عليها أو إذا كان سنهما دون العشرين (٢٠) سنة كاملة، ومن جهة أخرى فإن عدم وجود أي نص قانوني يعاقب على هذه الجريمة لا يعني أنها غير مخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة.

إسناد اللقب، وذلك تفاديا لما يمكن أن ينجر عن ذلك من بقاء للمدين بالنفقة مهتدا بدفع مبالغ هامة قد لا يتمكن من الوفاء بها، وهو ما يشكل حافزا للأب على الإقرار بالبنوة دون خشية المطالبة بالنفقة بصفة رجعية، مما يدعونا للتساؤل عن مدى جدوى المفعول الرجعي لهذا الإقرار، وعموما فإن الحقوق المخولة للطفل بموجب الإقرار قد لا تكتسي أهمية تذكر إذا كان الإقرار قابلا للرجوع فيه، فللمحكمة أن تحور الدعوى لتصبح في إسناد لقب عائلي وليس في ثبوت نسب وهو حل قانوني سليم ينسجم مع وضعية الأطفال الغير شرعيين وهو الحل الذي سعت إليه بعض المحاكم رغم ما في ذلك من خروج عن نصوص من مجلة الأحوال الشخصية من جهة وعن أحكام الشريعة الإسلامية من جهة أخرى، فقانون ١٩٩٨ وفر الإطار القانوني الذي يحول إثبات بنوة الأطفال الغير شرعيين وعمل على التوسع في الوسائل المثبتة لهذه البنوة، بأن أبقى للإرادة الشخصية وأهمها الإقرار دورا هاما في إثباتها<sup>(81)</sup>.

## ٢- النسب ابن الزنا في التشريع المغربي: تماشيا مع الاتفاقيات

الدولية المتعلقة بحقوق الطفل ومع التحولات التي يعرفها المجتمع العربي عمل المشرع المغربي على تضمين ترسانته القانونية مقتضيات هامة متعلقة بحق الطفل في حفظ وحماية هويته، وذلك من أجل الملاءمة مع المادة ٧ من اتفاقية حقوق الطفل؛ وسع المشرع المغربي نطاق وسائل إثبات النسب الشرعي للطفل إلى الطرق العلمية إثبات نسب الطفل الناتج عن الخطبة، حيث نصت المادة ١٥٦ من مدونة الأسرة على أنه: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية: أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء؛ ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛ ت- إذا أقرّ الخطيبان أن الحمل منهما..."

(81). كمال بن منصور، الإقرار في مادة إثبات النسب على الرابط:

<http://www.tunisia-sat.com/vb/showthread.php?p=1044418737>



ومن هنا فإذا توفرت كل هذه الشروط المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر، فإنه يجوز إثبات نسب الطفل الناتج عن الخطبة، وذلك على أساس الشبهة، فالارتباط بشبهة أو المبني على الشبهة، لا يكون زنا ولا ملحقا بالزنا من جهة، ولا يكون بناء على نكاح صحيح أو نكاح فاسد من جهة أخرى، ومن هنا دخلته الشبهة التي أنزلته منزلة الفراش على مستوى ثبوت النسب<sup>(82)</sup>.

وما يؤيد ثبوت نسب الطفل المولود أثناء فترة الخطبة هو حكم الصادر عن محكمة تيطوان، والتي قضت بثبوت نسب الابن المولود بتاريخ ٢٧ / ٠٧ / ٢٠٠٠ لأبيه، بعدما تبين لها أن المدعي أقدم على خطبة المدعية من ذويها بتاريخ ١٠ / ٠١ / ٢٠٠٠ واشتهرت هذه العلاقة بين الأهل والجيران، إلا أن سفر الخطيب إلى مدينة الداخ البيضاء للعمل حال دون توثيق عقد الزواج<sup>(83)</sup>؛ وفي نفس السياق أقرت محكمة الاستئناف بالرباط هذا التوجه واعتراف بنسب الطفل المولود بتاريخ ٢٦ / ١٠ / ١٩٩٢ نتيجة علاقة خطبة<sup>(84)</sup>.

وتجدر الإشارة القضاء المغربي، الذي اعتبر، رفض الخضوع، لإجراء تحليل البصمة الوراثية في النسب، قرينة، ضد المعني بالأمر؛ كما جاء في العديد من الأحكام، والقرارات القضائية: "... وحيث إن المدعى عليه، توصل بواسطة نائبه باستدعاءين، من أجل أداء أتعاب الخبرة،

(82) - والشبهة التي يثبت بها النسب هي إما شبهة الملك كموافقة أب جارية ابنه وهو يظن أنها مباحة له، وإما شبهة العقد كما إذا تبين للشخص أن المدخول بها هي أخته من الرضاعة، أو شبهة الفعل كمن يجامع امرأة في الظلام معتقدا عن حسن نية أنها زوجته، ثم يتضح له العكس لاحقا.

(83) - محكمة تيطوان، قسم قضاء الأسرة، حكم صادر بتاريخ ١٢ / ٠٣ / ٢٠٠٧، ملف رقم ١٦٨٠ / ٠٦، غير منشور؛ نقلا عن: د. أنس سعدون، النسب الناتج عن الخطبة دراسة على ضوء العمل القضائي، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ط ٠١، ٢٠١٢، ص ٦٩.

(84) - محكمة الاستئناف بالرباط، قرار رقم ٢٥٣ صادر بتاريخ ٢٧ / ٠٣ / ٢٠٠٦، ملف رقم ٦٦٨ / ٢٠٠٥، غير منشور؛ نقلا عن: د. أنس سعدون، المرجع السابق، ص ٦٩.

الأول بتاريخ ... والثاني ... غير أنه لم يفعل، رغم انصرام الأجل المضروب له، مما يعتبر معه ذلك، بمثابة إقرار ضمنّي من طرفه، بثبوت نسب الابن إليه، ويكونه ازداد من صلبه، وعلى فراشه<sup>(85)</sup>، وفي قرار آخر لمحكمة الاستئناف: "... وحيث استجابت المحكمة لطلب الخبرة الجينية، التي طلبتها المستأنفة، لتحقيق من انتساب الولد إلى المستأنف عليه، لكنها لم تودع أتعابها المكلفة بها، رغم إشعارها بذلك، فيكون امتناعها عن أداء الأتعاب، قرينة فورية تعضد جانب المستأنف عليه، وتجسد عدم جدية منازعتها في انتساب الولد للمستأنف عليه، مما يقتضي رد دفعها المثارة بهذا الشأن"<sup>(86)</sup>.

ومن ثم فقد كان المشرع المغربي الأكثر جرأة في إثبات النسب طبقا للمادة ١٥١ من مدونة الأسرة المغربية بقولها: "يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي"؛ ومفاد هذه القاعدة أن إثبات النسب لا يحتاج في تأكيدها عادة إلى حكم يصدر عن القضاء اللهم إذا تنازع فيه صاحب مصلحة، وتماشيا مع هذا فإن نفي النسب ليس سهلا، إنما لا ينتفي إلا بواسطة حكم يصدر عن المحكمة المختصة.

### خاتمة:

من خلال هذه الدراسة التي تطرقنا فيها إلى القيمة القانونية لحق الطفل في النسب دوليا وشرعا وقانونا، حيث تتفق الأنظمة والشرائع على أهمية الحق في النسب لكل طفل، وقديما قيل الموت أرحم من نسب مجهول، ومن ثم تعدد وتوسعت طرق إثبات النسب، في مقابل تضيق وسائل النفي، ما بين وسائل شرعية ووسائل إزادية ووسائل علمية، على

- (85) - قرار محكمة الاستئناف، الدار البيضاء، رقم ١١٨٤، الصادر بتاريخ ٢٩/٠٥/٢٠٠٦، ملف رقم ٠٤/٨٠٩، غير منشور؛ نقلا عن: كريمة مغات، إثبات النسب بالبصمة الوراثية بين الحق في السلامة الجسدية والحياة الخاصة، على الرابط: <http://www.marocdroit.com/>
- (86) - قرار محكمة الاستئناف، الدار البيضاء، رقم ٢٦١٥، الصادر بتاريخ ٢٩/١١/٢٠٠٦، ملف رقم ٠٦/١٧٦٥، غير منشور؛ نقلا عن: كريمة مغات، المرجع نفسه.

خلاف بين الفقهاء في القيمة القانونية للوسائل العلمية إثباتاً ونفيًا مقارنة بالفراش والإقرار والبينة، وبالبصمة الوراثية.

وإذا كانت البصمة الوراثية قد جاءت بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية، دونما كشف للعورة، أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين، ودونما تشكك في ذم الشهود أو المقرين أو القيافة (الأطباء)، لأن الأمر يرجع إلى كشف آلي مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان، والتي يتطابق نصفها مع الأم الحقيقية ونصفها الآخر مع الأب الطبيعي، فهل بعد ذلك يجوز أن نلتجئ لأدلة الظن ونترك دليل يكاد يكون قطعياً؟

وبما أن نظام اللعان هو نظام يفرض وجوده من حيث القانون ويغيب على مستوى التطبيق العملي للقضاء؛ ومن ثم فإنه يجب الاستعانة بالتقنيات الطبية الحديثة (البصمة الوراثية) مع الإبقاء على اللعان للوصول لنتائج يقينية تبديد الشك، فالمفروض أن تطبق هنا قاعدة الشك يزول باليقين: فإذا علم بناء على تلك النتائج أن الطفل ليس منه، يمكن للأب المطالبة لإجراء اللعان لنفي نسب الطفل، لأنه ثبت يقيناً أن الطفل ليس منه، أما إذا علم من تلك النتائج أن الطفل منه، فلا يمكن من إجراء اللعان لأجل نفي نسب الطفل، وإنما يمكن من اللعان كإجراء شرعي للدرء الحد عن الزوجين، وللتفريق بينهما، لأن الزوج لربما يكون متأكداً من صلة زوجته غير المشروعة بغيره، وهنا يكون من حقه إجراء اللعان دون نفي نسب الولد.

ومن ثم فإن الركون للنتائج العلمية الحديثة قد يحقق غايتين إحداهما: إمكانية تراجع الملاحق قبل الفحص، وثانيهما: إمكانية إثبات الفحص عكس مزاعم الملاحق، وبذلك تتحقق الغاية من مقاصد الشريعة الإسلامية التي تشوف للحقوق النسب، وفي هذا الصدد نورد ما أكده مفتي الجمهورية التونسية أمام المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول موضوع حجية البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب: "إن هذه الحجة تكون سبباً مغنياً عن اللعان، فالزوج يلجأ إلى اللعان لنفي النسب عند فقد

من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه فمع التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبق الزوج وحيدا لا سند له ، بل أصبح له شاهدا وهو الخبرة التي تنتج في هذا الشأن.

إضافة إلى ذلك ، فإن دراستنا هاته بينت لنا أن المشرع الجزائري لا يميز بثبوت نسب الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية حتى ولو كانت هذه العلاقة أثناء فترة الخطبة ، بخلاف المشرع المغربي الذي يميز بثبوت نسب الطفل الناتج عن الخطبة عن طريق الشبهة.

