

مطابقة التوقيع المحفوظ بقاعدة البيانات، الأمر الذي يجعل هذا الجهاز غالي الثمن<sup>(١)</sup>، كما أن هذه الصورة تحتاج إلى جهة توثيق إضافية للتحقق مقدماً من شخصية القائم بالتوقيع لتسجيل عينات من التوقيع وتقديمها إلى خدمة التقاط التوقيع<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً : التوقيع بواسطة البطاقة الممغنطة والرقم السري .

تعتبر هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني الأكثر شيوعاً في مجال المعاملات البنكية، إذ لا تتطلب أن يكون لدى الشخص حاسب آلي، أو أن يتصل جهازه بشبكة الإنترنت، لذا فإنها تستخدم بهدف قيام العميل بسحب المبالغ النقدية، والتي تتحدد بمبلغ معين، عن طريق أجهزة الصراف الآلي، أو بهدف سداد ثمن السلع والخدمات للمحال التجارية بإدخال البطاقة في جهاز مخصص لهذا الغرض .

فهذه البطاقية يصدرها البنك أو المؤسسة الائتمانية لعملائها لغرض تخفيف النقدية، فإنه يقوم بهذه العملية عن طريق الصراف الآلي بإتباع إجراءات معينة يتم الاتفاق عليها بينه وبين الجهة المصدرة للبطاقة<sup>(٣)</sup>؛ وتبدأ هذه الإجراءات بوضع البطاقة في فتحة خاصة في جهاز الصراف الآلي، ثم إدخال الرقم السري لصاحب البطاقة، والذي يسمى "بالتوقيع الإلكتروني"، ثم يتبع التعليمات التي تظهر على شاشة الصراف الآلي، بتحديد المبلغ الذي يريد صاحب الباقية أن يسحبه، وبعد انتهاء عملية سحب المبلغ تعود البطاقة من ذات فتحة البداية، ثم يخرج شريط ورقي مدون عليه اسم البنك وبيانات بعملية السحب التي تمت من حيث التاريخ والساعة والمبلغ المسحوب والمبلغ المتبقي في الرصيد؛ أما في حالة استخدام البطاقة لسداد ثمن السلع والخدمات للمحال التجارية، فإن المسئول عن تحصيل الثمن يتولى إدخال الرقم السري في الجهاز، فيتم سداد الثمن عن طريق البنك أم لدي بنك آخر<sup>(٤)</sup>.

(١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات، دراسة مقارنة، بحث مقدم لمؤتمر القانون والحاسوب المنعقد

المنعقد من ١٢ إلى ١٤ يوليو ٢٠٠٤، كلية الحقوق جامعة اليرموك، الأردن، ص ٦ .

(٢) عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديث في إثبات العقود التجريبية، المرجع السابق، ص ١١٤، فقرة

٦٥ .

(٣) محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون، المرجع السابق، ص ٩١ وما بعدها، فقرة ٦٥ وما بعدها - ونفس المؤلف

، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٤٤٦، فقرة ١٦ - محمد حسين منصور،

الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي بالأسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٧٩ .

(٤) عاطف عبد الحميد حسن، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، المرجع السابق، ص ١٠٧ وما بعدها - مراد

محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٢٨٣ وما بعدها - جلال وفاء محمدين،

التحويلات المصرفية الإلكترونية، أضواء على القانون النموذجي للأمم المتحدة، ندوة وزارة العدل الكويتية حول الجوانب التنظيمية و

القانونية للاتصال الإلكتروني، الكويت، ٢٠٠١، ص ١ .

#### رابعاً : التوقيع بواسطة الخواص الفيزيائية والطبيعية للإنسان (التوقيع البيومتري )

يقوم التوقيع البيومتري علي التحقق من شخصية المتعامل من خلال الإعتماد علي الخواص والصفات الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للإنسان، بحيث يتم استخدام الصفات الجسدية والسلوكية للفرد لتمييزه وتحديد هويته، إذ يقوم التوقيع البيومتري علي حقيقة علمية موداها أن لكل شخص صفاته الجسدية الخاصة به، والتي تختلف عن شخص آخر، وتتمتع هذه الصفات بالثبات النسبي مما يجعل لها قدراً كبيراً من الحجية في الإثبات<sup>(١)</sup> ؛ ومن الصفات الجسدية التي يعتمد عليها التوقيع البيومتري، تقسيمات الوجه وملامحه، والبصمة الشخصية *Empreinte digitale*، والصوت من حيث طبقاته ونبراته *Reconnaissance vocale*، وشبكية العين *Retine*، وشكل اليد الهندسي<sup>(٢)</sup> *Geometrie de la main*، ويتم التحقق من شخصية المستخدم مع هذه الصورة من التوقيع الإلكتروني عن طريق أجهزة إدخال المعلومات إلي الحاسب الآلي، حيث تقوم هذه الأجهزة بالنقاط صورة دقيقة للصفات الجسدية، مثل العين أو اليد أو الصوت، ويتم تخزينها مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي . حيث تقوم هذه الأجهزة بالنقاط صورة دقيقة للصفات الجسدية، مثل العين أو اليد أو الصوت، ويتم تخزينها مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي ليولي بعد ذلك مطابقة صفات المستخدم مع هذه الصفات المخزنة، بحيث لا يتم إجراء التصرف القانوني إلا في حالة المطابقة<sup>(٣)</sup> . وتسعمل هذه الصورة في الشركات والبنوك والجهات الحكومية للتوقيع علي سجل الحضور والإنصراف، والأماكن التي تتطلب حماية أمنية مشددة للدخول أو الخروج ؛ ويعيب صورة التوقيع البيومتري إمكان مهاجمتها أو نسخها، إذ من الممكن أن تخضع الذبذبات الحاملة للصوت أو صورة بصمة الأصبع أو شبكة الأعين للنسخ وإعادة الإستعمال، كما يمكن إدخال تعديلات عليها من جانب قرصنة الحاسب الآلي عن طريق فك الشفرة الخاصة بها، بالإضافة إلي أن هذا النوع من التوقيع ذات تكلفة عالية،

(١) عبد الفتاح بيومي حجازي ، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة ، دار الفكر الجامعي بالأسكندرية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٩٨ وما بعدها – مراد محمود يوسف مطلق ، التعاقد عن طريق وسائل الإثبات الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢٨٥ وما بعدها .

(٢) وسيم صفيق الحجار ، الإثبات الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١٨٦ وما بعدها – خالد ممدوح إبراهيم ، إمام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢٠١ .

(٣) عيسى غسان عبد الله الرضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٦٤ وما بعدها – عمر خالد محمد الزريقات ، عقد البيع عبر الإنترنت ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ .

نظراً لإرتفاع الأجهزة التشغيلية المرافق له، الأمر الذي يجعله قاصراً علي بعض الاستخدامات المحددة<sup>(١)</sup>.

#### خامساً : تحويل التوقيع اليدوي إلي توقيع إلكتروني

يطلق بعض الفقه علي هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني تسمية التوقيع بالقلم الإلكتروني<sup>(٢)</sup>، بالرغم من وجود اختلاف في الصورتين، إذ التوقيع بالقلم الإلكتروني، كما يدل عليه تسميته، يكون بقلم الكتروني مخصص للكتابة مباشرة علي شاشة الحاسب الالي الخاصة بالموقع<sup>(٣)</sup>، أما تحول التوقيع اليدوي إلي توقيع إلكتروني، فتتم هذه الصورة بنقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي scanner ثم تنقل إلي الملف الذي يراد إضافة هذا التوقيع الشخص متمناً المحرر عبر شبكة الاتصال الإلكتروني<sup>(٤)</sup>؛ وتتميز هذه الصورة بسهولة في الإستعمال، إذ يتم من خلالها تحويل التوقيع التقليدي إلي التوقيع الإلكتروني عن طريق أنظمة معالجة المعلومات . ولكن يعيب هذه الصورة عدم توافر أي درجة من الأمان القانوني، إذ يستطيع المرسل إليه الإحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع، ثم يعيد لصقها علي أية وثيقة أخري من الوثائق المحررة عبر الوسائط الالكترونية<sup>(٥)</sup>.

### الفرع الثاني

#### مدي قيام التوقيع الالكتروني بتحقيق وظائف التوقيع التقليدي

التوقيع التقليدي هو علامة تميز شخصية الموقع وتعبّر عن إراده في الإلتزام بمضمون التصرف القانوني الموقع وإقراره له<sup>(٦)</sup>، إذ التوقيع الكتابي، نظراً لصدوره من صاحب التوقيع، يعتبر امتداداً لشخصيته ويدل علي الحقيقة بدرجة لا تدانيها وسيلة أخري<sup>(٧)</sup>، وذلك

(١) عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، الكتاب الأول ، المرجع السابق ، ص ١٩٩ ، هامش ١ -

علاء محمد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، المرجع السابق ، ص ٣٢ - خالد فيصل احمد الهندي ، مفهوم التوقيع الإلكتروني و حمايته ، المرجع السابق ، ص ٣٤ .

(٢) ثروت عبد الحميد ، التوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٥٥ ، فقرة ٤٢ - مراد محمود يوسف مطلق ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢٨٢ - منير محمد الجببيهي و ممدوح محمد الجببيهي ، التوقيع الالكتروني وحجبه في الإثبات ، المرجع السابق ، ص ١١ - ونفس المؤلفان ، تزوير التوقيع الالكتروني المرجع السابق ، ص ٤٥ .

(٣) أنظر ما سبق ص ٦٧ وما بعدها .

(٤) عاطف عبد الحميد حسن ، مبدا الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث ، المرجع السابق ، ص ١٠٨ وما بعدها .

(٥) حسن عبد الباسط جميعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، المرجع السابق ، ص ٣٥ .

(٦) أنظر ما سبق ص ٢٠ وما بعدها .

(٧) محمد المرسي زهرة ، الحاسب الإلكتروني والقانون ، المرجع السابق ، ص ٩٥ وما بعدها ، فقرة ٧٠ وما بعدها ، فقرة ٧٠ وما بعدها بعدها - ونفس المؤلف ، مدي حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص ٤٤٨ ، فقرة

بسبب أن دعامة التوقيع التقليدي تتمثل في وسيط مادي هو الورقة، وأن الحضور الجسدي لأطراف التصرف، أو من يمثلهم، عند التوقيع علي المستندات الإمضاء أو ببصمة الأصبع، واحتفاظ كل واحد من الأطراف بنسخة أصلية من التصرف، تجعل المحررات العرفية المعدة للإثبات بمنأى عن العبث أو التغيير أو التحريف<sup>(١)</sup>.

ويثور التساؤل حول مدى قيام التوقيع الإلكتروني، أياً كانت صورته، بتحقيق وظائف التوقيع التقليدي، وبصفة خاصة تحديد هوية شخص الموقع، والتعبير عن رضائه بمضمون ما تم التوقيع عليه .

قبل الاجابة علي التساؤل السابق، يختلف التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي من حيث الشكل، إذا الأخير نتاج حركة يد الموقع في صورة إمضاء أو ختم أو بصمة الأصبع عبر وسيط مادي، غالباً ما يكون دعامة ورقية، أما التوقيع الإلكتروني فيتم عبر وسيط الكتروني من خلال أجهز الحسب الآلي والإنترنت، فهو رمز أو إشارات أو أرقام أو أحدي خواص الإنسان الفيزيائية، بالإضافة إلي تقنية تكنولوجية معينة . وبالرغم من وجود هذا الفارق الجوهرى بين التوقيعين، فإنه لا ينفي اتفاقهما من حيث وظيفة ودور التوقيع، سواء التقليدي أم الإلكتروني والمتمثلة في تمييز شخصية صاحب التوقيع والتأكد من صدوره عنه، والتعبير عن إرادته في قبول الالتزام بالتصرف القانوني الذي تم التوقيع عليه<sup>(٢)</sup>

وفيما يتعلق بتحديد شخصية صاحب التوقيع، فإن التوقيع، سواء التقليدي أم الإلكتروني، يهدف إلي تمييز هوية الموقع، إذ أكد المشرع المصري، بصدد المحرر العرفي، علي هذه الوظيفة فنصت المادة ١٤/١ من قانون الإثبات علي أنه " يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه مما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة " مما مفاده أن عبارة " ما هو منسوب إليه " أوضحت بأن شكل التوقيع يدل ويحدد شخصية الموقع، إذ يقوم التوقيع بتحديد هوية الأطراف المتعاقدة، بحيث يؤدي التوقيع بالإمضاء أو بالختم إلي تحديد الموقع، لأن كل شخص يختار إمضاء بطريقة يصبح معروفاً بها، كما أن

(١) ثروت عبد الحميد ، التوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٦٦ ، فقرة ٥٦ .

(٢) محمد حسين منصور ، الإثبات التقليدي و الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢٧٩ - عيسى غسان عبد الله الربضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٩٣ وما بعدها - عايض راسد عايض المري ، مدي حجية الوسائل الالكترونية الحديثة في إثبات العقود التجارية ، المرجع السابق ، ص ١٣١ - وسيم شفيق الحجار ، الإثبات الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ وما بعدها .

و أنظر في الفقه الفرنسي :

Caprioli ( E ) : Le juge et la prevue electronique, V . internt, site <http://www.juriscom.net/uni/doc/20000110.htm> .

الختم علامة مميزة يحتوي علي اسم صاحبه وبعض البيانات الخاصة به، وأيضاً البصمة قادرة علي تحديد شخصية صاحبها بسبب عدم التشابه بين البصمات<sup>(١)</sup> .  
ويثور التساؤل حول قدرة التوقيع الإلكتروني في التعبير عن إرادة صاحبه في الالتزام بمضمون التصرف القانوني .

أعتقد أن التوقيع الإلكتروني قادر علي القيام بهذه الوظيفة بدرجة أكبر من التوقيع التقليدي، إذ أن بعض أشكال هذا التوقيع الأخير، كالتختم وبصمة الأصبع، لا تدل علي موافقة صاحبها علي الالتزام بمضمون المحرر، وإن استطاعت أن تحدد هوية الموقع ؛ أما التوقيع الإلكتروني، بمختلف صورته، فإنه يمكن أن يعبر عن رضا صاحبه بالموافقة علي محتوى المحرر، وعلي إجراء العمليات المختلفة عبر الوسائط الإلكترونية، المهم في التقنية التكنولوجية المستخدمة وقدرتها علي توفير الأمان والسرية .

وفي مجال التوقيع الإلكتروني بواسطة الخواص الفيزيائية والطبيعية للإنسان، التوقيع البيومتري، والتوقيع الإلكتروني بإستخدام البطاقة الممغنطة والرقم السري، فإن الشخص لا يضع توقيعته الإلكتروني المتمثل، سواء في بصمة الصوت أو البصمة الشخصية، أو في الرقم السري والقيام بالتصرف القانوني المطلوب إلا بعد موافقته علي مضمون هذا التصرف ؛ وهذا يعبر عن رضائه بالالتزام بمضمون العملية المراد إتمامها<sup>(٢)</sup> ؛ كما أن التوقيع الرقمي، بما يقوم عليه من التقنيات المستخدمة في تأمين المحرر المدون إلكترونياً، يستطيع أن يعبر عن إرادة الموقع في الالتزام بمضمون المحرر، إذ الشخص الذي يستعمل مفتاحه الخاص ليشفّر رسالة معينة، ويقوم المرسل إليه بفك التشفير والتأكد من صحة توقيع هذا الشخص عن طريق اللجوء إلي جهة التصديق للتوقيع الرقمي، فهذا يعتبر الوسائل الامنة في التعبير عن الإرادة<sup>(٣)</sup> .

(١) علاء محمد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، المرجع السابق ، ص ٦٧ وما بعدها .

(٢) نجوي أبو هيبية ، التوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١١٠ وما بعدها - علاء محمد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، المرجع السابق ، ص ٧٢ وما بعدها .

(٣) حسن عبد الباسط جمعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت ، المرجع السابق ، ص ٤٦ وما بعدها .

### المطلب الثالث

#### تطبيقات التوقيع الإلكتروني

يرجع ظهور التجارة الإلكترونية وانتشارها إلى التقدم العلمي في وسائل الإتصال والمعلومات، وبصفة خاصة عبر شبكة الإنترنت، إذ ترتب علي ظهور هذه التجارة بزوغ فكرة النقود الإلكترونية، حيث يتم الدفع من خلال قنوات اتصال إلكترونية ما بين حاسب آلي وإنترنت، إذ لا شك في أن استعمال النقود الإلكترونية يؤدي إلي سهولة وسرعة تسوية المدفوعات، وتقليص الحاجة إلي الإحتفاظ بالنقود السائلة (١)؛ وبالتالي فإن نجاح الثورة المعلوماتية والزواج الذم بين المعلوماتية والإتصالات لعب دوراً هاماً في تغيير محل التجارة الإلكترونية ووسائل تحقيقها، حيث حل التوقيع الإلكتروني والوثائق الإلكترونية محل التوقيع التقليدي والوثائق المكتوبة باليد، وتضاعل دور النقود الورقية والدفع التقليدي أمام ازدهار النقود والدفع الإلكتروني (٢)؛ ونبين بعض تطبيقات التوقيع الإلكتروني التي يمكن أن تتم بإستخدام هذا التوقيع لتسوية المعاملات القانونية بين الأفراد والشركات التي تعرض سلع أو خدمات عبر شبكة الإنترنت، حيث يقوم التاجر بعرض وبيع منتجاته، وبإمكان الافراد شراء حاجاتهم من السلع والخدمات دون أن يكون هناك مقابل مادي لأطراف العلاقة القانونية، وتتمثل هذه التطبيقات في بطاقات الائتمان (فرع أول) وأنظمة الدفع الإلكتروني عبر شبكة الانترنت ( فرع ثان ).

#### الفرع الأول

##### بطاقات الائتمان

يطلق علي بطاقات الائتمان العديد من المسميات مثل البطاقات البنكية أو النقود البلاستيكية (٣)، أو النقود الإلكترونية (٤)، أو بطاقات الدفع الإلكتروني (٥). وبطاقة الائتمان عبارة عن بطاقة مستطيلة من البلاستيك، تحمل اسم البنك المصدر لها، وشارها وتوقيع حاملها، ورقمها وأسم هذا الأخير ورقم حسابه، وتاريخ انتهاء صلاحيتها، وبمقتضي هذه

(١) عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، الكتاب الأول ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ - أحمد شريف

الدين ، أصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ص ٨٩ فقرة ٨٤ .

(٢) محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ١١٩ وما بعدها .

(٣) عايض راشد عايض المري ، مدي حجبة الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية ، الرج السابق ، ص ٤٧ وما بعدها

، فقرة ٣١ - محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ - محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر

الإنترنت ، الطبعة الأولى ، دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٣٠ .

(٤) عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، الكتاب الأول ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

(٥) عيسى غسان عبد الله الرضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ وما بعدها .

البطاقة يستطيع حاملها أن يسحب مبالغ نقدية من أجهزة الصرف الآلي Las distributeurs automatiques de billets، أو أن يقدمها كأداة وفاء لما يحتاجه من سلع وخدمات لدى الشركات والتجار المتعاملين بهذه البطاقة بدلاً من الوفاء بثمنها فوراً<sup>(١)</sup>؛ ويجب أن يكون حامل البطاقة عميلاً للبنك مصدر البطاقة، بأن يوجد لديه حساب مصرفي لدى هذا البنك، وأن يقدم ضمانات معينة للحصول على هذه البطاقة، كأن يودع العميل في حسابه مبلغاً مساوياً للحد الأقصى للإئتمان الذي توفره له البطاقة، ويعطي العميل تفويضاً للبنك بأن يخضم من هذا الحساب كل ما ينشأ في ذمته من التزامات مالية بسبب استعمال البطاقة. وتصدر البطاقة وفقاً لشروط يضعها البنك وتكون معدة سلفاً، وتكون البطاقة في حدود مبلغ مالي معين لا يجوز للعمل أن يتجاوزه<sup>(٢)</sup>.

وتتعدد بطاقات الائتمان التي تصدرها البنوك إلى الأنواع الآتية :

#### أولاً : بطاقة السحب الآلي Carte de prelevement automatique

تعتبر هذه البطاقة أكثر أنواع البطاقات شيوعاً وانتشاراً، إذ تستخدم البطاقة لسحب مبالغ نقدية من حساب حاملها بحد أقصى متفق عليه، مع البنك المصدر للبطاقة من خلال أجهزة خاصة، حيث يقوم العميل بإدخال بطاقته في جهاز السحب الآلي الذي يطلب منه إدخال الرقم السري<sup>(٣)</sup> Numero de code personnel المكون من أربعة أرقام، فإذا كان الرقم صحيحاً، فإن العميل يقوم بتحديد المبلغ الذي يريد الحصول عليه بواسطة لوحة المفاتيح الموجودة على الجهاز، وبعد إتمام العملية المصرفية يسترد العميل بطاقته اليأ، ثم يخرج شريط ورقي مدون عليه اسم البنك، وبيانات بعملية السحب التي تمت من حيث التاريخ والساعة والمبلغ المسحوب والمبلغ المتبقي<sup>(٤)</sup> ويشترط لإستخدام هذه البطاقة وجود رصيد لحاملها يكفي للمبلغ المراد سحبه، فإذا لم يكن هناك رصيد في الحساب أو كان الرصيد غير

(١) جميل عبد الباقي الصغير، الحماية النائية و المدنية لبطاقات الائتمان المغنطة، المرجع السابق، ص ١٠ - كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٦، ص ٤٦ وما بعدها - فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٠، ص ٨ وما بعدها.  
(٢) نبيل محمد أحمد صبيح، بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء و الائتمان المصرفية، مجاة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة السابعة والعشرون، ٢٠٠٣، ص ٢٢٧.  
= وأنظر أيضاً :

Jeandidier ( W ) : Les truages et usages frauduleux de cartes magnetiques, J.C.P., 1986, I, 3229.

(٣) ويطلق عليه باللغة الإنجليزية Personal identification number واختصارا PIN.

(٤) كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الائتمان، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها - محمد أمين الومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، المرجع السابق، ص ١٣٥ - خالد مصطفي فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٢٢٠ وما بعدها، فقرة ٢٠٤.

كاف، فإن العملية المصرفية لا تتم، إذ يرفض جهاز السحب الآلي هذه العملية، لأن البطاقة لا تعتبر بطاقة ائتمان، فلا تعطي للعميل تسهياً ائتمانياً<sup>(١)</sup> وإنما يقوم البنك برد المبلغ المودع لديه إلى العميل بواسطة بطاقة السحب الآلي تفادياً للزحام الموجود في البنوك، وتسهياً على العملاء بتوفير احتياجاتهم من النقود في غير أوقات العمل الرسمي وفي أيام العطلات<sup>(٢)</sup>

### ثانياً : بطاقة الوفاء Carte de paiement

ويطلق عليها أيضاً بطاقة الخصم الفوري<sup>(٣)</sup>، أو بطاقة الدفع<sup>(٤)</sup> وهي بطاقة تعتمد على وجود رصيد لحاملها لدى البنك المصدر للبطاقة في صورة حساب جاري بهدف تسوية مسحوبات العميل، مثل البطاقة الزرقاء في فرنسا Carte Bleue وبطاقة الفيزا الإلكترونية في مصر Visa Electron وتخول هذه البطاقة لحاملها سداد ثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها من بعض المحلات التجارية التي تقبل الدفع إلكترونياً بموجب اتفاق مع البنك المصدر للبطاقة، ويتم ذلك بتحويل ثمن السلع والخدمات من رصيد العميل إلى حساب البائع، وعملية التحويل تكون بإحدى طريقتين، طريقة مباشرة وأخرى غير مباشرة .

### ١- الطريقة المباشرة On - Line

تتم هذه الطريقة بقيام العميل المشتري بتسليم بطاقته إلى البائع الذي يقوم بتمريرها داخل جهاز للتأكد من صحة بيانات البطاقة ومن وجود رصيد يكفي لسداد ثمن السلع أو الخدمات التي يريد حامل البطاقة، ثم يقوم هذا الأخير بإدخال الرقم السري لتتم عملية التحويل مباشرة من حساب العميل إلى حساب البائع ؛ وتتميز هذه البطاقة بأنها تمثل ضماناً كافياً للبائع في الحصول على مستحقاته فور إرساله للكشوف أو الفواتير إلى البنك مصدر البطاقة . وقد أطلق رأي في الفقه على بطاقة الوفاء تسمية بطاقة الدفع المؤجل Carte de paiement differe لأنها تعطي حاملها أجلاً في الوفاء الفعلي لثمن السلع والخدمات التي حصل عليها بدلاً من الوفاء الفعلي للثمن فوراً، وإنما يقوم بتجميع قيمة مشتريه وبطالبه بها دورياً، مرة كل شهر، في تاريخ معين، الأمر الذي يؤدي إلى استفادة العميل بالفترة

(١) عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، الكتاب الأول ، المرجع السابق ، ص ١١١ وما بعدها -

عيسى غسان عبد الله اليضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١١٠ وما بعدها .

(٢) جميل عبد الباقي الصغير ، القانون الجنائي و التكنولوجيا الحديثة ، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي ، الكتاب الأول ،

الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ٣٧ .

(٣) جميل عبد الباقي الصغير ، الحماية الجائبة و المدنية لبطاقات الائتمان المغنطة ، المرجع السابق ، ص ١٥ .

(٤) محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ - عيسى غسان عبد الله الرضي ، القواعد الخاصة

بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١٠٨ - محمد أمين الروبي ، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

ما بين وقت الشراء وحصول الوفاء الفعلي، وهي فترة قد تصل في بعض الأحيان إلي خمسة وخمسين أو ستين يوماً<sup>(١)</sup>

## ٢ - الطريقة غير المباشرة OFF-Line

تتم هذه الطريقة بترقيم العميل بطاقته، التي تحتوي علي بيانات، ويصدر فاتورة بقيمة السلع أو الخدمات من عدة نسخ يوقعها العميل، وترسل إحدي هذه النسخ إلي البنك مصدر البطاقة، وبأخذ العميل نسخة من الفاتورة، ويحتفظ التاجر بنسخة لديه<sup>(٢)</sup>

## ثالثاً : بطاقة الائتمان Carte de credit

تخول هذه البطاقة لحاملها الحق في الحصول علي تسهيل ائتماني من البنك مصدر البطاقة، حيث يقوم العميل بشراء ما يحتاجه من سلع وخدمات ويقدمها للتاجر لسداد قيمة مشترياته، فيتولي البنك السداد ثم يرجع بعد ذلك علي العميل خلال الأجل المتفق عليه، وهذا يعني أن خصم مبالغ المشتريات لا يتم مباشرة من حساب حامل البطاقة، وإنما يكون علي ضوء الإتفاق المبرم بين هذا الأخير والبنك، فيبدو الفارق الأساسي بين هذه البطاقة وبطاقة الوفاء، في أن البطاقة الأولى وسيلة ائتمان، في حين أن البطاقة الثانية أداة دفع<sup>(٣)</sup>. ويحصل البنك مصدر هذه الطاقه علي فوئد مقابل توفير اعتماد لحاملها، حيث يتأكد البنك من ملاءة هذا الأخير، فلا يمنحه البطاقة إلا بعد الحصول منه علي ضمانات عينية أو شخصية كافية<sup>(٤)</sup>.

## رابعاً : بطاقة ضمان الشكات

يصدر البنك هذه البطاقة لعملائه من حاملي الشيكات، حيث تعتبر البطاقة وسيلة لضمان حصول التاجر أو مقدم الخدمة علي المقابل الذي تم تسويته عن طريق الشيك، إذ بمقتضاها يتعهد البنك لعميله حامل البطاقة بأن يضمن سداد الشيكات التي يحررها العميل، وفقاً لشروط إصدار البطاقة . ويكتب علي البطاقة، عادة، اسم العميل البطاقة للمستفيد لتدوين بياناتها علي ظهر الشيك، ثم يوقع أمامه، فإذا توافرت شروط صحة البطاقة، فإن البنك المسحوب عليه يلتزم بدفع قيمة الشيك للمستفيد بصرف النظر عن وجود رصيد كان من

(١) رفعت أبادير ، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية ، مكتبة سعيد رأفت ، ١٩٨٤ ، ص ١٨ .

(٢) جميل عبد الباقي الصغير ، الجرم الناشئة عن استخدام الحاسب الالي ، المرجع السابق ، ص ٣٤ وما بعدها .

(٣) عمر سالم ، الحماينة لبطاقة الوفاء ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ ، ص ١٤ - خالد مصطفى فهمي ،

النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢١٩ وما بعدها ، فقرة ٢٠٣ وما بعدها .

(٤) محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ - محمد أمين الرومي ، التعقد الإلكتروني عبر الانترنت ،

المرجع السابق ، ص ١٣٨ وما بعدها - قدرى عبد الفتاح الشهوي ، قانون التوقيع الإلكتروني و لائحته التنفيذية ، المرجع السابق ، ص

٤٣٤ ، وما بعدها ، فقرة ١٣٦ .

عدمه<sup>(١)</sup>؛ وبالتالي يبدو واضحاً الاختلاف بين هذا النوع من البطاقات وبطاقة الوفاء، إذ الأخيرة تعتبر وسيلة وفاء، أما بطاقة الضمان، فالفرض أن وسيلة الوفاء هي الشيك، وتستخدم بطاقة الضمان في الوفاء بقيمة الشيك، مما يعني أنها لا تستعمل استقلاً عن الشيك، إنما تعمل بجانبه<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني

#### أنظمة الدفع الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت

لا تقتصر أعمال الدفع في التجارة الإلكترونية علي البطاقات وحدها، إذ تطور شبكة الانترنت ونموها المطرد يؤدي إلي ظهور وسائل وأساليب جديدة في الدفع لم تكن معروفة في الماضي القريب، إذ تمتع أنظمة الدفع الإلكتروني بالسرعة واليسر في تسوية المعاملات المالية، جعل من غير المقبول وجود تجارة الكترونية بدون تطور مستمر لأساليب الدفع<sup>(٣)</sup>، بحيث أصبحت عملية تحويل ثمن السلع أو الخدمات تمثل العماد الرئيسي في نجاح وتطور هذه التجارة . ويمكن أن يتم الوفاء الإلكتروني عبر شبكة الانترنت بالنقود الالكترونية أو بالشبكات الالكترونية أو عن طريق الوسائل الالكترونية المصرفية .

(١) جميل عبد الباقي الصغير ، الجرم اناشئة عن الحسب الآلي ، المرجع السابق ، ص ٣٥ وما بعدها – عبد الفتاح بيومي حجازي ،

النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .

(٢) عمر سالم ، الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء ، المرجع السابق ، ص ١٤ ، فقرة ١١ .

(٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجونب القانونية عبر وسائل الاتصال الحديثة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ، ص ٥ .

## الفصل الثاني

### حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات المدني

يرتبط مضمون السند العادي بالدعامة التي يثبت عليها، وهي عادة ما تكون على شكل ورقة بحيث لا تتوافر مصداقية السند إلا ببقاء هذا المضمون على الدعامة الورقية الأساسية، فالمصداقية إذن تتوفر جزئياً بفعل الدعامة الورقية، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للمستند الإلكتروني؛ حيث يقتضي المحافظة على مصداقية المستند وإن تغيرت دعامته، كما لو نقل ملف رقمي موقع إلكتروني موجود على دعامة ممغنطة إلى قاعدة بيانات الحاسب الآلي ثم إلى قاعدة بيانات حاسب آخر عبر شبكة الإنترنت الذي يجسد رقمياً وليس مادياً مضمون المستند الإلكتروني، لذلك يجب توفير الحجية له (١).

إن العنصر الثاني الذي به يكون دليل الإثبات في المجال الإلكتروني تاماً - والذي يحدد هوية الشخص ويعبر عن قبوله للإلتزامات الواردة في المستند - هو التوقيع بالشكل الإلكتروني، فدليل الإثبات لا قيمة قانونية له إذا لم يكن موقعا من أطرافه، فالتوقيع بالشكل الإلكتروني يعطي دليل الإثبات حجية وبالتالي يصبح دليلاً قائماً لحين تقديم دليل آخر على خلاف ذلك (٢) ولهذا رصدت التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني للتوقيع بالشكل الإلكتروني بعداً قانونياً يعادل بقوته الحجية المقررة للتوقيع التقليدي (٣).

## المبحث الأول

### النصوص القانونية التي أقرت حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني ومساوتها بحجية التوقيع التقليدي

المشرع المصري: تنص المادة (١٤) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م، على أنه: "التوقيع الإلكتروني، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

(١) انظر: وسيم شفيق الحجار: الإثبات الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٢) PUYBAREAU (F) : la Signature Electronique en quête de reconnaissance. Op. cit. P. 1.

(٣) انظر: د. محمد حسين منصور: الإثبات التقليدي والإلكتروني، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

المشرع الأردني: أورد قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م، مادتين ساوى فيهما بين حجية التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي، وهما المادة الأولى (٧/أ) والتي تنص على أنه: "يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للأثار الثانوية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات". والمادة الثانية (١٠/أ) والتي تنص على أنه: "إذا استوجب تشريع نافذ توقيعاً على المستند أو نص على ترتيب أثر على خلوه من التوقيع، فإن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني يفى بمتطلبات ذلك التشريع".

المشرع البحريني: تنص المادة (٦/٢) من قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢م، على أنه: "إذا أوجب القانون التوقيع على مستند، أو رتب أثراً قانونياً على خلوه من التوقيع، فإنه إذا استعمل سجل إلكتروني في هذا الشأن، فإن التوقيع الإلكتروني عليه يفى بمتطلبات هذا القانون".

المشرع الإماراتي: تنص المادة (١٠/١) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م، على أنه "إذ اشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يعول عليه في إطار المعنى الوارد في المادة (٢٠) من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط".

يتضح من استعراضنا للنصوص، أن التشريعات المختلفة أولت الإثبات الإلكتروني اهتماماً، وساوت بين التوقيع بالشكل الإلكتروني والتوقيع التقليدي، كما أقرت للتوقيع بالشكل الإلكتروني حجية مساوية لحجية التوقيع التقليدي<sup>(١)</sup>، لذا لم يعد إحداث التوقيع بواسطة وسيلة إلكترونية عقبة أمام الاعتراف به وقبوله كعنصر في دليل الإثبات، فقد أصبح التوقيع بالشكل الإلكتروني - بعد مساواته بالتوقيع التقليدي - أداة تصلح لتوثيق التصرفات التي تتم بواسطة الوسائط الإلكترونية<sup>(٢)</sup>، كما ان مساواة التوقيع بالشكل الإلكتروني بالتوقيع التقليدي أنهت سلطة القاضي في الأخذ به أو رفضه<sup>(٣)</sup>؛ غير ان هذه الحجة المقررة للتوقيع بالشكل الإلكتروني ليست مطلقة ولا تمنح لجميع التوقيعات بالشكل الإلكتروني أياً كانت مصداقيتها

(١) أنظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: توثيق المعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير، مرجع سابق، ص ١٨٦٧؛

كذلك أنظر: Lambert (A) : Op.p.2-

(٢) أقرت إحدى المحاكم في باريس قرار أصدرته بتاريخ ٤/٢/٢٠٠٤م، بان التوقيع الإلكتروني يجوز ذات حجية التوقيع التقليدي، وقد جاء هذا الحكم بمناسبة نزاع بين شركة (Pere-Noel) وهي شركة بيع عن بعد وأحد المستهلكين.

(٣) Vilarrubla (l) : les apports de signature électronique. www.signalec.com/News

ودرجة توثيقها، فهناك ثمة متطلبات وشروط علقّت التشريعات عليها مساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع التقليدي من حيث الوظيفة والحجية<sup>(١)</sup>، علماً بأن هذه التشريعات تمكن أي شخص من أن يثبت حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني أو دحضها بأي وسيلة ممكنة<sup>(٢)</sup>.

## المبحث الثاني

### متطلبات وشروط حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني

ميزت التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني ما بين الحجية المقررة للتوقيع الإلكتروني البسيط والحجية المقررة للتوقيع بالشكل الإلكتروني المتقدم، فبينما أقرت التشريعات صراحة حجية للتوقيعات بالشكل الإلكتروني المتقدمة مساوية لحجية التوقيع التقليدي، اختلفت فيما بينها على الجية المقررة للتوقيعات بالشكل الإلكتروني البسيطة، فمثلاً لم ينكر التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني البسيط إذا قدم صاحبه الدليل على صحة منظومة إنشائه، بمقابل ذلك لم يقرر التشريع الإماراتي والأردني أية حجية للتوقيع بالشكل الإلكتروني البسيط<sup>(٣)</sup>. ونوجز أهم المتطلبات والشروط التي يجب أن يحققها التوقيع بالشكل الإلكتروني للإقرار له بحجية مساوية لحجية التوقيع التقليدي.

(١) على الرغم من أن المادة (٢/٥) من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية نصت على عدم حجب الفعالية القانونية عن التوقيع الإلكتروني لأنه غير مبني على شهادة تصديق إلكترونية رفضت بعض التشريعات إقرار حجية للتوقيع الإلكتروني الذي لا يستند على شهادة التصديق الإلكترونية كالتشريع الأردني.

(٢) راجع: المادة (٤/٦) من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، التي تنص على أنه: "المسائل المتعلقة بالأمور التي تنظمها هذه القواعد ولا تسويها هذه القواعد صراحة تسوى وفقاً للمبادئ العامة التي تستند إليها هذه القواعد".

(٣) في القانون الألماني الخاص بالتوقيعات الرقمية هناك ثلاث درجات للتوقيع الإلكتروني، الأول: التوقيع الإلكتروني البسيط، والثاني: التوقيع الإلكتروني المسبق وهو التوقيع الذي يستوفي الشروط التالية: ١- أن يكون مرتبطاً بحائز مفتاح التوقيع بها يسمح بكشف هويته، ٢- أن يتوقف مع الوسائل الموضوعية تحت رقابته دون سواه، ٣- أن يكون التوقيع مرتبطاً مع البيانات على نحو الذي يمكن كشف أي تعديل لاحق، الثالث: التوقيع الإلكتروني الموصوف وهو الذي يركز على شهادة إلكترونية موصوفة صحيحة لحظة إنشائه، وأن يتم وضعه وفقاً لمنظومة آمنة.

## المطلب الأول

## إنشاء التوقيع بالشكل الإلكتروني بواسطة وسائل خاصة بالشخص الموقع وخاضعة

## لسيطرته وحده دون غيره. (١)

لكي يكون التوقيع بالشكل الإلكتروني مقبلاً يجب ان يتم إنشاؤه بواسطة ادوات تكون خاصة بالشخص الموقع (٢)، وأن تكون خاضعة لسيطرته وحده دون غيره، من ذلك مفتاح التوقيع الرقمي الخاص، ففي حال إحداث توقيع يجب أن تكون أدواته (سواء كانت منظومة (٣) هذا المفتاح مدونة على قاعدة بيانات الحاسب الآلي أو على سي دي خاص أو دسك) خاصة بالموقع حتى يضمن أن يكون التوقيع متميزاً، لذا يجب على صاحبها المحافظة عليها ويحرص من وصولها إلى الغير، كذلك - وبذات الوقت- يجب ان تكون أداة إحداث منظومة التوقيع تحت سيطرته؛ وقد نص المرسوم الفرنسي رقم ٢٣٠/٢٠٠٠م، والذي كيف قواعد الإثبات مع تكنولوجيا المعلومات في مادته (١٣١٦) على أن التوقيع بالشكل الإلكتروني حتى يكون فعالاً يجب أن يمكن في استخدام وسيلة جاهزة للتشغيل وهي (بالمعنى الفني) تعني الأداة التي مكن الثقة فيها لإحداث منظومة التوقيع بالشكل الإلكتروني وكشف هوية صاحب التوقيع وضمان سلامة المستند الإلكتروني. (٤)

(١) راجع: المادة (٣/٦ب) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية؛ كذلك المادة (٣/٢أ) من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية كذلك المادة (٣/٢أ) من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية؛ كذلك المادة (١/٢أ) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠١/٢٧٢م؛ كذلك المادة (٣١ج) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني؛ كذلك المادة (١٨أ،ب) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري؛ كذلك المادة (١/٢٠أ،ب) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

(٢) ويتفق المشرع الفرنسي والمصري على تسميتها: "بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني"، وهي عبارة عن عناصر متفردة خاصة بالموقع وتميزه عن غيره ومنها على الأخص مفاتيح الشفرة الخاصة به، والتي تستخدم في إنشاء التوقيع الإلكتروني المادة (٨/١) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني، والمادة (٤/١) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠١/٢٧٢م من القانون الفرنسي.

(٣) يقصد بمنظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني: "الآلية أو البرمجة المستخدمة بغرض تطبيق القانون بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني" المادة (١/٥) من المرسوم ٢٠٠١/٢٧٢م الفرنسي؛ كذلك المادة (١٩/١) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

(٤) SEDALLIAN (V): Prevue Signature Electronique. <http://www.internet-juridique.net>

## المطلب الثاني

ارتباط التوقيع الإلكتروني ببيانات المستند الإلكتروني بطريقة يكشف بها أي تغيير لاحق

على بيانات المستند او على التوقيع ذاته (١)

الخاصية الثانية التي يجب على التوقيع بالشكل الإلكتروني أن يستوفيها لإعتبره توقيعاً متقدماً ضمان بيانات المستند الإلكتروني وضمان سلامة بيانات إنشائه.

إن المستند الإلكتروني ( وما يحتويه من بيانات خاصة وبيانات التوقيع ) وقد يتعرض للتغيير أثناء عملية نقله من المرسل إلى المرسل إليه؛ ومع أن مصطلح السلامة (Integrity) قلما يجري استخدامه في القانون، إلا أن السلامة مطلوبة في تبادل عبر شبكة الإنترنت، وتحقق سلامة بيانات المستند من خلال وسيلة التوقيع بالشكل الإلكتروني، فهذا الأخير يناط به وظيفة إضافية- على وظائف التوقيع التقليدي) تتمثل بكشف أي تغيير لاحق يمس بيانات المستند الإلكتروني أو بيانات إنشائه عقب توقيعه، ويمكن كشف التغيير من خلال منظومة فحص التوقيع بالشكل الإلكتروني (٢)، فمن اللحظة التي يستقبل المرسل إليه المستند الإلكتروني يجب عليه فحص بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني التي سوف تسمح له بالتيقن من هوية صاحب التوقيع (بفضل شهادة التصديق الإلكترونية)، وسلامة بيانات المستند الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع بالشكل الإلكتروني)، وتتم عملية الفحص بفصل المفتاح العام للمرسل الذي يسمح للمرسل إليه بالعثور على ملخص المستند الإلكتروني، بعد ذلك يقوم المرسل إليه بواسطة برنامجه ( الذي يجب أن يكون ذات البرنامج الذي استخدمه المرسل) بإجراء ملخص آخر للمستند الإلكتروني، وأخيراً يقوم بمقارنة الملخص الناتج مع الملخص المستلم ماذا تم التوافق بينهما فإن المستند الإلكتروني صحيح ولم يعبث به أحد.

(١) راجع: المادة (٣/٦ج) من قانون الأونسيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، كذلك المادة (٣/٢ج) من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية؛ كذلك المادة (٢/١ج) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠١/٢٧٢م، كذلك المادة (١/٢٠د) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي؛ كذلك المادة (١٨ج) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري، كذلك المادة (٣١د) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

(٢) منظومة فحص التوقيع الإلكتروني يقصد بها حسب المادة الثانية من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية: "المنظومة البرمجية أو المادية المقررة بغرض البيانات الخاصة لفحص التوقيع"، براجع المادة (٨/١) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠١/٢٧٢م، كذلك المادة (٢٠/٠١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م.

## المطلب الثالث

## تعريف التوقيع بالشكل الإلكتروني بهوية صاحبه والتعبير عن رضائه

بمحتوى المستند الإلكتروني<sup>(١)</sup>

المتطلب الثالث الذي يجب أن يحققه التوقيع بالشكل الإلكتروني ليكتسب صفة التوقيع المتقدم، كشف هوية الشخص الموقع والتعبير عن إرادته بالالتزام بمحتوى المستند الإلكتروني، وانتهينا إلى أن التوقيع بالرقم السري المقترن بالبطاقة الإلكترونية والتوقيع القائم على التشفير يحققان هاتين الغايتين<sup>(٢)</sup>؛ فمثلا بواسطة المفتاح العام (العائد للمرسل) يستطيع المرسل إليه التحقق من هوية الشخص الموقع وذلك من خلال الرجوع إلى شهادة التصديق الإلكترونية المبعوثة مع المستند الإلكتروني أو المنشورة على الموقع الإلكتروني الخاص بالجهة التي أصدرتها<sup>(٣)</sup>؛ كما أن التوقيع بالشكل الإلكتروني لا يبرهن على هوية الموقع، فهو يسمح فقط بتحديد هوية الحاسب الآلي مصدر الإرسال، دون تحديد هوية الشخص الذي يتعامل معه، وبدون التحقق من صفة المرسل، وفي رأيي هذه الفكرة ضعيفة ولا يؤيدها إلا القليل من الفقه؛ ولا بد من الإشارة إلى أن الجهة التي تصدر شهادة التصديق الإلكترونية لا توثق المستندات الإلكترونية الناتجة عن تبادل الرضاء بين أطرافه، لعدم معرفتها بالعقد ومحتواه، فكل ما تقوم به هذه الجهة هو تثبيت الصلة بين الشخص والمفتاح العام العائد له؛ وتتحقق نية التعبير عن الرضاء بالالتزام بمحتوى المستند الإلكتروني من خلال استخدام الموقع مفتاحه الخاص، فعندما يقوم هذا الأخير بتفعيل بيانات إنشاء التوقيع تتجه الإرادة إلى الالتزام بما تم التوقيع عليه، هذه هي نتيجة استخدام الوسائط الإلكترونية في كتابة المستندات، فقد أجبرتنا على استبدال القلم (هو الأداة التي تعبر عن الإرادة) بمنظومة بيانات إنشاء التوقيع.

(١) راجع: المادة (٣/٦) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية؛ كذلك المادة (٢/٢) من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية، كذلك المادة (١/٢) (ب) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٧٢ لسنة ٢٠٠١ م، كذلك المادة (١/٢٠) (ب) المعاملات قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

(٢) وهناك أشكال أخرى للتوقيع الإلكتروني، كالتوقيع بالقلم الإلكتروني والتوقيع بواسطة الخواص الفيزيائية للإنسان لها القدرة على تحقيق هاتين الغايتين، ولكنها مرتبطة بمدى توفير التقنية المستخدمة للثقة والأمان.

(٣) VIVIEN (V): la signature Electronique.

<http://www.fiscalonline.com>.

### المطلب الرابع

**التوقيع بالشكل الإلكتروني يتميز بشكل فريد بإرتباطه بالشخص صاحب العلاقة<sup>(١)</sup>**

المتطلب الأخير الذي يجب أن يلم به التوقيع بالشكل الإلكتروني لكي يكون توقيعاً متقدماً أن يميز الشخص موقع المستند الإلكتروني عن غيره، والحكمة من هذا المتطلب في التصرفات التي عبر الوسائط الإلكترونية هي ربط العلاقة بين الشخص الموقع والمستند الإلكتروني الصادر عنه، ففي ظل غياب التقابل الجسدي للأطراف في مثل هذه التصرفات، وعدم ثبات المستند الإلكتروني - الذي يعبر عن هوية صاحبه ويثبت محتوى المستند الإلكتروني وإن تغيرت دعامته - أن يكون مرتبطاً بشكل متميز بصاحبه؛ وعليه، إذا حقق التوقيع بالشكل الإلكتروني هذه المتطلبات الأربعة السابقة، فإن يكتسب صفة التوقيع بالشكل الإلكتروني المتقدم، ولكن هذه المتطلبات لا تحد من قدرة أي شخص القيام بأي طريقة أخرى لإثبات أن التوقيع بالشكل الإلكتروني توقيع متقدم<sup>(٢)</sup>، أو العكس، فلأي شخص أن يثبت أن التوقيع بالشكل الإلكتروني الذي استخدمه هو توقيع متقدم وبأي طريقة أخرى غير تلك المنصوص عليها مسبقاً . فقد يتفق الأطراف فيما بينهم على أن التوقيعات المتبادلة هي توقيعات بالشكل الإلكتروني متقدمة ؛ إذ قد ينظموا فيما بينهم عقد يبين أجل وشروط التوقيعات بالشكل الإلكتروني ومستوى الأمان الذي يعتبرونه ملائماً، لكن في الحدود المعينة بموجب القانون الوطني وبدون الإعتماد على التوقيعات الإلكترونية المتقدمة.

### الفرع الأول

#### حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني

إن التوقيع هو علامة أو إشارة تميز شخصية الوقع وتعبّر عن إرادته بالالتزام بمضمون السند الموقع منه وإقراره بهذا الإلتزام، والتوقيع التقليدي يتميز بإرتباطه بشخصية صاحبه امتداداً لها، مما يجعل صعوبة صدور التوقيع عن شخص آخر لأنه يبعده عن الحقيقة، وبظهور التوقيع الإلكتروني ثار التساؤل حول إمكانية اعتماد هذا النوع من التوقيعات في استكمال عناصر الدليل الكتابي، ومما يزيد في صعوبة ذلك هو عدم وجود تعريف للتوقيع التقليدي في ظل القوانين وآراء الفقه، الأمر الذي أدى إلى تضارب الآراء في مدى اعتماد التوقيع بالشكل الإلكتروني والذي ظهر كبديل للتوقيع التقليدي، مما أدى اعتباره عنصراً من عناصر الدليل الكتابي الذي يصلح في إثبات التصرفات القانونية، فكل من

(١) راجع: المادة (١/٦) من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية؛ كذلك المادة (١/٢) من التوجيه الأوروبي بشأن

التوقيعات الإلكترونية؛ كذلك المادة (١/٢٠) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

(٢) أنظر : المادة (١/٤/٦) من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية.

قانون الإثبات العراقي والمصري لم يقوما بوضع تعريف للتوقيع التقليدي على الرغم من أنهما قد حددا أشكال التوقيع الذي يعتد به قانونا.

فالتحول من الطريقة التقليدية للتوقيع إلى التوقيع بالشكل الإلكتروني في مجال المعاملات المدنية والتجارية يتطلب المحافظة على الدور الذي يلعبه التوقيع التقليدي ولن يتحقق ذلك إلا بوضع إجراءات جديدة تحقق الأمن والثقة في هذا النوع وتحميه قانونيا وتقنيا، ولا يتم ذلك إلا بوجود طرف أو جهة محايدة يتم بواسطتها إيداع التوقيعات لديها وتكون هي الجهة المعتمدة لهذه التوقيعات.

و الأسباب التي تؤدي إلى أضعاف قوة التوقيع بالشكل الإلكتروني في الإثبات ترجع في أساسها إلى عدم وجود فكرة الأمن القانوني، مما يمكنه أن يلعب دورا هاما وأساسيا في إضفاء الحجية على وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة، ومن الأمثلة التي تضرب على ذلك إبرام العقود عبر الإنترنت الذي يعتبر مفتوحا لكافة الأفراد، الأمر الذي يؤدي إلى إمكانية دخول أشخاص بسوء نية إما لتعطيل البيانات الموجودة على الشبكة، أو من أجل تغييرها، في هذا المجال يتم إبرام العقود عن طريق شبكة الإنترنت وتوقيعها إلكترونيا من خلال إتباع إجراءات معينة تؤدي في محصلتها إلى الأمن القانوني والتقني وهذا يؤدي إلى وجود فارق بين ما يتطلبه القانون في الإثبات وما عليه الواقع في مجال إبرام هذه العقود.

### الفرع الثاني

#### حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني المتقدم

نصت غالبية التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني على أن كافة التوقيعات بالشكل الإلكتروني على اختلاف أشكالها مقبولة أمام القضاء؛ ولكن في حالة عدم توفر المتطلبات الضرورية لقيام قرينة مكانية أحداث التوقيع بالشكل الإلكتروني؛ يتحمل صاحبه عبء البرهنة على صلاحية بيان هذه المنظومة في حالة نشوب نزاع بين الأطراف على صحة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني؛ فكل من يتمسك بالتوقيع بالشكل الإلكتروني عليه تقديم الدليل للقاضي يثبت به صحة بيانات انشائه بمعنى إقامة الدليل على كفايته الفنية.

ولقد وضعت التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني قرينة مفترضة للتوقيع بالشكل الإلكتروني المتقدم وهذه القرينة تعمل على زوال عبء الدليل عن كاهل الموقع؛ ولكن فقط إلى أن يقدم دليلا يقضي بعكس ذلك؛ إذ للخصم دحض هذه القرينة بإثبات أن التوقيع بالشكل الإلكتروني وقت أحداث بياناته لم يحقق المتطلبات التي تجعله توقيعاً إلكترونياً متقدماً؛ أما عن حجية التوقيع الإلكتروني البسيط أو التوقيع الإلكتروني

المعيب أي الذي لم يستوف المتطلبات السالف ذكرها؛ فعلي الرغم من أن التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الإلكترونية قد أوصى الدول الأعضاء بعدم رفض التوقيع الإلكتروني الذي لا يستند علي شهادة التصديق الإلكترونية؛ فإن بعض التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني لم تقر بأي حجية للتوقيع الإلكتروني البسيط .

### المبحث الثالث

#### اتفاق الأطراف على تنظيم حجية للتوقيع بالشكل الإلكتروني في الإثبات

في الوقت الذي لم تكن به التشريعات تنظم الإثبات الإلكتروني وتعترف بعناصر الدليل الإلكتروني، وعدم استيعاب القواعد العامة للإثبات لهذا الدليل، اتبع البعض ممن يرتكزون في إبرام تصرفاتهم على الوسائط الإلكترونية طريقة عقد اتفاقيات خطية فيما بينهم يصادقون من خلالها على صحة الوسائط المستخدمة في إبرام التصرف والإقرار بالقوة الثبوتية لما يستخرج عن هذه الوسائط من أدلة؛ فمن خلال هذه الاتفاقيات يقررون بحجية التوقيع بالشكل الإلكتروني المتبادل فيما بينهم، ويعترفون بصحة الأدلة المقدمة على شكل أشرطة مغناطيسية أو ضوئية، أو المصغرات الفيلمية، أو المستندات المستخرجة عن أجهزة الفاكس أو التلكس، أو أي شكل آخر. وعلي الرغم من صدور التشريعات التي تنظم الإثبات في المجال الإلكتروني واعترافها بحجية التوقيع بالشكل الإلكتروني، إلا أنه ما زال البعض - إلى وقتنا هذا - يرون أن مصلحتهم تكمن في إبرام اتفاق يجيز لهم الإستعانة بمستخرجات الوسائط الإلكترونية لإثبات تصرفاتهم؛ أو إحلال مبدأ الثبوت الحر في إثبات التصرفات محل مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة<sup>(١)</sup>، أو أية شروط أخرى تهدف إلى تسهيل وصول الأطراف إلى إثبات حقوقها بشرط إلا تكون مخالفة للنظام العام، ومن الإتفاقيات الأكثر شيوعا واستخداما - في الواقع العملي - اتفاقيات البنوك؛ إذ ما زالت البنوك إلى وقتنا الحاضر تبرم اتفاقا مع العميل عند تقديم خدمة البطاقات الإلكترونية التي تمكنهم من القيام ببعض العمليات البنكية كدفع ثمن السلع والخدمات أو سحب النقود وتحويلها، يقر العميل بموجبه على أن المستندات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني المستخدم لها حجية في الإثبات تعادل السندات والتوقيعات التقليدية.

وفي تقديرنا أنه بالمستقبل القريب بعد تفعيل التشريعات التي تنظم الإثبات في المجال الإلكتروني في الواقع العملي، وصدور أحكام قضائية تعترف بحجية عناصر المستندات الإلكترونية ومساواتها بعناصر السندات التقليدية، أن البنوك سوف تبدأ بالتخلي تدريجيا عن

(١) ويمكن أن يتضمن هذا الاتفاق بندا يقرر حجية هذه المستخرجات، وسوف نرى لاحقا مدى صحة هذا البند.

تنظيم هذه الاتفاقيات<sup>(١)</sup>؛ وبما أن هذه الاتفاقيات تعد خروجاً عن القواعد العامة للإثبات وعن التنظيم القانوني لها، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هو ما مدي صحة هذه الاتفاقيات؟ فهل هي مخالفة لقواعد الإثبات؟ وإذا لم تكن مخالفة لهذه القواعد، ما هو انعكاس هذه الاتفاقيات على قبول التوقيع بالشكل الإلكتروني في الإثبات؟ وأخيراً هل من تحديات تواجه هذه الاتفاقيات؟ للإجابة على هذه الأسئلة نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: نبحث فيه مدي صحة هذه الاتفاقيات من الناحية القانونية وأثرها على قبول التوقيع الإلكتروني، المطلب الثاني: نبحث فيه التحديات التي تحد من اللجوء إلى إبرام هذه الاتفاقيات، وعلى النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### مدي قانونية اتفاق الأطراف على منح التوقيع بالشكل الإلكتروني حجية في الإثبات

يلجأ الأشخاص إلى إبرام اتفاق يضيفي حجية على عناصر الدليل الإلكتروني، مثل هذا الاتفاق نري بأنه لم يعد له داع مع صدور تشريعات تقر بصحة أدلة الإثبات في المجال الإلكتروني ومساواتها بالأدلة التقليدية، وبالتالي فإن النقاش الذي دار بين الفقه حول صحة (قانونية) اتفاق الأطراف على تنظيم حجية للدليل الإلكتروني انتهى مع صدور هذه التشريعات، ولكن الخلاف الذي مازال موجوداً يدور حول قانونية الاتفاق ذاته، بمعنى هل أن اتفاق الأطراف على تحديد الوسائل التي يتم من خلالها إثبات التصرفات المبرمة بينهم يعد خروجاً عن قواعد الإثبات؟

ترتبط إجابة هذا التساؤل على مدي صلة قواعد الإثبات بالنظام العام<sup>(٢)</sup>، فإذا كانت كذلك (ذي صلة بالنظام العام)، فإن أي اتفاق يقصد منه مخالفتها يعد باطلاً، فمثلاً قد يتفق الطرفان المتعاقدان على نقل عبء الإثبات من عاتق الدائن إلى عاتق الطرف المدين<sup>(٣)</sup>؛ على فرض أن هذه القاعدة تعتبر من النظام العام فإن أي اتفاق ينص على خلاف ذلك

(١) أنظر: د. حسن عبدالباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي أبرمها عن طريق الانترنت، مرجع سابق، ص ٧٣

(٢) لم يورد المشرع العراقي والمصري في تشريعاتهما أي تعريف يحدد المقصود بالنظام العام مع أنهما استخدمتا فكرة النظام العام للتفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة، ينظر المادتين ١٣٠-١٣١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ؛ تقابلها المادتين ١٣٥-١٣٦ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م النافذ؛ كذلك تقابلها المادتين ١٣٦-١٣٧ من القانون المدني السوري.

(٣) راجع: المادة ٧/ثانياً من القانون الإثبات العراقي النافذ، والتي تنص على: "المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من

يتمسك بابقاء الأصل" كذلك المادة ١ من قانون الإثبات المصري

يعتبر غير صحيح وبحكم ببطلانه، ويمكن للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بعدم صحة هذا الاتفاق في أي مرحلة من مراحل التقاضي، ولو كان ذلك أمام محكمة النقض<sup>(١)</sup>. وقواعد الإثبات تنقسم إلى قسمين قواعد إجرائية (أو القواعد الشكلية)، والثانية قواعد موضوعية، وقد أتفق الفكر القانوني (قضاء وفقها) على أن القواعد الإجرائية -التي تتعلق بإجراءات التقاضي - تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها<sup>(٢)</sup>، أما عن القواعد الموضوعية فقد اختلف الفقه حول صلتها بالنظام العام، فبينما يري جانب من الفقه أنها تعتبر من النظام العام وبالتالي أي اتفاق يخالف أحكامها يعتبر باطلا، يري جانب آخر بأنها لا تتعلق بالنظام العام ويجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها<sup>(٣)</sup>. وفيما يلي توضيح مفصل لموقف الفقه من هذه المسألة:

فالجانب الأول من الفقه<sup>(٤)</sup> يري أن القاعدة التي تقضي بوجود الإثبات بالكتابة فيما يتجاوز عن نصاب الشهادة متعلقة بالنظام العام، إلا أن هذا الجانب من الفقه يميز ما بين الاتفاق المعد سلفا للتحلل من وجوب الإثبات بالكتابة واللجوء إلى طرق الإثبات الأخرى كشهادة الشهود والقرائن، وما بين الاتفاق (أو الرضاء صراحة أو ضمنا) الحاصل بعد نشوء النزاع، ويرى أن الحالات التي يكون فيها نزول المدعي عليه عن التمسك بقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة بعد نشوء النزاع - خاصة بعد إقامة الدعوي وتحديد موضوعها وتعيين الشهود - يكون الأمر متعلق بمصلحة المدعي عليه الشخصية من ناحية، ومن ناحية أخرى يكون المدعي عليه في موقف يسمح له بتقدير ما يتعرض له من قبول بغير الإثبات بالكتابة كتقديره لمدي مصداقية الشهود المطلوبين للإدلاء بشهادتهم؛ أما الاتفاق المعد مسبقا للتحلل من وجوب الإثبات بالكتابة يري هذه الجانب من الفقه أن فيه نوعا من المضاربة لأن كلا الطرفين يقبل هذا الاتفاق في وقت لا يعلم فيه شيئا عما سيكون موضوع النزاع بينهما ولا عمن يكون الشهود ومقدار ما يوحون إليه من ثقة.

وأخيرا يفسر هذا الجانب من الفقه عبارة (ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك) الواردة في آخر الشطر الأخير من نص المادة المذكورة أعلاه، أنه قد يفهم أن المشرع قد اعتبر أن قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة غير متعلقة بالنظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على التنازل عنها سواء تم هذا التنازل سلفا قبل حدوث النزاع أو أثناء سير الدعوي، إلا أن

(١) أنظر: د. سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

(٢) أنظر: د. طلبه وهبة خطاب: دروس في أحكام الالتزام والإثبات، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٣) أنظر: د. جلال على العدوي: مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٢١.

(٤) أنظر: د. سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٣٧٠.

الصحيح في هذه العبارة لا يشمل الاتفاق المعد وقت إبرام التصرف وأن هذا الفرض نادر ويصعب تصوره، إذ أن الاتفاق المعد مسبقاً إما أن يتصور تدوينه كتابة وفي هذه الصورة يغلب أن يفضل الأطراف كتابة التصرف الأصلي، وإما أن يتصور عدم ثبوته بالكتابة فيكون ثبوته غير متصور لعدم جواز إثباته بالشهادة ولا يكون ثمة محل للنص في حكمه.

أما الجانب الثاني من الفقه<sup>(١)</sup> - وهو الجانب الغالب والذي تؤيده - يري أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تعتبر من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة حكمها، وهذا ما نصت عليه ٧٧/ثانياً من قانون الإثبات العراقي النافذ، حيث أجازت صراحة للأطراف الاتفاق على مخالفة القاعدة التي توجب تقديم الكتابة لإثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها نصاب معين، وحجة هذا الجانب من الفقه تستند على أنه إذا كان للأطراف أن يتنازلوا عن حقوقهم ذاتها أو أن يعدلوا فيها فليس من الجائز حرمانهم من النزول عن التمسك بأية قاعدة تهدف إلى حماية هذه الحقوق إلا إذ نص القانون على غير ذلك<sup>(٢)</sup>، أو أن التنازل عن هذه القاعدة جائز على المدين، فهنا يمكن للقاضي أن يعدل شرط التنازل أو يعفيه منه<sup>(٣)</sup>.

#### موقف القضاء من هذا الخلاف:

لقد تطرقت محكمة النقض المصرية والتمييز العراقية في العديد من أحكامها إلى هذه المسألة، وقد استقرت على أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتصل بالنظام العام وأنه يجوز للأشخاص (أطراف التصرف) الاتفاق على مخالفتها أو التنازل عنها صراحة أو ضمناً سواء كان هذا التنازل تم الاتفاق عليه قبل أو بعد نشوء النزاع، وما استقر عليه القضاء أتي موالياً للجانب الثاني من الفقه<sup>(٤)</sup>.

(١) أنظر: د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، مرجع سابق، ص ٩٩، كذلك المرجوم د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون

المدني، ج ٢، الإثبات، ص ٣٦٧؛ كذلك أنظر: د. توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٦٨؛ كذلك أنظر: أستاذنا الدكتور: محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ١٢١.

(٢) أنظر: د. جميل الشرفاوي: الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٣) وهناك جانب آخر من الفقه يتوسط في رأيه - إن جاز لنا التعبير - بين الجانبين المذكورين أعلاه، حيث يري أن قواعد الإثبات الموضوعية بعضها يتعلق بالنظام العام والبعض الآخر لا يتعلق بالنظام العام، وأنه ليس بمنطق إطلاق القول بعدم تعلق قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام وإنما يجب النظر إلى الغاية التي تحققها قاعدة الإثبات، فإذا كانت تتعلق بسلطة القاضي في الإثبات أو كانت تتعلق بالضمانات الأساسية لحق الدفاع فإنها تعد من النظام العام، أما إذا كانت هذه القواعد الموضوعية لا تتعلق بهاتين الحالتين فإنها لاتعد ممن النظام العام ويجوز الاتفاق على مخالفتها، أنظر: د. جلال على العدوي: مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٤) أمظر: د. توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٦٨.

ومن أحكام محكمة النقض المصرية التي تناولت هذه المسألة نذكر الأحكام التالية: "أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الكتابة متعلقة بالنظام العام، وبالتالي السكوت عن التمسك بذلك قبل البدء في سماع شهادة الشهود يعتبر تنازلاً عن الحق في الإثبات بالطريق بالذي رسمه القانون"<sup>(١)</sup>،

### الفرع الأول

#### صحة اتفاق الأطراف وإبطال تحديده لقوة الدليل

استقر الفكر القانوني -قضاء وفقها- على أن قواعد الإثبات الموضوعية لاتعتبر من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها وتحديد الوسيلة التي يجب اللجوء إليها لإثبات التصرف القانوني، ولكن هل يجوز للأطراف الاتفاق على تحديد حجية تعدي قوتها الثبوتية تلك القوة المقررة لها من قبل المشرع، فهل مثل هذا الاتفاق جائز؟ ينظر إلى الاتفاق الذي يضيف على وسيلة الإثبات المتفق عليها قرينة غير قابلة لإثبات العكس من جانبين، الجانب الأول: أن حجية الإثبات تخضع للنظام العام، لا تتعلق حجية وسائل الإثبات التي أقرها المشرع بمصالح والأفراد الشخصية وإنما تتعلق بالأداء الوظيفي للقضاء<sup>(٢)</sup>، وبالتالي فإن اتفاق الأطراف على تحديد القيمة الثبوتية للوسيلة اتفقا عليها يجعل منها قرينة غير قابلة لإثبات العكس وهذا من شأنه أن يعيق سير عمل القضاء الذي تقتضي به المصلحة العامة بأن يقوم بوظيفته على أحسن وجه لكي يبسط الأشخاص ثقتهم به. ولهذا يعتبر الاتفاق الذي يحدد وسيلة الإثبات باطلاً وذلك لأنه يسلب القاضي سلطته التقديرية في تحديد قيمة الوسيلة المعدة لإثبات التصرف، وأيضاً لأنه يقيد حريته في اختيار الطريقة التي يكون بها قناعته الشخصية<sup>(٣)</sup>

الجانب الثاني: أن من ان تحديد حجية وسيلة الإثبات حرمان أحد الأطراف من الحق في إثبات ما يدعيه أو نفي ما يدعيه الطرف الآخر، إذا كان من حق الأطراف أن يتفقوا على تعديل القاعدة العامة التي تتعلق بعبء الإثبات، كأن يتفقوا على نقل عبء الإثبات عن عاتق الطرف الملمزم به قانوناً وجعله على عاتق الطرف الآخر، وهذا جائز لأن القواعد التي تنظم توزيع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام وبالتالي من الجائز الاتفاق على

(١) راجع: نقض مدني مصري رقم ٥٣٧، جلسة ١٩٧٦/٢/١٩م، س ٣٩ق؛ كذلك نقض مدني رقم ٢٠٤٥، جلسة ١٩٨٥/٤/١٦م، س ٥١ق، مجموعة أحكام النقض المصرية.

(٢) أنظر: د. محمد الموسي زهرة: الحاسوب والقانون، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٣) أنظر: د. ثروت عبد الحميد: التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٠٤.

مخالفتها<sup>(١)</sup>، فإنه لا يجوز حرمان أحد الأطراف من حقه في إثبات ما يدعيه أو نفي ما يدعيه الطرف الآخر، إذ يتعارض هذا المبادئ الأساسية لقواعد الإثبات التي تمنح كل طرف الحق في إثبات ما يدعيه، ومما لا شك أن اتفاق الأطراف على تحديد حجية وسيلة الإثبات من شأنه أن إلى يؤدي حرمان أحد الأطراف من حقه في الإثبات الذي أكد القضاء على أنه ضمانات من ضمانات التقاضي الواجب تأكيدها والحفاظ عليها<sup>(٢)</sup>؛ وعليه يمكن القول أنه من الجائز الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات التي لا تتعلق بالنظام العام، وبالمقابل لا يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد التي تنظم حجية وسائل الإثبات أن في ذلك انتهاك للمبادئ الأساسية لقواعد الإثبات وبحجم دور القضاء في تقدير حجية الأدلة.

### الفرع الثاني

#### صحة اتفاق الأطراف على تنظيم حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني

- مع ظهور التوقيع بالشكل الإلكتروني واستخدامه في التعاملات في المجال الإلكتروني بشكل ملحوظ وفي الوقت الذي لم تكن به التشريعات تنظم حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، وعدم كفاية قواعد الإثبات التقليدية لاستيعاب التوقيع بالشكل الإلكتروني، لجأ الأشخاص إلى تنظم اتفاقيات فيما بينهم يقرروا بموجبها بصحة استخدام التوقيع بالشكل الإلكتروني في الإثبات تعادل حجية التوقيع التقليدي.

ويعتبر اتفاق الأشخاص الذي يحدد للتوقيع بالشكل الإلكتروني حجية صحيحة من الناحية القانونية ما دام لم يخالف ما هو متفق عليه في الفكر القانوني، وشريطة أن لا يقر هذا الاتفاق بحجية للتوقيع بالشكل الإلكتروني غير قابلة لإثبات العكس، بمعنى أن يحرم أحد أطرافه من حقه في إثبات عدم صحة منظومة بيانات التوقيع بالشكل الإلكتروني لحظة إحداثه، ولهذا يجب التمييز ما بين الكعس وما بين الاتفاق على إقامة قرينة غير قابلة لإثبات العكس، وفي مثل هذه الحالة الأخيرة يحكم ببطلان الاتفاق لأنه تم بشكل مخالف للنظام العام.

وعادة ما يلجأ الأشخاص إلى عقد مثل هذه الاتفاقيات عندما توجد علاقة قانونية مستمرة بينهما، ومن النادر أن يلجأ الأشخاص إلى إبرام مثل هذه الاتفاقيات في التعاملات التي تتم مرة واحدة فقط، لذلك فإن هذه الاتفاقيات قليلا ما يتم إبرامها في التصرفات التي تتم عن

(١) أنظر كذلك: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، الإثبات، ص ٦٥؛ كذلك راجع: نقض مدني مصري رقم ٢٦٠، جلسة ١٩٨١/٤/٢٨ م، س ٥٢ ق؛ كذلك نقض مدني رقم ١١٥٧، جلسة ١٩٨٠/٤/٢٨ م، س ٤٧ ق؛ كذلك نقض مدني رقم ٨٩، جلسو ١٩٧٦/٦/٩ م، س ٤١ ق.

