

الجُرْمُونَدِيَّةُ الْعَلِيَّةُ  
الْحُكْمَةُ الْعَلِيَّا  
الْمَكْتَبُ الْفَنِيُّ



# مُدْرِسَةُ الْبَحْثِ وَالْعِرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ وَالشَّرِعيَّةِ

مجلة علمية متخصصة تهتم بالبحوث والدراسات القانونية والشرعية

يصدرها

المكتب الفني بالمحكمة العليا أربع مرات في السنة

العدد: (5)  
سبتمبر 2006م

لشیعیان الحرم الحرام

# الروح المصانة

مجلة علمية متخصصة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والشرعية

لصوص

المكتب الفني بالمحكمة العليا أربع مرات في السنة .

## العدد : الخامس

سینما ۲۰۰۶

الآراء والتعليقات تعبر عن آراء الكَتَابِ، ولا تعبر  
بالضرورة عن اتجاه قضائي لدى المحكمة، أو رأي الجهة  
التي يعمل لديها الكاتب، ولا تعاد المواد لهم نشرت أو لم  
تنشر .

# المحتويات

رقم الصفحة	الكاتب	الموضوع
٤	القاضي / فيصل عمر متى	كلمة العدد
٧	القاضي / فيصل عمر متى	الطعن بالنقض لمصلحة القانون
٢٩	القاضي د. / محفوظ عمر خميس	المبادئ الأساسية والهامة التي تسود الخصومة
٦٩	القاضي / حسين محمد المهدى	أحكام الحق الفكري (العلامات والأسماء التجارية)
١٤٣	القاضي / عمر حسين البار	الأدلة الكتابية والقرائن (قانوناً وفقهاً )
١٦٩	القاضي / يحيى محمد الماوي	استقلال القضاء

## حملة الفساد

الفساد في اللغة تقىض الصلاح ، والمفسدة خلاف المصلحة ، والفساد قد يصيب كل شيء ، السياسة والاقتصاد ، والدين ، والأخلاق .. الخ . ولقد صادقت بلادنا على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ويقصد بالفساد في هذه الاتفاقية : الرشوة واحتلاس الممتلكات أو تبديدها أو تسريحها بشكل آخر ، والتجارة بالنفوذ ، واستغلال الوظيفة ، والإثراء غير المشروع وغسل العائدات الإجرامية ، وإعاقة سير العدالة في شأن تلك الجرائم ، وهي أفعال لا يخلو دين سماوي من تحريمها ولا يخلو قانون عقابي وضعى من تجريمها ، والتعاون الدولي بشأن مكافحتها مطلوب .

إن ديننا الإسلامي حرم الرشوة والاحتلاس والإثراء غير المشروع وعموماً أكل أموال الناس بالباطل ، فقال تعالى : (كُلُوا مِنَ الطَّيَّابَاتِ وَأَعْمَلُوا صَالِحًا) و(لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ( طلب الحلال فريضة على كل مسلم) و (ان لله ملكاً على بيت المقدس ينادي في كل ليلة من أكل حراماً لم يقبل من صرف ولا عدل ) و(من لم يبال من أين اكتسب المال لم يبال الله من أين أدخله النار). هذا قليل من كثير . إن المفسدين في بلادنا ليسوا جاهلين بأحكام الدين في هذا النوع من الفساد والأنواع الأخرى منه .

وفي هذه الأيام بدأت حملة تحت عنوان الحملة الوطنية للتوعية بمخاطر الفساد .

إن حملة كهذه للتوعية بمخاطر الفساد ، إذا اقتصرت على مجرد التوعية ، فستنتهي كحملات التوعية بمخاطر التدخين ، ذلك أن الجميع يعي مخاطر

التدخين وأضراره على المدخنين وعلى غيرهم ، إلا أن أحداً لم يقلع عن التدخين مجرد أنه قرأ أعلاناً يحذر منه .

فلتكن هناك حملة للتوعية بمخاطر الفساد على سبيل التذكير ، ولتحث المواطنين على مواجهته والكشف عنه ، ولكن الأمر يجب أن لا يقف عند هذا الحد ، فبدون إجراءات وقائية لسد المنافذ والثغرات التي ينفذ منها المفسدون ، ودون إجراءات صارمة للمحاسبة والعقاب ، ودون وجود نظرة و موقف واحد من مفسد قوي ومفسد ضعيف ، بل و موقف أكثر شدة من المفسدين ذوي الجاه والنفوذ ، ودون تجريد كل مدان بجريمة من هذه الجرائم مما كسب من جريمته فلا صلاح ولا مصلحة .

(إن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن).

**القاضي / فيصل عمر مثنى  
عضو المحكمة العليا  
رئيس المكتب الفني**



# **الطعن لمصلحة القانون**

**القاضي / فيصل عمر مثنى  
عضو المحكمة العليا  
رئيس المكتب الفني**

## **الطعن لمصلحة القانون**

**النصوص في قانون المراقبات : م ٤٠٢/٤٠**

وردت في الفصل الثالث المعنون (النقض) من الباب العاشر (الطعن في الأحكام) من الكتاب الأول من قانون المراقبات المادة (٢٩٣) ونصها :

مادة (٢٩٣) :

أ- رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى أن يطلب من رئيس المحكمة العليا إعادة النظر في أي حكم بات يرى أنه يشتمل على خطأ يضر بالعدل مع تبيين وجه هذا الخطأ .

ب- ينظر الحكم سبعة من قضاة المحكمة العليا يكون من بينهم أحد نواب رئيس المحكمة العليا رئيساً لها ويكون الأعضاء من رؤساء الدوائر فيها على ألا يكون منهم من سبق له أن نظر القضية وإذا تعذر تشكيلها لها لهذا السبب يكون لرئيس المحكمة استكمال العدد من بين قضاة المحكمة العليا.

ج- يصدر الحكم بأغلبية خمسة أعضاء على الأقل.

**النصوص في قانون الإجراءات الجزائية : م ١٣/٩٤**

وردت في الفرع السادس (الطعن لمصلحة القانون) من الفصل الثالث (الطعن بالنقض) من الكتاب الرابع (طرق الطعن في الأحكام) من قانون الإجراءات الجزائية المواد الآتية :

مادة (٤٥٤) : للنائب العام أن يطلب من المحكمة العليا في أي وقت بعد فوات المواجهة المقررة للطعن إلغاء أو تعديل أي حكم أو أمر أو قرار

قضائي مصلحة القانون إذا انطوى الحكم أو القرار على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه .

ولا يجوز أن يبني الطلب المقدم لمصلحة القانون على أسباب سبق أن رفضتها المحكمة العليا بمناسبة طعن سابق في الحكم نفسه .

مادة (٤٥٥) : يقيد الطعن المقدم لمصلحة القانون في سجلات النيابة العامة و المحكمة العليا وتتظره المحكمة في غرفة المداولة .

مادة (٤٥٦) : لا يترتب على الحكم الصادر في الطعن لمصلحة القانون أي أثر بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة .

### نشأة النظام :

نشأ نظام الطعن لمصلحة القانون سواءً في المواد المدنية أو الجزائية في فرنسا ، وأخذت به بعض الدول العربية من بينها مصر في قانون المراقبات المدنية والتجارية [١٣/١٩٦٨م] ، المادة (٢٥٠) منه ولم يرد نظير له في قانون الإجراءات الجنائية<sup>(١)</sup> . والمغرب في المسطرة المدنية [مادة (٢٨) ظهير شريف بمثابة قانون] وسوريا في قانون أصول المحاكمات المدنية (مادة ٢٥ مكرر)، مرسوم تشريعي ١٩٥٣/٨٤ م معدل بالمرسوم التشريعي ١٩٧٠/٢١٤ م كما أخذ به قانون أصول

<sup>(١)</sup> - اتجهت بعض أحکام محکمة النقض المصرية إلى قبول طعن النيابة العامة لمصلحة القانون ولكن ليس على أساس أنه نظام بشروط خاصة، وإنما في إطار الشروط العامة للطعن بالنقض ولو لم تكن للنيابة العامة كسلطة اتهام مصلحة ولا للمحكوم عليه كالطعن رقم (١٨٨) سنة (٣٠) جلسة ٢٦/٤/١٩٦٠، مشار إليه في مجدي الجندي ، أصول النقض الجنائي وتسبيب الأحكام ، الطبعة الأولى ص ٥٤.

**المحاكمات الجزائية السوري ( المرسوم التشريعي ١٩٥٠/١١٣ المادة ٣٦٦**  
وسمى بالنقض بأمر خطى).

وقد ورد النص الخاص بالطعن لمصلحة القانون في قانون المراقبات اليمني في أحكام الطعن بالنقض المادة (٢٩٣) الواردة في الفصل الثالث (الطعن بالنقض) من الباب العاشر من الكتاب الأول منه ، فيما وردت أحكامه في المواد (٤٥٦، ٤٥٥، ٤٥٤) الواردة في الفرع السادس (الطعن لمصلحة القانون) من الفصل الثالث (الطعن بالنقض) من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات الجزائية .

#### **طبيعة النظام :**

يتضح مما سبق أن الطعن لمصلحة القانون هو طعن بالنقض ، وأعطت المادة (٢٥٣) من قانون المراقبات حق الطعن لمصلحة القانون لرئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى ، وأعطت المادة (٤٥٤) من قانون الإجراءات الجزائية حق الطعن لمصلحة القانون للنائب العام .

إذاً فالطعن لمصلحة القانون هو طعن بالنقض مقرر لرئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى في القضايا المدنية ، وللنائب العام في القضايا الجزائية ، أي أنه طعن مقرر لغير خصم ، فرئيس الجمهورية ليس خصماً في القضايا المدنية والنيابة العامة ليست خصماً في القضايا الجزائية فلا مصلحة لها كسلطة اتهام ولا مصلحة للمحكوم عليه في الطعن لمصلحة القانون ، وهو الأمر الذي يفسر عدم إفادة الخصوم منه في القضايا المدنية وعدم إفادة المحكوم عليه في القضايا الجزائية ، ويفسر أيضاً نظره في غرفة المشورة دون دعوة الخصوم .

## **الغاية من هذا النظام :**

جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المراقبات المدنية والتجارية المصري أن "المشرع" استحدث نظام الطعن من النائب العام لمصلحة القانون لمواجهة صعوبات تعرض في العمل وتؤدي إلى تعارض أحكام القضاء في المسألة القانونية الواحدة ، ويحسن لمصلحة القانون والعدالة أن تعرض هذه المسائل على المحكمة العليا لتقول فيها كلمتها فتضع حدًا لتضارب الأحكام .. ومقتضى ذلك ألا يفيد الخصوم من هذا الطعن في جميع الحالات حتى يخلص هذا الطعن لوجه القانون" .

في الطعن لمصلحة القانون لا ينقض الأثر وإنما ينقض المبدأ أو القاعدة القانونية ، ولذا فإنه يجب عدم الخلط من حيث الأثر بين الطعن لمصلحة القانون وبين ما ورد في المادة (٣٩) من قانون السلطة القضائية والمادة (٣٠٢) مراقبات من اختصاص الجمعية العامة للمحكمة العليا بالنظر في الدعاوى التي تحيلها إليها إحدى دوائر المحكمة إذا رأت هذه الدائرة العدول عن اجتهاد قضائي للمحكمة العليا فالعدل عن اجتهاد قضائي يترتب عليه أثر على طعن بالنقض تظاهره المحكمة العليا ولا تأثير للحكم الصادر من المحكمة العليا بعد تقرير العدول عن الاجتهاد القضائي السابق على الأحكام التي سبق أن بنيت على الاجتهاد الذي عدل عنه .

فهذا النظام إذاً يمكن محكمة النقض من تحقيق رقابتها على القانون من وجهة النظر القانونية البحتة ، وذلك دون مساس بحقوق الأفراد ، وبهدف إلى تبصير المحاكم بالمبادئ القانونية السليمة ، وكذلك تحقيق

غرض آخر هو عدم اطراد الأحكام غير القانونية ، والحلولة دون استقرار هذه الأحكام بتصحيح ما يشوبها من خطأ في تطبيق القانون أو في تفسيره سواءً في روح القانون أو في شكله <sup>(١)</sup> . ولأن هذا النظام لا يفيد منه الخصوم فإن طلب النقض لمصلحة القانون ينظر في غرفة المشورة ، ودون دعوة الخصوم ، وهو طعن غير مقيد بميعاد " لأن ميعاد الطعن مبني على فكرة منافية في الطعن لمصلحة القانون ، إذ أن الحكم الصادر فيه لا يؤثر في مراكز الخصوم أو حقوقهم المحكوم بها " <sup>(٢)</sup> .

#### **النقد الموجه لهذا النظام :**

عيوب على هذا النظام عدم إفادته الخصوم منه حيث يرى منتقدوه أن العدالة تقتضي أن يفید منه الخصوم .  
والحقيقة أنه رغم ما في هذا النظر من وجاهة ، إلا أن فتح باب نقض الأحكام لفائدة الخصوم في أي وقت له مضاره الكبيرة على استقرار الحقوق .

أن الطعن لفائدة الخصوم يتطلب أن لا ينظر الطعن في غرفة المشورة وان يدعى الخصوم ، وأن تحدد مدة لمارسته .

وقد استجاب تشريع الإمارات العربية المتحدة للنقد الموجه لنظام الطعن لمصلحة القانون ، فحدد في القضايا المدنية مدة سنة من تاريخ صدور الحكم للنائب العام لرفع الطعن لمصلحة القانون ، وأوجب دعوة

---

<sup>١</sup> - مصطفى كيرة ، مجلة القضاء والتشريع ص ١٣ ، محكمة تمييز دبي ، العدد الثالث ، نوفمبر ١٩٩٥ م

<sup>٢</sup> - المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

الخصوم ، وقرر صراحة إفادة الخصوم من الطعن لمصلحة القانون  
١٧٤ - قانون الإجراءات المدنية (١١/٩٢ م).

أما قانون الإجراءات الجزائية للإمارات العربية المتحدة ، فلم يحدد مدة يجب على النائب العام خلالها رفع الطعن لمصلحة القانون في القضايا الجزائية ، وقرر دعوة الخصوم ، كما قرر أن يكون للحكم الصادر في هذا الطعن أثر إذا صدر لصالح المحكوم عليه أو المسئول عن الحقوق المدنية فقط (٣٥/٢٥٦ إجراءات جزائية).

ونرى أن ما ورد من أحكام جديدة في تشريع الإمارات العربية المتحدة في شأن الطعن لمصلحة القانون قد أخرجه عن الفكرة الأساسية منه ، وجعل منه طعناً ليس لمصلحة القانون وإنما لمصلحة الخصوم ، وإن لم يرفع الطعن منهم ، وكان يمكن تحقيق هذه الأحكام الجديدة عن طريق إطالة المدة التي يحق للنائب العام إن يطعن فيها بالنقض العادي لصالح المتهم بما له من صفة في الطعن لصالح المتهم ، كون النيابة خصماً عادلاً يمثل المصالح العامة وإن لم يكن للنيابة العامة كسلطة اتهام مصلحة خاصة ، وأن يجيز قانون الإجراءات المدنية للنائب العام – وإن لم يكن طرفاً في القضية المدنية – حق الطعن بالنقض خلال مدة لصالح خصم متى انطوى الحكم على خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره ، ويظل الطعن لمصلحة القانون على حالة في فكرته الأساسية الهدافه " إلى تحقيق وحدة التشريع عن طريق وحدة القضاء ليواجه افتقار الخبرة القضائية أو ما يسمى بنقص المران أو الدرية<sup>(١)</sup> دون أن يفيد منه الخصوم حفاظاً على استقرار الحقوق والمراكز القانونية لصالح العام

---

<sup>١</sup> - مصطفى كيرة - المرجع السابق .