---

---

**المواطنة والهوية  
وعلاقتها بالكرامة الإنسانية**

---

---

**دكتور/ صليحة على صداقت**

---

**المواطنة والهوية  
وعلاقتها بالكرامة الإنسانية**  
**د . صليحة علي صداقت**  
**أستاذ القانون الدولي العام المشارك**  
**كلية القانون / درنة - جامعة عمر المختار**

---

بسم الله الرحمن الرحيم

**تقديم**

من المسلمات الأساسية لكل إنسان، ترسيخ قيم المواطنة والهوية في إطار الوطن الواحد واحترام قيمة المواطن، والمتعلقة بكرامته الإنسانية، وذلك لتحقيق الأمن والأمان لكل مجتمع من المجتمعات، ولاسيما وطننا ليبيا.

فحب الوطن والدفاع عنه - على سبيل المثال - واجب ديني وأخلاقي، وهو من مقتضيات الولاء والانتماء، إذ أن من الواجب على كل من ينتمي إلى أرض معينة برابطة انتماء أن يخلص الولاء للوطن لأجل الاستقرار والسلام والحرية ....

ولكن كيف السبيل لتحقيق ذلك؟ وما هي المواطنة، وما علاقتها بالهوية؟ وهل حب الوطن، كذلك، علاقة بالكرامة الإنسانية؟؟ .  
هذا الموضوع على قدر كبير من الأهمية، نتناوله وفقاً للمخطط التالي :

**المبحث الأول / المواطنة كحق وانتماء .**

**المطلب الأول / مفهوم المواطنة وعلاقتها بالوطن .**

**المطلب الثاني / المواطن والموطن.**

**المطلب الثالث / الاغتراب وعلاقته بالوطن .**

المبحث الثاني / الحق في الهوية .

المطلب الأول / مفهوم الهوية .

المطلب الثاني / عناصر الهوية .

المطلب الثالث / ربط الهوية بالانتماء .

المبحث الثالث / الحق في الكرامة الإنسانية .

المطلب الأول / مفهوم مبدأ الكرامة الإنسانية .

المطلب الثاني / حماية الكرامة الإنسانية في الشريعة الإسلامية .

المطلب الثالث / مبدأ احترام الكرامة الإنسانية على الصعيد الوطني .

المطلب الرابع / مبدأ الكرامة الإنسانية في القانون الدولي .

الخلاصة

الهوامش

## المبحث الأول

### المواطنة كحق وانتماء

المواطنة حق لكل مواطن ينتمي إلى وطن ويدين بالولاء له ؛ وطن يحفظ له كرامته الإنسانية ويتمتع فيه بكافة حقوقه وحرياته الأساسية .. فما معنى المواطنة المرتبطة بالهوية ، وما علاقتها بالوطن ؟ هذا ما يمكن تناوله في إطار المطالب التالية :

### المطلب الأول

#### مفهوم المواطنة وعلاقتها بالوطن

المواطنة في الأساس شعور وجداني بالارتباط بالأرض وبأفراد المجتمع الآخرين القاطنين على الأرض ، لأن المواطنة عبارة عن رابطة بين أفراد يعيشون في زمان ومكان معين ، أي جغرافية محددة .

#### 1 أنظر :

- د. إبراهيم محمود ، " العولة : هل هي انفجار الهوية ؟ " ، الفكر العربي ، العدد ٩٣ ، ١٩٩٨ ، ص ٢١ وما بعدها .
- مركز الفتوى ، الوطنية وحب الوطن والدفاع عنه ، إسلام أون لاين ، على الإنترنت .
- د . صاحب الربيعي ، المواطنة والديمقراطية ( مواضيع وأبحاث سياسة ) ، الحوار المتمدن ، عدد ٩٥٠ ، ٨ . ٩ . ٢٠٠٤ .

والمواطنة ضرورة وطنية لتنمية الإحساس بالانتماء وبالهوية وبالوطن، وهي ضرورة اجتماعية لتنمية المعارف والقدرات والقيم والاتجاهات، والمشاركة في خدمة المجتمع، ومعرفة الحقوق والواجبات، كما أنها ضرورة دولية لإعداد المواطن وفقاً للظروف والمتغيرات الدولية. ولأهمية هذا الموضوع، يمكن الإشارة إليه، وفقاً لما يلي :

## الفرع الأول

### المواطنة

#### أولاً / المواطنة في اللغة

يعود أصل كلمة المواطنة ومدلولها إلى عهد الحضارة اليونانية القديمة، والكلمة من (Polis) وكانت تعني المدينة باعتبارها بناءً حقوقياً ومشاركة في شؤون المدينة.

أما المواطنة بمعناها اللغوي العربي، فهي مشتقة من وطن، وهو بحسب كتاب لسان العرب لابن منظور "الوطن هو المنزل الذي تقيم فيه، وهو موطن الإنسان ومحلّه<sup>١</sup>... ووطن بالمكان واطن<sup>٢</sup> أقام، وأوطنه اتخذهُ وطناً<sup>٣</sup>، والموطن... ويسمى به المشهد من مشاهد الحرب وجمعه مواطن، وفي التنزيل العزيز، لقد نصرمك الله في مواطن كثيرة... واطنت الأرض ووطنتها واستوطنتها أي اتخذتها وطناً، وتوطن النفس على الشيء كالتمهيد.

1 أنظر ابن منظور، لسان العرب، دار صادر بيروت، ١٩٦٨، المجلد ١٣ ص

2 فاروق سليم، "المواطنة العربية وإشكالات الأسئلة"، مجلة الفكر السياسي، اتحاد الكتاب العرب، دمشق، العددان ٣٤ و ٣٥، السنة ١١، صيف وخريف ٢٠٠٩، ص ٢١.

3 Gianluca p. parolin , citizenship in the Arab World ,kin , Religion and Nations – state ,IMISCOE Research Series , Amsterdam : Amsterdam University press 2009 , p. 25 .



ومحصلة الدلالة اللغوية للمواطنة في اللغة العربية تشير إلى  
التشارك في الوطن والعيش في مكان واحد .

### ثانياً / المواطنة في الاصطلاح ..

رغم وجود العديد من التعريفات<sup>1</sup> لتحديد مفهوم المواطنة، إلا أن  
التعريفات المعاصرة تقارب المفهوم من زوايا وأبعاد مختلفة، حيث يُغلب  
كل تعريف بعداً من تلك الأبعاد، الأمر الذي يُصعب مهمة الاتفاق حول  
تعريف إجرائي محدد. ومن تلك التعريفات، نشير إلى التعريف الذي يرى<sup>2</sup>  
، أن المواطنة هي الانتماء إلى الوطن .. انتماء يتمتع المواطن فيه بالعضوية  
الكاملة الأهلية على نحو يتساوى فيه مع الآخرين الذين يعيشون في الوطن  
نفسه مساواة كاملة في الحقوق والواجبات، وأمام القانون دون تمييز بينهم  
على أساس اللون أو العرق أو الدين أو الفكر

أو الانتماء السياسي، ويحترم كل مواطن المواطن الآخر، كما  
يتسامح الجميع تجاه بعضهم البعض رغم التنوع والاختلاف بينهم .

وتعني المواطنة صفة المواطن الذي له حقوق وعليه واجبات<sup>3</sup>  
تفرضها طبيعة انتمائه إلى وطن. ومن هذه الحقوق على سبيل المثال لا

1

2 See :

- Gianluca .. op . cit , p . 17 .
- Josefina Syssner, " no space for citizens ?  
conceptualizations of citizenship in a functional  
region " , citizenship studies, Vol . 15 , No. 1 ,  
February 2011 , p. 112 .

- على خليفة الكواري، " مفهوم المواطنة في الدولة الحديثة "، المستقبل العربي،  
مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، عدد ٢٦٤، فبراير ٢٠٠١، ص ١١ .

3 محمد عثمان الخشت، " تطور المواطنة في الفكر السياسي الغربي "، مجلة  
التسامح، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عُمان، عدد ٢٠، خريف  
٢٠٠٧، النسخة الإلكترونية :

<http://www.altasamoh.net/Article.asp?Id=461>

4 سعيد الحافظ، المواطنة : حقوق وواجبات، مركز ماعت للدراسات القانونية  
والدستورية، الجيزة - مصر، ٢٠٠٧، ص ١٢ - ١٣ .

الحصر : حق التعليم، حق الرعاية الصحية، حق الشغل،  
أما الواجبات، فمنها على سبيل المثال لا الحصر كذلك : واجب الولاء  
للوطن والدفاع عنه، وواجب أداء العمل، وإتقانه .. إلخ .  
وبناء عليه، فالمواطنة علاقة الفرد بدولته، علاقة يحددها الدستور  
والقوانين المنبثقة عنه والتي تحمل وتضمن معنى المساواة بين من يسمون  
مواطنين . وتحيل المواطنة باعتبارها مفهوم قانوني إلى شرطين :  
الأول / شرط الدولة الوطنية، وما يستتبع ذلك من إقامة مجتمع وطني  
يقوم على اختيار إرادة العيش المشترك بين أبنائه .  
والثاني / شرط النظام الديمقراطي، ومتطلباته للتوازن بين الحقوق  
والواجبات، بين الخاص والعام، بين الخصوصيات والشمول .

والمواطنة هي، عقد شراكة قد تنشأ بين أطراف متباينة عرقيا وعقديا  
وثقافيا، ولا يلزم لقيامها ونجاحها التجانس والتطابق بين مكونات  
المجتمع، بل يلزم لقيامها وجود تداخل وتلاحم بين المصالح لشعب من  
الشعوب في وطن حر، ويلزم لنجاحها الإجماع على دستور ضابط  
وضامن لجميع حقوق مكونات المجتمع، وأن ينظر للاختلاف في  
الخصوصيات ( من لغة وثقافة ومعتقد وموروث ) بأنها من الحقوق التي  
يجب تثبيتها وحفظها لكل طرف، لأن المساس بها أو استهدافها بطمس أو  
تهميش يعني استهداف طرف من الأطراف في هويته الذاتية والمعنوية<sup>1</sup> .

بمعنى أن المواطنة الفاعلة هي التي تحفظ لكل طرف مكون في  
المجتمع هويته وخصوصيته التي تميزه عن بقية مكونات المجتمع، وتحت  
مظلة الشراكة والمواطنة والتعاون يتم التفاعل الإيجابي بين تلك

1 أحمد جاد منصور، " المواطنة وتكافؤ الفرص وعدم التمييز : منظور قانوني "،  
مجلة الفكر الشرطي، مركز بحوث شرطة الشارقة، الإمارات العربية، مجلد ٢٠،  
عدد ٧٦، ٢٠١١، ص ١٢٠. وأنظر :  
- Josefina Sysner, op . cit. , p. 109.

الخصوصيات المختلفة، لتتولد في المجتمع ثقافة التعايش السلمي، وتختفي ثقافة الإقصاء والتهميش ..

فالمواطنة مفهوم تاريخي شامل ومعقد له أبعاد عديدة ومتنوعة، منها ما هو مادي قانوني، ومنها ما هو ثقافي سلوكي، ومنها أيضا ما هو وسيلة أو غاية يمكن بلوغه تدريجيا، لذلك فإن نوعية المواطنة في دولة ما تتأثر بالنضج السياسي والرقي الحضاري<sup>1</sup>.