(٢) أنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة: الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٣٧.

بعد عبر شبكة الانترنت علما بأنه من الجائز إبرام هذه الاتفاقيات إذا رغب أطراف التصرف بذلك أو إذا كانت العلاقة بينهم مستمرة<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثاني

#### التحديات التي تواجه اتفاق الأطراف

- يؤخذ على الاتفاق الذي يبرمه الأطراف فيما بينهم -الذي ينتهي إلى مخالفة قواعد الإثبات الموضوعية- أنه قد يتضمن شروطا تعسفه تلحق الضرر بالطرف المدعى، فقد يكون أحد أطراف الاتفاق في مكانة مهنية أو اقتصادية تمكنه من أن يملئ إرادته على الطرف الآخر عند إبرام الاتفاق، وذلك بوضع شروط في الاتفاق تتناسب مع مصالحه؛ وفي المقابل لا يكون الطرف الآخر سوى القبول بهذه الشروط مجتمعه أو رفضها دون نقاش، مثال على ذلك الاتفاق الذي يبرمه قطاع البنوك مع العملاء إذ يتضمن شرطا يعتبر بد الدليل المقدم من البنك على صحة حسابات العميل دليلا، ذ قاطعا لا يجوز للعميل إثبات عكسه، لذا فإن مثل هذا الاتفاق لا يكون في الحقيقة نتيجة لمناقشة حرة تمت بين الطرفين، وعليه فإن التحدي الأول الذي يواجه اتفاق الأطراف في تنظيم حجية للمستند الإلكتروني هو إمكانية احتوائه على شروط تعسفه تنتهي به علي اعتباره من عقود الإذعان.

ومن ناحية أخرى تقضي العدالة بأن من يدعي على شخص آخر يطالبه بحق أن يقدم الدليل لإثبات صحة ادعائه شرط أن يكون الدليل صادرا عن الشخص المدعي عليه، فتطبيقا للقاعدة التي تنص على أنه لا يجوز للمدعي أن يخلق دليلا بنفسه ليحتج به على الغير، يحي أن يكون الدليل المقدم ضد الخصم صادرا منه حتي يكون دليلا ضده. لذا فإن التحدي الثاني الذي يواجه اتفاق الأطراف هة عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه، إذ سيطرة أحد الأطراف على التقنية التي يتم بواسطتها إحداث بيانات المستند الإلكتروني والتي تنتج عنها تجعله في ماكنة يصطنع بها دليلا لنفسه.

على ضوء ما تقدم، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: نبحت فيه مدي صحة اتفاق الأطراف في حالة احتوائه على شروط تعسفه، المطلب الثاني: نبحت فيه مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه على اتفاق الأطراف، وعلى النحو الآتي

(١) أنظر: د. محمد محمد أبو زيد: تحديث قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١١٨.

## المطلب الأول

## اتفاق الأطراف والشروط التعسفية (عقد الإذعان)

- الأصل أن يسبق توقيع العقد ذي القيمة المالية العالية -سواء أكان مدنيا أم تجاريا- مفاوضات تنتهي بتوافق إرادة الأطراف، أن الأصل في العقود أنها حرة إرادية تعبر عن حرية الاختيار سواء من حيث الإقدام على إبرامها أو من حيث مناقشة شروطها بين الأطراف، إلا أن تزايد النشاط الاقتصادي في حياة الأشخاص أفرز نوعا جديدا من العقود في المجتمع قيدت من حرية أحد الأطراف في مناقشة الشروط التي تتضمنها<sup>(١)</sup>، فنظرا لقيام أحد المتعاقدين بتنظيم عدد كبير من العقود من النوع نفسه؛ فإنه يحدد شروطا موحدة لهذه العقود ويقوم بعرضها على الأشخاص، ولا يكون أمام هؤلاء الأشخاص سوى أن يقبلوا هذه الشروط مجتمعة أو أن يرفضوها دون مناقشة؛ ولكي يوصف هذا الاتفاق أو الاتفاق الذي يبرم بين الأشخاص الذين يعتمدون على شبكة الانترنت في إتمام تصرفاتهم، بأنه عقد إذعان يجب أن تنطبق عليه خصائص عقد الإذعان، وهذه الخصائص يمكن إجمالها في النقاط التالية:

## الشرط الأول: عدم التوازن الاقتصادي ما بين أطراف العقد:

- أعتقد أن القوة الاقتصادية لأحد الأطراف لا تأتي من القوة المالية المادية التي يجوزها إنما من ما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي للخدمة أو السلعة أو لمرفق ما<sup>(٢)</sup>. ولما يتمتع به المحكر من قوة اقتصادية -مهم كان مصدر هذه القوة- ينفرد بوضع شروط العقد وليس للطرف الآخر (المذعن) سوى أن يقبل هذه الشروط مجتمعة أو يرفضها دون نقاش، وهذا الشرط ينطبق بكل تأكيد على قطاع البنوك، إذ يحتكر هذا القطاع تقديم البطاقات الإلكترونية وإن اختلفت في صياغتها وإنما جوهرها واحد؛ كذلك نجد بعض العقود التي تتم عن طريق الإنترنت بأنه تتصف بعقود الإذعان. إذ لا يملك المستهلك (المشتري) مناقشة البائع في الشروط التي يضعها في العقد، بل كل ما يملكه هو أن يضغط في عدد من الخانات المفتوحة أمامه على الموقع الإلكتروني الخاص بالبائع<sup>(٣)</sup>.

(١) أنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ١٠٩، كذلك أنظر: د. حسن عبد

الباسط جميعي: عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ١٦٦.

(٢) هناك بعض العملاء قد يتمتعون بقوة مالية تفوق عدة مرات ما يحوزه مقدم الخدمة أو السلعة.

(٣) أنظر: سمير برهان: محاضرة حول إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، مقدمة إلى النورة التدريبية للجوانب القانونية والاقتصادية

للتجارة الإلكترونية في ظل قانون التوقيع الإلكتروني المنعقد في كلية الحقوق، جامعة عين شمس، للفترة من ٢٥-٣٠/٩/٢٠٠٤م،

**الشرط الثاني:** أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلك:

- مما لا شك فيه أن الهاتف والغاز والكهرباء أصبحت من الضروريات الأولية في حياة الأفراد ومن الصعب عليهم الاستغناء عن إحدى هذه الخدمات، ولكن هل تعتبر البطاقات الإلكترونية التي تصدرها البنوك خدمة ضرورية في حياة الأفراد الذين لا يمكن لهم الاستغناء عنها؟

من الأهمية بمكان أن نوضح بداية أن الاتجاه الغالب في الفقه يتبنى المفهوم الموسع لعقود الإذعان، إذ يرون أن يكفي في العقد لاعتباره عقد إذعان أن يكون أحد طرفيه في موقع يتفوق فيه بالخبرة أو المكانة الاقتصادية على الطرف الآخر، وكذلك يحث هذا الجانب من الفقه على ضرورة التخلي عن اشتراط كون العقد بسلعة أو خدمة ضرورية أو أن تكونا محل احتكار فعيبي أو قانوني ليبرره من عقود الإذعان<sup>(١)</sup>.

ويري جانب آخر من الفقه<sup>(٢)</sup> أنه يجب على القضاء أن يأتي بمفهوم مرن لعقود الإذعان، فالقاضي هو الذي يحدد ما إذا كانت السلعة المقدمة من الضروريات الأساسية في حياة الأفراد أم لا. وبالتالي فإن قناعة القاضي هي التي سوف تحدد مدى حاجة الأشخاص للتعامل بالبطاقات الإلكترونية أي وجود التوازن من حيث الخبرة أو المركز الاقتصادي بين المتعاقدين<sup>(٣)</sup>.

**الشرط الثالث:** أن يصدر الإيجاب بشكل عام ومستمر وبصورة قاطعة:

- لكي يعتبر العقد من عقود الإذعان يجب أن يوجه للعموم أو مجموع من الجمهو وبشروط متماثلة وليس إلى شخص معين، وكذلك يجب أن يصدر الإيجاب على نحو مستمر (دائم) فيكون ملزماً لمدة أطول بكثير مما عليه في العقود العادية، وطول الإيجاب مسألة آتية من طبيعة الإيجاب وظروفه<sup>(٤)</sup>، ويبقى الإيجاب مستمراً أو دائماً مادام الموجب محتكراً للسلعة أو الخدمة؛ فإذا حصل ما يفقد الموجب احتكاره للسلعة أو الخدمة كظهور موجب آخر يقدم ذات الخدمة أو السلعة بإيجاب أيسر للمستهلك أو المنتفع، لا يعد العقد من عقود الإذعان لفقده إحدى خصائصه، وكذلك يجب أن يصدر في قالب نموذجي، بحيث إما يقبل بمجمله أو يرفض بمجمله، والغالب في الإيجاب أنه يكون على هيئة شروط مطبوعة تصب في

(١) أنظر: د. حسن عبد الباسط جميعي: عقود برامج الحاسب، مرجع سابق، ص ١٧١.

(٢) أنظر: د. ثروت عبد الحميد: التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٣) أنظر: د. ثروت عبد الحميد: المرجع السابق، ص ١٠٨.

(٤) أنظر: د. ثروت عبد الحميد: المرجع السابق، ص ١١٢.

مصلحة الموجب. وأخيراً وليس آخراً، الإيجاب في عقود الإذعان يجب أن يصدر بصورة قاطعة بحيث لا يكون الموجب على استعداد لمناقشة ما ورد به من شروط، لذا لا يحتاج عقد الإذعان لأتمامه سوى قبول للإيجاب الموجه من الموجب.

### الفرع الأول

#### احترام اتفاق الأطراف على الوسائط الإلكترونية

- كما أنه يمكن عقد اتفاقيات بصورة تقليدية ، فإنه يمكن إجراء مثل هذه الاتفاقيات إلكترونياً ، فمع صدور تشريعات تعترف بحجية عناصر الدليل الإلكتروني ، فقد أصبح بإمكان الأشخاص عقد اتفاق إلكتروني ، إما عبر شبكة الانترنت أو على الوسائط الإلكترونية كالأقراص الضوئية أو الممغنطة أو الأشرطة الممغنطة وغير ذلك ، ولكن هل يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفة القواعد التشريعية التي تنظم الإثبات في المجال الإلكتروني ؟

تنقسم القواعد القانونية إلى قسمين ، القسم الأول : القواعد الآمرة وهي قواعد لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وكل اتفاق يخالف أحكامها يعد باطلاً ، القسم الثاني : القواعد المكملة وهي قواعد يجوز الاتفاق على مخالفتها وكل اتفاق يخالف أحكامها يعد صحيحاً وملزماً لطرفيه.

ومعيار التفرقة ما بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة إما أن يكون معياراً شكلياً ، وهذا المعيار يعتمد على صياغة القاعدة فإذا كانت ألفاظها أو عبارات نصها تجيز صراحةً أو ضمناً للأطراف الاتفاق على مخالفة حكمها كانت قاعدة مكملة ، أو إذا كانت الألفاظ أو العبارات تحرم الاتفاق على مخالفتها كانت القاعدة آمرة ، إلا أن هذا المعيار لا يمكن تطبيقه على جميع القواعد القانونية ، فالبعض من القواعد لا يمكن الاستنباط من ألفاظها أو عباراتها ما إذا كانت تجيز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها أم لا يجوز ، لذا يتم اللجوء إلى المعيار الثاني : وهو المعيار الموضوعي للقاعدة ، والذي يركز على مضمون القاعدة القانونية ، فإذا كانت القاعدة تنظم مسائل تخص المجتمع ونظامه الأساسي اعتبرت القاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، أما إذا كانت القاعدة تنظم مسائل خاصة بمصالح الأفراد الشخصية اعتبرت القاعدة مكملة والاتفاق على حكمها صحيح وملزم لكلا الطرفين. ولما هو مستقر عليه في تقسيم القواعد القانونية فإنه إذا اتفق أطراف العقد في المجال الإلكتروني على مخالفة حكم لقاعدة آمرة اعتبر هذا الاتفاق باطلاً ، يعد كأنه لم يكن ، أما إذا انصب الاتفاق على مخالفة حكم لقاعدة مكملة ، فإنه يعتبر صحيحاً وملزماً لجميع

الأطراف ، ونذكر بعض الأمثلة من التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني لتوضيح التقسيم السابق للقواعد القانونية :

## الفرع الثاني

### الحماية القانونية للطرف المدعى في عقود الإذعان

- تنص المادة (٢/١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل النافذ ، على أنه : " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفى الطرف المدعى منها وفقاً لما تقضى به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " (١).

لقد أقرت التشريعات - كما هو واضح من النص السابق - سلطة للقاضي يمكن له من خلالها تعديل ما تضمنه العقد من شروطه تعسفية ، فمثلاً قد يرى أن مبلغ الفائدة في العقد مبالغ فيه فيخفضه إلى حد المعقول ، أو العكس قد يرى أن مبلغ التعويض قليل فيزيده حتى يصبح على المستوى المعقول ، وقد يعفى الطرف المدعى كلياً من الشروط التعسفية إذا كانت مخالفة للنظام العام (٢) ، ويكون تفسير العبارات الغامضة الواردة في العقد لصالح الطرف المدعى (٣) ، والطرف المدعى الذي تفسر العبارات الغامضة لصالحه قد يكون الدائن أو المدين.

## المطلب الثاني

### عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه

- التحدى الثاني الذي قد يواجه اتفاق الأطراف الذي ينظم حجية المستند الإلكتروني اصطدامه بمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه ، الأصل أن يقدم من يقع عليه عبء الإثبات دليلاً صادراً عن خصمه حتى يستطيع أن يثبت ادعاءه ، فالدليل الذي يقدم إلى القاضي ضد الخصم يجب أن يكون صادراً عنه حتى يكون دليلاً ضده (٤)؛ لذا فإن الدليل المقدم ضد الخصم لا يقبل في الدعوى إذا كان من صنع المدعى ، كأن يكون الدليل مجرد أقوال تفوه بها أو ادعاءات تقدم بها كورقة من صنعه أو مذكرة دونها بنفسه ليحتج بها

(١) تقابلها المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري النافذ ، كذلك المادة (٢١٤) من القانون المدني اليمني النافذ ، كذلك المادة (١٥٠)

من القانون المدني السوري النافذ ، كذلك المادة (١١٠) من القانون الجزائري النافذ.

(٢) انظر : د. حسن عبدالباسط جميعي : عقود برامج الحاسب الآلي ، مرجع سابق ، ص ١٧٢.

(٣) راجع : المادة (٣/١٦٧) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ ، كذلك المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني المصري النافذ.

(٤) انظر : د. عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٢ ، الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٣٦.

على الغير<sup>(١)</sup> ، وهذا المبدأ مكرس فى الشريعة الإسلامية منذ وقت طويل ، فعن ابن عباس رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم " ؛ على أن المشرع المصرى - استثناءً على مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه - أجاز للمدعى أن يستند على دليل من صنع نفسه فى بعض الحالات يمكن إجمالها فى النقاط التالية :

- ١- ما نصت عليه المادة (٧٠/ب) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ م ، بشأن حجية الدفاتر فى النزاعات التى تنشأ بين التجار ، فالبيانات الواردة فى هذه الدفاتر تكون حجة لصاحب هذه الدفاتر على خصمه التجار ، إلا إذا ضمنها هذا الأخير بيانات واردة بدفاتره أو أقام الدليل بأى وسيلة أخرى على صحتها.
- ٢- ما نصت عليه المادة (١/١٧) من قانون الإثبات المصرى النافذ ، والتى تنص على أنه : " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين

### الفرع الأول

#### وقوف المبدأ عائقاً أمام مستخرجات الوسائط الإلكترونية

- قد يقف مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه - فى بعض الحالات - عائقاً أمام الأدلة المستخرجة عن الحاسب الآلى وبالتالى عدم الاعتراف بحجيتها بالإثبات ، وسند ذلك أن الحاسب الآلى يخضع لإرادة وأشراف الجهة التى تستخدمه وبالتالى فإن هذه الجهة يمكن إن تعده على وضعية تصب فى النهاية لمصلحتها ، فالمهام التى يؤديها الحاسب الآلى تخضع للتعليمات التى يغذيها المبرمج له ، لذا فإنه يمكن لهذا الأخير التحكم بهذه التعليمات وبالطريقة التى يريد ، ومن هذا المنطق قد يقال أن المستخرجات الناجمة عنه الحاسب الآلى هى من صنع من يشرف عليه وبالتالى لا يجوز له استخدام المستخرجات الناجمة عنه كدليل لإثبات تصرف قانونى معين ؛ والمثال الواقعى على ذلك يتعلق باستخدام الدليل الصادر عن جهاز الصراف الآلى ( A.T.M ) فالشريط الورقى الذى يستخرج من جهاز الصراف الآلى أو الذاكرة الإلكترونية التى تخزن عليها العمليات البنكية التى قام بها العميل قد يستخدمه البنك كدليل لإثبات التصرف الذى قام به العميل إلا أن هذا الدليل - الشريط

(١) انظر : د. سليمان مرقس : أصول الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٤٢ ، كذلك انظر : د. توفيق حسن فرج : قواعد

الإثبات فى المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٧ .

الورقي أو الذاكرة الإلكترونية - وأن كان موقع إلكترونيًا فقد يكون قابلاً للطعن ، فقد يدعى العميل بأن هذا الدليل من صنع البنك على أساس أن جهاز الصراف الآلي الذي استخرج عنه الدليل يخضع في استعماله لأشراف وتوجيهات البنك ، وبالتالي هو الوحيد الذي يمكن أن يتحكم بما يستخرج عنه من أدلة ، لهذا السبب لا يجوز له الاستعانة بالشريط الورقي أو الذاكرة الإلكترونية لأنهما من عمله ، وذلك تطبيقاً لمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه ، وهذا ما قضت به محكمة ( Sete ) الفرنسية ، وسوف نتطرق لحكم المحكمة لاحقاً؛ كذلك فقد يقف هذا المبدأ عائقاً أمام العقود التي تبرم على الوسائط الإلكترونية فقد يكون طرفا العقد غير متكافئين بالخبرة في إبرام العقود الإلكترونية عموماً وتوقيعها إلكترونياً خصوصاً ، قد يكون أحد أطراف العقد محترفاً بحيث يستطيع تسجيل عقوده على دعوات إلكترونية بفضل خبرته الفنية في النظام المعلوماتي كذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها ، بينما قد يكون الطرف الآخر ليس بهذه المهارة الفنية والمعلوماتية وبالتالي عدم تمكنه من تخزين تصرفاته وبناءً على هذا قد يتمسك هذا الأخير في مواجهة خصمه الذي يملك الدليل الإلكتروني بمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه.

### الفرع الثاني

#### موقف القضاء

- قضت محكمة ( Sete ) الفرنسية في إحدى القضايا التي عرضت عليها بعدم قبول الشريط الورقي الصادر عن جهاز الصراف الآلي كدليل إثبات لاعتباره من صنع من يتمسك به ، وفيما يلي وقائع هذه الدعوى :

فتحت إحدى المؤسسات المالية في فرنسا ( مؤسسة Credits ) ، اعتماداً بمبلغ أربعة آلاف فرنكاً فرنسياً للسيدة (Brisson) ، وقد قامت هذه السيدة بسحب المبلغ عن طريق جهاز الصراف الآلي. وفي وقت السداد طالبت المؤسسة السيدة المذكورة بدفع المبلغ المستحق عليها ، إلا أنها تمنعت عن الدفع مدعية بأنها لم تقم بسحب المبلغ مما اضطر المؤسسة إلى إقامة دعوى ضدها لإلزامها بدفع أربعة آلاف فرنكاً ، وقد قدمت المؤسسة للقاضي الشريط الورقي الصادر عن جهاز الصراف الآلي الذي يثبت عملية السحب ومبلغها وتاريخها ومكانها. إلا أن محكمة قضت بحكمها بتاريخ ٩/مايو/١٩٨٤م برد الدعوى مسببة هذا الرد بأنه طبقاً للمادة (١٣١٥) من القانون المدني الفرنسي من يطلب تنفيذ التزام عليه إثباته ، وأنه طبقاً للمادة (١٣٢٢) من ذات القانون إن إثبات التزام المفترض بالدفع لا يكون إلا بدليل موقع من المدين يثبت استخدامه لجزء أو لكل مبلغ الائتمان المتفق عليه ، وأن

هذا الدليل الموقع من المدين لا يغنى عنه ما أطلقت عليه الشركة اسم ( التوقيع المعلوماتي) الصادر عن تلك المؤسسة المسيطرة عليه ، وليس صادر عن المدعى .  
وكما هو واضح من قرار الحكم ، أن المحكمة رفضت دعوى المؤسسة على أساس أن دليل الإثبات المقدم هو من صنع المؤسسة ، إذ يعتبر الشريط الورقي الصادر عن جهاز الصراف الآلي أنه ناتج عن برمجة هذا الجهاز ويخضع لسيطرة المؤسسة وحدها ، ونشاط البعض (١) بأن هذا التحليل الذي انتهت إليه محكمة (Sete) شابه القصور ، لأنه أخذ بظاهر الأمور التقنية دون التمعن في عملية السحب برمتها والقول باستقلالية جهاز الصراف الآلي عن مستخدميه قول مردود من الناحيتين الفنية والقانونية.

### الفصل الثالث

#### الاستعانة بالإستثناءات القانونية على الدليل الكتابي لقبول التوقيع بالشكل الإلكتروني في الإثبات المدني

- في الوقت الذي لم تكن به التشريعات تنظم الإثبات في المجال الإلكتروني وتعترف بحجية عناصر المستند الإلكتروني وفي ضوء صعوبة الاعتراف بها ومنحها حجية الدليل الكتابي استعان الفقه بالحالات التي يجوز فيها الاستغناء عن الدليل لقبول عناصر المستند الإلكتروني ( الكتابة والتوقيع الإلكترونيين ) في الإثبات .

والأصل في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن نصاب معين ثمانمائة يورو (٢) أو خمسة آلاف ديناراً عراقياً أو خمسمائة جنياً مصرياً أو كانت قيمتها غير محدودة ، أو تقديم الدليل ، إلا أن المشرع في الدول المشار إليها أعلاه أجاز - في بعض الحالات - صرف النظر عن الدليل الكتابي واللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى كشهادة الشهود والقرائن لإثبات التصرفات القانونية ، والحالات التي يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود أو القرائن - حسب قواعد الإثبات - نوعين ، النوع الأول : حالات يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود أو القرائن بحسب الأصل ، وهذه الحالات حددتها المادة (٧٦+٧٧/أولاً) من قانون الإثبات العراقي (٣) المعدل النافذ ، وهي : ١- الوقائع المادية. ٢- المعاملات التجارية. ٣- التصرفات القانونية التي تقل قيمتها عن نصاب معين. النوع الثاني : وحسب نص المواد (١٨/أولاً ، ثانياً ، ٧٧/ثانياً ، ٧٨) من قانون الإثبات العراقي (٤) النافذ وهي : ١- مبدأ

(١) انظر : د. محمد المرسي زهرة : الحاسوب والقانون ، مرجع سابق ، ص ٧٠.

(٢) حسب المادة الأولى من المرسوم الفرنسي رقم ٤٧٦/٢٠٠٠م ، الصادر في ٣٠/مايو/٢٠٠١م.

(٣) يقابلها المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري النافذ ، و المادة (١/٢٨) من قانون البيئات الأردني النافذ.

(٤) يقابلها المادة (٦٢-٦٣) من قانون الإثبات المصري النافذ ، و المادة (٢-١/٣٠) من قانون البيئات الأردني النافذ.

الثبوت بالكتابة. ٢- وجود مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي. ٣- فقدان السند الكتابي - بعد تكوينه - بسبب أجنبي لا يد للدائن به. ٤- وجود اتفاق أو نص قانوني يجيز الإثبات بالشهادة؛ وهذه الاستثناءات لا تؤخذ على إطلاقها ، فهناك شروط خاصة لكل حالة من الحالات السابقة يجب أن تتوفر فيها حتى يمكن استبعاد الدليل الكتابي والاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات التصرف القانوني ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى مسألة تقدير الحالة على أنها مستثناة من الإثبات بالدليل الكتابي تعود لتقدير قاضي الموضوع ، فحسب السلطة التقديرية الممنوحة له يقدر فيها إذا كانت الحالة المعروضة أمامه تستوجب الإثبات بالكتابة أم لا ، ولاستعراض الحالات المستثناة من تقديم الدليل الكتابي لإثبات وقائعها والاكتفاء بشهادة الشهود أو القرائن؛ وعليه سوف نبحث في كيفية الاستعانة بالاستثناءات القانونية على الدليل الكتابي لقبول التوقيع بالشكل الإلكتروني في الإثبات المدني من خلال ثلاثة مباحث ، المبحث الأول : نخصه لبحث الحجية القانونية للتوقيع بالشكل الإلكتروني استناداً لمبدأ حرية الإثبات ، المبحث الثاني : نبحث فيه حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني في ضوء الاستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، المبحث الثالث : نبحث فيه حجية المستند الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الخاصة بالإثبات وعلى النحو الآتي :

### المبحث الأول

#### الحجية القانونية للتوقيع بالشكل الإلكتروني استناداً لمبدأ حرية الإثبات

رغبة من المشرع في كل من العراق ومصر في تبسيط إجراءات التعاقد في المواد التجارية، بسبب ما تقوم عليها هذه المعاملات من الثقة والسرعة ، فقد تبنى المشروع مبدأ حرية الإثبات ، نصت عليها المادة (٧٦) من قانون الإثبات العراقي النافذ ، على أنه : " يجوز الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية " ، ونصت المادة (٧٧/أولاً) من ذات القانون ، على أنه : " يجوز إثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد على خمسة آلاف ديناراً " (١).

ويتضح من نص المادتين أعلاه أن المشرع العراقي والمصري أخذاً بمبدأ حرية الإثبات في شأن المعاملات التجارية والتصرفات القانونية التي لا تزيد عن النصاب المعين ، فكل من يدعى على الغير وكان الحق المدعى به مصدره معاملة تجارية أو تصرف قانوني قيمته لا تزيد عن النصاب المعين ، له أن يثبت ما يدعى بشهادة الشهود أو القرائن ولكن ضمن

(١) يقابلها المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري النافذ ، و المادة (١/٢٨) من قانون البينات الأردني النافذ.

ضوابط معينة سوف نتناولها فيما بعد ، وكذلك مبدأ حرية الإثبات في هاتين الحالتين ليس من النظام العام. بمعنى أنه يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة هذا المبدأ وجعل ما يجوز إثباته بشهادة الشهود أو القرائن مقصور إثباته بالدليل الكتابي؛ و لبيان الحجية القانونية للتوقيع بالشكل الإلكتروني استناداً لمبدأ حرية الإثبات تقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ،  
المطلب الأول : نبحث فيه حرية الإثبات في الوقائع المادية ، المطلب الثاني : نبحث فيه حرية الإثبات في المعاملات التجارية ، المطلب الثالث : نبحث فيه حرية الإثبات في التصرفات القانونية التي تقل قيمتها عن نصاب معين ، وعلى النحو الآتي :

### المطلب الأول

#### حرية الإثبات في الوقائع المادية

- في الوقت الذي أعطى فيه المشرع للأطراف في المعاملات التجارية التامة في إثبات تصرفاتهم بالطريقة التي يتفقون عليها ويرون أنها مناسبة في إثبات هذه التصرفات والعقود التي يبرمونها فيما بينهم ، نجد أن كلا من المشرعين العراقي والمصري تبنيان المبدأ نفسه في المعاملات المدنية والتي تجرى بين الأفراد العاديين في حالة أن كانت قيمة التصرفات التي يجرونها فيما بينهم لم تتجاوز النصاب القانوني الذي حدده المشرع؛ وكان هدف المشرع من تحديد هذا النصاب الذي جعله حراً إلى التيسير على الأفراد العاديين وعدم إعاقة معاملاتهم اليومية حيث أن اشتراط الكتابة في مثل هذه التصرفات فيه إرهاق للمتعاملين ، إضافة إلى أن المشرع كما يرى البعض يراعى مستوى معيشة الأفراد والقوة الشرائية للنقود ومدى انتشار التعليم<sup>(١)</sup>.

و أعتبر كل من المشرع العراقي والمصري أن قيمة التصرف تثبت باعتبار قيمته وقت تمام العقد أي وقت إبرام التصرف لا وقت الوفاء به ، فإذا زادت قيمة التصرف عن النصاب وقت الوفاء وجاءت هذه الزيادة نتيجة لضم الفوائد ، فإنها لا تدخل في عملية الإثبات حيث أن قانون الإثبات العراقي النافذ اعتبر أن احتساب قيمة التصرف بخضوعه لقاعدة الإثبات بالشهادة هي وقت صدوره لا وقت الوفاء به<sup>(٢)</sup> ، وجاء ذلك في نص المادة (٧٧/ ثانياً) من ذات القانون ، والتي نصت على أنه : " تقدر قيمة الالتزام وقت تمام التصرف القانوني لا

(١) انظر : د. حسن عبدالباسك جميعي : إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، مرجع سابق ، ص ٥٨ ، كذلك

د. ثروت عبدالحميد : التوقيع الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص ١٢٥ .

(٢) انظر : د. طلبة وهبة خطاب : دروس في أحكام الالتزام ، الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٦٨ ، كذلك د. عبدالعزيز المرسي حمود :

مبادئ الإثبات في المسائل المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢١٨ .

وقت الوفاء به. فإذا كانت قيمته في ذلك الوقت لا تزيد على خمسة آلاف ديناراً فتصح الشهادة لإثباته حتى لو زادت قيمته على خمسة آلاف دينار بعد ضم الفوائد والملحقات" (١). وفي تقديرنا وإعمالاً لنصوص القانون العراقي التي أجازت حرية الإثبات في التصرفات المدنية التي لا تتجاوز النصاب ، فإنه يجوز قبول المستندات الإلكترونية في هذه التصرفات كأدلة إثبات كاملة ، في حال أن كانت هذه المستندات الإلكترونية مستوفية للشروط وكانت حالتها لا تدعو إلى الشك فيها ، إضافة لعدم إنكار هذه المستندات من قبل طرفي العلاقة العقدية.

### المطلب الثاني

#### حرية الإثبات في المعاملات التجارية

- الأصل في المعاملات التجارية أن يكون الإثبات بها بشهادة الشهود أو القرائن (٢) ، فنظراً للعنصرين اللذين تقوم عليهما التجارة وهما الثقة المتبادلة بين التجار والسرعة في الإلتجار ، فإن الإثبات بالدليل الكتابي لا محل له بل أن تتطلبه به تعطيلاً للمعاملات التجارية (٣) ، فإثبات المعاملات التجارية يكون جائزاً بكافة طرق الإثبات وإن تجاوزت قيمتها النصاب الذي يشترطه القانون ، وكذلك يجوز بالمعاملات التجارية إثبات ما يخالف الدليل الكتابي بشهادة الشهود أو القرائن (٤) ، إلا أن الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن في المعاملات التجارية ليس حقاً للخصم يجب على القاضى أن يستجيب إليه ، وإنما هو رخصة تتوقف على إذن القاضى فيجوز له أن يأذن بها أو لا يأذن تبعاً لظروف الدعوى المنظورة أمامه (٥).

ومبدأ حرية الإثبات في المعاملات التجارية مكرس في قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م ، فقد نصت المادة (١/٦٩) على أنه : "يجوز إثبات الإلتزامات التجارية أيّاً كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ، ما لم ينص القانون على غير ذلك" (٦) ، كذلك تنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه : "فيما عدا الحالات التي يوجب فيها القانون الإثبات

(١) يقابلها المادة (٢/٦٠) من قانون الإثبات المصري النافذ ، و المادة (٢٨) من قانون البيئات الأردني النافذ.

(٢) انظر : د. حسام الدين كامل الاهواني : شرح قانون الإثبات ، بدون دار نشر ، ٢٠٠٢م ، ص ١٤٣.

(٣) انظر : د. أحمد نشأت : رسالة الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٢٦٢.

(٤) انظر : د. حسن عبدالباسط جميعي : قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٢٠.

(٥) انظر : د. سليمان مرقس : أصول الإثبات في المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٤٠٠ ، كذلك راجع : نقض مدني مصري جلسة ١٩٦٩م/١٠مايو ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٠ ، ص ٧٣٢.

(٦) راجع : المادة (١٠٩) من قانون التجارة الفرنسي ، و التي تنص على أنه : " فيما يخص التجار يمكن البرهنة على العقود التجارية من خلال كافة الوسائل ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك ".

بالكتابة فى المواد التجارية ، يجوز فى هذه المواد إثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابى أو إثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة الطرق " ، ولا يعمل بمبدأ حرية الإثبات فى المعاملات التجارية إلا إذا كان طرفاً المعاملة التجارية من فئة التجار ، وكانت المعاملة متعلقة بالأعمال التجارية لكل منهما.

ووفقاً لنص المادة (٤) من قانون التجارة المصرى ، والتي تنص على : " يعد العمل تجارياً إذا أبرمه التاجر لحاجة تجارية أو بمناسبة ، أو كان العقد القصد منه المضاربة أو السعى لتحقيق الربح عن طريق تداول الثروات... " (١) ، وعليه إذا كان طرفاً التصرف القانونى من طائفة التجار وكان موضوع التصرف يتعلق بإحدى الأعمال التجارية ، فإنه يجوز لكلا الطرفين إثبات هذا التصرف وموضوعه بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود أو القرائن (٢). أما إذا كان التصرف القانونى الذى قام به التاجر موضوعه لا يتعلق بالأعمال التجارية ، فإن مثل هذا التصرف لا يعد عملاً تجارياً ، بالتالى لا يخضع لمبدأ حرية الإثبات (٣)؛ - أما إذا كان التصرف مختلطاً ، أى إذا كان التصرف حاصلًا بين شخصين وكان بالنسبة لأحدهما مدنياً وللآخر تجارياً ، فإنه فى هذه الحالة تسرى عليه قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة على من كان التصرف مدنياً بالنسبة إليه ، بينما يسرى مبدأ حرية الإثبات على من كان التصرف تجارياً بالنسبة إليه.

• محاولة الاستعانة بمبدأ حرية الإثبات فى المعاملات التجارية لقبول المستند

#### الإلكترونى

- نظراً لإمكانية إثبات المعاملات التجارية بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود أو القرائن ، فإن لطرفى المعاملة التجارية التى تمت عبر شبكة الإنترنت أو على الوسائط الإلكترونية أو الضوئية أو المغناطيسية ، الاستعانة بالمستند الإلكتروني لإثبات العقد والالتزامات الناجمة عنه بشهادة الشهود ، وأيضاً يمكن الاستعانة بالمستند الإلكتروني لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما هو وارد بالدليل الكتابى طالما كان التصرف تجارياً (٤).

لما كان المستند الإلكتروني لا يرقى إلى مستوى السندات التقليدية ، فإن الاستعانة به لإثبات المعاملة التجارية كان يخضع لسلطة القاضى التقديرية ، فإذا تم تحريره وتوقيعه بواسطة

(١) وقد حددت المادة (١٠) من ذات القانون متى يكون الشخص تاجراً و الطبيعة التجارية للتصرف.

(٢) انظر : عبدالعزيز المرسى حمود : مبادئ الإثبات فى المسائل المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢١٧.

(٣) انظر : د. محمد حسين منصور : الإثبات التقليدى و الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص ١٣٧.

(٤) انظر : د. محمد محمد أبو زيد : تحديث قانون الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٩٩ ، كذلك د. عبدالعزيز المرسى حمود : مدى حجية

المحرر الإلكتروني فى الإثبات فى المسائل المدنية و التجارية ، دون دار نشر ، ٢٠٠٥ م ، ص ٥٩.

تقنيات تتوافر فيها الثقة والأمان واقتنع القاضى بكفاءة هذه التقنية ، فإنه يمكن الاستعانة به إثبات مضمون والتزامات المعاملة التجارية وبذات الحجية المقررة للسندات التقليدية ، وقد لا تصل قناعة القاضى إلى منحه رتبة السندات التقليدية ، فقد يستعين القاضى به على سبيل مبدأ الثبوت بالكتابة<sup>(١)</sup> . ويمكن الاستعانة بالمستند الإلكتروني كقرينة قضائية ( وهى ما يستنبطه القاضى من وقائع وملابسات الدعوى المعروضة أمامه ) لإثبات المعاملة التجارية وإظهار حقيقتها<sup>(٢)</sup> ، والقرائن ليست أدلة مباشرة بل هى أدلة غير مباشرة تقوم على الاستنتاج ، استنتاج وقائع من وقائع أخرى ، ولا يقع الإثبات بالقرائن على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى إذا ثبت إمكانية أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها<sup>(٣)</sup> . لذلك فإن القاضى يتمتع بسلطة تقديرية بالقرائن أوسع من تلك الممنوحة له بالأدلة الأخرى ، هو - أى القاضى - بإمكانه ان يبنى قناعته على واقعة وإن لم تكن محددة بالطرق القانونية أو على وقائع لم تكن مداراً للمناقشة ما بين الخصوم<sup>(٤)</sup> ، بل يمكن أن يستند على أدلة أخرى ما دامت متعلقة بالدعوى كالأوراق المحفوظة بها<sup>(٥)</sup> .

(١) انظر : د. حسن عبدالباسط جميعى : إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، مرجع سابق ، ص ٥٥ .  
(٢) انظر : د. ثروت عبدالمعتمد : التوقيع الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص ١٢٣ ، كذلك انظر : د. عبدالعزيز المرسى حمود : مدى حجية المحرر الإلكتروني فى الإثبات فى المسائل المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٥٩ .  
(٣) انظر : د. توفيق حسن فرج : قواعد الإثبات فى المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ .  
(٤) راجع : المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقى النافذ ، و التى تنص على أنه : " للقاضى أن يستفيد من وسائل التقدم العلمى فى استنباط القرائن القضائية " ، يقابلها المادة (١٠٠) من قانون الإثبات المصرى النافذ ، و المادة (٤٣) من قانون البيئات الأردنى النافذ .  
(٥) انظر : د. عبدالمنعم فرج الصدة : الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٣٨١ ، كذلك نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٨٢/٣/٣٠ م ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٤٨ ق .

## المطلب الثالث

## حرية الإثبات في التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن نصاب معين

- التصرف القانوني الذي أجاز المشرع إثباته بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود والقرائن ، هو التصرف القانوني الذي لا تتجاوز قيمته نصاب معين ، فإذا كانت قيمة التصرف القانوني أقل من النصاب الذي حدده المشرع سواء كان معاملة تجارية أو تصرفاً قانونياً ، فإنه يجوز إثباته بشهادة الشهود أو القرائن (١) ، وسبب عدم تحميم المشرع الإثبات بالكتابة فيما نقل عن نصاب معين هو رمزية هذه القيمة ، إضافة إلى أنه في تطلب الكتابة لإثبات هذا التصرف إهدار للوقت ، إذ لا تتناسب مصاريف العقد والوقت الذي يهدر مع قيمته ، لذلك رأى المشرع عدم ضرورة الكتابة لإثبات مثل هذه التصرفات (٢)؛ وإذا كان الأصل في إثبات التصرفات التي لا تزيد قيمتها عن النصاب المحدد بكافة طرق الإثبات ، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على أن يكون إثبات هذه التصرفات بالكتابة ، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٧/ ثانياً) من قانون الإثبات العراقي النافذ (٣) ، ويستثنى من قاعدة حرية الإثبات في التصرفات التي لا تتجاوز قيمتها النصاب المحدد ، التصرفات التي تطلب المشرع الكتابة بها كركن أساسي لانعقادها كما هو في عقد الصلح أو الكفالة.

(١) انظر : د. سليمان مرقس : أصول الإثبات في المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٤٠٣ .

(٢) انظر : د. أحمد نشأت : رسالة الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٣٧٥ .

(٣) انظر : د. عبدالعزيز المرسى حمود : مبادئ الإثبات في المسائل المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢١٨ ، كذلك د. محمد

حسام الدين لطفى : الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص ٥٠ .

## المطلب الثاني

### حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني في ضوء الاستثناءات الواردة

#### على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة

- يقصد بالحالات التي يجوز بها الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن استثناءً هي أن الأصل يكون الإثبات بها بالدليل الكتابي ، ولكن رأى المشرع أن التمسك بالدليل الكتابي لإثبات هذه الحالات قد يكون ليس له مبرر والالتزام بالتمسك به قد يهدر حقوق الأشخاص ، لذلك استثناءها من وجوب الإثبات بالدليل الكتابي وأجاز إثباتها بشهادة الشهود أو القرائن ، غير أن هذا الاستثناء لا يؤخذ على إطلاقه بل ثمة شروط لكل حالة من الحالات يجب أن تتوفر فيها ليتم الاستغناء عن الدليل الكتابي والاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن وهذه الحالات حددها المشرع بما يلي :

## الفرع الأول

### مبدأ الثبوت بالكتابة

- تنص المادة (٧٨) من قانون الإثبات العراقي النافذ ، والتي تنص على أنه : " يجوز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته على خمسة آلاف ديناراً إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة ، ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال " (١) .  
و حسب النص الوارد أعلاه يجب أن تتوفر ثلاثة شروط لتطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة وهي كالاتي : أن تكون هناك كتابة ، أن تكون هذه الكتابة صادرة عن الخصم ، أن تجعل هذه الكتابة وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال . فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة - في وقت واحد - فإنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن فيما كان يجب إثباته بالدليل الكتابي وإن زادت قيمة التصرف المدعى به عن النصاب المحدد أ كانت قيمته غير محددة ، بل إنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي (٢) ، وفيما يلي توضيح لهذه الشروط (٣) :

(١) يقابلها المادة (٦٢) من قانون الإثبات المصري النافذ ، و المادة (١/٣٠) من قانون البيئات الأردني النافذ ، و المادة (١٣٤٧) من القانون المدني الفرنسي ، و قد أتى المشرع العراقي بهذا المبدأ للتيسير على الخصوم في إثبات إدعاءاتهم و التخفيف من حدة النظام القانوني للإثبات ، انظر : د. عباس العبودي : شرح قانون الإثبات المدني ، مرجع سابق ، ص ١٨٩ .

(٢) انظر : د. طلبه وهبة خطاب : دروس في أحكام الالتزام و الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٣٢ .

(٣) قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " يبدل نص المادة ٦٢ من قانون الإثبات الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م ، و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع قد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصوم بشهادة الشهود و يستوى في ذلك أم يكون الإثبات بالكتابة مشترطاً بنص القانون أو باتفاق الخصوم و أن القانون لا يتطلب بيانات معينة في

## الفصل الأول

## أن تكون هناك كتابة

- من أجل الأعمال بمبدأ الثبوت بالكتابة لا بد من أن يكون هناك سند مكتوب فلا يكفي العمل المادى<sup>(١)</sup>؛ أو الأقوال الشفوية<sup>(٢)</sup>، وحسب لفظ (كل كتابة) الوارد فى نص المادة المذكورة أعلاه، لا يشترط بالكتابة أى شكل معين أو غرض، فكل كتابة أياً كان شكلها أو الغرض منها تصلح أن تكون مبدأً للثبوت بالكتابة<sup>(٣)</sup>، وليس بشرط أن تكون كتبت من أجل الإثبات<sup>(٤)</sup>، وألا يعتبر الإثبات بها تاماً<sup>(٥)</sup>، فقد يكون السند مكتوباً بخط الخصم دون أن يوقع عليه<sup>(٦)</sup>، أو ما هو ثابت فى دفتر تجارى أو مراسلات أو حسابات بين الخصوم لم يتم التوقيع عليه، أو محاضر الجرد، أو ما يرد فى محاضر الجلسات ومحاضر تحقيق الشرطة<sup>(٧)</sup>.

و يجب أن يكون السند موجوداً فعلاً ويتم تقديمه للقاضى من قبل صاحب المصلحة، فلا يجوز إثبات تحريره بشهادة الشهود أو القرائن وإلا كان الإثبات كله بذلك<sup>(٨)</sup>، ويجب أيضاً

الورقة لاعتبارها مبدأً لثبوت بالكتابة و يكفي أن تكون صادرة من الخصم الذى يحتج عليه بها و أن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال و أن تقدير ما إذا كانت الورقة التى يراد اعتبارها كذلك من شأنها أن تجعل الأمر المراد إثباته قريب الاحتمال هو اجتهاد فى فهم الواقع يستق به قاضى الموضوع، و لا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً " الطعن رقم ٦٣٥، جلسة ١٩٧٨/١/١٤م، س ٥٢ق، مجموعة أحكام النقض، ص ١٠٩.

(١) قضت محكمة النقض بأن الأعمال المادية لا تصح أن تتخذ كمبدأً لثبوت بالكتابة، نقض مدنى جلسة ١٩٤٧/٣/٢٧م، أشار إليه د.

أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

(٢) انظر: د. سليمان مرقس: أصول الإثبات فى المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٤٠٦، على الخلاف من ذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية الوكالة الشفوية الممنوحة للمكتب العقارى مبدأً لثبوت بالكتابة،

انظر:

Cass. Ire Civ. 17 Janvier 1961, Bull, I, No 41.

(٣) انظر: د. عبدالرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج ٢، الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٢٠.

(٤) انظر: د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، مرجع سابق، ص ١٣٤، كذلك د. حسام الدين كامل الاهوانى: شرح قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١٥٩.

(٥) انظر: أسانذنا الدكتور محمد شكرى سرور: موجز أصول الإثبات فى المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٦) انظر: د. توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات فى المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص ١٨٧، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية نسخ نص العقد على الآلة الكاتبة دون أن يوقع مبدأً للثبوت بالكتابة، للتفاصيل راجع الحكم التالى:

Cass, Ire Civ, 20 avril 1983, 2, Panor.P.251.

(٧) راجع: نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٧٢/٣/٩م، السنة ٢٢ق، كذلك نقض مدنى جلسة الطعن ١٥٢ جلسة ١٩٤٠/١٢/٥م، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة، ص ٤٤.

(٨) انظر: د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، مرجع سابق، ص ٤١٤، كذلك انظر: د. محمد حسام الدين لطفى: الإطار القانونى

المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٦١.

أن يكون الخصم المتمسك به ضده مقراً بوجوده فإذا أنكرها فقدت حجيتها مؤقتاً<sup>(١)</sup> ، وتقدير ما إذا كانت هنالك كتابة أم لا مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز .

### الفصل الثاني :

#### صدور الكتابة من الخصم المطلوب الإثبات ضده :

- يشترط إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون الكتابة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات ضده ، أو من يمثله قانوناً كالوكيل أو الوصى أو القيم بشرط أن تكون صادرة بحدود السلطات الممنوحة له؛ و صدور الكتابة من الخصم لا يقتصر على الصدور المادى وإنما يشمل أيضاً الصدور المعنوى ، ويقصد بالصدور المادى للكتابة : أن تكون محررة بخط الخصم وموقع عليها أو أيهما يكفى ، أما الصدور المعنوى : فيقصد به أن الخصم الذى يوقع الكتابة ولم يكتبها بخطه يعتبرها كما لو كانت صادرة عنه<sup>(٢)</sup>؛ كما لأقوال التى تثبت فى محاضرة التحقيقات أو جلسات نظر الدعوى ما دامت هذه الأقوال لا ترقى إلى مستوى الإقرار ، أو أن يكون الخصم أمياً فكتبت بإملائه<sup>(٣)</sup> ، وكذلك الشأن بالنسبة لإقرارات الخصوم التى يدونها الموظف المختص فى السندات الرسمية ، فهذه الإقرارات تعتبر صادرة عن الخصم وإن لم تكن بخطه وإمضائه ، فهى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت تجعل المدعى به قريب الاحتمال طالما أنه لا يمكن اعتبار أقوالهم إقراراً كاملاً<sup>(٤)</sup> .

و لا يشترط أن يدل محتوى الكتابة على نوع التصرف ، وإنما ما هو مشروط أن تجعل هذا التصرف قريب الاحتمال<sup>(٥)</sup> ، وتعتبر الكتابة صادرة عن الخصم إذا كانت سالفة عن سلفه حيث يجوز الاحتجاج على تصرفات السلف على الخلف ، ومسألة صدور الكتابة عن الخصم - أو من يمثله - تخضع لرقابة محكمة التمييز<sup>(٦)</sup> .

(١) انظر : د. سليمان مرقس : أصول الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٤٠٧ ، كذلك انظر : د. جميل الشرفاوى : الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ١٠١ .

(٢) انظر : د. أحمد نشأت : رسالة الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٤١٥ ، كذلك د. عبدالرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج ٢ ، الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٤٢٨ .

(٣) انظر : د. جميل الشرفاوى : الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ ، و أيضاً أستاذنا الدكتور محمد شكرى سرور : موجز أصول الإثبات فى المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٤٣ .

(٤) انظر : د. نوفيق حسن فرج : قواعد الإثبات فى المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ .

(٥) انظر : د. أحمد نشأت : رسالة الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٤١٧ .

(٦) انظر : د. نوفيق حسن فرج : قواعد الإثبات فى المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ .

### الفصل الثالث

#### أن تجعل الكتابة التصرف المدعى به قريب الاحتمال

- قد توجد كتابة - مادية أو معنوية - صادرة عن الخصم ولكنها لا تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، هذه الكتابة لا تصلح أن تكون مبدأ الثبوت بالكتابة ، فيشترط لكي تكون الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة أن تجعل حدوث التصرف المدعى به قريب الاحتمال (١) ، أى أن تجعل التصرف المراد إثباته محتمل الوقوع ، ولكن لا يتطلب من الكتابة أن تجعل حدوث التصرف مؤكداً وإنما يكفي أن تجعله مرجح الحدوث ، وذلك لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يعد دليلاً كاملاً بل يجب تكملته - بناءً على طلب الخصم - بشهادة الشهود أو القرائن (٢).

وقد هذا الشرط يعنى إهدار مبدأ الثبوت بالكتابة ، إذ هو حلقة الاتصال ما بين الكتابة المشار إليها وبين التصرف المدعى به ، وبمقابل ذلك فإن تحقق هذا الشرط يدل على أن ما تم الادعاء به غير مجرد من الصحة وإنما هناك فطنة كتابية على صحته ، أو بعبارة أخرى دليل كتابي ناقص يجوز تكملته بشهادة الشهود أو القرائن (٣) ، وليس هناك معيار يسلك لمعرفة ما إذا كان التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، فهي مسألة موضوعية تختلف من موضوع لآخر حسب الظروف ، فقد يستنبط من الظروف الخارجية المحيطة بالسند ، فمثلاً شطب الرهن يعنى أن الدائن استوفى حقه (٤) ، ولهذا اعتبرت هذه المسألة من الأمور التي يرجح تقديرها لسلطة قاضى الموضوع (٥) ، ولا رقابة عليه بذلك من محكمة التمييز.

هذه الشروط الواجب توافرها للاستعانة بمبدأ الثبوت بالكتابة ، فإذا وجدت يمكن استكمال الكتابة الموجودة بشهادة الشهود ، إلا أن استثناء وجوب الإثبات بالدليل الكتابي واللجوء إلى شهادة الشهود أمر جوازى للقاضى ، فإذا وجد من خلال ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته فهو غير ملزم لسلوط طريق مبدأ الثبوت بالكتابة ، على أنه يجب عليه أن يبين فى حكمه الأسباب التي دعتة إلى عدم سلوك هذا الطريق.

(١) انظر : أستاذنا الدكتور محمد شكرى سرور : موجز أصول الإثبات فى المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٤١ ، كذلك د. عبدالعزيز المرسي حمود : مبادئ الإثبات فى المسائل المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣ ، كذلك د. جميل الشرقاوى : الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٩٧ ، كذلك د. محمد حسين منصور : المسؤولية الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص ١٤٢ .

(٢) راجع : نقض مدنى جلسة ١٢/٢٦/١٩٩٠م ، مجموعة أحكام النقض ، سن ٣١ ، ص ٩٩٣ .

(٣) انظر : د. عبدالرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٤٣٥ .

(٤) انظر : د. سليمان مرقس : أصول الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٤١٣ .

(٥) انظر : د. طلبة وهبة خطاب : دروس فى أحكام الالتزام و الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٣٣ .

• محاولة الاستعانة بمبدأ الثبوت بالكتابة لقبول المستند الإلكتروني في الإثبات :

- رأينا فيما سبق أن احدى شروط مبدأ الثبوت بالكتابة هو وجود كتابة صادرة من الخصم يستند إليها - كدليل ناقص يكمل بشهادة الشهود أو القرائن - لإثبات التصرف ، وبما أن احدى عناصر المستند الإلكتروني الكتابة الإلكترونية ، وهذه الكتابة لم تكن تستوعبها قواعد الإثبات التقليدية ، فإنه تم رفض قبول المستند الإلكتروني كدليل في إثبات التصرفات ، وقد ترتب على ذلك عدم قبول الكتابة الإلكترونية الصادرة عن الخصم كمبدأ الثبوت بالكتابة ، فالمشكلة تكمن إذن في عدم الاعتراف بالكتابة الإلكترونية؛و على الرغم من ذلك فقد اختلفت آراء الفقه في مدى اعتبار المستند الإلكتروني مبدأ الثبوت بالكتابة ، فبينما يرى جانب من الفقه (١) ، عدم إمكانية اعتبار المستند الإلكتروني مبدأ الثبوت بالكتابة مسبباً رأيه بأن الكتابة الإلكترونية تختلف بصفقتها عن الكتابة التقليدية مما يحول دون اعتبار المستند الإلكتروني دليلاً كتابياً ، وبالتالي عدم إمكانية اعتبار الكتابة الإلكترونية من الأشكال التي تصلح لأن تكون مبدأ الثبوت بالكتابة. في مقابل ذلك يرى جانب آخر (٢) أنه من الممكن اعتبار المستند الإلكتروني بمثابة مبدأ الثبوت بالكتابة إذا كان موقعاً من الطرفين ، واتبعت في إنشائه وحفظه واسترجاعه تقنية جديرة بالحفاظ عليه ، وبالتالي لكلا الطرفين إمكانية الاحتجاج به واستكمالها بشهادة الشهود أو القرائن حتى يصبح دليلاً كاملاً على حصول التصرف ومضمونه. إلا أن الرأي المجمع عليه من الفقه هو الرأي الأول الذي ينفي اعتبار المستند الإلكتروني مبدأ الثبوت بالكتابة (٣) ، وذلك للأسباب التالية :

أولاً : أن اعتبار المستند الإلكتروني مبدأ الثبوت بالكتابة يعني وضع عناصره في منزلة أقل من عناصر السند التقليدي.

ثانياً : السماح للقاضي بتقدير قيمة الدليل وهذا يتعارض مع مقتضيات التعاقد التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية (٤).

ثالثاً : أنه من الناحية التقنية لا يمكن وضع توقيعين إلكترونيين على مستند إلكتروني واحد كما هو الحال في إبرام السندات التقليدية ، خاصة المستندات الإلكترونية التي يتم تبادلها

(١) انظر : د. حسن عبدالباسط جميعي : إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، مرجع سابق ، ص ٦٢.

(٢) انظر : د. ثروت عبدالحميد : التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٣١، كذلك انظر: د. جمال عبدالرحمن محمد على : الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية ، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٣) انظر : د. محمد محمد أبو زيد : تحديث قانون الإثبات ، مرجع سابق، ص ١٣١.

(٤) انظر : د. حسن عبدالباسط جميعي : إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، مرجع سابق ، ص ٦٣.

على شبكة الإنترنت ، وهذه هي إحدى نقاط الاختلاف بين التصرفات التي تبرم على سندات تقليدية والتصرفات التي تبرم على وسائط إلكترونية.

### الفرع الثاني

#### وجود مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي

- أجاز المشرع العراقي وكذلك في البلدان محل المقارنة ، الإثبات بشهادة الشهود أو بالقرائن فيما كان الأصل لا يجوز إثباته بالدليل الكتابي إذا وجد مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي<sup>(١)</sup> ، فقد نصت المادة (١٨ / ثانياً) من قانون الإثبات العراقي النافذ ، على أنه : " يجوز أن يثبت بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة في حالتين : أولاً : ..... ثانياً : إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي "<sup>(٢)</sup>.

في بعض الأحيان تحيط بالشخص ظروف من نوع خاص تمنعه من طلب دليل كتابي للتصرف الذي أبرمه مع الطرف الآخر ، وحفاظاً على الحقوق التي تنشأ عن هذا التصرف أجاز القانون للأطراف - الذي ينطبق عليهم شروط هذا الاستثناء - إثبات وجود هذا التصرف بالشهادة أو القرائن على الرغم من أن الكتابة هي الدليل الوحيد التي يمكن من خلالها إثبات التصرف ، وحسب النص المذكور أعلاه قد تكون هذه الظروف مانعاً مادياً أو مانعاً معنوياً (أدبياً).

وقد عرف جانب من الفقه<sup>(٣)</sup> المانع على أنه : " المانع الذي ينشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة ، أي استحالة مقصورة على شخص معين وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد " ، ولم يبتعد القضاء عن هذا التعريف غز عرفته محكمة النقض المصرية بذات التعريف السابق<sup>(٤)</sup> ، والمقصود بالاستحالة هنا ليس الاستحالة الناجمة عن طبيعة الواقعة محل الإثبات كما لو كانت واقعة مثلاً ، بل الاستحالة التي ترجع إلى ظروف خاصة بالمكلف بالإثبات والتي تمنعه من الحصول على

(١) نشير هنا إلى أن شهادة الشهود أو القرائن في هذه الحالة لا تعد مكملة للدليل الكتابي كما في الحالات السابقة ، وإنما تحل محله عندما يوجد مانع يحول دون الحصول عليه.

(٢) يقابلها المادة (٦٢/أ) من قانون الإثبات المصري النافذ ، و المادة (٣٠) من قانون البيئات الأردني النافذ ، المادة (١٣٤٨/١) من القانون المدني الفرنسي ، و التي تنص على أنه : " حينما لا تتاح لأحد الأطراف الإمكانية المادية أو المعنوية لتقديم دليلاً كتابياً على العقد ، أو حينما يفقد السند الذي يقوم عليه الدليل الكتابي بفعل حالة طارئة أو قوة قاهرة " .

(٣) انظر : د. سليمان مرقس : أصول الإثبات في المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٤٢٨ .

(٤) راجع : نقض مدني مصري رقم ١٢٦ ، جلسة ١٢/٢٥/١٩٨١م ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٣٢٢ ، ص ٦٥٧ .

دليل كتابي في الأحوال التي يوجب القانون فيها إعداد الكتابة لإثبات التصرفات القانونية (١) ، وكما أسلفنا يقسم المانع - حسب ما أشارت إليه قواعد الإثبات - إلى قسمين مادي ومعنوي (٢) ، وفيما يلي توضيح تفصيلي لهما :

### الفصل الأول

#### المانع المادي

- هو الأمر الذي يمنع بطبيعته من الحصول على دليل كتابي (٣) ، أو ظرف مادي خارج عن إرادة الشخص الذي يقوم عند انعقاد التصرف يحول بينه وبين الحصول على دليل كتابي (٤) ، ومن الأمثلة على المانع المادي ما ينشأ من تصرفات عند حدوث الكوارث المفاجئة أو النكبات أو الحرائق أو حوادث الطرق (٥) ، ويشترط في المانع المادي أن يكون جسيماً وغير متوقع الحدوث بحيث لا يكون لدى الشخص الوقت الكافي لاقتضاء دليل كتابي من الشخص الآخر أو أن وسائل الكتابة غير متوفرة (٦) ، وعند المطالبة بالمبلغ المدعى به لا يجوز للدائن استثناء الدليل الكتابي والاستعانة بشهادة الشهود إلا إذا أثبت حدوث المانع واضطراره تسلم المدين المبلغ المدعى به (٧) من الأمثلة التي يقوم بها المانع المادي الوديعة الاضطرارية ، ففي حال حصول أحوال اضطرارية كحريق مثلاً أو انهدام المبنى وأودع الشخص أمواله لدى شخص آخر ليخلصها من خطر الحريق أو الانهدام ، فإذا تمكن الشخص المودع إثبات ظروف الوديعة - وهي نشوب الحريق أو الانهدام - يباح له إثبات ما يدعى به بشهادة الشهود وإن كانت قيمته تتجاوز النصاب المحدد للإثبات بالشهادة (٨) ، كذلك من الأمثلة إيداع نزلاء الفندق ما لديهم من أمتعة إذ لا تسمح ظروف السفر جرد أمتعة كل مسافر عند نزوله في الفندق أو مغادرته له.

(١) لذلك يمكن أن توصف بأنها استحالة شخصية أو نسبية لأنها تكون قائمة بالنسبة للمكلف بالإثبات دون غيره ، و هي استحالة عرضية (غير جوهرية) لأنها لا ترتبط بطبيعة محل الإثبات ، ينظر: د. جميل الشرفاوي : الإثبات في المواد المدنية ، مرجع سابق، ص ١٠٥ .  
(٢) و يضيف المشرع الفرنسي حالة ثالثة هي تقديم صورة طبق الأصل في حال عدم وجود النسخة الأصلية المادة (٢/١٣٤٨) من ذات القانون.

(٣) انظر: د. أحمد نشأت : رسالة الإثبات ، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

(٤) انظر: د. محمد حسين منصور : قانون الإثبات ، مرجع سابق، ص ١٤٦، كذلك انظر: د. محمد حسام الدين لطفى : الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٥) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٣، ص ٣١٢ و ما بعدها.

(٦) انظر: د. حسام الدين كامل الاهواني: شرح قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١٦٨.

(٧) انظر: د. سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٤٢٩.

(٨) انظر: د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٥٠، كذلك انظر: د. طلبه و هبة خطاب: دروس في أحكام الالتزام و الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٤.

## الفصل الثاني

### المانع المعنوي (الأدبي)

- وهو لا يقوم على ظروف مادية كما هو الحال في المانع المادي ، بل أساسه اعتبارات وظروف نفسية ما بين الطرفين ، أى اعتبارات معنوية تحيط بإبرام التصرف تمنع أحد الأطراف ( المقرض مثلاً ) من الاقتراض من الطرف الآخر ( المقترض ) دليلاً كتابياً<sup>(١)</sup> ، ولذلك يعتبر تقدير الاستحالة الأدبية أكثر صعوبة من تقدير الاستحالة الناجمة عن المانع المادي ، إذ يتطلب الأمر من القاضى البحث عن الظروف التى أحاطت بإبرام التصرف وانعكاسها على نفسية الطرفين لتقدير ما إذا كانت هذه الظروف تشكل مانعاً معنوياً يمنع من اقتضاء دليل كتابي<sup>(٢)</sup>؛ و من الأمثلة التى ذكرها المشرع العراقى فى القانون المدنى على المانع الأدبى التى تمنع طبيعتها الحصول على دليل كتابي ، صلة القرابة كالبنوة والأخوة والصلة الزوجية وعلاقة الخادم بسيد<sup>(٣)</sup> ، وكذلك يعتبر مانعاً معنوياً العلاقة التى تربط بين الأطراف ، وعلاقة الطبيب بمرضاه<sup>(٤)</sup> ، ويرجع تقدير قيام المانع الأدبى من الحصول على دليل كتابي لقاضى الموضوع<sup>(٥)</sup> ، على أن يسبب تقديره<sup>(٦)</sup> ، وبما أن تقدير المانع الأدبى من الامور الموضوعية فإنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة التمييز<sup>(٧)</sup>.

• محاولة الاستعانة بالمانع الذى يحول دون الحصول على دليل كتابي لقبول المستند

### الإلكترونى :

- اختلفت آراء الفقه حول ما إذا كان التعاقد عبر شبكة الإنترنت أو على وسائط إلكترونية يعد مانعاً يحول دون الحصول على دليل كتابي ، يرى جانب من الفقه<sup>(٨)</sup> أن التعاقد عبر شبكة الانترنت يمثل نوعاً من الاستحالة المادية التى يحول دون الحصول على دليل كتابي ، ومن ثم يستطيع المدعى أن يثبت التصرف بكافة طرق الإثبات ، ومن بينها القرينة

(١) انظر: أستاذنا الدكتور محمد شكرى سرور: موجز أصول الإثبات فى المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٢) راجع: الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، ج٣، ص ٤١٣.

(٣) انظر: د. بشار طلال مؤمنى: حجية التعاقد عبر الإنترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون و الحاسوب سالف الذكر، مرجع سابق، ص ١١.

(٤) انظر: نقض مدنى مصرى رقم ٧٥٩، جلسة ١٩٧٦/٣/٢م، مجموعة أحكام النقض، ص ٢٧، ص ٥٣٣.

(٥) راجع: الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، ج٣، ص ٣١٣.

(٦) انظر: نقض مدنى مصرى رقم ١٦، جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥م، مجموعة أحكام نقض، ص ١٦، ص ٣٨٤، كذلك نقض مدنى رقم ٦٦٩،

جلسة ١٩٧٩/٣/١٤م، مجموعة أحكام النقض، ص ٣٠، ص ٧٨٦.

(٧) انظر: د. محمد حسام الدين لطفى: الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية، مرجع سابق، ص ٤٤، كذلك د. جمال عبدالرحمن محمد على:

الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية ، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٨) انظر: د. جمال عبدالرحمن محمد على: الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٤٨.

المستمدة من وجود المستند الإلكتروني على الوسائط الممغنطة أو النسخة المطبوعة بواسطة الطابعة؛ و يبررون ذلك بالقول بأن التعاقد عبر شبكة الإنترنت لا تتوفر به الشروط والعناصر اللازمة لإنشاء دليل كتابي بسبب الطبيعة اللامادية للوسائط الإلكترونية ، هذا من جانب ومن جانب آخر ، يرى هذا الجانب من الفقه أن التعاقد عبر شبكة الانترنت يقتضى السرعة فى التعامل لذا لا مجال به للحصول على دليل كتابي ، ومن جانب أخير ، يروا أن أطراف العقد الذى يتم عبر شبكة الانترنت غالباً ما يكونا فى أماكن مختلفة ومتباعدة مما لا يساعد على اقتضاء أو تبادل الأدلة الكتابية.

و نرد على هذا الجانب من الفقه بالقول : بعد صدور تشريعات تفر بحجية عناصر الدليل الإلكتروني لم يعد هنالك تخوف من رفض الدليل الإلكتروني ، وكذلك لم يعد عامل السرعة أو عامل اختلاف المكان أو الزمان عقبة أما اقتضاء دليل لإثبات التصرفات، إذ أصبح بإمكان أطراف العقد إبرام مستندات عبر الوسائط الإلكترونية وتبادلها فيما بينهم.

أما الجانب الغالب من الفقه (١) - والذى نؤيده - فيرى أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت لا يشكل مانعاً مادياً يحول دون الحصول على دليل كتابي، فالمانع المادى فى التعاقدات التى تتم عبر شبكة الإنترنت لا يرقى لدرجة الاستحالة بل يرجع إلى مجرد صعوبة ، وعلى افتراض وجود استحالة فى الحصول على دليل كتابي فهى ليست استحالة من قبيل المانع المادى التى تلجأ إلى هذه الوسيلة لتوفير الوقت والجهد والمصاريف (٢). لأن القول بغير ذلك يجعل التصرفات التى تتم بواسطة الحاسب الإلكتروني عديمة القيمة، ومن ثم إجماع الأفراد عن التعامل بواسطته، وبالتالي الحيلولة دون الاستفادة من التقدم العلمى والتطور التكنولوجى فى مجال المعلوماتية. ولما لم يكن من الممكن الاستعانة بالمانع المادى لقبول المستندات المستخرجة عن الوسائط الإلكترونية، التجأ إلى المانع بحكم العادة لقبول هذه المستندات .

(١) انظر: د.حسن عبدالباسط جميعى : إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص١٤٣، كذلك

انظر: د.محمد محمد أبو زيد: تحديث قانون الإثبات، مرجع سابق، ص١٤٣ .

(٢) انظر: د. سليمان مرقس: أصول الإثبات فى المواد المدنية، مرجع سابق، ص٤٣٨ .

### الفصل الثالث

#### فقد الدليل الكتابي بعد تكوينه بسبب أجنبي

- الحالة الأخيرة التي أجاز المشرع بها لمكلف بالإثبات الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن بدلاً من الدليل الكتابي وهي الحالة التي يفقد بها الدائن دليله الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه ، فإذا استطاع الدائن فقد الدليل الكتابي الذي بحوزته بسبب أجنبي يسمح له الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات ما يدعى به ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (١٨/أولاً) من قانون الإثبات العراقي النافذ، والتي نصت على أنه : " يجوز أن يثبت بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالتين: أولاً - إذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه " (١)؛ و يعتبر هذا الاستثناء أوسع نطاقاً من الاستثناء السابق، فهو إضافة إلى أنه يجيز للدائن (٢) الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات ما يجاوز النصاب المحدد ، أو ما يخالف الكتابة ، وفي إثبات الحالات التي أوجب المشرع الكتابة بها أيًا كانت قيمة التصرف القانوني فهو يجيز أيضاً الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات التصرفات القانونية التي تعتبر الكتابة ركناً أساسياً وهذا لا يمكن تحقيقه في الاستثناء السابق لعدم وجود دليل كتابي أصلاً بيد أنه للاستعانة بهذا الاستثناء يجب أن يكون الدائن قد راعى القواعد المتعلقة بالدليل الكتابي عند إنشاء التصرف القانوني (٣) ، بمعنى أن الدائن راعى حكم القانون وحصل على دليل كتابي يثبت التصرف القانوني، إلا أنه بسبب أجنبي - ودون ارتكاب أي خطأ منه - فقد هذا الدليل مما تعذر تقديمه لإثبات التصرف ويشترط للاستعانة بهذا الاستثناء وجود شرطين (٤) ، سبق وجود الدليل الكتابي ، وفقد هذا الدليل بسبب أجنبي لا إرادة للدائن في إحداثه.

#### الشرط الأول : سبق وجود الدليل الكتابي :

- لكي يتسنى للدائن الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات التصرف القانوني يجب أن يثبت أولاً حصوله على دليل كتابي كامل (٥)؛ وللدائن أن يثبت حصوله على الدليل بكافة طرق الإثبات ، لأن سبق وجود الدليل يعتبر زاعمة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ،

(١) ليس المقصود بالدائن الشخص الذي يدين غيره فقط ، و لكنه ينصرف إلى كل من يدعى أمراً كان ثابتاً بسند مكتوب و فقد منه بسبب

أجنبي سواء كان دائناً أو مديناً ، فقد يدعى المدين أنه أوفى دينه و حصل على سند مخالصة بذلك إلا أن هذا السند فقد بسبب أجنبي ،

انظر: د.توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص ١٠ هامش ١ .

(٢) انظر: أستاذنا الدكتور محمد شكرى سرور: موجز أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص ١٥٣ .

(٣) انظر: د.سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٤٤٠ .

(٤) انظر: د.عبدالعزیز المرسي حمود: مبادئ الإثبات في المسائل المدنية و التجارية ، مرجع سابق، ص ٢٣٣ .