" . وإذا نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه فلا تنظر موضوع النزاع ولا تحيله إلى محكمة الموضوع للفصل فيه ، ويظل الحكم الذي نقض منتجًا لآثاره بين الخصوم ، ويقتصر الأمر على إزالة قوته السابقة يقتدي بها في القضاء " <sup>(١)</sup> وإذا كان ذلك قد يؤدي في بعض الأحيان إلى التضحية بحق خاص فليس شاداً في التشريع تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ألم يتقرر التقادم ، وعدم سماع الدعوى لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة رغم ما في نظام التقادم من منافاة ظاهرية لنطق العدالة ؟ .

#### **الأحكام القابلة للطعن بالنقض لمصلحة القانون :**

لقد اشترط القانون أن يكون الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون باتاً ، مما المقصود بالحكم البات في خصوص المادة (٢٩٣) مرا فعات ؟ إن الحكم البات كما عرفه قانون المرا فعات والتنفيذ المدني هو الذي لا يقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن سواءً كانت عادية كالاستئناف أو غير عادية كالطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر (م ٢ مرا فعات) ومادام الطعن لمصلحة القانون أو لمصلحة العدالة هو طعن بالنقض يجب أن يوجه على حكم بات ، فإن الطعن لمصلحة القانون أو لمصلحة العدالة يجب أن يكون على حكم صادر من محكمة استئناف أو من محكمة ابتدائية ، لا يقبل الطعن عموماً ، أو انتهت مواعيد الطعن فيه أو طعن فيه وقضي بعدم قبوله ، أو نزل الخصوم عن الطعن فيه .

<sup>١</sup> - هشام الطويل ، شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية ص ١١٨ منشأة المعارف .

أما أحكام المحكمة العليا فهي لا تقبل الطعن ، فهي تصدر باته "فالحكم الذي تصدره محكمة النقض يحسم النزاع برمهه ، ويكون هو آخر مطافه ، سواءً أصابت محكمة النقض أو أخطأه حتى لا تتأبد المنازعات وتتوالى الطعون في كل حكم تصدره ، حتى لو شاب الحكم بطلان جوهري يتعلق بالنظام العام ، إذ تسمى حجية الأحكام على اعتبارات النظام العام .

وإن كان الحكم الصادر من محكمة النقض لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن باعتباره باتاً قاطعاً ، إلا أن ذلك لا يمنع من جواز الطعن في الحكم المطعون فيه بإلتماس إعادة النظر <sup>(١)</sup> وتجدر الإشارة هنا إلى أن الطعن بالتماس إعادة النظر تنظر المحكمة العليا في موضوعه في حالة واحدة هي إذا سبق أن خاضت المحكمة العليا في موضوع الحكم (م ٣٥٥ مرا فعات) .

إن أحكام المحكمة العليا لا تقبل الطعن بالنقض لمصلحة القانون أو لمصلحة العدالة وإن وصفت بالباتة ، وإلا كنا أمام طريق طعن لم ينص عليه القانون (نقض النقض) .

إن أحكام المحكمة العليا لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن عدا الطعن بالتماس إعادة النظر عندما تفصل في الموضوع في الحالة المذكورة في المادة (٣٠٠) مرا فعات (الطعن للمرة الثانية )

---

<sup>١</sup> - الطعن بالنقض في المواد لدنية والتجارية ، أنور طلبه ، ص ٩٢٩ ، منشأة المعارف.

## **الطعن لمصلحة القانون في قانون المراقبات اليمني**

**صاحب الحق فيه :**

سبق أن رأينا أن المادة (٢٩٣) من قانون المراقبات المدنية تقرر أن لرئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى أن يطلب من رئيس المحكمة العليا إعادة النظر في أي حكم بات يرى أنه يشتمل على خطأ يضر بالعدل مع تبيين وجه الخطأ .

إن قانون المراقبات قد حدد طريق هذا الطعن بطلب من رئيس الجمهورية إلى رئيس المحكمة العليا بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى ، ونرى في إعطاء الحق في هذا الطعن لرئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى تعقيد غير مبرر ، وكان يمكن منحه للنائب العام من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب من وزير العدل .

لقد رأينا أن هذا الطعن جاء تحت فصل الطعن بالنقض ، فهو طعن بالنقض ، فالمطلوب ليس رأياً فيما إذا كان الحكم سليماً أم لا ؟ ولا مطلوباً إصدار حكم في الموضوع ، وإنما يرى الطالب أن في الحكم خطأ ضار بالعدالة يطلب تصحیحه .

وهذا الطعن هو طعن لمصلحة القانون ، وعبارة (الخطأ الضار بالعدالة) الواردة في نص المادة (٢٩٣) مراقبات ، لا تخرج عن مفهوم مصلحة القانون ، إن مصلحة القانون لا تفهم إلا في إطار القانون لا من خارجه ، أي أنه طعن لا يفيد منه الخصوم ، والقول بأن هذا الطعن يمكن أن يفيد منه الخصوم مع عدم تحديد القانون مدة لمارسته ، يؤدي إلى عدم استقرار الأحكام ، وعدم الاطمئنان إلى المراكز القانونية والحقوق

المحكوم بها ، إذ يمكن أن يطرأ عليها التعديل أو فقدتها في أي وقت آت غير محددة نهايته .

ومما تجدر الإشارة إليه هنا ، أن عبارة "إعادة النظر" الواردة في المادة (٢٩٣) مرافعات ، لا يقصد بها الطعن غير العادي المسمى "التماس إعادة النظر" المنظم في المواد (٣١٣ - ٣٠٤) مرافعات ، إذ لو كان كذلك لوردت أحكامه هناك لا في المواد المنظمة للطعن بالنقض .

#### **عدم إفادة الخصوم من الحكم الصادر فيه :**

إن من القواعد التي تحكم الاختصاص إلى القضاء قاعدة توافر المصلحة التي يقرها القانون في الدعوى أو في الطعن على الأحكام ، ويخضع الطعن بالنقض لذات القاعدة وهي توافر المصلحة التي يقرها القانون لدى الطاعن عند صدور الحكم المطعون فيه ، ويجب أن تجلب تلك المصلحة نفعاً للطاعن إذا ما قضي بنقض الحكم ، فإذا لم يتحقق ذلك كانت المصلحة نظرية بحثة لا تجلب نفعاً مما يحول دون قبولها .

ولأن الطعن لمصلحة القانون أو لمصلحة العدالة هو طعن من غير خصم ، وكانت الغاية منه الحد من تعارض أحكام القضاء في المسالة القانونية الواحدة فيمكن المحكمة العليا من تحقيق رقابتها على القانون من وجهة النظر القانونية البحثة ، وتبصير المحاكم الأدنى بمبادئ القانونية السليمة ، فإن الخصوم لا يفيرون من الحكم الصادر فيه ، وذلك يتفق مع نظره في غرفة المشورة وعدم دعوة الخصوم .

ودون وجود نص صريح يبيح إفادة الخصوم من هذا الطعن ، فإنه لا يجوز البطلة إفادة الخصوم من هذا الطعن مهما بدت هذه النتيجة غير مقبولة في الرؤية المحدودة الفكرة .

## **مِيعاد الطعن :**

تنص المادة (٢٧٥) على أن ميعاد الطعن ستون يوماً ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

وإذا كان الطعن لمصلحة القانون أو لمصلحة العدالة هو طعن بالنقض فهل يخضع لميعاد الطعن بالنقض المحدد في المادة (٢٧٥) مرافعات؟ لما كان الطعن لمصلحة القانون أو العدالة لا يكون إلا على الأحكام التي لا يجوز القانون للخصوم الطعن فيها أو الأحكام التي انتهت مواعيد الطعن فيها دون أن يطعن الخصوم فيها أو نزل الخصوم عن الطعن فيها أو طعنوا فيها وقضى بعدم قبول الطعن ، وكان الطعن لمصلحة القانون أو العدالة من غير خصم ، فإن هذا الطعن لا يتقييد بميعاد ، فالميعاد مبني على فكرة منتفية في الطعن لمصلحة القانون أو العدالة المنصوص عليه في المادة (٢٩٣) مرافعات ، والحكم الصادر فيه لا يفيد منه الخصوم ، فلا يؤثر على مراكزهم أو حقوقهم المحكوم بها ، كما لا يجوز اللجوء إليه قبل فوات مواعيد الطعن المقررة للخصوم .

## **تشكيل المحكمة لنظره :**

تنص الفقرة (ب) من المادة (٢٩٣) مرافعات على أن ينظر الحكم سبعة من قضاة المحكمة العليا يكون من بينهم أحد نواب رئيس المحكمة العليا رئيساً لها ويكون الأعضاء من رؤساء الدوائر فيها على ألا يكون منهم من سبق له أن نظر القضية ، وإذا تعذر تشكيلها لهذا السبب يكون لرئيس المحكمة استكمال العدد من بين قضاة المحكمة العليا وتتصـ الفقرة (ج) من ذات المادة على أن يصدر الحكم بأغلبية خمسة أعضاء على الأقل ، إذ تنظر المحكمة العليا في الحكم المطلوب نقضه

مصلحة القانون أو العدالة من خلال هيئة مشكلة من سبعة قضاة وقد جاء تعبير النص "ينظر الحكم من سبعة من قضاة المحكمة العليا" متفقاً مع القول بأن الخصم الحقيقي في الطعن لمصلحة القانون أو العدالة هو ذات الحكم المطعون فيه ، ويشترط القانون لصدور الحكم حصوله على أغلبية خمسة أعضاء على الأقل ، ولا يثير حصول الحكم بعدم القبول أو بالرفض أو بالنقض على الأغلبية المطلوبة أي إشكال ، ولكن يثير تشتبث الآراء إشكالاً ، فما الحكم إذا تشتت الآراء ؟ إن تشتت الآراء لا يعني سوى أن السبب المبين في طلب نقض الحكم والمدعى مخالفته للقانون أو إضراره بالعدالة لم يلق تأييد الأغلبية المطلوبة في هيئة الحكم مما يفضي إلى القول أن طلب نقض الحكم وبالسبب الوارد فيه لم يحصل على الأغلبية التي تجيز نقضه لمصلحة القانون ، فيبقى على حاله مما يعني رفض الطعن .

### **الطعن لمصلحة القانون في قانون الإجراءات الجزائية اليمني :**

نظم قانون الإجراءات الجزائية الطعن لمصلحة القانون في ثلاثة مواد هي المواد (٤٥٦، ٤٥٥، ٤٥٤) في فصل الطعن بالنقض ، ويقابل الطعن لمصلحة القانون في قانون الإجراءات الجزائية الطعن بالنقض لمصلحة العدالة المنظم بالمادة (٢٩٣) مرافعات .

وطرق الطعن المحددة في قانون الإجراءات الجزائية هي ثلاثة الاستئناف والنقض (الطعن لمصلحة القانون طعن بالنقض) والتماس إعادة النظر . وتتص المادة (٣٨٩) إجراءات جزائية على ألا يجوز لأي درجة من درجات التقاضي أن تنظر موضوع الدعوى الجزائية بعد إصدار حكمها فيها إلا

بالطرق المقررة لذلك بالقانون كما لا يجوز تعديل الحكم أو إلغاءه إلا بالشروط وبالطرق المقررة قانوناً .

فلا وجود لطعن آخر في القضايا الجزائية غير الطعون الثلاثة (الاستئناف ، النقض ، التماس إعادة النظر) وليس هناك طعن رابع اسمه الطعن لمصلحة العدالة ، فالطعن لمصلحة العدالة أو لمصلحة القانون في الإجراءات الجزائية هو طعن بالنقض غير أنه مرفوع من غير خصم ولا يفيد منه الخصوم - وغير مقيد بميعاد كما الطعن بالنقض لمصلحة القانون أو لمصلحة العدالة في قانون المرافعات .

لهذا فإن اتجاه المحكمة العليا الذي برب في الحكم المقيد في السجل (٤) برقم ٢٩٢ الصادر في ٢٠٠٤/٩/١٩ م كان خاطئاً ، ولنقف قليلاً أمام هذا الحكم لخطورته ، فقد قضي بإعدام امرأة ابتدائياً أتهمت بالقتل العمد لشخص والشروع في قتل امرأة أخرى ، فاستأنفت المتهمة حكم الدرجة الأولى ، فأسقطت محكمة الاستئناف القصاص وحكمت عليها بالدية المقررة للقتل العمد ، فطعن أولياء دم المجنى عليه بالنقض ، فقضت المحكمة العليا بنقض الحكم وإعادة القضية إلى محكمة الاستئناف ، فقضت محكمة الاستئناف بتأييد حكم الدرجة الأولى القاضي بالإعدام قصاصاً ، طعنت المحكوم عليها بالنقض على حكم محكمة الاستئناف فقضت المحكمة العليا برفض الطعن وإقرار الحكم ، ثم تقدمت المحكوم عليها بعربيضة إلى رئيس الجمهورية أدعت فيها ما سبق أن دافعت به أمام جميع مراحل التقاضي من أنها إنما ارتكبت جريمة القتل دفاعاً شرعياً عن النفس ، فأحال رئيس الجمهورية العريضة إلى رئيس المحكمة العليا (السابق) فشكل هيئة من سبعة قضاة مستندًا إلى المادة (٢٩٣) مرافعات ، رغم أن القضية

جزائية ، وكما سبق بيانه فإن المادة (٢٩٣) مرافعات أتت في الفصل الثالث المعنون : "النقض" وأصدرت تلك الهيئة "حکما" قضى في الفقرة الأولى منه بإلغاء الأحكام الصادرة في القضية (كم حکماً يصدر في القضية الواحدة ) وقضت الفقرة الثانية بإلزام المحكوم عليها بتسليم دية الخطأ غير العمد لورثة المجنى عليه وقضت الفقرة الثانية بالاكتفاء بالمدة التي أمضتها المحكوم عليها في السجن .

وقد جاء في الحكم : ..... أصدرت الحكم التالي في التظلم بإعادة النظر .. وما كان الحكم البات لا يجوز الطعن فيه وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية إلا بطريق الطعن لمصلحة القانون وفق المادة (٤٥٤) إج ..... وما كان الحكم الصادر في الطعن لمصلحة القانون لا يترتب عليه أي أثر بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة ، وما كان الطعن لمصلحة القانون يعد أمراً جوازياً للنائب العام ..... وما كان الطعن لمصلحة القانون في الأحكام الباتة ينحصر في حالتين فقط هما مخالفة الحكم أو القرار للقانون أو الخطأ في تطبيقه ... وما كان الطلب المقدم في الطعن لمصلحة القانون لا يجوز أن يبنى على أسباب سبق أن رفضتها المحكمة العليا بمناسبة طعن سابق في الحكم نفسه ..... وما كان ذلك كذلك فإننا سنجد أن هناك حالات كثيرة قد تضار فيها العدالة بسبب قصر هذا الحق (الطعن لمصلحة القانون ، والتماس إعادة النظر في القضايا الجزائية ) على النائب العام وحده أو بسبب أن إعادة النظر ينحصر في حالات محددة وكذلك الطعن لمصلحة القانون ..... وفي هذه الحالات وغيرها مما يثار في العمل القضائي تأتي المادة (٢٩٣) مرافعات ل تعالج الوضع في تلك الأحكام الباتة التي تشمل على خطأ يضر بالعدل .... وليس من المنطق في شيء تطبيق نص المادة (٢٩٣)

مرافعات على الأحكام المدنية إذا اشتملت على خطأ يضر بالعدل وعدم تطبيقها على الأحكام الجزائية إذا اشتملت على خطأ يضر بالعدل ..... كما يدحض هذا القصر بنص المادة (٢٩٣) مرافعات على الأحكام المدنية أن طريقي الطعن لمصلحة القانون والطعن بالتماس إعادة النظر ليستا شاملتين لحالات الخطأ الذي يضر بالعدل ..... ومن المعلوم أن نص المادة (٢٩٣) مرافعات قد جاء بعد قانون الإجراءات الجزائية فهو إذاً نص جديد يعالج تلك الأحكام ..... ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية والتي هي مصدر جميع التشريعات تتسم بحكمتها بالمرونة وعدم الجمود ومواجهة الظروف والمتغيرات وهي لم تفصل بين القضايا الجزائية والقضايا المدنية فصلاً تماماً وإذاً فإن قصر نص المادة (٢٩٣) مرافعات على القضايا المدنية دون الجزائية يجعل هذه التشريعات لا تتلائم مع المصدر الذي تصدر عنه وهو الشريعة الإسلامية ... ثم أن قانون المرافعات يعد القانون العام الذي يرجع إليه في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الإجراءات الجزائية . انتهى الاقتباس من الحكم .