كما المواطنة، خيار ديمقراطي اتخذته مجتمعات معينة، عبر مراحل تاريخية طويلة نسبيا، فهي كما قال عنها البعض<sup>2</sup>: "ليست المواطنة جوهرًا يعطي مرة واحدة وللأبد"

وبفضل الله وحمده، نحن في ليبيا مكون اجتماعي واحد، لا وجود لطوائف أو انتماءات مختلفة، يبقى الأهم محاربة الفتن بين أبناء الشعب الواحد، ونبذ ثقافة الإقصاء والتهميش من أجل اللحمة الوطنية الواحدة والتي ترسخ الاستقرار والأمان ..

فهية الدولة ضرورة، واحترام القانون والنظام العام حاجة قصوى، لا تستقيم الحياة بفقدانها، هذا أمر ليس محالاً للخلاف بين أصحاب العقول لدى البشر منذ فجر الإنسانية، وإلى جانب ذلك وقبله تعد الكرامة الأدمية ضرورة إنسانية، وما وجدت الدولة والسلطة إلا لحفظ كرامة البشر وإعلاء شأنها، وامتلاك القدرة على الدفاع عنها وصيانتها من جميع أنواع العدوان وكل أشكال الأضرار والعبث ..

- 
- 1 بشير نافع، سمير الشميري، علي خليفة الكواري، المواطنة والديمقراطية في البلدان العربية"، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠٠١ ص ٢٧ .
  - 2 السيد ياسين، المواطنة في زمن العولة، الدار المصرية للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢ ص ٢٢ .

## الفرع الثاني

### الوطن

قال أمير الشعراء، أحمد شوقي:

وطني لو شغلت بالخلد عنه .. نازعتني إليه بالخلد نفسي .  
حبّ الأوطان يجري في عروق كل شخص منا حتى لو لم يدرك  
ذلك، فيشعر الشخص بالحنين

إلى الوطن والشوق إليه عندما يكون بالغربة بعيداً عن أهله وبعيداً  
عن أصدقائه وعن ذكريات الأماكن التي عاش فيها عمره وطفولته ؛  
حيث يشكّل الوطن المكان الذي حملك على أرضه

وتنفّست من هوائه وعلى ثراه كبرت وترعرعت .<sup>1</sup>  
هو ذاكرة وتاريخ المواطن، فإن كان هذا التاريخ والذكريات عبارة عن  
ضرب من ضروب العنف والاضطهاد، وعدم المساواة والقهر...، ضعفت  
أواصر العلاقة بين المواطن والوطن. والسلطات الحاكمة هي المسئولة عن  
حجم ولاء المواطن للوطن، فإن كانت السلطة عادلة وتعمل على تحقيق  
مصالح المواطن زادت من حجم ولاءه للوطن، والعكس صحيح .

فالوطن لا يكفي أن تولد فيه وترعرع، ولكن الوطن هو الذي  
تصان في الكرامة وتجذب فيه قوت يومك، وتجذب فيه الأمن والأمان،  
والشعور بالانتماء، وتحقيق الذات والتقدير ..

ليس الوطن الذي ينتسب إليه المواطنون هو الذي يحدد لهم نوع  
الهوية التي إليها ينتسبون. فالوطن الواحد قد تتعاقب عليه نظم مختلفة بل  
ومتناقضة. ويبقى الأهم الولاء للوطن ...

ويتروى مصطلح أو مفهوم الولاء والانتماء للوطن كثيراً في كافة  
المحافل السياسية والثقافية والتربوية، باعتباره ركيزة من ركائز القيم

1 <http://mawdoo3.com>

الوطنية التي أضحت من الضرورات الأساسية في عالمنا المعاصر، نظراً لما تتضمنه من معانٍ ودلالات عظيمة تمثل أساساً للفطرة السليمة التي ينظر إليها بكثير من الاحترام والتقدير .

إن انتماء الإنسان إلى وطنه هو انتماء يشمل كل الأمور التي تخصه، فالوطن ليس حيزاً جغرافياً

نعيش به فحسب، بل أكبر من ذلك بكثير، وكلمة وطن أشمل وأعمُّ من ذلك بكثير؛ فالوطن هو تاريخ المرء، وجدوره، وأسلافه، ومخزونه الثقافي، وكل ما يمتُّ إليه بصلة .

إن مفاهيم الانتماء والولاء للوطن يكتسبها الإنسان من تلقاء ذاته، ولا تُملَى عليه، إلا أن الضرورة تحتم غرسها وتعزيزها في نفس كل مواطن ليمارس حقوقه المشروعة، متحلياً بأخلاقيات المواطنة والسلوكيات السليمة<sup>1</sup> .

والولاء للوطن هو ولاء مطلق بلا حدود. والولاء للوطن لا يقبل الازدواجية، لأن الولاء من حيث هو لا يتجزأ. ومن كان له ولاء مزدوج فهو كمن لا ولاء له<sup>2</sup> .

وهناك من يرى<sup>3</sup>، أن ثمة اختلافاً بين مفهوم الانتماء، ومفهوم الولاء، رغم الخلط القائم بينهما في الاستخدام الشائع، ويستدل على هذا الاختلاف من خلال الرجوع إلى الأصول اللغوية لكلا اللفظين .

---

1 عبد العزيز بن صالح الخضير، قيم الانتماء والولاء للوطن .. السلوك أولاً، على الرابط :

<http://amanah.nazaha.gov.sa:8666/?p=353>

2 عبد القادر الإدريسي، الولاء المطلق للوطن قيمة ثابتة لا تتغير، على موقع : <http://www.maghress.com/alalam/16620>

3 إبراهيم كشت، ليس الانتماء كالولاء، على موقع : <http://www.alrai.com>

**فالانتماء يفيد في اللغة معنى الانتساب، ويشير في الاصطلاح غالباً إلى تلك الرابطة الفعلية أو الواقعية أو القانونية التي تربط الفرد بجهة أو جهة أو مؤسسة أو فكرة، فهو ينتمي إلى أسرة أو عشيرة برابطة الدم، وإلى دولة برابطة الجنسية أو المولد أو الإقامة أو غير ذلك، وقد ينتمي لقبابة أو جهة أو مؤسسة لسبب واقعي كالعمل أو التخصص.**

**أما الولاء فيعني، القرب، والمحبة، والصدقة، والنصرة، وهو يشير كمصطلح إلى تلك الرابطة العاطفية التي تربط الفرد بجهة أو مؤسسة أو فكرة أو شيء، وبما أنها رابطة عاطفية فإنها تكون عن اختيار ورضا، ولا يقوم الدليل عليها إلا من خلال آثارها، بخلاف الانتماء الذي يقوم على أسباب ووقائع محددة ومعروفة. وهناك تعريف موجز لمفهوم الولاء، أشار إليه الفيلسوف الأمريكي "جوزيا رويس" يرى فيه أن الولاء هو إخلاص شخص لموضوع إخلاصاً طوعياً وعملياً غير مشروط.**

**ويعني الولاء للوطن الحب لمؤسساته، فما قيمة لوطن يشعر المرء فيه إنساناً من الدرجة الثانية وغير متساوي بالحقوق مع الغير:**

**أن أحد السمات الأساسية للدفاع عن الوطن هو الحب المتفاني، وهذا التفاني لا قيمة له حين يكون من طرف واحد، وعلى الوطن أن يحب أبناءه أيضاً لتستقيم معادلة الانتماء المتبادل، والسلطة الممثلة لمؤسسات الوطن إذا لم يكن لها القدرة على الحب، لن تجد تفانياً على الإطلاق من أبناء وطنها بل أن عدم قدرتها على الحب سيدفع المواطن نحو الكراهية لها، وبالتالي كراهية الوطن.**

### **المطلب الثاني**

#### **المواطن والموطن**

**المواطن<sup>1</sup>، هو ذات قانونية أي مجردة، عليه جملة من الواجبات يمكن حصرها في مبدأ الطاعة (طاعة القانون)، أي الحقوق الطبيعية أو**

1 جاد الكريم الجباعي، معنى ومفهوم المواطنة والمواطن، على الزابط : <http://forum.edracat.com/showthread.php?t=382>

ما يسمى اليوم بحقوق الإنسان . هذه الحقوق التي تمثل عقدا اجتماعيا جديدا يضمن التعايش بين الأفراد ويضبط علاقة هؤلاء بالسلطة، وهي اليوم تجسد خطأ أحمر لا يجوز لأية سلطة مهما كانت أن تتخطاه<sup>1</sup>. ويمكن التوضيح بين مفهومي المواطن والموطن في فرعين :

## الفرع الأول المواطن

المواطن هو عضو في جماعة سياسية يتمتع بحقوق المواطنة ويؤدي واجباتها، والجماعة السياسية، هنا، هي "المجتمع المنظم" أو " الأمة المنظمة" أو الشعب، أي إن المواطن عضو في دولة حديثة يتمتع بما تقرره المواطنة من حقوق مدنية وسياسية وما تعينه من واجبات مدنية والتزامات قانونية، وفق تعريف الدولة بأنها "مجتمع سياسي" (مقابل المجتمع المدني)، أو "مجتمع منظم".

والمواطنين مهما كان إخلاصهم لوطنهم وحرصهم على مصلحته لا يمكن أن ينظروا إلى تلك المصلحة باعتبارهم مواطنين فقط، بل لا بد أن ينظروا إليها بحسب هوياتهم.

## الفرع الثاني الموطن

الموطن، ويعني الحيز الجغرافي أو المنطقه الاقليمية التي يقصد الشخص ان يتخذها مقاما له او مقر عمل له، ومن هنا يتضح ان الوطن يظر بحالتين:

### 1 أنظر :

- د . إبراهيم أبراش، ما هي الثوابت الوطنية ؟ ومن يحددها ؟ الحوار المتمدن، عدد ١٧٢١، ٢٠٠٦.١١.١، على الإنترنت .
- د . الشريف الجرجاني، التعريفات، ط ١، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٧، ص ٣١٢ وما بعدها .

الأولى / المكان الذي يقيم فيه الشخص بنيه البقاء لمدة غير محددة.  
والثانية / مقر ادارة الاعمال وقد تتركز بها صلاته العائليه والمهنية .  
ويمكن تعريف الموطن بأنه، المجال الجغرافي الذي يركز عليه الأشخاص  
تركيزاً مكانياً ومادياً وجغرافياً وبه تتحقق للشخص صلة او رابطته قانونية  
واقعية بالدولة التي تحقق استقراره فيها وهذه الصلة يمكن ان تكون دائمة  
أموقته، ويكون بقصد نية الشخص وذلك على وفق ما يحدده قانون  
الدولة .

إذن الموطن، هو المقر القانوني للشخص، أو المكان الذي يعتبر  
القانون أن الشخص موجود فيه، فالموطن هو المكان الذي يعتد به في  
مخاطبة الشخص في شؤونه القانونية . ويحدد الموطن على أساس محل  
الإقامة المعتاد .