(٥) انظر: د.عبدالمعظم فرج الصدة: الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ١٣٢ .

وكذلك على الدائن أن يثبت مضمون الدليل الكتابي واستيفائه لجميع الشروط القانونية إذا كان التصرف المراد إثباته من التصرفات التي تتطلب الكتابة كركن لانعقادها كعقد الرهن<sup>(١)</sup>. ويشترط في الدليل الكتابي أن يكون دليلاً كاملاً ، فلا يكفي أن يثبت الدائن أن الدليل المفقود كان مجرد مبدا ثبوت بالكتابة ، ذلك لأن الهدف من هذا الاستثناء حماية من لم يقصر في الحصول على دليل كتابي<sup>(٢)</sup> ، إلا إذا أقر الخصم بسبق وجود مبدا الثبوت بالكتابة ، فهذا الإقرار يجيز الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإكمال الدليل المستمد من مبدا الثبوت بالكتابة المقر به من الخصم.

### الشرط الثاني : فقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي لا يد للدائن به :

يقع أيضاً على عاتق الدائن - إضافة إلى إثبات سبق وجود دليل كتابي - أن يثبت أن فقد الدليل الكتابي يرجع لسبب أجنبي لا يد له في إحداثه<sup>(٣)</sup>، كأن يكون - السبب الأجنبي - قوة قاهرة كالحريق أو الكوارث الطبيعية ، أو يرجع إلى فعل المدعى عليه كما لو كان قد سرقه<sup>(٤)</sup>، أو حصل عليه بالإكراه أو التحايل ، أو يكون فقد بسبب الغير كما لو كان مع المحامي وفقده<sup>(٥)</sup>.

ويشترط البعض<sup>(٦)</sup> لاعتبار سبب فقد الدليل الكتابي أجنبياً يجب أن يكون غير ممكن توقعه ولا تلافى حصوله ، بينما يكتفى البعض<sup>(٧)</sup> الآخر بأن يثبت الدائن أنه لم يقصر في المحافظة على الدليل الكتابي. وعليه إذا استطاع الدائن أن يثبت الشرطين السابقين يجوز له الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات التصرف القانوني بدلاً من الإثبات بالدليل الكتابي ، أياً كانت قيمة التصرف القانوني ، كذلك يجوز له إثبات ما يخالف أو ما يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي المقدم من الخصم<sup>(٨)</sup>.

(١) انظر: د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، الإثبات، مرجع سابق، ص٤٦٧.

(٢) انظر: د. طلبه وهبه خطاب: دروس في أحكام الالتزام والإثبات، مرجع سابق، ص٣٦.

(٣) راجع: نقض منى مصرى رقم ١٣٢، جلسة ١٩٤٢/٦/١٨م، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض في ٢٥ سنة، أشار إليه د. أحمد أبو الوفا: تعليق على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص٢٣١.

(٤) راجع: نقض منى مصرى جلسة ١٩٦٥/٥/١٨م، مجموعة أحكام النقض، س١٢، ص٤٨٥.

(٥) انظر: د. سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص٤٤٣.

(٦) انظر: د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، الإثبات، مرجع سابق، ص٤٦٨.

(٧) راجع: نقض منى مصرى رقم ٣١٦، جلسة ١٩٩٣/٤/١م، مجموعة أحكام النقض، ص٦٢ق.

(٨) انظر: د. حسن عبدالباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص٦٨، كذلك

انظر: د. محمد محمد أبو زيد: تحديث قانون الإثبات، مرجع سابق، ص١٣١.

• محاولة الاستعانة بهذا الاستثناء لقبول المستند الإلكتروني في الإثبات :

- قبل صدور تشريعات تنظم الإثبات الإلكتروني وإقرار حجية لعناصر الدليل الإلكتروني ذهب البعض<sup>(١)</sup> إلى القول بأنه لا يمكن الاستفادة من هذا الاستثناء لقبول المستندات الإلكترونية ، وذلك لعدم استكمال المستند الإلكتروني للعناصر اللازمة لإنشاء الدليل الكتابي .

فعنصر الكتابة الإلكترونية لا تستوعبه قواعد الإثبات التقليدية وكذلك الحال بالنسبة للتوقيع الإلكتروني، إلا أنه بصدور تشريعات تقر بمبدأ التكافؤ الوظيفي بين عناصر الدليل الكتابي التقليدي وعناصر الدليل الإلكتروني ، فإنه أصبح من الممكن إثبات التصرفات القانونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت أو على الوسائط الإلكترونية ، بشهادة الشهود أو القرائن في حال ان فقد الدليل الإلكتروني؛و ذلك إذا توافر الشرطان السابقان مع اختلاف أو التوسع في الشرط الثاني ( السبب الأجنبي )، فقد يكون سبب فقد المستند الإلكتروني انقطاع التيار الكهربائي فجأة مما يؤدي إلى إتلافه، أو دخول فيروس إلى قاعدة بيانات الحاسب الآلي أو إلى القرص الممغنط أو الضوئي، أو التداخل في خطوط شبكة الإنترنت، أو بسبب عدم قدرة الوسيط الإلكتروني على الاحتفاظ بها لمدة طويلة أو بسبب حوادث استثنائية<sup>(٢)</sup> ، حيث يعتبر اختفاء هذه المعلومات من قبيل فقد السند الكتابي بسبب أجنبي لا يد للمدعى فيه ، ومن ثم يجوز إثبات هذه التصرفات بكافة طرق الإثبات، ومن بينها النسخ المطبوعة على الآلة الطابعة من هذه الوسائط<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: د.جمال عبدالرحمن محمد على: الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٢) انظر: د.محمد المرسي زهرة: الحاسوب و القانون، مرجع سابق، بند ١٠٧، ص ١٣٤.

(٣) انظر: د.محمد حسام الدين لطفى: الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٦٢.

### الخاتمة

يعد الإثبات الوسيلة العلمية التي بموجبها يحفظ الأشخاص علي حقوقهم ومصالحهم، كما أن الإثبات يعتبر الأداة الضرورية لتي يعول عليها القاضي عند إظهار الحقيقة، وفي الآونة الأخيرة أثيرت تساؤلات قانونية حول قبول الأدلة التي يستخدم في تكوينها وسائط الكترونيه في الإثبات، فإذا تطور تكنولوجيا المعلومات واستخدامها في معالجة البيانات ظهرت للواقع العلمي وسائط حديثة في إبرام التصرفات القانونية تختلف في طبيعتها عن الوسائل التي اعتاد الأشخاص علي استخدامها؛ ومع الدخول الفعلي لهذه الوسائط حيز إبرام التصرفات، ظهرت مصطلحات جديدة في المجال القانوني الأمر الذي ترتب عليه طرح تحديات جديدة علي الصعيد القانوني تتمثل في عدم استيعاب القواعد القانونية الحالية لهذه المصطلحات المستحدثة، وانطلاقاً من ذلك وجدت الحاجة إلي ضرورة تطوير هذه القواعد لكي تستوعب المصطلحات المستحدثة

#### أولاً: النص علي مبدأ التكافؤ بين عناصر الدليل التقليدي والإلكتروني:

لقد ساوت التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني بالقوة الثبوتية بين عناصر دليل الإثبات الإلكتروني وبين عناصر دليل الإثبات التقليدي، فقد اعترفت التشريعات بحجية عناصر دليل الإثبات في المجال الإلكتروني ومنحتها ذات الآثار القانونية التي ترتبها عناصر دليل الإثبات التقليدي، ولكن لكي يتمتع التوقيع بالشكل الإلكتروني بذات الحجية المقررة للتوقيع التقليدي ،

#### ثانياً : تطور وسيلة التوقيع :

يعتبر التوقيع التقليدي - بأشكاله المختلفة - العنصر الثاني بعد الكتابة في السندات التي تدون علي دعامات ورقية، بل أن التوقيع حسب رأي المرحوم العلامة عبد الرزاق السنهوري الشرط الوحيد لصحة السندات العادية المعدة للإثبات، والسبب في جوهرية التوقيع تنبع من أنه يعبر عن إرادة الشخص الموقع في الإلتزام بما ورد في السند، كما أنه يحدد هوية هذا الشخص، إلا أنه مع تغير طبيعة الدعامة من الورق إلي طبيعة إلكترونيه لم يعد استخدام التوقيع بشكله التقليدي ملائماً لهذه الدعامة، مما يستوجب البحث عن وسيلة أخرى تتلائم طبيعتها مع هذه الدعامة بشرط أن تحقق الوظائف التي يحققها التوقيع التقليدي وهذه الوسيلة تم ابتكارها وأطلق عليها التوقيع الإلكتروني.

وبما ان التوقيع بالشكل الإلكتروني واقعة مستجدة علي الفكر القانوني فقد صدرت تشريعات - دولية وإقليمية وونيه - نظمت أحكامها التوقيع الإلكتروني بشكل خاص والإثبات

الإلكتروني بشكل عام، وإزالة الغموض عن هذا المفهوم الحديث اوردت هذه التشريعات أحكاماً بينت بها ماهية التوقيع بالشكل الإلكتروني، بل أن بعض هذه التشريعات - كالتشريع الفرنسي - منحت تعريفاً محدداً وواضحاً لمفهوم أو ماهية التوقيع يشتمل التوقيع التقليدي والإلكتروني وأي شكل آخر يظهر مستقبلاً.

**ثالثاً ضرورة وجود طرف ثالث يصادق علي صحة المستند والتوقيع بالشكل الإلكتروني :**

نظراً لغياب العلاقة المباشرة بين الأطراف في معظم التصرفات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية خاصة التي تتم عن طريق الإنترنت، فإن توافر عنصر الثقة والأمان في هذه التصرفات يعد عنصراً أساسياً وضرورياً لتطويرها وانتشارها، وإعمالاً لتوفير هذه العنصر عملت التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني علي إيجاد طرف ثالث وظيفته توطيد العلاقات وتوثيقها بين أطراف التصرف وذلك من خلال شهادة إلكترونية يصدرها تحتتوي علي مجموعة من البيانات وظيفتها تأكيد العلاقة ما بين الموقع وتوقيعه الإلكتروني؛ وأظهرت هذه الدراسة حجية التوقيع الإلكتروني في الحالات المدنية المستثناة من مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة، في هذه الحالات تتمثل في مبدأ الثبوت بالكتابة، ووجود مانع يحول دون الحصول علي دليل كتابي، وفقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه.

**وفي نهاية هذه الدراسة، يمكن أن نستخلص النتائج الآتية:**

**أولاً:** لم يكن المشرع موقفاً عندما تضمن القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ سالف الذكر توسعاً في النصوص الخاصة بهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، إذ كان الأفضل بالمشرع أن يكتفي بوضع الأساس القانوني لعمل الهيئة، ويترك التفاصيل، مثل أهداف الهيئة وأغراضها ومواردها ومصادر تمويلها، لللائحة التنفيذية، أو أن يصدر تشريعاً آخر ينظم عمل الهيئة ويكون منفصلاً عن قانون التوقيع الإلكتروني، خاصة وأنه لا يوجد تلازم بين الموضوعين<sup>(١)</sup>.

**ثانياً:** أن المشرع قد جانبه الصواب عندما أصدر تشريعاً مستقلاً، عن القانون المدني وقانون الإثبات لتنظيم التوقيع الإلكتروني، علماً بأن هذه التشريع وثيق الصلة بقانون الإثبات، إذ كان من الأجدى أن يكون مكانه في هذا القانون الأخير، بدلاً من بعثرة موضوعات الإثبات بين القانونين، الأمر الذي يؤدي الي ارهاق الباحثين القانونيين والقضاة وتضييع وقتهم وجهدهم بين أكثر من قانون لمعرفة حكم مسألة معينة متعلقة بالإثبات. علي

(١) أيمن سعد سالم ، التوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٩٤ وما بعدها - خالد مصطفى فهمي ، النظام القانوني للتوقيع

الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢٥٤.

العكس من ذلك، نلاحظ أن المشرع الفرنسي أدرج النصوص المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني في المبحث الأول الخاص بالإثبات بالكتابة De la preuve littérale من الفصل السادس بشأن إثبات الالتزامات De la preuve des obligations في القانون المدني، فلم يفرد قانوناً خاصاً لهذا التوقيع، بل جعل قانون التوقيع الإلكتروني ضمن ثنايا القانون المدني الخاص بالإثبات.

ثالثاً: عالج المشرع حجية التوقيع الإلكتروني في أكثر من مادة، حيث قررت هذا الحجية المادة ١٤ من قانون التوقيع الإلكتروني، إذ نصت علي أنه " التوقيع الإلكتروني "، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية...."، وكررت المادة ١٨ من ذات القانون نفس حكم المادة ١٤ سالفه الذكر، فنصت علي أنه " يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات، إذا ما توافرت الشروط الآتية....."، وكان يجب علي المشرع أن يبتعد عن هذا النكرار وألا ينزلق فيه، باعتبار أن المشرع منزه عن اللغو والتزيد دون داع.

### قائمة المراجع

#### أولاً : باللغة العربية:

##### ( ١ ) الكتب العامة:

- أحمد سلامة:
- مذكرات في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، ١٩٩٦.
- أحمد شرف الدين :
- أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، طبعة نادي القضاة، ٢٠٠٤
- أحمد نشأت :
- رسالة الإثبات، الجزء الأول، بدون تاريخ نشر.
- أشرف جابر سيد :
- موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- حمام الدين كامل الأهواني :
- النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠ م.
- حمدي عبدالرحمن :
- فكرة القانون، تعريف القانون أهدافه - أساسه - نظرية القاعدة القانونية، مصادر القانون، الطبعة الثانية، ١٩٧٨ م.
- الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ م.
- سليمان مرقس :
- الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الأدلة المطلقة، الجزء الخامس، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، ١٩٩١ م.
- الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الأدلة المقيدة، الجزء الخامس، المجلد الثاني، الطبعة الرابعة القاهرة، ١٩٩١ م.
- طلبه وهبه خطاب:
- دروس في أحكام الالتزام والإثبات، ٢٠٠٥ م.
- عباس العبودي:

- شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن، ١٩٩٩ م.
- عبدالرزاق أحمد السنهوري:
- الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الالتزام، الجزء الثاني، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالأسكندرية، ٢٠٠٤ م.
- عزالدين الدناصوري وحامد عكاز:
- التعليق على قانون الإثبات، الطبعة الخامسة، ١٩٩١ م.
- عصام أنور سليم:
- قواعد الإثبات في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية بيروت، ١٩٩٧ م.
- محمد السعيد رشدي:
- الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقا للقانون المصري والكويتي، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الكتب بالكويت، ١٩٩٥ - ١٩٩٦ م.
- محمد حسام محمود لطفي:
- النظرية العامة للالتزام، المصادر - الأحكام - الإثبات، دراسة تفصيلية في ضوء آراء النقض وأحكام القضاء، القاهرة، الكتاب الثالث، ٢٠٠٧ م.
- محمد حسين منصور:
- الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي بالأسكندرية، ٢٠٠٦ م.
- محمد شكري سرور:
- شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٩٤ م.
- محمد علي عمران:
- مصادر الالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، مكتبة سعيد رأفت، ١٩٨٤ م.
- نبيل إبراهيم سعد:
- الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالأسكندرية، ٢٠٠٠ م.
- نبيل إبراهيم سعد، وهمام محمد محمود زهران:
- أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١ م.

**Foreign references:****A-books:**

- An act concerning the Connecticut uniform electronic transaction act, raised Bill No. 561, February, 2002.
- Bernard d. reams. Jr: electronic contraction law, eke and business transaction, Clark board man Callaghan, 1997.
- Benjamin Wright & Jane K. Winn: The law of electronic commerce, a division of aspen publishing-INC, New York, USA, 2000.
- Herny H. PERRITT, JR: law and the information, superhighway, Wiley law, 28\12\1996.
- Harold S, Burman: United nation as, uncitral model law on electronic commerce, December, 16- 1996.
- Joan E. Feldman: collecting and preserving Electronic Media.
- Jeffrey b. titter & j. Keith Harmon: electronic data interchange, the foundation technology for electronic,1996.
- John Buzzard: Poison Evidence, Lied, London 1970.
- National office for formation Economy: Preliminary Findings from E-government Benefits Study, 2002.
- G.D. Nokes: An introduction to Evidence, London, 1967.
- Richard Van Dili zed: Guidelines for State Trial Courts Regarding Discovery of Electronically-Stored Information, August 2006.
- Wright (B): Distribution the risks of electronic signatures, practice law institute-PLI order No. G4- 3988- September 1996.

**B-Foreign Statutes:****القوانين الأجنبية**

- Australian of Evidence Act 1995, Amendments up to Act No.116 of 2007.
- Colorado Revised Statues, Title 24 Government-state Electronic Transactions Act, 2005.

[Http://Www.SOS.State.co](http://Www.SOS.State.co).

- Colorado Revised Statues, Title 13 courts and court procedure, Article 25, Evidence-General provisions.  
[Www.Sos.state.co.us/pubs/UETA/UETA\\_statuteJVIenu.html](http://Www.Sos.state.co.us/pubs/UETA/UETA_statuteJVIenu.html).

- Electronic Signatures in global and national commerce act, 1/10/2000, [Http://www.legaltext.ec/text/en/x3008/k3.html](http://www.legaltext.ec/text/en/x3008/k3.html).
- Electronic Document Law of Azerbaijan Republic.
- Electronic Signature Law of the Turkish, 2004, published in the official Gazette ref 25355, 2004- 01-23.
- Electronic Transaction Act, S.A 2001, c.E-55, of the Alberta, proclaimed in force April, 2003.
- Electronic Information and Documents Act, S. S 2000, c. EV, 22, of the Saskatchewan.
- Electronic Transaction Act, Bill 32-2000, of the British Columbia. [Http://www.lcg.bc.ca/2000/1st\\_red/gov-v.html](http://www.lcg.bc.ca/2000/1st_red/gov-v.html).
- Electronic Transaction Ordinance, 2002, of the Pakistan.

# المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل

دكتور  
أحمد محمد رفعت

## مقدمة

اهتمت جميع الدول بتنظيم مهنة المحاماة، نظرا للدور الهام الذي تؤديه هذه المهنة الجليلة على مسرح الحياة القضائية<sup>(١)</sup>، فهدف المحاماه تحقيق العدالة ومساعدة الأفراد لأخذ حقوقهم، والذود عن المظلومين، والدفاع عن حريات الأفراد ومساعدة القضاء في الوصول إلى الحقيقة، فالمحامي مساعد ضروري وهام لمرفق القضاء<sup>(٢)</sup>.

ويخضع المحامي في ممارسته لمهنته - وهي أجل المهن الحرة - للقوانين التي تنظم المحاماه، فضلا عن التزامه بأداب واخلاقيات ممارسة تلك المهنة السامية، وهذا إلى جانب خضوعه لأحكام العقد الذي يربطه بالعميل، ويطلق عليه "عقد المحاماه"<sup>(٣)</sup>، حيث تنشأ عن هذا العقد -أي كان تكييفه القانوني - التزامات متبادلة في ذمة طرفيه<sup>(٤)</sup>

ومن أهم هذه الالتزامات التزام المحامي بالحفاظ على أسرار العميل، إذ يتق العميل في محاميه ويأمن إليه، ويفضي إليه بأخص أسراره، ويطلع على ما لم يطلع عليه أحد، حتى إذا كان أقرب الناس إليه، فضلا عن ذلك هناك الكثير من الأسرار التي يقف عليها المحامي أثناء ممارسته لمهنته حتى ولو لم يفرض بها العميل، كل تلك الأسرار وغيرها من الأسرار التي تصل إلى علم المحامي أثناء أو بسبب ممارسة مهنته، تعد أسراراً مهنية يلتزم المحامي بالحفاظ عليها وعدم إفشائها.

وإذا أخل المحامي بالتزامه بالسرية المهني، ترتب على ذلك إمكان مساءلته تأديبياً بمعرفة نقابة المحامين، حيث توقع عليه جزاءات تأديبية قد تصل إلى حد الشطب من جداول النقابة<sup>(٥)</sup> كما أن المحامي يكون عرضه لإحدى العقوبتين المنصوص عليهما في المادة /٣١٠ من

(١) حول أهمية مهنة المحاماة وأهدافها وتطورها التاريخي، انظر: د/ عبد الباقي محمود سوادى: مسئولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن (الطبعة الثانية) - ١٩٩٩ - ص ٤ وما بعدها.

(٢) وقد نصت المادة الأولى من قانون المحاماه المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ علي أن: "المحاماه مهنة حرة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وفي تأكيدهم سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحرياتهم، ويمارس مهنة المحاماه وحدهم في استقلال؛ لا سلطان عليهم في ذلك إلا لظمايرهم وأحكام القانون".

(٣) انظر: د/ فايز الكندي: عقد المحاماه في القانون المقارن - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - الطبعة الأولى - ١٩٩٩، في حين يطلق عليه البعض الآخر عقد الدفاع؛ انظر الأستاذ الدكتور / محمد عبد الظاهر حسين: المسئولية المدنية للمحامي تجاه العميل - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩٠ - ص ٩٤.

(٤) راجع حول هذه الالتزامات تفصيلاً: د/ فايز الكندي: المرجع السابق - ص ٨٩ وما بعدها، حيث يلتزم المحامي بالآتي: ١- تمثيل العميل والدفاع عن مصالحه أمام المحاكم ٢- الحفاظ على أسرار العميل ٣- رد المستندات والأوراق الأصلية ٤- نصح العميل وإعلامه بنتائج أعماله، وفي المقابل يلتزم العميل بالآتي: ١- دفع أتعاب المحامي ٢- دفع المصروفات والنفقات القضائية ٣- حسن التعاون مع المحامي.

(٥) انظر المادة /٩٨ من قانون المحاماه المصري، حيث نصت على أن: "كل محام يخالف أحكام هذا القانون أو النظام الداخلي للنقابة، أو يخل بواجبات مهنته أو يقوم بعمل ينال من شرف المهنة، أو يتصرف تصرفاً شائناً يحط من قدر المهنة يجازى بإحدى العقوبات

قانون العقوبات المصري، وهما الحبس او الغرامة، إذا توافرت أركان جريمة إفشاء السر المهني وفقا لنص المادة / ٣١٠ المذكورة، والمادة / ١٣/٢٦٦ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد (١).

وإلى جانب ذلك يمكن مسائلة المحامي مدنيا عن تعويض الضرر الذي أصاب صاحب السر جراء قيام المحامي بإفشاء السر في غير الحالات المسموح فيها بالإفشاء. ولا يشك أحد في تربع موضوعات المسؤولية المدنية بصفة عامة على قمة الموضوعات الجديرة بشغل أذهان الباحثين ويجذب أنظارهم. لما لها من طابع عملي يلمس أثره في كل من له احتكاك بالمجتمع.

والمسؤولية المدنية كما عرفها بعض الفقهاء - بالتركيز على جانب الضرر فيها- هي الإلتزام بإصلاح الضرر الناتج عن الخطأ الذي يعتبر مصدره المباشر او غير المباشر (٢). وقد اشترط بعضهم لقيام المسؤولية وجود ضرر وشخص مسئول عن إحداثه ويقوم بإصلاحه (٣).

وقد يكون من الأدق تعريف المسؤولية المدنية بأنها الإلتزام الذي يلتزم شخص بمقتضاه بإصلاح الضرر الواقع للغير نتيجة فعله أو فعل أشخاص تابعين له أو أشياء يسأل عنها (٤).

ولا يقوم أيضا من الشك أدناه في أهمية وحساسية المسؤولية المدنية عندما تتعلق بمهني يمارس مهنة حرة . ومن هذه المهن - بالطبع - مهنة المحاماه والتي تحدث انعكاسا على مسؤولية المحامين في دائرة القانون المدني. ذلك لأن تطبيق القواعد القانونية أضحي متأثرا بالمهنة التي يزاولها الشخص وأن تجاهل هذه الحقيقة أمر يجانب العدل ويبتعد عن الواقع.

التأديبية التالية : ١- الإنذار ٢- اللوم ٣- المنع من مزاولة المهنة ومحو الاسم نهائيا من الجداول. ويجب ألا تتجاوز عقوبة المنع من مزاولة المهنة ثلاث سنوات، ولا يترتب على محو الاسم نهائيا من الجداول المساس بالمعاش المستحق".  
(٢) والذي ألغى نص المادة / ٣٧٨ من قانون العقوبات الملغي، وقد صدر قانون العقوبات الفرنسي الحالي في ٢٢ يوليو ١٩٩٢ وطبق اعتبارا من أول مارس ١٩٩٤.

- وانظر في أركان جريمة إفشاء سر المهنة الطبية (وهي نفس أركان جريمة إفشاء سر مهنة المحاماه مع اختلاف المسميات فقط)، أستاذنا الدكتور / أسامة فريد : المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٩ - ص ٣١: ٥٦.

SOURDAT , TRAITE de la responsabilité civile, 6 eme ed, 1911, No 1. (٢)

M.M. Mazeaud traité théorique et pratique de la responsabilité, 4 eme ed , No 3 et 4.(٣)

DE PAGE, Traité elementaire de droit Civil, 1967, Tome 11, no 904.

(٤) في نفس المعنى :

DALQ Traité de la responsabilité Civile, Tome, 1, BRUX 1967, No 1.

SAVATIER (R) Traité de la responsabilité Civile en droit français , paris 1939, No 1.

فالتمييز بين الأفراد بحسب مهنتهم أصبح ضرورة حتمية لا يمكن اغفالها، وسيجد المشرع نفسه مضطرا إلى الأخذ بعين الاعتبار المهن التي يزاولها الأشخاص عند تحديد حقوقهم ومدى مسؤوليتهم عن نشاطهم (١).

والبحث في مسؤولية المحامي المدنية تجاه عملائه يبدو من الأهمية بمكان بحيث تصل إلى تربعا على قمة الموضوعات التي يمكن التفكير في بحثها والتي تتميز بطابع الجدية والإستمرار وتبدو هذه الأهمية في نواح عديدة:

أولا: أن القانون المدني المصري لم يعالج مسؤولية المحامي بنصوص خاصة. بل أن القوانين المتعلقة بممارسة مهنة المحاماة لم تشر لا من قريب ولا من بعيد إلى هذه المسؤولية. مكتفية بتنظيم المسؤولية التأديبية التي تنتج عن مخالفة قواعد ونظم النقابة والتي يخرج عنها - بالتأكيد - تقصير المحامي في تنفيذ التزاماته تجاه العميل والذي يترتب ضررا يلحق بالأخير (٢). فلقد جاء مثلا قانون المحاماة المصري الجديد خلوا من أي نص يعالج مسؤولية المحامي عن تعويض العميل.

ثانيا : ضياع حقوق المتضررين من العملاء بسبب أخطاء المحامين في أغلب الحالات إذ أنهم يفضلون ترك المطالبة بحقوقهم في التعويض والإكتفاء برفع شكاواهم إلى النقابة، التي تحيل المحامي عند ثبوت المخالفة إلى مجلس تأديب لا يوقع عليه غير جزاء تأديبي قد يكون منعه من مزاوله المهنة مدة ما . وهو جزاء لا علاقة له بتعويض الضرر الذي لحق بالعملاء.

وهذا العذوف من جانب العملاء قد يرجع إلى سببين :

الأول : الجهل بالقانون الذي يعم معظم طوائف الشعب فضلا عن الإنتشار الواسع للأمية القانونية التي تنتشر بشكل أوسع. وهذه الأمية تؤدي إلى ضياع كثير من الحقوق وتورث الجبن والخوف لدى العملاء وتحول الخشية من أن يصيبهم ضرر أكبر - اذا ما فكروا في مطالبة المحامي قضائيا بالتعويض - دونهم ورفع دعاوى أمام القضاء بهذا الشأن.

الثاني: المستوى المعيشي والاقتصادي لأفراد الشعب المنخفض الذي يدفع بالمتضررين من تقصير المحامي إلى تفضيل عدم الدخول في دعوى جديدة ضد المحامي بما تحتاجه من أموال وما تستلزمه من نفقات وهم في نفس الوقت لا يضمنون نتيجتها.

(١) KOSOSSEY (G) responsabilité contractuelle et de renforcement de l'obligation a raison de la (١)

profession de débiteur thé, paris 1974. Surtout l'introduction.

(٢) ولا يهتم الأفراد غالبا بأثار المسؤولية التأديبية أو المسؤولية الجنائية بقدر اهتمامهم بأثار المسؤولية المدنية إذ ترتب نتائج مباشرة

يدركها كل صاحب حق في التعويض.

اضف إلى ذلك، تعقد الإجراءات القضائية وطولها بل وتعسفها في بعض الأحيان. وهذا الذي يفرض على اللجوء إلى القضاء ضرورة الإستعانة بمحام لديه الخبرة في التعامل مع قلم الكتاب والمحضرين أكبر من خبرته في القانون ونصوصه.

ثالثاً: إن إفلات المحامي من جبر الضرر بالرغم من تقصيره ينطوي على استغلال بين وظلم واضح يحق بأهل الضرر. مما يفرض على المجتمع وعلى رأسه المشرع واجبا برفعة عن طريق تنظيم خاص لمسئولية المحامي يراعي فيه طبيعة هذه المهنة، ويرعى فيه العلاقة الخاصة بين المحامي والعميل التي تسودها الثقة ويحوطها سياج الإستقلال.

وعلى الرغم من هذه الأهمية الفائقة التي تحتلها مهنة المحاماه وتتبوأها دراسة مسئولية المحامي تجاه عملائه -بتعويضهم عما لحق بهم من ضرر بسبب تقصيره في أداء التزاماته نحوهم - فإن هذا الموضوع لم يحظ بما يستحقه من دراسة أو بحث متعمق من جانب الفقه. كما لم يلق تطبيقات متعددة أو اهتماما واضحا من القضاء وخاصة المصري.

أما عن القضاء، فقد وضح من الوهلة الأولى ندرة الأحكام القضائية بشأن مسئولية المحامي المدنية على صعيد القضاء المصري. وهذه الندرة التي لا تروي ظمأ باحث ولا تسد جوعته دفعتني إلى ان أولي وجهي شطر القضاء الفرنسي أملا في أن أجد فيه من الأحكام ما يعينني على استجلاء موضوع البحث.

خطة الدراسة : نقسم الحديث في المسئولية المدنية للمحامي تجاه العميل إلي بابين تعقبهما خاتمة . وذلك على النحو التالي :

الفصل الأول :مفهوم وطبيعة التزام المحامي بالسر المهني .

الفصل الثاني :مسئولية المحامي المدنية عن الإخلال بالسر المهني.

## الفصل الأول

### مفهوم وطبيعة التزام المحامي بالسر المهني

لبيان مفهوم وطبيعة التزام المحامي بالسر المهني، نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، على النحو التالي:

المبحث الأول: المقصود بسر المهنة في مجال المحاماه.

المبحث الثاني: نطاق التزام المحامي بالسر المهني.

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لالتزام المحامي بالسر المهني.

### المبحث الأول

#### "المقصود بسر المهنة في مجال المحاماه"

يعني السر لغة " كل ما يخفى ويكتم"<sup>(١)</sup>، ويطلق على كل قول أو فعل ينبغي أن يظل مكتوماً، لأن كشفه واليوح به من شأنه أن يضر بسمعة صاحبه<sup>(٢)</sup>. فالسر هو ما تكتمه وتخفيه، وما يسره المرء في نفسه من الأمور التي عزم عليها<sup>(٣)</sup>. وهو عكس العلن.

ولم يحدد المشرع - سواء في مصر أو فرنسا أو في الدول الأخرى - مفهوم السر المهني بصفة عامة، وإنما ترك ذلك للفقهاء والقضاء لأن وضع التعريفات ليس من مهمة المشرع لا سيما في مسألة قد تختلف حولها الآراء كالسر المهني والذي يعد من الموضوعات بالغة التعقيد حيث يثير مشكلات عديدة<sup>(٤)</sup>، ويختلف مفهومه باختلاف الزمان والمكان والأشخاص وطبيعة الوقائع<sup>(٥)</sup>، والعرف السائد<sup>(٦)</sup>.

ويمكن القول أن السر المهني الذي يلتزم به، يشمل البيانات والمعلومات التي تلقاها من العميل أو من الغير والتي طلب منه عدم اليوح بها، وأيضا كل البيانات والمعلومات التي استطاع المحامي أن يصل إليها أو يستنتجها والتي تعد سرية بطبيعتها<sup>(٧)</sup>، أو لما يلابسها

(١) انظر مختار الصحاح - مكتبة لبنان - بدون سنة نشر - ص ١٢٤.

(٢) راجع المصباح المنير - مكتبة لبنان - بدون سنة نشر - ص ١٠٤، وهو ما لا يطلع عليه غالبا إلا اثنان، لذا قيل " كل سر عدا الأثنين منشتر"

(٣) انظر المعجم الوسيط - تحت كلمة "سر". ويفرق القرآن الكريم بين السر والإخفاء الذي يكمن في أعماق النفس البشرية ولا يعلمه إلا الله سبحانه وتعالى، إذ تقول الآية السابعة من سورة طه: " وإن تجهر بالقول فإنه يعلم السر وأخفى". صدق الله العظيم، وقد وردت كلمة "سر" في مواضع كثيرة في القرآن الكريم.

(٤) راجع ذلك في:

- Charmatier : op . Cit - P. 41.

(٥) د/ فايز الكندري : المرجع السابق - ص ١١٨.

(٦) نقض مدني: ١٩٩٢/٢/٤ - مجلة المحاماة - ١٩٩٢ (سبتمبر - أكتوبر) - ص ٤.

(٧) في نفس المعنى: د/ فايز الكندري: ص ١١٩.

من ظروف طالما كان للعميل أو لأسرته أو لشخص من الغير مصلحة مشروع في كتمانها (١)

ومن شأن هذا التصور للسر المهني في مجال المحاماه، التوسع في الحماية القانونية للمعلومات أو الوقائع محل السر لتشمل جانب حماية المعلومات التي يفرضي بها العميل للمحامي، والمعلومات التي تصل إلى علم المحامي أثناء ممارسة مهنته، بل أن الحماية تشمل في نظر البعض المعلومات التي وصلت إلى علم المحامي أثناء التفاوض مع العميل، حتى ولو لم تثمر المفاوضات عن نشؤ علاقة قانونية بينهما، كما تشمل أيضا المعلومات التي تصل إلى علم المحامي بمناسبة مشروع اتفاقي مع صاحب السر، حتى ولو لم يتم تنفيذه. (٢)

ومما سبق، يمكن تعريف السر المهني في مجال المحاماه بأنه ذلك السر الذي ينصب على معلومات أو وقائع أفضى بها العميل - أو الغير - للمحامي، ومعلومات أخرى وصلت إلى علم المحامي عن طريق مهنته وتعد سرية بطبيعتها أو لما يصاحبها من ظروف والتي يكون للعميل - أو لأسرته - مصلحة مشروع في أن تظل سرية. وينصب السر المهني للمحامي في الغالب على وقائع الحياة الخاصة للعميل. (٣)

أما التزام المحامي بالحفاظ على السر المهني فيقصد به ذلك الإلتزام الذي يلزم المحامي بعدم الكشف عن المعلومات محل السر والخاصة بالعميل أو إفشائها في غير الحالات التي يجوز فيها ذلك، وبصرف النظر عما إذا كان هذا الإفشاء يمس كرامة أو سمعة العميل. ولكن ما هي الضوابط أو الشروط اللازم توافرها في الواقعة محل السر المهني عامة، وفي مجال المحاماه على وجه الخصوص؟ ذلك ما سنعرفه من خلال المبحث الثاني

(١) Louis Crémieu : Traité de la profession d'avocat - 1939 - p. 285.

(٢) في هذا المعنى: د/ عادل جبيري محمد : المرجع السابق - ص ١٤ ، مع ملاحظة أن المؤلف يتحدث عن السر المهني بصفة عامة.

(٣) Jean Brethe de la Gressye : op . Cit - N. 12 , 53.

## المبحث الثاني

## "نطاق التزام المحامي بالسر المهني"

يثار التساؤل حلو النطاق الذي يسري فيه التزام المحامي بالسر المهني<sup>(١)</sup>، وفي هذا الصدد نبحت نطاق هذا الإلتزام من حيث الأشخاص، ثم من حيث الزمان. وننوه إلى أننا سنتناول مسألة مدى الصفة المطلقة أو النسبية لإلتزام المحامي بالسر المهني عند دراسة الطبيعة القانونية لهذا الإلتزام.

وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول: النطاق الشخصي لإلتزام المحامي بالسر المهني.

المطلب الثاني: النطاق الزمني لإلتزام المحامي بالسر المهني.

## المطلب الأول:

## "النطاق الشخصي لإلتزام المحامي بالسر المهني"

يقصد بالنطاق الشخصي في هذا المجال، الأشخاص الذين يلتزمون بسر مهنة المحاماة، وأيضا من تقرر السر المهني لصالحهم، وذلك على التفصيل التالي:

أولا: الملتزمون بسر مهنة المحاماه:

لا شك أن المحامي هو الملتزم بسر مهنة المحاماه، غير أن الأمر يقتضي توضيح المقصود بالمحامي في هذا الصدد، فضلا عن ذلك يلتزم أعوان المحامي ومساعديه بالسر المهني في مجال المحاماه، وسنوضح ذلك تباعا:

(أ) المحامي: قد يمارس المحامي مهنته منفردا، وقد يمارسها مع غيره من خلال مجموعة أو شركة محاماه مدنية<sup>(٢)</sup>، وقد يمارسها بموجب رابطة وظيفية لصالح مؤسسة أو هيئة عامة أو وحدة تابعة لها، كما قد يمارسها في شركات المساهمة الخاصة والجمعيات التعاونية، ونوضح ذلك فيما يلي:

١- المحامي الفرد: إذا كان المحامي يمارس مهنته منفردا - وهذا هو الأصل - فإنه يلتزم بكتمان أسرار العميل الذي يدافع عن مصالحه أمام جهات التحقيق والجهات

(١) حول نطاق الإلتزام بالسر المصرفي راجع: د/ عبد الرحمن السيد قرمان: نطاق الإلتزام بالسر المصرفي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٩.

(٢) نصت المادة الرابعة من قانون المحاماه المصري على ما يلي: "يمارس المحامي مهنة المحاماه منفردا أو شريكا مع غيره من المحامين أو في صورة شركة مدنية للمحاماه. كما يجوز للمحامي أن يمارس مهنة المحاماه في الإدارات القانونية للهيئات العامة، وشركات القطاع العام والخاص والمؤسسات الصحفية وفي البنوك والشركات الخاصة والجمعيات طبقا لأحكام هذا القانون".

- تؤثر الصورة التي يمارس فيها المحامي مهنته على مسؤوليته القانونية، راجع في ذلك (وبالنسبة للمهني عامة)، الدكتور / محمد عبد الظاهر حسين: صور ممارسة المهن الحرة وأثرها على مسؤولية المهني - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧ مرجع سبق ذكره.

القضائية، أو العميل الذي يطلب استشارة قانونية فقط، أو يطلب من المحامي تحرير أو صياغة عقد من العقود. ويشمل ذلك كما سبق ذكره - كل الأسرار التي أفضى بها العميل للمحامي، أو تلك التي علمها المحامي من تلقاء نفسه سواء من واقع ملف العميل أو من الظروف المحيطة بممارسة المهنة. ولفظ المحامي هنا يشمل كل المحامين سواء في ذلك المحامي أمام المحاكم الجزئية أو الابتدائية أو أمام محاكم الاستئناف ومجلس الدولة أو أمام محكمة النقض<sup>(١)</sup>. كما يشمل ذلك المحامي تحت التمرين.

٢- المحامي في مجموعة أو في شركة محاماه مدنية: كذلك يلتزم المحامي بالحفاظ على السر المهني إذا مارس المهنة مع غيره في مجموعة أو في شكل شركة محاماه مدنية<sup>(٢)</sup>، حيث يلتزم كل محامي (أو شريك) بالحفاظ على أسرار العملاء الذين يتعاملون مع الشركة، حتى ولو لم يكن هو المكلف أصلاً بمتابعة ملف العميل، ذلك لأن تواجده في شركة المحاماه يتيح له الإطلاع على أسرار عملاء الشركة، فيكون المحامي في هذا الفرض من أهل الثقة الضرورية.

كما تسأل الشركة ذاتها مدنيا إذا كانت لها الشخصية المعنوية<sup>(٣)</sup>، في حالة الإخلال بأسرار العملاء المهنية، إلى جانب مسؤولية الشركاء.

٣- محامو الإدارات القانونية بالمؤسسات والهيئات العامة والوحدات التابعة لها: يلاحظ أن الإلتزام بالسر المهني في مجال المحاماه من السعة بحيث يشمل من يعملون في الإدارات القانونية بالمؤسسات والهيئات العامة والوحدات التابعة لها، حيث أنه لا يوجد استثناء تشريعي لصالح هؤلاء في هذا الصدد بل يسري عليهم قانون المحاماه<sup>(٤)</sup>.

(١) مع ملاحظة أن المحامي المقيد بالجدول العام وهو المحامي تحت التمرين أو المحامي الجزئي، يسأل عن إفشاء السر المهني، غير أن المحامي الذي يقوم بتدريب المحامي تحت التمرين يسأل أيضا عن إخلال هذا الأخير بالسر المهني، وسنأتي لهذه النقطة فيما بعد.

(٢) انظر المادة الرابعة من قانون المحاماه المصري، وكذا المادة الخامسة من نفس القانون.

(٣) وفقا لنص المادة الخامسة من قانون المحاماه المصري فإنه يجوز للمحامين المقبولين أمام محكمة النقض ومحاكم الاستئناف أن يؤسسوا فيما بينهم شركة مدنية للمحاماه يكون لها شخصية معنوية مستقلة ويزاولون المحاماه من خلالها، ويجوز أن يشارك فيها المحامون أمام المحاكم الابتدائية، ويجوز أن يكون اسم الشركة مستمدا من اسم أحد الشركاء ولو بعد وفاته، ويضع مجلس نقابة المحامين نموذجا للنظام الأساسي لشركات المحامين، ويجب تسجيلها بالنقابة العامة في سجل خاص يصدر به قرار من وزير العدل، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام المقررة بشأن الشركات المدنية.

(٤) راجع: حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٠/٢٤/١٩٦٩ (ذكره: د/ عادل جبيري: المرجع السابق - هامش ١ ص ٢٧)، حيث ورد به: " ... إن اختصاص أكثر من موظف أو أكثر من غدارة بمعالجة هذه الملفات، يجعل الموضوعات المتصلة بها، شائعة أو مشتركة بين هؤلاء الموظفين أو تلك الإدارات، ولا يعد الإدلاء بالبيانات المتصلة بها خروجاً على الإلتزام بالحفاظ على تلك الأسرار، طالما أن الإطلاع على تلك البيانات، قاصر على دائرة الموظفين المختصين بمعالجة هذه الملفات وتسويتها".

ويلتزمون بالحفاظ على أسرار الأفراد فيما يتعلق بعملهم، ولا يحق لهم إفشائها خارج دائرة الجهة التي يعملون بها وللموظفين المختصين بمعالجة ملفات التحقيق والبت فيها<sup>(١)</sup>.

وتلتزم الدولة بتعويض الضرر في مواجهة المضرور على أساس مسئولية المتبوع عن فعل التابع<sup>(٢)</sup>، فضلا عن إمكان العقاب الجائي عن الإخلال بالأسرار الوظيفية<sup>(٣)</sup>. ويلاحظ أن الإخلال بالأسرار المهنية أو الوظيفية يتم في مثل هذه الحالات ضد مصلحة الجهة التي يعملون لديها، ولا يتعلق الأمر بعملاء يتولون الدفاع عنهم. ولكن هل يلتزم محامي هيئة قضايا الدولة (في مصر) بالحفاظ على أسرار الأفراد فيما يتعلق بأعمالهم؟

يمكن القول أن محامي هيئة قضايا الدولة هم الفئة الوحيدة التي أجازها المشرع في قانون المحاماة استخدام لقب المحامي، غير أنهم ينتمون لهيئة قضائية، ويلتزمون بالإلتزامات المفروضة عليهم في قانون هيئة قضايا الدولة وهم يدافعون عن مصالح الجهات الحكومية في منازعاتها مع الأفراد، وفي هذا الصدد يلتزمون بواجب السرية، والحفاظ أيضا على أسرار الحياة الخاصة للأفراد.

٤- محامو البنوك وشركات المساهمة الخاصة والجمعيات التعاونية: يجوز للمحامي مزاوله أعمال المحاماه في البنوك وشركات المساهمة الخاصة والجمعيات التعاونية، وتكون علاقة المحامي بهذه الجهات علاقة وكالة - وفقا لقانون المحاماة المصري- ولو اقتصر عمله عليها<sup>(٤)</sup>.

- إلا انه لا يجوز الإدلاء بالبيانات المذكورة حتى خارج نطاق الجهة الحكومية إذا رفع الأمر لجهات تحقيق قضائية كالنيابة الإدارية ، او أمام محاكم مجلس الدولة وذلك بالقدر اللازم للدفاع عن مصالح الجهة الحكومية  
- وراجع أيضا: القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ بشأن الإدارات القانونية بالمؤسسات والهيئات العامة والوحدات التابعة لها، والمعدل بقانون رقم ١ لسنة ١٩٨٦.  
(١) انظر المادة / ٧٧ في فقرتها السابعة والثامنة من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ والمادة ٢٦ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٨٣ في فرنسا  
ولمزيد من التفاصيل حول التزام الموظف العام بالسرية، راجع :  
- د/ غنام محمد غنام: الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٨ (مرجع سبق ذكره)  
، د/ عادل جبيري محمد: ص ٩٦ وما بعدها.  
(٢) انظر في مسئولية الدولة عن إفشاء أسرار التحقيق :

- Haritini Matsopoulou : note précité 130e.

Jean Brethe de la Gressaye : art. précité - N. 53.(٣)

(٤) المادة التاسعة من قانون المحاماه المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣.

وفي هذا المجال يمكن القول أن المحامي يظل ملتزماً بالسر المهني فيما يخص المعلومات والوقائع التي تصل إلى علمه أثناء عمله لدى الجهات المذكورة، والتي تتعلق بأعمالها، بإعتبار أن كل جهة من هذه الجهات تعد عميلاً للمحامي بمقتضى نص المادة التاسعة من قانون المحاماه المصري، فضلاً عن التزام المحامي الذي يزاول أعمال المحاماة في البنوك بسر المهنة المصرفية<sup>(١)</sup>، وبالتالي يلتزم بالحفاظ على أسرار عملاء البنك المرتبطة بتعاملاتهم المصرفية.

(ب) - أعوان المحامي ومساعدوه: لا يقتصر الإلتزام بالحفاظ على الأسرار المهنية على المحامي فقط، وإنما يمتد ليشمل كل شخص يمكنه الإطلاع على أسرار العميل ممن يعملون مع المحامي، سواء في ذلك أعوان المحامي كالكتابة ومن يعملون في السكرتارية وكذلك المحامي تحت التمرين والمحامي الذي يعمل بالمكتب والذي أنهى مدة التدريب، والمحامي الذي يستعين به صاحب المكتب في أداء مهنته، مع ملاحظة أن هذا الأخير، وكذا المحامي تحت التمرين، يلتزمان أصلاً بحفظ أسرار العملاء.<sup>(٢)</sup> وبصفة عامة كل من يعاون أو يساعد المحامي في مهنته ويكون في مقدوره الإطلاع على أسرار عملاء المكتب<sup>(٣)</sup>.

ويسأل المحامي في حالة الإخلال بالسر المهني من جانب أحد أعوانه أو مساعديه<sup>(٤)</sup> وهي مسئولية عن فعل الغير قد تكون مسئولية تقصيرية تقوم على أساس مسئولية المتبوع

- يذكر أن قانون المحاماه قد اشترط في المادة / ٦٠ أن يتضمن النظام الأساسي لأية شركة من الشركات الخاصة التي يتطلب القانون أن يكون لها مراقب حسابات تعيين مستشار قانوني لها من المقبولين أمام محاكم الإستئناف على الأقل، ولا يقبل تسجيل هذه الشركات في السجل التجاري إلا بعد التحقق من استيفاء ذلك الشرط.

ومن ثم فإن المحامي الذي يعين مستشاراً قانونياً بهذه الشركات، يلتزم بسر مهنة المحاماه سواء فيما يتعلق بمجال تقديم المشورة، أو فيما يخص مجال الدفاع عن مصالح الشركة.

(١) حول سر المهنة المصرفية بالتفصيل راجع :

- د/ محي الدين إسماعيل علم الدين: التزام البنوك بسر المهنة في القانون المقارن - مجلة إدارة قضايا الحكومة (الدولة حالياً) - ص ١٤ - أبريل / يونيو ١٩٧٠ - ص ٣٤١،

- Faragat (Raymond): le secret bancaire - L . G. D. J . paris - 1970.

(٢) لأنهم يؤدون قسماً عند ممارسة المهنة يلتزمون فيه بالحفاظ على السر المهني (مادة / ٢٠ محاماة مصري).

(٣) د/ فتوح الشاذلي: البحث سالف الذكر - ص ١٢، د/ عادل جبيري: المرجع السابق - ص ٨٨، ص ٨٩، د/ فايز الكندري: المرجع السابق - ص ١١٦، د/ محمود العادلي: ص ١٠٢.

(٤) ويدخل في ذلك المحاسب الذي يراجع حسابات الكتب، انظر: د/ محمد عبد الظاهر: ص ٣٥٩

- cass. Civ : 25 - 10 - 1989 - J . C.P. 1989 - som . 412

- يذكر أن المادة التاسعة من قواعد أخلاقيات مهنة المحاماه في فرنسا تنص على مسئولية المحامي عن إخلال أحد مساعديه أو أعوانه بالسر المهني، وتوجب على المحامي تذكير هؤلاء دائماً بأهمية السر المهني ووجوب اتخاذ كل الإحتياطات الممكنة لمنع إفشاء هذا السر.

عن فعل التابع بالنسبة لمعاوني ومساعدى المحامى الذين يمارس هذا الأخير عليهم سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف<sup>(١)</sup>، وقد تكون مسئولية عقدية عن فعل الغير في الحالات التي يقوم فيها هذا الغير بالحلول محل المحامى - كلياً أو جزئياً - في تنفيذ التزامه<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا الصدد، ينص قانون المحاماه المصرى في المادة /٧٥ على أن: "يلتزم المحامى بالإشراف على الموظفين العاملين بمكتبه ومراقبة سلوكهم والتحقق من أنهم يؤدون ما يكلفون به بأمانة وصدق. وللمحامى أن يصدر توكيلاً لوحد أو أكثر من العاملين بالمكتب للإطلاع نيابة عنه وتقديم الأوراق واستلامها لدى أية جهة، وكذلك استلام الأحكام واتخاذ إجراءات تنفيذها وتسوية الرسوم والأمانات واستردادها ويجب أن يكون هذا التوكيل مصدقاً عليه من النقابة الفرعية المختصة".

ثانياً: فيمن تقرر السر المهني لمصلحتهم: لا مرأى في أن العميل هو صاحب السر المهني في علاقته بالمحامى وصاحب المصلحة في كتمانها<sup>(٣)</sup>، غير أن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد هو: هل يمكن أن يتقرر السر المهني في مجال المحاماه لصالح الشخص المعنوي؟ كما أن هناك تساؤلاً آخر هو: هل يمكن لورثة العميل أن يتمسكوا بالسر المهني؟ وثمة تساؤل ثالث هو: هل يمكن أن يستفيد خصم العميل من الحماية المقررة للسر المهني؟ تلك إذا عدة تساؤلات، نوضح أجوبتها فيما يلي:

(أ) العميل هو صاحب السر: تقرر السر المهني لصالح العميل، حيث يحمى الأسرار الخاصة به والتي تصل إلى علم المحامى أو أحد أعوانه أو أحد مساعديه، سواء كان العميل هو الذي أفضى بها صراحة أو أمكن استخلاصها ضمناً من واقع المستندات الموجودة بملف العميل لدى المحامى، أو استطاع هذا الأخير أن يعلم به أثناء مباشرة مهنته أو بسببها أو بمناسبتها، كما تقدم ذكره<sup>(٤)</sup>.

- وقد تضمنت المادة الثامنة من قواعد أو ميثاق الشرف بالنسبة للمحامين المقبولين للترافع أمام المحكمة الجنائية الدولية هذا الحكم أيضاً (فقرة ٤).

(١) انظر في ذلك: د/ سعيد عبد السلام: المسؤولية المدنية للمحامى عن أخطاء مساعديه - ١٩٩٥ - ص ٤٢. وقد التزمت المادة / ٧٥ من قانون المحاماه المصرى، المحامى بالإشراف على الموظفين العاملين بمكتبه ومراقبة سلوكهم والتحقق من قيامهم بواجباتهم بأمانة وصدق.

(٢) د/ سعيد عبد السلام: المرجع السابق - ص ٤١، د/ عبد الباقي محمود: المرجع السابق - ص ٢٢٥ وما بعدها.

(٣) فمن المفيد له بقاء التحقيق سراً، فقد يؤدي ذلك إلى براءته: د/ أحمد كامل سلامة: الرسالة سالفة الذكر - رقم ٣٨، كما تكون له مصلحة أدبية على الأقل في بقاء كل ما يدور في الجلسة وخارجها سراً: د/ محمد عبد الظاهر: ص ١٦٠.

(٤) انظر ما سبق: ص ٢١ وما بعدها.

(ب) مدى جواز تمسك ورثة العميل بالسر المهني في مواجهة المحامي: إذا مات العميل، هل يحق لورثته التمسك في مواجهة المحامي بوجوب الحفاظ على أسرار المهنة التي اتصلت بعلم المحامي؟ وهل يحق للورثة رفع دعوى مدنية ضد المحامي للمطالبة بالتعويض عن إفشاء أسرار مورثهم؟.

إن الإجابة على هذين التساولين، تقتضي تبيان حق العميل على السر المهني، وذلك كالتالي:

- طبيعة حق العميل على السر المهني:

لقد تحدث بعض الفقهاء عن طبيعة حق المريض على السر الطبي وانتهوا إلى أن حق المريض في معرفة حالته من الحقوق اللصيقة بشخصه" أو حقوق الشخصية"، هذه الحقوق غير متعلقة بالمعاملات المالية، ومن ثم لا تدخل في دائرة التعامل المالي، ولا يجوز الحجز عليها أو التصرف فيها للغير، كما لا تسقط بعدم الإستعمال مهما طال الزمن، وفضلا عن ذلك فهي لا تنقل إلى الورثة كقاعدة عامة يرد عليها بعض الاستثناءات<sup>(١)</sup>، كإنتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة بشروط تتمثل في وجوب أن يكون هذا التعويض قد تحدد بمقتضى اتفاق، أو أن يكون الدائن قد طالب به أمام القضاء، وأن تقتصر المطالبة به على الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية في حالة الضرر الأدبي الناشئ عن موت المصاب نتيجة الفعل الضار<sup>(٢)</sup>

وطالما أن حق المريض على السر من حقوق الشخصية، فهو لا ينتقل إلى الورثة، وينادي الفقه الفرنسي بضرورة أن يطلب من المريض الذي يقدم على علاج أو عملية خطيرة يترتب عليها فقدة لوعيه ولو لفترة أن يعين الشخص الذي ينييه خلال تلك الفترة في حقه في الإستعلام، ويمكن اتباع نفس الحل في حالة الوفاة<sup>(٣)</sup>

فهل يمكن الأخذ بمثل هذه الحلول في مجال سر مهنة المحاماة؟

يمكن القول أن حق العميل على السر في مجال المحاماه، يرتبط بشخص العميل، ويعتبر بالتالي من الحقوق اللصيقة بشخصه، أو بتعبير آخر من حقوق الشخصية.

(١) حول خصائص حقوق الشخصية بالتفصيل، راجع: د/ نبيل إبراهيم سعد: المدخل إلى القانون - ج ٢ - نظرية الحق - دار المعرفة الجامعية - الأسكندرية - ٢٠٠٠ - ٦٣ - ص ٦٥، د/ مصطفى عبد الجواد: المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية الحق - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢ م - ص ٧٥ وما بعدها.

(٢) راجع المادة ٢٢٢/ مدني مصري، وقد ذهبت محكمة النقض إلى جواز التعويض عن الضرر الأدبي في غير حالة الوفاة لكل الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية وعدم قصره على الضرر الذي يصيب الأب والأم فقط، نقض مدني (الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية): ١٩٩٤/٢/٢٢.

(٣) انظر: أستاذنا الدكتور/ علي نجيدة: ص ١٨٤.

وبناءً على ذلك، فإن القاعدة العامة في هذا الصدد هي أن العميل (أو من يمثله قانوناً) هو وحده صاحب الحق في أن تبقى أسرارته محفوظة، ويلتزم المحامي بهذا الإلتزام في مواجهته، وإذا تعلقت الأسرار بشخص آخر من أفراد أسرة العميل، يجوز لهذا الشخص مقاضاة المحامي إذا أفشى السر (١).

ولكن إذا مات العميل وكان المحامي قد أفشى السر المهني، فإننا نعتقد وجود التفرقة بين فرضين، كالتالي :

الفرض الأول: إذا كان الإفشاء قد تم قبل وفاة العميل:

في هذا الفرض، نفرق بين حالتين.

الحالة الأولى: إذا كان العميل قد رفع دعوى لمطالبة المحامي بالتعويض قبل وفاته:

في هذا الفرض، نرى أنه يجوز للورثة - أو من يمثلهم - متابعة هذه الدعوى، وذلك لحماية حق المورث والدفاع عن ذكراه، لا سيما وأنه قد أفصح عن رغبته في حماية أسرارته التي وصلت إلى علم المحامي، وفي هذه الحالة، يجوز للورثة المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية التي أصابت مورثهم، وكذا الأضرار الأدبية أو المعنوية التي أصابت ذكرى مورثهم أو سمعته، وسمعة أسرته (٢).

فالإستخلاف هنا يكون في الدعوى وليس في الحق ذاته (٣)، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه يجوز للورثة - من حيث المبدأ - متابعة الدعوى المرفوعة من مورثهم لحماية حق من حقوق الشخصية لا ينتقل بطبيعته إلى الورثة (٤).

وإذا كان الإفشاء قد تم في وقت كان المورث فيه مريضاً مرض الموت، ولم يكن في استطاعته بالتالي التعبير بدقة عن إرادته في رفع دعوى التعويض ضد المحامي، ففي هذه الحالة ترى أنه يجوز للورثة رفع دعوى للدفاع عن المصالح المعنوية للمتوفى، والحفاظ على ذكراه.

الحالة الثانية: إذا لم يكن العميل قد رفع دعوى التعويض قبل وفاته :

(١) في هذا المعنى:

- د/ محمد عبد الظاهر : ص ١٦٠ ، p32 - OP .cit - Fau

(٢) انظر في ذلك : د. مصطفى عبد الجواد - التزام المحامي بالحفاظ على أسرار العميل- ص ١٤٥ ..

(٣) د. مصطفى عبد الجواد - المرجع السابق ص ١٤٧ .

(٤) انظر على سبيل المثال:

- Cass. Civ: 2-2-1992- Gaz . Pal. 1992 - Som . 22..

في هذا الفرض، يجب احترام إرادة المتوفى، لا سيما إذا كان قد علم بإفشاء المحامي للسري ولم يعترض على ذلك، إذ يجب أن يلتزم الورثة بما كان المورث يراه قبل وفاته، إذ هو الذي يقدر هذا الأمر تقديراً شخصياً، ومن ثم لا يخضع تقدير المورث للتقييم من جانب الورثة<sup>(١)</sup> الفرض الثاني: إذا كان الإفشاء قد تم بعد وفاة العميل:

هنا تكمن المشكلة، حيث أن حق العميل على أسراره من الحقوق اللصيقة بشخصه، فضلاً عن أنه لم تسنح له فرصة تقدير رفع دعوى التعويض إذا لم يكن الإفشاء قد تم، فهل يحل الورثة محل العميل في هذه الحالة؟

ذهب البعض في هذا الصدد، إلى أنه في حالة وفاة الشخص المضرور ضرراً مادياً، فإنه حقه في التعويض ينتقل إلى الورثة بقدر نصيب كل منهم في الميراث، لأنه يصبح جزء من تركة المضرور<sup>(٢)</sup>، ومن ثم يحق للورثة رفع دعوى التعويض ضد المحامي<sup>(٣)</sup>. أما إذا كان الضرر أدبياً أو معنوياً فيرى أنصار هذا الرأي أن حق المورث في التعويض لا ينتقل إلى الورثة إلا إذا كان المضرور قد طالب به أمام القضاء أو كان قد تم تحديده بالإتفاق بين المضرور والمسئول، وهو ما لا يتوافر في هذه الحالة<sup>(٤)</sup>.

وفي رأبي أن هذا الرأي محل نظر، لأنه يفترض أن يكون الإفشاء قد تم في حياة المورث، في حين أن الحالة التي نحن بصددنا تفترض أن الإفشاء قد تم بعد وفاة المورث.

أما الاتجاه الثاني فيسلم بانتقال الحق في الحياة الخاصة إلى ورثة التركة المعنوية<sup>(٥)</sup>، ذلك لأن الحق في احترام الحياة الخاصة يهدف إلى حماية الكيان المعنوي للإنسان أثناء حياته، ولتأكيد هذه الحماية يجب أن يمتد إلى ما بعد الوفاة، إذ يستمر الكيان المعنوي للإنسان ولا يندثر بالوفاة، فالموت ليس من شأنه أن يحول الحياة الخاصة للميت إلى حياة عامة، والقول بإنقضاء الحق في الحياة الخاصة بالوفاة، يعني التخلي عن حماية هذا الحق في لحظة من أكثر اللحظات التي يكون محتاجاً فيها للحماية<sup>(٦)</sup>.

(١) د/مصطفى عبدالجواد - المرجع السابق: ص ١٤٥.

(٢) د/ عبد الباقي محمود: المرجع السابق - ص ٢٧١، والمرجع المشار إليه بهامش ٢٢.

(٣) د/ عبد الباقي محمود: ص ٢٧١.

(٤) وفقاً للمادة ٢٢٢ مدني مصري، انظر د/ عبد الباقي محمد: نفس الصفحة.

(٥) انظر ف يعرض هذا الإتجاه تفصيلاً: أستاذنا الدكتور الأهواني: المرجع السابق - ص ١٥٩: ص ١٧١، ود/مصطفى عبدالجواد -

المرجع السابق: ص ١٤٠: ص ١٤٤، والمراجع والأحكام المشار إليها بهوامش هذه الصفحات.

(٦) د/مصطفى عبدالجواد - المرجع السابق: ص ١٤١.

فضلا عن أن ضرورة احترام الموتى وذكرهم توجب حماية حياتهم الخاصة بعد الوفاة، وإذا لم يكن للموتى حقوق، إلا أن علينا - على حد تعبير احد الفقهاء (١) - واجبات تجاههم، لأن اختفائهم لا ينزع عنهم انسانيته، رغم أن مركزهم لم يعد مثل مركز الأحياء. (٢)

وينتهي هذا الإتجاه الثاني إلى أن الحق في احترام الحياة الخاصة ينتقل إلى الورثة من حيث المبدأ، بإعتباره عنصرا من عناصر التركة المعنوية للمتوفى، وذلك يهدف إلى حماية ذكرى وسمعة المتوفى وتوفير الهدوء لأسرته، أي رعاية المصالح المعنوية للمتوفى نفسه (٣)، ويتغير مضمون هذا الحق عند انتقاله للورثة عما كان عليه من قبل، حيث يصبح محل الحماية ذكرى وسمعة المتوفى وهدوء أسرته، كما أنه يخضع لقواعد مختلفة عن تلك التي تحكم انتقال التركة المالية، فالأفضلية تكون للإستخلاف عن طريق الوصية وليس الميراث، وتتمتع إرادة المتوفى (الموصي) بدور كبير في هذا المجال سواء من حيث وضع قيود على سلطة الخلف عند ممارسة هذه الحقوق أو من حيث حرية اختيار من يراه أقدر على حماية هذا الحق بعد وفاته حتى ولو لم يكن وارثا، أو من حيث الخروج على قواعد الميراث أو القدر الذي تجوز فيه الوصية، فهذا الحق لا ينتقل إلى الورثة بقدر ما ينتقل إلى أقدر أفراد الأسرة في الدفاع عنه وحمايته، وحيث تلعب إرادة الشخص دورا هاما في تحديد من يتولى تلك الحماية (٤).

(د) مدى جواز استفادة خصم العميل من الحماية المقررة للسر المهني:

لا شك أن التزام المحامي بالسر المهني يسري في الأصل لمصلحة العميل (أو ممثله القانوني أو خلفه العام حسبما وضحنا)، إلا أن هناك من أسرار الخصم ما قد يصل إلى علم المحامي، وذلك في حالة تدخل المحامي كوسيط في مفاوضات الصلح بين الطرفين، حيث يعلم المحامي بعض أسرار خصم عميله سواء أكان هذا الخصم قد أفضى بها للمحامي، أو استنتجها المحامي من المستندات المقدمة إليه من الخصم، ففي هذه الحالة،

(١) Beignier : note. Précitée.

(٢) وتوجد بعض الأحكام القضائية التي تؤيد هذا الإتجاه، منها مثلا :

- T.G . I . paris : 13 - 1 - 1997 - D . 98 - Jur . 86 - obs. thierry.

(٣) راجع في ذلك : د/ الأهواني : ص ١٥٧ وما بعدها، والمراجع المشار إليها بالهوامش.

(٤) راجع بالتفصيل حول هذه الأفكار :

- Blondel (P): La Transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux à caractère personnel - Th-paris - 1969 - P.65 et S.

وسواء تم الصلح فعلا او لم يتم، فلا يجوز للمحامي أن يفشي أسرار الخصم<sup>(١)</sup>، ومن ثم يمتنع على المحامي أن يتخذ من هذه المعلومات أساسا لمرافعته أمام القضاء لصالح عميله<sup>(٢)</sup>.

فالسرية يمتد نطاقها إلى المعلومات التي اطلع عليها المحامي حتى ولو كانت تتعلق بالغير، وليس بعميله، طالما أنها قد وصلت إليه بوصفه محاميا، وليس فردا عاديا<sup>(٣)</sup>. وقضى بأن الإلتزام بالسر المهني واجب على المحامي ليس فقط تجاه عميله، ولكن أيضا تجاه كل شخص آخر عهد إليه بمعلومات حال ممارسته لمهنته ولو كان خصما لعميله<sup>(٤)</sup>.

فإذا قام المحامي بإفشاء أسرار الخصم التي حصل عليها بمناسبة مهمة الصلح بين الخصم وعميله، كان من حق هذا الخصم التمسك في مواجهة المحامي بالسر المهني، وكان من حقه بالتالي رفع دعوى لمطالبة المحامي بالتعويض.

(١) راجع: د/ طلبه خطاب: المرجع السابق - ص ١٩٢، د/ محمود صالح: ص ٩٨،

- Cremieu : traité de la profession d'avocat – OP . cit – P.283,

- د/ عادل جبيري محمد: المرجع السابق - ص ٨٦، د/ أحمد كامل سلامة: ص ١٨٧.

(٢) . 293 - 2 - 1909 - D . 1909 - 10 - 6 - Toulouse

ولكن إذا تم الصلح، يجوز للمحامي تقديم اتفاق الصلح إلى القضاء، في هذا المعنى:

- Rennes : 29- 1- 1976 – G . P . 78 – 144.

(٣) , 113 - P . cit - Charmantier : op.

د/ عادل جبيري: ص ٨٦، ص ٨٧.

(٤) محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة: ١٩٢٤/٦/١٤ - ذكره: د/ أحمد كامل سلامة - ص ١٨٨.

## المطلب الثاني

## "النطاق الزمني لإلتزام المحامي بالسر المهني"

بعد أن تحدثنا عن نطاق السر المهني في مجال المحاماه من حيث الأشخاص، بقي أن نحدد نطاق هذا السر من حيث الزمان (١).

ونتساءل في هذا الخصوص عما إذا كان الإلتزام بالحفاظ على أسرار العميل يجد نهايته بمجرد انتهاء المهمة التي كان المحامي مكلفا بها، وهل ينتهي هذا الإلتزام بوفاء العميل؟ وهل ينتهي بوفاء المحامي؟

فيما يتعلق بالإجابة على التساؤل الأول، أكدت المادة / ٦٦ من قانون الإثبات المصري على التزام المحامي بعدم افشاء المعلومات أو الوقائع التي يعلمها عن طريق مهنته، ولو بعد زوال صفة المحاماه عنه، او زوال صفته ... الخ .

ومن ثم، فإن التزام المحامي بالحفاظ على السر المهني لا ينتهي بمجرد انتهاء المحامي أو علاقته بالعميل، بل يظل هذا الإلتزام قائما حتى بعد انتهاء هذه العلاقة، بل حتى بعد زوال صفة المحاماه عن المحامي سواء بإعتزاله المحاماه أو بشطبه من الجداول لأي سبب أو بتغيير مهنته إلى مهنة أخرى، فمصلحة العميل الأدبية في الحفاظ على السر المهني، تظل قائمة على الرغم من انتهاء العلاقة بينه وبين المحامي (٢).

وقد أكدت قواعد أخلاقيات مهنة المحاماه في فرنسا على أن التزام المحامي بالسر المهني لا ينتهي بمجرد انتهاء علاقة المحامي بالعميل، وإنما يستمر حتى بعد انتهاء هذه العلاقة، بل حتى ولو أصبح المحامي خصما للعميل (٣).

ولكن إلى متى يستمر هذا الإلتزام ؟ أو بالأحرى: هل يعد التزام المحامي بالسر المهني مؤبدا؟

لم يحدد المشرع - سواء في مصر أو في فرنسا - المدى الزمني الذي ينتهي بعده هذا الإلتزام، وإنما فقط تحدثت النصوص عن أن هذا الإلتزام لا ينتهي بإنهاء علاقة المحامي

(١) راجع بالتفصيل حول نطاق السر المهني من حيث الزمان

- Geffroy ( C ) : Le secret privé dans la vie et dans la mort - J . C .P . 1974 - 1. Doct - 2604 .

(٢) د/طلبة خطاب : ص ١٩٥ وما بعدها ، د/ محمود العادلي: ص ١٠٨ ، ص ١٠٩ . د محمد عبد الظاهر : ص ١٦٢ . وقد نصت

المادة / ٤٣ / ٤ من المرسوم بقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي على أن التزام المحامي بالسر المهني لا ينتهي ولو بعد انتهاء خدمته او زوال صفته، وقد نصت غالبية التشريعات العربية على هذا الحكم ( انظر مثلا : المادة / ٣٢ من

قانون المحاماه السوداني ، ٤٦ محاماه عراقي، ٦٢ محاماه لبناني، ٢٢ محاماه سوري

(٣) المادة / ٤ / . وقد أكدت المادة الرابعة من قواعد أخلاقيات مهنة المحاماه أمام المحكمة الجنائية الدولية أيضا على هذا المعنى، وانظر :

د / عدنان إبراهيم سرحان : البحث سألقة الذكر - ص ٢٧ حيث يشير إلى أن هذا الإلتزام يستمر بعد تنفيذ العقد.