ويتبين من ما اقتبس من هذا الحكم الآتي :

١- إن الحكم يقر بأن الطعن الذي صدر الحكم في شأنه خارج طرق الطعن المحددة في قانون الإجراءات الجزائية ذلك لأن الطعن لمصلحة القانون ينحصر في حالتين هما مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وأن الحكم الصادر فيه لا يترب عليه أثر بالنسبة للمحكوم عليه وأن الطعن لمصلحة القانون أمر جوازي للنائب العام قد يمارسه وقد لا يمارسه وإن الطعن بالتماس إعادة النظر ينحصر في حالات محددة وأن النائب العام قد يمارسه وقد لا يمارسه .

-٢- إن المحكمة رأت أن الطعن المنظم بال المادة (٢٩٣) مرافعات ليس طعناً لمصلحة القانون فالطعن للخطأ الضار بالعدالة ليس هو الطعن لمصلحة القانون أي أن ما يضر العدالة ليس أضراراً بالقانون ، أي ليس هناك طعن لمصلحة القانون في قانون المرافعات بالنتيجة فهناك طعن لمصلحة القانون في قانون الإجراءات الجزائية لا يفيده منه المحكوم عليه وليس له مثيل في قانون المرافعات وبمعنى آخر أن الطعن المقرر لغير خصم الهدف إلى تبصير المحاكم بالمبادئ القانونية السليمة والذي يحول دون استقرار الأحكام غير القانونية لا وجود له في قانون المرافعات وبذلك يكون الحكم قد جعل من رئيس الجمهورية خصماً في طعن لمصلحة الخصوم الحقيقيتين وليس لمصلحة القانون أو العدالة .

-٣- إن المحكمة العليا في حكمها هذا ترى أن الطعن المقرر بال المادة (٢٩٣) مرافعات يتسع لأسباب غير سببي مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه أي أنه طعن قد يكون لأسباب متعلقة بالواقع والأمور الموضوعية وأسباب سبق أن رفضتها المحكمة العليا بمناسبة طعن سابق على الحكم نفسه ، أي أن المحكمة تحول به إلى محكمة موضوع ولو بعد الحكم بالنقض .

-٤- إن المحكمة رأت أن في صدور قانون المرافعات الذي حل محل قانون المرافعات القديم تعديلاً لقانون الإجراءات الجزائية السابق في الصدور على قانون المرافعات الجديد مع أن قانون المرافعات القديم حمل نفس نص المادة (٢٩٣) مع تعديل طفيف في شأن صفة مقدم الطعن وصدر في عام ١٩٩٢م بينما صدر قانون الإجراءات الجزائية في عام ١٩٩٤م أي أن قانون المرافعات القديم الذي حمل مثل هذا النص

سابق لقانون الإجراءات الجزائية في الصدور ولم يخطر ببال أي قانوني أن يكون صدور قانون المرافعات بعد صدور قانون الإجراءات الجزائية (مجرد الصدور) يعد تعديلاً لقانون الإجراءات الجزائية، ومستحدثاً لطريق طعن لم ينص عليه قانون الإجراءات الجزائية ، فهل إذا صدر قانون إجراءات جزائية جديد فسينتهي العمل بطريق الطعن الذي استحدثته المحكمة العليا بهذا الحكم ، لأن قانون الإجراءات الجزائية الجديد سيكون لاحقاً في تاريخ الصدور على قانون المرافعات ؟

- ٥ بصرف النظر عن مفهوم الشريعة الإسلامية في نظر هيئة الحكم وهل انصرف فهمها إلى الفقه الإسلامي فإن القول بأن الشريعة الإسلامية مرنّة وغير جامدة وأن القوانين يجب أن تكون كذلك أي أن تكون القوانين طيعة في يد القضاة يضيفون إليها ويستحدثون فيها لأن وضع قانون للإجراءات الجزائية منفصل عن قانون المرافعات لا يتلاءم مع المصدر الذي تصدر عنه وهو الشريعة الإسلامية " المرن ، غير الجامد" هو قول لا يستحق التعليق عليه ويكتفي القول بأن هذا مما يخرج عن وظيفتها ويدخل في وظيفة الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا فهي وحدها التي تقرر ما إذا كان أمر ما لا يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا يجوز العمل به .

- ٦ إن المحكمة أسمت الطعن المنظم بالمادة (٢٩٣) مرافعات تظلمأ بإعادة النظر رغم وجود هذه المادة في أحكام الطعن بالنقض ونظامنا القضائي لا يعرف التظلم في الأحكام وإنما الطعن.

-٧ إن هذا الطعن الذي استحدثه المحكمة صار نقضاً لحكم النقض وأحكام المحكمة العليا لا تقبل الطعن بالنقض فصار نقض النقض .

-٨ إن هذا الحكم مع ما استحدثه من طريق طعن خروجاً على أحكام القانون فقد أدان المحكوم عليها بجريمة القتل الخطأ في حين أن الطلب مؤسس على إدعاء الدفاع الشرعي والخطأ والدفاع الشرعي لا يجتمعان ثم أن المحكمة قضت بقولها (الاكتفاء بما أمضته المحكوم عليها في السجن) بالسجن بما يزيد على عشر سنوات في حين أن عقوبة القتل الخطأ في حدتها الأقصى ثلاث سنوات إذ إن المحكوم عليها مودعة السجن على ذمة القضية منذ شهر يوليو ١٩٩٤م والحكم صدر في ١٩٤٤/٤/٢٠٠٤م.

إن قانون الإجراءات الجزائية قد حسم خلافاً فقهياً في شأن العلاقة بين قانون الإجراءات الجزائية وقانون المراافعات المدنية بالمادة (٥٦٤) فنص على الرجوع في كل ما لم يرد فيه نص إلى أحكام قانون المراافعات والقواعد العامة الشرعية ، فالرجوع كما هو واضح من النص لا يصح إلا في ما لم ينظمه قانون الإجراءات الجزائية ، وقانون الإجراءات الجزائية واضح في تحديد طرق الطعن في الأحكام الجزائية ، وتنظيمها ، ونص بشكل قاطع على عدم إلغاء أو تعديل الأحكام إلا بالطرق المقررة قانوناً ، كل ذلك على فرض أن هناك طعن في قانون المراافعات تختلف طبيعته عن الطعن لمصلحة القانون .

إذاً فالطعن بالنقض لمصلحة القانون في قانون الإجراءات الجزائية هو كالطعن بالنقض لمصلحة العدالة في قانون المراافعات ، والاختلاف أن قانون المراافعات المدنية أعطى الحق في طلب النقض لمصلحة القانون

لرئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى ، وقرر أن ينظره سبعة قضاة وأن يصدر الحكم بأغلبية خمسة أعضاء ، وفي غير ذلك فإن أحکام الطعن لمصلحة القانون في قانون المرافعات لا تختلف عن أحکام الطعن لمصلحة القانون في قانون الإجراءات الجزائية ، غير أن قانون الإجراءات كان واضحاً في تقرير الأحكام التي سبق بيانها بالتحليل الدقيق لنص المادة (٢٩٣) مرافعات ، ومكانتها في سياق نصوص القانون .

لقد اشترط القانون في المادة (٤٥٤) إجراءات جزائية أن تكون مواعيد الطعن في الحكم أو القرار المطلوب نقضه لمصلحة القانون قد انقضت وأن أحکام المحكمة العليا غير قابلة للطعن فيها فالطعن بالنقض آخر مطاف القضية فإن أحکام المحكمة العليا غير جائز الطعن فيها لمصلحة القانون .

كما تشرط نفس المادة أن لا يبني الطعن لمصلحة القانون على أسباب سبق أن رفضتها المحكمة العليا بمناسبة طعن سابق في الحكم نفسه ، فإذا طعن بالنقض على حكم ، وقضت المحكمة العليا بنقض الحكم مع إعادة القضية إلى محكمة الموضوع ثم أصدرت محكمة الموضوع حكماً آخر في القضية ولم يطعن فيه ، أو طعن فيه وقضى بعدم قبوله فإنه لا يجوز الطعن في الحكم لمصلحة القانون لسبب سبق أن رفضته بمناسبة الطعن بالنقض السابق الذي أعيدت القضية إلى محكمة الموضوع بنتيجه .

كما نص القانون على أن تنظره المحكمة العليا في غرفة المداولة (٤٥٥) مما يفضي إلى القول بعدم إفاده أي طرف منه ، وإلا ما جاز نظره دون دعوة النيابة العامة والمحكوم عليه ، وقد سارع المشرع إلى

الإفصاح عن ذلك في المادة (٤٥٦) بقوله : لا يترتب على الحكم الصادر في الطعن لمصلحة القانون أي أثر بالنسبة للمحكوم عليه .  
ولم ينص القانون على تشكييل خاص ب الهيئة الحكيم فيه فتظره هيئة حكم من خمسة قضاة .

أن الطعن لمصلحة القانون لا يفيد منه المحكوم عليه ، وفي نظام العفو الخاص ما يسعف في تدارك ما عساه أن يكون قد وقع من خطأ قضائي في حق محكوم عليه لم يعد من سبيل إلى إصلاحه بطرق الطعن .



# **المبادئ الأساسية والهامة التي تسود الخصومة**

القاضي /  
د. محفوظ عمر خميس  
عضو المحكمة العليا

## مُقدمة

سبق أن كتب بعض الزملاء في مجلة البحوث القضائية موضوعات تتعلق بوقف الخصومة والسير في الخصومة وسنتناول في هذا البحث عن نظام أصول التقاضي وهي من المسائل القانونية الهامة في العمل القضائي وهي مبادئ أساسية يجب مراعاتها في سير الخصومة أي نظر الدعاوى .

ونعرف كل المعرفة أن إجراءات التقاضي هي إحدى الضمانات الأساسية للمواطنين ولحقوق الإطراف المتازعة هذه الحقوق التي حرصت الدولة في عصرنا الراهن على اقتضائها باللجوء إلى القضاء حيث لا تتيح للإفراد اقتضاء حقوقهم باليديهم بالقوة بعضهم من بعض وإنما يجب على من يدعى حقاً قبل أي شخص آخر أن يلجأ إلى القضاء لتمكينه من اقتضاء هذا الحق وتحقيق الحماية القانونية والقضائية له .. وبما يكفل تحقيق العدالة العامة عبر المحاكم.

فالقضاء يقوم أو يجب أن يقوم على التحقق من مدى التطابق بين المراكز الواقعية للخصوم والمراكز القانونية الواجبه لهم وعلى أساس مقابلة تلك المراكز بعضها ببعض تصدر المحكمة الحكم في أدلة ادعاءات الخصوم أي في منازعات الخصوم / أطراف الدعوى / ويفهم من هذا أن عمل المحاكم ينحصر في أداء الوظيفة القضائية أي في فض المنازعات في التحقيق في الواقع وتطبيق القانون تطبيقاً سليماً وصحيحاً لا مزاجياً ثم تصدر بناء على الواقع الثابتة والمعروضة عليه تصدر حكماً قضائياً تحدد به حقوق الخصوم والتزاماتهم ...

وأول ما يلاحظ في هذا الشأن أن القضاء لا يتعرض لفض المنازعات بين الناس أو التحقيق التطابق بين المراكز الواقعية والمراكز القانونية في المجتمع من تلقاء نفسه وإنما لا بد أن يطلب ذلك منه في كل حالة وهذه

هي الدعوى فالدعوى إذا هي وسيلة التقاضي ودراسة التقاضي تتركز في الواقع في دراسة الدعوى وهنا لا بد من التمييز بين الحق في الدعوى وممارسة الدعوى ..

فالحق في الدعوى يقتضي للتمتع به شرطًا خاصًا تسمى عادة شروط قبول الدعوى أو شروط سماعها كما أوضحتها المادة (٧٢، ٧١، ٧٠) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م وذلك بالتفصيل مع الوضوح .

أما ممارسة الدعوى فتكون بإجراءات معينة وفي مواعيد محددة ووفق أسس ومبادئ هامة أهتم بها وصاغها نفس القانون الإجرائي وهذه جميعها تسمى بإجراءات التقاضي أو إجراءات المحاكمة ويتحدد على القاضي مراعاة وتطبيق أصول التقاضي بحيث يكون للعمل القضائي قيمته وجديته ونراحته .

وفي هذا الخصوص إن أهم ما سيكون في موضوع هذا البحث هو في المبادئ الأساسية في التقاضي أمام المحاكم والتي يلفظ عليها عادة في جميع القوانين الإجرائية مدنية كانت أو تجارية أو شخصية أو جزائية بأسوأ أصول التقاضي لأنها مبادئ أساسية وهامة في أداء القضاء ترتبط بالمبادئ الأساسية في تنظيم القضاء من حيث أن تلك المبادئ ترمي إلى حسن سير وأداء العدالة بأحسن وجه واسلم طريق هذه المبادئ يجب أن تراعي وتجسد عملياً في الواقع العملي وعليه فإننا سنعمل على الإشارة إلى أهمها وهي :

- ١- مبدأ العلانية .
- ٢- مبدأ شفوية الإجراءات .
- ٣- مبدأ استمرارية الجلسات .

- ٤- مبدأ عدم التحيز والدور الإيجابي للقاضي .
  - ٥- مبدأ احترام حق الدفاع .
  - ٦- مبدأ احترام الشكل .
  - ٧- مبدأ وحدة أطراف الدعوى والدور الإيجابي للقاضي .
  - ٨- مبدأ المساواة وفق القانون .
- ونختم البحث بخاتمة تتناول بعض المقترنات .

## **أولاً: مبدأ العلانية :**

نصت المادة (١٥٤) من الدستور ( جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام والآداب العامة وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية .

وقد تجسد النص الدستوري في المادة (٢٦٣) فقرة (١) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لعام ٩٤ حيث نصت ( يجب أن تكون جلسات المحكمة علنية ما لم تقرر المحكمة أن تكون كلها أو بعضها سرية لا يحضرها غير ذوي العلاقة بالدعوى مراعاة للأمن والنظام أو محافظة على الآداب أو إذا كان يخشى إفشاء أسرار عن الحياة الخاصة لأطراف الدعوى أو في حالة انتشار الأمراض الوبائية وغيرها من الأمراض المعدية ولها أن نمنع دخول الأحداث وكذلك الأشخاص الذين يبدون في مظهر غير لائق يتافق ومهابة هيئة المحكمة ..

(٢) يباح دخول المواطنين إلى قاعة المحاكمة بقدر ما تستوعب القاعة ذلك .

(٣) تعد العلانية ضماناً هاماً لحسن سير العدالة .

(٤) في جميع الأحوال يجب أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية .. كما تجسد النص الدستوري أيضاً في المادة (١٦١) من قانون المرافعات المدنية والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢ حيث نصت " تكون الجلسة والمرافعة علنية ما لم تقرر المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم أو أحدهم أجرائهما سراً محافظة على النظام العام ويجب أن تكون الجلسات سرية مراعاة لحرمة الأسرة أو للأداب العامة ..