### المطلب الثالث

#### الاغتراب وعلاقته بالوطن

متى يشعر الإنسان بالاغتراب ؟ هل هو الحنين للوطن ؟ أم هو  
شعور إنساني يأتيك حتى لو كنت داخل الوطن ؟ .

الاغتراب شعور إنساني يأتي حتى لو كنا في الوطن، أحياناً،  
وبسبب ما يشعر به المواطن انه غريب عن وطنه .. رغم أنه يحمل جنسيته .  
فالجنسية بشكل عام، تعني الرابطة القانونية والسياسية القائمة بين الفرد  
والدولة بحيث يصبح بموجبها أحد سكانها.

والاغتراب، كمفهوم ذي دلالات ، يمثل نمطاً من تجربة يشعر فيها  
الإنسان بالغربة عن الذات، ومعاني الاغتراب متعددة، اجتماعية ونفسية  
واقصادية ؛ ويمكن إجمالها في اختلال الرابطة بين الفرد والمجتمع .

1 إبراهيم الحيدري، الاغتراب، على موقع :

<http://www.maaber.org/philosophy/Alienation.htm>



والاغتراب يعني ببساطة حالة من الانفصال أو الغربة، بمعنى إحساس الإنسان بأنه ليس في بيته أو موطنه أو مكانه (ومن هنا نقول بأن الغريب أو المسافر يشعر بالغربة)، إلا أن هذا المفهوم يعتبر من المفاهيم السهلة الممتعة على اعتبار أن للاغتراب معانٍ وأنواع عديدة تتجلى في الواقع الاجتماعي، منها: الحقوقي، والنفسي، والديني والثقافي ..

والفرد بمجرد اكتسابه الجنسية دولة معينة يصبح تابعاً لها ويتمتع بكافة الحقوق وتقع على عاتقه كافة المسؤوليات، لأن الجنسية كرابطة قانونية وسياسية تنشئها الدولة وتضع قواعدها والتي على أساسها يكتسب الفرد الصفة الوطنية، ومع كل ذلك، قد يكون المواطن غريباً في وطنه، إما بسبب كراهية، أو اضطهاد، أو عنصريه، أو إهانة الحقوق والحريات، أو الاحتلال ... الخ .

أما الوطن '، أو المواطن، كما أشرنا سابقاً، هو محل الإنسان ومنزل إقامته وقيل مكان الإنسان ومقره، وإليه انتماؤه، ولد به أو لم يولد، والوطن في المفهوم المعاصر، هو الدولة التي ولد فيها الإنسان الذي يحمل جنسيتها تبعاً لأبائه وأصوله الذين توارثوا هذه الجنسية، وقد تمنح الدولة شرف المواطنة (الجنسية) لمن لم يولد، أو ولد على أرضها، إذا كانت مصلحة الوطن تستدعي ذلك .

## المبحث الثاني

### الحق في الهوية

تعتبر "مشكلة الهوية" من أعقد المشكلات التي تواجه - في العصر الراهن - الكثير من الشعوب والمجتمعات الحديثة منها أو ذات

- 1 تعريف الوطن .. ولماذا نحبه ؟ على الرابط : <http://a-yawatani.blogspot.com/2012/08/blog-post.html>
- 2 - د. حسين معلوم، "الرصيد المعرفي المشترك وإشكالية الهوية في مقابل تغير الزمن وما يناسب إليه"، الحياة، لندن: ٢٩، ١٢، ١٩٩٧ .
- د. عصمت سيف الدولة، عن العروبة والإسلام، سلسلة الثقافة القومية، الكتاب رقم ٢ ط ٢، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٨٦، ص ١١١ - ١١٢ .

الأصول الحضارية القديمة، أو حتى تلك التي تفتقد الانتماء الحضاري القديم على حد سواء.

وتعتبر الهوية النظام الرمزي التي يمكن للفرد عن طريقها أن يعرف نفسه في علاقته بالجماعة الاجتماعية التي ينتمي إليها، والتي عن طريقها يتعرف عليه الآخرون باعتباره منتمياً إلى تلك الجماعة، وهي نظام تتجمع عناصره العرقية على مدار تاريخ الجماعة من خلال تراثها الإبداعي، الثقافة، وطابع حياتها، الواقع الاجتماعي، بالإضافة إلى ذلك تتجلى الهوية من خلال تعبيرات خارجية شائعة مثل العادات والتقاليد... إلى غير ذلك، والتي تنحصر قيمتها في أنها عناصر معلنة تجاه الجماعات الأخرى، وهي أيضاً التي تميز أصحاب هوية ما مشتركة عن سائر الهويات الأخرى، ولكن الملامح الحقيقية للهوية، هي تلك التي تنتقل بالوراثة داخل الجماعة، وتظل محفوظة بوجودها وحيويتها بينهم مثل: الأساطير، والقيم، والتراث الثقافي<sup>1</sup>.

وعلى هذا الأساس، تشكل الهوية حقاً للمواطن، نشير إلى مفهومها وعناصرها، وفقاً لما يلي:

### المطلب الأول

#### مفهوم الهوية

تُعرف الهوية بأنها مجمل السمات التي تميّز شيئاً ما عن غيره أو شخصاً عن غيره أو مجموعة عن غيرها كلٍ منها يحمل عدة عناصر في كينونته، هذه العناصر أو السمات مجتمعة تمثل هويته.

1 أنظر:

- ندوة الهوية العربية عبر حقب التاريخ، للمدة ٢٥ - ١٩٩٧/٦/٢٦، المجمع العلمي بـغداد، الكلمة الافتتاحية للندوة، ص ٧، على الإنترنت. وأنظر أيضاً: د. محمود سمير المنير، العولمة وعالم بلا هوية، ط ١، دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٠، ص ١٤٦.
- ثقافة ومجتمع، ما هي الهوية الوطنية؟ أنظر الرابط: [business.com](http://business.com)
- 2 رشاد عبد الله الشامي، إشكالية الهوية في إسرائيل، سلسلة عالم المعرفة، الكتاب رقم ٢٢٤، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، أغسطس، ١٩٩٧، ص ٧.

وهي عناصر متحركة، يمكن أن يبرز بعضها في مرحلة معينة وبعضها الآخر في مرحلة أخرى، حيث يشير مفهوم الهوية إلى ما يكون به الشيء هو هو أو هو ذاته .

يتضح، من هذا التعريف ان الهوية ليست فقط تمييز للذات، وإنما دفاعا عنه أيضا .

وحسب رأي البعض<sup>1</sup> تتمثل الهوية في نوعين إثنين، وهما :

الأول، هوية فردية : وتعتمد أساسا على المميزات الجسدية التي تميز كل كائن بشري عن الآخر. والثاني / هوية وطنية أو قومية : وهي مجموعة الصفات أو السمات الثقافية العامة التي تمثل الحد الأدنى المشترك بين جميع الأفراد الذين ينتمون إلى أمة من الأمم والتي تجعلهم يعرفون ويتميزون بصفاتهم تلك عما سواهم من أفراد الأمم الأخرى . فالهوية ببساطة عبارة عن مركب من العناصر المرجعية المادية والاجتماعية والذاتية المصنفة التي تسمح بتعريف خاص للفاعل الاجتماعي<sup>2</sup> .

وعرف ارسطو الهوية على أنها، وحدة الكائن، او ان الشيء الواحد متطابق مع نفسه، هذا المفهوم الارسطي لم يتغير عند فلاسفة عصر التنوير، فكلهم يتفقون على ان الهوية هي الشيء نفسه. ونقلت الموسوعات الفلسفية المعاصرة نفس المعنى للهوية حيث اعتبرتها مقولة تعبر عن تساوي وتمائل موضوع ما أو ظاهرة ما مع ذاتها .

- 1 أحمد بن نعمان الهوية الوطنية - الحقائق والمغالطات، دار الأمة للطباعة والترجمة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1995، ص 23 .
- 2 تركي الحمد، الثقافة العربية في عصر العولمة، دار الساقى، ط 1، بيروت، لبنان، 1999، ص 20 .

وذهب المسلمون في تعريف الهوية الى ابعاد من ذلك، فقد عرف الجرجاني الهوية على انها: " الحقيقة المطلقة المشتملة على الحقائق اشتمال النواة على الشجرة"<sup>1</sup>.

ويذهب الكثيرون الى ان، الهوية هي وعاء الضمير الجمعي لكتلة بشرية معينة، تشتمل هذه المحفظة على جملة من القيم، والعبادات، والمقومات، وهذه المقومات تكيف وعي الجماعة

وإرادتها في الوجود والحياة، وتعمل على حفظ كيانها<sup>2</sup>.

وللإيضاح العلاقة بين الهوية والمواطنة، تعني الهوية انتساب ثقافي، والمواطنة انتساب جغرافي، والهوية انتساب إلى معتقدات وقيم ومعايير معينة، والمواطنة انتساب إلى أرض معينة، فمنا طبيعة هذه العلاقة؟

**الهوية هي الذاتية و الخصوصية وهي القيم والمثل والمبادئ التي تشكل الأساس للشخصية الفردية أو المجتمع، وهوية الفرد هي عقيدته و لغته و ثقافته و حضارته و تاريخه، وكذلك**

**هوية المجتمع فهي الروح المعنوية و الجوهر الأصيل لكيان الأمة . الهوية أيضا هي الوعي بالذات الاجتماعية والثقافية، وهي ليست ثابتة وإنما تتحول تبعا**

**لتحول الواقع، فالهوية الثقافية<sup>3</sup>، هي ذات الإنسان، وتتضمن المعايير والقيم، وتشكيل معرفة الإنسان، وثقافته بالمجالات المختلفة ووعيه بقضايا المجتمع، وهي تمثل التراث الفكري .**

- 1 العلامة علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، باب الهاء، مكتبة لبنان، ١٩٨٥، ص ٢٧٧.
- 2 باقر جاسم محمد، مفهوم الهوية الوطنية : محاولة في التعريف الوظيفي، الحوار المتمدن، عدد ١٥٤٤، في ٢٠٠٦.٥.٨، على الإنترنت .
- 3 أنظر :  
- د. محمد عابد الجابري، مسألة الهوية : العروبة والإسلام والغرب، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٦، ص ٤٩ وما بعدها .  
- سامية الشيخ، الهوية الوطنية، جريدة حمدان بن محمد الالكترونية، ٢٠١٠، على الإنترنت .

الهوية لازمة للمواطنة ؛ لأن المواطنين لا بد لهم من نظام سياسي ، وعلاقات اقتصادية واجتماعية ، وقوانين تضبط هذه العلاقات. وكل هذا إنما يبنى على معتقدات وقيم ومعايير ؛ أي على هوية معينة. والهوية الثقافية والحضارية لأمة من الأمم، هي القدر الثابت، والجوهري والمشارك من السمات والقسمات العامة، التي تميز حضارة هذه الأمة عن غيرها من الحضارات والتي تجعل للشخصية الوطنية أو القومية طابعاً تميز به عن الشخصيات الوطنية والقومية الأخرى

فالهوية إذن هي مجموع السمات المشتركة التي يتعرف بها مجموعة من الأفراد ويتعارفون بها .