بالعمل،/ وإنما يستمر حتى بعد انتهاء هذه العلاقة (أو انتهاء مهمة المحامي)، بل حتى لو زالت عنه صفة المحامي يظل المحامي ملتزماً بالسر، مما قد يوحي بأن هذا الالتزام مؤبداً. والحقيقة أن كل التزام لا بد له من نهاية<sup>(١)</sup>، فالإلتزامات القانونية تنقضي بطرق معينة<sup>(٢)</sup>، غير أن الصعوبة في التزام المحامي بالسر المهني أنه التزام سلبي بالإمتناع عن عمل معين<sup>(٣)</sup> أو التزام بعدم الإفشاء، ومن ثم يمكن القول أنه التزام سلبي مستمر، يستوجب الإخلال به المطالبة بالتعويض.

### المبحث الثالث

#### "الطبيعة القانونية لإلتزام المحامي بالسر المهني"

ذكرنا سابقاً، أن التزام المحامي بالسر المهني يعد التزاماً بالإمتناع عن عمل، أي التزاماً بالإمتناع عن إفشاء السر، وهو من الإلتزامات السلبية. ويترتب على ذلك أن هذا الإلتزام يعد التزاماً بتحقيق نتيجة<sup>(٤)</sup>، مما يعني أن المحامي يكون مسؤولاً من الناحية المدنية تجاه العميل - أو من يمثله أو خلفه العام في حدود معينة - بمجرد اثبات إفشاء السر بواسطة المحامي نفسه أو بفعل أحد تابعيه أو مساعديه وفي غير الأحوال التي يجوز فيها ذلك<sup>(٥)</sup>.

ولكن هل يعني هذا الإطلاق أن التزام المحامي بالسر المهني يشمل جميع الوقائع سواء تلك التي أفضى لها العميل للمحامي أو تلك التي علمها هذا الأخير أثناء أو بسبب ممارسته للمهنة في علاقته بالعميل؟ وهل يعني ذلك أيضاً أن التزام المحامي بالسر المهني يشمل كافة أنشطته المهنية سواء تعلقت بمجال الدفاع عن العميل ومصالحه أو اقتصر على مجرد تقديم الإستشارات أو صياغة العقود؟

لقد ذهب الأستاذ Uettwiller إلى هذا المعنى، حيث تعني صفة الإطلاق في نظره، أن السر المهني يوجد بالنسبة لكافة الوقائع، وسواء تعلقت بحقوق الدفاع أو اقتصر الأمر على مجرد تقديم المشورة أو صياغة العقود<sup>(٦)</sup>، كما ذهب الأستاذ Charmantier إلى أن صفة

(١) نشير في هذا الصدد إلى نص المادة / ٣٧٤ من القانون المدني المصري، والذي يقضي بالآتي: "يتقادم الإلتزام بإنقضاء خمس عشرة سنة، فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون، وفيما عدا الإستثناءات التالية".

(٢) راجع حول طرق انقضاء الإلتزامات، أستاذنا الدكتور / سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني - ج ٢ - في الإلتزامات - المجلد الرابع - أحكام الإلتزام - الطبعة الثانية - القاهرة - ١٩٩٢ - ص ٦٧٧ وما بعدها.

(٣) د/ فايز الكندري: المرجع السابق - ص ١١٦. ويترتب على ذلك أنه التزام بتحقيق نتيجة.

(٤) فالإلتزام بالإمتناع يكون دائماً التزاماً بنتيجة، أي أن المدين به يكون ملتزماً بتحقيق الإمتناع، ولا يكفي منه بأن يبذل جهده هو أو درجة معينة من العناية في سبيل تحقيق ذلك، انظر أستاذنا الدكتور / سليمان مرقس: المرجع السابق - ص ٧١، أستاذنا الدكتور / حسام الدين كامل الأهواني: مصادر الإلتزام - المصادر الإرادية - القاهرة - ١٩٩٢ / ١٩٩١ - ص ٩.

(٥) د/ فايز الكندري: المرجع السابق - ص ١١٦.

(٦) Jean - Jaques Uttwiller: art. précité.

الإطلاق تعني شمول السر المهني في مجال المحاماه لكل الوقائع التي أفضى بها العمل للمحامي وتلك التي علمها المحامي أثناء ممارسة مهنته باعتبارها سرا بطبيعته<sup>(١)</sup>.  
ونعتقد بأن هذا الرأي يمكن ادراجه تحت نظرية السر المهني المطلق والذي يرتبط بالنظام العام، في صورتها المخففة والتي تحيز إفشاء السر المهني للسرا إذا أجاز المشرع ذلك، والدليل على ما نعتقد صحيا أن من القائلين بهذا الرأي من يفصح صراحة عن تبنيه لنظرية السر المطلق القائمة على فكرة النظام العام، والتي يرى فيها الأساس للقوة الملزمة للإلتزام بالسر المهني<sup>(٢)</sup>

### المطلب الأول

#### "موقف المشرع الفرنسي من طبيعة الإلتزام بالسر المهني"

يلاحظ بداءة أن المشرع الفرنسي لم يحسم مسألة مدى اطلاق أو نسبية الإلتزام بالسر المهني بشكل قاطع، ولو كان قد فعل ذلك لما جاز اجتهاد الفقه حول مسألة حسمها المشرع بنصوص صريحة<sup>(٣)</sup>. وعلى الرغم من ذلك يدعي أنصار نظرية السر المهني المطلق أن المشرع الفرنسي اعتنق تلك النظرية، والحقيقة أن هذا الإدعاء محل نظر، ويتضح ذلك من النصوص القانونية المتعلقة بالمسألة محل الخلاف، وعلى الأخص نص المادة ٢٢٦ / ١٤ من قانون العقوبات الفرنسي، حيث لا يعاقب هذا النص على افشاء السر من جانب المهني في الحالات التي يوجب القانون أو يصرح فيها بإفشاء السر ".... Dans les cas ou la loi impose ou autorise la révélation de secret ...". تفسير، فهل تقتصر إجازة إفشاء السر على الإذن الصريح من المشرع، أم يسري ذلك أيضا في حالة الإذن الضمني؟<sup>(٤)</sup>

حيث يعرض في هذا المجال للسر المطلق والسر النسبي قبل قانون ٧ أبريل ١٩٩٧ والتعديلات التي أتى بها المشرع في هذا القانون على نص المادة ٥/٦٦ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧١، وموقف القضاء من هذه المسألة.

Charmantier : art. Préc.(١)

- والحقيقة أن الأستاذ شارمانتييه يقصد بصفة الإطلاق أيضا عدم جواز افشاء السر المهني إلا إذا وجد نص قانوني يجيز ذلك.
  - ويذهب الدكتور / محمد عبد الظاهر إلى أنه يترتب على صفة الإطلاق أيضا أن يخضع للسر المهني إضافة إلى أرباب المهن الملتزمين به أصلا، مساعدو هؤلاء، انظر الرسالة سالفة الذكر - ص ٢١٠.
  - والواقع أنه يمكن ترتيب هذه النتيجة استنادا إلى قواعد المسؤولية عن فعل الغير كما تقدم دون حاجة لإسنادها إلى صفة الإطلاق.
- (٢) انظر د/ محمد عبد الظاهر: ص ٢٠٨. ومع ذلك يذهب الدكتور محمد عبد الظاهر في موضع آخر إلى أن أساس الإلتزام بالسر المهني هو العقد وذلك في علاقة المحامي بالعمل من الناحية المدنية، أما من الناحية الجنائية فإن الإلتزام يجد أساسه في المصلحة الإجتماعية والنظام العام (ص ١٤٩) كما يذهب إلى ان للسر المهني مفهوم نسبي في علاقة المحامي بالعمل، ومطلق في علاقة المحامي بالغير (ص ١٤٧).

Honorat et melennec : art . préc . N. 9. (٣)

.Honorat et Melennec : N . 14. (٤)

يمكن القول - كما ذهب البعض<sup>(١)</sup> - أن الإفشاء يجوز إذا أذن المشرع ضمنا بذلك، وهذا الإذن أو التصريح الضمني قد أقر الفقه والقضاء بصلاحيته كسبب لإستبعاد تطبيق العقوبة<sup>(٢)</sup>. بإختصار، فإن من الصعب أن نقرر تبني المشرع الفرنسي لنظرية السر المطلق، لأن هذا التقرير محل شك، نظرا لأن نص المادة ٢٢٦ / ١٤ من قانون العقوبات الفرنسي هو نفسه في حاجة إلى تفسير في ضوء مجمل قواعد القانون الجنائي<sup>(٣)</sup>، فضلا عن ذلك فإن المشرع نفسه قد أورد عدة استثناءات أجاز فيها إفشاء السر المهني<sup>(٤)</sup>، بل وأوجبه في بعض الحالات<sup>(٥)</sup>، كما أن رضاء المجني عليه وإن لم يكن له دور في إباحة الفعل محل التجريم، إلا أن من المتفق عليه أنه يلعب دورا في مجال التنازل عن الحقوق المالية<sup>(٦)</sup>.

لكل هذه الأسباب، ذهب البعض في الفقه الفرنسي إلى أن المشرع الفرنسي يتبنى نظرية السر النسبي<sup>(٧)</sup>، كما ذهب البعض الآخر إلى أن أساس الإلتزام بالسر المهني في التشريع الفرنسي يستمد من العقد الذي يربط المهني بالعميل كعقد العلاج - وعقد المحاماه - ، كما يستمد من القانون، ومن ثم يجوز للمهني إفشاء السر إذا رضي صاحب السر بذلك، أو كان هناك نص في القانون يجيز الإفشاء<sup>(٨)</sup>، وبشرط إقامة نوع من الموازنة بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة.

(١).Honorat et Melennec : N . 15.

Ibid (٢)

- يذهب الفقه الجنائي إلى أن هذا الإذن الضمني هو الذي يضيف المشروعية على أفعال الطبيب في مجال الجراحة، رغم أن هذه الأفعال تمس سلامة الجسد ، انظر :

- Vidal et Magnol : cours de droit Criminel – N .236 .

.Honorat et Melennce : N. 14.(٣)

.Max le Roy : art . préc . p. 339(٤)

(٥)كحالة وجوب التبليغ عن الأمراض المعدية والأمراض الخطيرة من جانب الطبيب انظر :

- Max Le Roy : p. 339.

(٦)راجع :

- Abdou ( Antoun Fahmy ) : Th . préc.

- ويذهب البعض إلى أن بعض الأحكام الحديثة الصادرة عن القضاء الجنائي تعترف ضمنا بفاعلية رضائ المريض، بشأن الإفشاء بالسر الطبي، انظر :

- Honorat et Melennec : N. 23 , et les arrest cites dans la note N . 44.

- وحول رضاء المجني عليه وآثاره القانونية بصفة عامة، انظر : استاذنا الدكتور / حسني الجندي : رضاء المجني عليه وآثاره القانونية - رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة - ١٩٨٣ .

Max Le Roy : art .préc . p . 339 et 34.(٧)

Honorat et Melennec : N. 10 : N. 12.(٨)

ومن جانبنا نرى أن المشرع الفرنسي يتبنى النظرية النسبية، فهو يقرر كمبدأ عام وجوب الحفاظ على الأسرار المهنية من جانب المؤتمنين عليها من المهنيين وعدم إفشائها حرصاً على مصلحة صاحب السر في الكتمان، وعلى المصلحة العامة في ذات الوقت، مع جواز إفشاء الأسرار من جانب المهني تحقيقاً لإحدى المصلحتين، أو لمصلحة الأمين على السر. وعن موقف القضاء، يلاحظ كما سبق القول أن الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية تتبنى من حيث المبدأ نظرية العام والمطلق "le secret general et absolu"<sup>(١)</sup>. ومع ذلك رأينا بعض الأحكام التي تجيز إفشاء السر من جانب المهني لإعتبارات معينة<sup>(٢)</sup>، مما يخفف من حدة النظرية المطلقة، ويقرب اتجاه الدائرة الجنائية من النظرية النسبية. أما الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، فقد تبنت في معظم أحكامها، نظرية السر المهني النسبي، وقد استقرت أحكامها الآن في هذا الإتجاه<sup>(٣)</sup>. وكذلك تم تبني هذه النظرية من جانب قضاء مجلس الدولة الفرنسي<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع الأحكام المشار إليها فيما سبق: ص ١٢٥ والهوامش.

(٢) انظر ما سبق: ص ١٣٦ والأحكام المشار إليها بالهوامش.

(٣) انظر ما سبق: ص ١٣٥ والهوامش.

(٤) انظر على سبيل المثال:

- Cons. d'Etat : 11-2-1972 – précité.

- وحول تطور موقف القضاء بشأن طبيعة الإلتزام بالسر المهني بصفة عامة، والسر الطبي خاصة، راجع:

- Honorat et Melennec : N. 18 et S.

## المطلب الثاني

## "موقف المشرع المصري من طبيعة الإلتزام بالسر المهني"

يرى البعض أنه من الصعوبة بمكان تحديد الإتجاه الذي سلكه المشرع المصري بشأن طبيعة الإلتزام بالسر المهني نظرا لما يشوب النصوص في هذا الصدد من غموض وعدم دقة في الصياغة<sup>(١)</sup>، فالمادة ٦٦ من قانون الإثبات تعني أن المشرع المصري يأخذ ببعض نتائج النظرية المطلقة كحظر الشهادة أمام القضاء إذا كان أداء الشهادة من جانب المهني يؤدي إلى الإخلال بواجب الحفاظ على السر المهني، مما يعني أن المشرع المصري يضحى بواجب أداء الشهادة من أجل الحفاظ على الأسرار المهنية أو الوظيفية<sup>(٢)</sup>. غير أن نفس النص يجيز أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات السرية متى طلب منه ذلك من أسرها إليه، وهذه نتيجة من نتائج نظرية السر النسبي، فضلا عن ذلك توجد تطبيقات أخرى لهذه النظرية في التشريع المصري، تتمثل في إباحة إفشاء المهني للسر إذا نص القانون على إلزامه بذلك أو رخص له في الإفشاء به، وإذا كان موضوع هذا السر ارتكاب جناية أو جنحة<sup>(٣)</sup>

ويرى بعض الفقه المصري "أن المشرع قد أراد التوفيق بين النظريتين المطلقة والنسبية، فقرر مبدأ الحماية الجنائية لأسرار المهنة دون أن يأخذ بالتصوير المطلق لهذه الحماية وما يؤدي إليه من نتائج غير مقبولة، من أجل ذلك قرر المشرع بعض القيود على الإلتزام بالكتمان إذا وجدت مصلحة اجتماعية أو فردية أولى بالحماية من مصلحة صاحب السر، أو عندما تفرض مصلحة هذا الأخير إفشاء بعض الوقائع التي يلتزم بها الأمين على السر بكتمانها"<sup>(٤)</sup>.

ومن جانبنا نؤيد الأخذ بمبدأ الإلتزام النسبي بالسر المهني تحقيقا للمصلحة العامة، ولمصلحة العميل صاحب السر، ولمصلحة الأمين على السر في بعض الحالات. وفي هذا الصدد لا نضحى بالمصلحة العامة إن تعارضت مع المصلحة الخاصة، بل يجب أن تعلق المصلحة العامة في هذه الحالة، كما يمكن مراعاة المصلحة الخاصة في الأحوال التي لا يوجد فيها مساس بالمصلحة العامة، حيث أن هذه الأخيرة ما هي إلا نتاج مجموع مصالح

(١) د/ عادل جبيري محمد: المرجع السابق - ص ٣٩.

(٢) نفس الإشارة.

(٣) نفس الإشارة

ومع ذلك يذهب جانب كبير من الفقه الجنائي المصري إلى تبني نظرية السر المهني المطلق، كما سبق ذكره، راجع: ص ١٢٤ وهامش (١).

(٤) د/ فتوح الشاذلي: البحث سالف الذكر - ص ٣، ٤، وفي هذا المعنى: د/ عادل جبيري: ص ٤٠.

الأفراد، فحفظ سر العميل وإن كان يحقق صالحه بطريق مباشر، فهو يحقق الصالح العام بطريق غير مباشر (١).

ونشير أخيراً، إلى جواز التأمين من مسئولية المحامي المدنية بصفة عامة، وعن الإخلال بالسر المهني بصفة خاصة، ونهيب بالمشرع المصري أن ينظم هذا النوع من التأمين بالتنسيق مع نقابة المحامين (٢)، وذلك على غرار ما فعل المشرع الفرنسي (٣)، لما في ذلك من فائدة تتمثل في ضمان حصول العميل - أو ورثته - على مبلغ التعويض حيث سيجد أمامه شحص موثر هو شركة التأمين، فضلاً عن التخفيف عن كاهل المحامي لا سيما إذا كان مبلغ التعويض كبيراً، ويمكن إلزام المحامي بدفع جزء ولو قليل من أقساط التأمين يدفعه مع مبلغ الإشتراك السنوي في النقابة.

(١) في هذا المعنى أستاذنا الدكتور / علي نجيدة : المرجع السابق - ص ٢٥٥ ، ص ٢٥٦ .

(٢) وهو ما ينادي به البعض في الفقه المصري، انظر مثلاً : د/ طلبه خطاب : المرجع السابق - ص ٣٢٠ وما بعدها، د / سعيد عبد السلام: المرجع السابق - ص ١٥٨ ، ص ١٦٠ .

(٣) انظر القانون الصادر في ١٩٧١/١٢/٣١ في فرنسا، حيث نصت المادة / ٢٧ منه على إلزام كل محام عضواً في النقابة بالتأمين من مسئوليته المدنية عما يرتكب من أخطاء في ممارسة المهنة، كما أوجب المشرع هذا التأمين على شركات المحاماة المدنية أو الشركاء فيها، وهو تأمين جماعي، فالتأمين من المسئولية المدنية إجباري سواء أكان المحامي يمارس المهنة منفرداً أو في شركة محاماة مدنية ،

- انظر في ذلك: د / عبد اللطيف الحسيني : ص ٤٠٨ ، ص ٤٠٩ ، د / سعيد عبد السلام : ص ١٥٨ ، ص ١٦٠ ، د / طلبه خطاب : المرجع السابق - ص ٣٢٠ وما بعدها.

## الفصل الثاني

### مسئولية المحامي المدنية عن الإخلال بالسر المهني

#### المبحث الأول

##### أركان المسؤولية

تفترض المسؤولية المدنية باستمرار وجود ضرر مرتبط بنشاط المسئول بعلاقة سببية<sup>(١)</sup>. فطبيعي حتى نحكم بميلاد الإلتزام بالتعويض على عاتق المحامي يجب أن يكون الضرر ناتجا عن عدم التنفيذ الخاطئ للإلتزام من جانبه<sup>(٢)</sup>.

ويجدر بنا بعد دراسة الإلتزامات التي تقع على كل من المحامي والعميل وتحليل طبيعة المسؤولية التي تقوم في حالة تقصير الأول أن نتعرف على الشروط التي بتوافرها يلزم المحامي بتعويض العميل.

ومن ثم فإننا سنقوم ببحث هذا الفصل على النحو التالي:

المطلب الأول: تقصير المحامي في التزامه.

المطلب الثاني: الضرر وقيام علاقة السببية.

#### المطلب الأول

##### "تقصير المحامي في التزاماته"

الخطأ - بصفة عامة - هو كل تقصير في التزام قانوني سابق<sup>(٣)</sup> يسبب للغير ضررا ماديا أو معنويا ويؤدي إلى قيام المسؤولية على عاتق مرتكب التقصير ويكون مضمون تلك المسؤولية اصلاح الضرر الواقع. ولا يكفي حتى تقوم المسؤولية أن يسبب الفعل أو الإمتناع اعتداء على المصالح المادية أو المعنوية وإنما يجب توافر صفة الخلل أو الإثم في هذا الفعل أو ذلك الإمتناع<sup>(٤)</sup>. وبتعبير آخر، يجب أن يشكل الإعتداء على حق الغير تقصيرا في التزام ناشئ على عاتق المعتدي في مواجهة صاحب الحق. وبذلك، فإن الشخص الذي

(١) Viney, traité de droit Civil les' obligations, la responsabilité, conditions, L.G.J, paris 1988, P. 301.

(٢) Constantines. Co L'inexecution et faute contractueile en droit copmparé, paris 1960. P. 3.

(٣) Mestre ( pacques) Conditions de la responsabilité , Rv. Tr Dr. Civ. Anne 88, Mars 1989, P. 81.

(٤) Formageat, De la faute comme source de la responsabilité livre 1. 1891, p. 2.

وتقوم المسؤولية المدنية بصفة عامة باستمرار على الخطأ الثابت أو المفترض.

Teilliais (clementinc ) la faute dans L'application de l'article 1384 L.I.C. Civil, th , Nantes 1989, P. 31.

(٤) فيجب أن يكون الإمتناع خاطئا. اذ لا يجوز التعميم بالقول أن امتناع أي فرد يؤدي إلى مسؤوليته بل يلزم التفرقة بين الإمتناع الارادي الذي يؤدي إلى قيامها وغير الارادي أو المشروع الذي تنتفي به.

Cohin-Marco. L'abstention fautive en droit Civil et penal, Siery 1937, P. 30.

يستعمل حقا مشروعاً بدون اساءة لا تقوم مسؤوليته عما قد يلحقه هذا الإستعمال من أضرار للغير. إذ أن هذا الضرر الناتج عن استعمال الحق لا يعطي امكانية المطالبة بالتعويض ما دام كان مشروعاً وفي نطاقه. أما اذا كان الإستعمال غير مشروع أو بدت فيه اساءة أو عاصره غلو فإن المسؤولية تقوم ؛ حيث من المعروف أنه عند نهاية الحق يبدأ الإلتزام فلا يمكن الخروج من نطاق الحق بدون الدخول في اطار الإلتزام<sup>(١)</sup>.

ولا يكفي بالفعل الضار حتى تتجح دعوى المسؤولية بل يجب اسناد عدم التنفيذ للإلتزام إلى مسبب الضرر. وهو ما يمكن أن يتحقق باشتراط أن يكون الضرر الواقع نتيجة مباشرة ومحقة للفعل الضار. بحيث اذا استطاع المدعي عليه في دعوى المسؤولية اثبات أن عدم التنفيذ للإلتزام يرجع إلى ظروف خارجية لا دخل لإرادته فيها كالقوة القاهرة، فهنا يضع نهاية الدعوى بالفشل.

ونجد صدى لما تقدم عند بحثنا لمسؤولية المحامي المدنية تجاه العميل. حيث يتمثل خطئه أحيانا في عدم القيام بالإلتزام الناتج عن العلاقة أو بسببها. وفي أحيان كثيرة يتمثل في تقصيره عند التنفيذ. ومعظم الدعاوى التي نجدها في ساحات المحاكم مؤداها شكوى العميل من عدم التنفيذ الجزئي للإلتزامات الواقعة على المحامي أو من سؤئه. ولهذا السبب فإن عبء الاثبات غالبا ما يقع على عاتق العميل طبقا لما سبق وأقررناه من أنه عند الشكوى من عدم التنفيذ الكلي يقع عبء الاثبات على المدين. أما اذا ثارت الشكوى بمناسبة سوء التنفيذ أو تأخره فالاثبات يقع عبئه على الدائن.

ونظرا للعلاقة التي يسودها مبدأ الثقة بين المحامي والعميل فنادرا ما نجد كتابة لها أو لما ينشأ عنها بعد ذلك من معاملات. ويؤدي هذا إلى تصعيب دور العميل في اثبات تقصير المحامي. أو اثبات أن الضرر الواقع كان نتيجة هذا التقصير. إذ كيف يستطيع العميل اثبات أن خسارة الدعوى ترجع إلى اهمال محاميه البادي في عدم تحضيره للدفاع بطريقة جيدة أو في نسيانه حجة قاطعة، لأنه من الصعب معرفة تأثير المرافعة على عقيدة القاضي.

(١) انظر في اساءة استعمال الحق، د. محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، معياره وطبيعته، الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة

## الفرع الأول

## أوجه القصور المنسوية إلى المحامي

تتعدد صور التقصير الذي يشكل اخلافا من المحامي بالتزاماته في مواجهة العميل وتتنوع تطبيقاته بسبب اتساع دور المحامي - من ناحية- وفرض القانون عليه التزامات يتسع نطاقها بمرور الزمن والتي يجد نفسه ملزما بها ولو لم يرد لها ذكر في العقد من ناحية أخرى، ومن جانب آخر فان هجر الفقه لفكرة عدم مسئولية المحامي كلية وتقلص اتجاه عدم مسئوليته إلا عن الخطأ الجسيم والأخذ بمسئوليته عن كل تقصير، قد أدى إلى زيادة الحالات التي يمكن أن نرى فيها دعوى بمسئولية المحامي ونعرض فيما يلي صوراً لهذا التقصير:

١- التقصير في الإلتزام بالمشورة: يختلف الإلتزام بالإستشارة - كما سبق- طبقاً للظروف وتبعاً لدرجة تعليم وثقافة الشخص طالب الإستشارة. وهذا يؤدي إلى اختلاف مسئولية المحامي عن هذه الإستشارات ضيقاً واتساعاً. فاللتزامه تجاه عميل مثقف وله قدر من التعليم ما سمح له بالقدرة على التفرقة بين ما يضره وما ينفعه، وخاصة إذا كانت لديه دراية بالقانون واجراءاته، لا يمكن أن يتساوى مع الحالات التي يكون فيها العميل جاهلاً لم يتوافر له حظ من التعليم ما يمكنه من التمييز بين الإجراءات والمفاضلة بين الخيارات المطروحة عليه من المحامي. ففي هذه الحالة الأخيرة تزداد خطورة دور المحامي وتكبر أهمية المشورة التي يدلي بها، وهذا يفرض عليه أن يكون دقيقاً لا يترك مجالاً واسعاً للإختيار أمام العميل مما يمكننا من القول بأن العميل هنا يلزم بإتباع ما يشار عليه محاميه<sup>(١)</sup>.

ونود الإشارة إلى الإتجاه الذي ساد الفقه في معظمه ومازال؛ ومؤداه أنه مادام أن الذي يتلقى الأستشارة ليس ملزماً على الإطلاق بإتباعها، فإنه يجب الإعتراف تلقائياً بأن المحامي غير مسئول عن الأخطاء التي قد يرتكبها بحسن نية في هذه الإستشارات<sup>(٢)</sup>. فالرأي الذي يبديه المحامي حتى ولو كان متسرعاً لا يخضعه للمسئولية اذا انتفت لديه نية الإضرار

(١) وهذا ليس معناه أن العميل سيفقد حريته في الإختيار بين اتباع الإستشارة ام لا وانما سيحتفظ بتلك الحرية. وان كان من الناحية العملية لا يمارسها. فان ذلك لا يمنع من وجود حالات يتمتع فيها العملاء عن اتباع استشارات محاميهم على الرغم من عدم ثقافتهم بصفة عامة وقد يدفعه إلى ذلك طول الإجراءات ومللها وعدم قدرته الإقتصادية على متابعتها مما يجعله يؤثر الرضا - مثلاً - بما قضى به حكم اول درجة عن المغامرة برفع الإستئناف على الرغم من نصح محاميه له بذلك وتأميله بإزدياد فرصة نجاحه.

وتوافر حسن النية عنده<sup>(١)</sup>. وتبعا لذلك فإن الإستشارة المعطاه بسوء نيه والتي تتم عن غش أو اهمال جسيم تسبب مسئولية المحامي<sup>(٢)</sup>.

(ب) التقصير في التزام العناية والحرص: يتمثل التقصير في هذا الالتزام في عدم قيام المحامي بالمهام الموكولة إليه طبقا لأصول وقواعد المهنة وبعدم مراعاة رغبات العميل وتعليماته. وبذلك قد يتوافر التقصير في الإلتزام بالعناية والحرص في كل التزامات المحامي سواء أكان منها التزاما بالقيام بعمل محدد (بنتيجة) أم كان التزاما عاما بالعناية والحرص؛ لأنه حتى في الإلتزام المحدد يجب على المحامي عند أدائه بذل ما في وسعه من عناية وحرص ليصل إلى اتمام هذا العمل؛ لأن أي تقصير في ذلك سيؤدي إلى العكس وبالتالي إلى قيام مسئوليته.

وان كان مجرد عدم القيام بالعمل المحدد يعتبر دليلا على عدم بذل المحامي للعناية والحرص إلى أن يقوم الدليل على عكسه باثبات القوة القاهرة المانعة من التنفيذ؛ ويتضح هذا من الأمثلة التي يضررها الفقه للإشارة إلى التقصير في هذا الإلتزام<sup>(٣)</sup>.

(أ) المحامي - في الأصل - له حريته الكاملة في قيادة الدعوى بما تتطلبه من القيام بالأعمال الإجرائية التي يراها ضرورية لذلك حتى مع غياب التعليمات من جانب العميل من منطلق احلاله محله في إدارة شئونه. وكذا مع افتراض الثقة الكاملة في المحامي وبحكم معرفته وما توقف عليه من معطيات العلم ومستنتجات الواقع.

(ب) المحامي مكلف بالقيام بالأعمال الإجرائية اللازمة لرعاية مصالح العميل وفي وقتها القانوني وكل تأخير أو تخلف يؤدي إلى قيام مسئوليته إذا لحق العميل ضرر بسبب ذلك.

فلا يكفي مثلا أن يكون نشاط المحامي قد أدى إلى نتائج غير تلك التي ينتظرها العميل، وانما من الضروري اثبات أن النشاط نفسه كان معيبا سواء لعدم دقته أو عدم أدائه في وقته المناسب<sup>(٤)</sup>.

(١) Gardenat, op. cit. No. 1802.

(٢) Watelet, op. cit. p. 133.

Bonamy, Responsabilité des Avoués, p. 93

Dalq, op. cit. No. 851.

(٣) LEGAL (Alfred) la negligence et de l'imprudence comme source de le responsabilité Civile

delictuellê thé, paris 1922, p.7.

(٤) طبقا للمواد ٣٦٣، ٣٥٢ من قانون الإجراءات الفرنسي القديم والذي كان يفرض أجلا قصيرا لقبول دعوى التنصل. ولكن قانون

الإجراءات الجديد لم ينص على خصوصية دعوى التنصل مما أدى بالضرورة إلى اتساع حالات مسئولية المحامي وزيادتها من ناحية ،

ويقع على قضاة الموضوع تقدير - بسيادة كاملة - الوقائع التي بين أيديهم وعلان أن هناك خطأ في جانب المحامي أم لا <sup>(١)</sup>، وأظهرت محكمة Lyon في أحد أحكامها أن التقصير في الالتزام بالعناية والحرص قد يثار عند نسيان المحامي تقديم حجة أساسية كان سيترتب على تقديمها حتما حماية حقوق عميلته <sup>(٢)</sup> التي كانت لفتاة مقتولة بيد العدو والتي كانت تستحق مساعدة عسكرية. فالمحامي يجب عليه القيام بكل ما هو ضروري ومفيد للدعوى التي كلف بمتابعتها <sup>(٣)</sup>.

(ج) ويظهر التقصير في الالتزام بالعناية والحرص أيضا في الغياب الكامل لهذه العناية أو ذلك الحرص الذي يسبب ضررا للعميل يجب تعويضه. فخطأ المحامي الذي لم يودع المستندات اللازمة لتدعيم موقف عميله أو لم يقيم بتبليغ التكليف بالحضور <sup>(٤)</sup> أو لم يقدم المذكرات في ميعادها قد يؤدي إلى رفض طلب العميل مما يسبب له ضررا يجب على المحامي إصلاحه <sup>(٥)</sup>.

كما أن غياب المحامي عن الجلسة في اليوم واللحظة المحددة لنظر دعوى العميل يعتبر خطأ يلحق ضررا بالعميل. وتتأتى الصعوبة من تعذر تقدير حقيقة الضرر إذ لا شيء يظهر تأثير مرافعة المحامي أو مجرد حضوره على ميل المحكمة إلى اعتماد حل مختلف <sup>(٦)</sup>.

على أنه يجب عدم الخلط بين القيام بالعمل أو متابعة الإجراء وبين ضمان نتيجته. فالمحامي ملزم بالقيام بعمل محدد الا وهو حضور الجلسة التي تنتظر فيها دعوى العميل ومجرد عدم الحضور يعني عدم تنفيذه لالتزام واقع عليه، ويعد تقصيرا في جانبه بصرف النظر عما إذا كانت المحكمة ستتأثر بمرافعته أم لا؛ إذ لا التزام عليه هنا وإنما الإلتزام يتعلق فقط بالقيام بالإجراء بإعتباره التزاما محددًا ينبغي على المحامي أدائه. اللهم إلا إذا

والى تمكين العميل من استخدام القضاء مباشرة المختص بدعوى المسؤولية. من ناحية أخرى يكون على المحامي التخلص من المسؤولية تقديم التعليمات الخاصة بالقيام بالإجراء والتي قد تمثل في خطاب بسيط.

(١) نقض مدني ٩ / ٥ / ١٩٧٤ طعن رقم ٣٨٢، النقض السنة ٢٥ رقم ١٣٧ ص ٨٤٠.

(٢) Lyon, 12-1-1932. Op. cit.

(٣) فيما يتعلق بإتخاذ اجراءات قيد الرهن القضائي انظر:

Cass. Civ. 20-1-1968, Bull-Civ. 1968 No. 67 p. 72

Lyon, 9-12-1981, Gaz-pal 1982, somm, 386..

(٤) Paris, 19-1-1980, D, 1981 inf.rap p.248.

(٥) AVRIL op. cit. No. 99

(٦) Trib-Inst-Nice 22-12-1959, D, 1960, J, 440.

ثبت أن الضرر الواقع ليس له علاقة بغياب المحامي. وبالتالي لا تقوم المسؤولية بسبب عدم توافر شروطها كاملة ومنها علاقة السببية بين الفعل والضرر<sup>(١)</sup>.

ولذلك فإننا نرى القضاء أحيانا وهم بصدد دعوى المسؤولية ضد المحامي يرفضون الحكم عليه بالتعويض إذا ثبت أن العميل على الرغم من تخلف المحامي قد استطاع متابعة دعواه<sup>(٢)</sup>.

(ج) التقصير في الإلتزام بالسر المهني: إذا كان السر - كما سبق - هو ما يكتمه الانسان في نفسه ويتعين عليه خفيته فيكون وجه التقصير بصدد الإلتزام به هو افشائه. ويكون ذلك بعمل تنتقل به الواقعة من حالة الخفية إلى حالة العلانية. وبذلك لا يوجد افشاء - بمعنى التقصير - لواقعة معلنة ومعروفة للكافة - فكما قالت محكمة النقض الفرنسية أنه " حيث أن السر واقعة خفية فإن تطبيق قواعد السر المهني يكون مقصورا على الوقائع التي من ذات النوع ويستبعد منها بالتالي كل الوقائع المعروفة والمعلنة والذائعة التي أصبحت عامة<sup>(٣)</sup> .

وينتقل الإفشاء بهذا الإنتقال من الكتمان إلى العلانية ولا أهمية لطريقته كتابة أو شفاهة كما لا أهمية لمداه، أي لما إذا كان قد وقع على الواقعة أو الوقائع كلها او على جزء منها. كما لا أهمية أيضا لعدد الذين يذاع إليهم السر فقد يكون لفرد او لعدة أفراد إذ يكفي لتحقيق الإفشاء أن يعلم شخص واحد بما كان سرا<sup>(٤)</sup>. وعند البحث في تقصير المحامي في احترام السر بإعتباره التزاما يقع على عاتقه في مواجهة العميل نرى أن هناك صعوبة في تقرير ما إذا كان المحامي مقصرا في الإلتزام بالسر أم لا . إذ يوجد في هذه المسألة تناقض يتأتى من أن نشاط المحامي هدفه غالبا حماية ما يعهد إليه من مصالح عملائه، وتحت إطار الثقة التي هي سياق مهنته يستقبل المحامي عميله الذي يقوم بشرح الوقائع ويظهر له جانبا

(١) ويظل للغياب عن الجلسة تأثيره فيما يتعلق بالاعتاب إذ أن كرامة المحامي وعزته تمنعه من المطالبة - على الأقل - بالأقساط المتأخرة منها في الوقت الذي لم يقم بالحد الأدنى من التزاماته وهو حضور الجلسة.

CARBENAT, op. cit. No. 1906.

Trib- Cr. Inst. Cretel, 16-9-1987, Gaz-pal 25 Fev-1989 p. 16.

Trib-Gr. Inst0De Vienne, 16-7-1946, J.C.P. 1964 IV 4455(٢)

ويظهر مؤسفاً أن نرى محاميا مطلقا بمتابعة دعوى يقف ثرائرا في طرقات المحكمة او يتعهد امام آخر بمتابعة دعواه في نفس اللحظة التي تنتظر فيها المحكمة الدعوى الأولى.

BOR DEAUX, 14-2-1887, 1887, 111, 96.

(٣) كمال أبو العبد، المرجع السابق، ص ٤٤ وما بعدها.

(٤) ولذلك قضى بأن السر المهني للمحامي يجد حدوده في مبدأ حرية الدفاع فالسر لا يغطي المستندات التي ترتبط بممارسة حرية الدفاع .

كبيرا من دوافعه ويضع تحت يديه المستندات التي تقد تشكل في بعض الأحيان اعترافا بدين أو ارتكاب أمر مخالف للقانون.

وقد تشتمل - أحيانا أخرى - على خصوصياته أو كوامن أسرته؛ ويقوم المحامي بإستخدام هذه العناصر في علاقته بالغير، بزميله، بالخصم وبالمحكمة والخبراء. ومن أجل اعطاء توضيحات صالحة وكاملة للمحكمة يضطر المحامي إلى عرض بعض سوابق عميله على الغير<sup>(١)</sup>.

ولذلك فإن الخط الفاصل بين الإفشاءات الصادرة عن المحامي والتي تعتبر ضارة بعمله لمساسها بحياته الخاصة أو بشرفه أو بمركزه الاجتماعي - والتي يعتبر المحامي بصددها مقصرا في التزامه بالسر المهني - وبين ما يعتبر ضرورة تقتضيها مهمة الدفاع عن المصالح المعهودة إليه. هذا الخط جد رفيع ويصعب اظهاره في كثير من الأحيان؛ خاصة أننا قلنا - من قبل - أن ضمير المحامي هو القاضي الوحيد والفيصل الأخير بين ما يجب افشاؤه وما لا يجب، وبين ما يعد من الوقائع والمستندات ضروريا وما لا يعد كذلك<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، فلا نعدم أحكاما قضائية متعددة استطاعت اظهار تقصير المحامي في التزامه بالسر المهني؛ كما أن الفقهاء أكدوا على ضرورة امتناع المحامي عن أي إفشاء يسبب لعمله ضررا ماديا أو معنويا<sup>(٣)</sup>.

كما يعتبر مقصرا في الإحترام الواجب للسر المهني المحامي الذي يتعهد بدعوى ضد أحد عملائه القدامى إذا كانت هذه الدعوى لها علاقة بالدعوى التي سبق وتعهد بها لصالحه<sup>(٤)</sup>. كما يعد مقصرا اذا قدم للمحكمة خطابا من زميله محامي خصم عميله بدافع أن الخطاب يتضمن بعض العروض الإتفاقية<sup>(٥)</sup>.

وجاء في نفس الإتجاه أنه إذا كان المحامي مستشارا للطرفين وأنه تلقى من كليهما أسرار فلا يمكن أن يتراجع بعد ذلك عن أحدهما في حالة النزاع حول نفس المسألة التي استشير فيها سابقا لأنه ملزم بالسر في مواجهتهما<sup>(٦)</sup> ومن الثابت أن المراسلات المتبادلة بين المحامي والعميل في إطار علاقتهما وبسبب ممارسة المهنة تعد سرية ولا يجوز للمحامي افشاء محتواها.

(١) Paris, Corres. 26-8-1974, J.C.P. 1975, IV, 103.

(٢) CHAMARD (Boyer), op. Cit. p, 77.

(٣) FOSSE op. cit. p. 131.

(٤) .Cass. Civ. 19-1-1898, D, 1899, 1, 80.

(٥) نفس الحكم السابق.

(٦) Charmantier, op. Cit. p.113.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية أن المحامي يعد مخالفاً للثقة التي أودعها إياه العميل إذا قدم للمحكمة خطاباً ليس بهدف اثبات اتفاق تم ولكن بإعتباره فقط حجة في النقاش المتعلق بتحديد التعويض<sup>(١)</sup>. فالخطابات المتبادلة بين المحامين وعملائهم تدخل تحت إطار السر ولا يجب عرضها في ساحات المحاكم إلا إذا اشتملت على اتفاق تام بين الأطراف المعنيين بالأمر<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني

#### "الصفات القانونية لخطأ المحامي"

يظهر الخطأ بوجه عام في الإخلال من جانب المدين بما يقع عليه من التزامات سابقة بما يؤدي إلى مؤاخذته. والسبيل إلى معرفة الإخلال هو معرفة مدى مجافاة المدين لمسلك الشخص العادي. وبطريق التبعية لهذا، يعرف خطأ المحامي بأنه الإخلال من جانبه بالتزاماته تجاه عميله ويتوقف على ذلك بقياس سلوك المحامي المدين على سلوك محامي من أوساط المحامين في نفس درجته ومرتبته.

ولقد ثار التساؤل منذ زمن عما إذا كانت مسؤولية أرباب المهن عموماً - ومن بينهم المحامي - عن أنشطتهم المهنية يجب أن تكون أوسع أو أضيق من مسؤولية ما عداهم! وارتبط بهذا التساؤل آخر مؤداه هل يجب توافر أوصاف معينة في خطأ المهني حتى تقوم مسؤوليته؟ وهل تخضع تلك المسؤولية لقواعد موحدة بغض النظر عما إذا كان الخطأ المرتكب قد وقع أثناء وبسبب ممارسته لمهنته أم وقع منه خارج هذا النطاق أو حتى داخله وإنما بإعتباره فرداً عادياً لا إنساناً مهنياً.

ويجئ تباعاً لذلك مرتبطاً به ارتباطاً لا انفصام له ما سيطر على معظم الفقه والقضاء ردحاً طويلاً من الزمن من عدم مسؤولية أصحاب المهن إلا عن خطئهم الجسيم أو الغش.

(١) Cass. Civ. 14-6-1957, D, 1957, p. 557

(٢) DIJON 10-2-1972, J.C.P. 1972, No 17156

وجاء في نفس المعنى :

REIMS, 3-6-1975, D, 1976, somm p.53

وقد حكمت محكمة Rennes أن المراسلات المتبادلة بين المحامي والعميل إذا تعلقت بمفاوضات للصلح وانتهت إلى اتفاق فعلا بين الطرفين فيمكن تقديمها للمحكمة .

.RENNES, 29-1-1976, Gaz-pal 1978, J, p. 144 et note A-DAMIEN

ومؤدى ذلك أن مجرد الإهمال البسيط غير المصحوب بسوء نية لا يكفي وحده لقيام مسئولية هؤلاء، مدفوعين إلى ذلك بدوافع متعددة متجاهلين - في نفس الوقت - بعض أطراف العلاقة التي تنتج عن ممارسة المهنة<sup>(١)</sup>.

الخطأ العادي والخطأ المهني: نقول أن هناك خطأ عادي عندما يخالف المهني قواعد الحيطة والحرص المفروضة على الكافة، بحيث لا تتطوي المخالفة على اخلال بأصول فنية أو قواعد مهنية؛ أي هو الخطأ الذي يقع بمجانبة الواجب العام في العناية التي يلزم بها كل مهني خارج مهنته أو داخلها مع انعدام علاقته بأصول المهنة.

أما الخطأ المهني فهو الخطأ المرتكب من شخص أثناء ممارسة مهنته، وينطوي على اخلال بالقواعد العلمية والفنية لتلك المهنة؛ ولقد ظهرت هذه التفرقة بوضوح بالنسبة للطبيب؛ وقد مثل الفقه لخطئه العادي بالحالة التي يترك فيها أداة من أدوات الجراحة، أو قطعة شاش داخل جسم المريض أو يجري عملية وهو في حالة سكر بين، ومثلوا لخطئ المهني بالجهل الفاضح بأصول علم الطب الذي يؤدي إلى الخطأ في التشخيص كأن يأمر بإخراج مريض من المستشفى دون استكمال علاجه وتمام برئه مما يؤدي إلى استفحال علته<sup>(٢)</sup>.

ولا يوجد على قاعدة تدرج مبلغ التعويض تبعا لدرجة الخطأ المرتكب استثناءات أو خروج<sup>(٣)</sup> سوى الحالات التي أجاز فيها القانون للمدين بتخفيف مسئوليته. إذ يستطيع المدين أن يخفض مقدار التعويض عن قدر الضرر الذي يستوجبه؛ كما في عقود النقل البحري إذ يتفق مثلا على قصر التعويض على قيمة البضائع في سند الشحن<sup>(٤)</sup>. فلا يحكم بالتعويض إلا في هذه الحدود حتى ولو كان الضرر الناتج - الذي يرتبط بدرجة الخطأ - يستوجب أكثر من ذلك ما لم يوجد غش أو تدليس من جانب الناقل<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر في ذلك: المسئولية القانونية للطبيب، الدكتور عبد المنعم محمد داود، دار نشر الثقافة، سنة ١٩٨٨، ص ١٨ وما بعدها.

دكتور أحمد شرف الدين، مسئولية الطبيب، ذات السلاسل للطباعة والنشر بالكويت، سنة ١٩٨٦، ص ٣٣ وما بعدها  
د/محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ١٤، وما بعدها، سليمان مرقس، مسئولية الطبيب وإدارة المستشفى، مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٧ ص ١٦٤..

(٢) انظر فيما يتعلق بالتفرقة بين الخطأ العادي والخطأ المهني:

MAZEAUD, cour de droit Civil, Tome 3, 1956. No. 462 DALQ op. cit. No. 727 et suiv.

Rodiere " la responsabilité Civile" paris 1952, No. 1423.

Voisenet (p) " la faute lourde" DIJON. 1934, p. 361. .

Contre, André TUNC, la responsabilité Civile 1981, p. 112(٣)

(٤) محمود جمال الدين زكي، الوجيز، ص ٣٨٨.

(٥) المادة ٥/٤ من معاهدة بروكسل في ١٩٢٤/٨/٢٥ المتعلقة بتوحيد بعض القواعد الخاصة بسندات الشحن وتعديلها ببروتوكول بروكسل سنة ١٩٦٨ وكذلك المادة ٢٨ من القانون الفرنسي رقم ٤٢٠ في ١٩٦٦/٦/١٨ الخاص بعقد النقل البحري والتجهيز.

## الفرع الثالث

## "كيفية الاثبات"

لاشك في أن مسألة الأثبات هي من أهم مسائل القانون وتحثل مكانة عالية في اطار المسؤولية بصفة عامة والمسؤولية المدنية على وجه الخصوص. إذ أن أي حق لشخص لدى الغير يدور مع الاثبات وجودا وعدما؛ إذ يظل الحق أملا مرجوا ومركزا غير ثابت إلى أن يقوم الدليل عليه فيصبح حقا مكتسبا ومركزا مستقرا؛ والاثبات تبدو أهميته العملية خاصة في ساحة المحاكم حيث تتفارع المزاعم وتتصارع المصالح فان استطاع صاحب الحق اثباته قضي له به والا ضاعت عليه مزيته (١).

وبالاثبات يتمكن القاضي من اقامة العدل بين الناس الذي يعتبر هدفا من أهداف الرسائل السماوية والعمل على تحقيقه موجب للثواب (٢)؛ وفي الدعاوى التي ترفع على المحامي بغرض قيام مسؤوليته يجب مراعاة القواعد الخاصة التي تخضع لها تلك الدعاوى؛ اذ يوضع في الإعتبار دائما أن المحامي ليس متقاضيا عاديا؛ كما أن العميل بسبب علاقته به لا يعتبر طرفا في خصومة مدنية عادية. الوسائل التي تستخدم كأدلة للاثبات:

١- الوسيلة الأكثر استخداما من جانب طرفي العلاقة المهنية مستمدة من الوسائل التي

يرسلها العميل إلى محاميه أو تلك التي يبعث بها الأخير إلى الأول.

فتقديم هذه المراسلات يمكن أن يفيد في اثبات مضمون الإلتزام نفسه الواقع على عاتق المحامي؛ فعند غياب العقد المكتوب بين الطرفين يلجأ القضاء إلى فحص وتحليل الرسائل المتبادلة بين الأطراف حتى يتمكنوا من استخلاص وجود ومضمون الإلتزام (٣)؛ وبعد ذلك ينتقلون إلى البحث عن وجود المخالفة لذلك الإلتزام والتي يشكوها العميل ومن أجلها رفع دعواه ضد المحامي مطالبة اياه بالتعويض.

(١) د. سليمان مرقس، أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية، في القانون المصري، الجزء الأول، الأدلة المطلقة، عالم الكتب سنة ١٩٨١ ص ١٢..

(٢) دكتور ابراهيم الغماز، الشهادة كدليل اثبات في المواد الجنائية، عالم الكتب، سنة ١٩٨٠، ص ٧، ويقول الله تبارك وتعالى " لقد أرسلنا رسلا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط" سورة الحديد آية ٢٥..

(٣) ولكن يجب عدم المبالغة في القول بحرية العميل في اختيار دليل الاثبات إذ أن الواقع العملي أشار إلى أن الوسائل التي تطرح عادة للعميل ليست بالكثرة التي تسمح له بهذه الحرية المدعاة. بل أنه في كثير من الأحيان ما يفقد العميل حقه في مواجهة المحامي لعجزه عن تقديم الدليل على تقصيره وخاصة فيما يتعلق بأوجه القصور الفنية والتي ترجع إلى ضمير المحامي وخلته. إذ ان هذا المجال في الغالب ما يكون بعيدا عن تناول العميل ويعتبر مجالا مجهولا بالنسبة له مما يورث في نفسه الإقتناع بعدم احقيته حتى في المجازفة برفع دعوى ضد المحامي متهما اياه بالتقصير في تنفيذ التزاماته.

وفي حكم لمحكمة باريس <sup>(١)</sup> حلت المحكمة بشكل تفصيلي الرسائل المتبادلة بين العملاء المقيمين بمدينة (باريس) ومحاميهم المقيم بمدينة (نانت) من أجل معرفة المهمة الملقاة على المحامي؛ وكانت هذه الدعوى متعلقة بمطالبة للعملاء بالتعويض عن أضرار الحرب، وشكى هؤلاء اهمال محاميهم في ملف القضية في اللحظة التي كان مكلفا فيها بهذه المسألة؛ وتمكن قضاة المحكمة بعد مراجعة وفحص الرسائل المتبادلة بين الأطراف من اثبات أن تكليف المحامي بالمطالبة بالتعويض عن أضرار الحرب لم تذكر إلا تلميحاً وبصورة عرضية؛ ولم يستطيع المدعين - في دعوى التعويض المقامة على المحامي - اثبات أنه مكلف صراحة بهذه المهمة <sup>(٢)</sup>.

. القيود الواردة على هذه الوسيلة للاثبات :

يبدو متعارضاً مع الإحترام للسر المهني تقديم كل من المحامي والعميل للمراسلات التي تحت يديه للتدليل على موقفه.

فهنا يبدو التعارض بين الحق في الدفاع عن المصالح <sup>(٣)</sup> وبين احترام سرية هذه المراسلات؛ إذ من أجل اثبات وجود الالتزام قد تلجأ المحكمة إلى عرض الرسائل المتبادلة بين المحامي وعميله أو بينه وبين زميله للمناقشة في ساحتها؛ وفي حكم <sup>(٤)</sup> اعتمدت المحكمة في كتابة حيثيات حكمها على تحليل مضمون المراسلات المتبادلة بين المحامين .

ومع هذا التعارض فقد وضع الفقه التقليدي <sup>(٥)</sup> قاعدة مؤداها أن كل المراسلات المتبادلة بين المحامين سرية بمعنى أنها - كمبدأ - لا تقدم إلى المحكمة؛ وهذا الوضع ظهر في اللوائح الداخلية لبعض النقابات <sup>(٦)</sup>.

ولكن هذه القاعدة لم تطبق بهذا العموم من جانب القضاء <sup>(٧)</sup> فكما سبق وأوضحنا أن حماية السر المهني بالنسبة للعميل قد وضعت لمصلحته والنتيجة الطبيعية لذلك هي

.AVRIL. Op. cit. p. 189.(١)

.Cour- d'app. Paris, 8-7-1970 ( JURIS-DATA)(٢)

André Toulouse, le secret professionnel et la liberte de la defense , Gaz-pal 1951, p. 40.(٣)

.ROGER (marcel), le secret professionlle de l'avocat op. cit. Cass-CRIM 18-10-1977, D, 1978, p. 94

TRIB-civ. De SEINE, 1, ere ch. 14-3-1963, J.C.P. 1963, 11, No 13396(٤)

.LEANAIRE, op. cit. No. 462. Et Tr-Civ Byanne 27-4-1953, D, 1953, J. p. 607(٥)

(٦) المادة ٢٧ من اللائحة الداخلية لنقابة باريس.

COUR de RENNES 29-1976. Op. cit(٧)

امتلاكه للحق في التنازل عن هذه الحماية في صورة عرض الرسائل المتبادلة بينه وبين محاميه في ساحة المحكمة للنقاش<sup>(١)</sup> مادام أن افشاءها لا يضر بمصلحة الغير. إذ أن من يتمتع بحق أو يستفيد منه له الحرية الكاملة في التنازل عن هذا الإستمتاع وترك الإستفادة بشرط ألا يؤدي هذا أو ذلك إلى تعريض مصلحة الغير للخطر أو من باب أولى إلى تعريض المصلحة العامة للخطر.

ولا يتوقف دور الإثبات على وجود ومضمون الالتزام فقط أو على اثبات التقصير في جانب الحامي وإنما هو لازم أيضا لإثبات علاقة السببية بين الضرر الواقع للعميل وبين تقصير المحامي. إذ لا يكفي اثبات أن المحامي مقصر في أداء التزاماته وأن هناك ضررا لحق بالعميل؛ وإنما يجب اثبات أن هذا الضرر ناتج مباشرة عن فعل المحامي؛ وفي الحالات الكثيرة التي يرفض فيها القضاء الإعتراف بمسئولية المحامي يعتمد على غياب علاقة السببية بين الضرر والتقصير<sup>(٢)</sup> ولا شك في أن العميل هو الذي يتحمل غالبا عبء اثبات هذه العلاقة<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الثاني

#### "الضرر كشرط لقيام المسئولية"

خطأ المحامي وحده لا يؤدي إلى قيام مسئوليته في مواجهة العميل، بل يجب أن يلحق الأخير ضرر من جراء هذا الخطأ حتى تقبل دعواه أمام القضاء. ويعد هذا تطبيقا للقاعدة التي يؤكدتها فقهاء قانون المرافعات من أنه لا دعوى بغير مصلحة<sup>(٤)</sup> ولا ينظر القانون المدني إلى الخطأ إلا إذا أدى إلى ضرر بالدائن وإذا كان الأمر في أغلب العقود على أن مجرد عدم التنفيذ من جانب المدين يؤدي تلقائيا إلى ضرر فقد يكون على غير ذلك أحيانا إذا تعلق بمسئولية المحامي؛ إذ توجد حالات لا يؤدي فيها عدم التنفيذ للإلتزام من جانبه - بالضرورة- إلى ضرر يلحق بالعميل<sup>(٥)</sup>. فليس لازما أن يؤدي تقصير المحامي إلى ضرر يصيب العميل<sup>(٦)</sup>.

(١) COUR de RENNES, 27-2-1967, Gaz-pal 1967, 11 p. 121

(٢) SAVATIER (J) etude op. cit. p, 334.

(٣) SAVATIER ( R ) Traité op. cit. No. 779.

(٤) انظر : د. عبد المنعم الشرقاوي، د. فتحي والي - المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة سنة ١٩٧٧، ص ٢٤

(٥) BESANÇON, 26-12-1900, D, 1905, 11, p. 151

TRIB-Gr. Inst de VALENCE, 20-20-1905, D. 1905, 197.

(٦) كما في الحالة لاتي يتعيب فيها المحامي عن حضور الجلسات وتنتظر المحكمة - مع ذلك - الدعوى وتسير الاجراءات في سيرها العادي ويصدر الحكم في النهاية لصالح العميل.

والضرر الذي يصيب العميل قد يكون ماديا ومؤداه اخلال بحق للمضرور ذي قيمة مالية أو بمصلحة مشروعة لها قيمة مالية<sup>(١)</sup>، كالتقصير من جانب المحامي الذي يؤدي إلى فقد العميل لدين أو اهمال المحامي في الدعوى المتعلقة بالعميل المصاب بإصابة أدت إلى عجز كلي أو نصفي أقعده عن السعي؛ ففقدان حق العميل في التعويض عن هذا العجز بسبب تقصير المحامي يشكل ضررا ماديا لحق به.

وقد يكون الضرر أدبيا وهو الذي يصيب العميل في غير ماله فقد يصيبه في الجسم أو الشرف. ومثال ذلك اهمال امحامي في ملف القضية مما يؤدي إلى سرقة بعض مستنداتها التي تتصل بشخص العميل وشرفه؛ ويسوي القضاء والفقهاء بين نوعي الضرر من ناحية وجوب التعويض عنهما<sup>(٢)</sup>. وهناك تساؤل مدهاه هل أي ضرر يؤدي إلى قبول دعوى العميل ضد المحامي بالمطالبة بالتعويض ام أن هناك أوصافا لهذا الضرر يجب تحققها؟

كانت الإجابة في الفقه كما هي في القضاء بأنه ليس أي ضرر يستحق العميل تعويضا عنه؛ وإنما هناك أوصاف يجب توافرها في هذا الضرر حتى يمكن أن تعتبر أن العنصر الثاني من عناصر مسئولية المحامي قد توافر وهو الضرر.

وأول هذه الأوصاف أن يكون الضرر محققا أي ألا يكون احتماليا أو افتراضيا؛ وقد أدى بحث هذا الوصف إلى التعرض لمدى حق العميل في المطالبة بالتعويض عن الفرصة الضائعة، أي إلى البحث في مدى اعتبار فوات الفرصة ضررا محققا تقبل به دعوى التعويض.

وثانيها أن يكون الضرر مباشرا أي نتيجة مباشرة لخطأ المحامي؛ ويؤدي هذا التحديد إلى ابعاد الأضرار غير المباشرة وهذا بالطبع يستلزم بحث قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

(١) د. جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة الثانية، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية سنة ١٩٦٩ ص

٣٥٨.

(٢) حسن عكوش، المرجع السابق، ص ١٠٦، استئناف مصر ١٩٣١/١١/١٧ محاماة السنة ١٢ ص ٦١٥ رقم ٣١٠، وقد سوى المشرع نفسه بين نوعي الضرر من ناحية حق المضرور في الحصول على تعويض عنهما وان كان قد فرق بينهما فيما يتعلق بانتقاله إلى الغير إذ نص في المادة ٢٢٢\* قانون مدني على أن " (أ) يشمل التعويض للضرر الأدبي أيضا ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء...".

انظر دكتور أحمد السعيد شرف الدين، انتقال الحق في التعويض عن الأضرار الجسدية إلى مدين المضرور - جامعة عين شمس سنة

١٩٧٨، ص ٩٣.

ويشترط لقيام مسئولية المحامي وجود ضرر ولا يكفي وجوده بل يتعين أن يكون محققاً<sup>(١)</sup>. إذ لا تعويض عن ضرر احتمالي ومعيار الضرر الاحتمالي هو أنه لم يتحقق في الحال ولا يمكن التأكد من أنه سيقع مستقبلاً<sup>(٢)</sup>، فالأمر في شأنه متردد بين احتمال الوقوع وعدمه<sup>(٣)</sup>. ومعنى ذلك، أنه لا يشترط لإعتبار الضرر محققاً وقوعه بالفعل بل يكفي أن يكون واقعاً لا محالة أو شك في وقوعه مستقبلاً. أي أن الضرر المستقبل يتوافر له عنصر التحقق ويمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض عنه طبقاً لما تتوافر لديه من عناصره. وفي حالة تعذر تقدير التعويض عن الضرر المستقبل فيمكن الحكم بتعويض مؤقت مع حفظ الحق للمضرور في المطالبة باستكمال التعويض عند اكتمال تحقق الضرر وظهور عناصره.

وهذا ما أفصحت عنه محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها القديم منها والحديث فالعميل لا تقبل دعواه ضد المحامي بالمطالبة بالتعويض عن ضرر افتراضي أو احتمالي. وهذه الاستحالة في الحصول على تعويض عن مثل هذا الضرر تجبر العميل على أن يصبر وينتظر لتقصير المحامي آثار نهائية؛ فإذا نسي المحامي حضور الجلسة المحددة للنظر دعوى العميل، ولا شك في أن ذلك يعتبر منه تقصيراً وانما يتابع برفع استئناف مثلاً أو بتنظيم اعتراض على الحكم إذا كان غائباً؛ لأنه سوف لا يكون ممكناً معرفة ما إذا كان تقصير المحامي المتمثل في غيابه قد أضر بمصالح العميل أم لا.

ولكن إذا وضعت الدعوى أمام محكمة الاستئناف مثلاً فإن محكمة أول لدرجة التي تنتظر دعوى المسئولية ضد المحامي لا تملك إلا أن ترجئ الفصل في وجود ومقدار التعويض انتظارا لصدور حكم محكمة الاستئناف - في الدعوى الأصلية التي قصر المحامي في متابعتها - - فإذا صدر الحكم لصالح العميل فسوف لا يكون هناك مجال للكلام عن الضرر.

(١) CERTALN

(٢) 299. [ . 1960 D.C. Tr. 22-12-1959, Gr-INST. De NICE, observations sous TRIB. H, et MAZEAUD,

(٣) حسين ، عبد الرحيم عامر، المسئولية، المجموعة الرسمية سنة ١٩٦٥ ص ٥٧٠

وإذا جاء حكم الاستئناف في غير صالح العميل فهنا يمكن التحدث عن ضرر حتى على الأقل عن فوات الفرصة<sup>(١)</sup>؛ فإذا كان من المستحيل تأكيد أن وجود الضرر من جانب العميل ضحية خطأ المحامي فإن المسؤولية تنقص أحد شروط قيامها إذ لا يوجد شيء على الأقل محقق في أساسه<sup>(٢)</sup>.

فاستبعاد الضرر الاحتمالي من الأضرار القابلة للتعويض يزود المحامي بوسيلة هامة تمكنه من دفع دعوى العميل ضده بالمسؤولية؛ وخاصة إذا ما وضعنا في الاعتبار أن عبء الإثبات يقع في معظم الحالات على عاتق العميل، إذ يكفي المحامي أن يشكك في وقوع الضرر أو يدعي بأن الضرر احتمالي ليقوم العميل بدرء هذا الإدعاء وإبراز الأضرار التي لحقت به سواء التي وقعت بالفعل أو تلك التي من المحقق وقوعها في المستقبل؛ وهذا ما يفرض على العميل - حتى يتلاشى فكرة الضرر الاحتمالي واستخدامها من جانب المحكمة لاستبعاد طلبه بالتعويض - أن يتهمل حتى يظهر للتقصير آثار محققة لتكون بمثابة قارب النجاة بالنسبة له في نجاح مطالبته بالتعويض.

ويتضح مما سبق اتفاق الفقه والقضاء على الاعتراف بشكل موحد بأن الضرر القابل للإصلاح يجب أن يكون محققاً.

وتوجد حالات قليلة - فيما يتعلق بمسؤولية المحامي - يكون فيها الضرر محققاً في أساسه وكذلك محددًا في نطاقه أو مبلغه؛ وهنا لا يجد القضاء صعوبة في تقرير مسؤولية المحامي وفي تحديد مبلغ التعويض الواجب للعميل.

فالمحامي الذي ينسى اتخاذ ضمان من الضمانات المقررة لحماية دين عميله من قسمة الغرماء في حالة عسار المدين وذلك كالرهن الرسمي مثلاً؛ وعلى الرغم من أن المحامي مكلف بذلك ولو ضمناً، فيقوم الخطأ واضحاً في جانبه وإذا أعسر المدين وضاع على العميل دينه، فهنا يتحدد الضرر بشكل يتناسب مع مبلغ الدين.

(١) TRIB. Gr. INST de VEUBBE, 16-1-1964, op. cit.

يلاحظ أن ليس معنى هذا عدم اعتبار عدم رفع الاستئناف في ميعاده ضرراً محققاً بل يعد فواتاً لفرصة يعطي للعميل الحق في الدعوى على الرغم من عدم جدواها عملياً

(٢) TRIB. Gr. Istde NICE. 22-12-1959, op. cit.

انظر في اشتراط الضرر المحقق:

- مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية، المرجع السابق ص ١٠٦.  
- سليمان مرقس، دروس في المسؤولية على طلبة الدكتوراة سنة ١٩٥٤ نبذة ٥٨ ص ٩٧.

ويلاحظ هنا أن مجرد فقد الضمان يتعبر ضررا محققا وليس بشرط أن يثبت العميل - كما ذهب البعض (١) - وجود أمل في استعادة الدين عن طريق القيام بإجراءات الرهن الرسمي أو أي وسيلة أخرى للضمان.

ويعتبر الضرر محققا أيضا ويتحدد مبلغه بمبلغ الدين الضائع إذا قام المحامي بإتخاذ إجراءات الرهن فعلا ولكنه نسي تقديم سند الرهن عند اجراء القسمة ؛ ولا يكلف العميل بإثبات أن تقديم السند كان سيعطي له مكانة متقدمة على باقي الدائنين (٢) .  
ونفس الأمر، اذا أخذ المحامي أو قدم من أموال عميله بدون اذن خاص منه (٣)، أو بدون اتخاذ الضمانات الواردة في هذا الإذن ليتمكنه التصرف في الأموال (٤) في كل ما تقدم سيتحدد مبلغ التعويض بحيث يتعادل مع المبالغ المتصرف فيها؛ ويعتبر الضرر - هنا - محققا في كل جوانبه وعناصره.

وفي مقابل هذه الحالات توجد حالات أخرى يصعب فيها على القضاء استخلاص عنصر التحقق في الضرر؛ ويحدث هذا غالبا عندما يتسبب المحامي بخطئه في منع المحكمة من فحص موضوع دعوى العميل بسبب عدم قبولها؛ والأمثلة الأكثر حدوثا تتعلق بعدم احترام المحامي المواعيد المقررة قانونا، اذ بإهماله تلك المواعيد يؤدي إلى منع أي جهة قضائية من نظر الدعوى سواء محكمة أول درجة أو الاستئناف أو حتى النقض (٥) .

ففي مثل هذه الحالات تصعب التفرقة بين الضرر المحق والضرر الإجمالي، ويثار ذلك عادة عندما تسنح للعميل فرصة تحقيق كسب معين؛ فإذا حرمانه من فرصة تحقيق كسب معين كالحصول على حق متنازع عليه، فالعميل يملك إزاءه فرصة في كسبه؛ فإذا حرمانه من فرصة تحقيق هذا الكسب فهل يعتبر فوات الفرصة عليه هنا ضررا احتماليا أم يعتبر فوات الفرصة في حد ذاته ضررا محققا متمثلا في الحرمان من فرصة الكسب على الرغم من أنه كسب احتمالي قد يتحقق وقد ينتفي على أساس أن هذا الفوات للفرصة قد أوقف التطور الطبيعي للأمر وسير الأمور في مجراها العادي والتي كان يمكن معها معرفة مدى نصيب هذا الكسب الاحتمالي من التحقق والذي يعتبر بعد فوات الفرصة تحققه أمرا مستحيلا (٦) .

(١) AVRIL. Op cit. No 123.

(٢) Contr . Cass. Civ. 16-11-1890, S, 1981, 1, 72.

(٣) Cour. D'app. De paris 15-5-1976 (JURIS-DATA).

(٤) Cour. D'app. De paris 21-2-1973 (JURIS-DATA).

(٥) Cass. Civ 18-7-1972, Bull Civ 1972, No. 188.

(٦) د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل- تعويض تفويض الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية. السنة العاشرة العدد ٢ يونيو ١٩٨٦، ص ٨١.

## المطلب الثاني

## "علاقة السببية بين خطأ المحامي والضرر الواقع على العميل"

لا يكفي في الضرر حتى يمكن اعتباره ركناً ثانياً لقيام مسئولية المحامي تجاه العميل أن يكون محققاً في وجوده ، وإنما لا بد أن يكون هذا الضرر المحقق هو نتيجة مباشرة لخطأ المحامي ، وهو ما يطلق عليه الفقه "الضرر المباشر" وهو ما يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به <sup>(١)</sup> وبذلك لا تقوم المسئولية عن الضرر غير المباشر وهو ذلك الضرر الذي لا يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ ، ويستخلص من استطاعة الدائن توقيه ببذل جهد معقول <sup>(٢)</sup>. وكنتيجة لذلك؛ فمن أجل أن يسأل المحامي عن الضرر الواقع بالعميل وحتى يعوض هذا الضرر كاملاً يجب أن يكون نتيجة مباشرة للخطأ المرتكب منه ، ولا نرى في ركن علاقة السببية إلا هذا ؛ أي أن يكون الضرر الواقع بالمضروب مباشراً؛ ومعنى ذلك أنه يرتبط بالخطأ ارتباط الفعل بالسبب؛ لذلك فإن البحث عن توافر وصف المباشر في الضرر هو في ذات الوقت دراسة لعلاقة السببية <sup>(٣)</sup>.

قيام العلاقة السببية :

النتيجة التي ينتظرها العميل من وراء نشاط المحامي هي بصفة عامة احتمالية أو ظنية؛ وهذه الصفة لتلك النتيجة تترك القاضي - الذي ينظر دعوى المسئولية ضد المحامي - بالضرورة في حالة تردد فيما يتعلق بالسبب الذي يمكنه اسناد النتيجة النهائية للنشاط إليه؛ وذلك لأن عدم نجاح دعوى العميل لا يؤدي حتماً إلى قيام مسئولية المحامي؛ بل يجب على العميل اثبات وجود خطأ في جانب محاميه بل حتى ولو افترضنا أن هذا الخطأ ثابت ومتحقق فذلك لا يكفي وإنما يجب أن يكون ثابتاً أيضاً أن الفعل المسند إلى المحامي هو الذي سبب الضرر الواقع بالعميل ؛ أي يقوم الدليل على توافر علاقة السببية بين الفعل والضرر <sup>(٤)</sup> فهذا العنصر الأخير هام جداً وضروري. إذ من السهل جدا على العميل الذي

(١) المادة ١٢٢١ من القانون المدني المصري.

(٢) و يعترض البعض على اعتبار قدرة الدائن في توقي الضرر ببذل جهد معقول معياراً يتحدد به الضرر المباشر. على أساس أن هذا المعيار لا ينطبق حتماً على كل ضرر لا يستطيع الدائن توقيه (محمود جمال الدين زكي ، الوجيز ، ص ٥٠٤).

(٣) وبذلك يمكننا القول بأن علاقة السببية لا تعتبر عنصراً ثالثاً لقيام المسئولية وإنما أحد أوصاف العنصر الثاني وهو الضرر أي أنه إذا تحققت أوصاف الضرر بأن يكون محققاً ومباشراً قامت - في نفس الوقت - علاقة السببية وبإختفاء هذه الأوصاف وبخاصة وصف الضرر المباشر كان معنى ذلك أن الضرر الواقع ليس نتيجة مباشرة لفعل المدين وبالتالي لا يرتبط به ارتباط الفعل بالسبب وتخفى بذلك علاقة السببية.

(٤) SAVATIER (J) etude. Op. cit. p.334.MARTEAU, la notion de la causalite dans la respon-sabilite Civile, the Aix 1914.

يفقد دعواه أو يحصل على نتيجة سيئة من ورائها أن يحاول تحميل المحامي هذه النتيجة السيئة ؛ وخاصة من ناحيتها المالية عن طريق المطالبة بالتعويض<sup>(١)</sup>.