كما جاء في قانون السلطة القضائية رقم (١) لعام ٩١ في المادة (٥) فقرة (أ) ( جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية

مراجعة للنظام العام والآداب وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية ..).

يتضح من نص الدستور والقوانين الإجرائية النافذة أن مبدأ العلانية يكاد يكون أهم المبادئ في تسخير الخصومة أي الذي يسود الخصومة القضائية ويعني ذلك المبدأ علانية نظر القضايا المدنية والتجارية والجزائية وغيرها أمام عدد واسع وكثير من المواطنين في قاعات المحاكم وهو يهدف إلى تنظيم العدالة ويظهر نشاط القضاء بجلاء ووضوح.

فهو يشيع بذلك الطمأنينة في نفوس الأفراد والمواطنين ولا يستفيد منه الخصوم وحدهم وإنما تعم الفائدة الجميع ، كما يقصد بمبدأ العلانية في الخصومة القضائية أنه يتم التحقيق في الدعوى وإثباتها وأدلتها والمراقبة فيها في جلسات علنية يكون لكل شخص حق الحضور فيها ويظهر عندئذ أهمية علانية الجلسات التي تتم في الجلسة وهذا المبدأ من ناحية أخرى يكفل أشراف المتقاضين على أعمال المحاكم ويبعث في أنفسهم احترام العدالة واحترام النظام والقانون هذا فضلاً عما يترب عليه من أثر في نفس القاضي الذي يبذل العناية الالزمة في أداء عمله من حيث الجهد والعمل المبذول في سماعة القضية والفهم القانوني لها والسرعة في إنجاز القضايا ومن خلال هذه العملية تم عملية تقييم القاضي النشيط والفاهم والمستوعب لإجراءات ومعرفة القاضي الكسول واللامبالي والغير الواعي للقوانين الإجرائية النافذة ومعرفة القاضي المستهترو وهي عملية تعريف ووضوح عن القاضي الذي يجسد مبدأ العلانية عند نظره القضايا المكلفة بها ..

والعلانية تحقق رقابة المواطنين على إجراءات التقاضي وتجعل من المواطنين على دراية واسعة وسهولة الاستيعاب للقضايا وحكم القانون تجاهها ومعرفتهم بوقائعها والاستفادة من ذلك في الأخذ بالإيجابي من المحاكمات وتجنب السلبيات حيث يتحقق هذا المبدأ الأثر التربوي في المحاكمة .

أن تقع بعض القضاة في غرفهم ونظر القضايا في هذه الغرف يصعب معه التقييم الصحيح لعمل القاضي ورقابة المواطنين عليه .

أن العلانية تكفل بطريق غير مباشر حقوق الدفاع إذا أنها تمنع تحكم القاضي في الخصومة ولهذا حرست المادة (١٥٤) من الدستور اليمني على مراعاة تطبيق هذا المبدأ في عمل المحاكم .

إن واجب التقييد والتطبيق لهذا المبدأ يجب أن يسود عمل المحاكم بمختلف درجاتها ويستثنى تطبيقه في الأحوال المستثناة المحددة في القوانين النافذة ووفق أسباب مقبولة ومعقولة تعطي المبرر لاستخدام هذا الاستثناء على أنه يلزم في كل الأحوال النطق بالحكم علنًا لأهمية العلانية في عمل المحاكم بكل درجاتها. أن هناك تباين في الآراء بالنسبة لعمل المحكمة العليا فهل يسري عليها هذا القيد في العلانية وهل يكفي تحقيق العلانية في الإشارة إلى منطوق القرار في صحيفة القضاء الصادرة عن المحكمة العليا ؟ أم تلزم بتطبيق العلانية في عملها ورغم الاختلاف في الرأي بين هؤلاء نرى أنه من حيث تطبيق هذا المبدأ وفق الدستور واجب مراعاته من قبل الجميع لكن بما أن المحكمة العليا لها خصوصيتها في نظرها الطعون باعتبارها محكمة نقض تختص بقبول الطعن أو رفضه والإعادة إلى محكمة الاستئناف فإنها تعامل مع هذه الطعون من حيث القانون فقط ولا تهتم بالواقع والأدلة لأنها ليست

درجة من درجات التقاضي .. وتكون محكمة وقائع عند محاكمة شاغلي الوظائف العليا أو في أحوال التصدي ففي هذه الحالة نرى أن تحقيق العلانية من خلال قراراتها الصادرة من الدوائر أما أن تكون هذه العلانية للأحكام تكون بإرسال القرار إلى محكمة الاستئناف المختصة لاستدعاء الخصوم وقراءة الأحكام لهم علناً في جلسة أمام محكمة الاستئناف لصعوبة استدعائهم أمام المحكمة العليا ويسمح للمواطنين دخول القاعة وسماع الأحكام أو القرارات علناً للنطق به إمامها أو أن تخصص كل دائرة يوماً واحداً في الأسبوع للنطق في القرارات المنجزة علناً في القاعة بعد استدعاء الخصوم أن حضروا وإلا تمت العلانية في حضور الجمهور المطلوب دعوتهم أسبوعياً في القاعة المختصة لهذا الغرض ، أما الزعم بأن منطق الحكم أو القرار لتحقيق العلانية في نشرة بصحيفة القضاء فهذا اجتهاد غير موفق من وجهة نظرنا على أننا نرى من ناحية أخرى أن المحكمة العليا عندما تكون محكمة موضوع في القضايا المختصة بها كمحكمة شاغلي الوظائف العليا فالدستور والقوانين الإجرائية ملزمة وواجب تطبيقها فيما يتعلق بالعلانية في الجلسات والنطق بالحكم لأنها محكمة وقائع تتظر في الأدلة وتستدعي الأطراف لسماع القضية والمرافعة فيها ..

كما تكون ملزمة أيضاً بتطبيق هذا المبدأ عندما تتصدى للقضية في المرة الثانية لأنها تصبح في هذه الحالة محكمة موضوع يسري عليها ما يسري على المحاكم الأدنى درجة المعنية بنظر الواقع والادلة والدفع والمرافعة ما لم تكون تحت ظرف استثنائي كما حدده الدستور والقوانين الإجرائية النافذة ففي هذه الحالة يكون النطق بالحكم علناً في حضور الخصوم وليس في صحيفة القضاء وأن يتم تحقيق هذه العلانية

وفق أحد المقترحين المشار إليهما أعلاه ذلك أن للعلانية أهمية خاصة لأنها تهدف إلى تميية إحساس المواطن بالنظام والقانون وتنمية أرتباطة نظام الدولة وزيادة الأثر التربوي للمواطنين من هذه المحاكمات التي يسمعها ويشاهدها ويعمل على تشجيع استعداده إلى مكافحة الأجرام إلى جانب الرقابة الاجتماعية على العمل الإجرائي التي تقوم به المحاكم وبعد ضمانة للتطبيق العادل للقوانين .

## ثانياً: مبدأ شفوية الإجراءات :

أن مبدأ شفوية الإجراءات من المبادئ الهمة والأساسية في أصول التقاضي وفي سير الخصومة أمام المحاكم وقد اهتم قانون الإجراءات الجزائية بهذا المبدأ ونص عليه تحديداً في المواد (٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧) في القانون رقم (١٣) لعام ١٩٩٤م.

فقد نصت المادة (٢٦٤) تكون الإجراءات أمام المحاكم شفاهة وتلتزم المحكمة عند نظر القضية أن تبحث بنفسها مباشرة الأدلة فتستجوب المتهم والمجنى عليه والشهود والمدعى بالحق المدني والمسؤول مدنياً وتستمع إلى تقارير الخبراء وتفحص الأدلة المادية وتتلوا المحاضر وغير ذلك من المستندات وتحضنها للمناقشة الشفوية ..

أما المادة (٢٦٥) فقد نصت " كل من يسأل يتعين أن يجيب شفاهة ومن الذاكرة ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تسمع لهذا الشخص بالاستعانة بمذكرات مكتوبة بالنظر إلى ظروف الشخص أو طبيعة الدفاع أو كان لديه مانع يمنعه من الإجابة شفاهية ..

والمادة (٢٦٦) نصت " تأمر المحكمة باحضار الأشياء المضبوطة إلى قاعة المحكمة كلما أمكن ذلك ويمكن للمتهم وبباقي الخصوم من رويتها وأبداء ملاحظاتهم عليها في جلسة المحاكمة ..

ونصت المادة (٢٦٧) " يجب أن تكون المرافعات الختامية من قبل جميع الأطراف شفاهة .." وفي المادة (٢٣) فقرة (ب) بأن الأصل في المرافعة الشفوية ويجوز أن تكون كتابية وتقرر هذا المبدأ في قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م وفي الباب الخامس المتعلق بإجراءات الجلسة ونظمها حيث أشارت المادة (١٦٤) من هذا القانون بأن " تأذن المحكمة للخصوم بالكلام حسب دور كل منهم ويجب

الاستماع إلى أقوال الخصوم حال المرافعة ولا يجوز مقاطعتهم إلا إذا خرجموا عن موضوع الدعوى أو مقتضيات الدفاع فيها ويكون المدعى عليه آخر من يتكلم أما إذا كانت النيابة خصماً منضمًا في الدعوى ف تكون آخر من يتكلم .

ونصت المادة (١٦٦) من هذا القانون بأنه " في الجلسة المحددة لنظر الدعوى تقبل المحكمة من الخصوم المستدات التي لم يسبق لهم تقديمها مرفقة بعريضة الدعوى والجواب عنها وتملى ما فيها على خصومهم وإذا كانت الدعوى مستوفية بشروط صحتها يسأل القاضي المدعى عليه الجواب عنها ويجيب على كل وقائعها إجابة خاصة بها مبيناً صراحة ما ينكره وما يقره من غير أيهام وتحدد المحكمة ما أقر به الخصم وما أنكره وتكلف المدعى إثبات ما تذكره المدعى عليه وتسمع أداته وشهوده ..

أما المادة (٥) فقرة (ب) من قانون السلطة القضائية فقد نصت : " تكون المرافعات شفوية أو تحريرية إلا إذا نص القانون على تحديد أي منها ..).

أن هذه النصوص المحددة في القوانين الإجرائية النافذة تهتم بمبدأ الشفوية في سير الخصومة بأن ألزمت المحاكم أن تنظر القضايا أما منها ليست من خلال الاكتفاء بالأوراق والمذكرات الكتابية ولكن من خلال قيامها بالمناقشة للأطراف والاستفسار منهم واستجوابهم وتحقيق وتمحیص الأدلة بنفسها و تستمع إلى شهودهم والخبراء ومن تراه ضروري حضوره بمعنى أن يتم كل ذلك أمامها شفويًا ..

فالخطوة الأولى في إجراءات التقاضي أي سير الخصومة أمامها هي دعوى الخصوم جمیعاً والتلاقي أمام المحكمة لأنه إذا لم يحضر جميع

الخصوم ولم توجه الدعوى لهم لا تتشا الخصومة وبذلك لا يجوز للمحكمة أن تنظر في ادعاءات من خصم ما لم يدع من يوجه إليه هذا الإدعاء إلى المثول أمام القضاء لسماع وإبداء دفاعه حوله وكذلك لا يجوز لها أن تسمع خصماً إلا في مواجهة خصمها الآخر أو على الأقل بعد دعوته والتأكد من استلامه الإعلان ولا يجوز أن تقبل ورقة أو مذكرة من أحد الخصوم إلا بعد إطلاع خصمها عليها أو على الأقل تمكينه من هذا الإطلاع ..

أن مبدأ الشفوية يجعل المحكمة مقيدة بأن لا تسمع لأحد الخصوم أو وكيلهم إلا بحضور الطرف الآخر وإطلاع الخصم الآخر عليها وإن كان عملها باطلًا يستوجب إلغائه .. ولكن لا يترب على مثل هذه الإجراءات استحالة الخصومة بين حاضر وغائب لأنه يجوز سماع الدعوى غيابياً ما دام الغائب قد وجهت إليه دعوى صحيحة للمثول أمام المحكمة واستلم أمر الحضور وهناك ما يؤكّد تسلمه ذلك فإن تخلفه للمرة الثانية لا ينبغي أن يحول دون قيام الخصومة أو المنازعه واقتضاء الخصم لحقه من غريميه وكل ما يشترطه القانون هو التنصيب عن الغائب لسماع الأدلة ومناقشتها .. ومتى ثبت الحق للمدعي أي استطاع أن يثبت حقه بذلك من خلال السمع القضائي الغيابي التي تقوم به المحكمة تصدر المحكمة حكماً غيابياً.

إلا أنه يجب التتبّه أنه ينبغي عدم الخلط بين مبدأ الشفوية ومبدأ علنية الجلسات لأن العلنية يقصد بها تمكين المواطنين من مراقبة سير الجلسات القضائية .. أما مبدأ شفوية الإجراءات كما هو واضح من النصوص القانونية المشار إليها فيقصد بها تمكين الخصم من مواجهة

خصمه أو بالأدق إلزام الخصم بهذه المواجهة وإلزام المحكمة المختصة بها وهذا التزام واضح في معنى ومفهوم هذه المواد المشار إليها .

أن شفوية الإجراءات واجبة حتى لو كانت هناك قرارات في سرية الجلسات في الأحوال الاستثنائية الجائزة وفقاً للدستور والقوانين النافذة وأن هذه المسائل القانونية تجعلنا نستتتج ونعتبر أن شفوية الإجراءات .

ملتصقة بجوهر التقاضي من العلنية لأنها من مقتضيات الدفاع المقررة للخصوم بينما العلانية من الظروف الملائمة لنزاهة القضاء وحياده والذي دعى المشرع اليمني إلى إبرازها كأصل متميز من أصول التقاضي في قوانينا الإجرائية اليمنية ..

أن التشريع اليمني في أحوال معينة أشار إلى مبدأ الكتابة كما هو ملاحظ في نص المادة (٢٣) فقرة (ب) من قانون المرافعات وفي نص المادة (٥) فقرة (ب) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لعام ٩١م وهو يمثل اتجاه بعض التشريعات العربية وتوصف الإجراءات بأنها مكتوبة أو شفوية حسب أهمية كل من العنصرين في الخصومة ولا يقصد بذلك أن الخصومة التي يغلب عليها العنصر الشفوي لا بتوافر فيها أي عنصر كتابي فمن الصعب وجود خصومة دون العنصرين معاً وكل من العنصرين يكفل مزايا معينة فالعنصر الشفوي يسمح بإجراء مناقشة مباشرة بين مختلف الخصوم أمام القاضي مما يساعد إلى اتصال القاضي بأدلة الإثبات بطريقة مباشرة وأكثر حيوية وتولد لديه شعور بالألمام بالقضية خاصة أن المرافعة الشفوية وسيلة أقوى لأقناعه بما جاء فيها حول موضوع النزاع والأسانيد القانونية التي يعتمد عليها كل طرف أن شفوية الإجراءات في هذه الحالة يقتضي استمرار القاضي سماع القضية من خلال استمرارية الجلسات بأن ينظر الخصومة منذ بدئها إلى

نهايتها إذ أن الشعور الذي يتولد لدى القاضي الذي تتم إجراءات التقاضي أمامه لا يمكن أن ينتقل إلى قاضي آخر يحضر أعمال إجرائية أخرى تالية له ، وهذا المبدأ يترب عن تسهيل مفاجأة الخصم بأسانيد جديدة لم يتوقعها ..