أما المواطنة ، فهي تتجاوز سمات الهوية وتتعالى عن كل الخصوصيات العرقية والدينية ، كما تعتبر المواطنة شراكة بين أفراد المجتمع لحفظ الحقوق ، والهوية حق من تلك الحقوق .

وهكذا ، تحدد الهوية الشعور العميق الوجودي الأساسي للإنسان ، والشعور العميق الخاص بانتمائه . ويمنح الانتماء الفرد غايته وأمل حياته المستولة عن هوية الجماعة واستمرارية أنماط تراثها المختلفة ، المادية والروحية ، والأمل في أن جهوده الإبداعية والوجودية لن تذهب هباءً بموته ، بل ستغذي حياة الجماعة حتى بعد وفاته ، ومن يكون لديه الارتباط بهويته على هذا النحو لا يتصرف وفقاً لقانون المصادفة ، لأن الفرد الذي يتصرف وفقاً لهذا القانون يكون مفتقداً للهوية ، ومفتقداً للانتماء ومحكوماً عليه بأن يعيش حاضره فحسب ، لفترة السنوات التي تجدد له أن يحياها على الأرض<sup>٢</sup> .

- 1 عزيز مشواط ، إشكالية الهوية في العلوم الإنسانية ، مازق الإشكال وقلق المفهوم ، جريدة المنعطف ، العدد 2377 ، 28 أبريل 2005 ، ص ١٨ .
- 2 رشاد عبد الله الشامي ، المرجع السابق ، ص ٧-٨ ، وانظر أيضاً =:

## المطلب الثاني عناصر الهوية

هوية الإنسان أو الثقافة أو الحضارة، هي جوهرها وحقيقتها، ولما كان في كل شيء من الأشياء - إنساناً أو ثقافة أو حضارة - الثوابت والمتغيرات فإن هوية الشيء هي ثوابته، التي تتجدد لا تتغير، تتجلى وتفصح عن ذاتها، دون أن تخلي مكانها لتقيضها، طالما بقيت الذات على قيد الحياة<sup>1</sup>.

إن عناصر هوية أية أمة هي صفاتها التي تميزها عن باقي الأمم لتعبر عن شخصيتها الحضارية<sup>2</sup> والهوية دائماً جماع ثلاثة عناصر: العقيدة التي توفر رؤية للوجود، واللسان الذي يجري التعبير به، والتراث الثقافي الطويل المدى.

واللغة هي التي تلي الدين، كعامل مميز لشعب ثقافة ما عن شعب ثقافة أخرى ثم يأتي التاريخ وعناصر الثقافة المختلفة في صنع الهوية.

وأهم عناصر الهوية الدين حيث في الحروب تذوب الهويات متعددة العناصر، وتصبح الهوية الأكثر معنى بالنسبة للصراع هي السائدة، وغالباً ما تتحدد هذه الهوية دائماً بالدين. وبالنسبة لمن يواجهون احتياجاً لتحديد "من أنا؟"، "ولن أنتمي؟"، يقدم الدين إجابات قوية. والهوية في غاية الأهمية ومنها تنطلق المصالح حيث الناس لا يمكنهم أن يفكروا أو يتصرفوا بعقل في متابعة مصالحهم الخاصة إلا إذا عرفوا أنفسهم، فسياسة المصالح

---

= Miller: the Study of social relation ship situation, identity, and social interaction, in s. chock (ed.) physiology: A study of science, New York, Mc Greenhill, 1963, P. 673.

1 حسن حنفي حسنين، الهوية، المجلس الاعلى للثقافة، مصر، ٢٠١٢، ص ١٩.

2 أليكس ميكشيلي، الهوية، ترجمة: على وطفة، دار وسيم للخدمات، سوريا، ١٩٩٣، ص ٧٦.

تفترض وجود الهوية . وإذا كانت هذه هي الهوية وهذه أهميتها لكل أحد ، فإن الهوية عند المسلمين أكثر أهمية ، والإسلام بعقيدته وشرعيته وتاريخه وحضارته ولغته هو هوية مشتركة لكل مسلم ، كما أن اللغة التي نتكلم بها ليست مجرد أداة تعبير ووسيلة مخاطب ، وإنما هي : الفكر والذات والعنوان ، بل ولها قداسة المقدس ، التي أصبحت لسانه بعد أن نزل بها نبأ السماء العظيم ، كما أن العقيدة التي نتدين بها ليست مجرد أيديولوجية وإنما هي العلم الكلي والشامل والمحيط ، ووحى السماء ، والميزان المستقيم ، والحق المعصوم الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، وهي منظومة القيم التي تمثل مرجعيتنا في السلوك ، فهي ليست نسبية ولا مرحلية . وقد أدرك الأعداء ذلك ، حيث أن الصليبية والشيوعية والصهيونية اليوم ترى أن استعادة المسلمين لهويتهم الإسلامية وانتمايتهم القرآني هو أكبر الأخطار .

### المطلب الثالث

#### ربط الهوية بالانتماء<sup>١</sup>

إن ربط الهوية بالانتماء يتمثل في التعامل مع مسألة الهوية ومقارنتها ، من أجل إعطائها تعريفاً محدداً ، ينطلق من قاعدة أساسية تمثل محور الارتكاز التي مفادها أن : الهوية تحدد الشعور العميق الوجودي الأساسي للإنسان ، والشعور الخاص بانتمائه .. بمعنى أنه : إذا كان الانتماء هو ما يمنح الفرد " الغاية " ( المسؤولية عن هوية الجماعة واستمرارية أنماط تراثها المختلفة ، المادية والروحية ) ، و " الأمل " ( أن جهوده الإبداعية لن تذهب هباءً بموته ، بل سوف تغذي حياة الجماعة

- 1 محمد صالح الهرماسي ، مقارنة في إشكالية الهوية (المغرب العربي المعاصر) ، دار الفكر المعاصر ، ٢٠٠١ ، ص ٣٠ .
- 2 محمد عمارة ، مخاطر العولمة على الهوية الثقافية ، ط ١ ، دار نهضة مصر للطباعة والنشر ، ١٩٩٩ ، ص ٤٦ .

حتى بعد وفاته ) ، لذا فإن الارتباط بهويته المتولدة لديه على هذا النحو، يتصرف وفقاً لقانون " المصادفة " .

إن الملامح الحقيقية للهوية هي " تلك التي تنتقل بالوراثة داخل الجماعة" .. ولا يقصد بالوراثة "المفهوم البيولوجي" ، وإنما الوراثة بمعنى انتقال التراث من الأجيال السابقة إلى الأجيال اللاحقة.

إذن فالهوية هي أحد منتجات الواقع المجتمعي ، ومن ثم فإن عملية "إنتاج" الهوية ليست بمنأى عن الأثر التاريخي والاجتماعي ، تعبر عنه وتعكس تناقضاته تتأثر به وتؤثر فيه أيضاً.. " الهوية مناط الانتماء إلى خصوصية حضارية معينة " .

### المبحث الثالث

#### الحق في الكرامة الإنسانية

تنقسم الأشياء إلى نوعين : الأولى / أشياء داخلة في دائرة التعامل ، أي يرد عليها البيع والشراء ، والثانية / أشياء خارجة عن دائرة التعامل كالإنسان ، فبيع الإنسان أو التصرف في جزء من جسده يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً . فالتعامل على الإنسان أو جسده بمقابل يخالف النظام العام والآداب العامة.

فالمبدأ العام هو حظر التعامل على جسم الإنسان وحظر الاعتداء عليه احتراماً لقدسيته ومكانته وكرامته في الأديان السماوية والقوانين الوضعية ، ولأهمية ذلك ، نشير إلى هذا الموضوع في المطالب التالية :

#### المطلب الأول

#### مفهوم مبدأ احترام الكرامة الإنسانية

الكرامة الإنسانية هي مبدأ يشعر كل فرد ، بصورة غريزية ، بحقيقته وبقوته ، حتى لو اختلفنا في تحديد مضمونه ، فهو يتعلق بداية

1 R.Andorno, op.cit., p.63. Voir aussi: Béatrice Maurer, Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachevée autour d'un thème central, in Le droit, la médecine et l'être humaine, presse universitaire d'Aix – Marseille , 1996, p. 185 et s.



بجوهز الإنسان، ومن ثم فإن الكرامة الإنسانية تتطلب عدم معاملة الإنسان كشيء أو كوسيلة، وإنما يجب الاعتراف به كصاحب حق .

ومن هنا يرى بعضهم أن مبدأ احترام الكرامة الإنسانية كقيمة عليا في المجتمع يضمنه القانون الطبيعي<sup>1</sup> .

ويعني احترام الكرامة الإنسانية منع كل عمل غير إنساني من شأنه أن ينفي عن الإنسان أو الكائن البشري صفة الشخص الإنساني، كما أن الحق في احترام الكرامة الإنسانية هو مبدأ مطلق غير قابل للخرق أو التنازل، وهو حق مقدس<sup>2</sup> .

ومن ثم فإنه لا يمكن تقييد هذا المبدأ، وبالمقابل فإن مدى الحق في احترام الكرامة الإنسانية هو نسبي، وكذلك فإن الحقوق المتفرعة عن الحق في احترام الكرامة الإنسانية، لا تتمتع من حيث المبدأ بطابع مطلق، وهذا هو الحال بالنسبة إلى الحق في الحياة<sup>3</sup> .

ولكن لا بد من الإشارة هنا إلى أن تقييد مبدأ احترام الكرامة الإنسانية يجب، من وجهة نظر شخصية، أن يكون من خلال الحقوق والمبادئ المتفرعة عنه، ولا يمكن بأي شكل من الأشكال قبول تقييد مبدأ احترام الكرامة الإنسانية ذاته، لأن من شأن التقييد لذات هذا المبدأ أن يضعف بشكل كبير مداه، وأن يبرر الانتقادات الموجهة ضد تطبيقه

- 1 Bertrand Mathieu, La dignité de la personne humaine: du bon ( et du mauvais?) usage en droit positif français d'un principe universel, in Le droit, la médecine et l'être humaine, presse universitaire d'Aix – Marseille , 1996, p.213et s.
- 2 N.Lenoir, Bioéthique, constitution et droits de l'homme, Diogène, n°172, octobre-décembre 1995, p.26 et s.
- 3 B.Mathieu, Rapport présenté au colloque international sur: Constitution et éthique biomédicale, tenu à Paris les 6 et 7 février 1997, in Les cahiers constitutionnels de Paris I, La documentation française 1998, p.50 et s.

القانوني، ومن ثم من شأن ذلك أن ينزع عنه صفته كمبدأ مؤسس للحقوق الأساسية للإنسان ويجعله مبدأً خلافاً فضفاضاً ومفرغاً من المحتوى في الوقت ذاته.

في الحقيقة، يجب ألا يكون هناك تضارب أو تعارض بين مبدأ احترام الكرامة الإنسانية وبين المبادئ الأخرى، لأن هذا التعارض أو التضارب يخالف جوهر هذا المبدأ. ومن ثم يجب إعطاء الأولوية دائماً لمبدأ احترام الكرامة الإنسانية.