وفى الحقيقة أننا لو نظرنا إلى معظم دعاوى المسؤولية ضد المحامي التي ترفضها المحاكم برفض الحكم بالتعويض على المحامي يرجع السبب في ذلك إلى تخلف علاقة السببية ؛ أى الى صعوبات اثبات أن الضرر الواقع هو نتيجة مباشرة لخطأ المحامي فليس من السهل معرفة أثر المرافعة على عقيدة القاضى ؛ وليس من اليسير الوقوف على مدى المجهود الذى بذله المحامي فى حماية مصالح العميل ؛ وأن نقص ذلك المجهود كان هو السبب المباشر فى ضياع تلك المصالح على العميل.

وبالتالى فإن تخلف عبء الإثبات من جانب المضرور لعلاقة السببية يكفى القضاة مشقة بحث ومناقشة الخطأ من أجل ابعاد ادعاءات العميل<sup>(٢)</sup>.

ومن الأحكام التى ظهر فيها أن غياب علاقة السببية كان السبب فى خروج المحامي من دعوى العميل بالمطالبة بالتعويض حكم محكمة باريس<sup>(٣)</sup> الذى أشار الى تاجر سىء الحظ أثار دعوى المسؤولية ضد محاميه كمرج من الصعوبات التى تعرض لها؛ فقد ادعى بأنه ضحية خطأ المحامي الذى حرر تنازلا عن المتجر بدون أن يهتم بالإستعلام عن وجود أو تخلف الرهن الحيازى وادعى بأن الضرر الناتج عن الخطأ يتناسب مع نزع اليد عن المتجر كنتيجة للبيع العلنى عن طريق الدائن المرتهن للمبيع.

ولكن المحكمة اعتبرت أن المدعى كان من الواجب عليه أن يمدها بإيضاحات كافية حول ضرره وأن من الواضح أن التاجر المنزوعة يده عن المتجر كان قد تركه ليس بالتبعية للبيع الإجبارى لصالح الدائن المرتهن ولكن لأن المالك ( لمكان المحل ) كان قد حصل على حكم بطرده بسبب عدم دفعه للإيجار.

وقد أكدت محكمة النقض على أن الضرر ثابت ومحقق وعلى وجود علاقة مباشرة بين خطأ المحامي وبين الضرر المتمثل فى فقد الثمن المقدم<sup>(٤)</sup>.

(١) AVRIL op. cit. No.129.

(٢) TRIB-Civ. De SEINE, 22-4-1931, Gaz-de Trib.21 JUILLET, 1931. BORDEAUX, 31-10-1938, D,H (٢) 1938, p. 28.

(٣) T.G.I de Paris 9-6-1976 (JURIS – DATA).

(٤) Cass. Civ. 25-11-1980, Gaz-pal 1981, somm. p.98. " L'avocat avait commis une faute qui etait en relation directe avec la parte du prix verse subie par l'acquereur Cass. Civ 30-4-1985, J.C.P. 1986 No. 20653 et note MICHEL DAGOT.

وقد ثار خلاف في الفقه والقضاء الفرنسي حول مدى اعتبار فقد العميل لوسيلة من وسائل ضمان حصوله على دينه ضررا مباشرا يرتبط بعلاقة سببية مع فعل المحامي الذي نسي القيام بالإجراء أو تقديم سنده كالمحامي الذي يسهو - مثلا - عن قيد الرهن أو تجديده مما يؤدي إلى ضياع أحد الضمانات على العميل.

ذهب أغلبية المحاكم إلى اعتبار هذا الفقد ضررا محققا ومباشرا ويرتبط بفعل المحامي ارتباط الفعل بالسبب وألزم بالتالي الأخير بالتعويض، وبذلك تكون هذه الأغلبية قد اعتبرت أن عدم وجود الضمان يكون ضررا محققا ومباشرة<sup>(١)</sup> وهذا الضرر الناتج سوف لا يتساوى مع مبلغ الدين الذي فقد العميل احدى وسائل ضمان تحصيله وإنما تقدر المحاكم هذا الضرر بالأخذ في الإعتبار مدى اعسار المدين<sup>(٢)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه - في هذا الصدد - أن الضرر المباشر الذي ينتج عن خطأ المحامي يشمل الضرر المتوقع وذلك غير المتوقع؛ فقاعدة قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع دون غير المتوقع الواردة في نصوص القانون المدني<sup>(٣)</sup> ليس من السهل تطبيقها بخصوص مسؤولية المحامي وذلك راجع الى سببين :

أولهما: عدم خضوع تلك المسؤولية بصورة كاملة لقواعد المسؤولية العقدية على ما رأينا - من قبل - وذلك للطبيعة الخاصة لتلك المسؤولية المهنية والتي تؤدي إلى تجاوز نطاقها حدود كل من المسؤولية التقصيرية والعقدية<sup>(٤)</sup>.

ثانيهما : أساس قاعدة قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع هو حرية ارادة أطراف العقد في تحديد ما يجب جبره وما لا يجبر من الأضرار ؛ وبالتالي فإن في امكانها توقع الأضرار التي يمكن أن تنتج عن عدم تنفيذ أيهما لالتزاماته؛ ولذلك فإن هذه القاعدة يأتي عليها استثناء هام وهو وجوب جبر كل الضرر المتوقع منه وغير المتوقع في حالة ما إذا كان عدم التنفيذ للالتزام راجعا إلى غش المدين أو تدليسه<sup>(٥)</sup>.

(١) Cass. Civ. 16-6-1926, D, 1927, 1, p. 149 et note LALOU Cass. Civ. 2-8-1950. Bull. Civ. 142(1)

(٢) ولا شك في ان المحاكم هنا تأخذ في اعتبارها ما إذا كانت وسيلة الضمان الضائعة على العميل كانت هي الوسيلة الوحيدة أم أنه كان يمتلك وسائل أخرى تساعد على تحصيل دينه على الرغم من تخلف الرهن مثلا.

AIX-en-provence. 28-2-1983, J.C.P. somm p. 13.

Tr.Gr. Inst- de Toulon, 23-1-1980, op. cit.

(٣) انظر المادة ١١٥٠ من القانون المدني الفرنسي وكذا المادة ٢٢١ مدني مصرى.

(٤) انظر ما سبق ص ٢٨١.

STARCK, droit Civil, 11, Contrat, 1989, 3 eme Paris (٥)

p. 564, SOULEAU (ISABELLE), la previsibilite du dommage contractual, these, paris 11, 1979.

GUTITARD (M) la reparation du dommage en matiere contra.

وهذا الكلام من الصعب تصوره في علاقة المحامي بالعميل إذ أن مسؤولية الأول ستمتد إلى أبعد من الضرر المتوقع في لحظة إبرام العقد، لأن المحامي سيحتفظ بحريته الكاملة في الدفاع عن مصالح العميل ولا يستطيع الأخير أن يفرض عليه أي قاعدة أو خطة للدفاع. وهذه الحرية يكون من غير العدل ألا تقابلها مسؤولية كاملة بالتعويض عن كل الأضرار التي يمكن أن تنتج عن ممارستها إذ أن نتائج هذه الممارسة لا يمكن للعميل توقعها أثناء إبرام العقد، خاصة وأن العلاقة بينهما غالباً ما يكون محلها أموراً قانونية فنية يصعب على العميل الفصل بين ما قد تؤدي منها إلى ضرر وتلك التي تؤدي إلى محاسن. ومن الحالات التي غالباً ما يقبل فيها القضاء توزيع الأضرار الناتجة عن ممارسة مهنة المحاماه مناصفة بين المحامي والعميل الحالة التي يقصر فيها الأخير في امداد الأول بالمعلومات الكافية التي تمكنه من التعرف على حقيقة موقفه. فيحدث بكثرة أن يخفى العميل في داخلية أموراً قد يجهل أهميتها بالنسبة للدعوى أو قد يعرف هذه الأهمية ومع ذلك لسبب أو لآخر لا يبيح بها إلى محاميه قد يكون ذلك حفاظاً على سمعته أو شرفه أو سمعة وشرف أفراد أسرته وهو لا يدري أنه بذلك الكتمان يؤدي إلى تجهيل موقفه ويصعب من مهمة محاميه الذي إذا قصر في أداء هذه المهمة فيكون النصيب الأكبر من الأسباب التي أدت إلى هذا التقصير راجعاً إلى العميل الذي يجب عليه أن يرضى بالنتيجة ولا يلومن إلا نفسه. وإن كان القضاء حتى في هذه الحالات يخفف من شدة الموقف على العميل ويتجه إلى توزيع المسؤولية بينه وبين المحامي وقد يظهر ذلك في إعفاء العميل من الأتعاب أو يأمر المحامي بردها إذا كان قد سبق له أخذها<sup>(١)</sup>.

ctuelle, Gaz-pal, 1978, Doc, p. 10.

Cass. Civ. 25-1-1989, D, 1989, inf.rap. p. 47.

Tr. Gr. Inst. de Lyon, 19-3-1975, (JURIS-DATA). (١)

و جاء في هذا المعنى نص المادة ٢١٦ من القانون المدني المصري اذ قرر أنه " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما اذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في احداث الضرر او زاد فيه "

انظر ، دكتور عبدالمنعم البدر اوى ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول بمصادر الإلتزام ، سنة ١٩٨٥ ص ٤٢١ و ما بعدها .

دكتور عبدالحميد الشواربي ، المشكلات العملية في تنفيذ العقد ، دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٨٨ ص ٤٠٧ و ما بعدها .

## المبحث الثاني

## "آثار المسؤولية"

إذا تحققت شروط المسؤولية على النحو السابق كان من أثرها أن تحكم المحكمة على المحامي بتعويض لصالح عميله ؛ به تجبر ضرره وتقوم من تقصير المحامي؛ وتحكم المحكمة بهذا التعويض في دعوى تقام من أجله أطرافها المحامي وعميله وتخضع للقواعد الإجرائية العادية الواردة في قانون المرافعات مع مراعاة بعض الخصوصيات التي تفرضها طبيعة العلاقة كالوسائل التي يسمح بها للعميل بإثبات خطأ محاميه من ناحية عدم تقيده بالدليل الكتابي وإنما يفتح له المجال ليختار من بين الأدلة المتاحة دليلاً يملكه ويساعده في نفس الوقت على الوصول إلى مرماه<sup>(١)</sup>.

والمحكمة في تقديرها للتعويض تستعين بالظروف المحيطة بالواقعة كما تتأثر أيضاً بدرجة المخالفة الواقعة أي بدرجة الخطأ المرتكب من المحامي. وتتأثر أيضاً بمقدار الضرر الواقع بحيث يجب أن يتكافأ معه.

فلا يزيد عليه ولا ينقص عنه. ولهذا لا يعتبر التعويض عقوبة توقع على المحامي بما تحويه من معنى الردع له والزجر لغيره. فالتعويض هو وسيلة القضاء إلى محو الضرر الواقع وتخفيف وطأته.

والمحكمة وهي في سبيلها إلى تقدير التعويض تتمتع بسلطة واسعة محكمة بمبدأ العدالة والتوازن أي بأن يأتي حكمها عادلاً لكلا الطرفين ؛ فلا يجوز علي للعميل بيخس حقه في التعويض أو بالحكم له بمبلغ تافه لا يتناسب مع ما أصابه من ضرر؛ كما لا يحيف على المحامي بتحميله مثلاً كل الآثار السيئة الناتجة عن فقد العميل لدعواه في حين قد يوجد العديد من هذه الآثار وحدها ومقطوعة الصلة بالتقصير الواقع منه؛ ويعتبر هذا التقرير من جانب المحكمة مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها.

وإذا كان في الغالب من الحالات يأتي أمر التقدير هذا سهلاً ميسوراً على المحكمة بظهور عناصر الضرر ووضوحها فإنه يأتي في بعض الأحيان صعباً وشاقاً عليها خاصة في الحالة التي لا تبدو فيها عناصر الضرر بارزة ومحددة ويجيء ذلك عندما تحتاج المحكمة إلى تقدير الضرر الواقع بمناسبة ضياع فرصة للكسب أو دفع لخسارة على العميل والذي قلنا حياله أن مجرد الضياع يعتبر ضرراً محققاً يستحق العميل عليه تعويضاً.

(١) كما أن هناك أمراً آخر ينبغي النظر إليه ألا هو أن العميل الذي يرغب في رفع دعوى بالمسؤولية ضد محاميه قد يضطر إلى الاستعانة بأحد المحامين على ذلك و هنا يتراجع المحامون عن قبول الدعاوى ضد زملائهم

ولكن هذه الصعوبة لا تحول دون اجراء التقدير على وجه يقارب بين الضرر والتعويض إذا استحال الموازنة بينهما أو تعذرت.

و عليه سنبحث هذا المبحث في :

مطلب أول :تقدير التعويض والعوامل المؤثرة فيه.

مطلب ثان :كيفية التعويض عن الفرصة الضائعة.

### المطلب الأول

#### "تقدير التعويض والعوامل المؤثرة فيه"

ذكرنا أنه يجب أن يتساوى التعويض مع الضرر ويتمثل الأخير في الخسارة المحققة أو المكسب الضائع<sup>(١)</sup>. وإذا كان التعويض بصفة عامة يمكن أن يكون مبلغا من المال يحكم به للمضرور وهذا هو الغالب في الحالات ؛ كما يمكن أن يكون شيئا آخر غير المال كالنشر في الصحف لتوضيح موقف المضرور أو غير ذلك من البدائل المتعارف عليها في القانون المدني.

ولكن من الصعب تصور التعويض عن خطأ المحامي في صورة أخرى غير المال ؛ إذ لا يصلح للعميل إلا مبلغ من المال يخفف عليه شدة النتيجة المالية السيئة التي خلفها الإهمال أو التقصير من جانب المحامي ؛ والوسائل الأخرى بخلاف المال غير ناجحة في جبر الضرر وألم الموقف<sup>(٢)</sup> و هذا ناتج عن أن النتيجة التي تحدث تصيب غالبا نواحي مالية<sup>(٣)</sup>. تقدير التعويض : يتمتع قضاة الموضوع بحرية واسعة في هذا التقدير إذ لهم اختيار الوسيلة التي تعوض العميل كما أنهم يحددون مبلغ التعويض بالقدر الذي يجعله مناسبا مع الضرر الواقع<sup>(٤)</sup>. والمحكمة في سبيلها إلى ذلك قد تلجأ إلى إحدى طريقتين :

الأولى :و هي أن تقدر المحكمة التعويض بطريقة شاملة جزافية بحيث يصلح كل الأضرار والإمكانيات التي فقدها العميل ولا فرق عندها بين الضرر المادى والضرر المعنوى فالمبلغ الذي تحكم به هو - في نظرها - مقابل عن كل هذا بصورة عامة وشاملة.

(١) GAUDEM, Theorie generale des obligations, Paris 1965, p. 388.

(٢) ألم الجرح و الصدع من باب قطع اذا سده و المصدر التمام . من مختار الصحاح - للرازي - دار التنوير العربي - باب اللام ص ٥٨٨ بدون سنة.

(٣) مع مراعاة استحالة التعويض العيني و هو معناه اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل غير المشروع. أى ازالة الضرر الناشئ كصورة من صور تعويض العميل عن خطأ المحامي اذ ان خطأ الاخير غالبا ما يتعلق بمواعيد محددة يترتب على فواتها استحالة القيام بها.

(٤) Cass. Civ. 18-7-1912, Bull. Civ. 1, No. 189, J.C.P.

1972 IV, 233.

وفى هذا المعنى جاء حكم محكمة Aix إذ حكمت بمبلغ جزافى كتعويض عن أضرار العميل بحيث يشمل نفقات الدعوى المفقودة وكذلك أتعاب المحامى وكل الأضرار التى من ذات الطبيعة المالية<sup>(١)</sup>.

وهذه الطريقة منتشرة بين المحاكم التى تفضل فى معظم الحالات عدم اعطاء تفاصيل لنواحي الضرر الواجب التعويض، وبالتالي تحديد مبلغ التعويض الذى يتناسب مع كل ضرر من هذه الأضرار.

فالتعويض يحدد عن كل الأسباب التى أدت إلى الأضرار بصورة مختلطة وممزوجة فحتى يتجنب القضاء كل نقد ويتلاشون كل صعوبة فى التقدير يلجأون إلى تحديد التعويض بهذه الصورة دون ايضاح أي ادعاءات العميل قد تم تعويضها وأيها قد تم ابعادها أي أن نواحي الضرر المعوض ليست موصوفة ولا يمكن للعميل نفسه معرفة ما قيل وما لم يقبل ادعاءاته<sup>(٢)</sup>

الثانية: قد يكون من الأفضل للطرفين كما يجيء أكثر اتفاقا مع العدالة أن تصدر المحكمة حكمها بالتعويض بطريقة تفصيلية محددة فيه ادعاءات العميل التى تم الإستجابة لها وتلك التى تم استبعادها .

فبهذه الدراسة والفحص التفصيلى يجيء التعويض مساويا للضرر الواقع بالعميل ، فلا تحكم المحكمة بتقدير جزافى للتعويض لما قد يكون فى ذلك اجحاف بأحد الطرفين ؛ وإن كان فى الغالب ما يأتى التقدير مجحفا بالعميل ؛ وحتى إن جاء غير مجحف فإنه يتركه على الأقل فى جهالة من أمره ، فلا يعرف أى مطلب من مطالبه قد استجيب له وما لم يستجب له بما يسمح له بعد ذلك بالطعن فى الحكم الصادر إذا تجاهل مطلبا جوهريا من مطالبه؛ بل وفى هذا التحديد التفصيلى من جانب القضاء لكل عنصر من عناصر التعويض ما يودى إلى أن الأحكام تصبح أكثر اتزاناً وأقرب للعدالة.

ولا شك فى أن تقدير التعويض عن أضرار ناتجة عن أخطاء مهنية تتعلق بنواحي فنية - وإن كانت فى معظمها متعلقة بالفن القانوني - إلا أنها ترتبط بمعطيات الواقع المحيطة بالتصرف؛ وهذه قد تتعلق بفنون أخرى غير القانوني كما لو أثارت الدعوى أمرا ينتج عن الفن الطبي، كما فى حالة تقدير العجز الناتج عن حادثة تعرض لها العميل والتي بسبب

(١) Aix. en-provence, 3-11-1974 (JURIS-DATA).

(٢) AVRIL. Op. cit. No. 133.

خطأ المحامي لم يتمكن من الحصول على التعويض من سببها. ونفس الأمر لو تعلق الدعوى بنواحي تجارية أو هندسية.

وبالنظر إلى مجريات الواقع القضائي نجد أن القضاء نادرا ما يستعين بخبير وذلك لأن المحامي - على عكس الطبيب - لا يحتاج القضاء - غالبا - إلى فني لقياس سلوكه إذ في قدرتهم التعرف على صفة العناية ومقدارها المطلوب منه <sup>(١)</sup>؛ ولذلك يجب أن تكون الدعوى المفقودة بسبب خطأ المحامي لها صفة فنية كبيرة من أجل أن يستعين القضاء بأحد المساعدين الفنيين <sup>(٢)</sup>.

ومن الحالات التي يمكن فيها للمحكمة الإستعانة بخبير لتقدير حقيقة الضرر وبالتالي ما يناسبه من تعويض تعلق الدعوى بمسألة من مسائل الفقه الاسلامي ، بما تتميز به مثل هذه المسائل عن تخصصها الشديد؛ فهي وإن كانت ليست غريبة كلية على القاضى إلا أنها قد تدق في بعض الأحيان مما يصعب على القاضى عندئذ اعطاء كلمة الفصل فيها مما يضطره إلى طلب رأى المتخصصين.

فإذا أخطأ المحامى مثلا في حق عميلته في قضية شرعية <sup>(٣)</sup> كما لو تخارج من التركة لصالحها وكان النصيب المتخارج عليه ليس هو النصيب الشرعى المقرر لها بل كان أقل منه ؛ فيحتاج الأمر عندئذ إلى متخصص في مسائل الميراث لتحديد النصيب المقدر بالضبط <sup>(٤)</sup>.

على أنه يجب مراعاة أن الخبير ليس هو الذي يحدد مبلغ التعويض بصفة نهائية؛ أي أن المحاكم لا تأخذ بالتقدير الصادر عن الخبير على أنه أمر مسلم به لا تجوز مناقشته وتصدر حكما طبقا له، وإنما تتمتع بقدر كبير من الحرية يتيح لها - إذا استشفت بما لديها من ملكة قانونية حياله إلى تحقيق العدالة وبما يحيط بالدعوى من ظروف أن التقدير الصادر عن الخبير فيه مبالغة شديدة سواء بالإفراط أو التقريط - أن تغير فيه بالزيادة أو الإنقاص إلى الحد الذي تراه عادلا للطرفين وإن كان الخبير - في الغالب - لا يحدد مبلغ التعويض وإنما يوضح رأيه في المسائل الفنية فقط.

Cass. Civ. 2-4-1963, J.C.P. 1963, IV, 4248 et note J.A(١)

AVRIL, op. cit. No. 142. (٢)

(م ٢٨ - المسئولية المدنية)

(٣) انظر على سبيل المثال نقض مدنى ١٩٥٣/٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض المكتب الفنى السنة ٤ رقم ٢٥٥ ص ١٣٦.

(٤) فالتخارج هو ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث و ترك حصته في التركة مقابل شىء يأخذه من التركة أو من غيرها.

تأثير درجة الخطأ في التقدير: إذا كان التعويض - كقاعدة - يرتبط بالضرر الواقع ويدور معه زيادة ونقصانا وقد لا ينظر أحيانا إلى درجة الخطأ المرتكب أي أن التعويض لا يتأثر بها إذ قد يؤدي خطأ تافه إلى ضرر بالغ وقد يؤدي خطأ جسيم إلى ضرر تافه<sup>(١)</sup>.

فإن الواقع العملي يشير إلى صعوبة الفصل بين درجة جسامة الخطأ والتعويض المقرر إذ ينذر ألا يضع القاضي - عند تقديره للتعويض - في اعتباره مقدار الخطأ المرتكب ومن المتعذر الفصل بينهما، إذ غالبا ما تتخذ جسامة الخطأ مبررا ودافعا للقاضي إلى الزيادة في مبلغ التعويض والعكس بالنسبة لضآلة الخطأ أو تافهته.

وبالنسبة للمحامي فإن صفته كمساعد للعدالة المعترف بها من جانب المشرع المعاصر<sup>(٢)</sup> تجعل من الصعب على القضاة أن يصدرُوا حكما على رفاقهم في ساحة المحكمة وعلى نشاطهم في دعوى المسؤولية المدنية القائمة ضدهم؛ ولكن هذه الصعوبة لا تمنعهم من اظهار القسوة في تقدير التعويض الواقع على المحامين إذا أبان تقصيرهم عن اهمال شديد أو خطأ جسيم؛ إذ أن المساهمة في أداء عمل واحد لا تدفع على الإطلاق بالقاضي إلى الجور على مصالح العملاء في سبيل محاباه المحامين، فمهمة الإلتين تحقيق العدالة؛ فالقضاء الواقف (المحامي) والقضاء الجالس (القاضي) يتاحمان من أجل احقاق الحق وقرار العدالة والتي يتعارض معها - بلا شك - التقاعس عن الحكم بالتعويض المناسب للعميل الذي يشكو من محاميه الخطأ الجسيم.

وبالمقابل أيضا فإن الدعاوى القائمة ضد المحامي بسبب خطئه اليسير تجعل القضاء مترددين في الإحتفاظ بمسئوليته وغالبا ما يحكمون بتعويض رمزي للعميل<sup>(٣)</sup>.

- تأثير الخطأ الجسيم: قدم حكم لمحكمة باريس<sup>(٤)</sup> مثالا لدرجة الجسامة الخاصة التي تؤثر في مبلغ التعويض المخصص للعميل؛ وتتلخص وقائع الدعوى في أن محاميا كلف من العميل بالدفاع عنه في دعوى متعلقة بإثبات الأبوة الطبيعية؛ وتلقى المحامي شيكا من عميله مخصصا لتعيين مخبر خاص للبحث في سلوك الأم الشائن - من أجل ابعاد دعوى النسب - ولكن المحامي لم يقيم بأى عناية من جانبه مما أدى الى الإعتراف بعميله كأب طبيعي بصفة قاطعة مع التكاليف بدفع

(١) مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية، مرجع سابق ص ٣٤٠.

د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض - دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانونين المصري والعراقي، رسالة دكتوراة، القاهرة، سنة ١٩٨٣ رقم ٤٦٧.

(٢) المادة الأولى من قانون المحاماه المصري.

(٣) AVRIL. Op. cit. No. 136.

(٤) COUR d'app. de paris 16-5-1963, D, 1963, J.P 692.

نفقة شهرية وقد أكدت المحكمة على أن المحامي الذي صرف الشيك ولم يقدّم برده إلا بعد مطالبته بذلك أمام النقيب يعتبر مرتكباً لخطأ لمخالفته لقواعد النقابة وحكمت بمبلغ هام كتعويض بحيث يغطي النفقة المكلف بها العميل وزيادة<sup>(١)</sup>. وأظهر بشكل واضح حكم محكمة Aix<sup>(٢)</sup> تأثير جسامته الخطأ على مبلغ التعويض وتعلق الأمر بمحام مكلف برعاية مصالح الضحية لإستئصال ورم نتج عن قذف شيء من مبنى. انتظر المحامي خمس سنوات حتى قام برفع الدعوى ضد مرتكب الخطأ بالإضافة إلى ذلك فقد أسس دعواه على المادة ١٣٨٢ بإعتبارها مسئولية تقصيرية بدلا من تأسيسها على مسئولية حراسة الأشياء.

وقد أعلنت المحكمة تقادم الدعوى طبقا للمادة ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي؛ وفي دعوى رفعها العميل ضد محاميه بسبب هذه الأخطاء أشارت المحكمة إلى خطئه الجسيم وكررت البواعث السيئة والمماطلات المستخدم من جانبه بهدف التمويه على اهماله، وقدرت للعميل تعويضا مرتفعا يتناسب مع التأخير غير العادي الصادر عن المحامي وكذا عن الجهل الفاضح بأصول القانون؛ وغاليا ما لا تصرح المحكمة بإرتباط التعويض بجسامة الخطأ المرتكب وإنما يستشف ذلك من حكمها ومن المبلغ الذي قضت به فبدون القول بقيس القاضي التعويض مع درجة جرم المسئول<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ أن التعويض المرتفع الذي تحكم به المحكمة نتيجة الخطأ الجسيم الصادر عن المحامي لا يعتبر - طبقا للقانون الفرنسي - في حقيقة الأمر جزاء يصيب المحامي مباشرة بالنظر إلى الصفة الإلزامية للتأمين ضد المسئولية المدنية بالنسبة للمحامين، فكل محام ملزم بعمل تأمين ضد أخطاء ممارسة المهنة - سواء بصورة فردية أو بصورة جماعية عن طريق كل نقابة؛ وتحمل بذلك شركات التأمين المبالغ التي يحكم بها ضد المحامين في مقابل الأقساط التي يؤديونها بصورة دورية<sup>(٤)</sup>. وقد رفعت هذه الشركات أقساط التأمين في حالات

(١) و قد رأينا أن جسامته الخطأ المرتكب أو الغش يؤدي إلى بروز الاستثناء على قاعدة قصر التعويض في المسئولية العقدية على الأضرار المتوقعة. أي يشمل التعويض - في هذه الحالة - كل الأضرار المتوقعة منها و غير المتوقع. و تختلف الآراء في تفسير هذا الاستثناء فذهب رأى إلى ان هذه الزيادة في التعويض هي جزاء الاخلال بحسن النية المطلوبة عند التنفيذ.

Aix. En provence 24-5-1976, op. cit<sup>(٢)</sup>

SAVATIER (R) Traité, op. cit. No. 610. (٣)

(٤) فطبقا للمادة ٢٧ من قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧١ صدرت اللائحة رقم ٧٢-٧٨٣ في ١٩٧٢/٨/٢٥ السابق الإشارة إليها وانشأت تأميना اجباريا من المسئولية المدنية المهنية.

الخطأ الجسيم أو الغش ولكن هذه الزيادة قد لا تتناسب في كثير من الحالات مع مبالغ التعويض التي تحكم بها المحاكم لصالح العميل<sup>(١)</sup>.

- تأثير الخطأ اليسير : على عكس الخطأ الجسيم يؤدي الخطأ اليسير إلى اختفاء المبالغة في تقدير التعويض؛ فالمحاكم على الرغم من احتفاظها بمسئولية المحامي إلا أنها تشير الى ضالة التقصير التي تؤدي بدورها إلى الإنخفاض الملحوظ في مبلغ التعويض.

ففي مثل هذه الحالات لا تقدم دعوى المسؤولية ضد المحامي ميزة كبيرة للعميل خاصة إذا كان حسن النية واضحا وملازما للتقصير فهنا يقدر التعويض عن الأضرار التي قد تحدث على الرغم من ذلك بمبلغ زهيد.

وبتحليل أدق لتلك الحالات نجد أن ما يصيب العميل من جراء هذا الخطأ اليسير ليس كبيراً أو ضخماً أى أن مبلغ التعويض - كما سبق - من الصعب فهمه عن عنصره الأساسيين وهما درجة الخطأ المرتكب ومدى جسامته الأضرار الحادثة؛ وأحيانا قد يأتي تقدير التعويض عن الخطأ اليسير في صورة الزام المحامي بالمصاريف والنفقات التي استلزمها الدعوى المفقودة أو على الأقل توزيعها بينه وبين العميل<sup>(٢)</sup>.

ونود التأكيد في النهاية على أن ما سبق ذكره بخصوص تأثير درجة الخطأ على مبلغ التعويض ليس قاعدة مطلقة تطبق بطريقة آلية بحيث تشل يد القاضى عن اجراء الموازنة بين الضرر الحقيقى والتعويض الواجب.

فإذا كان مبلغ التعويض في أغلب الحالات يتأثر بدرجة الخطأ المرتكب ، فإن ذلك لا يمنع من وجود حالات أخرى يتغاير فيها مبلغ التعويض المحكوم به عن درجة الخطأ بالنظر إلى حجم الأضرار الناتجة - والتي قد لا ترتبط بجسامته أو ضالته الخطأ - وبظل الأمر في النهاية متعلقا بالقاضى بما يتمتع به من سلطة تقديرية نادرا ما تمارس عليها محكمة النقض أى رقابة حتى يعيد الأمور إلى نصابها الصحيح ويوازى بين كفتى ميزان العدالة الممسك به<sup>(٣)</sup>.

(١) BRIRE, la faute intentionnelle a propos de l'assurance de la responsabilité Civile professionnelle D, (1) 1973 ch, p.259.

FERDENAND (Farcier), Responsabilité Civile professionnelle et assurance de resque., 1975.

HERANDE, l'assurance et responsabilité Civile professionnelle, Mémoire, paris 1983

Tr.Gr. Inst-de pontoise, 9-1-1976 op. cit. paris 72-4-1981, Gaz-pal, 1981, 2, 189. (٢)

(٣) AVRIL.op. cit. No. 74. : فى نفس المهنى

## المطلب الثاني

## كيفية التعويض عن الفرصة الضائعة

إذا كان الاتفاق قد قام على اعتبار الفرصة الضائعة في حد ذاتها ضررا محققا ينبغي التعويض عنه وينشأ به الحق للعمال في رفع دعوى بشأنه ضد المحامي<sup>(١)</sup>؛ إلا أن الصعوبة لا تزال قائمة ليس فيما يتعلق بإقرار مبدأ التعويض وإنما في كيفية تحديد وتقدير مدى التعويض إذ أن القاعدة العامة هي ضرورة مساواة التعويض مع الضرر الحادث حتى تتحقق العدالة للأطراف وهذا ما يعبر عنه الفقه بمبدأ التعويض الكامل<sup>(٢)</sup>.

غير أن تطبيق هذه القاعدة في حالة التعويض عن الفرصة الضائعة يعترضه بعض الصعوبات؛ إذ المحاكم والفقهاء قد اتفقوا على تحديد مبلغ التعويض في هذه الحالة بقيمة الفرصة الضائعة بالقياس إلى الفرص المماثلة<sup>(٣)</sup>.

وبذلك فإن هذا التقرير يتم بصورة نسبية إذ أن الضرر يتعذر حسابه وتحديدته تحديدا واقعا وحقيقيا بل يعتمد في تقديره على الحس والتخمين؛ فالضرر هنا لا يشمل كل الضرر المحتمل وقوعه من فوات الكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المضرور وإنما يمثل نسبة منه فقط<sup>(٤)</sup>.

والقاضي - كقاعدة - وهو بسبيله إلى تقدير التعويض الواجب عن الضرر الحادث - يبدأ أولا بتحديد الضرر وحصره ثم يقوم بتقديره ماليا وتطبيق ذلك على حالة الفرصة الضائعة نجد أن للقاضي سلوك أحد طريقين فإما أن ينظر إلى الفرصة على أنها تتضمن قيمة ذاتية خاصة بها ويتحدد الضرر المترتب على فوات الفرصة في هذه القيمة؛ وإما أن يعتبر هذه الفرصة ( كرفع استئناف مثلا ) وسيلة المضرور في الوصول إلى كسب حقيقي أو تجنب ضرر وبذلك تتحدد قيمة الضرر بهذا الكسب الإجمالي الذي كانت ستؤدي إليه الفرصة لولا ضياعها.

وفي الواقع ، فإننا يمكن أن ننظر إلى الفرصة الضائعة في حد ذاتها على أنها الأساس في اقرار حق المضرور في التعويض من حيث المبدأ.

(١) BORE (J) op. cit. No. 10.

(٢) ابراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق ص ١٥٦.

(٣) MAZEAUD et Tunc, op. cit, T, p.278

RODIERE, la responsabilite, op. cit. No.1599.

STARK (B) ESSAI, d'une theorie generale de la responsabilite

Civile Paris 1947, No. 105.Ciss. Civ. 22-10-1934, Gaz-pal, 1934,2, 821.

(٤) ابراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق ص ١٥٧.

على أنه عند تحديد مقدار التعويض وحجمه فإن على القاضى أن يدرس ويفحص الفرص الحقيقية التى ضاعت من خلال بحث احتمالات النجاح الممكنة التى كان يمكن للمضروب الحصول عليها لولا الخطأ الذى أدى الى ضياع الفرصة وهذا يحتاج من القاضى أن تكون لديه القناعة التامة بجدية الفرصة الضائعة وتحققها بقدر كاف<sup>(١)</sup>.

فالضرر المحقق المرتبط بخطأ المضروب ليس إلا ضياع فرصة العمل مثلا فى كسب الإستئناف أو ضياع فرصة المتسابق فى كسب السباق<sup>(٢)</sup> أو فقد المريض لأمل الشفاء. وبذلك سيحسب التعويض باستخدام الفرص التى كان يملكها المضروب فى الحصول على الكسب.

#### ضياع الفرصة وعلاقة السببية :

بما أن الضرر الناتج عن ضياع الفرصة يشكل جزء أو نسبة من الضرر النهائى لذلك فإن لعلاقة السببية مفهوما خاصا فى هذه الحالة؛ فإذا كانت فرصة ما تؤدى حتما وبالضرورة إلى كسب معين فإن قيمة هذه الفرصة تقدر بهذا الكسب كاملا أى أن علاقة السببية هنا تقوم بصورة كاملة بين فعل المتسبب فى ضياع الفرصة وبين هذا الكسب الضائع؛ أما اذا كانت فرصة ما لا تؤدى بالضرورة إلى كسب محقق أو تجنب خسارة معينة بل يحتمل أنها تؤدى إلى ذلك فإن قيمتها تمثل نسبة فقط من هذا الكسب المحتمل وبذلك تقوم علاقة السببية هنا بصورة جزئية بين هذه النسبة وبين الفعل المتسبب فى ضياعها.

وبذلك يتضح أن قيمة الفرصة الضائعة تتوقف بدرجة كبيرة على مدى توافر علاقة السببية بين فوات الفرصة والضرر الذى ترتب عليه؛ ولأن علاقة السببية فى هذه الحالة لها مفهوم خاص بقيامها على الإحتمال وليس على اليقين فإن النظريات المعروفة فى الفقه فيما يتعلق بعلاقة السببية قد تعجز عن تفسيرها فى حالة فوات الفرصة<sup>(٣)</sup>.

فنظرية تعادل الاسباب تقوم على تساوى كل العوامل الضرورية التى أدت الى الضرر أى أن كل الأسباب متعادلة فى انتاج الضرر دون تمييز لسبب أو لعامل اخر وبذلك تقوم هذه

(١) يبدو أن القضاء الإدارى الفرنسى يميل الى الأخذ بهذه الوجهة من النظر فى حالة التعويض عن فقد الفرصة انظر ابراهيم الدسوقي أبو

الليل - الاشارة السابقة و الذى أشار بدوره الى :

DE LAUBADERE, Traite elementaire de droit administratif

Tome, 1, 1970, No. 1194.

Cass. Civ. 2 eme 4-5-1972, Gaz-pal, 1972, 2, 521. (٢)

(٣) السنهورى، الوسيط، ج ٢ طبعة سنة ١٩٨١، دار النهضة العربية، ص ١٢٦٣ و ما بعدها.

مصطفى مرعى، المسئولية المدنية، المرجع السابق، ص ١٣٠ و ما بعدها.

محمود جمال الدين زكى، الوجيز، ص ٣٤٧.

النظرية على تأكيد وبقين معينين إذ أنها لا تعتبر الا بالواقعة التي يثبت يقينا أن لها دورا في وقوع الضرر وهذا لا يتفق مع طبيعة علاقة السببية في حالة ضياع الفرصة إذ لا يمكن القول بأنه لولا خطأ المتسبب في ضياع الفرصة لكان قد تحقق المكسب المأمول إذ أن هذا الخطأ لا ينشئ إلا احتمال وقوع الضرر<sup>(١)</sup>.

وبالتطبيق على موضوعنا لا يمكن القول بأنه لولا خطأ المحامي المتمثل في نسيانه رفع الإستئناف في ميعاده القانوني لكان قد حصل العميل على حكم لصالحه في الإستئناف ونعتبره ضررا كليا يجب التعويض عنه كليا؛ فنسيان رفع الإستئناف ما هو إلا سبب احتمالي قد يؤدي إلى احتمال وقوع الضرر.

كفاية نظرية السببية الملائمة بشكل خاص :

لا تنتظر هذه النظرية الى كل الأسباب والعوامل التي أدت الى احداث الضرر نظرة متساوية. فهي لا تعدد من بين العوامل والأسباب إلا بتلك العوامل الأكثر ملاءمة لإحداث الضرر هي التي تبدو - نظرا لأهميتها ودورها المتميز - السبب الحقيقي للضرر؛ وتترك هذه النظرية مجالا أوسع لقاضي الموضوع في التقدير والإختيار؛ فينتقى من بين العوامل المعروضة عليه كأسباب للضرر سببا قويا يعتقد فيه أنه السبب الحقيقي للضرر؛ يتضح بذلك قيام هذه النظرية على درجة معينة من الحس والتخمين وتفترض قدرا كبيرا من الإحتمال والترجيح<sup>(٢)</sup>.

ويوجد بذلك تقارب في الأفكار بين نظرية السببية الملائمة ونظرية فوات الفرصة فكلاهما يقوم على درجة من الإحتمال وإن اختلفا فيما بينهما حول دور ودرجة الإعتداد بعنصر الاحتمال؛ إذ ينظر إلى الإحتمال في نظرية السببية الملائمة على أنه وسيلة للوصول الى

BORE (J) op. cot. No. 16. (١)

و يرفض بعض الفقه و القضاء الأخذ بهذه النظرية كمعيار عام للمسئولية.

Cass. Crim 2-12-1965, Gaz-pal, 1966, 1, 132.

Cass. Crim 25-4-1967, Bull. Crim. No. 129, p. 301.

Cons. d'ETAT, 14-10-1966, J.P. 636.

RODIERE, Traite, op. cit. No. 1618.

BORE (J) op. cit. No. 16.

(٢) ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ .

و يبدو ان القضاء المصري يأخذ بهذه النظرية في معظمه . انظر :

نقض مدني ١٩٣٨/٢/٣ ، المحاماة السنة ٣٨ ، ص ٨٢٨ .

نقض مدني ١٩٦٦/٥/١٩ ، مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٦٥ .

نقض مدني ١٩٦٨/١١/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٤٤٨ .

اليقين؛ أما نظرية فوات الفرصة فهي تفترض بالضرورة هذا الإحتمال إذ تفترض أنه لولا الخطأ المتمثل في ضياع الفرصة لكان هناك كسب الدعوى في الإستئناف أو شفاء المريض<sup>(١)</sup> أو حصول الموظف على ترقيته<sup>(٢)</sup> أو استفادة الأبوين من رعاية ابنهما<sup>(٣)</sup>. ومع هذا التفاوت بين نظرية السببية الملائمة ونظرية فوات الفرصة إلا أن الأولى هي الأكثر ملاءمة والأولى قبولاً كأساس لتبرير التعويض عن فوات الفرصة ولتحديد قدر هذا التعويض مع أخذ فكرة الإحتمال في تلك النظرية بدرجة أكبر من التعمق بحيث تتساوى درجة احتمال الضرر في كل من نظرية السببية الملائمة والتعويض عن فوات الفرصة. ويستعين القاضي- في كيفية الوصول إلى المعطيات العلمية الجادة وحساب الإحتمالات وبالتالي تقدير قيمة التعويض عن الفرصة الضائعة- بأهل الخبرة والمعرفة وأصحاب التخصص الذين يرشدونه إلى ما هو واجب من التعويض على ضوء ما يتوافر لديهم من معطيات ومن قوة في احتمالات النجاح<sup>(٤)</sup> ونؤكد في النهاية على أن الدعاوى المقامة من العملاء ضد المحامي بسبب ضياع الفرصة قد لا تأت بالشيء السمين نظراً لصعوبة تقدير التعويض التي تعترض القضاء أو يفرض عليهم التعرض لإحتمالات قد تخلوا تماماً من اليقين مما يؤدي في النهاية إلى تباين الأحكام واختلاف منطوقها في الموضوع الواحد وفي الحالات المتشابهة وذلك راجع الى اختلاف قدرات القضاء ونظرتهم إلى ما بين أيديهم من وقائع ومعطيات .

(١) نقض مدني في ١٩٩٢/٣/٢٩ طعن رقم ٣٠٠ - قضاء النقض المدني. دعوى التعويض - سعيد أحمد شعله - سنة ١٩٨٧ منشأة المعارف ص ١٩٠.

(٢) نقض مدني في ١٩٩٩/٥/١٦ طعن رقم ٨٦٠ نفس المرجع السابق ص ١٩١.

BORE (J) op. cit. (٣)

BORE (J) op. cit. (٤)

### الخاتمة

لاشك أن مهنة المحاماة من أجل المهن الحرة، ويخضع المحامي في ممارسة مهنته للقوانين والآداب والأخلاقيات التي تنظم مهنة المحاماة، فضلاً عن خضوعه لأحكام العقد الذي يربطه بالعميل . وتنشأ عن هذا العقد عدة التزامات تقع على عاتق المحامي، لعل من أهمها التزام المحامي بالحفاظ على أسرار العميل وعدم إفشائها للغير إلا في حالات إستثنائية ولمصلحة أولى بالرعاية قدرها المشرع . ذلك لأن العميل يثق في محاميه، ويفضي إليه بأخص أسراره، ويطلع على ما لم يطلع عليه أحد، حتى إذا كان أقرب الناس إليه، هذا إلى جانب أن هناك الكثير من الأسرار التي تصل إلى علم المحامي أثناء ممارسته لمهنته حتى ولو لم يفض بها العميل .

وقد تكفلت التشريعات في كافة الدول بحماية السر المهني بصفه عامه، وانطلاقاً من ذلك، فقد جرم المشرع المصري إفشاء السر المهني وذلك في نص المادة / ٣١٠ من قانون العقوبات، وعاقب من يخل بذلك بالحبس أو الغرامة، ونفس الحال في التشريع الفرنسي، إذ كانت المادة / ٣٧٨ من قانون العقوبات الفرنسي تجرم إفشاء السر المهني وتعاقب علي ذلك أيضاً بالحبس والغرامة، ثم جاء نص المادة ٣٢٦ / ١٣ ليؤكد هذا التجريم رافعاً الحد الأقصى للحبس أو الغرامة .

وعلى الصعيد التأديبي، فإن قوانين ممارسة مهنة المحاماه ومنها القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ في مصر، قد ألزمت المحامي بالحفاظ على سر المهنة .

وفى المجال المدنى، يخضع المحامي للقواعد العامه فى المسئوليه المدنيه، سواء أكانت مسئوليه عقديه فى حالة وجود عقد يربطه بالعميل، أو مسئولية تقصيريه إذا لم يكن هناك عقد بينهما . ومن ثم يمكن إلزام المحامي بالتعويض إذا أدخل بالتزامه بالحفاظ على السر المهني .

وقد أشرنا إلى أن العلاقة بين حماية السر المهني وحماية الحق فى إحترام الحياه الخاصة، وانتهينا إلى ان الحق فى السريه وهو أحد جوانب فكرة الحياه الخاصة أوسع وأشمل من فكرة السر المهني، وأن الحماية المقرره للحياه الخاصة وإن كانت تشمل - فيما تشتمل عليه- حمايه السر المهني، إلا أنها قد لا تكون فعالة لحماية السر المهني نظراً للطبيعة الخاصة لهذا السر،

ولدراسة موضوع البحث في مصر وفرنسا، قسمنا الدراسة إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول مفهوم وطبيعة ألتزام المحامي بالسر المهني، ثم خصصنا الفصل الثاني لدراسة مسئولية المحامي المدني عن الإخلال بالسر المهني .

وذكرنا في الفصل الأول المقصود بسر المهنة في مجال المحاماه وشروطه، وذكرنا أن المشرع لم يحدد مفهوم السر المهني بصفه عامه، وترك ذلك للفقهاء والقضاء، وقد اختلفت آراء الفقهاء حول تحديد السر المهني، فذهب البعض إلى أنه يعنى كل أمر يعهد به إلى ذى مهنة على سبيل السر، ويطلب منه صراحة عدم إفشائه للغير . كما ذهب البعض إلى ان السر المهني هو كل ما يصل إلى علم المهني من معلومات سواء عن طريق العميل او بحكم مهنته ويتعلق بمعلومات سريه بطبيعتها، وهذا هو الرأى الراجح فى الفقه .

أما عن موقف القضاء، فقد تبني في البدايه الرأى الذى يقصر السر المهني على ما يعهد به صاحب الشأن للمهني على انه سر، ويطلب منه صراحة عدم إفشائه، ولكن سرعان ما عدل القضاء عن هذا المفهوم، ووسع فى تحديد السر المهني من معلومات او وقائع أثناء أو بسبب أو بمناسبة منته، مما يرتبط بممارسة المهنة . وقد أيدنا الراجح فى الفقه والقضاء .

ثم بينا المقصود بسر المهنة فى مجال المحاماه، وأنتهينا إلى أنه يتسع ليشمل البيانات والمعلومات التى تلقاها المحامي من العميل أز من الغير، والتي طلب منه عدم إفشائها، وأيضاً كل البيانات والمعلومات التى إستطاع المحامي أن يصل إليها أو يستنتجها والتي تعد سرية بطبيعتها او لما يلابسها من ظروف، طالما كان للعميل أو لأسرته أو لشخص من الغير مصلحة مشروععه فى كتمانها .

وبنصرف إلتزام المحامي بالسر المهني إلى ذلك الواجب القانوني الذي بمقتضاه يلتزم المحامي تجاه عميله بأن لا يفشى سراً من أسراره إلى الغير .

ثم ذكرنا الشروط الواجب توافرها فى الواقعه أو المعلومة محل السر المهني عامة، وفى مجال المحاماه خاصة، إذ يجب : أن تكون الواقعه أو المعلومه قد اتصلت بعلم المحامي عن طريق مارسة مهنته وبصفتة محامياً وألا تكون الواقعه معلومه للجمهور وأن يكون للعميل مصلحة مشروععه فى كتمان الواقعه أو المعلومة ولا يشترط أن تتعلق المعلومة بالحياة الخاصة للعميل، وإن كانت كذلك فى الغالب .

وقد أنتهينا انه لا يشترط أن تكون الواقعه معلومه للكافة حتى تزوال عنها صفة السرية، وإنما يكفي أن تكون معلومه للغير الذي لا تربطه بصاحب السر علاقة خاصة .

وقد تناولنا لبيان النطاق الشخصي لالتزام المحامي بالسر المهني، حيث ذكرنا أن الملتزمين بسر مهنة المحاماه هم : المحامي، سواء أكان منفرداً، وأياً كانت درجته، وكذلك المحامي في مجموعه أو في شركة مدنية للمحاماه، كما تسأل الشركة عن أعماله، وأيضاً محامو الإدارات القانونية بالمؤسسات والهيئات العامه والوحدات التابعه لها، إستناداً إلي نصوص قانون المحاماه، والنص العام الوارد في قانون العاملين المدنيين بالدولة والذي يلزمهم بعدم إفشاء الأسرار الوظيفية حتي بعد أنتهاء الخدمة . فضلاً عن إلتزام محامو القطاع العام بالحفاظ علي الاسرار التي تصل إلي علمهم بسبب ممارسة أعمالهم، وفقاً لنصوص قانون المحاماه، وكذا نصوص نظام العاملين في القطاع العام، وقد تلتزم الدولة - بجانب المحامي - بتعويض الضرر الناشئ عن إفشاء أسرار الأفراد في مثل هذه الحالات ويلتزم محامو البنوك وشركات المساهمه الخاصة والجمعيات التعاونية بالحفاظ على السر المهني، سواء طبقاً لقانون المحاماه، أو وفقاً للنصوص الخاصة بالحفاظ على سر المهنة المصرفية؛ هو يمتد الألتزام بالحفاظ على السر المهني ليشمل أيضاً أعوان المحامي ومساعدية، وكل شخص آخر يكون بمقدوره الأطلاع على أسرار العميل ممن يسأل عنهم المحامي، وتكون مسئولية المحامي مسئولية عن فعل الغير، قد تكون تقصيرية، وقد تكون عقدية علي النحو الذي أوضحناه .

وقد تناولنا النطاق الزمني لالتزام المحامي بالسر المهني حيث ذكرنا أن هذا الألتزام لا ينتهي بمجرد أنتهاء مهمة المحامي او زوال صفته، أو أعتزاله المحاماه، إذ تظل مصلحة العميل الأدبية في الحفاظ على السر المهني قائمة رغم أنتهاء العلاقة بينه وبين المحامي، وقد اكدت المادة / ٦٦ من قانون الأثبات المصري علي ألتزام المحامي بعدم إفشاء المعلومات أو الوقائع التي يعمها عن طريق مهنته، ولو بعد زوال صفة المحاماه عنه، أو زوال صفته . ونصت قواعد أخلاقيات مهنة المحاماه في فرنسا على ذلك أيضاً .

وقد تناولنا بالبحث مسئولية المحامي المدنيه عن الإخلال بالسر المهني، أوضحنا ركن الخطأ في مسئولية المحامي المدنيه عن الإخلال بالسر المهني، والذي يتمثل في إفشاء السر في غير الحالات المسموح فيها بالإفشاء، وفي هذا المجال بينا ماهية الأفشاء الخاطئ للسر المهني في مجال المحاماه، ومدى إشتراط توافر قصد الإضرار لدي المحامي، قم معيار ودرجة الخطأ وإثباته؛ وإنتهينا إلي أن إفشاء السر المهني يعني نقل العلم به إلي الغير، أي تمكين الغير من الأطلاع علي الواقع موضوع السر، ومن تتعلق به هذه الواقعه، ويقتصر الإفشاء علي الوقائع السريه، وبالتالي لا يشمل الوقائع المعروفه للكافه، وينصب الإفشاء

علي الوقائع المهنية والمادية . ويقصد بالغير في مجال إفشاء السر المهني كل شخص عدا صاحب السر ( العميل ) .

ولا يشترط أن يكون الإفشاء علنياً، إذ الإفشاء لا يعني الإذاعة، ويتحقق الإفشاء بأية وسيلة، وقد يكون صريحاً أو ضمنياً، مباشراً أو غير مباشر، وسواء تم الإفشاء من المحامي أو من أحد تابعيه تلقائياً، أو كان ذلك بناءً علي طلب الغير، ولا يشترط أن يكون الإفشاء عمدياً بل يكفي أن يكون قد تم بإهمال منه . ويجب أن يكون الإفشاء قد تم بطريقة محددة . كما انتهينا إلي عد اشتراط توافر قصد الإضرار لدي المحامي، إذ تتحقق مسؤليته رغم عدم توافر هذا القصد، لأن مفهوم السر المهني ذاته يعني أن الواقعة تعد سريه حتي ولو لم يترتب علي إفشائها أضرار اص بالسمعه أو الكرامه، بل حتي لول كانت واقعه مشرفه لصاحبها، فضلاً عن أن إرادة الإفشاء ذاتها غير ضروريه لتحقيق المسئولييه، حيث يسأل المحامي عن إفشاء السر المهني، من الناحيه المدنيه ولو كان الإفشاء قد تم بإهمال منه .

ويقاس خطأ المحامي علي أساس عيار موضوعي قومه المحامي المعتاد الوسط من نفس الطائفه إذا وضع في نفس الظروف الخارجيه للمحامي المخطئ، وبما يتفق وأصول مهنة المحاماه . والتزام المحامي بالسر المهني من الإلتزامات السلبيه بالإمتناع عن عمل، وهو إلتزام بتحقيق نتيجته . ولا يشترط في خطأ المحامي ان يكون جسيماً، بل يكفي الخطأ البسيط، وإن كانت المحاكم تأخذ في إعتبارها درجه جسامه الخطأ عند تقدير التعويض؛ ويخضع خطأ المحامي في إثباته للقواعد العامه، ويقع علي عاتق المضرور عبء أثباته، ويعد المحامي مخرلاً بإلتزامه بمجرد أن يثبت المضرور إفشاء السر بواسطه المحامي أو نتيجة لأهماله، إذ يفترض الخطأ في جانب المحامي، وعليه هوا نفي هذا الخطأ . ويتم إثبات خطأ المحامي بكافه طرق الإثبات

ثم تناولنا باقي أركان المسئولييه من ضررو علاقة سببيه، وكيفية تعويض العميل، وذلك في ضوء القواعد العامه في المسئولية المدنيه؛ وأشرنا إلي أنه لا يمكن الحكم بتعويض عيني في هذا الصدد، لأنه لا يفيد العميل في شئ، بل يعد بمثابة عقوبه ضد المحامي، وهو إجراء غير مقبول في مجال مسئولية المحامي المدنيه عن إفشاء السر المهني، لأنه يضر بسمعه المحامي المهنيه . وذكرنا أن جسامه الخطأ تؤثر في تقدير التعويض من قبل القضاء؛ ثم أشرنا إلي جواز التأمين من مسئولية المحامي المدنيه عن أخطائه المهنيه عامه، ونادينا بوجود الأخذ بهذا التأمين في مصر، عل غرار ما حدث في فرنسا، حتي يضمن المضرور

الحصول علي حقه في سهوله ويسر، فضلاً عن التخفيف عن كاهل المحامي لاسيما إذا كان مبلغ التعويض كبيراً .

أهم المقترحات: كانت لنا بعض المقترحات اوردناها في ثنايا البحث، لعل من أهمها ما يلي :

أولاً: نأمل مع الفقه الفرنسي أن يدخل القضاء الفرنسي الجنائي الأنشطة الخاصة بالاستشارات وصياغة العقود ضمن الوقائع التي يشملها السر المهني، نزولاً علي إرادة المشرع، ولتحقيق حماية فعالة للسر المهني، ولبث الثقة في نفوس المتعاملين مع المحامي، واتساقاً مع النصوص الجنائية التي تحمي سرية المحادثات والمراسلات، إضافة إلي المرسوم اصدار عام ١٩٧٢ ( رقم ٦٧٠ في ١٣/٧/١٩٧٢ ) الذي يلزم المستشار القانوني بالحفاظ علي سر المهنة .

ثانياً: نقتراح إلزام أعضاء هيئة التدريس بكليات الحقوق ممن يرخص لهم بتقديم الاستشارات وفقاً لقانون تنظيم الجامعات، وغير مقيدين بنقابة المحامين، بالحفاظ علي السر المهني في مجال الاستشارات، ويمكن أن يكون العقد المبرم مع العميل هو مصدر هذا الألتزام .

ثالثاً: نري ضرورة إعادة النظر في نصوص المواد ٥٩، ٦٥، ٧٩ من قانون المحاماة المصري، وتعديل هذه النصوص بالنص علي إلزام المجامي بالتعويض في حالة الإخلال بالسر المهني .

تم بحمد الله

### قائمة المراجع

أولاً : مراجع باللغه العربية

( أ ) المراجع العامة:

د / إبراهيم الدسوقي أبو الليل :

المسئولية المدنية والأثرء دون سبب- دراسه للمصادر غير الإراديه للإلتزام وفقاً للقانون المدني الكويتي - مؤسسة دار الكتب - الكويت - الطبعة الاولى - ١٩٩٥ .

نظرية الإلتزام - ج ١ - المصادر الإراديه للإلتزام - الطبعة الثانية - مؤسسة دار الكتب - الكويت - ١٩٩٨ .

د / أحمد فتحي سرور :

الوسيط في قانون العقوبات - ج ١ - ١٩٨١ .

الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - ج ١ .

د / جميل الشرقاوي :

الأثبات في المواد المدنية - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ .

النظرية العامة للإلتزام - الكتاب الأول - مصادر الإلتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٣ .

د / حسام الدين كامل الأهواني :

مصادر الإلتزام - المصادر الإراديه - القاهرة - ١٩٩١ / ١٩٩٢ .

المستشار / حسين عامر، المستشار / عبد الرحيم عامر :

المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية - الطبعة الثانية - دار المعارف - القاهرة - ١٩٧٩ .

د / حمدي عبد الرحمن :

فكرة الحق - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٩ .

د / رمضان أبو السعود :

- مصادر الإلتزام - دار الجامعه الجديده للنشر - الإسكندريه - ٢٠٠٣ .

د / سليمان مرقص :

المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الأول - الأحكام العامه - معهد البحوث والدراسات العربية - جامعه الدول العربية - القاهرة - ١٩٧١ .

الوافي في شرح القانون المدني - في الإلتزامات - الفعل الضار والمسئولية المدنية (الأحكام العامه ) - ج ٣ - الطبعة الخامسة - دار الكتب القانونيه - المحله الكبرى - ١٩٨٨ .

- الوافي في شرح القانون المدني - ج ٢ - في الإلتزامات - أحكام الإلتزام - الطبعة الثانية - القاهرة - ١٩٩٢ .
- د / شفيق شحاته :
- تاريخ القانون في مصر - الجزء الأول - القاهرة .
- د / طارق سرور :
- دروس في جرائم النشر - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧ .
- د / عبد الرزاق أحمد السنهوري :
- الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١ - نظرية الإلتزام بوجه عام - مآدر الإلتزام - تنقيح المستشار / احمد مدحت المراغي - منشأة المعارف بالأسكندرية - ٢٠٠٤ .
- د / عبد اللطيف الحسيني :
- المسئولية المدنية عن الاخطاء المهنية - الشركه العالميه للكتاب - بيروت الطبعة الأولى - ١٩٨٧ .
- د / عبد المنعم درويش :
- المسئولية التقصيرية بين القانون الروماني والشريعة الإسلامية ( نظره مبتدأه ) - القاهرة - ١٩٩٨ .
- الشيخ علي الخفيف :
- الضمان في الفقه الإسلامي القسم الأول - ١٩٧١ .
- د / فوزيه عبد الستار :
- شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - القاهرة - ١٩٨٣ .
- د / محمد حسام محمود لطفي :
- النظريه العامه للإلتزام - مصادر الإلتزام - القاهرة - ٩٩ / ٢٠٠٠ .
- د / محمد حسين علي الشامي :
- ركن الخطأ في المسئولية المدنية - دراسة مقارنة بين القانون المصري واليمني والفقه الإسلامي - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٠ .
- د / محمود جمال الدين زكي :
- مشكلات المسئولية المدنية - ج ١ - مطبعة جامعه القاهرة - ١٩٧٨ .
- د / محمود محمود مصطفى :
- شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ط ٨ - مطبعة جامعه القاهرة - ١٩٨٤ .

د / محمود نجيب حسني :

قانون العقوبات - القسم الخاص - القاهرة - ١٩٨٦ .

د / مصطفى العوجي :

القانون المدني - الجزء الثاني - المسئولية المدنية - الطبعة الأولى - مؤسسه بحسون للنشر والتوزيع - بيروت - ١٩٩٦ .

د / مصطفى عبد الجواد :

المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظريه الحق - دار النهضة العربية القاهرة - الطبعة الولي - ٢٠٠٢ .

مصادر الإلتزام - الجزء الأول - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤ .

د / نبيل إبراهيم سعد :

المدخل إلي القانون - ج ٢ - نظريه الحق - دار المعارف الجامعيه - الإسكندريه - ٢٠٠٠ .

النظريه العامه للإلتزام - مصادر الإلتزام - دار الجامعه الجديده - الإسكندريه - ٢٠٠٤ .

### ( ب ) المراجع المتخصصة:

د / إبراهيم إبراهيم الغماز :

- الشهاده كدليل إثبات في المواد الجنائيه - رسائل دكتوراه - جامعه القاهرة - ١٩٨٠ .

أ / أحمد فتحي زغلول :

السر المهني في مجال المحاماه - مجله المحاماه - ١٩٠٠ .

د / احمد كامل سلامه :

الحمايه الجنائيه لإسرار المهنة - رساله دكتوراه - جامعه القاهرة - ١٩٨٠ .

د / اسامه عبد الله قايد :

المسئوليه الجنائيه للطبيب عن إفشاء سر المهنة - دراسه مقارنه - دار النهضة العربية القاهرة - ١٩٨٩ .

د / آمال عبد الرحيم عثمان :

الخبيرة في المسائل الجنائيه - رساله دكتوراه - جامعه القاهرة - ١٩٦٤ .

د / جابر محجوب علي :

- قواعد أخلاقيات المهنة - مفهومها، أساس إلزامها ونطاقها - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - س ٢٢ - ع ٢ - يونيو ١٩٩٨ - ( عدد خاص ) - ص ٣٣٩ .
- المسئولية عن فعل الغير في إطار المجموعات العقدية - دراسته مقارنة - مجلة المحامي - الكويت س ٢٣ ( إبريل / مايو / يونيو ١٩٩٩ ) ص ١٠٩ .
- د / جاسم عبد الشامي :
- التزامات المحامي المهني - مبادئ أخلاقيه وقواعد قانونيه - بحث مقدم إلي مسووليه المهنيين - جامعه الشارقة - كليه الحقوق - من ٣ : ٥ إبريل - ٢٠٠٤ .
- د / جميل عبد الباقي الصغير :
- الأنترنت والقانون الجنائي - الأحكام الموضوعيه للجرائم المتعلقة بالأنترنت - دار النهضه العربيه - القاهره - ٢٠٠١ .
- د / حبيب إبراهيم الخليلي :
- مسئوليه الممتع المدنيه والجنائيه في المجتمع الأشتراكي - رساله دكتوراه - جامعه القاهره - ١٩٦٧ .
- د / حسام الدين كامل الأهواني :
- الحق في الخصوصيه - دراسة مقارنة - مطبوعات جامعه الكويت - بدون سنة نشر .
- د / حسن جميعي :
- مدي إفتراض الخطأ المهني في ظل تقسيم الإلتزامات إلي إلتزامات بتحقيق نتيجته وإلتزامات ببذل عنايه - بحث مقدم إلي مؤتمر مسئوليه المهنيين - جامعه الشارقة - كلية القانون - ٣ : ٥ - إبريل - ٢٠٠٤ .
- د / حسن محمد علوب :
- إستعانة المتهم بمحام في القانون المقارن - دار النشر للجامعات المصريه - القاهره - ١٩٧٠ . د / رؤوف عبيد :
- دور المحامي في التحقيق والمحاكمه - مجلة مصر المعاصره - القاهره - س ٥١ (١٩٦٠) - ص ٢٨ .

د / سلمى سلهب :

مسئوليه المحامي المدني من الوجهه التطبيقيه - بحث مقدم لمؤتمر مسئوليه المهنيين -  
المذكور أعلاه .

د / سعيد عبد السلام :

المسئوليه المدنيه للمحامي عن أخطاء مساعديه - ١٩٩٥ .

دكتور سعيد عبد اللطيف حسن :

الحمايه الجنائيه للسريه المصرفيه - دراسة مقارنه ( جريمه إفشاء السر المصرفي ) -  
الطبعه الأولي - دار النهضه العربيه - القاهره - ١٩٩٩ .

د / طلبه وهبه خطاب :

المسئوليه المدنيه للمحامي الفرد والمحامي في شركة المحاماه المدنيه - مكتبه سيد عبد الله  
وهبه - القاهره - ١٩٨٦ .

د / عادل جبيري محمد :

مدي المسئوليه المدنيه عن الإخلال بالسر المهني أو الوظيفي - دراسه مقارنه - دار الفكر  
العربي - القاهره - ٢٠٠٣ .

د / عبد الباقي محمود السوادي :

مسئوليه المحامي المدنيه عن أخطائه المهنيه - دار الثقافه للنشر والتوزيع - عمان -  
الأردن - الطبعه الثانيه - ١٩٩٩ .

د / عبد الرحمن السيد قرمان :

نطاق الإلتزام بالسر المصرفي - دار النهضه العربيه - القاهره - ١٩٩٩ .

د / عبد الرشيد مأمون :

علاقة السببيه في المسئوليه المدنيه - دار النهضه العربيه - القاهره - بدون سنه نشر .

عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - دار النهضه العربيه - القاهره - ١٩٨٦ .

المسئوليه المدنيه العقديه عن فعل الغير - مطبعه جامعه القاهره - ١٩٨٦ .

د / عبد اللطيف الحسيني :

المسئوليه المدنيه عن الأخطاء المهنيه - الشركه العالميه للكتاب - بيروت - الطبعه الأولي  
- ١٩٨٧ .

د / عدنان إبراهيم السرحان :

- فكرة المهني - المفهوم والإنعكاسات القانونية - بحث مقدم إلي مؤتمر مسؤولية المهنيين - سالف الذكر .
- د / علي حسين نجيده :
- إلتزامات الطبيب في العمل الطبي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ .
- الحفاظ علي أسرار المريض ( شروطه ونطاقه ) - بحث مقدم إلي مؤتمر مسؤولية المهنيين - سابق الذكر .
- د / غنام محمد غنام :
- الحمايه الجنائيه لأسرار الأفراد لدي الموظف العام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٨ . د. / فايز الكندري :
- عقد المحاماه في القانون الكويتي والقانون المقارن - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - الطبعة الأولى - ١٩٩٩ .
- د / فتوح عبد الله الشاذلي :
- السر المهني والشهادة أمام القضاء - رسالة دكتوراه باللغه الفرنسيه - جامعه بوتيه - فرنسا - ١٩٧٩ .
- المسئولييه الجنائيه للمهنيين عن إفشاء أسرار المهنة - بحث مقدم إلي مؤتمر مسؤولية المهنيين - سالف الذكر .
- أ / كمال أبو العيد :
- سر المهنة - مجلة القانون والاقتصاد - س ٤٨ - ع ٣، ٤ - سبتمبر / ديسمبر ١٩٧٨ - ص ٦٩٥ .
- د / محمد حسام محمود لطفي :
- المسئولييه المدنيه في مرحلة التفاوض - دراسه في القانون المصري والفرنسي - القاهرة - ١٩٩٥ .
- د / محمد صبحي نجم :
- رضاء المجني عليه وأثره علي المسئولييه الجنائيه - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٧٥ .
- مسئولييه المحامي الجزائريه في مجال القضاء ومهنة المحاماه - بحث مقدم إلي مؤتمر مسئوليه المهنيين - سالف الذكر .
- د / محمد عبد الظاهر حسين :

المسئولية المدنية للمحامي تجاه العميل - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩٠ ( وقدم مستخلص منها إلي مؤتمر مسؤولية المهنيين - سالف الذكر )  
 صور ممارسة المهن الحرة وأثرها علي مسؤولية المهني - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧ .

المستشار / محمد ماهر :

إفشاء سر المهنة الطبية - مجلة القضاء الفصلي - العدد التاسع - ١٩٧٥ - ص ٩٩ .  
 د / محمد محي الدين إبراهيم :

أحكام مسألة المتبوع عن خطأ التابع - مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - س ٥ - ع ٩ - إبريل ١٩٩٦ - ص ١٥٥ .

د / محمود صالح العدلي :

الحماية الجنائية لإلتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكله - دراسته مقارنة - دار الفكر الجامعي - الأسكندرية - ٢٠٠٣ .

د / محمود محمود مصطفى :

مدي مسؤولية الطبيب الجنائية إذا أفشي سر من أسرار مهنته - مجلة القانون والاقتصاد - كلية الحقوق - جامعه القاهرة - س ١١ - ص ٦٥٥ .

د / مصطفى عبد الجواد :

الحياه الخاصه ومسئولية الصحفي - دراسته فقهيه قضائيه مقارنة في القانونين المصري والفرنسي - دار الفكر العربي - القاهرة - الطبعة الأولى - ٢٠٠١ .

د / محي الدين إسماعيل علم الدين :

إلتزام البنوك بسر المهنة في القانون المقارن - مجلة إدارة قضايا الحكومة ( الدولة حالياً ) - س ١٤ - إبريل / يونيو - ١٩٧٠ - ص ٣٤١ .

د / ممدوح خليل العاني :

حماية الحياه الخاصه في القانون الجنائي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعه القاهرة - ١٩٨٣ .

د / نعيم عطيه :

حق الأفراد في حياتهم الخاصه - مجله إدارة قضايا الحكومة ( قضايا الدولة حالياً ) - س ٢١ - ع ٣ - يوليو / سبتمبر ١٩٧٧ - ص ٨٠

ثانياً : مراجع باللغة الفرنسية

( A ) OUVRAGES GÉNÉRALES :

Aubry et Rau :

Cours de droit civil français – T. 4.

Chartier ( Yves ) :

La reparation du prejudice dans la rèsponsabilité civile – Dalloz – Paris – 1983 .

Chavanne ( A ) :

Jur . Class . dr . Pènal . art . 378 .

De Laubadère ( Andrè ), Venezia ( Jean – Claude ) et Gaudemet ( Yves ) :

Traitè de droit adminstratif – T . 1 – 14 e èd – Paris – 1996 .

Garçon ( Emile ) :

Code penal Annotè – T . 2 – Paris – 1956 .

Garraud ( R ) :

Traitè thèorique et pratique du droit pènale français – T . 6 .

Le Tourneau ( Philippe ) :

La rèsponsabilité civile – 3 e èd – Dalloz – Paris – 1982 .

Droit de rèsponsabilité et des contrats – Dollaz – 2003/2004 ( avec Cadiet (L).

Maurie (Ph) et Aynès (L) :

Cours de droit civil – Par : Malaurie (Ph) – 5e èd – Cujas – Paris – 2000 .

Marty et Raynaud :

Droit civil – les obligations – 2e èd – 1988 .

Merle (R) et vitu (A) :

Traitè de droite criminal – Paris – 1979.

Rassat (M.L) :

Droit penal special – 2e èd – Dalloz – 1999 .

Stark (B), Roland (H) et Boyer (L) :

Obligations – T.1 – rèsponsabilité dèlictuelle – 5e èd – Litec – Paris  
– 1995 .