أن القانون أحياناً يطلب من الخصوم تقديم كتابة أسانيدهم والأسباب التي يستدلون إليها في ادعاءاتهم ثم تناقش أمام الخصوم شفاهه في الجلسة المحددة .. ويقال من وجہة نظر آخرون أن المذكرات المكتوبة وسيلة فعاله لتركيز القاضي على النقاط القانونية القطعية في النزاع دون أن يتأثر بالظواهر الخارجية التي تدور في الجلسة وتفقد أحياناً انتباھه أو نسيانها وخلاصة القول أن لكل العنصرين مزايا كما يوضح بعض الفقهاء القانونيين بأن عنصر الكتابة أداة لتحديد النزاع وتوثيق ما يدور في الخصومة وحفظ الدليل كما يسمح بتحضير جدي للدعوى في حين أن العنصر الشفوي أداة للاتصال المباشر بين الخصومة والخصوم وهو خير سلاح للمناقشة والاقتناع ، لذلك يميل الفقه والتشريعات الحديثة إلى الأخذ بمبدأ الشفوية مع مراعاة العنصر الكتابي لتلافي أي عيوب للعنصر الشفوي لو أخذ به لوحدة بصفة مطلقة وعلى هذا الأساس.

نلاحظ أن المشرع اليمني قد أخذ بالعناصرتين في الخصومة كما هو واضح في المواد سالفة الذكر إلا أن العنصر الشفوي يغلب في الخصومة أمام المحاكم الابتدائي وخلط أو جمع العنصرين معاً أمام محاكم الاستئناف بينما يسود العنصر الكتابي في الخصومة أمام المحكمة العليا للجمهورية عند نظرها الطعون بالنقض لدى دوائرها المختصة نوعياً لأنها في هذه الحالة هي محكمة قانون محكمة نقض وإقرار .

### **ثالثاً: مبدأ استمرارية الجلسات :**

مبدأ استمرارية الجلسات يتعلق بصفات أداء العدالة لا يقل أهمية عن المبادئ التي أشرنا لها وقد حظيت بنصوص محددة في قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لعام ١٩٩٤ المواد (٢٦٨)(٢٦٩) من هذا القانون .. أن مبدأ استمرارية الجلسات هو ثمرة تجارب قرون كثيرة في السعي نحو غاية إقامة العدل بين الناس ولا يكفي لبيان أهميته إلا بأن نستعرض نص المواد (٢٦٨، ٢٦٩) من قانون الإجراءات الجزائية فقد أشارت المادة (٢٦٨) من هذا القانون .. ( يكون نظر الدعاوى الجزائية في جلسات متابعة ومتسمة تمتد إلى أن يتم إنهاء المحاكمة ما لم تقتضي ظروف القضية الوقف أو التأجيل المبرر أو للضرورة في الأحوال المنصوص عليها في القانون .

أن إمكانية تطبيق هذا المبدأ في الواقع العملي الملموس في المحاكم اليمنية فيه من الصعوبة وعدم الاهتمام ويُكاد يكون من المبادئ المهملة ولا يحظى بقدر من الاهتمام كما لا يحرص قضاونا على مراعاته والتقييد به في التطبيق اليومي للعمل القضائي رغم أهميته وتوجد تطبيقات طفيفة وقليلة في بعض المحاكم وفي بعض القضايا الجنائية وإمام بعض القضاة في مختلف الدرجات القضائية .

إما القضايا المدنية والتجارية والشخصية فلا توجد أي تطبيقات لهذا المبدأ وقد يكون ذلك لكثره القضايا المنظورة في المحاكم وعدم التخصص في نظر القضايا من حيث الاختصاص النوعي كما قد يكون ذلك بسبب التأجيلات الكثيرة والطويلة من بعض القضاة أو عدم التقييد بأولوية القضايا المسجلة في جداول الجلسات ان هذا المبدأ لا يمكن القول باستحالة تفريذه وتطبيقه عند نظر القضايا إذا أخذنا في

الاعتبار زيادة عدد القضاة في المحاكم الأدنى درجة وتوزيع القضايا المتعددة بينهم إلا أن عدم تطبيق مبدأ استمرارية الجلسات بشكل عام رغم وجود هذه النصوص القانونية والإجرائية في القانون فإن عدم تطبيقه وعد التقيد به يعتبر خرقاً للمشروعية ويعتبر أي عمل والإخلال بهذا الإجراء باطلأ ، فالإجراء القضائي يقترب غالباً بمعاد محمد لمباشرته وما لم يتخذ العمل الإجرائي موعده فلا يعد أصلاً صحيحاً أو منسجماً لأثره القانونية لهذا اشترطت المادة (٢٦٨) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لعام ١٩٩٤م بأن ( يكون نظر القضية في جلسة واحدة متسمة وتستمر إلى أن تفرغ المحكمة من نظر القضية عدا الأوقات المخصصة للراحة ولا يجوز نظر قضايا أخرى قبل الانتهاء من نظر القضية المطروحة .. ) كما أشارت (٢٦٩) من نفس القانون إلى حالات التأجيل .

ولهذا فإن القانون حين ربط الإجراءات القضائية بمواعيد محددة فإنه قد قصد تحقيق انتظام سير هذه الإجراءات وإنهاء كثير من صور المفاجئات في التقاضي منها مثلاً سحب القضية أو وقف الخصومة أو طلب الملف من جهة قضائية عليها أو ضياع ملف أو إخفائه أو طلبه من محكمة أخرى .. الخ .

أن مبدأ استمرارية الجلسات أصبح من الأمور التي يغفلها العديد من القضاة ولم تنظم الجهات المعنية أسلوب وكيفية تطبيقه في المحاكم ولم تضع الحلول السليمة للعمل به وهذا السكوت يقابله التزايد المستمر لعدد القضايا الذي لم يقف عند حد معين ولم تستفيد من تجارب كثير من الدول المتطورة في حسمها للقضايا الكثيرة والمترادفة .

أن الأحصائيات التي ترفعها محاكم الاستئناف يلاحظ فيها نسبة الزيادة الملموسة من سنة إلى أخرى وهذا يعني في تقديرنا الشخصي أن مجال تطبيق مبدأ الاستثمارية سيكون صعباً وغير محققاً ما لم يكن مقتضاً في القضايا الجسيمة في القتل العمد والقضايا ذات الخطورة الاجتماعية البالغة المنصوص عليها في القوانين الجزائية النافذة وأن الإبقاء على هذا المبدأ دون تنظيم أو تعديل أو إلغاء رغم أدراك جميع المسؤولين في القضاء والعدل والنيابة العامة والقضاة أنفسهم المعنيين بالتطبيق وجود تقصير وإهمال متعمد من بعض القضاة وكما أن دور التفتيش القضائي في هذا الجانب ضعيفاً ولم تسجل حالة واحدة بصدق تطبيق مبدأ استثمارية الجلسات ولم تتخذ أي إجراء في مواجهة أي قاضي أهمل عمداً تطبيق هذا المبدأ الهام أو تم تقييم الأداء للقضاة على أساسه والذي من خلاله سيكشف الجانب الرقابي مدى الإهمال أو التأجيلات الطويلة أو الغير مبررة أو الغياب بدون عذر مقبول المؤدي إلى التأجيلات عند النظر في القضايا وحجم القضايا المقيدة والمنظورة أمام القضاة وغيرها من ملاحظات بقصد الآثار الضارة من جراء عدم تطبيق مبدأ استثمارية الجلسات في نظر القضايا المختصين بنظرها..

أن أي مخالفة أو إهمال في تطبيق النصوص القانونية يجعل الحكم باطلأً والعمل الإجرائي معيباً عيباً جوهرياً في الإجراءات يترتب عنه البطلان كما يترتب عنه مسألة القضاة المعنيين بالتطبيق نتيجة هذا الإهمال المتعمد أو غير المتعمد ولهذا يتطلب منا المرونة وسماع وجهة نظر الآخرين ومقترناتهم وذلك بما يحقق المصلحة العامة التي يسعى الجميع إلى تحقيقها حتى وأن تطلب الأمر بإصدار منشورات قضائية أو تعاميم

تحدد فيها أنواع القضايا الجسيمة جنائياً وفي المدني والتجاري الشخصي بتحديد سقف مالي أدنى أو أنواع محددة من القضايا الهمة .

#### **رابعاً: مبدأ عدم التحيز والدور الإيجابي للقاضي:**

عدم التحيز من قبل القاضي يعني أن يكون موقف القاضي أثناء نظر القضية بين الخصوم المتسارعين يجب أن يكون موقفاً محايضاً تماماً لا يقف مع أحدهم ولا ضدتهم وهذا المبدأ وثيق الصلة بمبدأ نزاهة القضاء بل أنه مظهر هذه النزاهة في مرحلة نظر الدعوى وبذلك تكون لنزاهة القضاء وسائل ومظاهر في تنظيم القضاء ووسائل ومظاهر أخرى في أداء القضاة ومن مظاهر حياد القاضي أثناء نظر الخصومة التزامه بقاعدة عدم جواز الجمع بين صفتني الخصم والحكم وقاعدة عدم جواز قضاء القاضي بعلمه ووجوب المساواة بين الأطراف المتسارعة أمام المحاكم .

ومهما يكن من أمر مظاهر حياد القاضي أو نتائجه فالحياد لا يعني السلبية من جانبه حيث يلزم القانون الإجرائي اليمني على القاضي أن يتخد موقف إيجابي في سير الخصومة لتحقيق العدالة فقد نصت المادة (١٨) بأن ممارسة حق التقاضي تقوم على حسن النية ..

وأنه يجب على القاضي المحافظة على مبدأ المواجهة أثناء التقاضي ويضمن احترامه بين الخصوم .. المادة (١٩) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م أما المادة (٢٠) من نفس القانون فقد نصت " يجب على القاضي الحرص على كفالة حسن سير العدالة وله في سبيل ذلك مراقبة الخصوم في ممارسة الإجراءات طبقاً للقانون .. ) وفي المادة

(٢١) من نفس القانون أشارت بأن ( يتقييد القاضي في قضايه بمبدأ الحياد ومن آداب القضاء التي أوجبها القانون على القضاة مراعاته عند

نظر الخصومة كضمان عملي وواقعي لتجسيد حيادية القاضي ألم يرى  
القانون بأن يسوى بين الخصمين في مجلس قضائية ، وأن لا يشير إلى  
أحد الخصمين أو يلقنه حجة أو أن يلقن الشهود أو أن يستضيف أحد  
الخصمين في منزلة أو أن يستضاف عند أحدهما .. أو يقبل من أحد  
الخصوم هدية المواد (٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩، ٣٠) من قانون المراقبات النافذ..)  
هذه النصوص جميعها توضح بالملموس الدور التربوي للمحكمة والدور  
الإيجابي لها عند نظر الخصومة وهي تحقق قدر وافر من الضمانات  
والحياد تجاه الخصوم لأن القاضي ليس مجرد أداة لحل النزاع وإنما عليه  
أن يراقب الخصومة ويصحح الأخطاء والأوضاع المخالفة للنظام العام  
وعلى ذلك لا يقصد بمبأعد عدم التحييز بأن يقف القاضي موقفاً سلبياً من  
كل الخصميين ولكن يمكن أن ينزل على حكم الخصوم إذا ما  
صوروا له الدعوى صورة ما وجاوا إليه متفقين على هذا التصوير  
للواقعه.. لم يكن لدى القاضي الوسيلة التي تمكّنه من أن ينفذ من  
وراء هذا التصوير إلى حقيقة النزاع وحقيقة الخصومة .

فهذا القول لم يعد يتفق مع القانون الوضعي الحديث الذي يجيز للقاضي  
في حالات استثنائية أجاز له القانون أن يعدل العقود الظالمه كما هو  
الحال في حالات عقود الأذعان والاستغلال مما يؤدي إلى خلق التزامات  
جديدة لم تكن موجودة وهي ما تسمى بالالتزامات القضائية كما  
يعترف المشرع اليمني صراحة بالدور الإيجابي للقاضي في تحقيق الدعوى  
وإثباتها وأعطائه المزيد من حرية الحركة في أي مرحلة من مراحل سير  
الدعوى / الخصومة/ حتى لا يترك كشف الحقيقة رهيناً بمبارزة  
الخصوم وحدهم والهدف من ذلك الحرص على استقرار الحقوق وسد  
باب الحيل والخداع من قبل الملاعيب والمتحايلين .

أن مظاهر الدور الإيجابي للقاضي في تحقيق الدعوى حقه أيضاً في أن ينتدب خبيراً أو أن يجري معاينة لموقع النزاع أو أن يستدعي أحد الخصوم مرة ثانية لسماع أقواله أو سماع شهوده والقيام بأي إجراء يراه مناسباً لإظهار الحقيقة كما يجوز له العدول عن أي إجراء أمر به في السابق وألا يأخذ بما انتهى إليه إثبات هذا الإجراء .. إلا أنه يشترط على القاضي إذا أجراء نزول ومعاينة أن يحرر محضر بالمعاينة وإذا أمر بأي إجراء آخر أن يدون محضر لهذا الإجراء المتخذ وذلك لامكانية رقابة الخصوم ورقابة المحكمة الأعلى درجة على العمل الإجرائي المتخذ وذلك ضماناً لحسن سير وآداء العدالة ..

وهناك الكثير من مظاهر الدور الإيجابي للقاضي وعدم تحيزه منصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لعام ١٩٩٤م ، وفي قانون المراافعات رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م.

لا يتسع المجال للإشارة إليها ولكن لا يعني ذلك أن القضاة والمحاكم غير مسؤولين عنها وإهمال تطبيقها في عملهم أثناء نظر الدعوى وكل ما نصح القيام به هو ضرورة تمعن وفهم نصوص القوانين الإجرائية واستيعابها ومرااعاتها عند التطبيق بشكل متكملاً لأن الكثير من الأخطاء المرتكبة وقد تكون غير مقصودة من قبل البعض فإن ما يؤدي إلى هذه الأخطاء الإجرائية هو عدم القراءة للنصوص بشكل عام والتي هي غالباً ما تكون متاثرة ومتباعدة التي بعضها يكون في مقدمة القانون والبعض في وسطه والبعض في آخر القانون وهي جميعها منظومة واحدة تخدم العمل الإجرائي والتطبيق الصحيح والسليم للقانون .

## **خامساً : مبدأ احترام الشكل**

لم يترك القانون تنظيم الخصومة لمحض تقدير القاضي بل قام بتحديد الاعمال الإجرائية التي تكونها ووضع تنظيماً لها والمراكز الإجرائية التي تنشأ بتقديم الطلب القضائي / الدعوى / .

كما عين الشكل الذي يجب أن يتبع بقصد الأعمال التي تتم أشاء الخصومة ويجب احترام الطريق الذي ينظمه القانون والشكل الذي يوجبه لأحداث الغاية النهائية من الخصومة وهي الحصول على الحماية القضائية واحترام هذا الشكل لا يلزم به الخصم فقط وإنما يلزم به القاضي أو أي شخص يقوم بعمل إجرائي في الخصومة .

والواقع أنه لا يجوز التذمر من هذا الشكل لأنه يضمن صحة الإجراء ويحل دون تحكم القاضي أو تحايل الخصوم ويؤكد الثقة والطمأنينة لدى المتقاضي الذي يعلم انه لو اتبع ا لطريق الذي يوجبه القانون فسوف يحفظ حقه ولذا قيل بحق أنه لا وجه للشكوى من الشكلية إذا لم تكن مطلقة ومقيدة لأنها أن كانت كذلك قد تؤدي إلى تعقيد الإجراءات وأطالتها دون مبرر فضلاً عما ينتج من إهدار الحق إذا تغلب الشكل على الموضوع مما يؤدي إلى فوات الغاية المرجوة من فرضه وهي ضمانة حماية الحق المطلوب اقتضائه .

أن القاعدة هي حرية الالتجاء إلى القضاة طلباً لحمايته بمعنى أن لكل شخص طبيعي أو اعتباري الحق في طرق باب القضاء وهذا الحق يعتبر من الحريات الأساسية في الدولة الحديثة وهو في طبيعته نوع من أهلية الوجوب على أنه يتقييد موضوعياً بعدم جواز التعسف في ممارسته شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق .

فترفع الدعوى بتقديم عريضة مكتوبة إلى المحكمة موقعاً عليها من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه ويطلب القانون مراعاة عده بيانات في عريضة الدعوى من قبل المحكمة وقد حددت المادة (١٠٤) الفقرات ٦، ٧، ٤، ٥، ٣، ٢، ١ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م هذه البيانات الواجبة ..

وينشأ عن رفع الدعوى بالشكل المحدد أعلاه قيام رابطة قانونية إجرائية بين المدعي والمدعي عليه ومعنى ذلك فإن الدعوى تقوم على وجود مدع رافع الدعوى أو البادئ في المطالبة القضائية ومدعى عليه ومدعى به وهو موضوع الدعوى إلى الأمر المطلوب القضاء به على المدعي عليه أو في مواجهته .

وما يلفت النظر أنه في واقعنا القانوني في وضعنا الراهن وجود مسألة هامة أشار إليها القانون المرافعات رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م تتعلق بمشاركة النيابة العامة في القضايا المدنية وتفصيل ذلك واضحاً في المادة (١٢٦) التي تنص (للنيابة العامة رفع الدعوى أو التدخل فيها في الحالات التي ينص عليها القانون ويكون لها ما للخصوم من حقوق وعليها ما عليهم من واجبات إلا ما استثنى بنص خاص ولها رفع الدعوى الخاصة بالقصر أو عديمي الأهلية أو ناقصيها أو التدخل فيها أن لم يكن لهم وصي أو ولبي وكذا الغائبين والمفقودين ودعاوي الحسبة الأخرى .

أما المادة (١٢٧) تنص ( يكون تدخل النيابة العامة أما بحضور من يمثلها في الجلسة وأبداء رأيها شفوياً في الدعوى أو بكتابه مذكرة برأيها فيها بعد الإطلاع على أوراقها أو بالطريقين معاً وتمنحها المحكمة ميعاداً مناسباً وتأمر بإرسال ملف الدعوى إليها لكتابه مذكرة برأيها إذا رأت المحكمة ذلك ..

وطالما أن القانون قد نص على وجوب تدخل النيابة العامة في بعض القضايا فإن حضوره يصبح إلزامياً على المحكمة مراعاته وعدم اشعاره بالدعوى يترب عن بطلان العمل الإجرائي وليس صحيحاً أن ينظر بعض القضاة في القضايا المدنية وغيرها في غياب النيابة العامة الواجب تدخله فيها كمالاً يقع صحيحاً أن تصدر المحاكم أحكامها في غيابه و يعد مثل هاذ الإجراء إنكاراً للعدالة ..

كما يجب أن تراعي المحاكم ما جاء في قانون قضايا الدولة رقم (٣٠) لعام ١٩٩٦م الذي أوجب تدخل وزارة الشؤون القانونية في القضايا التي تمس الدولة أو تكون طرفاً فيها فاللازم وجود من يمثلها في الدعاوى المنظورة أمام المحاكم وتتبع في حقها قواعد الحضور والغياب والمواعيد المنصوص عليها في الفصل الثاني من الباب الثالث من قانون المرافعات .

أن مبدأ احترام الشكل لم يكن مقتصرًا على الدعاوى المدنية والتجارية والشخصية فهو يشمل إلى جانب ذلك الدعاوى الجزائية وقد اهتم الباب الثالث من قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لعام ١٩٩٤م في الخصوم ورفع الدعوى وكيفية رفعها وإعلان الخصم والبيانات الواجب مراعاتها في ورقة التكليف بالحضور وأن أهم البيانات الواجبة هو في التحديد الوافي عن الجريمة موضوع الدعوى بذكر الأفعال المنسوبة للمتهم وزمانها ومكانها وظروفها وكيفية ارتكابها ونتائجها وغير ذلك مما يكون ضرورياً لتحقيقها ، وبيان بالأدلة على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم وغيرها من البيانات الالازمة المحددة في المادة (٣١٠) من هذا القانون والمهدف من ذكر كافة البيانات في الدعوى الجنائية هو قيام المحكمة المختصة بمراعاة مبدأ احترام الشكل قبل السير في المحاكمة ونظرها الدعوى .

## **سادساً: مبدأ وحدة أطراف الدعوى والدور الإيجابي للقاضي :**

أن الخصومة كتنظيم قانوني تقع عند ملتقى طريقين : طريق القانون العام وطريق القانون الخاص..

بالنسبة للخصوم وسيلة لإشباع حقوقهم الخاصة وبالنسبة للدولة أداة لتحقيق القانون وتطبيقه وتنفيذها.

وهذا الاعتباران هي في الواقع أساس نظريتين اختلفت بصددهما التشريعات الحديثة حول دور القاضي في الخصومة فيرى البعض أن الخصومة ملك الخصوم وذلك وفق مبدأ تسيير الخصومة بمعرفة الخصوم وهذه منتقدة لأنها تجعل الخصومة مبارزة تدور بين الخصوم ويكون دور القاضي سلبي في تسيير الخصومة ويؤدي إلى تقييد سلطة القاضي بدون مبرر أما النظرية الحديثة فيؤكد الفقه الحديث أن القضاء مرفق عام ومداماً لإطراف لجأ إليه فمن واجبه أن يؤدي ويسير الخصومة ويوجهها التوجيه الصحيح فوظيفة القاضي لا تقتصر على حسم النزاع وإنما تمتد إلى تطبيق القانون بواسطة الخصومة مما يقتضي إلا يترك هذا الأمر للخصوم فقط إذ أن القاضي كما أوضحتنا سابقاً يتدخل لإزالة أي عقبات تعيق سير العلاقة القانونية وجرياتها وبذلك تعرف بعض القوانين الإجرائية الحديثة بالدور الإيجابي للقاضي بمائه من حق في التحري والتحقيق في الدليل الشرعي والقانوني في الدعاوى المرفوعة إليه ويكون له نفس الدور الإيجابي في البحث عن الحقيقة ويتخذ ما يراه مناسباً من إجراءات لتحقيق الدعوى والتحقق من شكل الإجراءات ومن أهلية الخصوم وصفاتهم وصحة تمثيلهم في الدعاوى أنه بالرجوع إلى قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني وكذا قانون

الإجراءات الجزائية سيتضح أن هذه القوانين أخذت بالدور الإيجابي للقاضي وأن المحكمة وفق هذا المبدأ تتأكد من وجود الخصم كشرط جوهري لوجود الخصومة والمطالبة القضائية (أهلية الوجوب) والأهلية الالزامية هنا بأن تكون متوفرة في أطراف الخصومة وأهلية الوجوب تقترب بوجود الشخص من الناحية القانونية سواءً كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً .. وجود الشخص شرطاً أساسياً لقيام الخصومة واعتبار الطلب القضائي صحيحاً مرتبأ لجميع أثاره كما تتأكد المحكمة من أهلية التقاضي للخصوم (الأهلية الإجرائية) حيث يشترط لصحة الإجراءات أن يكون الخصم أهلاً ل القيام بها .. وهذه ترتبط بأهلية الأداء المعترف بها بالنسبة للحق الموضوعي ويجب التتبه إلى عدم الخلط بين أهلية التقاضي وأهلية الأداء لأن المطالبة القضائية والقيام بالأعمال الإجرائية للخصومة لا تعتبر تصرفًا قانونياً ومن ثم قد لا تتوافر لدى الشخص أهلية الأداء بالنسبة لحق معين بمعنى أنه لا يستطيع التصرف فيه ومع ذلك يعترف له بأهلية التقاضي بالنسبة لطلب الحماية القضائية لهذا الحق أي حماية الحق من الضرر الذي قد يترب من التأخير في طلب الحماية القضائية وإذا توافرت أهلية الوجوب (أهلية الاختصاص) دون أن تتوفر لدى الشخص أهلية الأداء فلا يجوز لمن يكون طرفاً في الخصومة أن يقوم بالأعمال الإجرائية المكونة لها .. وإنما يشترط أن يقوم بها شخص يمثله في ذلك وهذا هو التمثيل الإجرائي ويقوم عادة بهذا التمثيل الإجرائي للشخص الذي ينوب عن ناقص الأهلية قانوناً سواءً كان هو الولي أو الوصي أو القائم أو المنصوب بواسطة المحكمة وبالنسبة للشخص الاعتباري في الخصومة يمثله شخص طبيعي للقيام بالأعمال الإجرائية ولا يرجع سبب هذا التمثيل الإجرائي إلى نقض في أهلية التقاضي

للشخص الاعتباري بالأعمال الإجرائية ولذا لزم أن يتم بواسطة شخص طبيعي / المدير مثلاً / أو محامي مفوض / أو رئيس مجلس الإدارة / وقد اشترط القانون أن تستمر أهلية التقاضي أثناء سير الخصومة وبعض الأحكام الأخرى المتعلقة بهذا الشأن .

ويترتب على المطالبة القضائية إنشاء أثار مباشرة لهذه المطالبة فأول أثر لها هو إنشاء الخصومة فهذا الإجراء ينشى حالة قانونية جديدة وروابط بين أطرافها تقرر لهم امتيازات وتفرض عليهم اعباء معينة .

كما يلزم على القاضي الفصل في جميع الطلبات المقدمة إليه فإن امتنع القاضي عمداً عن التحقيق في طلب مقدم إليه أو لم يحكم فيه اعتبر مرتكباً لجريمة إنكار العدالة .. وإذا حكم القاضي فإن سلطته تتحدد بالرجوع إلى عناصر الطلب القضائي فليس للقاضي أن يحكم فيما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبه الخصم فإن فعل يكون الحكم قابلاً للطعن فيه .

أن القاضي وهو بصدده نظر المطالبة القضائية أن يدخل الغير في الخصومة وهذا يفيد الوصول إلى الحقيقة ويتحقق العدالة ، كما يحقق هذا حماية له أو لأحد الخصوم في الدعوى ومن إيجابيات ذلك أيضاً أن تدخل الغير في الدعوى يكون الحكم حجة له أو عليه أو لمنع إعادة نفس النزاع بين خصوم مختلفين ونتفادي بذلك تناقض الأحكام في نزاع واحد وفي دعاوى مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة وعلى ذلك يصح للمحكمة أن تتحقق من تلقاء نفسها أن الدعوى قد رفعت من جميع أصحاب الشأن أو عليهم ويلاحظ أن القانون اليمني لم يقييد سلط القاضي في إدخال الغير لأن يكون هذا الغير من كان يصح اختصاصه في الدعوى عند

رفعها ، كما قيد بذلك خصوم الدعوى الذين يطلبون من القاضي ذلك استناداً للمادة (١٨٩) من قانون المراافعات ...

أما للمحكمة فلها مطلق الحرية في أن تأمر باختصاص من ترى ضرورة اختصاصه إلى جانب أحد الخصوم أو في مواجهة طرف في الخصومة ما دام كان ذلك لحسن سير العدالة أو لأظهار الحقيقة .. ولا تخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا في الطعن بالنقض متى بني قرارها في ذلك على أسباب سائفة وذلك على نحو ما أشارت إليه المادة (١٩٠) من قانون المراافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢ حيث نصت (للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة ومن ذلك )

- ١- من كان خصماً في الدعوى في مرحلة سابقة .
- ٢- من تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئة .
- ٣- الوارث مع المدعى أو المدعى عليه أو الشريك على الشيوع إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركة قبل قسمتها أو بعدها أو بالشيوع .
- ٤- شركة التأمين المسئولة عن الحق المدعى به إذا كان مصرحاً بها .
- ٥- من يحتمل أن يلحق به ضرر من قيام الدعوى أو من الحكم فيها إذا ظهرت للمحكمة دلائل جدية على التواطؤ أو الفش أو التقصير من جانب الخصوم وتعين المحكمة ميعاداً للخصوم لا يجاوز ثلاثة أسابيع)

وقد قيدت حرية محكمة الاستئناف في الإدخال في الخصومة بمعرفة الشعبة المختصة كما قيد حق الخصوم أيضاً ذلك لأن محكمة الموضوع قد أغلقت النزاع بين الخصوم وأصدرت حكمها في القضية لأنه لو

كانت هناك رغبة لدى الخصوم في استخدام حقهم ليباشروه أمام محكمة الموضوع وهكذا الحال في سلطة قاضي الموضوع في الأدخال في الخصومة وهذه من الأسباب التي منع بها في الأدخال في لخصومة في مرحلة الاستئناف وقد نصت المادة (١٩١) من نفس القانون بأن (لا يجوز لمحكمة الاستئناف أو الخصوم إدخال من لم يكن خصماً في الدعوى الصادر فيها حكماً مستأنف أمامها).

أما طلب التدخل لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الخصومة المنظورة أمام محكمة الدرجة الأولى منظماً إلى حد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بها وذلك بالاستناد إلى المادة (٢٠٠) مرا فعات.

وهكذا الحال بالنسبة للتدخل في الاستئناف فقد قيد طلب التدخل أمامها إلا من يطلب الانضمام إلى أحد الخصوم استناداً للمادة (٢٠١) مرا فعات وسواءً كان طلب التدخل أمام محكمة الموضوع أو أمام محكمة الاستئناف فإن أي من هاتين المحكمتين ملزمتان بالحكم على وجه السرعة بقبول طلب التدخل أو رفضه ولا يترتب على طلب التدخل أرجاء الحكم في الدعوى الأصلية متى كان صالحة للحكم فيها أما إذا كانت غير صالحة للحكم في النزاع تحكم المحكمة في موضوع طلب التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك للحكم في النزاع تحكم المحكمة في موضوع طلب التدخل مع الدعوى الأصلية متى كانت للحكم فيها أما إذا كانت غير صالحة للحكم في النزاع تحكم المحكمة في موضوع طلب التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك وإلا استبقيت في نظر طلب التدخل والحكم فيه بعد تحقيقه المادة (٢٠٣) مرا فعات ..

من هذه النصوص المشار إليها يلاحظ أن هناك مسالتين هامتين الأولى بشأن الأدخال بمعرفة القاضي في حدود سلطته المنوحة له في القانون تحقيقاً للدور الإيجابي له .. وطلب الأدخال من قبل أحد الخصوم بموافقة وقرار القاضي حوله .. والمسألة الثانية تتعلق بطلب التدخل من قبل كل ذي مصلحة في الانضمام إلى أحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط به ويكون هذين الإجرائين أمام محكمة الدرجة الأولى والاستثناء الوحيد هو من يطلب الانضمام إلى أحد الخصوم يجوز تقديمها (أمام محكمة الاستئناف استناداً للمادة (٢٠١) مرا فعات )

#### **سابعاً : مبدأ احترام حق الدفاع**

أن من المبادئ الهرامة التي تسود النشاط القضائي هو احترام حق الدفاع وهي مهمة موكولة للقاضي باعتباره الشخص العادل وأن هذا المبدأ معترف به في جميع الدول المتقدمة والحضارية لهذا حرص دستور الجمهورية اليمنية ونص عليه في المادة (٤٩) حيث نصت (حق الدفاع أصالة أو وكالة مكفولة في جميع مراحل التحقيق والدعوى وأمام جميع المحاكم وفقاً لأحكام القانون وتケفل الدولة العون القضائي لغير القادرين وفقاً للقانون) ويعني هذا النص الدستوري أن لكل مواطن الحق في أن يلجأ إلى القضاء لحماية حقوقه المشروعة ومصالحة والدفاع عن النفس مكفول وتسير الدولة للمحتاجين طريق الالتجاء إلى القضاء ووسيلة الدفاع مكفولة وللمتهم أن يتولى الدفاع بنفسه كما له الاستعانة بمدافع في آية مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية ومن المعروف أنه في هذه القضايا الجسيمة يلزم القانون الإجرائي الاستعانة بمحامي للدفاع عن المتهم وفي حالة إعساره تتولى المحاكم دفع أتعاب المحامي من

ميزانية المحكمة تتفيداً لهذا المبدأ الهام ، إلا إنه أحياناً تكون ظروف المحاكم لا تسمح بدفع أتعاب المحامي مما يتذرع أن يقبل المحامي التكليف بالترافع عن المتهم المحتج خاصه إذا كانت القضية تتظر في منطقة بعيدة ونائية ، وما لم تدعم ميزانيات المحاكم في هذا الجانب فإن وسيلة الدفاع للمحتاجين المعسرين والقراء سيصبح هذا النص الدستوري والنصوص الإجرائية الواردة في القوانين الإجرائية وقانون المحاماة معطلة لذا نرى من الضروري وضع حلول عملية في هذا الجانب ونقترح أن تختص وزارة العدل مبلغ معين لنقابات المحامين أو مجمعات المحامين أن وجدت في مختلف المحافظات وذلك من صندوق دعم القضاء الذي هو في تضخم مالي كبير لم يستفيد منه إلى جانب دعم ميزانيات المحاكم لهذا الغرض حتى يحصل المحامي المكلف بالدفاع على أتعابه كاملة بحيث لا يتذمر المحامي عند أي تكليف في الدفاع الوجبي على المتهمين . أو أن يقوم وزير العدل بتقديم مقترح إلى مجلس الوزراء الإصدار لائحة بتنظيم أمور المدافعين المعتمدين للمعسر والفقير استناداً للمادة (٩) فقرة (١) من القانون رقم (١٢) لعام ١٩٩٤ بشأن الإجراءات الجزائية .