### المطلب الثاني

#### حماية الكرامة الإنسانية في الشريعة الإسلامية

خلق الله الإنسان في أحسن تقويم، يقول الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز: "والتين والزيتون، وطور سينين، وهذا البلد الأمين، لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم..."<sup>1</sup>

وكرم الله الإنسان غاية التكريم، فقال عز وجل "ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً"<sup>2</sup>

ولا يجوز امتهان الكرامة الإنسانية في الشريعة الإسلامية تحت طائلة العقاب، ونضرب مثلاً على ذلك ما جاء في قصة الأمير الغساني جيلة بن الأيهم الذي صفع أعرابياً، فأمر الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالقصاص منه، وكذلك قصة القطبي الذي لطمه محمد بن عمرو بن العاص، وقال له: أنا ابن الأكرمين، فذهب القطبي إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه وشكاه إليه ما أصابه من مذلة وهوان على يد محمد بن عمرو بن العاص، فاستقدم عمر عمراً وابنه من مصر، وطلب من القطبي أن يقتص لنفسه، وقال له: دونك الدرّة فأضرب بها ابن

1 سورة التين، الآيات، 1 - 4 .

2 سورة الإسراء، الآية 70 .

الإكرمين، فضرب القطبي محمد بن عمرو، وقال عمر بن الخطاب لعمرو كلمته المشهورة متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً.

ويكرس الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان الذي وضعته منظمة المؤتمر الإسلامي مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في عدة مواضع منه. فقد جاء في ديباجته أن الله خلق الإنسان في أحسن تقويم، وكرامه، وجعله في الأرض خليفة... وأن عقيدة التوحيد الخالص، التي قام عليها بناء الإسلام، وضعت الأساس الحقيقي لحرية البشر المستولة، وكرامتهم، وأعلنت تحرير الإنسان من العبودية للإنسان.

كما جاء فيها أن الشريعة الإسلامية تتفق مع الجهود البشرية المتعلقة بحقوق الإنسان والتي تهدف إلى تأكيد حرية الإنسان وحقوقه في الحياة الكريمة.

وقد أشارت المادة الأولى من هذا الإعلان إلى أن، جميع الناس متساوون في أصل الكرامة الإنسانية دون تمييز بينهم بسبب العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الجنس أو المعتقد الديني، أو الانتماء السياسي، أو الوضع الاجتماعي، وجاء فيها أيضاً أن العقيدة الصحيحة تضمن نمو هذه الكرامة على طريق تكامل الإنسان.

وأكدت المادة السادسة من الإعلان ذاته على المساواة في الكرامة الإنسانية بين المرأة والرجل.

كما أكدت المادة / 11 أنه أن الإنسان يولد حراً، وليس لأحد أن يستعبده، أو يذله، أو يقهره، أو يستغله، وتنص على أن لا عبودية لغير الله تعالى.

1 أشار إلى ذلك: محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الإسلام، دار ابن كثير، ط ٣، دمشق، ٢٠٠٤، ص ١٤٧.

الكرامة الإنسانية هبة وعطاء رباني للإنسان، حيث إن الخالق عز وجل، جلل خلقه وإنسانيته ورفعها ومنع من انتقاصها والحطّ منها والاعتداء عليها بأي وسيلة ومن أي أحد. فالكرامة الإنسانية فوق كل شيء<sup>1</sup>، ومنها تبدأ مسيرة أعمار الحياة، ومن كرامة الإنسان تبدأ عمارة الأرض وحضارتها، فلا شيء قبل كرامة الإنسان، وكل شيء لا قيمة له إلّا بها، بل إن الحياة برمتها وما فيها تكسب القيمة بكرامة الإنسان، إنها المنحة الأولى والعطاء الأول لبني آدم فالخالق عز وجل هو المانح لهذه الكرامة والإنسانية بقدرته وكبريائه وقهره وعظمته ومنه .

إن تكريم الله للإنسان في الإسلام هو تكريم لذاته الإنسانية وتكريم لدوره (خلافة الله).<sup>2</sup>، فضله حتى على الملائكة الذين لا عمل لهم سوى عبادة الله والذين خلقهم من نار وخلقهم من طين، وذلك عندما أمرهم بالسجود لآدم الإنسان .

وبرزت مقومات التفضيل التكريمي من خلال المعرفة التي شاء الله أن يودع منها عقل الإنسان ما لم يشأ أن يودعه عقل الملائكة، "وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ فَقَالَ أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ، قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ، قَالَ يَا آدَمُ أَنْبِئْهُمْ بِأَسْمَائِهِمْ فَلَمَّا أَنْبَأَهُمْ بِأَسْمَائِهِمْ قَالَ أَلَمْ أَقُلْ لَكُمْ إِنِّي أَعْلَمُ الْغَيْبَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَأَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا كُنْتُمْ تَكْتُمُونَ"<sup>3</sup>.

وقد ورد التكريم، كذلك، في العديد من المواضع في القرآن الكريم، ومن ذلك قوله تعالى: "وإذ قلنا للملائكة أسجدوا لآدم

1 هايل نصر، في الكرامة الإنسانية، الحوار المثمن، عدد ٣١١٨، على شبكة المعلومات (الإنترنت).

2 الآيات: ٣١، ٣٢، ٣٣، سورة البقرة.

فسجدوا إلا إبليس أبى واستكبر وكان من الكافرين " ١ ، وقوله تعالى : " وإذ قلنا للملائكة أسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس كان من الجن ففسق عن أمر ربه أفتتخذونه وذريته أولياء من دوني وهم لكم عدو بئس للظالمين بدلا " ٢ ، وقوله تعالى : " ولقد خلقناكم ثم صورناكم ثم قلنا للملائكة أسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس لم يكن من الساجدين ، قال ما منعك ألا تسجد إذ أمرتك قال أنا خير منه خلقتني من نار وخلقته من طين " ٣ .

وثبتت الكرامة للإنسان في الحفاظ على حياته وتحريم المساس بها أو الاعتداء عليها ، ويقول المولى عز وجل : " من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ، ولقد جاءتهم رسلنا بالبينات ثم إن كثيراً منهم بعد ذلك في الأرض لمسرفون " ٤ .

وإذ أوجب الله على نفسه احترام كرامة الإنسان واحترامها فعلاً ، فعلى الإنسان أن يحترم كرامته بأن يحافظ عليها والتمسك بها ورفض أي اعتداء عليها ، فيعد ذلك التزام على كل إنسان نحو نفسه ونحو الإنسانية التي يشارك فيها ونحو المولى عز وجل الذي خلقه وكرمه ٥ .

### المطلب الثالث

#### مبدأ احترام الكرامة الإنسانية على الصعيد الوطني

بين الدولة ونظامها السياسي ، المفترض انه مُمثل لها ومُجسد مقومات وطبيعة وقيم مجتمعاتها ، وبين الحقوق والحريات الأساسية ،

- 1 الآية ٣٤ من سورة البقرة .
- 2 الآية ٥٠ من سورة الكهف .
- 3 الآيات ١١ ، ١٢ من سورة الأعراف .
- 4 آية ٣٢ من سورة المائدة .
- 5 أحمد يسري ، حقوق الإنسان وأسباب العنف في المجتمع الإسلامي في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٣ ، ص ٣٢ .

ومنها ، بشكل خاص ، كرامة الكائن البشري الذي هو مواطن هذه الدولة ، او المقيم فيها اقامة مؤقتة او دائمة ، او حتى السائح وعابر اقليمها ، يقوم ، ومنذ زمن القديم ، صراع غير متكافئ ، والدولة بسلطاتها وأدوات قهرها من جهة ، والإنسان المستضعف من جهة اخرى ، الانسان الذي لم يتخل يوماً عن مطالبه بكرامته وبالحرريات وحقوقه الاساسية ، والدولة الراضة لها ، او الماطلة في تحقيقها ، او المتعاسة في تطبيقها. نضال الانسان المرير في هذا الاتجاه عبر العصور قاد الى ما وصل اليه جزء من البشرية في اجزاء محدودة من العالم ، الى فرض الاعتراف بالحرريات والحقوق الاساسية ، ومنها الحق في الكرامة الإنسانية . وتكرس معظم الدساتير في العالم مبدأ احترام الكرامة الإنسانية ، سواء صراحة أو بشكل ضمني ، وهذا يدل على المكانة التي يحتلها هذا المبدأ عالمياً حتى بات يوصف بأنه مبدأ ذو بعد عالمي ، فالمجتمع بحاجة ماسة إلى فكرة الكرامة لأسباب عملية ، وذلك من أجل ضمان حياة اجتماعية وحضارية<sup>1</sup> ، لأن الكرامة الإنسانية ملازمة لكل أفراد المجتمع الإنساني ، فهذه إشارة ضمنية لفكرة الكرامة الإنسانية والتي تعتبر عنصراً أساسياً في تعريف الكائن الإنساني ومصدراً لحقوقه الطبيعية غير القابلة للتقادم ، وهي الحقوق التي يحوزها الإنسان بصفته كائن إنساني وعضو في خلية اجتماعية.

وإذا رجعنا إلى المواثيق الدستورية<sup>2</sup> وجدنا اعترافاً صريحاً وضمناً للكرامة الإنسانية في الإعلان الدستوري الليبي الصادر في ٣ . ٨ . ٢٠١١

---

1 R.Andorno, La convention d'Oviedo: Vers un droit commun européen de la bioéthique, in Droit et Justice justice, N 45, Bruylant, 2003K, p. 26 et s.

2 أنظر بالخصوص :

- د. محيي شوقي أحمد ، أهم الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٦ ، ص ٣٦ وما بعدها .

بعد قيام ثورة ١٧ / فبراير، وهو الإعلان النافذ في الوقت الراهن إلى أن يصدر دستور ليبيا المرتقب، فعلى سبيل الذكر، نجد النصوص الصريحة للاعتراف بالكرامة الإنسانية، متمثلة في الآتي :

**أولاً /** جاءت ديباجة الإعلان الدستوري في الفقرة الأولى لتعلن : " إيماناً بثورة السابع عشر من فبراير ٢٠١١ التي قادها الشعب الليبي في شتى ربوع بلاده، ووفاء لأرواح شهداء هذه الثورة المباركة، الذين ضحوا بحياتهم من أجل الحرية والعيش بكرامة على أرض الوطن.... "

**ثانياً /** أشارت المادة ٧ من الإعلان، بنصها : " تصون الدولة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية

، وتسعى إلى الانضمام للإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية التي تحمي هذه الحقوق والحرريات، وتعمل على إصدار مواثيق جديدة تكرم الإنسان كخليفة لله في الأرض . "

**ثالثاً /** ورد الاعتراف الضمني بالكرامة الإنسانية في العديد من النصوص، فعلى المستوى الاجتماعي والسياسي والصحي والمعيشي، بصفة عامة .

نصت المادة ٥ من الإعلان، على أن : " الأسرة هي الركن الأساسي للمجتمع، وهي في حمى الدولة .... " . فحمى الدولة هنا يضمن حماية الكرامة الإنسانية .

وأشارت المادة ٦، إلى أن : " الليبيون سواء أمام القانون، ومتساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية، وفي تكافؤ الفرص ... " . المساواة هنا تشعرنا بالكرامة الإنسانية .