Terrè (F), Simler (Ph) et lequette (Y) :

-Droit civil – les obligations – 7e èd – Dalloz – Paris – 1999.

**مدى مشروعية التدخل في  
النزاعات المسلحة غير الدولية  
دراسة تطبيقية على حالة اليمن**

**إعداد الباحث  
فهد على السويجي**

## المقدمة

يعد النزاع المسلح غير الدولي؛ حالة من حالات العنف تتطوي على مواجهات مسلحة طويلة الأمد بين القوات الحكومية وجماعة أو أكثر من الجماعات المسلحة المنظمة، أو بين تلك الجماعات بعضها البعض، وتدور على أراضي الدولة. وينبغي توافر معيارين محددين لإمكانية القول بوجود نزاع مسلح غير دولي وما يستتبع ذلك من نتائج على صعيد تطبيق القانون الدولي الإنساني، وهما: أن يتوفر لدى الجماعات المسلحة المنخرطة حد أدنى من التنظيم، وأن تصل المواجهات المسلحة إلى مستوى أدنى من الحدة. ويحدد مدى الوفاء بهذه المعايير في كل حالة بمفردها، من خلال تقييم عدد من المؤشرات الفعلية<sup>١</sup>.

ويساعد تطبيق هذين المعيارين على التمييز بين النزاع المسلح غير الدولي وغيره من أشكال العنف أو الاضطرابات الداخلية التي لا ترقى لهذا الوصف. وتتدرج الحرب الأهلية ضمن حالات النزاع المسلح غير الدولي بحيث تتعدم الفروق بينهما، فمصطلح "الحرب الأهلية" ليس له معنى قانوني في حد ذاته. كما هو الحال مع المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف التي تستخدم مصطلح "نزاع مسلح ليس له طابع دولي".

وبموجب المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، فإن على كل أطراف النزاع احترام القانون الدولي الإنساني وكفالة احترامه من قبل جميع من ينفذون تعليمات هذا الطرف أو يعملون تحت إشرافه أو سيطرته حتى وإن لم يحترمه الطرف المعادي. وبعبارة أخرى؛ فإن الالتزام باحترام القانون الدولي الإنساني لا يعتمد على المعاملة بالمثل. ويسري الالتزام السابق في جميع الأوقات وبغض النظر عن الأوصاف التي يحملها أي طرف أو يعتقد في الأطراف الأخرى في إطار النزاع المسلح غير الدولي (جماعة إجرامية أو إرهابية أو مقاتلون من أجل الحرية أو ثوار أو نظام غير شرعي أو سلطة أمر واقع)، دون أن يمنح هذا الالتزام الحق في كسب شرعية أو اعتراف على أي نحو خاص بموجب القانون الدولي الإنساني.

ويشمل نطاق الحماية حسبما تنص المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف، التزام أطراف النزاع بتطبيق حد أدنى من الأحكام على الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو لأي سبب آخر، وضرورة معاملتهم في جميع الأحوال

(١) في تفصيل ذلك يمكن الرجوع إلى: د. حازم محمد عتلم، الوجيز في القانون الدولي العام، ط٤، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٧.

كذلك: د. حازم محمد عتلم، قانون النزاعات المسلحة الدولية المدخل - النطاق الزمني، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون أو الدين أو المعتقد أو الجنس أو المولد أو الثروة أو أي معيار آخر مماثل.

ونظراً لقصور نطاق الحماية بمفهومها السابق من حيث تحديد الفئات المحمية ومدى نطاقها، فقد استدعت الحاجة إلى إيجاد نصوص مفصلة تتناول حالات تطبيق القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة غير الدولية، وهو ما تم بموجب البروتوكول الثاني الإضافي لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية.

البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧ وتوسيع نطاق الحماية

تنص المادة الأولى من هذا البروتوكول أنه يطور ويكمل المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف المبرمة في ١٢ آب ١٩٤٩، دون أن يعدل من الشروط الراهنة لتطبيقها ويسري على جميع النزاعات المسلحة التي لا تنطبق عليها الأحكام الخاصة بالنزاعات المسلحة الدولية، لحماية ضحايا النزاع الذي يدور على إقليم أحد الدول الأطراف في البروتوكول، وبين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى تمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من إقليمه من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة.

وتشمل الضمانات الأساسية التي يتمتع بها جميع الأشخاص الذين لا يشتركون بصورة مباشرة أو الذين يكفون عن الاشتراك في الأعمال العدائية، الحق في أن يحترم أشخاصهم وشرفهم ومعتقداتهم وممارستهم لشعائرهم الدينية ومعاملتهم في جميع الأحوال معاملة إنسانية دون أي تمييز مجحف. إذ يحظر في أي حال من الأحوال وفي أي وقت إقدام أحد أطراف النزاع على الإعتداء على حياة الأشخاص وصحتهم وسلامتهم البدنية أو العقلية ولا سيما القتل والمعاملة القاسية والتعذيب والتشويه، وأخذ الرهائن وأعمال الإرهاب وانتهاك الكرامة الشخصية والاعتصاب والإكراه على الدعاية، وكل ما من شأنه خدش الحياء العام وجميع صور الرق والسلب والنهب والتهديد بارتكاب أي فعل من الأفعال السابقة.

ونظراً لخصوصية بعض الأطراف المشمولة بالحماية كالأطفال والنساء، فقد ألزم البروتوكول أطراف النزاع بضرورة توفير الرعاية والمعونة للأطفال بقدر ما يحتاجون إليه، وبصفة خاصة التعليم، واتخاذ الخطوات المناسبة لتسهيل جمع شمل الأسر، مع حظر تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة في القوات أو الجماعات المسلحة، مع استمرار أحكام الحماية

الخاصة بالأطفال دون الخامسة عشرة سارية عليهم إذا اشتركوا في الأعمال العدائية بصورة مباشرة إذا أُلقي القبض عليهم.

ويشكل أي خرق لأحكام هذا البروتوكول ومجمل أحكام القانون الدولي الإنساني جريمة حرب أو جريمة إبادة أو جريمة ضد الإنسانية حسب توصيف الفعل ويعرض المسؤولين عنه للمساءلة الجنائية أمام المحاكم الوطنية أو محكمة الجنايات الدولية.

#### أ- أهمية الدراسة

يمكن إبراز أهمية الدراسة الحالية على النحو التالي :

#### أولاً : من الناحية النظرية

١- محاولة الباحث من خلال دراسته الحالية تحليل مشروعية التدخل في النزاعات المسلحة غير الدولية وذلك بالاستناد إلى قواعد القانون الدولي والتي أرسى مبادئ ملزمة في التعامل في حالات النزاعات المسلحة مع السعي نحو إيجاد حلول للنزاعات المختلفة باستخدام الوسائل السلمية.

٢- محاولة إبراز الدور الهام والفاعل الذي تلعبه قواعد القانون الدولي وما نتج عنها والسوابق القانونية في حل النزاعات غير الدولية سواء من خلال استخدام الوسائل السلمية أو من خلال التدخل العسكري في سعيها نحو إيجاد حلول للنزاعات غير الدولية بالدول المختلفة والتي نظمت آلية الخلافات وعدم اللجوء إلى الإجراءات التي تخالف الشرعية مثل الاعتداءات المسلحة أو استخدام القوة العسكرية في بسط النفوذ والسيطرة على المناطق المتنازع عليها .

#### ثانياً : من الناحية التطبيقية

١- تتطلع هذه الدراسة إلى زيادة فاعلية دور قواعد القانون الدولي وتطبيقاته المعاصرة في سعيه نحو إيجاد حلول للنزاعات غير الدولية من خلال استخدام الوسائل السلمية وذلك بالاحتكام إلى تلك القواعد القانونية في النزاعات الحدودية ومنها النزاع المسلح باليمن وهو محل الدراسة الحالية.

٢- التعرف على أنواع وأنماط القيم والتوجهات لدى الأطراف المختلفة للنزاع اليمني ودور القواعد القانونية الملزمة في حل هذا النزاع، ومن ثم يزيد ذلك من ترسيخ القيم والاتجاهات الايجابية المؤيدة للشرعية الدولية والتي تعتمد على استخدام الآليات القانونية المعترف بها على النطاقين الإقليمي والدولي .

٣- تعد دراسة النزاعات غير الدولية من الدراسات التطبيقية الهامة والتي تسعى نحو إيجاد حلول سلمية لتلك النزاعات والتي تكثر في الأقاليم العربية المختلفة وذلك سعياً لبلورة رؤية موحدة تعتمد في مجملها على احترام قواعد القانون الدولي وتطبيقاته الملزمة للدول الأعضاء في الكيانات الدولية المنبثقة عن هيئة الأمم المتحدة، إلى جانب السعي نحو عدم اللجوء إلى القوة العسكرية بين الأطراف المتنازعة في إيجاد حلول لنزاعاتهم المسلحة .  
وتكمن هنا الأهمية التطبيقية لهذه الدراسة .

ب- الإشكاليات النظرية التي تثيرها الدراسة

السؤال هو " نظرية التدخل للدول الأجنبية في النزاعات المسلحة غير الدولية القائمة داخل أحد الدول تثير إشكالية نظرية قانونية وغاية في الخطورة، فالحكومات التي فيها نزاع مسلح باراضيها تريد مساعدات سواء كانت مالية أو ارسال اسلحة وغيره، كذلك الطرف الآخر من " المتمردين | يريد كذلك مساعدات فتأتي الدول الأجنبية المتدخله فمنها من يرى بأن تدعم الحكومة باعتبارها هي القائمة على الدولة والمعتزف بها أمام الدول وتأتي دول أخرى من جانب وتساعد الطرف الآخر بإعتباره أنه هو المضطهد أو من له الحق ويجب أن يناصر وتقوم بدعومه وفي حالة قيام نزاع مسلح دولي داخلها هل هو مباح أو غير مباح ومشروعية التدخل؟ وأهمية السؤالين تأتي من خلال مدى مشروعية التدخل في النزاع المسلح غير الدولي بين الأطراف المتنازعة باليمن .

## المبحث الأول

## مفهوم النزاعات المسلحة غير الدولية

يشبه مصطلح النزاع كثيرا من المصطلحات الأخرى، التي تميز بعدم الوضوح والدقة ومرد ذلك يرجع إلى أن تكييف طبيعة النزاع أمر في غاية الأهمية، خاصة، وقد استخدم الفقه مترادفات متعددة لهذا المصطلح، مثل، الخلاف، والخصومة، الصراع، وهذه المصطلحات قد تعطي مدلولاً مختلفاً وفقاً لظروف النزاع وطبيعته. وقد فسر جانب من الفقه النزاع الدولي بأنه "كافة القضايا التي تسوى على الصعيد الدولي"<sup>(١)</sup>.

وحدد البعض الآخر معنيين للنزاع، معنى واسع، وهو يعني عدم الاتفاق في القانون الدولي أو في الواقع، ومعنى ضيق، ويعني أحد أطراف النزاع يتقدم بادعاء خاص يقوم على أساس خرق القانون وفي الوقت نفسه يرفض الطرف الآخر هذا الادعاء<sup>٢</sup>. ويرى البعض أن المقصود بالمنازعات الدولية "بأنها تلك التي تنشأ بين أشخاص القانون الدولي العام بوجه عام، ولا يدخل في إطارها المنازعات قد تقع بين أفراد ينتمون إلى النظام القانوني الداخلي في دول مختلفة، فهذه المنازعات، حال قيامها، يختص بها القانون الدولي الخاص وتخضع لأحكامه من ناحية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها أو تعيين جهة الاختصاص القضائي مع ملاحظة أن هذه المنازعات الفردية قد ينجم عنها منازعات دولية إذا ما تدخلت الدولة التي يتبعها هؤلاء - سواء كانوا من الأفراد أو الشركات - لحمايتهم دبلوماسياً في مواجهة الدول الأخرى.<sup>(٣)</sup>

والحقيقة التي لا شك فيها أن السمة الأساسية للنزاع الدولي هي تعلقه بالدول، ولذلك فقد أقرت محكمة العدل الدولية بأن أفعال الولايات المتحدة الأمريكية ضد نيكاراغوا تقع تحت القانون الإنساني المتعلق بالنزاعات الدولية، في حين أن العلاقات بين - الحكومة - وسوار في نيكاراغوا قد حكمت بالقانون الإنساني المتعلق بالنزاعات الخاصة. وعرف البعض النزاع الدولي بأنه "تعارض بين المواقف المتقابلة للأطراف تجاه صراع المصالح في الحياة الدولية"<sup>(٤)</sup> واتجه البعض إلى تعريف النزاع الدولي "بأنه الخلاف الذي ينشأ بين دولتين على موضوع

(١) د. محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الأمم، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٧. م ص ٩٠٥.

2 For more information please refer to: Barry Buzan, People, State and Fear: An Agenda for International Security in the Post-Cold War Era (New York: Harvester Wheatsheaf, 1991.)

(٣) د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية ١٩٩٥ م ص ٩٠١ - ٩٠٢.

(٤) د. علي إبراهيم: العلاقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨ م، ص ٢٩.

قانوني أو حادث معين، أو بسبب تعارض في مصالحهما الإقتصادية أو السياسية أو العسكرية، وتباين حججهما القانونية وغيرها<sup>١</sup>.

والحقيقة، أن هذا التعريف يتطرق لجوانب متعددة للنزاع، غير الجانب القانوني له فهو يعرض أسباب النزاع بجانب تعريفه للنزاع. وعرفه البعض بأنه " تصادم الإرشادات وتعارض المواقف، ومن هنا يتولد النزاع حيث يريد كل طرف أن تسود مصالحه الخاصة على مصالح الطرف الآخر. وعرفه البعض الآخر من خلال تعريفه للصراع، بأنه تنازع الإرادات الوطنية، وهو التنازع عن الاختلاف في دوافع الدول، بمعنى أنها حالة تنافس يكون فيها مواقف الأطراف الدولية متعارضة مع المواقف المحتملة لرغبات الآخرين. أو هو أحيانا إنكار طرف دولي حقوق طرف دولي آخر حول مسائل تثير النزاع فيما بينهم<sup>(٢)</sup>.

والدول تختلف فيما بينها من يوم ليوم وليشكل ذلك اختلافات في الرأي ربما تؤدي إلى خصومة فيما بينهم وعندما يبقى النزاع على مسائل معينة لفترة طويلة دون أن يكون هناك حل له، عندها يكون النزاع صراعا، أو عندما يهدد أحد الأطراف باللجوء إلى استخدام العنف في حله. ولكن هذا لا يعتبر كافيا في بعض الأحيان، فصراعات الحدود بين شيلي والارجنتين ونزاعا بريطانيا وإسكتلندا على المياه الإقليمية، لوحظ أن نزاعاتهم كانت منذ اللحظة الأولى تعكس وجهات نظر مختلفة وعلى هذا الأساس قد ينقلب الصراع الغامض إلى صراع دقيق، وقد ينقلب الصراع الغامض إلى نزاع وعندما يكون الأمر هكذا فإن هناك عوامل أخرى تدخل في ذلك تكون مسؤولة إلى جانب عامل الزمن وليس كل الأمور المختلف عليها تعرض على الأمم المتحدة. ووجود النزاع بالفعل يجب أن يخضع في إثباته وفقا لمعايير موضوعية، فلا تكفي مجرد المنازعة في وجوده لنفي هذا الوجود<sup>٣</sup>.

**ومن خلال ما سبق يمكن تقسيم المبحث الأول من الدراسة إلى عدة مطالب حيث يتناول المطلب الأول مفهوم النزاعات غير المسلحة في النظرية العامة بينما يتناول المطلب الثاني تعريف الفقه للنزاع السياسي والقانوني وأسبابهما في حين يتناول المطلب الثالث تعريف القضاء لماهية النزاع وأنواعه على النحو التالي:**

(١) عبد الكريم عبد الله آل مائع، التسوية السلمية لمنازعات الحدود. دراسة حالة النزاع الحدودي السعودي اليمني في ضوء أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص. ٦١

(2) Yosef tedkoah; In the face of the Nations. Israel is struggle for peace. New York. 2003. pp. 209

(٣) عبد الكريم عبد الله آل مائع، التسوية السلمية لمنازعات الحدود. دراسة حالة النزاع الحدودي السعودي اليمني في ضوء أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص. ٦٢

## المطلب الأول

## مفهوم النزاعات غير المسلحة في النظرية العامة

تعد النزاعات بحكم طبيعتها، مناسبة لارتكاب تجاوزات لا يكون ضحيتها فقط أفراد القوات المشاركون في الأعمال، بل إن السكان المدنيين أصبحوا هم الذين يدفعون على نحو متزايد ثمن تلك النزاعات بوصفهم ضحية ورهاناً مباشراً للنزاعات. ولقد تبني النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في معالجته للنزاعات ذات الصبغة الدولية الملامح الرئيسية لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩ وبروتوكولها الإضافيين لعام ١٩٧٧. ذلك أن النزاع الدولي يوجد أساساً عندما يحدث صدام بين دولتين، ومن ثم فإن وجود أكثر من دولة في إطار النزاع، هو الذي يضيف عليه الطابع الدولي، وتأسيساً على ذلك، فالنزاع يتمثل في عدم وجود توافق تجاه أزمة محددة، أو أي نزاع آخر بين دولتين أو أكثر، وحتى إذا لم يعترف أحد الأطراف بحالة النزاع، كما يشمل ذلك النزاعات التي تكافح فيها الشعوب ضد السيطرة الاستعمارية، والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية في سياق ممارسة الشعوب لحقها في تقرير المصير<sup>(١)</sup>.

## أولاً: مفهوم النزاع

النزاع لغة من : نزع، ينزع، نزعا، معناه نزع الشيء من مكانه، قلعه، (والعامة تقول: نزع الشيء إذا عطله وأفسده)<sup>(٢)</sup>، إن مصدر الفعل نزع هو النزاع والمنازعة، ومعناه (الخصومة). أما النزاع اصطلاحاً: (فهو السعى نحو إيجاد صيغة سلمية للخلاف بين طرفين أو أكثر تبدأ عادة بإعلان، وتتوقف لأسباب ميدانية، (وقف القتال) أو استراتيجية (الهدنة) وتنتهي إما بالاستسلام أو باتفاق صلح)<sup>(٣)</sup>.

وبالتالي فإن النزاع هو الذي يشترك فيه طرفين أو أكثر، حتى في حالة عدم اعتراف إحدهما بحالة النزاع أو كليهما، أو تلك التي تكافح فيها الشعوب ضد السيطرة الاستعمارية أو الاحتلال الأجنبي أو ضد جرائم التمييز العنصري، وتخضع هذه النزاعات

(١) خليل أحمد خليل العبيدي، حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، بغداد، ٢٠٠٨، ص. ٨٤.

(٢) لويس معلوف اليسوعي، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مصدر سابق، ص ٨٠١.

(٣) د. أمل يازجي، المحكمة الجنائية الدولية وتوسيع نطاق القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٤، ص ١٠٢.

لعدد كبير من القواعد الدولية بما فيها تلك المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩، والبروتوكول الأول الملحق لعام ١٩٧٧<sup>(١)</sup>.

ومن هنا تكون النزاعات على نوعين : محدودة، وواسعة النطاق (الحرب)، وإذا كانت النزاعات المحدودة تمثل استخداماً للقوة المسلحة لفترة محدودة أو مكان محدد لتحقيق هدف ما، فهي في ذلك تتفق مع الحرب. أما النزاعات الواسعة فتتميز أساساً باتساع نطاقها، أي بامتداد مسرح العمليات على نطاق واسع بين الدولتين أو الأطراف المتنازعة، علماً أن كلمة الحرب تستخدم حتى في النزاعات المحدودة<sup>(٢)</sup>.

معني ذلك أن النزاعات<sup>(٣)</sup>، تتميز بخصائص عديدة، فهي تتم بين الدول، أو بعبارة أدق بين أشخاص القانون الدولي، وهي تتضمن استخداماً للقوة المسلحة، سواء كانت برية أو بحرية أو جوية. وكذلك تتميز باتساع مسرح عملياتها على نطاق كبير نسبياً، وأخيراً يهدف النزاع إلى تحقيق هدف ما، كإرغام دولة ما على الرضوخ لمطالب الدولة المعتدية، أو احتلال جزء من أراضيها، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أو تسعي إلى تدمير شوكة دولة معينة أو قدرتها على المقاومة. أما بخصوص إعلان الحرب فقد انتهت الدول في العصر الحديث إلى وجوب إعلان الحرب قبل البدء بالعدوان، لما يترتب على ذلك من حقوق والتزامات فيما بينها من جهة، وبينها وبين الدول المحايدة، والدول الأجنبية من جهة أخرى، وكان كل ذلك إلى عهد قريب قواعد عرفية تدعو إليها قواعد الأخلاق<sup>(٤)</sup>.

ولم يتوقف الأمر عند اتفاقيات ١٩٤٩ التي غطت بأحكامها كل أنواع النزاعات، فقد تم إضافة نصوص جديدة إلى قواعد القانون الدولي الإنساني في البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧، تجعل من هذا القانون يسري بكامل قواعده على نوع جديد من النزاعات وهي النزاعات التي تقودها حركات التحرير الوطنية ضد الاستعمار والسيطرة الأجنبية، وضد الاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية<sup>(٥)</sup>.

(١) خليل أحمد خليل العبيدي، حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.

(٢) تناولت العديد من الدراسات اشكال النزاعات ومسبباتها خاصة خلال الحرب الباردة منها:

Robert Jervis, «Was the Cold War: A Security Dilemma?», Journal of Cold War Studies, vol. 3, no. 4

(Winter 2001), pp. 40-43.

(٣) عبد الرحمن بن عيسى الهمداني، الألفاظ الكتابية، الدار العربية للكتاب، ليبيا، ١٩٨٠، ص ١١٦-١١٨.

(٤) خليل أحمد خليل العبيدي، حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.

(٥) خليل أحمد خليل العبيدي، حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.

كما أوضح البروتوكول في نص آخر كيف يجري تنفيذ أحكام الاتفاقيات التي يكملها من جانب الأطراف المعنية، فبالنسبة إلى الدول التي تواجه نزاعاً مسلحاً من هذا النوع تلتزم باحترام أحكام هذا البروتوكول والاتفاقيات الأخرى ذات العلاقة في قتالها مع حركات التحرير الوطنية<sup>(١)</sup>.

وفيما يتعلق بحركات التحرير الوطنية فقد نص في (م ٩٦ ف ٢) من البروتوكول الأول على أنه يجوز للسلطة الممثلة لشعب مشتبك مع طرف سام متعاقد في نزاع مسلح من الطابع المشار إليه في (م ١ ف/٤) من البروتوكول نفسه أن تتعهد لتطبيق الاتفاقيات وهذا الملحق (البروتوكول)، ويكون لمثل هذا الإعلان آثاره في مواجهة هذه السلطة حيث تدخل الاتفاقيات وهذا الملحق حيز التنفيذ بالنسبة إلى السلطة المذكورة بوصفها طرفاً في النزاع وذلك بأثر فوري، وتمارس السلطة المذكورة الحقوق ذاتها وتحمل الالتزامات عينها التي تمنح أو تفرض على طرف سام متعاقد في الاتفاقيات والبروتوكول الإضافي الأول، كما تلتزم هذه الاتفاقيات والملحق البروتوكول أطراف النزاع جميعاً على حد سواء<sup>٢</sup>.

أما تمييز النزاعات الدولية عن النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي (الداخلية)، فهي تلك النزاعات التي تدور على إقليم أحد الأطراف السامية بين قواته المسلحة وبين قوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى وتمارس تحت قيادة مسؤولة عن جزء من إقليمه من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة منسقة وتستطيع تنفيذ هذا الملحق (البروتوكول)<sup>(٣)</sup>.

هذه النزاعات تتم عادة داخل حدود إقليم دولية ما، مثال ذلك: (وقوع تمرد أو عصيان مسلح للانفصال عن السلطة المركزية، أو المطالبة بأمر معينة يجب تحقيقها). وتدور بين القوات المسلحة النظامية لتلك الدولة وبين قوات مسلحة منشقة، أو جماعات نظامية أخرى، وبالتالي لا يعد نزاعاً داخلياً حالات الاضطراب والتوتر الداخلية مثل (الشغب وأعمال العنف

(١) م ٩٦ ف ١، المصدر نفسه. وفي تفصيل ذلك:

- 1) Hanspeter Mattes, Challenges to Security Sector Governance in the Middle East: the Libyan Case, paper presented at the workshop on "Challenges to Security Sector Governance in the Middle East", held in Geneva, July 2004.
- 2) Human rights committee, general comment 29, states of emergency (article 4), 2-4 U.N.Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11(2001
- 3)

(٢) خليل أحمد خليل العبيدي، حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.

العرضية النادرة<sup>(١)</sup>. غير أن النزاع المسلح الداخلي<sup>(٢)</sup>، يمكن أن يتحول أثناء سريانه أو في نهايته إلى نزاع مسلح دولي في أحوال عديدة منها :

أولاً : بالنظر إلى آثاره، وذلك إذا انتصر الثوار أو المتمردين، إذ في هذه الحالة قد تظهر دولة جديدة، إذا كان غرض الثوار الانفصال، أو حكومة جديدة إذا كان هدفهم قلب الحكومة القائمة فعلاً.

ثانياً : في حالة اعتراف الدول الأخرى بالمتمردين كمحاربين أو ثوار، وبالتالي يصبح النزاع المسلح الداخلي تجاههم له آثار دولية.

ثالثاً : قد تتدخل دولة ثالثة في النزاع المسلح إلى جانب المتمردين وهذا التدخل سيعمل على إثارة (م ٢) المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع بالنسبة إلى هذه القوات بينما يسفر سريان (م ٣) المشتركة لهذه الاتفاقية على النزاع بين الحكومة والمتمردين<sup>(٣)</sup>. أو تطور النزاع المسلح الداخلي إلى دولي، حيث يصبح المتحاربون يحملون جنسيات مختلفة وأعمالهم تنسب إلى أكثر من دولة، وهو ما حصل في يوغسلافيا السابقة<sup>(٤)</sup>.

رابعاً : أو يكون تدويل النزاع عائداً إلى تدخل قوات منظمة دولية كالأمم المتحدة أو منظمة إقليمية قررت التدخل لأسباب إنسانية بإرسال قواتها الدولية لحل النزاع المسلح الدولي مع وضع الحلول أو تسوية يتم التفاوض بشأنها، كما حصل في كمبوديا الذي أنهى النزاع المسلح فيها بوضع اتفاقية باريس<sup>(٥)</sup>.

ويترتب على ذلك سريان أحكام القانون الدولي الإنساني الخاصة بالنزاعات المسلحة الداخلية من جهة وخاصة أحكام (م/٣) المشاركة المقررة لاتفاقيات جنيف وهي ذات طابع عرفي والقواعد الخاصة بالنزاعات المسلحة الدولية.

(١) م ١ ف ٢، المصدر نفسه. وكذلك:

Mark W. Zacher, " International Conflicts and Collective Security 1946. 1977. Preager Publishers, Preager Special Studies, U.S.A ,p.p.11-16

(٢) د. أحمد أبو الوفاء، القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦٠٢.

(3) G.I.A. O. Draper, the relation ship between the human right regime and the law of armed conflict, icrc, Genera, 1971, P. 203.

(٤) خليل أحمد خليل العبيدي، حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.

(5) Philippe Breton, (Actualite dudroitint, humanitair, applicable dans les conflict arms) Hubert Thierry, Ievolution dudroit, melangs, offerts, Apedone, Paris, 1998, P. 59.

**ثانياً: عناصر النزاع**

لقد تناول الأستاذ براونلي brownlie مفهوم النزاع "dispute" ببيان العناصر التي يتضمنها واشترط لقيام النزاع وجود عناصر محددة هي: -

(أ) نشوء الخلاف حول موضوع يتصل بالقانون أو الوقائع.

(ب) أن يبرز هذا الخلاف بطرح ادعاء أو تقديم احتجاج.

(ج) أن يطرح الادعاء أو يقدم الاحتجاج أشخاص مفوضون وفي مرتبة ملائمة وأن ذلك عبر تبادل المذكرات الدبلوماسية أو في انعقاد منظمة دولية أو مؤتمر دبلوماسي.

(د) أن تعترض الدولة الأخرى على الادعاء أو الاحتجاج<sup>(١)</sup>.

مما سبق، يتضح أن معظم تعريفات الفقه للنزاع تتفق على أن النزاع هو عدم الاتفاق حول مسألة من الواقع أو القانون أو بمعنى آخر، هو تعارض في الدعاوى القانونية أو المصالح بين شخصين دوليين. وعلى الرغم من تعدد واختلاف المصطلحات المستخدمة من الفقه، فهي مجرد اختلافات في الصياغة دون المضمون، ولعل السبب في عدم اختلاف الفقه بخصوص تعريف النزاع الدولي يرجع إلى أن محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية "مافروماتس" في أغسطس سنة ١٩٢٤م، ومن بعدها محكمة العدل الدولية قد تناولتا الموضوع بالتعريف، لذا تعد معظم هذه التعريفات نابعة من مصدر قضائي واحد، وبالتالي لا يوجد سوى اختلاف في الصياغة بينها. وعلى الرغم أيضاً مما يمتاز به التعريف من اتساع يحوي في طياته كافة الاحتمالات، ومع ذلك فهو لا يخلو من العيوب التي هي سبب مباشر في الخلاف حول تحديد مقصوده بدقة الأمر الذي فتح المجال للاجتهاد من جنب الدول كل حسب مصالحه، وأدى إلى تضارب في الفهم حول مضمون النزاع خاصة، النزاع السياسي والقانوني.

(١) د. سعيد بن سلمان العبري: تسوية منازعات الحدود والقانون الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، دت، ص ٢٤٢، ٢٤١.

## المطلب الثاني

### تعريف الفقه للنزاع السياسي والقانوني وأسبابهما

قسم البعض المنازعات إلى عدة أنواع، من حيث: موضوعها، وطبيعتها وأطرافها ومدى خطورتها، ونطاقها الجغرافي وأخيرا الوسائل المستخدمة<sup>(١)</sup>. وبالنظر إلى طبيعة المنازعات الدولية يقسمها البعض إلى ثلاث طوائف هي: -

#### ١ - المنازعات القانونية

هي تلك المنازعات التي تتعلق بوجود أو مدى كيفية احترام حق ما عن طريق تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق. ومن ثم تتميز المنازعات القانونية بانطلاقها أساسا من اعتبارات قانونية محضة (كالنزاع الخاص بتفسير نص في معاهد دولية)<sup>(٢)</sup>.

#### ٢ - المنازعات السياسية

هي تلك التي تستند إلى اعتبارات غير قانونية أو تنطلق أساسا من أمور غير قانونية، وذلك بأن يكون هناك تعارض أو تناقض بين مصالح دولتين أو أكثر. (مثل ذلك أن يثور نزاع بين دولتين لأن إحداها رفضت اتباع أسس السياسة الخارجية للدولة الأخرى). ولا شك أن حل المنازعات السياسية يقتضي أن يؤخذ في الاعتبار كافة المصالح المتناقضة الموجودة كالموقف السياسي والاقتصادي والعسكري، والمعنوي، بل حتى الجغرافي، بطريقة تستحوذ على رضا كافة الأطراف المعنية<sup>٣</sup>.

#### ٣ - المنازعات المختلطة (المركبة)

وتتميز النزاعات المركبة أو المختلطة بأنها تجمع بين الجانبين القانوني والسياسي، كأن يكون النزاع في جوهره قانونيا لكن تترتب عليه عواقب وآثار سياسية. وحرى بالذكر أن الغالبية العظمى للمنازعات الدولية هي من هذا القبيل إذ يصعب كثيرا التمييز بين الجانب القانوني والجانب السياسي لأي نزاع دولي، باعتبار أن المنازعات الدولية تحدث أو لا تحدث لأنه أريد لها أن تكون كذلك من الناحية السياسية (فكرة دفع المنازعات من وراء لأسباب سياسية أو الامتناع عن إثارتها على الصعيد الدولي لأسباب سياسية أيضا). والنزاع لا يفقد خاصيته القانوني لمجرد أن أحد الأطراف قد انطلق في إثارته من اعتبارات سياسية

(١) د. أحمد أبو الوفا: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٩م، ص ٣٧٤.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص ٣٧٢.

(٣) عبد الكريم عبد الله آل مائع، التسوية السلمية لمنازعات الحدود. دراسة حالة النزاع الحدودي السعودي اليمني في ضوء أحكام القانون

(١). ويرى البعض (٢) أن الفقه والتطبيق العملي يميز بين مجموعتين من المنازعات، هما المنازعات القانونية والمنازعات السياسية.

### الفرع الأول

#### المنازعات القانونية

يقصد بها تلك المنازعات التي يكون فيها الأطراف مختلفين على تطبيق أو تفسير قانون قائم. ومثل تلك المنازعات يمكن حلها بالإحالة إلى قواعد معروفة (مثل ذلك قضية الألباما وقضية السفينة ويمبلدون وقضية اللوتس وقضية طابا). ويرى البعض أنه يمكن تعريف النزاع القانوني بأنه "خلاف حول مسألة قانونية (كتفسير معاهدة دولية) أو واقعية (كخلاف حول مكان خط سير الحدود) يتمثل في تناقض أو تعارض أو تضاد أو تضارب الآراء القانونية لشخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي. أو بعبارة أخرى يمكن القول أن النزاع يتجسد في عدم اتفاق شخصين أو أكثر حول مسألة قانونية أو واقعية وإن كان الفرق بين ما هو قانوني أو واقعي للنزاع ليس واضحا بطريقة حاسمة لأن كل مسألة واقعية لا بد وأن تحكمها كقاعدة، قواعد قانونية<sup>٣</sup>.

ويرى البعض الآخر أن المنازعات القانونية هي التي تسوي بالوسائل القضائية سواء أمام محاكم التحكيم أم أمام محكمة العدل الدولية. وهي المنازعات التي تقبل الحل وفقا لقواعد القانون الدولي القائم في لحظة نشوء النزاع (٤). ويرى "ابنهايم": أن النزاعات تنقسم إلى نوعين: نزاعات قانونية ونزاعات سياسية، ويرى أن النزاعات القانونية بين الدول هي تلك التي تكون فيها إبداعات طرفي النزاع تستند على الأسس المعترف بها في القانون الدولي. بينما يرى البعض أن فكرة "قانونية النزاع، والتي تلتقي مع مدلول القضائية بمعنى القابلية للتسوية القضائية للتسوية القضائية المقصد منها، أن النزاع الذي يقبل التسوية بتطبيق قواعد القانون الدولي الموجودة هي ما يطلق عليها النزاعات القانونية، وهي التي يمكن بشأنها اللجوء إلى التحكيم أو القضاء الدولي. وعلى هذا يخرج من نطاق طائفة النزاعات القضائية النزاعات التي لا تقبل التسوية بتطبيق قواعد القانون الدولي وهي ما جرى الفقه على إطلاقها اصطلاح النزاعات السياسية عليها، كما يخرج من نطاقها أيضا النزاعات التي لا يوجد

(١) د. أحمد أبو الوفا: العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص ٣٧٣

(٢) د. الشافعي محمد بشير: القانون الدولي العام في السلم والحرب، ط٦، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ١٩٩٨م ص ٧٨٤

(٣) عبد الكريم عبد الله آل مانع، التسوية السلمية لمنازعات الحدود. دراسة حالة النزاع الحدودي السعودي اليمني في ضوء أحكام القانون

الدولي، مرجع سابق، ص ٦٥

(٤) د علي إبراهيم: تنفيذ أحكام القضاء الدولي. دار النهضة العربية. القاهرة، ١٩٩٦م. ص ٥١.

بشأنها قاعدة قانونية مطبقة أي التي يوجد بالنسبة لها نقص في القانون الدولي<sup>(١)</sup>. وفي نفس المعنى يرى البعض أن النزاع القانوني هو النزاع الذي يقبل التسوية بتطبيق قواعد القانون الدولي والتي لا تمس المصالح الحيوية للدول. ويرى البعض أن مفهوم النزاع القضائي الذي يعبر عنه - بالخلاف التحكيمي - بأنه "يمكن النظر إليه من خلال مدلولين: -<sup>(٢)</sup>

**الأول:** يعد الخلاف تحكيميا - قضائيا - إذا كان قابلا على أساس من القانون الدولي.  
**الثاني:** ينظر إلى التحكيمية على أنها مطابقة للنزاع للتعهد باللجوء إلى التحكيم. بمعنى، أن النزاع يكون قضائيا أو تحكيميا إذا ما دخل ضمن النزاعات التي تعهدت الدول باللجوء إلى التحكيم لحلها. وفي نظر الأستاذ "قلب شابل" أن المقصود بالقضائية "أي القابلية للعرض على القضاء هو المدلول الأول، وذلك لاتفاقه مع مدلولها.  
 ويرى البعض أنه وإن كان اعتبار قابلية التسوية بتطبيق قواعد القانون الدولي من مدلولاته القضائية إلا أنه لا يرى مانعا من كونها أيضا مدلولاً أساسيا من مدلولات التحكيمية. فكثيرا ما يدفع أحد أطراف النزاع بعدم خضوع النزاع للتحكيم بدعوى أنه غير قانوني، إما لأنه سياسي، أو لعدم وجود قاعدة قانونية دولية مطبقة، ومن جهة أخرى فإن ذلك هو ما يتفق مع التعريف الوارد في المادة ٣٧ من اتفاقية لاهاي عام ١٩٠٧م، حيث أنها تحدد موضوع التحكيم بأنه "تسوية النزاعات بين الدول على أساس من احترام القانون"<sup>٣</sup>.

ويرى البعض أن المسائل القانونية: هي تلك التي يتم حسمها بالرجوع إلى قواعد القانون الدولي المعروفة وضرب عدة أمثلة على الحالات التي أثرت فيها القضايا القانونية والتي تتضمن محتوى معاملة الأجنبي، ادعاءات السيادة على أعالي البحار، والتحكيم فيها. ويرى البعض الآخر أن الأرجح هو أن النزاعات الثانوية والتقنية، على سبيل المثال - أسعار النقد الأجنبي للدبلوماسيين - هذا النوع من النزاع هو النوع الذي يكتب بأنه "عرضة لقرار قضائي

(١) إبراهيم محمد محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، د. ت، ص ١٨٨.

(٢) عبد الكريم عبد الله آل مانع، التسوية السلمية لمنازعات الحدود. دراسة حالة النزاع الحدودي السعودي اليمني في ضوء أحكام القانون

الدولي، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٣) المرجع السابق، ص ٦٧. كذلك للمزيد من التفاصيل حول هذا الجانب يمكن الرجوع إلى:

Abou El Fadl, K. M. The Great Theft: Wrestling Islam from the Extremists . New York: HarperCollins, 2009.

Abu-Nimer, M. (ed.). Reconciliation, Justice and Coexistence: Theory and Practice. Lanham, MD: Lexington Books, 2001.

Abu-Nimer, M., Houry, A., and Welty, E. (eds.). Unity in Diversity: Interfaith Dialogue in the Middle East . Washington, DC: US Institute of Peace Press, 2007.

" كما أن البعض يرى أن النزاع القانوني هو ذلك الذي يدور حول حق شخصي يختلف بشأنه اثنتان أو أكثر من الدول، الأمر الذي يلزم معه تحديد هذا الحق وتبعيته، وما دام تحديد هذا الحق يخضع للقانون فإن القاضي عند النظر في النزاع يقوم بتفسير هذا الحق وتبعيته، وما دام تحديد هذا الحق يخضع للقانون فإن القاضي عند النظر في النزاع يقوم بتفسير هذا القانون وتطبيقه في مواجهة أطراف النزاع<sup>(١)</sup>.

ويعتمد وجود الحق من عدمه على طبيعة المصالح المتضاربة محل النزاع، ذلك أن أي نزاع إنما يقوم بسبب تضارب مصالح أطراف النزاع، فإذا كانت المصلحة المتنازعة عليها محمية قانوناً بموجب قاعد أو التزام دوليين، فإن النزاع الذي يدور حولها هو نزاع قانوني يهدف حماية هذه المصلحة بموجب القانون الذي يقربون أما إذا كانت المصلحة غير محمية قانوناً عن طريق تصرف قانوني يربط أطراف النزاع، فإن النزاع نزاع سياسي يهدف تغيير الوضع القانوني للمصلحة محل النزاع ولصالح أحد الأطراف على حساب الآخر، وذلك بالسعي لحماية هذه المصلحة غير المحمية، أو إلغاء هذه الحماية إذا كانت محمية ويتم هذا عن طريق تغيير القانون، ولذا قيل أن النزاع القانوني هو النزاع الذي يثبت القانون بينما النزاع السياسي هو الذي يرمى إلى تغيير القانون.

وبالتالي فإن المصلحة غير المحمية قانوناً لا ترقى إلى مستوى الحق، وبالتالي لا يمكن الدفاع عنها من قبل المدعى بها لعدم وجود تصرف أو مركز قانوني يقر بوجودها، وهكذا فإن النزاع السياسي لا يمكن حسمه في إطار الالتزامات والحقوق النافذة بين أطراف النزاع، وهذا ما يمكن ملاحظته في قضية (أوسكار شين) بين بلجيكا وبريطانيا التي حسمتها محكمة العدل الدولية الدائمة في ١٢/١٢/١٩٣٤ لصالح بلجيكا<sup>(٢)</sup>.

(١) د. زهير الحسيني: مفهوم النزاع القانوني في ضوء فتوى محكمة العدل الدولية في ٢٦/١٩٨٨م، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد

السابع والأربعون، ١٩٩١م، ص ٣٦

(٢) عبد الكريم عبد الله آل مانع، التسوية السلمية لمنازعات الحدود. دراسة حالة النزاع الحدودي السعودي اليمني في ضوء أحكام القانون

الدولي، مرجع سابق، ص ٦٨.

## الفرع الثاني

## المنازعات السياسية

تشمل المنازعات التي يطالب فيها أحد الأطراف بتعديل قانون قائم (مثل ذلك النزاع الألماني التشيكوسلوفاكي في سنة ١٩٣٨ م في مسألة السوديت sudetes النزاع الألماني البولوني بخصوص ممر "دانترج" سنة ١٩٣٩ م وقضية فلسطين وإسرائيل والشرق الأوسط.... الخ) <sup>(١)</sup>. وفي هذه المنازعات يكون لكل طرف مطالب وادعاءات لا يمكن أن تنصب في قالب قانون لأنها تعتمد على تطورات وأحداث تاريخية سابقة. وهكذا فإن النزاع السياسي لا يمكن حسمه في إطار التزاما والحقوق النافذة بين أطراف النزاع، وهذا ما يمكن ملاحظته في قضية (اوسكار شين) بين بلجيكا وبريطانيا التي حسمتها المحكمة الدولية الدائمة في ١٢/١٢/١٩٣٤ م لصالح بلجيكا، فقد أدعت بريطانيا أن الحكومة البلجيكية بإنشائها شركة حكومية لإدارة مرفق النقل في الكونغو لبلجيكا. إنما قضت على حرية الملاحة في نهر الكونغو من جهة، وعلى المنافسة الحرة بين شركات النقل من جهة أخرى خلافا لالتزاماتها بموجب معاهدة سان جرمان في // / ١٩١٩ م. وردت الحكومة البلجيكية "بأن حرية الملاحة لا تتضمن إلغاء المنافسة، بل بالعكس إن المنافسة هي التي تؤدي إلى الملاحة.

ولا يمكن للمحكمة أن ترى أن قرار الحكومة البلجيكية بإدارة مرفق الملاحة ضمن إطار مرفق عام من شأنه أن يكون عقبة أمام (أوسكار شين) لمزاولة تجارته، بل هذا هو معنى المنافسة، إذ لا شيء يمنع أي تاجر أو صاحب سفن أو صناعة أو وكيل نقل من أن يعمل بخسارة بسبب منافسة شركات أخرى له إذا أراد الإبقاء على شركته في هذا الجو من المنافسة. وردا على احتجاج بريطانيا بأن قرار الحكومة البلجيكية بالإشراف على مرفق النقل عبر شركة خاصة تديرها حكومة قد أضر بحقوق مكتسبة "لأوسكار شين" فإن المحكمة ترفض الحجة البريطانية<sup>٢</sup>.

(١) د الشافعي محمد بشير: القانون الدولي العام في السلم والحرب، القاهرة، دت، ٢٠٠٠، ص ٥٤٧.

(٢) عبد الكريم عبد الله آل مانع، التسوية السلمية لمنازعات الحدود. دراسة حالة النزاع الحدودي السعودي اليمني في ضوء أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص ٦٩ كذلك:

Arnsion, C. (ed.). In the Wake of War: Democratization and Internal Armed Conflict in Latin America . Washington, DC, and Stanford, CA: Woodrow Wilson Center Press and Stanford University Press, 2012

Berdal, M., and Wennemann, A. (eds.). Ending Wars, Consolidating Peace: Economic Perspectives . London: International Institute for Strategic Studies, 2010.

والسؤال الوحيد الذي يجب أن يضعه القاضي أو المحكم لنفسه هو ما إذا كان ادعاء المدعى يتمشى مع القانون الوضعي؟ غير أنه عند البحث عن حل المنازعات، فإن طبيعة كل نزاع تستجلب وسائل مناسبة لحله، فبينما أن حل المنازعات القانونية يتم عادة بطريقة التحكيم أو بالطريق القضائي على أساس القانون الوضعي، فإن المنازعات السياسية لا يمكن حلها إلا بالطرق الدبلوماسية أو السياسية المختلفة حيث يتم البحث على الأخص عن التوفيق بين المصالح المتنازعة<sup>(١)</sup>.

ويرى البعض الآخر أن المنازعات السياسية "هي تلك التي لا تقبل الحل وفقا لقواعد القانون السارية أو يحاول أطرافها تعديل القوانين والقواعد الموجودة ووضع قواعد جديدة لحلها ولا تقبل الحل عن طريق القضاء لأن دور القاضي هو تطبيق القانون وليس وضعه"<sup>(٢)</sup>.

ويرى البعض أن القضايا السياسية هي تلك التي تمس المصالح الحيوية المتنازع عليها بين الأمم رغم أنه قد يكون لقواعد القانون الدولي المعترف بها بوجه عام بين الأمم تطبيق على تلك الحالات. ويرى "لوترباخ" أن القضايا السياسية هي تلك التي تؤثر على المصالح للدولة. وأخيرا، يرى البعض أن النزاع السياسي هو ذلك النزاع الذي يحاول فيه أحد أطراف علاقة قانونية معينة تغيير العلاقة خارج حدود الحقوق والالتزامات التي تنظمها هذه العلاقة، أي بتغيير المركز القانوني الذي يتمتع به كل طرف إما بزيادة حقوقه أو زيادة إلتزاماته، وذلك بالتدريج بالعوامل السياسية والعرقية والتاريخية.<sup>(٣)</sup>

Blaydes, L., and De Maio, J. "Spoiling the Peace? Peace Process Exclusivity and Political Violence in North-Central Africa." *Civil Wars*, 2010, 12, 3-28.

(١) د. الشافعي محمد بشير: القانون الدولي العام في السلم والحرب، مرجع سابق، ص ٦٨٤  
 (٢) د علي إبراهيم: تنفيذ أحكام القضاء الدولي. دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٥١.  
 (٣) د. زهير الحسيني: مفهوم النزاع القانوني في ضوء فتوى محكمة العدل الدولية، مرجع سابق، ص ٤٦.

## المطلب الثالث

## تعريف القضاء لماهية النزاع وأنواعه

عرفت "محكمة العدل الدولية الدائمة" النزاع في حكمها في قضية "مافروماتس" في أغسطس سنة ١٩٢٤م بأنه: يقصد بالنزاع الدولي "خلاف بين دولتين على مسألة قانونية أو حادث معين، أو بسبب تعارض وجهات نظرهما القانونية ومصالحهما" - مثل النزاع على تطبيق الأوضاع القائمة، أو تفسير أحكامها...، أو هو عدم الاتفاق بشأن مسألة من مسائل الواقع أو القانون. وعرفته محكمة العدل الدولية بأنه "الخلاف بين دولتين على النحو المشار إليه في تعريف المحكمة الدائمة للعدل الدولي"، وأضافت بأنه لا ينبغي أن يستند فيه إلى معيار شخصي، بل إلى معيار موضوعي، وعلى ذلك فإن الخلاف الذي يولد النزاع يجب أن يكون واضحاً في مواقف أطرافه على نحو لا يدع مجالاً للشك في وجوده<sup>(١)</sup>.

وقد أخذت محكمة العدل الدولية بالتعريف التقليدي للنزاع الدولي في رأيها الإفتائي حول تفسير معاهدات السلام المبرمة مع بلغاريا والمجر ورومانيا والحلفاء عام ١٩٤٧م، والرأي الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ١٩٥٠م، و ١٨ يوليو ١٩٥٠م، فقد كانت المواد ٣٦ و ٣٨ و ٤٠ من هذه المعاهدات تنص على حل أي نزاع يتعلق بتفسيرها وتطبيقها بواسطة لجنة ثلاثية مكونة من عضو من كل دول طرف ورئيس يتم اختياره بالاتفاق بين الدولتين المتنازعتين من جنسية ثالثة والقرار الصادر من هذه اللجنة بالأغلبية يعد حكماً نهائياً وملزماً للأطراف<sup>(٢)</sup>.

وأضافت المحكمة بعد ذلك بأن المعاهدات تنص على إحالة كل نزاع إلى لجنة تسوية بناء على طلب أي من الأطراف، وكل منهم ملزم بالاستجابة لطلب التسوية الصادر من الآخر، وإلا فإن شرط التحكيم سيصبح عديم الفائدة وإن النتيجة المترتبة على رفض الوفاء بهذا الالتزام تؤدي إلى نشأة المسؤولية الدولية على عاتق الطرف الذي رفض تشكيل اللجنة. وهنا يكون لزاماً الإشارة إلى نص المادة "٣٨" من نظام محكمة العدل الدولية والذي يشير إلى مصادر القانون الدولي العام وهي الإتفاقية- الأعراف الدولية-القرارات السابقة للمحاكم الدولية-الأحكام العامة للقانون - آراء الفقهاء<sup>(٣)</sup>.

(١) عبد الكريم عبد الله آل مانع، التسوية السلمية لمنازعات الحدود. دراسة حالة النزاع الحدودي السعودي اليمني في ضوء أحكام القانون

الدولي، مرجع سابق، ص. ٧١.

(٢) د. ماجد إبراهيم علي، قانون العلاقات الدولية في السلم والحرب، مطابع الطوبجي التجارية، القاهرة. ١٩٩٧م، ص ١١٧.

٣ تناولت العديد من الدراسات ذلك الجانب منها:

Wanis-St. John, A. Back Channel Negotiation: Secrecy in the Middle East Peace Process . Syracuse,

NY: Syracuse University Press, 2011.

ومن ثم يتضح أن الحكم القضائي الدولي سواء أكان صادرا من المحاكم الدائمة، أو من محاكم التحكيم الدولية لا بد أن يفصل نزاع دولي وفقا لقواعد القانون الدولي ما لم يطلب الأطراف من المحكمة تطبيق قواعد العدالة. والفصل في النزاع يتمثل في قيام المحكمة المختصة بفحص وبحث مدى تطابق تصرف ما أو سلوك ما مع قاعدة قانونية سابقة في الوجود على هذا التصرف من الناحية المنطقية والتاريخية، فإذا تخلف هذا الشرط - أي شرط وجود القاعدة السابقة على حدوث التصرف - فإن الحكم لا يمكن أن يصدر لأن الأصل هو حرية التصرف من جانب الدول. فالذي يميز النزاع الدولي هو ظهور مواقف متعارضة أو متناقضة للأطراف في الدعوى، ولكي تختص المحكمة بالفصل فيه لا بد من أن يكون النزاع قد نشأ بالفعل وأن يكون حاليا، لأن المنازعات التي كانت خلال القرون الغابرة لا يمكن عرضها على المحاكم الدولية لعدم جدوى الفصل فيها. كذلك لا بد أن يكون النزاع أو التعارض بين وجهات نظر الأطراف قد بلغ درجة من الوضوح في شكله القانوني لأن النزاع البسيط أو مجرد اختلاف النظر تجاه موضوع ما، لا يكفي لنشأة نزاع دولي من وجهة نظر المحكمة حسب ما جاء في فتاها الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ١٩٥٠م<sup>(١)</sup>.

وتتميز المنازعات بأنها متعددة ومتغيرة، لذا فإن وضع تصنيف لها يعتبر أمرا صعبا ذلك أن أي تقسيم قد لا يكون جامعا مانعا. ورغم ذلك لا يجادل أحد في أن محاولة تقسيم أو تصنيف أي ظاهرة من شأنه أن يساعد على سهولة فهمها. والمنازعات قد تكون حقيقية. أو قد تكون وهمية، قائمة فعلا أو سبيلها إلى التكوين وأيضا كانت طبيعة النزاع. فإنه تمثل - في الغالب - في تعارض المصالح القصيرة أو المتوسطة الأجل بين الدول المعنية. ويمكن

Wanis-St. John, A. "Ancient Peacemakers: Exemplars of Humanity." In S. A. Nan, Z. C. Mampilly, and A. Bartoli (eds.), Peacemaking: From Practice to Theory, vol. 2. Santa Barbara, CA: Praeger, 2012

(١) فقد ذكرت المحكمة أنه ليس كافيا بيان تعارض المصالح بين الطرفين في مثل هذه القضية حتى يقال بأن هناك نزاع، وإنما يجب إبراز أن مطالب أحد الأطراف تصطدم بالمعارضة الظاهرة من الطرف الآخر. وقد عرفت اتفاقية مونتريال المتعلقة بمناهضة الأعمال غير المشروعة ضد أمن وسلامة الطيران المدني المبرمة سنة ١٩٧١م (م ١/٤) النزاع القانوني بأنه "أي نزاع يقوم بين اثنين أو أكثر من الدول الأطراف فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق الميثاق. والذي يتعذر حله من خلال المفاوضات، يتم إحالته إلى التحكيم الدولي"

"Any dispute between two or more contracting states concerning the interpretation or application of this convention which cannot be settled through negotiation, shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration"

انظر: د. يسرى الفوال، القانون الدولي العام، القاهرة، الدار العربية للنشر، ٢٠٠٩، ص ١٠٢.

تقسيم المنازعات الدولية إلى عدة أنواع، من حيث موضوعاتها، وطبيعتها، وأطرافها ومدى خطورتها، ونطاقها الجغرافي، وأخيرا من حيث الوسائل المستخدمة<sup>١</sup>.

### ١- من حيث موضوع النزاع

قد يكون موضوع النزاع غير محدد لأنه بطريقة تلقائية ودون تفكير (وفي هذه الحالة تكون الإدارة السياسية عمياء تصدر في تصرفاتها عن تخبط وعشوائية). ومن ناحية أخرى قد تتم السيطرة على موضوع النزاع، إذا كان صادرا عن إرادة سياسية واعية وواضحة تستخدم كافة الوسائل الممكنة بما في ذلك وضع الرأي العام العالمي في موقف يجعله يتقبل عواقب لم يتم التعبير عنها في الأصل ومنذ البداية، أي أننا - هنا بصدد نزاع يراد له أن يكون<sup>(٢)</sup>.

### ٢- من حيث أطراف النزاع

يقسم علم الاجتماع القانوني المنازعات من حيث أطرافها إلى منازعات فردية - أي بين فردين فقط - ومنازعات جماعية تتعلق ليس فقط بأفراد وإنما بجماعات بشرية تجمعها أولا روابط معينة فإذا كان هذا التقسيم يرى أن المنازعات فردية وجماعية فإن المنازعات بين الدول تعد مجازا - من هذا النوع الأخير، على أساس أن كل دولة ليست إلا تعبيرا عن شعبها، ولتعبير المنازعات الجماعية معنى آخر على الصعيد وذلك حينما يكون النزاع بين مجموعات من أشخاص القانون الدولي. مع الإشارة هنا إلى أن القانون الدولي المعاصر قدم نفسه مؤخرا على تولي قضايا تتعلق بأفراد وليس دول فيما يتعلق بجرائم دولية محددة عن طريق عرضها على المحكمة الجنائية الدولية<sup>٣</sup>.

ولا شك أن المنازعات الجماعية تعد من أخطر أنواع المنازعات، باعتبار أنها تمس بالتوازن القائم في المجتمع الذي تحدث في إطاره، بل وفي وجوده ذاته، لذا لا يمكن للمجتمع المعني عدم الأكتراث بوجودها، إنما عليه السعي لحلها، أو تضيق نطاقها ويفضل محاولة منعها أو امتصاصها. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن مثل هذه المنازعات قد تؤدي إلى

١ عبد الكريم عبد الله آل مانع، التسوية السلمية لمنازعات الحدود. دراسة حالة النزاع الحدودي السعودي اليمني في ضوء أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص. ٧٣

(٢) د. أحمد أبو الوفاء، العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص ٣٧٢

3 Svensson, I. "Who Brings Which Peace? Neutral versus Biased Mediation and Institutional Peace Arrangements in Civil Wars." Journal of Conflict Resolution. ٤٦٩-٤٤٦، ٥٣، ٢٠٠٩ AND Themnér, L., and Wallenstein, P. "Armed Conflicts: 1946-2011." Journal of Peace Research , 2012, 49 , 565-575. ALSO Toft, M. D. "Ending Civil Wars: A Case for Rebel Victory?" International Security ، ٣٤، ٢٠١٠، ٣٦-٧

انقسام أشخاص المجتمع الدولي إلى معسكرين أو أكثر أو بين منظمين دوليتين أو أكثر، وقد يكون بين مجموعة من الدول، ومجموعة من المنظمات الدولية، كذلك قد يثور النزاع بين أشخاص عاديين أو بين فرد أو أكثر وبين الدولة التي يقيمون فوق أراضيها، فإذا كان حل هذا النزاع يتم أساساً في إطار القانون الداخلي، فإن النزاع قد يتحول إلى نزاع دولي إذا لجأت الدول إلى نظام الحماية الدبلوماسية لحماية حقوق رعاياها في الخارج، أو حينما تتلقى الأطراف المتنازعة عوناً مسلحاً من دول أخرى تتدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة في النزاع<sup>(١)</sup>.

### ٣- من حيث مدى خطورة النزاع

تنقسم المنازعات من حيث خطورتها، إلى منازعات خطيرة (كالاعتداء المسلح واحتلال أراضي دولة أخرى) ومنازعات متوسطة الخطورة (كتأميم أموال دولة معينة - قناة السويس - أو أموال رعاياها - كتأميم شركة البترول الأنجلو - إيرانية) ومنازعات قليلة الخطورة (كطرد أحد الدبلوماسيين) على أن تحديد خطورة النزاع أو عدم خطورته، ليس أمراً حاسماً دائماً، إنما هو رهن بظروف النزاع والبيئة التي يوجد فيها والملابسات التي كانت سبباً ظاهراً أو خفياً لوجوده<sup>٢</sup>.

### ٤- من حيث النطاق الجغرافي

تنقسم المنازعات بالنظر إلى نطاقها الجغرافي إلى، منازعات عالمية، وهي تلك التي تمتد إلى أكبر عدد من الدول (كالحربين العالميتين الأولى والثانية)، ومنازعات محلية أو إقليمية تقتصر على قارة بعينها أو إقليم جغرافي معين، أو منازعات دون إقليمية تقتصر على بعض دول إقليم معين، أو منازعات ثنائية تقتصر على دولتين فقط. إلا أن تحديد النطاق الجغرافي للنزاع ليس أمراً سهلاً في جميع الأحوال. خصوصاً حينما تكون هناك أطراف للنزاع خفية تحرك أطراف النزاع من الخلف، وتمدهم بالعون والمساعدة التي تؤدي إلى تأجيج النزاع واستمراره<sup>٣</sup>.

(١) د. أحمد أبو الوفا: العلاقات الدولية. دار النهضة العربية. القاهرة. ط ٤، ٢٠٠٦، ص ٣٧٣.

(٢) عبد الكريم عبد الله آل مائع، التسوية السلمية لمنازعات الحدود. دراسة حالة النزاع الحدودي السعودي اليمني في ضوء أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٣) عبد الكريم عبد الله آل مائع، التسوية السلمية لمنازعات الحدود. دراسة حالة النزاع الحدودي السعودي اليمني في ضوء أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص ٧٦.

**٥- من حيث الوسائل المستخدمة**

تتعدد الوسائل المستخدمة في المنازعات الدولية، ويحددها عادة المجرى للنزاع ذاته، فثمة وسائل ضغط تتدرج من مجرد ادعاء الحق، إلى التهديد بحرمان الطرف الآخر أو حرمانه فعلا من ميزه يتمتع بها قانونا أو واقعا أو إلحاق ضرر به إلى أخيرا استخدام القوة المسلحة برا وبحرا وجوا ووسائل الضغط متعددة ومتغايرة ولا يمكن معرفة أشكالها بدقة، ويتم تطبيق الكثير منها بالتطبيق لمبدأ المعاملة بالمثل<sup>(١)</sup>

**٦- من حيث طبيعة النزاع**

بالنظر إلى طبيعة المنازعات يقسمها البعض إلى ثلاث طوائف هي المنازعات القانونية، المنازعات السياسية، والمنازعات ذات الطبيعة المختلطة. وهناك عددا من المبادئ العامة التي تحكم وجود المنازعات الدولية أهمها:

١- إن وجود نزاع ما يجب أن يتم تحديده بطريقة موضوعية. وتبدو أهمية هذا المبدأ في حالة عرض النزاع علي الغير للفصل فيه (كمحكمة تحكيم أو محكمة عدل دولية). معنى ذلك أنه يمكن لمحكمة العدل الدولية مثلا ألا تقتنع بتأييدات الأطراف المتنازعة بشأن وجود أو عدم وجود النزاع<sup>(٢)</sup>. إذ عليها التأكد من وجود النزاع قبل الفصل فيه، ذلك أن أي تأخير، في هذا الخصوص سيلقي بظلال كثيفة من الشك حول وجود شرط لازم للفصل في النزاع قيد البحث وفي ولايتها في نظر القضية.

٢- يجب على كافة أشخاص القانون الدولي السعي دائما نحو حل منازعاتهم الدولية بالطرق السلمية.

٣- نظرا لأن المنازعات الدولية تخص أشخاص قانونية دولية، مستقلة بعضها عن البعض الآخر ومتساوية قانونا، فإن رأي أي منهم لا يمكن أن يسمو على رأي الآخر. وبالتالي لابد لحل هذه المنازعات من توافر التراضي بين أطرافها. لذلك إن عدم وجود سلطة عليا في المجتمع الدولي المعاصر. من شأنه أن يجعل أساس كل تسوية سلمية لأي نزاع الاتفاق بين أطرافه ومن البديهي أن ذلك يخالف ما يجري عليه العمل في القانون الداخلي،

(٥٣) د. يسرى الفوال ، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ١٦١.

(٢) لذلك اقرت محكمة العدل الدولية (مجموعة ١٩٦٢، ص٣٢٨) أن مجرد التأكيد لا يكفي لوجود نزاع ما، كما أن مجرد المنازعة في وجود نزاع لا تدل على أنه غير موجود، راجع أيضا: د. أحمد أبو الوفا: مشكلة عدم الظهور أمام محكمة العدل الدولية، دراسة في إطار قانون

الإجراءات الدولية. دار النهضة العربية القاهرة. ١٩٨٥م -ص١١٧.

حيث يمكن للقاضي أن يفصل في المنازعات بمجرد رفعه من قبل أي طرف فيها ورغم اعتراض الطرف الآخر<sup>١</sup>.

٤- أن النزاع الدولي يفترض لإمكانية حله أن يكون قائماً. ذلك أنه لا يمكن بداية، حل نزاع انتهى فعلاً، بعبارة أخرى، يفترض حل أي نزاع أن يكون لذلك أثراً مستقبلياً، فإذا انعدم ذلك الأثر فإن القضاء الدولي يمتنع عادة عن الفصل في النزاع<sup>(٢)</sup>.

٥- أن عرض النزاع لا يفقد النزاع - حيث المبدأ - جوهره وطبيعته الذاتية<sup>(٣)</sup>. وعلى ذلك فإنه يشترط في النزاع، أن يكون بين أشخاص القانون الدولي العام وبناء على ذلك لا يعتبر نزاعاً دولياً المنازعات التي تثور أفراد تابعين لدول مختلفة، لأن هذه المنازعات تخضع في حلها لقواعد القانون الدولي الخاص التي تهتم ببيان حكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، لأنها تعتبر من قبل المنازعات الفردية.

### وعقب التعرض للمفاهيم المختلفة الخاصة بالمنازعات يمكن الانتقال الى المبحث

### الثاني والذي يتناول النزاع المسلح غير الدولي باليمن

١ عبد الكريم عبد الله آل مانع، التسوية السلمية لمنازعات الحدود. دراسة حالة النزاع الحدودي السعودي اليمني في ضوء أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص. ٧٧. كلك:

Ryan, S. "The Evolution of Peacebuilding." In R. Mac Ginty (ed.), Routledge Handbook of Peacebuilding . New York: Routledge, 2013.

Salehyan, I. "The Delegation of War to Rebel Organizations." Journal of Conflict Resolution , 2010, 54 , 493-515.

(٢) قالت محكمة العدل الدولية (مجموعة ١٩٦٣، ص ٣٧) أنه يمكنها... في بعض الظروف أن تعطي حكماً تقريراً: كتعريف قاعدة عرفية دولية، أو تفسير معاهدة دولية ما زالت سارية، إذ في مثل هذه الأحوال سيكون حكماً قابلاً للتطبيق في المستقبل. أما إذا تعلق النزاع بتطبيق أو تفسير معاهدة انتهت فعلاً (كما هو الحال بالنسبة لاتفاق الوصاية في قضية الكامبيرون التي طرحت أمام المحكمة) فإن المحكمة ترفض ذلك.

(٣) قالت المحكمة الدائمة للعدل الدولي أن مجرد طرح النزاع من جانب الدولة على عتبة الأمم لا يكفي لإطفاء الصفة الدولية على ذلك النزاع، بما يخرج من نطاق تطبيق المادة ٨/١٥ راجع السلسلة رقم ٤، ص ٢٥. وأيضاً د. أحمد أبو الوفا: القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص ٥٥٧.

## المبحث الثاني

### النزاع المسلح غير الدولي باليمن

تنقسم أسباب الأزمة اليمنية إلى أسباب داخلية، من عدم الرضا على ممارسات النظام السياسية، وتردى الأوضاع الإقتصادية، والطبيعة القبلية والسكانية للمجتمع اليمن. كما تنقسم إلى أسباب إقليمية، حيث تقع اليمن على طرف النظام الإقليمي الخليجي. فموقع اليمن الإستراتيجي الحيوي جداً لليمن من جهة، وتجاوره مع منطقة الخليج العربي من جهة ثانية، وتدهور الأوضاع الداخلية من جهة ثالثة، يجعل الأزمات والنزاعات اليمنية الداخلية تؤثر مباشرة في الأوضاع في الجوار الخليجي، والعكس صحيح. فقد أثرت حربي الخليج، الأولى والثانية، على الأوضاع الأمنية والإقتصادية في اليمن<sup>١</sup>.

#### أولاً: أسباب الأزمة اليمنية

يمكن تحليل اسباب أزمة اليمن كما يلي:

#### ١ - الأسباب الداخلية للأزمة اليمنية

لقد تفاقمت في اليمن مرحلة جديدة من الأزمة لم تقتصر على طرفي النظام السياسي المتمثل في (السلطة والمعارضة) بل أصبحت أزمة مجتمعية شاملة ومركبة ذات أبعاد سياسية واقتصادية واجتماعية، أنتجت تراكمات سلبية أظهرت افتقار النظام السياسي بطرفيه (السلطة والمعارضة) إلى عدم القدرة على الأخذ بجوهر مبادئ وأهداف النموذج الديمقراطي، وانتشار ظاهرة الفساد، وارتفاع معدلات البطالة، واتساع رقعة الفقر، وتدني مستوى الدخل القومي، وانخفاض معدلات التنمية، وتفاقم وتيرة الكراهية والخصام بين مكونات البناء الاجتماعي اليمني الواحد. وترتكز الدراسة على أهم الأسباب الداخلية للأزمة كالتالي:<sup>٢</sup>

#### أ - الأسباب السياسية

انطلقت ثورة الشباب اليمني في الحادي عشر من فبراير لعام ٢٠١١. فلقد كرس هذا اليوم خطأً فاصلاً بين منظومتين للقوى السياسية والقبلية والعسكرية والمالية في اليمن؛ تمثلت الأولى في المجموعة التابعة للسلطة تحت قيادة الرئيس علي عبدالله صالح، في حين مثلت المنظومة الثانية مجموعة القوى التي كانت خارج مظلة السلطة. حيث كان الصراع سياسياً وليس طائفياً، بين شرعيتين، الأولى منتخبة والتي تمثل السلطة الحاكمة في هذا

١ عبدالله الفقيه، "علاقات اليمن مع دول مجلس التعاون وتطورات ما بعد الانتفاضة العربية"، (الكويت: مركز الخليج لسياسات التنمية، ٢٠١٥)

٢ أحمد محمد أبو زيد، "معضلة الأمن اليمني\_الخليجي: دراسة في المسببات والانعكاسات والمآلات"، (بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية:

التوقيت، والأخرى الشرعية الشعبية الثورية، والتي سرعان ما تبلورت لشرعية سياسية. تموضع الانقسام السياسي في العاصمة صنعاء بنقل كبير عن باقي محافظات اليمن، حيث تجمعت المعارضة في شارع الستين وأطلقت على هذه الساحة بـ "ساحة التغيير"، في الوقت الذي احتشد التيار المؤيد للسلطة في "ميدان السبعين" والقريب من دار الرئاسة اليمنية<sup>١</sup>. لقد انبثقت أحداث جديدة بعد المبادرة الخليجية التي وُقعت في ٢٣ نوفمبر ٢٠١١، لتؤسس للمرحلة الإنتقالية وتنسيق الحوار الوطني، حيث لم تكن سوى مهذاً للانقسامات في الشارع اليمني والتي وصل تأثيرها للمؤسسة العسكرية اليمنية. هذا وقد انتقلت السلطة رسمياً في الخامس والعشرين من فبراير ٢٠١٢ للرئيس عبد ربه منصور هادي، لينتهي بذلك حكم على عبد الله صالح رسمياً. وبعد أن خرجت البلاد من مرحلة الحوار الوطني بالتوافق على مجموعة من الأطر النظرية التي من المفترض أن تؤسس للبناء السياسي والدستوري في البلاد، أخذ الانقسام في الظهور بطريقة أكثر خطورة.

اقتحم الحوثيون مدينة دماج بمحافظة صعدة شمال اليمن، في الأول من أغسطس لعام ٢٠١٣، مما أسفر عن سقوط عشرات القتلى في مواجهات عنيفة. توالى المعارك العنيفة حتى سيطر الحوثيون على محافظة عمران شمال اليمن، في التاسع من يوليو لعام ٢٠١٤، بعد قتال أدى لنزوح آلاف اليمنيين. وفي عشرين سبتمبر ٢٠١٤، سيطر الحوثيون على معظم أجزاء العاصمة صنعاء، كما سيطروا على مقر رئاسة الوزراء ووزارة الإعلام والتلفزيون الرسمي. مما جعل السلطات اليمنية تقوم بفرض حظر التجوال شمالي صنعاء في ظل تصاعد وتيرة الاشتباكات بين المسلحين الحوثيين وقوات الجيش والشرطة اليمنية. ووقع اتفاق مصالحة بين الحكومة والحوثيين لإنهاء الاعتصامات وتشكيل حكومة وفاق وطني وخفض أسعار الوقود. ولكن ظل الصراع قائم، وتظاهر عشرات الآلاف من الحوثيين في العاصمة صنعاء، في ٢٦ سبتمبر ٢٠١٤، فيما سموه جمعة النصر، وتوج ذلك بسقوط العاصمة صنعاء<sup>٢</sup>.