أن قانون تنظيم مهنة المحاماة رقم (٣١) لعام ١٩٩٩ قد أهتم هو الآخر في المعونة القضائية ونصت المادة (٨٣) . مع عدم الإخلال بحق المحاكم في انتداب وتكليف المحامين في الدفاع عن المتهمين في القضايا المتعلقة بالجرائم الجسيمة يجب على مجلس النقابة أو مجلس الفرع أن يكلف أحد المحامين في الدفاع عن المحتاجين من المعسرين والقراء بعد موافقتهم في القضايا التي يكونوا طرفا فيها ، ويحدد النظام الأساسي للنقابة تنظيم تقديم المعونة القضائية وحالاتها ونظام الانتداب فيها ) .

ونلاحظ رغم وجاهة هذا النص وغيره من النصوص فإن الواقع العملي الملموس لم يشهد تطوراً ملحوظاً لا من حيث التنظيم ولا من حيث كفاية المبالغ لتفصيل هذه المعونة القضائية وتبقي المقترنات المقدمة خطوة نحو تفعيل هذه المعونة للمحتاجين من المعسرين والفقرا .

أن مبدأ احترام حقوق الدفاع أو سع في نطاقه وفي أهميته لما يفرضه على الخصوم والقاضي من أعباء وواجبات لأنه يجسد مبدأ المساواة بين الخصوم وحرفيتهم في اتخاذ أي إجراء أو القيام بأي عمل من شأنه تأييد أدلةتهم أو أظهار الحقيقة ومن مظاهره بأن يتلزم الخصم بإخطار خصمه بأي عمل يقوم به حتى يمكن هذا الأخير من الدفاع والمناقشة وأن القاضي ملزم بأن يفصل في الخصومة في حدود ما تم داخل الخصومة بعد التحقق من أن جميع الأطراف أبدوا دفاعهم أو تمكنا من ذلك ، أي لا يتطلب أن يبدي هذا الدفاع بالفعل مادام قد منحت له الفرصة لذلك وفي حالات استثنائية في الجانب المدني والتجاري قد يقدم الخصم طلب أمر أداء دون إخطار الخصم الآخر به إلا أنه يحرص القانون على تمكين الخصم الصادر ضده أمر الأداء من الاعتراض قبل أن يترتب على ذلك ضرر بمصالحة عند التنفيذ ومن مظاهر هذا المبدأ أيضاً أنه يمنع تقديم أي مستند أو سماع أي أقوال من أحد الخصوم بعد إغفال باب المرافعة ومن مظاهره أنه يجب أن يراعي احترام الخصم لحقوق دفاع خصمه الآخر وأن يوقع الجزاء على أي غش أو تحايل يثبت لدى هذا الخصم ويجب أن يراعي الخصوم الحد الأدنى من حسن السلوك والأمانة أثناء سير الخصومة كما أن هذا المبدأ يفرض على القاضي أن يسبب حكمه عند حسم النزاع حتى يقتضي الخصم المحكوم عليه بأن القاضي قضى عن اقتتاع وبدون تحيز أو إخلال بالمساواة أمام

القانون أو أنه ناتج عن إهمال وأن يظهر القاضي أنه قد محس المستدات والأسانيد القانونية والحجج التي تمسك بها الأطراف أمامه ذلك أن المادة (١٧) من قانون المراقبات رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م ألزمت بان تكون حق الإدعاء والدفاع مكتفولان أمام القضاء) أن القوانين الإجرائية قد جسدت المبدأ الدستوري وذلك من خلال إيراد الكثير من النصوص القانونية . ففي قانون الإجراءات الجزائية نجد في نص المواد (٩، ٤، ٢) مسائل عديدة تضمن حق الدفاع لأطراف الخصومة وهكذا في قانون المراقبات في المادة (١٧) أما قانون تنظيم مهنة المحاماة فقد نصت المادة (٤) فقرة (٢) بأن تطلع مهنة المحاماة بالأهداف الرئيسية في المساهمة مع أجهزة القضاء والنيابة العامة من أجل تيسير سبل العدالة وتبسيط إجراءات التقاضي وإزالة العراقيل والتعقيدات أمام المتقاضين كما وردت النصوص القانونية الأخرى المتعلقة بالحقوق والواجبات للمحامى النوط به تولي الدفاع عن المواطنين المنصوص عليها في المواد (٨٣، ٧٨، ٧٦، ٧٤، ٥٢) من القانون رقم (٣١) لعام ٩٩م خلاصة القول نشير أن حق الدفاع له حرمة في كل تقاضي ولو كان ذلك أمام التحكيم أو لجنة قضائية ويجوز أن تبطل المحكمة العليا عند نظرها الطعون بالنقض أي قرار صادر من محكم أو لجنة أو محكمة أدنى درجة قامت بانتهاك حق الدفاع باعتبار أن هذا العيب الذي شاب الإجراءات هو عيب جوهري يمس أساساً من الأصول العامة وهو حق الدفاع.

## **ثامناً: مبدأ المساواة أمام القانون**

المساواة أمام القانون مبدأ سامي وهو يطبق على أوسع نطاق وفي مختلف المجالات وله أهميته فقد نص عليه في الدستور اليمني في المادة (٢٥) نصت ( يقوم المجتمع اليمني على أساس التضامن الاجتماعي القائم على العدل والحرية والمساواة وفق القانون ) ونصت المادة (٤١) المواطنين جميعهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة .

وفي مجال التقاضي فإن إعماله من الضروريات الالزامية لسير الخصومة وأن العلم بأصول التقاضي وأوضاعه ليس متاحاً لكل من يضطر إلى دخول باب القضاء ومن ناحية أخرى إذا كان القضاء أقتاعاً بالحق في جانب بعض الخصوم فإن مقدرة الخصوم على عرض وجهات نظرهم على نحو مقنع أمر يتفاوتون فيه إلى مدى بعيد لعدم استيعابهم للقوانين النافذة وضعف مستوى الوعي القانوني لديهم ، لذلك اقتضى تسيير التقاضي على ضرورته ودقة إجراءاته إباحة الاستعانة بمختصين في معرفة تلك الأصول والأوضاع واقتضى الحرص على تحقيق مبدأ المساواة أمام القانون بين الخصوم في حين عرضهم لوجهات نظرهم وعلى القضاء إباحة الاستعانة بمختصين في علم القانون وفن البيان لأنهم أقدر على حسن عرضهم لوجهي الخصومة ودقة مناقشتهم للواقع والقانون فيها لقد اهتم قانون المرافعات اليمني بهذا المبدأ ضمن المبادئ الأخرى الحاكمة في القضاء والتقاضي وإلزام القاضي بإعمال مبدأ المساواة بين الخصوم في هذا الحق متقيداً بذلك بالشريعة الإسلامية والقوانين النافذة والدستور ذلك أن المتقاضون متساوون في ممارسة حق التقاضي المادة (٦٦) من هذا القانون كما ألزم القانون القاضي أن يسوى بين الخصوم في مجلس قضائية وذلك خلال سير الخصومة وحتى صدور الحكم في

القضية ومن مظاهر المساواة في التقاضي ألزم القانون القاضي بالامتناع الوجوبي عن نظر الدعوى / الخصومة / والتحى عن نظرها من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم ذلك في أحوال عديدة جددتها المادة (١٢٨) على سبيل الحصر وذلك تجسيداً لمبدأ المساواة بين الخصوم وهكذا الحال في الامتناع الجوازي عند طلب رد القاضي في الأحوال والحالات المحددة في المادة (١٣٢) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وأن على القاضي أن لا يتذر من طلب رده إذا وجدت الأسباب والمبررات لأعمال هذه الأحكام وفقاً لإجراءات المنصوص عليها في القانون .

كما إن قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لعام ١٩٩٤م قد أهتم هو أيضاً بمبدأ المساواة بين الخصوم ونصت المادة (٥) بأن المواطنين سواء أمام القانون ولا يجوز تعقب إنسان أو الأضرار به بسبب الجنسية أو العنصر أو الأصل أو اللغة أو العقيدة أو المهنة أو درجة التعليم أو المركز الاجتماعي كما اهتم القانون الإجرائي الجنائي في سبيل تحقيق مبدأ المساواة بين الخصوم قد أفرد عدة نصوص تتعلق بأحوال التحى والرد والمخالفة للقضاة وذلك لضمان نزاهة القضاة واستقلاليته وحياده بحيث تكون الأعمال الإجرائية وتسير الخصومة سليمة وصححة لا يشوبها أي عيب وقد نظم هذا القانون أيضاً المساواة في حق الإثبات حيث تناولت المواد (٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦) بشأن الحق في تقديم الأدلة ومناقشتها وطلب فحصها وكل الطلبات المتعلقة بالإثبات في الواقع المنظورة بحيث يعاون هذا الدليل على كشف الحقيقة وغيرها من المسائل .

## الخاتمة

في ختام هذا البحث بشأن المبادئ التي تسود الخصومة لا يسعنا إلا أن نلقي على نظامنا القضائي نظره شاملة فاحصة تبرز مزاياه وبعض سلبياته أنساقاً لقدرة وتوجيهها لصلاحه وأن من أظهر ما يتميز به قضاونا على قسوة ظروفه أحيانا التحسن الملحوظ من خلال ما يقدم إليه من دعم متزايد من قيادة الدولة والسعى المتواصل في تطويره وتحديثه وفقاً لاتجاهات الإصلاحات الشاملة وقد أصبح القضاء اليمني ملذاً لحريات الأفراد وسياجاً لضمان حقوقهم العامة والخاصة على السواء ذلك أن العدالة هدف سامي وخالد والسعى نحو تحقيقها غاية ما يتمناها الجميع وتطويراً لذلك ، بد من إعادة تعديل بعض نصوص القوانين الإجرائية وقانون السلطة القضائية وقانون العقوبات وفقاً لما يقدمه الباحثون القانونيون من مقترنات هامة ومفيدة تخدم هذا التطوير والتحديث.

إما المأخذ عليه فإن نظامنا القضائي لا يزال في إطار العام صورة محلية من أصل خارجي وإذا كان لا ينكر جدواً اقتباس النظم الصالحة أياً كان مصدرها فإنه لا بد من تحقيق الموائمة الكاملة والمطردة بينها وبين الظروف المحلية السائدة .

ثم أن كفاح الدولة الوطنية في استرداد سيادتها القضائية وكفاح توحيد الجهات القضائية المتعددة التي كانت تعمل في السابق ترك ندوياً بارزة في وجه نظامنا القضائي وقد آن الأوان بأن يتخلص منها باتخاذ صورة جديدة واضحة الملامح متباينة القسمات .

كما يجب أن تشق القيم والوسائل العصرية طريقها إلى جهاز القضاء اليمني وإذا كانت العدالة أصلاً خالداً إلا أن التقدم الحضاري في

المفاهيم والأدوات تجعل من الضروري إلا يختلف القضاء اليمني عن سائر النظم الاجتماعية والتجابب معها قولًا وعملاً وهذا ما دفعنا إلى القول بضرورة التعديلات للقوانين المشار إليها مع إصدار اللوائح التنفيذية لها مع الأخذ بالمقترنات الهامة خدمة لتطوير الجهاز القضائي وتحديثه .

### المقترحات :

- ضرورة إصدار لوائح تنفيذية لقانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م ولقانون الإجراءات الجزائية رقم (١٢) لعام ١٩٩٤م
- ضرورة وجود منشورات قضائية وتعاميم توضح كيفية تجسيد المبادئ الأساسية والهامة التي تسود الخصومة وضمان تطبيقها في العمل القضائي الإجرائي .
- ضرورة تخصيص قاعات في المحاكم الابتدائية والاستئنافية عند بناء المحاكم أو في الحالات التي يتم استئجار مباني للمحاكم .
- إلزام القضاة بنظر القضايا في القاعات علنًا وعند عدم وجود قاعات كثيرة في المحكمة المختصة يتم التناوب بين القضاة في استخدامها بحيث تكون أيام للقضايا الجنائية وأيام أخرى للمدنية أو التجارية أو الشخصية وأن يراقب التفتيش القضائي والمحاكم والأعلى درجة مستوى التزام القضاة بتجسيد مبدأ العلانية في سير الخصومة والنطق بالإحكام علنًا .
- بالنسبة للمحكمة العليا للجمهورية عند نظرها الطعون بالنقض يمكن أن تتحقق العلانية في أحکامها وقرارتها بإرسال هذه الإحکام إلى محاكم الاستئناف أو المحاكم الابتدائية للنطق بها علنًا بعد استدعاء الخصوم والجمهور للحضور وسماع هذه الأحكام

أو القرارات أو أن تخصص المحكمة العليا قاعة في مبنها يتم التناوب في استخدامها من قبل الدوائر للنطق بالقرارات علناً بعد توجيه الدعوة للخصوم ومحاميهم للحضور في أوقات محددة من كل أسبوع لمساع الحكم أو القرارات وفي حالة تخلفهم يتم النطق بها علناً في حضور الجمهور.

- إما إذا كانت المحكمة بصدده محاكمة شاغلي الوظائف العليا أو في أحوال التصدي عند نظر الطعن للمرة الثانية أو في الطعن الجزائي الوجوبي وصدر الحكم في الموضوع فاللازم أن تكون الجلسات علناً في حضور الأطراف والجمهور وفي حالة الاستثناء في سرية الجلسات يكون النطق في الحكم علناً في القاعة في حضور الأطراف ومحاميهم والجمهور.

٦- أن يصدر النائب العام منشوراً يلزم بموجبه أعضاء النيابة العامة باستئناف كل قضية لا توجد هناك أسباب مقبولة تسمح بعدم العلانية .

٧- منشورات من وزير العدل والنائب العام بالتزام القضاة وأعضاء النيابة العامة بالتقيد بالمواعيد وضبطها وعدم التأجيلات غير المبررة في القضايا المنظورة ونظرها أولاً بأول من حيث قيدها في سجلات المحكمة .

٨- إصدار تعاميم من العالمة رئيس المحكمة العليا الموقر ومعالي وزير العدل يتم بموجبه تنظيم عملية التقيد بمبدأ استمرارية الجلسات وتجديد قضايا معينة سواءً كانت مدنية أو تجارية أو شخصية أو جزائية تتظر وفقاً لهذا المبدأ ما إذا كانت القضايا في بعض المحاكم قليلة فاللازم العمل به في التطبيق القضائي .