---

-- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكرامة الإنسانية أصل حقوق الإنسان : دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى المؤتمر الأول لكلية العلوم الاجتماعية - جامعة مؤتة، الأردن، بعنوان : حقوق الإنسان في الوطن العربي : لنعمل معاً من أجل حقوق الإنسان، الفترة من ٩ - ١١ . ٥ . ٢٠٠٥، ص ٤ - ٥ .

كما أوضحت المادة ٨، بأنه: "تضمن الدولة تكافؤ الفرص، وتعمل على توفير المستوى المعيشي اللائق وحق العمل والتعليم والرعاية الصحية والضمان الاجتماعي لكل مواطن... وتضمن الدولة عدالة توزيع الثروة الوطنية بين المواطنين وبين مختلف مدن ومناطق الدولة". إن ضمان المستوى المعيشي اللائق للمواطن في كافة مجالات الحياة، بما في ذلك ضمان توزيع الثروة يحقق حماية للكرامة الإنسانية. وعلى المستوى الشخصي: نصت المادة ١٢ من الإعلان، على أنه: "لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون...".

وأضافت المادة ١٣، بنصها: "للمراسلات والمحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال حرمتها وسريتها، وهما مكفولتان، ولا تجوز مصادرتهما أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي، ولمدة محددة، ووفقاً لأحكام القانون".

كما أشارت المادة ١٤ إلى أنه: "تضمن الدولة حرية الرأي وحرية التعبير الفردي والجماعي، وحرية البحث العلمي وحرية الاتصال وحرية الصحافة ووسائل الإعلام والطباعة والنشر وحرية التجمع والتظاهر والاعتصام السلمي، وبما لا يتعارض مع القانون".

يتضح من هذه النصوص، أن حرمة الحياة الخاصة والحرية الشخصية في مجالات الحياة المختلفة مكفولة بحماية القانون، وهذا يتضمن بالضرورة حماية الكرامة الإنسانية. أما على المستوى القضائي:

#### 1. أنظر:

- عبد الوهاب الأزرق، "هل القضاء سلطة مستقلة"، مجلة العدالة، عدد ١١، السنة الثالثة، يوليو ١٩٧٦، ص ٤٣ - ٤٥.
- سردار ياسين محمد أمين، استقلال السلطة القضائية بين النظرية والتطبيق، (رسالة ماجستير)، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، أربيل، ٢٠٠١، ص ٧٣.



أشار الباب الرابع من الإعلان الدستوري إلى الضمانات القضائية ، والتي تستند إلى مبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، والمتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة عادلة ، تكفل له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه ... و" السُّلطة القضائية مُستقلة ، وتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون .. " و" التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة . ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي .. " .

ولم تكن النصوص القضائية الواردة بالإعلان صريحة في كفالة حق الكرامة الإنسانية ، خاصة فيما يتعلق بالقبض على المتهم ومعاملته ، والتحقيق معه ، وعدم إيذاؤه بدنياً ، أو معنوياً ، وعدم حجزه في غير الأماكن المخصصة لذلك ، من الناحية القانونية ، ورد الاعتبار في حالة براءته ... الخ ، الأمر الذي نأمل أن يكون الدستور الليبي المرتقب واضحاً في كفالة الحق في الكرامة الإنسانية ، والتي تتضمن بالتأكيد احترام كافة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ..

وأخيراً ، يقع دور كبير على المشرع الليبي في حماية الكرامة الإنسانية ، خاصة على صعيد النصوص القانونية ، وذلك بتدخله لسن العديد من التشريعات ، سواء في هيئة قوانين ، أو لوائح ، أو قرارات ... تكفل حماية الكرامة الإنسانية ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى على صعيد الإدارة التنفيذية التي تطبق مثل تلك النصوص على أرض الواقع ، ثم فاعلية الأجهزة القضائية لتأخذ دورها في كفالة الحماية القانونية للكرامة الإنسانية ، ولا ننسى ضرورة وجود أجهزة رقابية لتحقيق ذات الغرض ... الأمر الذي نأمل أن يحققه المشرع الليبي في المرحلة الراهنة ، وفي المستقبل القريب بإذن الله .

1 أنظر، المواد " ٣١ - ٣٣ " من الإعلان الدستوري .

## المطلب الرابع مبدأ الكرامة الإنسانية في القانون الدولي

جاءت الإشارة إلى الحق في احترام الكرامة الإنسانية على الصعيد العالمي في مقدمة ميثاق الأمم المتحدة الصادر بتاريخ ٢٦ . ٦ . ١٩٤٥ ، فقد جاء فيه : " وأن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق

متساوية " ، ومن ثم أكد الصك التأسيسي لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم اليونسكو عام ١٩٤٦ ، أن كرامة الإنسان تتطلب نشر ثقافة وتربية جميع البشر من أجل العدل والسلام<sup>1</sup> ويكرس الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مواضع عدة منه . فدياجة هذا الإعلان تقر بأن جميع أعضاء الأسرة البشرية لهم كرامة أصيلة فيهم ، وتؤكد على

إيمان شعوب الأمم المتحدة بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الإنسان وقدره . وتنص المادة الأولى منه على أنه : " يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق " ، كما تمنع المادة " ٥ " منه إخضاع أي شخص للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة للكرامة .

وتنص المادة 22 من هذا الإعلان على حق الشخص في الضمان الاجتماعي ، وعلى حقه في أن توفر له ، وبما يتفق مع هيكل كل دولة

---

1 جاء في دياجة الميثاق التأسيسي لمنظمة اليونسكو أن : " كرامة الإنسان تقتضي نشر الثقافة وتنشئة الناس جميعاً على مبادئ العدالة والحرية والسلام ، وإن هذا العمل يعد بالنسبة إلى جميع الأمم واجباً مقدساً ينبغي القيام به في روح من التعاون المتبادل "

ومواردها، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي لا غنى عنها  
لكرامته ولتنامي شخصيته في حرية.

وأخيراً تنص المادة " ٣٢ / ٣ " من الإعلان المذكور على حق كل  
فرد يعمل في مكافأة عادلة ومرضية تكفل له ولأسرته عيشة لائقة  
بالكرامة البشرية.

وكذلك الحال بالنسبة إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق  
الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي اعتمده الجمعية العمومية للأمم  
المتحدة بتاريخ ١٦ . ١٢ . ١٩٦٦ ، ودخل حيز النفاذ بتاريخ ١٠ . ٣ .  
١٩٧٦ الذي يكرس مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مواضع عدة منه ،  
وهي انعكاسات لما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>١</sup> . ويضمن  
العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، الذي اعتمده الجمعية  
العمومية للأمم المتحدة بتاريخ ١٦ . ١٢ . ١٩٦٦ ، والذي دخل حيز  
النفاذ بتاريخ ٢٣ . ٣ . ١٩٧٦ .

احترام الكرامة الإنسانية في أكثر من موضع فيه<sup>٢</sup> أضف إلى ذلك  
أنه صدرت نصوص أخرى ذات طابع عالمي تكرس احترام الكرامة

---

1 تقر ديباجة هذا العهد أن جميع أعضاء الأسرة البشرية لهم كرامة أصيلة فيهم  
هي أساس الحرية والعدل والسلام في العالم. وتقر بأن الحقوق التي يتمتع بها  
أعضاء الأسرة البشرية تنبثق من كرامة الإنسان الأصيلة فيه . وتضمن المادة 7  
من هذا العهد لكل شخص الحق في التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية  
تدخل بشكل خاص مكافأة توفر لجميع العمال كحد أدنى من ضمن ما  
تكفله، عيشاً كريماً لهم ولأسرهم .

2 تكرر ديباجة هذا العهد ما جاء في ديباجة العهد الدولي الخاص بالحقوق  
الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بشأن احترام الكرامة الإنسانية . كما تمنع  
المادة 7 من هذا العهد إخضاع أحد للتعذيب أو للمعاملة أو العقوبة القاسية  
أو للإنسانية أو الحاطة بالكرامة . وأخيراً تنص المادة 10 ، فقره 1 ، منه على  
وجوب معاملة جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية ، تحترم الكرامة  
المتأصلة في الشخص الإنساني .

الإنسانية بشكل عام، ومنها إعلان طهران الذي أصدره المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان في طهران بتاريخ ١٣. ٥. ١٩٦٨، وكذلك الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري التي اعتمدها الجمعية العامة بتاريخ ٢١. ١٢. ١٩٦٥، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ ٤. ١. ١٩٦٩، واتفاقية منع التمييز ضد المرأة لعام 1979، واتفاقية منع التعذيب والعقوبات أو المعاملات المهينة أو اللإنسانية أو الحاطة بالكرامة لعام ١٩٨٤.

واتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ وكذلك اتفاقيات جنيف الأربع الموقعة في ١٢. ٨. ١٩٤٩.

وعلى الصعيد الإقليمي، لا تنص الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠ على ضمان مبدأ احترام الكرامة الإنسانية صراحة، ولكن هذه الاتفاقية تكرر حق كل إنسان في الحياة "المادة ٢٢"، كما تمنع صراحة إخضاع أي إنسان للتعذيب وللمعاملة أو العقوبة المهينة للكرامة "المادة ٣"، واستناداً إلى ذلك فإن المحاكم الأوربية، وخاصة محكمة حقوق الإنسان الأوربية،

تستند حديثاً في الكثير من قراراتها إلى مفهوم الكرامة الإنسانية، وخاصة من أجل إدانة المعاملات غير الإنسانية أو المهينة، وهذا يؤكد أن

---

1 هذه النصوص منشورة في كتاب بعنوان: حقوق الإنسان\_1\_، المجلد الأول: الوثائق العالمية والإقليمية، إعداد: محمود شريف بسيوني، ومحمد سعيد الدقاق وعبد العظيم وزير، دار العلم للملايين، ط ١، بيروت، ١٩٨٨.

2 تنص المادة 3 المشتركة بين هذه الاتفاقيات على أنه يجب معاملة 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، معاملة إنسانية. ويمنع الاعتداء على كرامتهم الشخصية وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.

مبدأ احترام الكرامة الإنسانية ليس مبدأً نظرياً بحتاً، وإنما هو مبدأ مطبق عملياً<sup>1</sup>.

وبالمقابل فإن الميثاق الأوربي للحقوق الأساسية، الذي اعتمده الاتحاد الأوربي في مدينة نيس الفرنسية بتاريخ ١٢.٧.٢٠٠٠، يعطي أهمية بارزة لمبدأ احترام الكرامة الإنسانية، إذ تنص المادة الأولى من هذا الميثاق على أن الكرامة الإنسانية مصونة وغير قابلة للخرق، ويجب احترامها وحمايتها.