### ب - الأسباب الاقتصادية

يُعد ضعف الأداء الاقتصادي، وانتشار الفساد الإداري والسياسي، وتضخم عدد السكان مع قلة الموارد والفرص المتاحة للعمل، وانخفاض مستوى التنمية، والخلل في توزيع الثروة،

١ د.فارس بريزات، "الجذور الاجتماعية لنضوب الشرعية السياسية في اليمن"، (الدوحة: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، أكتوبر، ٢٠١١).

٢ عبد الكريم العواضي، "قراءة في الأزمة الاقتصادية في اليمن .. الأسباب والحلول"، جريدة أخبار الساعة، متاح على الرابط التالي:

من المسببات التي جعلت الأوضاع الداخلية في اليمن على حافة الهاوية وكانت بوادر أزمات اقتصادية. حيث رأى البعض أن تزايد عدد السكان، مع وجود خلل في التوزيع الهرمي للسكان، كان مرتبط بضعف مستوى الأداء الاقتصادي العام، مع وجود نسبة بطالة تتجاوز ٣٥ بالمئة من إجمالي القوة البشرية في اليمن. فارتفاع معدل النمو السكاني بصورة تؤدي لتزايد نسبة من هم في سن العمل، مع عدم توافر فرص توظيف وعماله لهم سيؤدي لحدوث خلل توازني، ينبثق عنه معوقات اقتصادية تعوق عملية التنمية والاستقرار<sup>١</sup>.

ولم تكن الأزمة الاقتصادية في اليمن وليدة للتدهور الأمني والاضطرابات السياسية بعد ثورة الحادي عشر من فبراير لعام ٢٠١١، بل ترجع جذورها للقرن الماضي وبالتحديد في العقد الأخير من القرن العشرين، وذلك بسبب حرب الخليج، وتداعيتها التي لم تجد حلول حتى الآن، ربما حصل انفراج بسيط بين الأعوام ٢٠٠٠ و ٢٠٠٤، بسبب تحويلات المغتربين بالإضافة لأسعار النفط، ولكن تداعيات الأزمة ما زالت تتضاعف عاماً بعد عام بسبب التضخم والبطالة. حيث ترتفع نسبة البطالة بدرجة كبيرة لعدة أسباب منها: انخفاض معدل النمو في القطاع الحكومي والقطاع الخاص، واعتماد الاقتصاد على النفط، في الوقت الذي لا يرتبط فيه الخريجين باحتياجات سوق العمل<sup>٢</sup>.

### ج - الأسباب الاجتماعية

إن المتأمل في البنيان المجتمعي لليمن، يرى أن المجتمع اليمني يتسم بالطبيعة الخشنة، والنمط القبلي المحافظ، بصورة تكون فيها القبيلة مصدراً للتوعية ومركزاً لإصدار وتلقي الأوامر، وبالتالي مصدراً للحراك الاجتماعي والفعل الجمعي المشترك، بدلاً من مؤسسات الدولة أو القانون. فالقبائل في اليمن مصدر رئيسي للسلطة والنفوذ. كذلك تتمثل أهم سمات المجتمع اليمني في تضخم عدد السكان مع قلة الموارد والفرص المتاحة للعمل، وهو ما يجعل الدولة تعاني مشاكل اجتماعية-سياسية تعوق عملية التنمية والتكامل القومي. حيث تُعد نسبة الشباب التي تتراوح بين (١٥-٤٥ سنة) من إجمالي عدد السكان، بحسب تعداد للسكان في عام ٢٠٠٦، تزيد على ٢٠ بالمئة من إجمالي عدد سكان اليمن، وانعكس ذلك في ثورة الشباب اليمني ١١ فبراير ٢٠١١<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> Mohammed Jamih, "Yemen After the Fall of Sanaa", (Doha: Arab Center for Research and Policy Studies, 2014).

<sup>٢</sup> Ginny Hill, Gerd Nonneman, "Yemen, Saudi Arabia and the Gulf States: Elite Politics, Street Protests and Regional Diplomacy", (Middle East and North Africa Programme, May 2011).

<sup>٣</sup> على أحمد الديلمي، "علاقات التكامل بين اليمن ومجلس التعاون الخليجي وأثرها على الأمن الإقليمي: دراسة في ضوء الإقليمية الجديدة"، رسالة دكتوراه، (جامعة القاهرة: كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، ٢٠١١).

كذلك أصبحت السلفية، المدعومة سعودياً، قوة محلية داخل المجتمع اليمني من خلال تبني الشيخ الوادعي للنهج السلفي ونشره، والشيخ الوادعي هو زيدي اعتنق السلفية وأسس مدرسة لها أطلق عليها "دار الحديث" في قرية دمج. في الوقت نفسه، اعتبر الزيديون أن نشر المذهب السلفي ما هو إلا محاولة لإضعاف التأثير الزيدي الاجتماعي والسياسي، فقاموا بتأسيس جمعية "الشباب المؤمن". حيث أدى ارتفاع التوتر بين الطائفتين الدينتين<sup>١</sup>، بالإضافة لعوامل محلية وإقليمية، إلى صراع عسكري عام ٢٠٠٤ بين القوات الحكومية وبين مجموعة من الزيديين تحت قيادة حسين الحوثي والذي قُتل وخلفه أخوه عبد الملك الحوثي. ثم نمت التمرد الحوثي، إلا أن تدخلت قطر في ٢٠٠٧ ولكن باءت محاولتها بالفشل، حتى وسع الحوثيون تمردهم داخل الأراضي السعودية في ٢٠٠٩. حيث ساعدت كلاً من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية المملكة العربية السعودية، وزودتها بأقمار صناعية في مواجهة متمرد الحوثي، حيث توسطت قطر مرة ثانية لوقف إطلاق النار في ٢٠١٠، وتوالت الأحداث حتى تم الانقلاب الحوثي على الرئيس هادي وتفاقت الأزمة منذ نهاية سبتمبر ٢٠١٤.<sup>٢</sup>

## ٢ - الأسباب الإقليمية للأزمة اليمنية

تقع اليمن بين قوتين كبيرتين لكل منهما تأثيرات كبيرة ونفوذ ممتد، فمن ناحية نجد المملكة العربية السعودية، والتي تتزعم العالم الإسلامي السني بحكم خصائصها الدينية، حيث تشترك مع اليمن بخط حدودي يصل طوله ٢٠٠٠ كم، وعلى الجهة الأخرى إيران متزعمة المذهب الشيعي، حيث لا تشترك مع اليمن في حدود جغرافية إلا أن لها نفوذ واضح في منطقة الخليج، وبالتالي فإن ذلك يُعد سبباً لطائفية الصراع اليمني. لذا فإن طرفي الصراع في اليمن، الحوثيون ونظام عبد ربه منصور هادي بالرغم أن الصراع قد دار بينهم في الأساس على مكاسب سياسية، إلا أنه وبطبيعة البنيان السكاني حيث تتكون اليمن من ٣٠% من الشيعة الزيدية، يقابلهم ٧٠% سنة، ومحاولة اجتذاب كل طرف منهم أنصار له على اختلاف طائفي، ساهم في ترسيخ الطائفية على الصراع في اليمن.

وتمحور جذور الصراع الإقليمي حول محورين هاميين في الإطار الإقليمي لليمن: المحور الأول يتمثل في صراع الحدود بين اليمن والمملكة العربية السعودية من ناحية، وما

١ حسام سويلم، "المواجهة القائمة والمحتملة بين إيران ودول الخليج تقدير موقف سياسي/ إستراتيجي/ عسكري"، البوابة نيوز، متاح على الرابط

التالي: <http://www.albawabhnews.com/18443>

٢ أحمد يوسف أحمد، "أزمة اليمن: حلقة في مسلسل اكتشاف الدولة الوطنية العربية"، (دبي: مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية،

مجلة آفاق المستقبل: العدد ٢٧، أغسطس ٢٠١٥).

يدور حوله من اتهامات متبادلة بين الطرفين، في صورة انتهاك إحدى الدولتين للسيادة الوطنية للدولة الأخرى. بينما يتمثل المحور الثاني في الصراع اليمني\_ الإريتري على جزر حنيش الكبرى<sup>١</sup>، هذا بالإضافة إلى جانب بعض المشاكل الأخرى المتنوعة، كالتهديد الديمغرافي الذي يمثله اليمن للملكة العربية السعودية<sup>٢</sup>، واتهام المملكة لليمن باحتوائها للجماعات الإرهابية وتسهيل عبور بعض هذه الجماعات إلى داخل دول مجلس التعاون الخليجي عبر دول الجوار الحديوي كالمملكة العربية السعودية وعمان، بالإضافة لمواقف وتوجهات السياسة الخارجية للرئيس علي عبد الله صالح، التي ينظر إليها أعضاء مجلس التعاون الخليجي على أنها سلوكاً عدائياً تجاهها، بما يهدد من مصالحها وقيمها المجتمعية، بصورة تؤدي إلى توتر العلاقات مع اليمن، مثلما حدث خلال حرب الخليج الثانية (١٩٩٠/١٩٩١).

### ثانياً: الدور الخليجي في الأزمة اليمنية

إن الدور السعودي في اليمن يرجع للعديد من السنوات والمراحل وإذا تتبعنا هذا الدور سنجد أن المملكة العربية السعودية قد دعمت حكم أسرة ( آل حميد الدين ) وساعدتهم في قمع انتفاضة ١٩٤٨م ودعم حكم (الإمام أحمد ) من خلال الدعم المادي والعسكري ضد (ابن الوزير)، وساعدتهم في قمع انتفاضة ١٩٥٥م التي نشبت نتيجة الصراع بين الأسرة الحاكمة وجرت محاولة لخلع الإمام أحمد إلا أن السعودية وطدت حكم وكان هذا الدعم بسبب رغبة السعودية في الحفاظ على اتفاقية الطائف بين البلدين حيث رأت أن اذا سيطرت نخبة أخرى على الحكم في اليمن فهذا سيرهق آل سعود في وضع اتفاقيات ويغير السياسات، ومع انتهاء حكم ( آل حميد الدين ) وتنصيب (السلال ) رئيساً لليمن فعمدت السعودية لدعم الملكيين في مواجهة الجمهوريين وجمدت ممتلكات الحكومة اليمنية في البنوك السعودية ١٩٦٢م، وحدثت مواجهة بين الجانبين المصري والسعودي حيث دعمت مصر الجمهوريين عن طريق إرسال قوات عسكرية لليمن ونتيجة لاتفاق الخرطوم تم سحب القوات المصرية وتم التوصل للاتفاق بين الملكيين والجمهوريين وتدخلت السعودية في تعيين

1 – Jeremy M. Sharp, “Yemen: Civil War and Regional Intervention”, Congressional Research Service, October 2015.

2 Anthony H. Cordesman, Robert M. Shelala II, and Omar Mohamed, “Gulf Military Balance Volume III: The Gulf and Arabian Peninsula”, Center for Strategic & International Studies, September 2013

المسؤولين والوزراء في اليمن وقللت من اعتماد اليمن الشمالي على السوفيت في الحصول على الأسلحة وكان البديل هو الولايات المتحدة الأمريكية وحاولت منع الوحدة اليمنية<sup>١</sup>. و بهذا يتضح أن الدور السعودي له تأثير كبير على الوضع في اليمن في العديد من المراحل وخاضت السعودية حرباً مع الحوثيين في عام ٢٠٠٩م، وأسوة بالثورات التي حدثت في عدد من الدول العربية اندلعت الثورة في اليمن عام ٢٠١١م مطالبةً بسقوط نظام (على عبدالله صالح) وتقدمت الدول الخليجية بمبادرة وهي تتضمن تنازل صالح عن السلطة في مقابل منح حصانة ضد الملاحقة القضائية ووافق عليها في النهاية وتم إجراء انتخابات رئاسية يمنية فاز بها (عبدربه منصور هادي) عام ٢٠١٢م<sup>٢</sup>، ولكن السعودية لعبت دور في اجهاض الثورة حيث خشيت من تصدير الثورة لها ولدول الخليج الأخرى<sup>٣</sup>.

و مع تزايد خطر الحوثيين في اليمن ودعمهم من قبل ايران وهذا شكل تهديد للجانب السعودي حيث أن اليمن تطل على مضيق (باب المندب) وتتمر من خلاله ناقلات النفط، وتُعتبر اليمن هي الحديقة الخلفية للسعودية والتي لطالما استطاعت أن تلعب فيها دور مهم من اجل مصالحها من خلال عدة طرق منها التحكم في شيوخ القبائل اليمينية، ونتيجة لهذا الخطر

بدأت (عاصفة الحزم) في مارس ٢٠١٥م حيث تم تشكيل قوات التحالف الداعم للشرعية اليمنية بمشاركة عدد من الدول العربية والإسلامية وتُعتبر السعودية هي قائدة هذا التحالف الذي جاءً تلبيةً لدعوة (هادي) لحماية اليمن من الخطر الحوثي الايراني وهذا يوضح أن هناك العديد من الفاعلين في اليمن<sup>٤</sup>.

لقد عت الثورة اليمنية في شهر فبراير عام ٢٠١١م على غرار الثورة التونسية والمصرية وكانت أسباب الثورة هي محاولة الرئيس اليمني (صالح) منذ انتخابات عام ٢٠٠٦م أن يُجرى تعديلات دستورية وقانونية من أجل تمكنه من السيطرة على البلاد وتوريث الحكم لابنه أحمد، وزيادة معدلات البطالة ووجود حوالي ٤٢% من سكان اليمن يعيشون بأقل من

١ يوسف الهاجري ، السعودية تبتلع اليمن : قصة التدخلات السعودية في شئون الشطر الشمالي لليمن، الصفاء للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ١٩٨٨ ، لندن ، ص ص ١٢-٣٠.

٢ أحمد موسى بدوى ، التفكير و البناء : سيناريوهات إعادة الأمل في اليمن ، المركز العربي للبحوث و الدراسات ، تاريخ النشر ٢٨/٤/٢٠١٥م، تم الولوج على الموقع يوم ٢٦/٤/٢٠١٦م ، متاح على الرابط التالي : <http://www.acrseg.org/>

3 Roland Popp, War in Yemen :Revolution and Saudi intervention, Center for Security studies (css) ETH Zurich,css Analyses in security policy,NO.175,June2015, p 1-4.

٤ ماجد المذحجي ،فارح المسلمي ، أدوار الفاعلين الاقليميين في اليمن و فرص صناعة السلام ، مركز صنعاء للدراسات الاستراتيجية ، ورقة سياسات رقم ٦ ، يونيو ٢٠١٥م ، ص ص ١-٢.

دولارين يومياً وعدم العدالة في توزيع الموارد المائية والفساد ونظام الحكم الزبائني وغيرها من الأسباب، إلا أن الثورة قد اشتدت بشكل رئيسي بسبب يوم الغضب وكانت الأحزاب المعارضة للنظام اليمني مترددة من الإشتراك في الثورة وأهمها تكتل (اللقاء المشترك) الذي يتكون من عدد من الأحزاب وهي (التجمع اليمني للإصلاح - الحزب الاشتراكي اليمني - التنظيم الوحدوي الشعبي الناصري - حزب البعث العربي الاشتراكي القومي - حزب الحق - التجمع السبتمبري - اتحاد القوى الشعبية اليمنية) الذي تكون عام ٢٠٠٣م وكان هدف إنشائه التنسيق فيما بين مكوناته في الإنتخابات البرلمانية والرئاسية ولمواجهة حزب المؤتمر الشعبي العام الذي كان يستحوذ على موارد الدولة، وقد انضم الحزب لثورة الشباب خاصة بعد فشل الحوار مع صالح ونكته بعوده بالتحدي، و قد قابل النظام اليمني الثورة بالبطش وتُعد جمعة ١٨ مارس دليل على ذلك حيث قُتل أكثر من ٦٠ متظاهر، ونجد أن البيان الذي أصدره تكتل (اللقاء المشترك) في ١٤ فبراير ٢٠١١م ونص على عدد من المطالب منها: بناء الدولة اللامركزية لجميع أبناء اليمن، حل المسألة الإقتصادية لتحقيق العدالة وإيجاد حل للقضية الجنوبية، وجعل مسألة مواجهة الإرهاب قضية وطنية بعيدة عن التوظيف والإستثمار، أن مطالب هذا البيان قد اختلفت عن مطالب بيان ٢/٤/٢٠١١م الذي أكد على ضرورة تحي الرئيس (صالح) وانتقال صلاحياته لنائبه وتشكيل مجلس وطني انتقالي<sup>١</sup>.

و نجد أنه في ظل هذه الأحداث كانت قطر عبر إستخدامه للأداة الإعلامية من خلال قناة الجزيرة تبث أوضاع الثورة اليمنية وكانت المملكة العربية السعودية مترددة في التدخل في الأوضاع اليمنية حيث رأت ضرورة منح الأطراف المتصارعة بعض الوقت ولكن سرعان ما شعرت السعودية والدول الخليجية بتدهور الأوضاع واستخدمت الأداة السياسية وحاولت التنسيق بين (صالح) والأحزاب المعارضة من خلال إجتماعات في الرياض من أجل التوصل للمبادرة الخليجية في شهر أبريل ٢٠١١م حيث يتتحي صالح نظير الحصانة القضائية ورفض شباب الثورة هذه المبادرة حيث لم يتم دعوتهم إلى حضور إجتماعات الرياض بحجة وجود أكثر من كتلة شبابية وأيضاً رفضها الحوثيين والحراك الجنوبي

١ نادية السقاف، تسييس ثورة الشباب في اليمن، مركز كارنيغي للشرق الأوسط، تم النشر يوم ٢٧/٤/٢٠١١م، متاح على الرابط التالي:

<http://carnegie-mec.org>

٢ سقاف عمر السقاف، اليمن أجندات متصارعة على مائدة حوار حاسمة، مركز الجزيرة للدراسات، تم النشر يوم ١١/٥/٢٠١٢م، متاح على

الرابط التالي: <http://studies.aljazeera.net/ar>

٣ هشام القروي، ثورة اليمن: استبدال على عبدالله صالح أم استبدال مؤسسات مفوتة؟، المركز العربي للأبحاث الدراسات، معهد الدوحة، تقييم

حالة، مايو ٢٠١١م، ص ص ١٥-٢٠.

بدعوى أنها تسعى لإعادة تقاسم السلطة والنفوذ بين مراكز القوى السياسية والقبلية القديمة ورفض صالح التوقيع ، وتجددت الدعوة ثانيةً من أجل التوقيع على المبادرة في شهر مايو إلا أن صالح رفض التوقيع بحجة أن الأمر لا يحتاج لتوقيع ونتيجة لذلك انسحبت قطر من المبادرة الخليجية وحاصر أنصار صالح السفارة الإماراتية في اليمن، وفي يوم ٢٣ مايو ٢٠١١م اندلع القتال في صنعاء بين قوات آل الأحمر التي انضمت للثورة وقوات صالح وانضمام اللواء على الأحمر قائد الفرقة الأولى مدرع للثورة ، وفي يوم ٣ يونيو ٢٠١١م تم تفجير جامع (النهدين ) وتمت إصابة صالح ورئيس الوزراء ورئيس مجلس النواب بجروح بليغة وتم علاجهم في السعودية، واندلعت الإشتباكات بين الحوثيين والقبائل السنية نتيجة محاولة الحوثيين للتمدد في حجة وعمران ودخول البلاد موجة من الإشتباكات المسلحة ، و في نهاية شهر سبتمبر عاد صالح إلى اليمن ووافق على توقيع المبادرة الخليجية في الرياض في نهاية شهر نوفمبر<sup>١</sup>.

و كان رضوخ صالح لتوقيع المبادرة يرجع إلى ضغوط الولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد الأوروبي ومجلس الأمن الذي أصدر قرار ٢٠١٤م في ٢١ أكتوبر ٢٠١١م ورحب فيه ببيان الأمين العام للأمم المتحدة الذي حث الأطراف اليمنية على ضرورة التعاون من أجل الوصول إلى حل سلمي ، و رحب بدعوة مجلس التعاون الخليجي لصالح والمعارضة اليمنية بتوقيع المبادرة ودعم مجلس الأمن لمجلس التعاون الخليجي في سعيه للإيجاد حل للأزمة اليمنية ،كما أدان المجلس انتهاكات حقوق الانسان من قبل السلطات والفاعلين الأخرين في اليمن<sup>٢</sup>.

و في يوم ٢٣ نوفمبر ٢٠١١م تم توقيع المبادرة الخليجية التي احتوت على خمس مبادئ منها : أن يتم انتقال السلطة بطريقة آمنة وأن تلتزم كافة الأطراف بإزالة عناصر التوتر سواء الأمنى أو السياسى ، و احتوت على خطوتين تنفيذيتين هما : نقل صلاحيات الرئيس لنائبه وتشكيل حكومة وطنية برئاسة المعارضة<sup>٣</sup>، وتضمنت المبادرة الخليجية المعدلة مايلي : أن يكلف الرئيس المعارضة بتشكيل حكومة وفاق وطنى بنسبة ٥٠% لكل طرف ( حزب المؤتمر الشعبى وأحزاب المعارضة )، وفي اليوم التاسع والعشرين من الإتفاق

1 Thiel Tobias ,Yemen's Arab spring :From youth Revolution to fragile political Transition ,pp44-45, <http://www.lse.ac.uk>

2 Security Council Condemns Human Rights Violations by Yemeni Authorities, Abuses by 'Other Actors', after Months of Political Strife,United Nations,21/10/2011, <http://www.un.org/press/en>

3 Agreement on the Implementation Mechanism for the Transition in Yemen Pursuant to the GCC Initiative, 21 November 2011,p2.

يقر مجلس النواب قوانين منح الحصانة القضائية للرئيس ومن عملوا معه وعلى إثر ذلك يقدم الرئيس إستقالته لمجلس النواب ويتولى مهامه نائبه، الذى بدوره يدعو لانتخابات رئاسية وأن يشكل لجنة لوضع الدستور وبعدها يتم طرحه للإستفتاء وإذا تم التوافق عليه يتم حينها تحديد موعد انتخابات برلمانية والحزب الفائز هو من يشكل الحكومة، وأن تكون دول مجلس التعاون الخليجي والاتحاد الإوروبى والولايات المتحدة شهود على تنفيذ المبادرة، وحددت المبادرة آليتين للتنفيذ والأولى تأتى فى شكل تشكيل حكومة وفاق وطنى وتشكيل لجنة الشؤون العسكرية وإجراء إنتخابات رئاسية مبكرة ، و الثانية تأتى فى إطار ضرورة عقد مرتمر الحوار الوطنى وإجراء انتخابات مجلس النواب ووضع الدستور<sup>١</sup> ونجد أن المبادرة جاءت بعد تفاوضات مع القوى اليمينية المختلفة أجراها الجانب السعودى معهم من اجل الوصول إلى صيغة توافق عليها جميع الأطراف ، والمبادرة تم توقيعها فى الرياض بحضور الملك (عبدالله بن عبدالعزيز) وحضور عدد من ممثلى الدول الخليجية بالإضافة للممثل الأسمى ووقع على المبادرة ممثلى حزب المؤتمر الشعبى وحلفائه وأحزاب اللقاء المشترك وشركائه وتعتبر المبادرة هى إستخدام للأداة الدبلوماسية والسياسية .

و من اجل تنفيذ بنود المبادرة تم الإعلان فى يوم ٧ ديسمبر ٢٠١١م عن تشكيل حكومة الوفاق الوطنى بقيادة محمد سالم باسندوة وهو من الحزب المعارض ، و ٣٤ وزير ينتمون مناصفةً إلى حزب المؤتمر الشعبى العام (حزب صالح ) وأحزاب المعارضة (حزب اللقاء المشترك ) واحتفظ حزب صالح بالوزرات التالية :الدفاع والخارجية والنفط والإتصالات ، وحصلت المعارضة على وزرات :الداخلية والمالية والإعلام وحقوق الانسان<sup>٢</sup> ، وفى يوم ٢١ فبراير ٢٠١٢م أقر مجلس النواب اليمنى قوانين الحصانة القضائية لصالح وعدد من مساعديه ، و أيضاً ترشيح (هادى) للإنتخابات الرئاسية المبكرة والتي تم إجراؤه فى نفس اليوم وبلغت نسبة المشاركة ٦٥% وحصل هادى على أكثر من ٩٩% من إجمالى الأصوات وقد امتنع الحوثيون عن المشاركة فى الإنتخابات وأدى هادى اليمين الدستورية أمام البرلمان بحضور صالح فى يوم ٢٥/٢/٢٠١٢م<sup>٣</sup>.

١ د محمد سعد أبو عامود ، خاصرة الجزيرة :الدور الخليجي فى الانتقال السياسى فى اليمن ،السياسة الدولية ،العدد ١٩٢ أبريل ٢٠١٣ ، المجلد ٤٨ ،ص ٩٤ .

٢ إعلان تشكيل حكومة الوفاق اليمينية برئاسة محمد سالم باسندوة ، شبكة أخبار فرانس ٢٤ ،تم النشر يوم ٢٠١١/١٢/٧م متاح على الرابط التالى : <http://www.france24.com/ar/>

٣ الخطة الإنتقالية السياسية المقدمة إلى المؤتمر الوزارى لأصدقاء اليمن ،الرياض ٢٣ مايو ٢٠١٢م ،ص ص ٨-٥ ،متاح على الرابط التالى :

و فى إطار إستخدام الأداة الإقتصادية تم عقد مؤتمر المانحين لدعم اليمن فى الرياض فى بداية شهر سبتمبر ٢٠١٢م وجمع المؤتمر أكثر من ٦ مليارات دولار من اجل مساعدة اليمن ليتخطى أوضاعه الإقتصادية السيئة، وأعلنت السعودية عن تقديمها أكثر من ٣ مليارات دولار ،الصندوق العربى ٥١٠ مليون دولار ،الولايات المتحدة الأمريكية ٨٤٦.١ مليون دولار<sup>١</sup>. ووفقاً للآلية التنفيذية لمبادرة الخليجية تم تشكيل لجنة لإعادة هيكلة الجيش وإنهاء الإنقسام فى ٤/١٢/٢٠١١م وعملت اللجنة على إخراج الميليشيات المسلحة من صنعاء ،و سعى هادى لإعادة هيكلة الجيش حتى يضمن سيطرته على البلاد والتصدى لهجمات تنظيم القاعدة فى جزيرة العرب حيث أن صالح منذ توليه الحكم عام ١٩٧٨ م عمل على تعيين أبناء قبيلته سحان فى الجيش وإزادات قوته بعد إنهيار جيش الجنوب ولكن الجيش انقسم بين معسكريين أحدهما موال لصالح والأخر موال لعلى محسن الأحمر الذى ورطه صالح فى الحرب مع الحوثيين فى الفترة من (٢٠٤-٢٠١٠م) من اجل إضعافه ونشب الخلاف لرغبة صالح فى توريث الحكم لابنه، واتخذ هادى قرار إعادة الهيكلة للجيش اليمنى فى يوم ١٩/١٢/٢٠١٢م ،حيث حل الحرس الجمهورى الذى يرأسه نجل صالح وأطاح بيحى صالح قائد أركان (قوات الأمن المركزى ) وألغى الفرقة المدرعة الأولى بقيادة على محسن الأحمر وتم نقل اللواء الأحمر إلى وزارة الدفاع<sup>٢</sup>.

و حدد هادى شكل الهيكل التنظيمى للجيش المتمثل فى خمس أجهزة وهى : (القوات الجوية والدفاع الجوى ،القوات البحرية والدفاع الساحلى ،القوات البرية، قوات حرس الحدود، الإحتياط الإستراتيجى ) وفى أبريل ٢٠١٣م استحدث هادى مناصب جديدة مثل منصب المفتش العام للقوات المسلحة ونائب رئيس هيئة الأركان العامة، وأربعة مساعدين لوزير الدفاع ، وتضمنت القرارات تعيين خمس ضباط من مركزى القوة فى القوات المسلحة كملحقين عسكريين فى السفارات اليمنية فى عدد من الدول مثل : مصر والسعودية وألمانيا ، وكانت ردود الأفعال تجاه هذه الهيكلة أن عدد من الذين تمت إقالتهم أمثال :محمد صالح هدد بقصف مطار صنعاء الدولى وتهديد نجل صالح بضرب صنعاء بالصواريخ، إلا أن هادى اصر على موقفه وهدد بإلغاء قوانيين الحصانة ولعلم هادى بخطورة الأوضاع فعين أحمد نجل صالح سفيراً لليمن فى الإمارات وهذا لأن احمد على علاقة جيدة بالولايات المتحدة الأمريكية ، وعين اللواء على محسن الأحمر كمستشار لرئيس الجمهورية لشئون

١ مؤتمر الرياض للمانحين يدعم اليمن بأكثر من ٦ مليارات دولار ،جريدة الرياض ،تم النشر يوم ٢٠١٢/٩/٥م، متاح على الرابط التالى :

<http://www.alriyadh.com>

الدفاع والأمن في أبريل ٢٠١٣م وذلك لأن اللواء على محسن هو حليف للسعودية وهو رمز لحرب اليمن ضد الحوثيين، كما أن الرئيس (هادي) قد أطلع السعودية ودول مجلس التعاون الخليجي والولايات المتحدة الأمريكية بنيته لإتخاذ هذه القرارات وقد ساندته الدول الخليجية والأمم المتحدة في هذه القرارات ولكن ظل صالح يحتفظ بنفوذه على بعض الوحدات ذات التدريب الأفضل على مستوى الجيش<sup>١</sup>، وقد رحب الشعب اليمني بهذه القرارات وطالب بتعجيل الإصلاح ولكن الجنوبيين لم يهتموا بها لأنهم رأوا أن الأمر يخص الشمال على الرغم من أن هادي أسس صندوق بقيمة ١.٢ مليار دولار لموظفي الخدمة المدنية والمسؤولين العسكريين في الجنوب الذين تم فصلهم عقب توحيد شطري اليمن<sup>٢</sup>.

عقد مؤتمر الحوار الوطني في ١٨ مارس ٢٠١٣م وكان المؤتمر مكون أساسى في المبادرة الخليجية وكان عدد أعضاء المؤتمر ٥٦٥ عضو، و ترجع أصول نصف الأعضاء إلى الجنوب في محاولة لحل مشكلة الجنوب، ٢٠% للشباب و ٣٠% للنساء وكانت اللجان الفرعية في المؤتمر تناقش قضايا ( قضية الجنوب، الصراع في صعدة، العدالة الانتقالية وبناء الدولة، الحكم الرشيد، إستقلال المؤسسات، الحقوق والحريات، بناء الجيش والأمن، التنمية الشاملة)<sup>٣</sup>.

ولقد تم مد مدة عمل المؤتمر حتى انتهت أعماله في ٢١ يناير ٢٠١٤م وذلك بعد أن فشل المؤتمر في الإنتهاء من أعماله خلال الفترة المحددة له وقد شهد المؤتمر عدد من الأزمات منها أزمة إنسحاب النواب الجنوبيين لذا تم تشكيل لجنة ٨+٨ التي توصلت إلى إتفاق من اجل تحويل اليمن لدولة فيدرالية تتمتع فيها الأقاليم بصلاحيات كبيرة وهذا لمنع انفصال الجنوب، وتم الإتفاق على ( وثيقة الضمانات ) التي مدت المرحلة الإنتقالية لمدة عام إضافى وبالتالي تم مد الفترة الزمنية لوضع الدستور وإجراء إنتخابات البرلمانية والرئاسية وتمديد فترة حكم هادي، وقد مكن المؤتمر الوطني فرصة لكل طرف لطرح وجهة نظره واتسم مؤتمر الحوار الوطني بوجود عدد كبير من الأحزاب والمستقلين وأتاح للأحزاب الإقليمية مثل الحوثيين والحراك الجنوبي التعبير عن آرائهم إلا أن وجود هذا العدد الكبير أعاق التفاوضات وتم اللجوء للجان الفرعية مثل لجنة ٨+٨ و ( لجنة التوفيق) التي

١ عادل الشرجي، إعادة هيكلة الجيش اليمني، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، تحليل السياسات، مايو ٢٠١٣م، ص ٨-١٥.

٢ Green Daniel, Yemen's Successful Revolution, The Washington Institute, 18/9/2013

3 Schmitz Charles, Yemen's National Dialogue, Middle East Institute, Policy Papers Series, February 2014,

أقرت كل القرارات النهائية لمجموعة عمل المؤتمر الوطنى وحددت الآلية المناسبة لتنفيذ هذه القرارات من خلال الدستور أو السلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>١</sup>.

و لكن كان واضحاً الخلاف فى المؤتمر حول عدد من القضايا منها: القضية الجنوبية فقد قاطع عدد كبير من قيادات الحراك الجنوبى المؤتمر لرغبتهم فى الانفصال فى حين شارك البعض منهم، لم تستطع لجنة العدالة الإنتقالية أن تقدم تقريرها بسبب حصول صالح على الحصانة القضائية، بالإضافة أن الوثيقة الختامية للمؤتمر كانت بمثابة إتفاق جزئى حيث لم توضح الملامح الحقيقية لمستقبل اليمن ولكن اكتفت بتحديد أن اليمن ستكون فيدرالية وأن نظام الحكم سيكون برلمانى ولم يتم تحديد مسألة توزيع السلطات بين الحكومة الإتحادية والأقاليم الفيدرالية وتم تحديد عدد الأقاليم فيما بعد ليصل إلى ست أقاليم<sup>٢</sup>.

و لكن خلال هذه الفترة عانت البلاد من حالة إنفلات أمنى واضح حيث تم تنفيذ عدد من الإغتيالات لبعض السياسيين والمسؤولين اليمنيين مثل: أحمد شرف الدين عضو مؤتمر الحوار الوطنى عن جماعة الحوثيين وتم إغتياله وهو فى طريقه للتوقيع على وثيقة مخرجات مؤتمر الحوار الوطنى رغم رفض الحوثيين التوقيع على الوثيقة، و قصفت القاعدة مطار عسكرى فى جنوب اليمن بعد محاولة الولايات المتحدة الأمريكية تحرير رهائن فى حضرموت واندلعت الإشتباكات بين الحوثيين وآل الأحمر<sup>٣</sup>، و تفاقمت الأوضاع الإقتصادية والأمنية وأعلنت الحكومة اليمنية عن إجراء تعديلات وزارية فى يونيو بعد إندلاع إحتجاجات إثر انقطاع الكهرباء وإرتفاع أسعار الوقود لتدخل البلاد مرحلة جديدة.

### ثالثاً: توسع العمليات العسكرية فى اليمن

الحوثيون وهى حركة بدأت فى التسعينيات بقيادة حسين بدر الدين الحوثي ومعتقلهم الرئيس هو صعدة والحوثيون ينتمون إلى المذهب الزيدى الشيعى وهم على علاقة وثيقة بايران الشيعية رغم اختلاف الطوائف فايران تتبع المذهب الأثنى عشرى ،وقد كانت الجماعة تحصل على دعم من الحكومة اليمنية من اجل وضع حد للجماعات الإسلامية وخاصةً الوهابية التى لها علاقات مع المملكة السعودية فى صعدة ، ومحافظة صعدة عانت من إهمال الحكومة اليمنية فالمحافظة تعتمد على تجارتها مع السعودية وقد خاضت

١ شادى أحمد محمد عبدالوهاب منصور، إدارة الصراعات الداخلية فى المجتمعات التعددية: دراسة مقارنة بين حالتى لبنان و اليمن، كلية الإقتصاد و العلوم السياسية، جامعة القاهرة، رسالة دكتوراة الفلسفة فى العلوم السياسية، القاهرة ٢٠١٤م، صص ٢٥٥-٢٥٧.

٢ شادى أحمد محمد عبدالوهاب منصور، المرجع السابق، صص ٢٥٨-٢٥٩.

٣ محمود على، ٢٠١٤م عام الإضطرابات السياسية و الإنفلات الأمنى باليمن، موقع البديل، تم النشر يوم ٢٨/١٢/٢٠١٤م، متاح على الرابط

الجماعة عدد من الحروب مع الحكومة اليمنية منذ عام (٢٠٠٤-٢٠١٠ م) وكانت كل جولة لها أسباب فمثلاً الجولة الأولى للحرب قامت الحكومة باتهام الجماعة بالولاء إلى إيران وحزب الله، أما الجولة الرابعة فكان سببها تهديدات وجهتها الجماعة تجاه مجموعة يهودية في صعدة واستعانت الحكومة برجال القبائل والمسلحين من مناطق أخرى للقتال ضد الحوثيين وقد تدخلت قطر بين الطرفين في عام ٢٠٠٧م من أجل الوصول إلى إتفاق وقف إطلاق النار، إلا أنه في عام ٢٠٠٩م أصبحت السعودية طرفاً في النزاع حيث اتهمت الحوثيين بانتهاكهم لحدودها الجنوبية مع اليمن ووقوع اعتداءات على أفراد حرس الحدود السعودي وفي ذلك الوقت تزايد الحديث عن وجود دعم إيراني ودعم بعض الطوائف الشيعية في عدد من دول الخليج والعراق ولبنان للحوثيين<sup>١</sup>، و لكن الجماعة اكتسبت دور واضح في الصراع اليمني في أعقاب الثورة اليمنية في ٢٠١١م.

قام الحوثيون بالسيطرة على (دماج، عمران) في يوليو ٢٠١٤م إلى أن تم السيطرة على صنعاء في سبتمبر ٢٠١٤م وأرجع البعض سبب هذا التطور هو وجود بعض المواد في وثيقة الحوار الوطني التي حرمت الحوثيين من بعض امتيازاتهم، حيث نصت وثيقة الحوار الوطني "على أن يقوم الرئيس بتشكيل لجنة بتفويض من مؤتمر الحوار الوطني لتحديد عدد الأقاليم ويكون قرارها نافذاً"<sup>٢</sup>، كما نصت الوثيقة على أن تكون الدولة ذات الحق في فرض الضرائب، ولكن جماعة أنصار الله (الحوثيين) هي من تفرض الضرائب في صعدة وتتحكم في النظام القضائي هناك، وتم تقسيم اليمن إلى ٦ أقاليم: ٤ في الشمال وهم: إقليم ازال ويضم صنعاء وعمران وصعدة وذمار، إقليم الجند ويضم تعز واب، إقليم سبأ ويضم البيضاء ومأرب والجوف، إقليم تهامة ويضم حجة وريمة والمحويت، أما عن الأقليمين الجنوبيين هما إقليم عدن ويضم عدن ولحج وأبين والضالع، إقليم حضرموت ويضم حضرموت وشبوة والمهرة وجزيرة سقطرى<sup>٣</sup>، ولقد رفض الحوثيون هذا التقسيم لليمن فهم بالفعل في ذلك الوقت كانوا يسيطرون على صعدة معقلهم الأساسي إلا أنهم وفق هذا التقسيم كانوا سيخسرون المنفذ البحري اللازم للإمدادهم بالأسلحة من إيران كما أنهم كانوا يطمعون في السيطرة على اليمن الشمالي كإقليم موحد.

١ عصام عبد الشافي، الحرب في اليمن: بين التاريخ والمذهبية والسياسية قراءة في الأبعاد الداخلية والخارجية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ص ٨٥-٩٢.

٢ وثيقة الحوار الوطني الشامل، الجمهورية اليمنية، (مؤتمر الحوار الوطني الشامل صنعاء ٢٠١٣-٢٠١٤م)، ص ٤٠.

٣ محمد القاضي، رسمياً اليمن دولة اتحادية من ستة أقاليم، جريدة الرياض، تم النشر يوم ٢٠١٤/٢/١١م، متاح على الرابط التالي:

واستغل الحوثيون في مظاهراتهم الأزمات المعيشية التي يعيشها اليمن في ظل رفع الدعم عن المشتقات النفطية طالبوا بإسقاط حكومة الوفاق الوطني التي كان يسيطر عليها (حزب المؤتمر الشعبي وتكتل اللقاء المشترك) وتنفيذ مخرجات مؤتمر الحوار الوطني الشامل ونتيجة لإرتفاع نسب الفقر والبطالة في اليمن حصلوا على نسب تأييد في المجتمع اليمني مما سهل عليهم دخول صنعاء<sup>١</sup>، و لكن الأسباب الحقيقية وراء سقوط صنعاء ترجع إلى حياد الجيش اليمني أو بمعنى أدق الخلافات داخل الجيش اليمني بين وزير الدفاع (محمد ناصر أحمد) واللواء الأحمر وهذه الخلافات قد أثرت بشكل سلبي على أداء الجيش في مواجهة الحوثيين في كلاً من (عمران وصنعاء) حيث اعتبرت وزارة الدفاع أن هذه الحرب هي بين حزب الإصلاح الذي يمثله اللواء الأحمر والحوثيين خاصة أنه قاد من قبل حرباً ضد الحوثيين وكان للحوثيين إستراتيجية في الحرب فعند سيطرتهم على (دماج) قالوا أنهم لن يتعرضوا للأخوان المسلمين (حزب الإصلاح اليمني) ولكن مع وصولهم إلى (عمران) أعلنوا عدائهم لهم وقاموا بتفجير بعد بيوت آل الأحمر<sup>٢</sup>، وعلى الرغم من أن الرئيس السابق (علي بن عبدالله صالح) قاد حرباً ضد الحوثيين منذ (٢٠٠٤-٢٠١٠م)<sup>٣</sup>، إلا أنه يبدو أنه كان هناك تحالف غير معلن بينهما وكان التقارب واضحاً بينهما عند عقد مجريات مؤتمر الحوار الوطني وقد ساعد (صالح) الحوثيين في السيطرة على صنعاء من خلال أتباعه في الجيش اليمني ولم تُمس بيوت آل صالح في صنعاء بل حماها الحوثيون<sup>٤</sup>.

كما أن ضعف حكومة محمد سالم باسندوة وتوزع الولاءات للأعضاء وضعف الرئيس اليمني (هادي) كل هذا ساهم في سقوط صنعاء بالإضافة أن الخليجيون لم يتحركوا في البداية لرغبة منهم في سقوط (حزب الإصلاح)<sup>٥</sup>، وحاولت المملكة السعودية استخدام الأداة الدبلوماسية بعد سقوط عمران عن طريق التوفيق بين صالح وهادي، و بين صالح واللواء الأحمر لكن الأمر لم ينجح، وفي يوم سقوط صنعاء تمت السيطرة من قبل الحوثيين على

١ د. ظافر محمد العجمي، موقف دول الخليج من التطورات الراهنة في اليمن، مركز الروابط للبحوث والدراسات الإستراتيجية، تم النشر يوم

٢٣/٣/٢٠١٥م، متاح على الرابط التالي: <http://rawabetcenter.com/archives>

٢ محمد جميح، المشهد اليمني بعد سقوط صنعاء، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، سلسلة تحليل السياسات، أكتوبر ٢٠١٤م، ص ١١-٣.

٣ The Huthis : From Saada to Sanaa, International Crisis Group ,Middle East ReportNo154,10/6/2014 ,p3

٤ محمد جميح، مرجع سابق، ص ٦.

٥ ماذا يعني سقوط صنعاء بيد الحوثيين؟، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، وحدة تحليل السياسات في المركز العربي، سلسلة

تقدير الموقف، سبتمبر ٢٠١٤م، ص ٦-١.

البرلمان اليمني والقيادة العامة للقوات المسلحة ومواقع الحماية الرئاسية ومبنى التلفزيون وتم نهب الأسلحة وفي ذات اليوم تم توقيع اتفاقية (السلم والشراكة الوطنية) بين الرئيس عبدربه هادي منصور والحوثيين بحضور المبعوث الأممي (جمال بن عمر) <sup>١</sup>.

و قد نص الإتفاق على عدد من البنود من أهمها أن يتم تشكيل حكومة جديدة تضمن مشاركة واسعة للمكونات السياسية ،و أن يعين الرئيس مستشارين سياسيين له من أنصار الله والحراك الجنوبي السلمى على أن يضع هؤلاء المستشارين معايير المرشحين للمناصب فى الحكومة الجديدة مثل معايير: النزاهة والكفاءة، وأيضاً يرفعوا توصيات إلى الرئيس ورئيس الحكومة توصيات حول توزيع مقاعد الحكومة على المكونات السياسية، وأن يختار الرئيس وزراء الدفاع والمالية والداخلية والخارجية بشرط اختيارهم وفقاً للمعايير التى وضعها المستشارون ، و أن يتم تشكيل لجنة اقتصادية لدراسة الوضع المالى لليمن وتخفيف المعاناة عن المواطنين اليمنيين ، أما عن الملحق العسكرى والأمنى المتعلق بعمران والجوف وصنعاء ومأرب وأية محافظات أخرى فبعض بنوده نصت على الآتى :يتم الاتفاق على آلية بمساعدة الأمم المتحدة من اجل نزع السلاح وإستعادة الأسلحة الثقيلة التى كانت ملكاً للدولة واستعادتها من جميع الأطرافو ذلك خلال إطار زمنى محدد، أما بالنسبة لعمران فيتم تشكيل لجنة تشرف على استقرار الوضع هناك مع انسحاب المجموعات المسلحة من خارج عمران وأيضاً انسحاب المجموعات المسلحة من الجوف ومأرب <sup>٢</sup>.

و وقع الحوثيون على الإتفاقية ولكنهم رفضوا التوقيع على الملحق العسكرى لأنه سيضر بمصالحهم والإنجازات التى اكتسبوها على الأرض.

ونجد أن السعودية هنا استخدمت الأداة الدبلوماسية فهى فى البداية رحبت بالإتفاقية ولكن سرعان ما تراجع وترفضت ماحدث من خلال تصريحات وزير الخارجية السعودية وتم عقد جلسة طارئة فى جدة لوزراء داخلية دول مجلس التعاون الخليجى وكان البيان الصادر عن هذا الإجتماع أن المجلس يُحذر من تطورات الأوضاع فى اليمن وانهييار أجهزة الدولة وأن الدول الخليجية لن تقف مكتوفة الأيدى جراء ما يحدث فى اليمن خاصةً بعد سقوط صنعاء وأن أمن اليمن يمس أمن الدول الخليجية <sup>٣</sup>، ولكن يبدو أن ما دفع

١ محمد ميج، مرجع سابق، ص ص ١٢-١٥.

٢ نص اتفاق السلم و الشراكة الوطنية لإنهاء الأزمة فى اليمن، موقع الجزيرة. نت، تم النشر يوم ٢٢/٩/٢٠١٤م، متاح على الرابط التالى :

[/http://www.aljazeera.net/news/reportsandinterviews](http://www.aljazeera.net/news/reportsandinterviews)

٣ بعد سقوط صنعاء -دول الخليج تُحذر لن تقف مكتوفى الأيدى فى اليمن، موقع اليمن الآن، تم النشر يوم ٢/١٠/٢٠١٤م، متاح على الرابط

التالى : [/http://yemen-now.com](http://yemen-now.com)

السعودية والدول الخليجية للتحرك هو سيطرة الحوثيين على ميناء الحديد ذا الأهمية الخاصة حيث يتحكم في مضيق باب المندب، وتسيير رحلات طيران مباشرة بين طهران وصنعاء والمناورات العسكرية التي نفذها الحوثيون قرب الحدود مع السعودية، كما أن تصريحات بعد المسؤولين الإيرانيين حول سيطرتهم على أربع عواصم عربية وهي (بغداد - دمشق - بيروت - صنعاء) يبدو أن هذا أقلق الدول الخليجية، و تهديدات الحوثيين برغبتهم في إستعادة عسير ومدن أخرى من السعودية وأنه اذا تدخلت السعودية فى الصراع اليمنى فإن الحرب ستصل إلى الرياض ،بالإضافة إلى المستجدات الدولية والإقليمية.

و فى يوم ٧ نوفمبر ٢٠١٤م تم تشكيل حكومة وطنية برئاسة خالد بحاح وشارك الحوثيون لأول مرة فى الحكومة اليمنية منذ قيام الجمهورية اليمنية عام ١٩٩٠م وحصلوا على أربع حقائب وزارية وحصل حزب المؤتمر الشعبى العام (حزب الرئيس السابق صالح) على أربع حقائب وزارية وذلك أملاً فى أن يتم إقرار مسودة مشروع الدستور وتنفيذ مخرجات الحوار الوطنى ،و فى يوم ١٧ يناير ٢٠١٥م قامت قوات صالح والحوثيون بإختطاف أمين عام مؤتمر الحوار الوطنى ومدير مكتب رئاسة الجمهورية ( أحمد بن مبارك ) أثناء توجهه إلى دار الرئاسة حاملاً معه مسودة الدستور لعرضها على هيئة الرقابة الخاصة بتنفيذ مخرجات الحوار الوطنى للإقرارها ومن ثم إحالتها للإستفتاء الشعبى<sup>١</sup>، ونتيجة لهذه التوترات قدم الرئيس اليمنى (هادى) استقالته للبرلمان يوم ٢٢ يناير وقدم رئيس الوزراء استقالته أيضاً وحدثت اشتباكات بين قوات الحرس الرئاسى وبين الحوثيون وتم إقتحام المجمع الرئاسى ووضعت الرئيس اليمنى ورئيس الوزراء وعدد من الوزراء تحت قيد الإقامة الجبرية ٣٥٢ وحالوا إجبار (هادى) على تعيين رئيس المجلس السياسى لجماعة أنصار الله (الحوثيون) نائباً لرئيس الجمهورية ولكنه رفض<sup>٢</sup>، وتم (هادى) يوم ٢١ فبراير ٢٠١٥م من الفرار إلى عدن وتم إعلانها عاصمة مؤقتة للبلاد وأعلن أن جميع القرارات التى تم إتخاذها منذ توقيع إتفاقية (السلم والشراكة الوطنية) هى قرارات باطله لأنه تم إتخاذها بالإكراه وأنه رئيس اليمن وأنه سيمضى نحو إستكمال المرحلة الإنتقالية وإقرار الدستور

١ ميرفت عوف ، أربعة عواصم عربية تسيطر عليها ايران ، ساسة بوست ، تم النشر يوم ٢٦/٩/٢٠١٤م، متاح على الرابط التالى :

<http://www.sasapost.com>

٢ من أصعب الأعوام التى عاشها اليمن اليمنيون : ٢٠١٥م عام نقض العهود و تمرد الميليشيات على الشرعية فى اليمن ،جريدة البيان ،تم النشر

٢٤/١٢/٢٠١٥م، متاح على الرابط التالى : <http://www.albayan.ae/supplements/restoring-hope/news>

3 Al.madhaji Maged and Baron Radam ,(The Role of Local Actors in yemens current War),SANAA Center For Strategic Studies,2 July2015, pp2-3.

الجديد والانتخابات العامة<sup>١</sup>، وكان رد قوات صالح والحوثيون هو التوجه نحو عدن حيث تم استخدام القوات الجوية اليمنية لقصف القصر الرئاسي في عدن يوم ١٩ مارس ٢٠١٥م، ولأذ هادى بالفرار إلى المملكة العربية السعودية وتشكيله حكومة المنفى في الرياض. وفي يوم ٢٤ مارس ٢٠١٥م تقدم الرئيس اليمني (هادى) بطلب إلى ملوك وأمراء دول مجلس التعاون الخليجي بضرورة إتخاذ التدابير اللازمة من اجل حماية اليمن من أخطار الحوثيون وداعش وتنظيم القاعدة وإن كان من بين هذه التدابير استخدام الأداة العسكرية وكان طلبه مستنداً إلى مبدأ الدفاع المنصوص عليه في المادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة وإلى ميثاق جامعة الدول العربية ومعاهدة الدفاع العربي المشترك وأوضح أن ما يحدث في اليمن لا يهدد أمن اليمن فقط وإنما يهدد أمن المنطقة بأكملها خاصة أن هذه الأحداث تزيد من النفوذ الإيراني في المنطقة<sup>٢</sup>.

وفي ٢٦ مارس ٢٠١٥م، أمر الملك (سلمان) بتوجيه غارات جوية على قوات الحوثيين وبدأت عملية (عاصفة الحزم) واشترك في هذه العملية دول مجلس التعاون الخليجي باستثناء

سلطنة عُمان التي فضلت الحياد وهو نفس الموقف الذي تبنته ابان الغزو العراقي للكويت ولكن السلطنة اعلنت عن المبادرة العمانية من اجل حل الأزمة اليمنية ،المغرب ومصر والأردن والسودان وباكستان<sup>٣</sup>، وقد انسحبت باكستان من العملية العسكرية بعد رفض البرلمان الباكستاني الانضمام لها وهذا يرجع لوجود شيعة في باكستان وجود علاقات جيدة بين ايران وباكستان كما أنها تحارب الإرهاب وبالتالي لا تريد التورط في حرب أخرى ،و قد أعلنت قيادة قوات التحالف العسكري بقيادة السعودية أن أهداف الضربات الجوية متمثلة في الحفاظ على شرعية الرئيس اليمني (هادى) وحماية اليمن من قوات الحوثيين وصالح ،و أن الضربات ستكون مركزة تستهدف القوات الحوثية ولن تستهدف الشعب اليمني ،و كانت بداية عاصفة الحزم عن طريق الضربات الجوية وهي الضربات التي وجهتها المملكة السعودية بمشاركة ١٠٠ طائرة وحشدت ١٥٠ ألف مقاتل ووحدات بحرية في حالة الحاجة اليهم ،و الإمارات ٣٠ طائرة، قطر ١٠ طائرات والأردن والمغرب شاركت كلاً منهما بست

1 Bleuca Ramon ,(A revolution within Therevolution :The Houthi movement and the new political dynamics in Yemen ), ELcano Royal Institute ,24 March2015,p2

٢ نص طلب الرئيس اليمني للدول الخليجية بالتدخل العسكري ضد الحوثيين ،جريدة الأهرام ،تم النشر يوم ٢٦ مارس ٢٠١٥م،متاح على الرابط التالي : <http://www.ahram.org.eg/NewsQ>

3 Stenslie Stig,(Saudi palace intiigues ,Yemeni sufferings ), Expert Analysis ,October2015,p1.

طائرات<sup>١</sup>، وفي يوم ٢١/٤/٢٠١٥م أعلن العميد أحمد عسيروى انتهاء عاصفة الحزم وبدأ عملية إعادة الأمل التي تحتوى على شقين الأول سياسى: تتولاها الحكومة اليمنية الشرعية، و الثانى عسكري يتمثل فى ردع الحوثيين وأن تستمر القوات البرية فى مهامها لحماية الحدود الجنوبية للمملكة السعودية واستمرار العمليات البحرية فى فرض الحظر على الموانئ والسواحل اليمنية لمنع إمداد الأسلحة للحوثيين من خلال ايران واستمرار عمليات الإغاثة الانسانية<sup>٢</sup>، فلقد توقف النشاط الاقتصادى فى اليمن وتوقفت العائدات النفطية والتي كانت تساهم بحوالى ٧٠% فى الميزانية اليمنية وبالتالي فإن الشعب اليمنى فى حاجة ماسة للمساعدة الانسانية والتصدي للمجاعات والأوبئة وحماية الآثار اليمنية من الدمار وتقديم مساعدات اقتصادية وتنموية لليمن من دول الخليج وفى مقدمها السعودية<sup>٣</sup>.

و على خلفية الأحداث صدر قرار رقم ٢٢١٦ من مجلس الأمن بشأن الأزمة اليمنية وقد احتوى القرار على عدد من البنود منها: مطالبة جميع الأطراف اليمنية وخاصة الحوثيين بتنفيذ قرار رقم ٢٢٠١ والقرار ٢٠١٥ وطالب الحوثيين بتنفيذ الآتى: الامتناع عن الإتيان بأى تهديدات لدول الجوار وانهاء تجنيد الأطفال والإفراج عن السجناء السياسيين ومن هم قيد الإقامة الجبرية، وسحب قواتهم من المناطق التي استولوا عليها والتخلي عن الأسلحة التي استولوا عليها من الحكومة اليمنية، و مطالبة جميع الأطراف اليمنية بالتزام تسوية الخلافات عن طريق الحوار، وأن تتولى الدول المجاورة لليمن تفتيش البضائع الواردة من اليمن والمتجهة إليها من اجل التأكد من خلوها من الأسلحة ودعوة جميع الأطراف اليمنية بالالتزام بمبادرة مجلس التعاون الخليجي وقرارات مجلس الأمن<sup>٤</sup>.

ومن الأدوات السياسية أنه تم عقد إجتماع للفرقاء اليمنيين قى الرياض وذلك فى إطار قرار ٢٢١٦ وأعلنت فيه اللجنة العامة لحزب المؤتمر الشعبى تعيين هادى رئيساً للحزب بدلاً من صالح<sup>٥</sup>.

1 Alsalahi Ali ,(Why did Saudi Arabia intervene in Yemen ? ), FiKRA Froum , 2/4/2015, it has been entered the site on 8/3/2016 : <http://fikraforum.org/?p>

٢ عاصفة الحزم ،موقع الجزيرة .نت ،تم النشر يوم ٢٦/٣/٢٠١٥م، متاح على الرابط التالى :  
[/http://www.aljazeera.net/news/reportsandinterviews](http://www.aljazeera.net/news/reportsandinterviews)

٣ منصور راجح ، فارح المسلمى ، انهيار الاقتصاد و المجاعة الوشيكه فى اليمن : خطوات جادة و عاجلة يجب اتخاذها لمواجهة الأسوأ ، مركز صنعاء للدراسات الاستراتيجية ، ورقة سياسات رقم ٣ ، أكتوبر ٢٠١٥م ، ص ص ٢-٧ .

4 Resolution 2216,2015 , Adopted by The security council at it's 7426 th meeting on , April 2015, p p 3-4.

٥ هادى رئيس لحزب المؤتمر بعد عزل المخلوع (صالح) ، جريدة العرب القطرية ، تم النشر يوم ٢١/١٠/٢٠١٥م، متاح على الرابط التالى :

و اذا تتبعنا انجازات عاصفة الحزم وإعادة الأمل سنجد أنه في يوم ٢٠ مارس سقطت عدن وبعدها تعز وقاعدة العند في أيدي الحوثيين ولم تعد قوات هادي تسيطر سوى على مديرية بريقة وصيرة وقد صمدت هاتان المديرتين بفضل نيران السفن السعودية والمصرية ومجموعة من اليمانيين الذين دربتهم الإمارات والسعودية وعملت الولايات المتحدة الأمريكية على مدهم بالمساعدات اللوجيستية وبدأت عملية (السهم الذهبي) وهو الاسم الذي أطلق على قوات هادي والمقاومة الجنوبية لاستعادة عدن وقد تم السيطرة على قاعدة العند بمساعدة مقاتلين إمارتيين، كما أن السعودية أمدت القوات المناهضة للحوثيين بالأسلحة عن طريق حدود المملكة مع الجوف ومأرب وكانت قوات صالح تمد الحوثيين بالأسلحة الثقيلة ومحاولة ايران إمداد الحوثيين بالأسلحة عن طريق ميناء الحديدة<sup>١</sup>، كما حاولت استخدام الطرق الدبلوماسية بعد اتضاح خسائر الحوثيين على ساحة المعركة، وحررت قوات التحالف العربي محافظة الجوف وبذلك تم تأمين نقطة انطلاق عسكرية من الجوف تجاه صنعاء وعمران وصعدة وحررت المقاومة مدن عدن ولحج وأبين وشبوة وتستمر العمليات العسكرية في تعز وحجة، ومنذ منتصف عام ٢٠١٥م كانت بداية إنشاء جيش اليمنى وطنى<sup>٢</sup>. بمساعدة من الدول الخليجية فنجد أن السعودية والإمارات تُدرب عدداً من الجنود اليمانيين وتمدهم بالأسلحة وهي تدخل في إطار الأدوات العسكرية والاقتصادية، كما أن الولايات المتحدة تقدم دعم لوجيستي لقوات التحالف العربي.

كما أنه يتم استخدام الأداة الإعلامية فنجد أن أغلب القنوات الفضائية السعودية والإماراتية مثل: قناة العربية والجرائد مثل: جريدة الرياض وقنوات دى الفضائية تبث أخبار المعارك في اليمن وتمجد الدور الخليجي هناك بوصف أنه يدافع عن الشرعية. وتعانى الآن الدول الخليجية من أزمات اقتصادية نتيجة انخفاض أسعار النفط العالمية وقد أعلنت الكويت عن أن عجز ميزانيتها قد تجاوز ٦٠%، كما أن هناك خسائر بشرية ومادية نتيجة المشاركة في العمليات العسكرية في اليمن فقد بلغ العجز في الميزانية السعودية لعام ٢٠١٥م ٩٨ مليار دولار ولجأت السعودية إلى احتياطها النقدي بسبب

1 Knights Michael and Mello Alexandre ,(The Saudi –UAE war Effort in Yemen (part1 ) operation Golden Arrow in Iden), 10/8/2015,the Washington Institute,it has been entered on the site on 8/3/2016, <http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis>

٢ محمد الشبيرى، المقدسى: سندخل صنعاء قريباً و ندرح الغزو الايرانى -٣٠٠ يوم على عاصفة الحزم و أمل التحرير يقترب، جريدة البيان، تم النشر يوم ١٤/١٦/٢٠١٦م، متاح على الرابط التالي: <http://www.albayan.ae/supplements/restoring-hope/news>

المشاركة فى حرب اليمن<sup>١</sup>، بالإضافة إلى منح مساعدات انسانية لليمن وللدول المشاركة فى التحالف العربى من خارج مجلس التعاون الخليجى ومن الواضح أن السعودية والدول الخليجية تستخدم أكثر من أداة من أجل حسم الصراع فى اليمن لصالحها وأنها لن تقبل الجلوس لطاولة المفاوضات إلا عند تحقيق نصر كاسح على أرض المعركة .

١ عجز الميزانية السعودية لعام ٢٠١٥ بلغ ٩٨ مليار دولار ، BBC ، تم النشر ٢٨/١٢/٢٠١٥م، متاح على الرابط التالى

[/http://www.bbc.com/arabic/business:](http://www.bbc.com/arabic/business)

### الخاتمة العامة

لاشك ان هناك العديد من التهديدات التي قد تعوق تحقيق الامن الوطني للدولة والذي قد يقع تحت طائلة المسؤولية الجنائية مثل الانتهاكات المستمرة لحقوق الإنسان مثلما حدث أثناء الثورات العربية في اليمن، كما أن قيام رئيس الجمهورية بإستغلال سلطاته للقيام بأعمال من شأنها تهديد الامن الوطني يكون من شأنه إعمال المسؤولية الجنائية زالتي يكون رئيس الجمهورية قد أقدم على إتيان بعض الجرائم المهددة للأمن الوطني.

وإذا كانت الأمم المتحدة هي المنوط بها الاضطلاع بمهام الأمن الجماعي علي المستوي الدولي فإنه ليس ثمة ما يحول دون استعانتها بالمنظمات الإقليمية في هذا الشأن كلما كان ذلك ممكنا . ذلك أن المادة ١/٥٢ من ميثاق الأمم المتحدة قد أشارت إلي وجوب أن تعالج المنظمات الإقليمية الأمور المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدولي، مما يعني أن المنظمة الإقليمية ينبغي أن تقيم نظاما للأمن الجماعي علي المستوي الإقليمي، يكون صنوا لنظام الأمن الجماعي الي أقامه ميثاق الأمم المتحدة.

ولاشك أن من أبرز القضايا وضعية حقوق الانسان في اليمن لا سيما الأطفال الذين يتم تسليحهم وإقحامهم بكل وحشية في النزاع المسلح، الي جانب تعثر وصول المساعدات الانسانية الي المناطق المحاصرة خاصة "عز" وتعاضم معاناة الشعب اليمني يوميا جزاء قلة الغذاء والدواء والدور الذي يجب ان تقوم به بصورة عاجلة جداً منظمات الاغاثة الدولية والمنظمات الحقوقية من اجل تحسين الوضع الإنساني ووضع حقوق الانسان والتخفيف من معاناة الشعب اليمني.

وكما هو الحال في أي صراع، فان المدنيين يتحملون العبء الأكبر من مخاطر جسيمة على سلامتهم النفسية والامنية. حيث قدرت الأمم المتحدة والهيئات المختصة عدد النازحين في اليمن بأنه قد وصل الي ٢.٥ مليون، وأن أكثر من نصف السكان البالغ ١٤.٤ مليون شخص بحاجة إلى الحماية والمساعدة، بما فيهم ٧.٤ مليون طفل، وان حوالي ٢.٢ مليون طفل يعانون أو معرضين لخطر سوء التغذية، اضافة الي ٥٣٧٠٠٠ طفل دون سن الخامسة، معرضون لخطر سوء التغذية الحاد.

وبالتالي فإن ملف الأزمة اليمنية حله ليس بالأمر السهل، ولا يُخفى مدى تعقيد الأزمة بحكم تشعب قضاياها، فمن الصعوبة بمكان إيجاد حلاً يضمن إنهاء الأزمة اليمنية بشكل سريع ونهائي، إلا أنه لا يُفقد الأمل في البحث عن المخرج السليم للمعضلة التي يتخبط فيها اليمن بشكل عام.

وأصبح الأمر ملحاً لإيقاف نزيف الحرب، وهذا الوضع مؤثر على اليمن ومحيطه، ولهذا فالحل السياسي السلمي أنسب من الحسم العسكري الذي ستكون تكلفته باهظة وضحاياه أكثر، وعلى دول الجوار والمنظمات الإقليمية ممارسة الضغط على مجلس الأمن والزامه بالعمل بجدية لحل القضية اليمنية، وممارسة الضغط على جميع الأطراف للخروج بحلول نهائي يساعد على تجنب اليمن من ويلات الحرب.

وبعدما تحط الحرب أوزارها يجب استئناف الحوار والبحث عن ترجمة ملموسة لمخرجات الحوار الوطني الشامل الذي كان منعقداً لأكثر من عام وهو يدرس أهم القضايا الرئيسية في اليمن<sup>١</sup>، وطرح حلولاً وآليات تنفيذية لكل القضايا الشائكة وقام الجميع بالتوقيع على مخرجات الحوار الوطني قبل اندلاع الحرب، لكن كما أشرنا سابقاً انقلب عليها الحركة الحوثية، بعدما تم إعداد مسودة الدستور من طرف لجنة مختصة تمثل جميع أطراف المجتمع، وكان محور الخلاف يدور حول عدد الأقاليم المطروحة في مشروع الدولة الاتحادية اليمنية المزمع قيامها على الصعيد المركزي.

وتم الاتفاق والتوقيع على أوراق مصوغة ذات بنود والتزامات حول شكل الدولة ومستقبل اليمن بما في ذلك مسودة الدستور ووضع الحلول لأهم المشاكل الرئيسية التي تساعد على استقرار اليمن، كما تخفف العبء على المواطن في مواجهات تدهور الأوضاع الاقتصادية، فتم اعتماد نظام الأقاليم التي تتمتع بكامل الصلاحيات الواسعة في الإقليم وكل إقليم له سلطته التشريعية والتنفيذية والقضائية والمستقلة تماماً عن السلطات المركزية، كما تم التطرق إلى ملف العقوبات الاقتصادية بالتفصيل ووضع حلول وروى لها عن طريق التنمية المستدامة، كما تم طرق استراتيجية لاستغلال الموارد الاقتصادية بشكل سليم تعمل على تحسين الطاقة الانتاجية وتحسين دخل الفرد من الناتج القومي، وبتحقيق ذلك سيُشهد تطور حقيقي في المجال الاقتصادي وتحل مشاكل عديدة من أهمها معالجة البطالة التي زادت نسبتها فوق حد الخيال، ويتم فيها جدولة دفع الديون والقروض الخارجية التي تقع على عاتق الدولة منذ سنين ماضية، مع العلم أن اليمن من أكثر الدول الفقيرة التي تحصل على هبات ومساعدات مالية سواء من البنك الدولي أو من الدول أو والمنظمات الدولية<sup>٢</sup>

ومع تحسن الوضع الاقتصادي يتم إنقاذ العملة المحلية من الانهيار أمام العملات الأجنبية، ففي الفترة الأخيرة شهد البنك المركزي اليمني تراجعاً كبيراً في الاحتياطي النقدي

١ أحمد محمد الأصبحي، مسار التسوية السياسية في اليمن (نموذج لحل النزاعات الداخلية)، بدون دار نشر، ص ٥٦.

٢ منصور الراجحي، الاقتصاد اليمني: تداعيات الحرب على الاختلالات البنوية، بحث علمي منشور في مركز الجزيرة للدراسات، مجلد رقم

المحلي والأجنبي مما تسبب في عجز وصل حتى في دفع الرواتب للموظفين، وبتحقيق التنمية الشاملة والمستدامة يستطيع النهوض بحال اليمن ويكون متهيئاً للحصول على عضوية مجلس التعاون الخليجي.

كما يقع على عاتق مجلس الأمن بعد انتهاء من الحرب في اليمن أن يحرك ملف الإعمار من مخالفات دمار الحرب في البنى التحتية والطرق والجسور وأيضاً حتى في الممتلكات الخاصة الأكثر تضرراً وهلاكاً، والمخاطب الرئيسي في ذلك هو مجلس التعاون الخليجي بالاهتمام بملف إعادة الإعمار.

وأما المشاكل الاجتماعية فيجب تحقيق العدالة الاجتماعية بين جميع شرائح المجتمع والمساواة في تكافؤ الفرص في الوظائف العامة والقيادية مع عنصر الكفاءة ومخرجات الحوار الوطني وضحت مسار كيفية تحقيق ذلك.

كما يجب على الدولة في فرض هبتها على القبيلة ومحاربة العادات القبيلة السيئة مثل الثأر والتعصب القبلي، ويجب تقديم الولاء أولاً للدولة ثم للقبيلة ويكون ذلك في إعطاء الفرصة لأبناء المنطقة المحلية في تولي المناصب العليا فهم أولى وأعرف بأحوال مدينتهم، وسينمي فيهم روح المسؤولية الاجتماعية تجاه الدولة الواحدة، نحن بحاجة إلى نموذج جديد يقوم على بناء القدرة القاعدية للمجتمعات المحلية، وتسهيلاً اطر التعاون المشترك السياسي والاقتصادي ما بين القبائل، ومساعدة المجتمعات المحلية في تنفيذ المشاريع في مجال البنية التحتية<sup>١</sup>.

فبتحسن الاوضاع الاقتصادية والاجتماعية للبلاد سينعكس ذلك تدريجاً على ثقافة الشعب لان العائق الرئيسي للجانب الثقافي كما يُرى الفقر والجهل وعندما يواجه المواطن البسيط معاناة شديدة في ظروفه المعيشية ينعكس عليه بثقافة سلبية ويتولد سخط مجتمعي، فالتدهور الاقتصادي والاجتماعي يترتب عليه قصور في مجال التنمية الثقافية والحضارية والعكس صحيح، أي كلما وقع تطور وازدهار اقتصادي وتنموي ينعكس ذلك مباشرة بالتمدن العمراني والحضاري ويزداد الرُقي في التعامل بين شرائح المجتمع<sup>٢</sup>.

١ نافيذ أحمد، الأزمة اليمنية تهدد بحدوث انهيار اقتصادي عالمي جديد، مقال علمي ميدل إيست آي منشور في الموقع الالكتروني

http://www.noonpost.net/content/5571 في ١٥ يوليو ٢٠١٨

٢ خالد صالح علي، أثر الفقر على المشاركة السياسية في الجمهورية اليمنية ١٩٩٥-٢٠٠٧م. رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، كلية الحقوق،

٢٠٠٩، ص ٧٥.