أما الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969 فتتضمن صراحة على معاملة الأشخاص الذين قيدت حريتهم بالاحترام الواجب للكرامة المتأصلة في شخص الإنسان (المادة ٥ / ٢)، وكذلك تكرر المادة 11 منها حق كل إنسان في احترام شرفه وصون كرامته، في إطار حق الخصوصية. أما الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981 فينص صراحة على ضمان مبدأ احترام الكرامة الإنسانية لذاته. فديباجة الميثاق تركز على المساواة والعدالة والكرامة كأهداف أساسية لتحقيق التطلعات المشروعة للشعوب الإفريقية. وتكرر المادة 5 منه حق كل فرد في احترام كرامته والاعتراف بشخصيته القانونية، وتمنع أشكال استغلال الإنسان وامتهانه واستعباده كلها خاصة الاسترقاق والتعذيب بجميع أنواعه والعقوبات والمعاملة الوحشية أو اللإنسانية أو المذلة. وقد ذهب هذا الميثاق إلى أكثر من ذلك عندما كرّس حق الشعوب في الكرامة نفسها في المادة 19 منه.

وينص الميثاق العربي لحقوق الإنسان، الذي اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشرة في جامعة الدول العربية في ٢٣.٥.٢٠٠٤، على

1 B.Maurer, Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme, La documentation française, Paris 1999, p. 121 et ss .

مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مواضع عدة منه بدءاً من السطر الأول من ديباجته<sup>1</sup> ويعد الميثاق العنصرية والصهيونية والاحتلال والسيطرة الأجنبية تحدياً للكرامة الإنسانية " المادة ٢ / ٣ "، وسنوت " المادة ٣ / ٣ " بين الرجل والمرأة في الكرامة الإنسانية والحقوق والواجبات في ظل التمييز الإيجابي الذي أقرته الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية الأخرى والتشريعات والمواثيق النافذة لصالح المرأة .

كما تمنع المادة " ١ / ٨ " منه التعذيب والمعاملة القاسية أو اللإنسانية أو المهينة أو الخاطئة للكرامة . وتنص المادة " ١ / ٢٠ " على معاملة جميع الأشخاص المحرومين من الحرية معاملة إنسانية تحترم الكرامة المتأصلة في الإنسان . كما تلزم المادة " ١ / ٤٠ " الدول الأطراف بتوفير الحياة الكريمة لذوي الإعاقات النفسية والجسدية التي تضمن لهم كرامتهم .

وهكذا، استقر التعامل الدولي على احترام مبدأ الحق في الكرامة الإنسانية، سواءً على الصعيد العالمي، كما أشرنا، في إطار النصوص العامة، أو على المستوى الإقليمي، وفقاً لما تضمنته بعض النصوص الخاصة، لتبقى الكرامة الإنسانية لصيقة بحق كل إنسان في الحياة الكريمة المحمية قانوناً ..

### الخلاصة

تتضح العلاقة الوثيقة بين : " المواطنة والهوية وعلاقتها بالكرامة الإنسانية " لأن : المواطنة حق، والهوية حق، والكرامة الإنسانية أصل الحقوق .

1 ورد بالديباجة : انطلاقاً من إيمان الأمة العربية بكرامة الإنسان الذي أعزه الله منذ بدء الخليقة، وبأن الوطن العربي مهد الديانات وموطن الحضارات ذات القيم الإنسانية السامية التي أكدت حبة في حياة كريمة على أسس من الحرية والعدل والمساواة ...

فالمواطنة انتساب جغرافي . والهوية انتساب ثقافي . والمواطنة انتساب إلى أرض معينة . والهوية انتساب إلى معتقدات وقيم ومعايير معينة ، وتشكل الهوية حقاً للمواطن يرتبط بحق المواطنة .

وتعتبر الكرامة مبدأً أساسياً للحياة ، وهناك من يعتقد أن الكرامة هي المال مهما كانت طريقة الحصول عليها ، ومنهم من يعتقد أن الكرامة هي السلطة كما يظن السياسيون ، ومنهم من يظن أن الكرامة أن يكون له رأي دون معارض أو مختلف أو حتى رأي آخر كما الحال في العرب كلهم ، وغيرهم الكثير ...

الكرامة هي ما خلقه الخالق فينا وهو أن تكون إنسان مفتخر بما وهبك إياه الله سبحانه وتعالى فقد خلق الإنسان في أحسن تقويم من الشكل إلى العقل إلى المبادئ وإيماننا الراسخ في الفطرة بالقلوب بإيماننا بالله سبحانه هو كرامتنا .

والكرامة هي القيمة الأسمى في المسيرة التي يقطعها الإنسان في سبيل التحقق والإنجاز ، إذ تقع منهما موقع القلب من الجسد ، وأحياناً تكون بمنزلة قدمين يسير بهما هذا الجسد في مختلف الاتجاهات ، متنقلاً نحو مقاصده وغاياته . فمن الكرامة تولد الحرية والهيبة واحترام الذات واستحسان التعزيز الإيجابي والثناء ، وهي قيم وأحوال نفسية ضرورية لبناء شخصية الأدمي وتحديد مسيرته ومصيره وترسيخ اختياراته وانحيازاته . والكرامة ليست كلمة تُقال ، من دون إدراك معناها ومغزاها ، أو العمل من أجل تحصيلها والتمتع بحضورها ووجودها ، بل هي قيمة تتحقق حين تتوافر الشروط التي تؤدي إليها ، وينتظم السلوك المترتب عليها ، ويكتمل الشعور بها لدى الفرد والجماعة ، وهذا هو أساس المواطنة .

ولا تحل الكرامة بمجرد تكرار اللفظ الدال عليها ، أو المفاهيم المنبثقة منها ، ولا بمجرد الإلحاح على ضرورة الشعور بها ، بل تأتي

طواعية، مرتبطة بأفعال لا تتحقق من دونها، ثم تنمو داخل النفس الإنسانية، حتى تلتصق بها، وتتوحد معها، إلى الدرجة التي يعتقد فيها الإنسان أن الكرامة هي التي تحدد ما يقبله وما يرفضه، وما يروق له ويحبه، وما يلفظه ويكرهه، كما تحدد نظرة الجماعة إليه، وموقعه في سلم الإنسانية، إلى حد يؤمن عنده بأن الموت أفضل من حياة بلا كرامة. إذن ما قيمة المواطنة بدون كرامة ؟

ويقود الشعور بالكرامة إلى ميلاد اتجاهات وقيم إيجابية، لا غنى عنها، فهذه القيم وتلك الاتجاهات والتوجهات تحصن الإنسان نفسياً وعقلياً، وهي تسهم بطريقة جلية وملموسة في صنع الإطار العام الذي يحكم نظرة الإنسان إلى الأمور، وحكمه على المواقف والأحداث والشخصيات والأفكار. وكلما كان هذا الإطار متماسكاً منيعاً، تضاعفت إمكانات التصدي لـ «الآخر المعادي»، سواء كان العدوان متجسداً في جيوش وعروش، أو متمثلاً في أفكار ورؤى، أو متضمناً في استراتيجيات وخطط وحيل ومكائد.

وأول الاتجاهات التي يصنعها شعور الإنسان بالكرامة هي حيازته «الاعتدال السياسي»، الذي يبدأ بتقدير الفرد ذاته، فهو إن رفع من قدرها، واعتز بها، امتلأ شعوراً بأهميته، وجدارته بالاحترام والتقدير، وامتلاً ثقة في صحة أفكاره وميوله. وعلى العكس من ذلك فهو إن أبغض نفسه، وحط من منزلتها، فسيتضاءل شعوره بقيمة شخصه، وسيصاب بإحساس بأن الآخرين يلفظونه، وأنه عاجز عن فعل ما يريد. والحاجة إلى التقدير تشير إلى معنيين رئيسين :

الأول هو الحاجة إلى القوة والإنجاز والكفاية والتمكن، والثاني هو الحاجة إلى السمعة والمكانة والشهرة والفخر والأهمية، فإن أشبع الإنسان هذه الحاجات امتلك الشعور بالثقة، وأحس بأن له قيمة في الحياة .



لقد خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان في أحسن صورة وحال : «لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم»، وكرمه على سائر المخلوقات : «ولقد كرّمنا بني آدم، وحملناهم في البر والبحر، ورزقناهم من الطينيات، وفضلناهم على كثير من خلقنا تفضيلاً» .

وهذا التكريم يتوجب أن يحصل عليه الإنسان لإنسانيته، بغض النظر عن دينه وعرقه ولغته وأيديولوجيته ووضع الطبقية ولون بشرته... وترتبط كرامة الإنسان في القرآن بثلاثة أمور مهمة : الأول / هو أن الإسلام يقر خلافة الإنسان لله : « وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة » (البقرة - ٣٠) .

والثاني / هو أن الإنسان يحمل الأمانة من قبل الله سبحانه وتعالى : « إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها، وحملها الإنسان، إنه كان ظلوماً جهولاً » (الأحزاب - ٧٢) .

أما الثالث / فيتعلق بعدم وجود أي حائل بين الإنسان وربه في الإسلام، فهو دين لا يعرف وساطة بين الأرض والسماء، ويقر بوجود رباط وثيق بين الله وبين الإنسان، وهو ما تعبر عنه الآية الكريمة : «وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى شهدنا أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا غافلين» (الأعراف - ١٧٢) .

والكرامة التي يقرها الإسلام للإنسان ليست كرامة مفردة، إنما هي كرامة ذات أبعاد ثلاثة، فهي :

أولاً عصمة وحماية، وعزة وسيادة، واستحقاق وجدارة، وهي ثانياً مستمدة من طبيعة الإنسان، تتغذى من عقيدته : «ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين» (المنافقون - ٨)، وهي ثالثاً كرامة يستوجبها الإنسان بسعيه

وعمله وجهده واجتهاده : «ولكل درجات مما عملوا» (الأحقاف -  
١٩).

وبهذا التكريم تكتمل الإنسانية، وتلك الكرامة تتحقق الأدمية،  
ويجد الإنسان متكاً قوياً وعريضاً لنيل كل ما له من حقوق للمواطنة.

وتمتد الكرامة الإنسانية إلى تحرير الإنسان من الخوف، وصيانته ضد  
كل أصناف القهر والإذلال، وإقرار حقوقه السياسية والاجتماعية  
والروحية، وكل ما يجعله يحيا عزيزاً مهاباً في وطنه، مرتبطاً بهويته .

فالكرامة تعني أن «الإنسان فوق كل ثمن»، أي لا يمكن بيعه بأي  
سعر. فكل ما له ثمن سلعة أو وسيلة، والإنسان ليس سلعة تباع وتشتري،  
وليس وسيلة إلى أي شيء، إنما هو غاية متفردة .

وعلى وجه العموم فإننا، لا يمكن أن نطرح مسألة الكرامة الإنسانية  
بمعزل عن السياق الاجتماعي الذي يحيط بالفرد، والسياق القانوني،  
كذلك ( الوطني والدولي )، فاحترام هذه الكرامة أو انتهاكها يعتمد في  
جانب كبير منه على القواعد العامة المرعية للسلوك في أي مجتمع، وعلى  
القواعد القانونية .

ويبقى الحق في الكرامة الإنسانية وحمايتها هو الأساس والأصل في  
ترسيخ حق المواطنة والاحتفاظ بالهوية الوطنية .. الأمر الذي نحن في أمس  
الحاجة إليه في وطننا ليبيا ..

تم بحمد الله