ويُراعى الاهتمام في تربية النشئ وإبراء الثقافة المتحضرة وتوفير جميع الجوانب التعليمية في جميع مراحلها بأقل الرسوم والتكاليف، وتجتهد الدولة على نشر القيم والتسامح والتصالح بين شرائح المجتمع وتنمي روح المسؤولية الاجتماعية، وتعمل على محاربة العنف بجميع أشكاله والتطرف الفكري المتشدد والغلو الديني ويكون باستحداث مراكز ثقافية وتوعوية وتكون بإشراف الدولة، كما تقوم بدعم مراكز البحث العلمي وتلتزمها بعمل دراسات علمية لمعالجة الظواهر الاجتماعية السلبية والخطيرة، كما تسهل الأمر لمنظمات المجتمع المدني في تعزيز دورها المجتمعي ونشر ثقافة الحريات السليمة ومفاهيم الديمقراطية والحكم الرشيد، وأن رسم خارطة الطريق من أجل حل جميع مشاكل الدولة اليمنية يقع في الأساس على الشعب اليمني نفسه.

وإجمالاً يمكن التأكيد أنه منذ نشأة مجلس الأمن وهو مقيد بالاعتبارات السياسية فلا يستطيع ممارسة مهامه بحرية مطلقة، بحسب ما أوكلت إليه من نصوص ميثاق الأمم المتحدة، فقراراته المنصبة للحفاظ على السلم والأمن الدولي مرهون إصدارها برضاء وتوافق المصالح الدولية لدول الأعضاء الدائمة العضوية في المجلس، ولعدم وجود آلية واضحة في الميثاق لتطبيق قراراته ظلت هي أيضاً أسيرة المصالح الدولية.

إن الصراع الدائر في اليمن ما هو الا مسرح ميداني للصراع الإقليمي الدائر بين دول مجلس التعاون الخليجي ودولة إيران، كما تتجلى آفاق أبعاده لُبعد دولي بين الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن وهذا هو سبب عجزه في تنفيذ قرارته الصادر تحت البند السابع. وبعد إيضاح خطورة التقسيم الطائفي على وحدة الدولة اليمنية يجب التصدي لهذا المشروع التدميري لليمن عن طريق كشفه ومواجهته من قبل الحكومة اليمنية وبوضع خطط استراتيجية وعسكرية تحبط سريان تنفيذ مخططاته الموجودة فعلياً على أرض الواقع ويجب تحذير عامة الشعب في عدم الاستجابة لهذه النداءات الخطيرة والمحافظة على وحدة بلادهم.

ومن خلال الاستعراض التام لدور مجلس الأمن وكيفية إدارته للأزمة اليمنية نجد عجزه واضحاً حتى في تنفيذ قراره الصادر تحت البند السابع ولم يستطيع إلزام الطرف المعتدي في تنفيذ بنود القرار رقم (٢٢١٦)، والدول الدائمة العضوية هي السبب في عرقلة تنفيذ هذا

القرار، واليمن لا يستطيع الوقوف لوحده في مواجهة تعسف مجلس الأمن، لذا على أعضاء دول المنظمات الإقليمية العربية والإسلامية التكاتف لمساندة اليمن والوقوف معها للضغط على مجلس الأمن لتنفيذ قراراته بشأن حل الأزمة اليمنية. وبعد انتهاء الحرب في اليمن، وجب الاستفادة من الأخطاء السابقة، وبناء جيش يقوم على أسس وطنية وليست قبلية، وتطبيق مخرجات الحوار الوطني الشامل في معالجة جميع الجوانب المنهارة فقد قدم حلولاً يتطلع إليها الشعب اليمني ليراهما على أرض الواقع.

ومن المسائل الكارثية على مستقبل اليمن ان يفقد نحو ١.٨ إمكانية الحصول على التعليم، اذ ان أكثر من ٣٥٠٠ مدرسة أغلقت في جميع أنحاء البلاد، وان يتم تجنيد الأطفال في النزاع بدلاً من ان يكونوا على مقاعد الدراسة. ولاشك أن هناك أثر للدعم العسكري الذي تقدمه إيران في تغذية الصراع ودفع الجماعات المسلحة لارتكاب المزيد من اعمال العنف. وفي حال رغبة مجلس الأمن التأكيد على حياديته تجاه النزاع الدائر في اليمن، يُتوقع منه إصدار قرار جديد تحت البند السابع يطالب فيه مرة أخرى جميع الأطراف العودة إلى المبادرة الخليجية وآليات تنفيذها ومخرجات مؤتمر الحوار الوطني بمشاركة كافة الكيانات، كذلك إعادة الترتيب لعقد مؤتمر الرياض، أو إصدار قرار يقضي صراحة بوقف التدخل العسكري في اليمن وإعطاء مهلة لقوات التحالف للانسحاب من أراضيه.

كما أن ارتكاب «القاعدة» و«داعش» المزيد من الأعمال الإرهابية في اليمن، وهو السيناريو الذي ستجد قوى التحالف نفسها فيه مضطرة لمواجهة خطرين: الخطر الحوثي من جهة، والإرهاب الدولي من جهة أخرى، مما قد يدفع بالقوات إلى تبديل استراتيجية الخروج العسكرية وفقاً للأولويات التي تراها ملائمة، وسيؤدي ذلك حتماً إلى إطالة أمد الحرب، وانضمام دول أخرى كالولايات المتحدة وفرنسا لقوى التحالف العربي لمحاربة الإرهاب.

# مفهوم عام لشركات المساهمة

إعداد الطالب  
مصطفى عبدالله العطاس

٢٠١٨م

## المقدمة

الحمد لله والصلاة، والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه وبعد:  
 فإن مما يُعنتى به في كل زمان ما يُستجد فيه من قضايا مآلها لمصلحة الناس، ومن هذه القضايا أعمال الناس وشراكاتهم؛ إذ من الصعوبة بمكان أن يعمل الناس بمنأى عن بعضهم البعض، فكان مما لا بد منه أن يشترك الناس في بعض أعمالهم؛ لتوافق مصالحهم، فظهرت أعمال الشراكة بينهم، ففي العهد الروماني ظهرت أصول عقد الشراكة وهو من العقود الرضائية، مع أن الشركة عند الرومان لم تكن إلا عقداً تتولد عنه إلتزامات بين الشركاء، دون أن يكون لها كيان خارجي، أو ذمة مستقلة عن ذمم الشركاء، فكان القانون الروماني يجهل [ نظرية الشخصية المعنوية ]، وهي جوهر فكرة الشركة وعليها يبني تنظيمها الحديث، ومع ذلك ظهرت شركات كبيرة وشركات عائلية، ولم يظهر تطور الشركات في العصر الروماني كثيراً، ولما برزت الجمهوريات الإيطالية في العصور الوسطى، بدأ التجار يتقاربون ويتعاونون فيما بينهم، فنشأت هناك عدة شركات، ومن هنا دخلت فكرة الشخصية المعنوية، وذلك بسبب ازدهار التجارة مع الشرق وقد ساهم الفقه الإسلامي مساهمة فعالة في التطور القانوني لفكرة الشركة (١).

لقد أستطاع الفقه الإسلامي أن يؤثر في تكوين أسس وقواعد قيام الشركات عند الأوروبيين فضلاً عن المسلمين، غير أنه لما كانت القوانين الرومانية، والكنيسة مطبوعة بالتعقيدات الشكلية، ولا تساعد على نمو التجارة وازدهارها اقتبس الأوروبيون نظام المسلمين القانوني الرائع في المعاملات والخالي من التعقيدات والمأخوذ من الشريعة الإسلامية (٢)، وقد أسهب الأستاذ سانتيلانا عن الشريعة الإسلامية باعتبارها أساساً للتقنين التجاري الجديد في مقال له في الكتاب المعنون بـ " تراث الإسلام " [ The legacy of Islam ] والمطبوع في أكسفورد عام ١٩٣١م وقد اشترك في وضعه بعض المستشرقين (٣).

وهناك كثير من الأدلة لبيان هذا المعنى منها قوله تعالى: { وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ } وقوله عز وجل: { فَهَمْ شُرَكَاءَ فِي الثُّلُثِ }، وما جاء في حديث ابن أبي السائب ابن خباب مولى فاطمة بنت الوليد أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم: { كنت شريكاً في الجاهلية؛ فكنت خيراً شريكاً لا تداري ولا تماري }، وعند أبي داود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: قال الله تعالى: { أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما } (٤).

## المبحث الأول

### مفهوم عام لشركات المساهمة

عندما نبدأ بكلمة مفهوم لأي مصطلح نقصد به التعريف الشامل لهذا المصطلح، وعلى ذلك فإنني في هذا المبحث سأعرض لتعريف شركات المساهمة، في بعض القوانين، وبعض تعريفات الفقهاء لنخرج بعد ذلك للمفهوم العام لهذا المعنى، كما أنه من المعلوم بطبيعة الحال أنه يندرج ضمن إطار مفهوم الشركات المساهمة، خصائص وطبيعة شركات المساهمة، وهذا يعطينا تحديد ماهية هذا النوع من الشركات، من حيث خصائصها، وطبيعتها، والوظائف التي تقوم بها هذه الشركات، إذ أن إنشاء مثل هذه الشركات من الأهمية بمكان معرفة نجاحها واستمرارها لتعود بعد ذلك بالنتيجة والفائدة لأربابها، كما أنه ولا بد من معرفة تطور هذه الشركات، من حيث التشريعات التي مرت بها ونطاق تطبيقها في عالم الإنسان، وقد اشتمل هذا المبحث على أربعة مطالب جعلتها على النحو الآتي:

**المطلب الأول: تعريف شركات المساهمة.**

**المطلب الثاني: خصائص وطبيعة شركات المساهمة.**

**المطلب الثالث: الوظائف الاقتصادية لشركات المساهمة.**

**المطلب الرابع: التطور التشريعي لشركات المساهمة ونطاق تطبيقها.**

## المطلب الأول

### تعريف شركات المساهمة

عرف القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م في المادة الثانية منه شركة المساهمة: [ بأنها شركة ينقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، يمكن تداولها على الوجه المبين في القانون، وتقتصر مسؤولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها، ولا يسأل عن ديون الشركة إلا في حدود ما اكتتب فيه من أسهم، ويكون للشركة اسم تجاري يشق من الغرض من انشائها، ولا يجوز للشركة أن تتخذ من أسماء الشركاء أو اسم أحدهم عنواناً لها ] (٥).

أما القانون اليمني فقد تعرض في تعريفه لشركة المساهمة في أربع مواد، فقد نص في المادة "٥٩" من القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧م [ أن شركة المساهمة: هي الشركة التي يكون رأسمالها مقسماً إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول، ولايسأل المساهمون فيها إلا بقدر حصصهم في رأس المال ].

أما المادة "٦٠" من القانون اليمني فقد نصت على [ أنه يجب أن يكون اسم الشركة المساهمة مشتقاً من غرضها، ولايجوز أن يشتمل اسم الشركة المساهمة على اسم شخص طبيعي، إلا إذا كان موضوع الشركة استثمار براءة اختراع مسجلة باسم هذا الشخص، أو إذا تملكت الشركة عند تأسيسها، أو بعد ذلك مؤسسة تجارية، واتخذت اسمها اسماً لها، وفي جميع الأحوال يجب أن يضاف إلى اسم الشركة عبارة شركة مساهمة مكتوبة بالحروف الكاملة ].

وأما المادة "٦١" من القانون اليمني فقد نصت أنه [ لايجوز أن يقل عدد الشركاء في شركة المساهمة، عن خمسة ].

والمادة "٦٢" من القانون اليمني فقد نصت [ يجب أن يكون رأس مال شركة المساهمة كافيًا لتحقيق أغراضها، وألا يقل عن خمسة ملايين ريال، وأن لايقبل المدفوع منه عند الاكتتاب أو تأسيس الشركة عند طرح الأسهم على الاكتتاب العام عن ٢٠% من قيمة الأسهم ].

والمادة "٦٣" من القانون اليمني نصت [ لايجوز الجمع بين وظيفة عامة، وبين عضوية مجلس إدارة إحدى شركات المساهمة، أو الاشتراك في تأسيسها، أو الاشتغال بصفة دائمة، أو عرضية، بأجر أو بغير أجر، بأي عمل فيها ولو على سبيل الاستشارة، إلا إذا كان الموظف يعمل بصفته ممثلاً لجهة الحكومة ] (٦).

أما القانون السعودي فقد جاء في نظامه التجاري في المادة "٤٨" في المرسوم الملكي رقم ٦ لسنة ١٩٦٥م [ ينقسم رأس مال الشركة المساهمة إلى أسهم متساوية القيمة، وقابلة للتداول، ولا يسأل الشركاء فيها إلا بقدر قيمة اسهمهم، ولا يجوز أن يقل عدد الشركاء في الشركة المذكورة عن خمسة ]

والمادة "٤٩" من القانون السعودي تنص على [ لا يقل رأس مال شركة المساهمة التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام عن عشرة ملايين ريال سعودي، وفيما عدا هذه الحالة لا يقل رأس مال الشركة عن مليوني ريال سعودي، ولا يقل المدفوع من رأس المال عند تأسيس الشركة عن نصف الحد الأدنى، مع مراعاة ما تقضي به المادة "٥٨"، ولا تقل قيمة السهم عن خمسين ريالاً سعودياً ].

والمادة "٥٠" من القانون السعودي تنص على [ لا يجوز أن يشتمل اسم الشركة المساهمة على اسم شخص طبيعي، إلا إذا كان غرض الشركة استثمار براءة إختراع مسجلة باسم هذا الشخص، أو إذا تملكت الشركة مؤسسة تجارية، واتخذت اسمها اسماً لها ].

والمادة "٥١" من القانون السعودي تنص على [ يصدر وزير التجارة، قراراً بنموذج لنظام شركة المساهمة، ولا تجوز مخالفة هذا النموذج؛ إلا لأسباب يقرها الوزير المذكور (٧)].

وبخصوص التعريف لشركة المساهمة فكل هذه القوانين كانت متقاربة في سردها لتعريف شركة المساهمة، وكل القوانين بينت أن رأس مال الشركة ينقسم إلى أسهم متساوية القيمة، وإمكانية تداولها، ولا يسأل الشركاء أو المساهمون إلا بقدر حصصهم في رأس المال، أو في الأسهم التي اكتتبت فيها، كما يجب أن يكون للشركة اسم تجاري شريطة أن يكون مشتقاً من الغرض الذي أنشأت من أجله، وهنا تباينت النصوص بين هذه القوانين الثلاثة فالقانون المصري أكد بأن لا يجوز للشركة أن تتخذ من أسماء الشركات أو أسم أحدهم عنواناً لها، أما القانون اليمني والسعودي فبيّنا بأن لا تجوز أن تكون الشركة باسم شخص طبيعي، إلا إذا كانت براءة إختراع، أو إذا تملكت الشركة مؤسسة تجارية واتخذت اسمها اسماً لها، والقانون اليمني أضاف شرط وهو لا بد من إضافة عبارة [ شركة مساهمة ]، وبالنسبة لعدد الشركاء بيّن القانون اليمني والسعودي، بأنه يجب أن لا يقل عدد الشركاء عن خمسة، أما القانون المصري، فقد ذكر بأنه لا يجوز أن يقل عدد المساهمين عن ثلاثة، كما بيّنت كل القوانين، قيمة رأس المال المفترض تقديمه، فالقانون المصري ذكر في المادة "٤١" من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بإصدار قانون رأس المال ولائحته التنفيذية، يجب

ألا يقل رأس المال المصدر عند التأسيس لكل من شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم التي تطرح أسهماً لها للاكتتاب العام عن مليون جنيه على ألا يقل ما يكتتب فيه المؤسسون عن نصف رأس المال المصدر، ولا يجوز أن يزيد رأس المال المرخص به للشركات التي تطرح أسهماً لها في اكتتاب عام على خمسة أمثال رأس المال المصدر (٨)، أما القانون اليمني ذكر بوجوب كفاية رأس مال الشركة لتحقيق أغراضها، على أن لا يقل عن خمسة ملايين ريال يمني، وأن لا يقل المدفوع منه عند الاكتتاب العام عن ٢٠% من قيمة الأسهم، والقانون السعودي حدد رأس مال الشركة التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام ألا يقل عن عشرة ملايين ريال سعودي، وفيما عدا هذه الحالة يجب ألا يقل رأس مال الشركة عن مليوني ريال سعودي؛ ولا يقل المدفوع من رأس المال عند التأسيس عن نصف الحد الأدنى.

وفي هذه الجزئية فإن رأي الباحث يميل إلى ما ذهب إليه القانون اليمني في قوله: [ يجب أن يكون رأس مال شركة المساهمة كافياً لتحقيق أغراضها ]، وهذا يعني تسهيل للشركات في أن تعمل بقدر ما عندها من أموال بشرط أن تحقق أغراضها.

فالقانون اليمني اشترط عدم جواز الجمع بين وظيفة عامة وبين عضوية مجلس إدارة إحدى شركات المساهمة، أو الإشتراك في تأسيسها أو الإشتغال بصفة دائمة أو عرضية بأجر على سبيل الإستشارة إلا إذا كان الموظف يعمل بصفته أو بغير أجر في أي محلٍ فيها.

ومن نافلة القول يمكن ذكر تعاريف شركة المساهمة في بعض القوانين العربية والأجنبية لإثراء هذا الموضوع، فقد عرفها القانون الفرنسي في المادة "٧٣" من قانون الشركات التجارية [ هي الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم، والتي تتكون بين شركاء، لا يتحملون في الخسائر، إلا بقدر أنصبتهم... ]، أما القانون الألماني، والصادر في سبتمبر ١٩٦٥م فيشير إلى تعريف هذه الشركة في المادة "٦" بالقول بأنها هي: [ الشركة التي تتمتع بالشخصية القانونية، وتكون ذمتها هي وحدها ضمان الدائنين للالتزامات الشركة، وللشركة ذات الأسهم، رأس مال يقسم إلى أسهم].

ويقترّب من هذه التعاريف، بعض تعريفات التشريعات العربية لشركات المساهمة، منها التشريع العراقي في المادة "٣٠" من قانون الشركات التجارية، والقانون السوري في المادة "٨٨" من قانون التجارة، والقانون اللبناني في المادة "٧٧" من قانون التجارة، والقانون الكويتي في المادة "٦٣" من قانون الشركات التجارية (٩).

## المطلب الثاني

## خصائص وطبيعة الشركات المساهمة

## الفرع الأول

## خصائص شركة المساهمة

يمكن أن نستخلص من تعريف المشرع المصري لشركة المساهمة، خصائص الشركة فهي شركة ينقسم رأس مالها إلى أسهم، ولا يسأل المساهم فيها إلا في حدود حصته، واسمها يُشتق من غرضها، وسنتناول كل واحدة من هذه الخصائص على حده:  
**أولاً: شركة المساهمة هي شركة من شركات الأموال:**

نص المشرع المصري في المادة الثانية من القانون على أن: [ شركة المساهمة هي شركة ينقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة يمكن تداولها على الوجه المبين في القانون وتقتصر مسئولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها ولا يسأل عن ديون الشركة إلا في حدود ما اكتتب فيه من أسهم ويكون للشركة اسم تجارى يشتق من الغرض من إنشائها، ولا يجوز للشركة أن تتخذ من أسماء الشركاء أو اسم أحدهم عنواناً لها ] ويعني ذلك أن المشرع ينظر إلى شركة المساهمة على أنها عقد، كما قضى بأن ينصرف معنى تأسيس شركة المساهمة إلى اجتماع المؤسسين، لتوقيع عقد يحدد أسس الشركة وشروط عملها، فالشركة في إطار القانون المصري هي: عقد بمقتضاه يلتزم شخصاً أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، ومتى كان الأمر كذلك فيشترط في عقد شركة المساهمة، كافة الشروط الموضوعية المطلوبة في العقود، كالرضاء، المحل، السبب، والأهلية، ويتمثل شرط الرضا أن يكون المساهم على علم تام بكل تفاصيل المشروع المقدم على المساهمة فيه، حتى يمكن الاحتجاج في مواجهته بصحة الرضاء، وإن رضاه لم يشوبه أي نوع من الغبن أو التدليس، ونجد صدق ذلك في المسئولية الفعلية التي ألقاها المشرع على عاتق المؤسس، فالمشرع يريد أن يتأكد من رضاء المساهم عند الدخول في عقد شركة المساهمة، إنما كان رضاءً صحيحاً، وعلى ذلك إذ احتج المساهم بأن دوره في المساهمة في الشركة إنما كان نتيجة المعلومات التي قدمت إليه عند تأسيسها، وتبين له عدم صحة هذه المعلومات، وأثبت ذلك فإنه يستطيع أن يتوصل إلى إبطال العقد بل وينشأ له الحق في التعويض في مواجهه المؤسسين، ويجب التفرقة بين رضا المساهم عند تأسيس الشركة، ورضاء المساهم عند شراء أسهم الشركة بعد تأسيسها، فيعد بالرضا عند التأسيس، هي فترة تكوين عقد الشركة ومن ثم فيشترط توافر الإرادة الصحيحة عند تكوينه، أي رضا المساهم

شراء الأسهم في الشركة القائمة، ولكن لا يمس ذلك عقد الشركة ولا يؤثر عليه، والأساس في ذلك أن المساهم حين يقدم على شراء أسهم شركة قائمة فإنه يفترض فيه إستيفاء المعلومات في كل ما يتعلق بهذه الشركة، سواء من حيث مصلحة الشركات، أو السجل التجاري، أو بورصة الأوراق المالية، أو عن طريق سماسرة البورصة والبنوك التي للشركة تعامل معها، أو من أي مصدر آخر محتاج له، وهو في جمعه لهذه المعلومات لا يقصد عقد الشركة في ذاته، وإنما يقصد عقد تملك الأسهم المقدم على إبرامه، ومحل عقد الشركة هو الغرض الذي تكونت من أجله، ويشترط أن يكون مشروعاً وممكناً، وكذلك السبب يشترط أن يكون مشروعاً، ويلاحظ التفرقة هنا أيضاً بين توافر هذه الشروط عند إبرام عقد الشركة وعند شراء أسهم الشركة.

أما بالنسبة للأهلية، فيشترط أن يكون الشريك كامل الأهلية، فلا يجوز لناقص الأهلية أن يكون مساهماً في الشركة، وإنما يشترط في هذه الحالة أن ينوب عنه من له الصفة القانونية في التصرف نيابة عنه، بل إنه لا يجوز للقاصر الحاصل على إذن من المحكمة أن يكون مساهماً لأن الإذن الصادر هو إذن له بالإدارة وليس بالتصرف، والمساهمة في الشركة هي من التصرفات، لذلك يشترط أن يصير محله شخص إما كامل الأهلية، أو شخص له صفة قانونية كالولي، والوصي في التصرف نيابة عن القاصر، واشترط المشرع في القواعد العامة، أن يكون عقد الشركة بين طرفين على الأقل، إذ نص في المادة رقم "٥٠٥" من القانون المدني على أن الشركة هي: [ عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر ] فأقل عدد الشركاء المؤهلين عند المشرع لقيام الشركة أيّاً كان نوعها هو شخصان أي إرادتان، والعقد لا ينشأ إلا باتفاق إرادتين، إلا أن المشرع في قانون الشركات اشترط بالنسبة لشركات المساهمة، ألا يقل عدد الشركاء المؤسسين عن ثلاثة أشخاص ويعني ذلك أن المشرع اشترط لقيام شركة المساهمة توافر ثلاث إرادات أو بمعنى آخر اشترط لصحة عقد شركة المساهمة توافر ثلاث إرادات.

ونستخلص من ذلك أن من الخصائص الجوهرية لشركة المساهمة في إطار أحكام القانون المصري، إنها لم تنزل تعتمد على نظرية العقد في قيامها، وهذا يستخلص من العبارة التي استخدمها المشرع في صدر المادة الثانية من قانون الشركات، وهو تعريف شركة المساهمة حين قرر بأن شركة المساهمة هي شركة، لأن اصطلاح الشركة في إطار النصوص التشريعية له معنى قانوني محدد وعلى ما سبق إيضاحه، وألا يقل عدد الشركاء المؤسسين فيها عن ثلاثة (١٠).

## ثانياً: انقسام رأس المال إلى أسهم:

من الخصائص المميزة لشركة المساهمة، انقسام رأس المال فيها إلى أسهم وقد عبر المشرع عن هذه الخاصية حين نص في المادة الثانية من القانون على أن شركه المساهمة هي: [ شركة ينقسم رأس مالها إلى أسهم ] والسهم الواحد، هو حصة المساهم في رأس مال الشركة، ويعني ذلك أن المساهم شريك في الشركة كأبي شريك آخر في أي نوع من الشركات، والأساس في ذلك أن المشرع المصري حين نص في المادة رقم "٥٠٥" من القانون المدني على تعريف الشركة [ الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر، بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال، أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة ] فالمساهمة تكون بتقديم حصة من الأموال، أو من العمل، فالحصة التي يعينها المشرع، هي مقدار مساهمة الشريك في الشركة، والسهم هو مقدار مساهمة الشركة.

ويمكن القول بأن الحصة في شركات الأموال دائماً أموال نقدية أو عينية، أو عقود بنقود، كالأسهم في شركات المساهمة، وحصة الأسهم في شركات التوصية بالأسهم والحصص في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وفي جميع هذه الأنواع من الشركات، لا يطلق على الحصة تسمية السهم، واشترط المشرع أن يكون أسهم شركة المساهمة متساوية القيمة، وينصرف هذا المفهوم إلى جميع الجوانب التي يحتويها اللفظ، من حقوق والتزامات، وإن كان المشرع يقصد في هذا الصدد، أن يتساوى السهم الواحد في قيمة النقدية مع غيره من الأسهم، فإذا كانت قيمة السهم الواحد عشرة جنيهات فيشترط أن تكون هذه القيمة هي قيمة كل سهم من جميع الأسهم التي تصدرها الشركة، والسمة الجوهرية التي تكسب شركة المساهمة تميزها عن غيرها من أنواع الشركات، هي أن أسهم شركة المساهمة قابلة للتداول، وقد نص المشرع في المادة الثانية من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م على هذه الخاصية، حيث قرر أن أسهم الشركة يمكن تداولها، والتداول لفظ عام يشمل كافة أنواع التصرفات، فقد يكون التداول بسبب تصرف ناقل للملكية في أي صورة من الصور، كالبيع، وقد يكون بسبب تصرف ناقل للحيازة كالرهن، إلا أن الرهن ممكن أن يعود فلا يتداول، وتداول الأسهم هو أحد مميزات شركة المساهمة، لذلك حرص المشرع على النص على هذه الخاصية صراحة، واعتماد المشرع مبدأ تداول الأسهم، إنما يستند إلى فكرة أولية، وهي أن شخصية المساهم في شركة المساهمة ليست محل اعتبار، كما هو الوضع في شركات الأشخاص، فمثلاً: خروج الشريك من شركة الأشخاص، أو ما يصيبه من نقص أهلية أو إفلاس أو وفاة يؤثر على

عقد الشركة ذاته، ويظل الشريك مرتبطاً بعقد الشركة، إلى أن يتفق مع غيره من الشركاء على إنهاء علاقته بالشركة، أما شركة المساهمة وهي شركة أموال فالعبرة فيها برأس المال، وتراجع أمام هذا الاعتبار شخصية المساهم، لذلك أتاح المشرع للمساهم أن يرتبط بالشركة حتى ولو لم يكن من ضمن المؤسسين لها، دون أن يتأثر عقد الشركة في ذاته بهذه التصرفات، فإجازة المشرع تداول الأسهم أي إمكان انتقالها من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى، إنما هو في الواقع ترجمة دقيقة لتمييز شركة المساهمة عن غيرها من الشركات، والسهم ورقة مالية وليس ورقة تجارية، ومع ذلك أجاز المشرع انتقال ملكية الأسهم بذات الطريقة التي يتم بها تداول الأوراق التجارية، فيجوز أن يكون السهم لحامله، وفي هذه الحالة تختلط قيمته بالمستند الذي يحتويها فيتم تداوله بطريقة المناولة، أو التسليم العادي نقداً، غير المصحوب بأي إجراء، سواء كان هذا الإجراء وارد على مستند السهم التظهير كما في حالة الأسهم الأذنية، أو وارد على عملية التداول ذاتها، كقيد العمل في دفاتر الشركة، كما هو الوضع في حالة الأسهم الاسمية، ويجوز أيضاً تداول السهم بطريقة التظهير، يعني حوالة قيمة السهم من ذمة المساهم إلى ذمة المتعامل معه، وفي هذه الحالة يشترط لصحة عملية التظهير أن تتوافر في السهم ذاته الشروط الواجبة لإتمام عملية التظهير، وأهم هذه الشروط أن يكون السند أوفى للأمر، فإذا توافرت هذه الشروط في السهم، أمكن نقل ملكية الحق الذي يحتويه من مساهم إلى آخر بطريق الكتابة على ورقة السهم ذاتها، ولا يشترط أن ترد هذه الكتابة على ظهر ورقة السهم، وإنما يجوز أن تكون في أي مكان في الورقة، وإذ لم يوجد مكان بالورقة لكتابة التظهير يرد عليها التظهير، وإن كان يشترط في هذه الحالة ألا تكون هذه الورقة منفصلة عن الورقة الأصلية للسهم، ويجوز تداول الأسهم كذلك بطريق نقل قيدها إلى المالك الجديد في دفاتر الشركة، وهذه حالة الأسهم الاسمية، ويعني أسهم الاسمية أن قيمته مقيدة بدفاتر الشركة بإسم المساهم المالك لهذه الأسهم، ولذلك فإن أي تصرف يرد على السهم يجب أن يقيد في دفاتر الشركة، لإثبات انتقال ملكيته إلى الشخص الجديد (١١).

### ثالثاً: تحديد مسؤولية المساهم في حدود الأسهم:

تجرى التفرقة بين حدود مسؤولية الشركة، وحدود مسؤولية المساهم، فمسؤولية الشركة في حدود رأس المال، أما مسؤولية المساهم ففي حدود حصته هو في رأس مال الشركة، أي في حدود الأسهم التي يملكها، ويعني ذلك أن المساهم لا يسأل ما في ذمته الشخصية عن ديون الشركة، إذ لم تكف أموالها بالالتزامات الواقعة على عاتقها، وهذا عكس الوضع بالنسبة لحصة التضامن في شركات الأشخاص وشركات التوصية، إذ في هذه

الحالات يسأل الشريك في ذمته الشخصية عن ديون الشركة إذ لم تكف أموالها الديون الواجبة عليها، فالمساهم لا يكون مديناً للمتعامل مع الشركة وإنما هو مدين للشركة بقيمة ما يكون في ذمته من أسهم إذا لم يوف بقيمتها، فلا مسؤولية على المساهم أمام الغير عن تصرفات الشركة، فما يصيب الشركة من خسارة لا يترتب عليه نشأة الإلتزام بالضمان في ذمة المساهم، وهذا من تطبيقات إنحصار مسؤولية المساهم في شركة المساهمة في حدود الأسهم التي يملكها في رأس مال الشركة، ولا يكتسب صفة التاجر بإنضمامه إلى الشركة، كما لا تسقط عنه هذه الصفة لو كان تاجراً أو اكتتب أو اشترى أسهماً في شركة مساهمة، إذ صفة التاجر لا تكتسب بالاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة أو شراء أسهماً، إذ الاكتتاب في رأس المال أو شراء الأسهم، إنما هو وسيلة من وسائل استثمار الأموال، يتساوى فيها التاجر وغير التاجر، إذ استثمار المال ليس مهنة، وإنما هو تصرف من التصرفات الواردة على المال، سواء كان المال نقدياً أو عينياً، مع مراعاة معيار احتراف الأعمال التجارية، لكي يعتبر الشخص تاجراً وتحديد مسؤولية المساهم في نطاق ما يملكه من أسهم، وإن كان أحد الخصائص المميزة لشركه المساهمة، إلا أن المشرع في قانون الشركات خرج على هذا الأصل العام في بعض الحالات، ويبدو أن المشرع يقيم مبدأ تحديد مسؤولية المساهم على أساس مبدأ حُسن النية، فالأصل أن يحكم مبدأ حسن النية المساهم في مساهمته في الشركة، فإذا كان هناك خروج على هذا المبدأ فإن المشرع لا يعمل مبدأ تحديد المسؤولية ويوقف أثره في مواجهة المساهم من تطبيقات ذلك في إطار أحكام قانون الشركات ما نص عليه المشرع في المادة رقم "٨" من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م من اعتبار الشركة منحلّة إذا قلّ عدد الشركاء عن ثلاثة، ولم يتم استكمال هذا النصاب خلال ستة أشهر، ويكون من يبقى من الشركاء مسؤولاً في جميع أمواله عن التزامات الشركة خلال هذه المدة، فأقام للمشرع الشريك أو الشركاء للباقيين في الشركة بعد انتهاء هذه المدة ضامين لإلتزامات الشركة في أموالهما الخاصة، وما نصت عليه أيضاً في المادة رقم "١٠" من القانون نفسه من أن يكون المؤسسون مسؤولين بالتضامن عما التزموا به، فالمؤسس هو أحد المساهمين في الشركة والمفروض أن مسؤوليته لا تخرج عن نطاق حصته المتقدم بها في الأسهم، ولكن المشرع حدد نطاق مسؤولية المؤسس إلى غيره من المؤسسين، أقام التضامن فيما بينهم عما يكونوا قد التزموا به.

وهناك تطبيق آخر لخروج المشرع على مبدأ تحديد مسؤولية المساهم في حدود أسهمه والاشتراك في رأس مال الشركة، وهو ما نص عليه في المادة رقم "٥٢" من القانون نفسه، وهي المادة التي تناولت الحصة العينية المقدمة من المساهم في رأس مال الشركة، إذ نص المشرع في المادة المذكورة على أن يطلب المؤسسون، أو مجلس إدارة الشركة، سحب الأموال من مصلحة الشركات، والتحقق مما إذا كانت الحصة العينية المقدمة قد قدرت تقديراً صحيحاً، ولا يكون تقدير الحصص يترك نهائياً، إلا بعد إقراره من جماعه المكتتبين أو الشركاء، أما إذا كانت الحصة عينية؛ كان هؤلاء مسؤولين بالتضامن في مواجهة الغير عن الفرق بين القيمتين، فالمشرع هنا يقيم التضامن بين المساهمين، بحصة عينيه أمام الغير وهو ما يمثل خروجاً على المبدأ العام، وهو تحديد مسؤولية المساهم في حدود حصته في الأسهم، فطبقاً للمبدأ العام يكون كل مساهم مسؤولاً في حدود حصته المقدرة عن الحصة العينية وليس مسؤولاً عنها عن بقية المساهمين بطريق التضامن، فالتضامن هنا ليس من طبيعة عقد شركة المساهمة أو النظام القانوني الخاص بها وإنما هو تضامن مفروض بنص القانون حماية لمصالح غير المتعاملين مع الشركة من التقدير الخاطئ لقيمة الحصة العينية، ومن ثم لقيمة رأس المال كما نص المشرع في المادة رقم "٤٣" من القانون نفسه على أن لا يجوز توزيع الأرباح إذ ترتب على ذلك منع الشركة من أداء التزاماتها النقدية في مواعيدها، ويكون لدائني الشركة أن يطلبوا من المحكمة المختصة إبطال أي قرار صادر بالمخالفة لأحكام الفقرة السابقة، ويكون أعضاء مجلس الإدارة الذين وافقوا على توزيع الأرباح - أعضاء مجلس الإدارة هم أصلاً مساهمون في الشركة - أن يخضعوا للأصل العام، وهو أن تحصر مسؤولية كل منهم في حدود حصته في الأسهم، ومع ذلك أقام المشرع التضامن فيما بين أعضاء مجلس الإدارة في هذا النوع من التصرفات خروجاً على الأصل العام، وما نص عليه المشرع في المادة رقم "١٦١" من القانون من أن يقع باطلاً كل تصرف أو تعامل أو قرار يصدر على خلاف القواعد المقررة في هذا القانون، أو يصدر من مجالس إدارة شركات المساهمة أو جمعيتها العامة المشكلة، على خلاف أحكامه وذلك دون إخلال بحق الغير حسن النية، وفي حالة تعدد من يعزى إليهم سبب البطلان تكون مسؤوليتهم عن التعويض بالتضامن فيما بينهم، فالمشرع في هذا النص يقيم التضامن بين المكتتبين في بطلان التصرف من أعضاء مجلس الإدارة أو الجمعية العامة، وبطبيعة الحال جميع هؤلاء من المساهمين في الشركة، والمفروض أن تتحصر مسؤولية أي منهم في حدود حصته في الأسهم، وكان من الواجب على المشرع أن ينص على البطلان والتزام الشركة بالتعويض،

لأن التعويض تتحمل به الشركة وليس الشركاء متضامنين، إذ فرض التضامن بهذه الصورة يمثل تضامن في حدود حصصهم وليس خروجاً عن الأصل العام لشركات المساهمة وهو تحديد مسؤولية المساهم في حدود حصته في الأسهم.

#### رابعاً: اسم شركة المساهمة:

شركة المساهمة هي شركة أموال وليست شركة أشخاص، ويظهر أثر هذا الفرق في قيمة الشركة، فقد خشي المشرع إذ ما تم تسمية الشركة بأسماء أشخاص محددين أن ينصرف الانتماء إلى هذه الأسماء وليس إلى الشركة في ذاتها، وهو الأمر الذي يترتب عليه ارتباط الشركة بهذا الاسم، فتبقى ببقائه وتتأثر بما قد يطرأ عليها، كما هو الحال في شركات الأشخاص مما يؤثر على أموال باقي المساهمين، فإن المشرع نأى بشركة المساهمة عن ذلك فاشتراط أن يرتبط اسمها بالغرض الذي قامت من أجله، والسائد في تفسير ذلك أن المقصود من شركة المساهمة هو خوضها بمشروعات ذات طابع خاص ومؤثر في الحياة الاقتصادية، وإن كان الواقع أن المال هو سمة من سمات شركات المساهمة، فهناك شركات مساهمة لا يزيد عدد العاملين فيها على خمسة أشخاص، ومع ذلك فهي شركة مساهمة، وهناك شركات مساهمة تنتهي بأعمال تجارية من ذات الأعمال التي يقوم بها التجار الأفراد، ومع ذلك فهي شركة مساهمة يرتبط وجودها بوجود رأس المال، ولذلك رأى المشرع ألا يرتبط اسم الشركة باسم أحد الأشخاص، سواء كان من المؤسسين أو غيرهم، فنص المشرع في المادة رقم "٢" من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م على أن يكون للشركة اسم تجاري يشق من الغرض من إنشائها، ولا يجوز للشركة أن تتخذ من أسماء الشركاء اسماً لها، فالأصل أن يشق الاسم من الغرض الذي قامت الشركة من أجله، فإذا كان غرض الشركة التجارة فإنها تلتزم بأن يتركب اسمها من هذا النشاط، فالشركة التجارية أو شركة التجارة أو شركة التصدير أو الاستيراد أو شركة التجارة الحرة أو شركة التسويق والمبادلات التجارية أو غير ذلك من الأسماء، وإذا كانت شركة صناعية، فيشتق اسمها من المجال الذي تعمل فيه، كشركة سبك المعادن أو شركة الحديد والصلب أو شركة البترول أو شركة الفوسفات أو الشركة الصناعية أو شركة النشا والخميرة أو شركة السكر والعطور أو شركة الكبريت إلى غير ذلك من الأسماء، ويؤخذ على المشرع هنا أنه اشترط أن يكون للشركة [ اسم تجاري ]، وهذا تناقض للمبدأ العام الذي يقوم عليه القانون، إذ نص المشرع في المادة الأولى من الديباجة، على سريان أحكام القانون على شركات المساهمة بصرف النظر عن الغرض من

تكوينها، فقد يكون غرض شركة المساهمة مدنياً وليس تجارياً، ومع ذلك تخضع للقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م.

لذلك كان من الأفضل أن يتحرى المشرع وهو يورد هذا اللفظ، لإمكان أن تترتب عليه مشكلات كبيرة في نطاق العمل، ولعل الصحيح أن يكتفي بالقول بالتزام شركة المساهمة أن تختار اسمها من الغرض من إنشائها، سواء كان غرضها مدنياً أو تجارياً، وبطبيعة الحال إذ كان غرض الشركة تجارياً فسيكون الاسم تجارياً، وإذا كان مدنياً فسيكون الاسم مدنياً، كشركة المباني وشركة المحاجر وشركة الاستشارات، ومن هنا فإن ما تقدم هو الأصل وهو أن تتخذ الشركة اسمها من الغرض من إنشائها، ولكن المشرع نص على نطاق الحظر، إذ قرر في المادة الثانية من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م بأن لا يجوز للشركة أن تتخذ من أسماء الشركاء أو اسم أحدهم عنواناً لها، والنص بالصورة الحالية يوحي بأن الجملة الثانية إيضاح للجملة الأولى ولكن هذا الأمر غير مقبول، لأن المشرع لو كان يعني أن الجملة تكون إيضاحاً لترك ذلك لللائحة التنفيذية للقانون، ولكن نص المادة رقم "١/٥" من اللائحة التنفيذية مطابق تماماً للنص الوارد في التشريع، مما يعني أن المشرع يقصد معنى محدداً بخلاف مفهوم الإيضاح، لأن الجملة وارده في معنى المنع والحظر إذ نص المشرع على أن لا يجوز للشركة أن تتخذ من أسماء الشركاء أو اسم أحدهم عنواناً لها (١٢). وفي تقدير الباحث فإن ما ذهب إليه المشرع في القانون صحيحاً إذ أن أغلب التشريعات العربية نصت (١٣) على مانص عليه التشريع المصري، ومن هنا فإن مجموع هذه النصوص تؤكد ما ذهب إليه المشرع المصري، وهو اشتقاق اسم الشركة من الغرض الذي ستقوم به الشركة وهو الصواب.

## الفرع الثاني

### الطبيعة القانونية لشركة المساهمة

يكاد الفقه التجاري يجمع اليوم على أن مفهوم العقد لم يعد صالحاً، أو على الأقل لم يعد كافياً للإحاطة بمختلف جوانب النظام القانوني لشركة المساهمة (١٤).  
 فيرى الفقه التقليدي: أن المعيار الذي يتحدد بموجبه مصدر الالتزامات الناشئة بين الشركاء، هو العقد الذي يبعث في مرحلة سابقة للشركة للحياة، فتترتب بصورة آلية، الحقوق والواجبات، إذ أنه ينشئ شخصاً معنوياً من ناحية، ويرتب آثاراً تعاقدية تتمثل في الحقوق والواجبات من ناحية ثانية، والشركة هي الوضع القانوني الجديد الذي ينشئ حقوق الشركاء، ويرتب على عاتقهم التزامات لم تكن قائمة قبل التعاقد، هذا وأن عقد الشركة هو الذي يمنح الشركاء صفتهم القانونية الجديدة.

وتقدير هذه الفكرة: إن عقد الشركة لا يقوم على التعارض والتضارب بين مصالح عاقديه مثلما هو الحال في العقود الأخرى كقاعدة عامة، إذ أن حقوق طرفي العقد، هي التزامات واقعة على عاتق كل منهما، فالمصالح ليست واحدة ولا متحدة، وعلى عكس ذلك فإن التصرف المنشئ للشركة يقتضي أن تكون المصالح واحدة ومتحدة، تنصب على تحقيق هدف واحد هو الربح.

إن إتحاد المصالح الذي تقتضيه الشركة، يتيح فتح الباب أمام تعديل أحكام العقد بأغلبية تعاقديه، خلافاً لما هو عليه الأمر في باقي العقود، إذ لا يجوز تعديلها إلا بالإجماع إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، كون الإنسان لا يلتزم إلا بمحض إرادته، وفي الحدود التي يريدها، وبالكيفية التي يختارها،

هذا فضلاً على أن التصرف المنشئ للشركة لا يرتب إلا التزامات على عاتق أطرافه، ويرتب لهم حقوقاً، بل يتجاوز ذلك كله فينبني عنه نشوء كائن قانوني جديد، فعقد الشركة يترتب عليه قيام شخصية معنوية جديدة، الذي هو الشركة التي تسيطر على إرادة الشركاء، وهو ما دفع جانباً من الفقه إلى القول بأن الشخصية المعنوية للشركة قد تمردت على العمل الإرادي المنشأ لها وطغت عليه تماماً، فشركة المساهمة لا تتماشى مع فكرة العقد فيها، بسبب تدخل المشرع بنصوص قانونية آمرة، لينظمها حماية للإدخار، ورعاية للمصالح العامة، وأصبح تأسيسها عملاً

### المطلب الثالث

#### الوظائف الاقتصادية لشركات المساهمة

تعتبر شركات المساهمة الشكل الأمثل لاستغلال المشروعات الكبرى، التي تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة، لما لهذه الشركات من قدرة خاصة على تجميع وتركيز رؤوس الأموال ووضعها في خدمة المشروعات الكبيرة الحجم (١٦).

ثم تطورت شركات المساهمة مع تطور النظام الرأسمالي ودخوله إلى المرحلة الاحتكارية، فظهرت مجموعات الشركات، لتدفع بمعدلات تركز رؤوس الأموال وتركز السلطة الاقتصادية إلى أبعاد جديدة غير مسبقة.

وإذا كانت مجموعات الشركات قد ظهرت في البداية على المستوى القومي، فإنها ما لبثت أن انتقلت إلى المستوى العالمي، عندما دخل النظام الرأسمالي إلى مرحلة دولية الإنتاج، تلك المرحلة التي بدأت تتضح معالمها مع مطلع النصف الثاني من القرن العشرين، حيث أصبحت العملية الإنتاجية داخل المشروع الرأسمالي تتم لا على المستوى القومي - كما كان يحدث في الماضي - وإنما على المستوى العالمي، بحيث بدأ الاقتصاد العالمي يحل تدريجياً محل الاقتصادات القومية المختلفة، كإطار لعملية الإنتاج الرأسمالي، وهكذا خرجت إلى الوجود مجموعات الشركات المتعددة الجنسيات، التي أصبحت تهيمن اليوم هيمنة كاملة على الإنتاج، والتجارة على المستوى الدولي (١٧).

وترجع هذه القدرة الخاصة والفريدة لشركة المساهمة، على أداء كل هذه الوظائف الاقتصادية إلى الخصائص الذاتية للسهم، بحيث يمكن القول، بأن السهم هو في نهاية الأمر، المصدر الأساسي لتلك الحيوية الدافقة، التي تتميز بها شركة المساهمة، والتي جعلت منها الشكل الأمثل لاستغلال المشروعات الرأسمالية الكبرى (١٨).

ومن هنا فإنه يتعين علينا ذكر خصائص الأسهم والتي بدورها تقوم بالوظائف الاقتصادية في دعم الاقتصاد القومي.

#### خصائص الأسهم:

١- التداول والتنازل: لاتقوم شركات المساهمة، على الثقة الشخصية المنبثقة بين الأشخاص المكونين لها وحملة أسهمها، وإنما في الغالب الأعم، الشركاء فيها يجهلون بعضهم، ولا يسعون للمعرفة فيما بينهم (١٩)، ويكون ذلك عند الاكتتاب شيئاً ما إذ الشركة في أول عهدها، ويحاول المكتتبون الاطمئنان على أموالهم، ولكن بعد تداول الأسهم وطرحها

في سوق الأوراق المالية يكون عدم التعارف هو الأصل، فإدماج السهم في سند إثباته يعطي المساهم حرية كبيرة في التصرف فيه.

وجعل القانون المصري الأسهم اسمية، ومحركة بأسماء أصحابها، ويكون التنازل عنها بقيد التصرف في سجلات الشركة ودفاترها، وكذلك بالقيد في السجلات الموجودة بسوق الأوراق المالية، وفي القوانين الأخرى، يكون السهم لحاملة إذا ما نص النظام على ذلك، ولكن لا يمكن أن يكون لحامله قبل الوفاء بكامل قيمته، فيظل اسماً حتى يتم الوفاء بكامل قيمته، وإلا لما تمكنت الشركة من المطالبة بمالها في ذمة حامله المجهول لديها، ويحصل المكتتب (٢٠) عند الاكتتاب، على شهادة مؤقته باكتتابه في الشركة، تُستبدل بعد تمام التأسيس تلك الشهادة بأسهم الشركة، وهذه الأسهم تكون عادة بكوبونات لصرف الأرباح، وفي الحصص العينية لا تفصل الأسهم مقابلها من كعوبها إلا بعد صدور ميزانيتين عن الشركة بعد تأسيسها، وإذا ما أُعطيت للمساهم يختم عليها بما يفيد أنها أسهم حصته وأنها لا تتداول، هذا القيد بالنسبة للأسهم مقابل الحصة العينية، لا يوجد مثله بالنسبة للحصص النقدية (٢١).

٢. ضالة القيمة الاسمية: ومما يتميز به السهم ضالة قيمته الاسمية، مما يشجع على اجتذاب المدخرات الصغيرة نحو المشروعات الصناعية والتجارية الكبرى، لهذا السبب فقد كان الاتجاه التشريعي في كافة الدول الرأسمالية المتطورة منذ بداية القرن التاسع عشر يتجه نحو تخفيض الحد الأدنى لقيمة السهم، وهو الاتجاه المعروف بديمقراطية الأسهم، أي تمكين صغار المدخرين من أن يصبحوا بدورهم مساهمين، مما أدى إلى ازدياد أعداد صغار المساهمين في الشركات الكبرى، وطبيعي أن المساهم الصغير بسبب ضالة حصته لا يعني كثيراً بممارسة حقوقه في الإشراف والرقابة على القائمين بإدارة الشركة، فمثل هذا المساهم لا يحضر عادة جلسات الجمعية العمومية للمساهمين، حيث أن غياب ظاهرة المساهمين كانت من أهم الظواهر التي شغلت انتباه فقهاء القانون التجاري لوقت طويل، وهي المسؤولة عن العديد من التطورات القضائية والتشريعية التي عرفها النظام القانوني لشركات المساهمة منذ أكثر من نصف قرن، ويمكن القول باختصار أن هذه الظاهرة كان لها الفضل الأول في لفت الأنظار إلى حقيقة الفجوة القائمة بين التصور النظري لشركة المساهمة وحققتها الفعلية كما تتجسد في الواقع العملي، وهي الفجوة التي حاول الفقه والقضاء والمشرع سدها أعلى الأقل أن يضيق منها، ويبقى أن المساهم يجهل تقريباً كل شيء عن أمور شركته، ولا يعني من أمرها إلا قبض أرباحه السنوية، من هنا جاء الانفصال بين الشريك والمساهم والشركة، الأمر

الذي أدى إلى سيطرة كبار المساهمين المهيمنين على مجلس الإدارة على مقدرات الشركة، مستخدمين في ذلك أساليب ووسائل عديدة لعل من أهمها: نظام التفويض على بياض Pouvoir en blanc، الذي كان دون جدال أهم معول في هدم الصرح الديمقراطي النظري لشركة المساهمة (٢٢).

#### المطلب الرابع

##### التطور التشريعي لشركة المساهمة ونطاق تطبيقها

ذكرنا في المقدمة بأن أصول عقد الشراكة ظهرت في العهد الروماني، وبعد هذه الفترة انتشرت أصناف الشركات المتنوعة، ويهمننا هنا شركات المساهمة، فمن طليعة الدول التي نشأت فيها شركات المساهمة هي إنجلترا ففي عام ١٥٩٩م أنشأت إنجلترا شركة الهند الشرقية، بإذن من الملكة اليبابات ونجحت هذه الشركة نجاحاً عظيماً، واقتفت الدول الأوربية أثر إنجلترا، فأنشأت هولندا في سنة ١٦٠٢م شركة الهند الشرقية، وأنشأت فرنسا شركة الهند الشرقية في سنة ١٦٦٤م، وكان هدف تلك الشركة هو استغلال الأرض البكر في الهند، واستعمار تلك الأقاليم؛ لهذا كانت تُنشأ بإذن ملكي (٢٣).

ولقد كانت حركة الاستكشافات الجغرافية في القرن الخامس عشر هي المحرك الأساسي لظهور تلك الشركات، نظراً لما حققته البعثات البحرية الأولى من أرباح طائلة، ففي سنة ١٥٣٣م أنشأ التجار الإنجليز [ أخوية وشركة التجار المغامرين لاكتشاف المناطق والأقاليم والجزر المجهولة ]، ولقد كانت من أهم ما سعت إليه هذه الشركة هي التجارة مع البلاد الروسية، وخاصة منطقة موسكو، ولقد قسم رأس مال هذه الشركة إلى ٢٤٠ سهماً قيمة كل سهم ٣٥ جنيهاً استرلينياً، غير أن حياة الشركة كانت موقوتة برحلة بحرية واحدة، تقسم بعدها الأرباح على الأعضاء الاخوية، الذين كانوا يجددون الشركة في كل رحلة، ومع تعدد الرحلات وتراكم الأرباح أصبحت هذه الشركة - التي تعتبر بحق أصل شركة مساهمة بصورتها الحالية - إحدى المؤسسات القانونية الرئيسية للرأسمالية التجارية، ومع بداية القرن السابع عشر دفعت الأرباح الخيالية التي حققتها التجارة مع المستعمرات المكتشفة كثيراً من أصحاب الأموال في إنجلترا وهولندا وفرنسا . أئمة الحركة الإستعمارية آنذاك . دفعتهم إلى تكوين شركة ضخمة على غرار اخوية التجار المغامرين الإنجليز (٢٤).

والتشريع المصري بالنسبة لشركات المساهمة قد تطور تطوراً كبيراً، فالشركة مقفلة العنوان (المساهمة) لم يُعن بها الأمر الملكي الصادر سنة ١٦٧٣م، ولم يبين أن مسؤولية المساهمين، تكون محدودة فيما يقدمونه للشركة من أموال إلا إذا اشترط ذلك في

عقد الشركة وكانت الشركات المنشأة في ظل هذا القانون أقرب ما تكون إلى القانون العام منها إلى القانون الخاص، ولما أعلنت الثورة الفرنسية حرية التجارة والصناعة، لم تستطع تلك الشركات، الاستفادة من هذه الحرية، وذلك لنظر رجال الثورة إليها نظرة ريبية من الاحتكار والمضاربة، فصدر مرسوم في ٢٤ أغسطس ١٧٩٣م وأخضع الإذن بتلك الشركات للسلطة التشريعية، وفي العام التالي مباشرة صدر مرسوم بإلغاء كل شركات المساهمة، وفي السنة الرابعة من الثورة صدر مرسوم يبيح إنشاء تلك الشركات بلا قيد ولا شرط.

وسميت شركات المساهمة باسم [Societe anonyme] أي الشركة مجهولة الاسم (مقفلة العنوان) وكان هذا الاصطلاح يطلق قديماً على شركات المحاصة المستترة، ولكن أطلق على الشركة التي ليس فيها شريك متضامن، ومن ثم تكون خالية من العنوان، وكان الإذن الحكومي من الصعب الحصول عليه، ولهذا لم تنتشر هذه الشركة في تلك الآونة، وعزف رجال المال والأعمال عنها إلى غيرها، وفي سنة ١٨٦٧م استطاع الرأسماليون الحصول على حق إنشاء شركات المساهمة بدون إذن حكومي، فقد صدر في ٢٤ يوليو سنة ١٨٦٧م قانون لإباحة ذلك في المستقبل في المادة "١٢" منه، وهذا القانون ظل تقريباً خلال قرن الوثيقة الأساسية لشركات المساهمة، وإن كانت التعديلات الكثيرة له مسّت الكثير من أجزائه لكنها لم تلغها، فجاءت تعديلات بشأن أنواع الأسهم، وإجازة إصدار أسهم متنوعة وبعلاوة إصدار، وأخرى لحماية الإدخار والمال وثالثة لإشراك العمال في الإدارة والأرباح(٢٥).

وهنا يذكر الدكتور محمد صالح: [ أن العمال أحسوا بحقوقهم، وأنهم يأنسون إلى المصنع أكثر مما يأنس المساهمون، فاحتل العمال الفرنسيون المصانع سنة ١٩٣٦م دون أن يدركوا أنهم اعتدوا على حقوق الغير، بزعم أنها مصانعهم، وأن العامل لا يعمل في خدمة رأس المال ولكنه يعاون رأس المال في تحقيق الأغراض التي من أجلها أسست المؤسسة، ومن الخطأ التحدث عن التعارض بين مصالح العمال ورأس المال، والصواب التحدث عن تضامن عناصر المؤسسة، فإذا تراجع المال تحطمت المؤسسة، وإذا أخطأ رب العمل تأرجحت المؤسسة، وإذا لم يبذل العمال الجهود اللازمة أو أسرفوا في مطالبهم، فلن تستطيع المؤسسة أن تستمر في الإنتاج(٢٦).

ومن نماذج شركة المساهمة شركة قوقل [ google ]، والتي جعلت من العامل فيها هو الأول والأخير في الشركة، فأحسنت إليه ففي محاضرة في كلية دبي للإدارة الحكومية، ألقاها مؤسس ورئيس المنتدى الاقتصادي العالمي «كلاوس شواب» الذي كان

يتحدث عن النظام العالمي الجديد، وخصوصاً فيما يتعلق بتنافسية الشركات عابرة القارات في مختلف أقاليم العالم، وكان مما قاله شواب: إن العالم يظن بأنه يهدف إلى أحضان العولمة، بينما هو في الحقيقة قد تعدى العولمة، إلى مفهوم جديد أنتت به إحدى أكبر الشركات في العالم، وهي شركة «قوقل» حيث تقود الشركة اليوم، توجهاً جديداً يعرف «بالقولقة» وهي مرحلة ما بعد العولمة، حيث استطاعت قوقل أن تجعل المعلومة هي معيار التنافسية الحقيقية في الأسواق العالمية، واستطاعت أن تبيع المعلومة كسلعة سهلة المنال ولكن صعبة الإنتاج، فمحرك قوقل للبحث الذي أصبح مصطلحاً في اللغة الإنجليزية معناه «ابحث» تفوق على منافسه العالمي «ياهو» الذي طالما كان في مقدمة الركب، بل إن محرك قوقل أصبح هو الذي يضع القواعد الجديدة للبحث ومن ثم تتبعه محركات البحث العالمية الأخرى، وكان السر في وصول قوقل التي أنشأها طالبان من جامعة ستانفورد في أواخر التسعينيات، هو اعتماد مؤسسيها على تكوين معادلات رياضية فريدة تستطيع أن تفكر. إن صح التعبير. مع الباحث وتأتي له بالمعلومة في أسرع وقت ممكن، ولذلك يُقال إنه إذا لم تجد ما تبحث عنه في أول عشر نتائج تعرضها لك قوقل فمعنى هذا أن ما تبحث عنه غير موجود على الإنترنت، وعندما بدأت قوقل العمل قامت بتوظيف ٦٠٠ خبير وعالم رياضيات ليعملوا على مدار الساعة على تطوير المعادلات الرياضية المستخدمة في البحث على الإنترنت، وبالتالي رفع فعالية استخدام المحرك، واليوم لا توظف قوقل إلا خريجي الجامعات الكبرى مثل MIT وغيرها من خبراء التكنولوجيا والرياضيات والهندسة بمختلف أنواعها، ولأنها تعتمد على الموظفين اعتماداً كلياً في استمرار تقدمها على منافسيها، أولت قوقل راحة الموظفين، وتلبية احتياجاتهم، أهمية قصوى تصدرت مؤخراً الدراسة التي قامت بها مجلة «فورتشن» الأميركية حول أفضل مائة شركة للعمل فيها، وحصلت على المركز الأول بلا منازع، ففي حرم الشركة الذي يقع في ولاية كاليفورنيا تتوفر جميع احتياجات الإنسان، حيث ينتشر في أرجائه ١١ مقهى ومطعماً، يقدمون مختلف أنواع المأكولات للموظفين «مجاناً» وطوال النهار، ولقد أخذت إدارة المطاعم والمقاهي في عين الاعتبار الموظفين النباتيين وأولئك الذين يبحثون عن الأكل العضوي والذين يتبعون لحماية معينة، لذلك يجد الموظف في هذه المطاعم جميع ما يشتهي ويرغب من مأكولات.

وفي حرم الشركة أيضاً تنتشر حمامات السباحة، والصالات الرياضية، وصالات الألعاب الإلكترونية والبللياردو، وغيرها من وسائل ترفيهية يرتادها الموظفون بين الفينة والأخرى، ففي قوقل لا توجد هناك ساعات معينة للعمل، والإنتاجية تقاس بالنتائج وليس

بالحضور والانصراف على الوقت، كما تقدم قوقل خدمات الغسيل والكوي مجاناً للموظفين، وهناك حلاقين ومراكز تجميل ومحلات للتدليك والعلاج الطبيعي بالإضافة إلى مراكز لتعليم لغات أجنبية كالمندرين واليابانية والأسبانية والفرنسية، وذهبت قوقل إلى أبعد من ذلك، فوفرت مكتباً يقدم خدمات شخصية للموظفين، كحجز غداء للموظف وزوجته في أحد مطاعم المدينة... كل هذا مجاناً.

وفي قوقل يولي المسؤولون صحة الأفراد الشخصية أهمية بالغة، فهناك عيادات طبية متوفرة للموظفين مجاناً، وهناك دراجات تعمل بالكهرباء للموظفين حتى ينتقلوا من مكان إلى آخر داخل حرم الشركة بسهولة ويسر، كما قامت الشركة بتزويد الحافلات التي تنقل الموظفين من منازلهم، إلى مقر الشركة بشبكة إنترنت لاسلكية حتى يستطيع الموظف أن يستخدم كمبيوتره المحمول داخل الحافلة، وهي فكرة أنت بها إحدى الموظفات التي استغربت من ردة فعل المسؤولين الذين ما إن سمعو بالفكرة حتى طبقوها دون نقاش أو دراسة، وهو أمر لم تعهده هذه الموظفة في الشركات التي عملت بها من قبل، وحتى يشعر الموظفون بأنهم يعملون في بيئة أشبه ببيوتهم، وكجزء من مشاركتها واهتمامها بالحفاظ على البيئة فإن قوقل تقدم مساعدات قيمتها خمسة آلاف دولار للموظفين الراغبين في شراء سيارات تعمل بالطاقة البديلة، وفي قوقل إذا قام موظف ما بترشيح شخص جيد لإحدى الوظائف الشاغرة في الشركة وتم توظيفه فإنه يحصل على مكافأة قيمتها ألفا دولار، وكبادرة لطيفة من الشركة فإنها تعطي كل موظف رزق بمولود جديد، خمسمائة دولار عند خروج طفله من المستشفى، حتى يستطيع أن يشتري مستلزماته الأولية دون قلق.

قبل فترة ليست بالقصيرة قامت موظفة تبلغ من العمر ٢٧ عاماً بتطوير برنامج يخول متصفح قوقل البحث في ملفات الكمبيوتر الشخصي للمتصفح، وبعد أن تم تطبيق الفكرة كرمت الموظفة في حفل بهيج ومنحت مليون دولار، مكافأة لها على فكرتها المتميزة، وفي ردة فعل قالت الموظفة لوسائل الإعلام إنها تعدهم بأنها لن تعمل في شركة أخرى غير قوقل.

يقول أحد المسؤولين في قوقل، بأن إدارة الشركة تواجه صعوبات في إقناع الموظفين لمغادرة مكاتبهم في المساء والذهاب إلى بيوتهم، فهم يحبون عملهم أكثر من أي شيء آخر، وبالرغم من أن هذا الأمر يكلف الشركة أموالاً إدارية طائلة كاستخدام الكهرباء والمأكولات وغيرها، إلا أن الشركة ترفض تقليص الصرف على هذه الجوانب، فراحة موظفيها هي أهم شيء بالنسبة لها.

بدأت قوقل عملها في بداية التسعينات بتمويل قيمته مليون دولار، وبعد ثمان سنوات تقريباً من بدايتها بلغت قيمة قوقل السوقية ١٥٠ مليار دولار، وهي على الرغم من ذلك لازالت تعمل بنفس الروح والثقافة المؤسسية التي كانت تعمل بها قبل ثماني سنوات، حتى أصبح مشاهير العالم كرئيسة وزراء بريطانيا السابقة مارغريت تاتشر، والفائز بجائزة نوبل للسلام عام ٢٠٠٦ محمد يونس، وغيرهم يفدون على حرم الشركة ليتزودوا بالطاقة الإنسانية التي تنبع من موظفي قوقل الشغوفين بالإبداع والابتكار.

في مقابلة مع بعض موظفي قوقل قالت إحدى الموظفات: حتى لو لم تدفع لي قوقل راتباً شهرياً فإنني سأظل أعمل فيها، قد يصعب على شركائنا العربية أن تجاري قوقل في ثقافتها المؤسسية، وقد يقول البعض إن ما تقوم به قوقل هو ضرب من ضروب الخيال، وقد نختلف معهم أو نتفق، ولكنه ليس صعباً علينا أن نبني ثقافة مؤسسية محورها الإنسان، فشركة قوقل التي يؤم موقعها الإلكتروني البسيط جداً قرابة نصف مليار شخص شهرياً، لم تكن لتستطيع هي وغيرها من الشركات أن تصبح عالمية لو أنها اهتمت بالتكنولوجيا وأهملت الإنسان.

مثل هذه الشركة كيف أن نجاحها يصل إلى حد الخيال مع أن كل الشركات مقصدها الربح لكنها لا تهتم بالكيان البشري فحينها لا يستطيع الإنسان أن يعطي الشركة بقدر ما يريد أن يأخذ منها.

### الخاتمة

وأنا إزاء إتمام هذه الرسالة الموسومة بـ (الحوكمة في شركات المساهمة المغلقة) أحمد الله أولاً وآخرًا، فالحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، كما أسأله تعالى بعد أن وفقني لكتابة أسطرها، أن تلقَ لها قبولاً، وأن قدمتُ للمكتبة القانونية شيئاً جديداً ينفع، ولا أزعجُ أنني قد وقّيت الموضوع من جميع جوانبه، فالعمل البشري يعتريه النقص والنسيان والخطأ، لكن هذا جهد المقل وحيلة طالب علم قدم من اليمن إلى مصر ليخرج بهذه الأطروحة، إلا أنني أحسب نفسي قد وضعت على المختصين بعض ما يمكن الاستفادة منه، وقد جمعتُ هذه المادة عمّا يزيد من مائتين مرجع، وقد سافرت هنا وهناك لأجمع هذه المراجع، وساعدي في بعضها الدكتور رضا السيد عبدالحميد المشرف على هذه الرسالة فله مني شكراً جزيلاً.

وعلى هذا وفي نهاية هذا البحث خلصتُ إلى بعض النتائج والتوصيات وهي كالآتي:

### النتائج والتوصيات:

- يمكن أن نخرج بنتائج وتوصيات بعد الإنتهاء من هذا البحث، ونجعلها على شكل نقاط ليستفيد قارئها على وجه السرعة والدقة في آن واحد وهي:
- أكثر القوانين عرفت الشركة المساهمة، وخلصتُ لتعريف القانون اليمني لها أن شركة المساهمة: هي الشركة التي يكون رأسمالها مقسماً إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول، ولايسأل المساهمون فيها إلا بقدر حصصهم في رأس المال، وذلك لعدم اشتراطه جواز الجمع بين وظيفة عامة وبين عضوية مجلس إدارة إحدى شركات المساهمة، أو الإشتراك في تأسيسها أو الإشتغال بصفة دائمة أو عرضية بأجر على سبيل الإستشارة إلا إذا كان الموظف يعمل بصفته أو بغير أجر في أي محلٍ فيها، وكذا لذكره العلة من تحديد رأس المال وذلك بأن يكون رأس مال شركة المساهمة كافياً لتحقيق أغراضها.
  - إن شركة المساهمة شركة تم تأسيسها على عقد رضائي بين عدد من المساهمين؛ ليكونوا شركاء وتكون مسؤوليتهم في حدود أسهمهم، على أن يشتق اسم الشركة من الغرض الذي ستقوم به الشركة.
  - إن عقد الشركة لا يقوم على التعارض والتضارب بين مصالح عاقديه مثلما هو الحال في العقود الأخرى كقاعدة عامة، إذ أن حقوق طرفي العقد، هي التزامات واقعة على عاتق كل منهما، فالمصالح ليست واحدة ولا متحدة، وعلى عكس ذلك،

فإن التصرف المنشأ للشركة يقنضي أن تكون المصالح واحدة ومتحدة، تنصب على تحقيق هدف واحد هو الربح.

- من المفترض التفريق بين المساهم والمؤسس، والتفريق هو أن كل مؤسس مساهم وليس كل مساهم مؤسس، وهذه المعادلة تحفظ للمؤسسين مخاطرتهم، حيث أنه ليس كل من خاطر بماله في نجاح المشاريع التي لم يكتب لها النجاح بعد، كمن قدم مالا في مشاريع ناجحة ضامناً في أقل الأحوال رأس ماله إن لم يكن قد ضمن بعض الفوائد بحكم نجاح الشركة، كما أن حق الإمتياز للشركة يجب أن لا يُعطى إلا للمؤسسين الذين بأموالهم كان للشركة النجاح.
- بعد أن يتم قيد الشركة في السجل، فإنها تكتسب الشخصية الاعتبارية وبكسبها الشخصية الاعتبارية، فإن إشهارها أصبح بمثابة إعلان للجمهور، وتعريف الناس بهذه الشركة.

## الهوامش

- (١) أ. يوسف عبدالفتاح المرصفي، الشركات بين الفقه الإسلامي والقانون، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، قسم الشريعة الإسلامية، ص ١١، ١٢.
- (٢) د. يوسف عبدالفتاح المرصفي، الشركات بين الفقه الإسلامي والقانون، ص ١٢، مرجع سابق.
- (٣) د محمد كامل أمين ملثن، الشركات، ص ١١ بند ١٠ طبعة سنة ١٩٥٧م.
- (٤) سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تأليف: دار الفكر، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد في سننه ج ٣، ص ٢٥٦، باب الشركة.
- (٥) قانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م بشأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة في القانون المصري.
- (٦) قانون الشركات التجارية اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧م بشأن الشركات التجارية.
- (٧) نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم رقم ٦ لسنة ١٩٦٥ مع تعديلاته.
- (٨) القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بإصدار قانون سوق رأس المال ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الإقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣م والقوانين والقرارات المكملة والمنفذة لأحكام المحكمة الدستورية العليا طبقاً لأحدث التعديلات المادة "٤١" ص ٧٥، الطبعة ٢٢، ٢٠١١م.
- (٩) د. أبو زيد رضوان، شركات المساهمة وفقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م والقطاع العام، دار الفكر العربي ط ١٩٨٣م، ص ٢٤.
- (١٠) المحامي طارق مجاهد العربي alaraby\_leuer2005@yahoo.com منقولاً من موقع المحامي العربي بتصرف يسير، وانظر المادة "٨" من القانون رقم "١٥٩" لسنة ١٩٨١م.
- (١١) المحامي طارق مجاهد العربي alaraby\_leuer2005@yahoo.com منقولاً من موقع المحامي العربي بتصرف يسير.
- (١٢) المحامي طارق مجاهد العربي alaraby\_leuer2005@yahoo.com منقولاً من موقع المحامي العربي بتصرف يسير.
- (١٣) كالقانون اليمني، الذي نص في المادة "٦٠" يجب أن يكون اسم الشركة المساهمة مشتقاً من غرضها، ولا يجوز أن يشتمل اسم الشركة المساهمة على اسم شخص طبيعي، والقانون السعودي في المادة "٥٠" لا يجوز أن يشتمل اسم الشركة المساهمة