- ٩- إصدار تعليمات من رئيس المحكمة العليا يوضح النظام والأحكام والفوارات المتعلقة بالإدخال في الخصومة وطلبات التدخل لكل ذي مصلحة والمراحل التي يتم استخدامها هذا الحق .
- ١٠- البدء بإعداد مذكرات الطعن بالنقض والرد عليها ومذكرات طلبات التماس إعادة النظر عبر المحامين المرخص لهم بالترافع أمام المحكمة العليا وذلك لضمان الالتزام بأسباب الطعن بالنقض وأسباب الالتماس المنصوص عليها في القوانين الإجرائية النافذة .
- ١١- رصد مبلغ لنقابة المحامين بدفع من صندوق دعم القضاة يغطي هذا المبلغ لمساعدة القضائية للدفاع الوجوبي أمام المحاكم في أحوال التكليف بالدفاع عن المعسرين .
- ١٢- نرى تتنفيذ الأهداف السامية التي جاءت في قانون تنظيم مهنة المحاماة رقم (٣١) لعام ١٩٩٩م الاهتمام بالكادر العامل في مجال مهنة المحاماة سياسياً وقانونياً والاسهام في تطوير قدراته العلمية والعملية وذلك عن طريق تنظيم الدورات الإنعاشية في المعهد العالي للقضاء للمحامين تحت التدريب والمترافعين في المحاكم الابتدائية أسوة بالقضاة وأعضاء النيابة العامة .
- ١٣- نرى السعي نحو إقامة مجمعات للمحامين بهدف إشاعة روح التعاون والإخاء فيما بينهم وضمان تكافؤ الفرص في الترافع في قضايا المواطنين المختلفة وضمان سهولة اللجوء إلى هذه المجمعات لاختيار المحامين للمعسرين والفقراء من المتهمين في حالات الدفاع الوجوبي حيث تيسر الدولة للمحتاجين المساعدة في هذا المجال .
- ١٤- يلاحظ أن بعض القرى والراكز خالية من وجود نيابات عامة ومحاكم ابتدائية رغم من أهمية كثير من هذه القرى ورغم بعدها

عن مقرات المحاكم الأخرى في المديريات فلا بد من استحداث  
محاكم ابتدائية ونيابات فيها .

١٥ - لو حظ وجود منازعات بسيطة وكثيرة في المحاكم وهي لا تتحمل  
إجراءات ومواعيد ويجب أن يوجد في نظامنا القضائي من يتولى  
حسمها سريعاً وفوراً حيثما كانت ووُجِدَت .

### **المراجـع والمـاـدرـسـةـ:**

- ١ - القانون القضائي الخاص للدكتور / إبراهيم نجيب سعد
- ٢ - أصول المرافعات للدكتور / أحمد مسلم .
- ٣ - الصيغ القانونية للدعوى التجارية د. علي عوض حسن .
- ٤ - الصيغ القانونية لدعوى الأحوال الشخصية كمال صالح البنا .
- ٥ - دراسة عن إجراءات المحاكمة وتسبيب الأحكام والقرارات في  
القضايا المدنية للقاضي الدكتور / محفوظ عمر خميس مقدمة  
للمحكمة العليا عدن / ١٩٨٥ .
- ٦ - دراسة عن سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض / مجلة البحوث  
القضائية العدد صفر لشهر ٢٠٠٥/٦م للدكتور / محفوظ عمر خميس  
عضو المحكمة العليا .
- ٧ - دستور الجمهورية اليمنية المعدل .
- ٨ - قانون السلطة القضائية رقم (١) لعام ١٩٩١م .
- ٩ - قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م -
- ١٠ - قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لعام ١٩٩٤م .
- ١١ - قانون تنظيم مهنة المحاماة رقم (٣١) لعام ١٩٩٩م .



# **أحكام الحق الفكري**

**والعلامات والأسماء التجارية والصناعية  
في فقه الشريعة الإسلامية والنظام القانوني**

**القاضي / حسين محمد المهدى  
عضو المحكمة العليا**

# مُهِيَّدٌ

الحمد لله رب العالمين المفرد بالقدرة والكمال ، وصلى الله وسلم على محمد عبده ورسوله المبعوث بالرحمة المؤيد بالحكمة ، وعلى آله وصحبه ومن والاه واتبع هداه ، وبعد فإنه ما من شك أن تطور الحياة المعاصرة وضروراتها قد أفرزت الكثير من المعاملات التي يتطلب الحال دراستها وتحقيق مفرداتها ، بقصد بيان حكم الشرع فيها باعتبارها من الأمور المستجدة التي ينبغي للإمام، بها وتوضيحها بهدف إفاده القضاة والمحامين والمهتمين بشؤون العدالة وهي أنواع من الحقوق التي ليست أعياناً في ذاتها، ولكن تداولها صار شائعاً في الأسواق المحلية والعالمية عن طريق البيع والشراء فيها ، ومن ذلك على سبيل المثال حق استعمال اسم تجاري مخصوص ، أو علامة تجارية خاصة ، أو ترخيص تجاري، أو ما يسمى في اللغة المعاصرة بحقوق الملكية الذهنية أو الأدبية والفنية مثل حق التأليف والنشر وحق الابتكار وحق الرسام في لوحاته المبتكرة ونحو ذلك مما يتداول وتشير عنه منازعات يتعين على القضاء حسمها بالقسط الذي أمر الله به فغالب هذه الحقوق تعتبر في العرف التجاري المعاصر مملوكة يجري عليها أحكام الأموال والأملاك الشخصية فهي تباع وتشترى وتؤجر وتوهب وتورث ، شأنها في كل ذلك شأن الأعيان ، والأموال المادية سواء بسواء وتنشى حولها في بعض حالات منازعات وإشكاليات تعرض على القضاء ويتحتم عليه الحكم فيها وفقاً للشرع والقانون ، فاقتضت الضرورة تحقيق هذه المسائل ومعرفة حكم الشريعة وأراء المفتين فيها ، فتكييف حكم الشرع في هذه المواضيع يستدعي الإمام بهذه الأمور المستجدة في جميع جوانبها المختلفة ، والوقوف على

ووجهة نظر الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية حتى يتسعى للقاضي والمحامي والتابعين والمهتمين والمتخصصين تصور تلك الأمور ومعرفتها على وجه لا لبس فهي ولا غموض ، فالحكم على الشيء كما يقال فرع تصوره ولأن حماية هذه الحقوق الأدبية والفنية والفكرية يشجع على الإبداع والازدهار ويضفي على تلك المعاملات الثبات والاستقرار ، إذ لا يجوز لآخرين سلب أهل هذه الحقوق حقوقهم واغتصابها أو سرقتها أو الاعتداء عليها ، وما كان الحال كذلك فقد قمنا بإعداد هذه الدراسة منا صحة للإخوان ومساهمة في إرساء دعائم العدل واستقرار موازينة على النحو الذي يرضاه الله ولا يختلف مع شريعته ومنهاجه ويعين ذوي الاختصاص من القضاة والمحامين والمهتمين على تحقيق العدل وإقامته على الوجه المطلوب وكان وضع ذلك في مباحثين تناولنا في البحث الأول تعريف الحق في اللغة القرآن والسنة والفقه والاصطلاح اقتضت ذلك الضرورة ، فالحديث عن الحقوق الأدبية والفكرية استلزم تعريف الحق أولاً ، وفي البحث الثاني تناولنا الحقوق المعنوية وحق استعمال الاسم التجاري والعلامة التجارية والتراخيص وحقوق الملكية الذهنية والأدبية والفنية أسأل الله أن يحقق بذلك من النفع لعباده ما نأمله ونرجوه ، وأن يجعل ذلك خالصاً لوجهة أنه سميع مجيب وهو حسبي ونعم الوكيل .

# المبحث الأول

## تعريف الحق وتقسيماته

### المطلب الأول

#### تعريف الحق في اللغة :

لقد عرف أئمة اللغة الحق بأنه نقىض الباطل ووردت له معانٍ مختلفة فأطلق على الثابت والموجود والواجب ، والصحيح ، وغير ذلك ونأتي على بعض مما أورده علماء اللغة قال ابن منظور في لسان العرب الحق نقىض الباطل وجمعه حقوق وحق الأمر يحقيقه كان على يقين<sup>(١)</sup> وفي المصاحف الحق خلاف الباطل وهو مصدر حق الشيء من باب ضرب إذا وجب وثبت، يقال لمرافق الدار حقوقها ، قال قوله هو أحق بكذا يستعمل بمعنىين أحدهما اختصاصه بذلك من غير مشاركة نحو زيد أحق بماله أي لا حق لغيره فيه .

والثاني أن يكون أفعل التفضيل فيقتضي اشتراكه مع غيره وترجيحه على غيره كقولهم زيد أحسن وجهاً من فلان ومعناه ثبوت الحسن لهما وترجيحه للأول قاله الأزهري وغيره ومن هذا الوجه (الأيم أحق بنفسها من ولديها) فهما مشتركان ولكن حقها أكيد واستحق فلأن الأمر استوجبه ، قاله الفارابي وجماعة فالأمر مستحق بالفتح اسم مفعول ومنه قولهم خرج البيع مستحقاً<sup>(٢)</sup>. وفي أساس البلاغة حق الله الأمر حقاً أي

---

<sup>١</sup> - انظر لسان العرب للعلامة جمال الدين بن مكرم أبن منظور الأفريقي المصري - طبعة دار الفكر - ج - ١٠ - ص ٤٩.

<sup>٢</sup> - المصاحف المنيرة للعلامة أحمد بن علي الفيومي المقرئ - الطبعة الأولى - سنة ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م الناشر - دار الحديث القاهرة .

أثبته وأوجبه<sup>(١)</sup> وفي القاموس المنجد حق الأمر يحقه حقاً وحقه وحقوقاً ، صح وثبت ، وصدق ، وفي التزيل "لينذر من كان حياً ويحق القول على الكافرين" ويقال يحق عليك أن تفعل كذا يجب ، ويحق عليك أن تفعل كذا يسوغ وهو حقيق بكتذا جدير ، وحقيقة على كذا واجب ، قال والحق اسم من أسماء الله<sup>(٢)</sup> وقال الراغب أصل الحق المموافقة والمطابقة<sup>(٣)</sup>. وقال الفيروز أبادي الحق يأتي على أربعة أوجه يطلق على موجد الشيء بحسب ما تقتضيه الحكمة بأنه حق ، وبذلك قيل في الله تعالى هو الحق<sup>(٤)</sup> ويقال فعل الله تعالى كله حق

- ٣- الاعتقاد في الشيء المطابق لما عليه ذلك الشيء في نفسه كقولنا اعتقاد فلان في البعث والثواب والعذاب والجنة والنار كله حق .
- ٤- يطلق على القول والفعل في الواقع بحسب ما يجب ويقدر ما يجب في الوقت الذي يجب كقولنا فعلك حق وقولك حق ويستعمل استعمال الواجب واللازم والجائز . وقال الجرجاني الحق في اللغة هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره<sup>(٥)</sup>.

١ - أساس البلاغة للإمام الكبير جار الله أبي القسم محمود أبن عمر الزمخشري - بتحقيق الأستاذ عبد الرحيم محمود - الناشر - المعرفة - بيروت - طبعة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٩ م - ص ٩٠.

٢ - انظر القاموس المنجد أعداد شهاب الدين أبو عمر - مراجعة وتصحيح يوسف البقعاني بإشراف مكتب البحث - دار الفكر للطباعة والنشر بيروت لبنان - الطبعة الأولى ١٤٢٣ هـ .

٣ - انظر المفردات لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني الناشر دار المعرفة بيروت لبنان - الطبعة الثالثة - ١٤٢٠ هـ - ص ١٣٢ .

٤ - انظر بصائر ذوي التمييز للعلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي المكتبة العلمية بيروت لبنان - ج - ٢ - ص ٤٨٥ .

٥ - انظر التعريفات للعلامة علي بن محمد الشريف الجرجاني المتوفى سنة ٣٠٣ هـ ص ٨٩ .

## **تعريف الحق في القرآن الكريم والسنة الشريفة**

**لقد ورد في القرآن الكريم والسنة الشريفة كلمة الحق :  
أولاً في القرآن :**

وردت كلمة الحق في القرآن الكريم بمشتقاتها في مائتين وثلاث وثمانين موضعًا بدأ من سورة البقرة وحتى سورة العصر فشرف الله الحق إذ جعله سبحانه وتعالى اسمًا من أسمائه فقال جل وعلا "ذلك بأن الله هو الحق" <sup>(١)</sup> وقال جل شأنه "ثم ردوا إلى الله مولاهم الحق" فكان الله عز وجل هو الحق في ذاته وصفاته واجب الوجود كاملاً الصفات والنعوت ، كما أن الحق قد ورد في كتاب الله وصفاً لدینه ولكتابه إذ يقول جل وعلا "يا أيها الناس قد جاءكم الحق من ربكم" وقال "وما لنا لا نؤمن بالله وما جاءنا من الحق" فكان الله هو الحق وصفته الحق ودینه وكتابه حق ووعده حق كما قال "إن وعد الله حق فلا تغرنكم الدنيا ولا يغرنكم بالله الغرور" وقد ورد في كتاب الله ما يدل على أن قوله حق وفعله حق ولقائه حق ورسله حق وكتبه حق ودینه حق وعبادته وحده، لا شريك له حق ، إلى غير ذلك من المشتقات لهذه الكلمة التي تركنا نقلها اختصاراً فمن يرد التوسيع فليعود إلى مسان ذلك من كتاب الله العزيز وإلى ما نقلناه من تعريف الحق من القرآن في مؤلفنا حقوق الإنسان في السنة النبوية <sup>(٢)</sup>، ومما لا شك فيه أن القرآن حق وهو كلام الله وكلامه أفصح الكلام وأصدقه وأبينه وأنفعه وقد اشتمل على النصح البليغ وأطلق كلمة الحق على العدل الذي في مقابلة الظلم

---

<sup>١</sup> - سورة لقمان آية (٣٠) .

<sup>٢</sup> - أنظر تفصيل أوسع - مؤلفنا حقوق الإنسان من السنة النبوية - تعريفات الحق في القرآن الكريم من ص ٦٥ إلى ٧٥.

في قوله " والله يقضي بالحق " و غير ذلك في فصاحة تأخذ بالأباب وتتفع أولى الأباب .

### ثانياً : الحق في السنة النبوية :

لقد ورد كلمة الحق في مائة وثمانية وخمسين حديثاً كما أشار إلى ذلك صاحب المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوى الشريف ورد فيها أن الحق اسم من أسماء الله تعالى ففي صحيح البخاري ومسلم " أنت رب السموات والأرض ومن فيهن أنت الحق " <sup>(١)</sup> ووردت كلمة الحق بمعنى الشيء الموجود حقيقة كما في قوله صلى الله عليه وآله وسلم . " العين حق " كما ورد في السنة إطلاق كلمة الحق على قول الله ووعده والجنة والنار كما في قوله صلى الله عليه وآله وسلم " أنت الحق ، ووعدك وقولك حق ولقائك حق والنار حق والساعة حق " <sup>(٢)</sup> وأطلقـت السنة كلمة الحق على الشيء الثابت والواجب كما وردت بمعنى الإسلام ووردت بمعنى أولى وبمعنى الحقيقة وبمعنى الصدق وبمعنى المال المستحق واشتملت مادة الحق ومشتقاتها على كثير من المعاني فمن أراد التوسيـع فليرجع إلى مضانها في السنة النبوية وإلى ما انتزعناه منها في مؤلفنا حقوق الإنسان في السنة النبوية من تعريف الحق الذي يقوم به العدل وتساس به الحياة وسيتبين لك أن ما جاء به الرسول صلى الله عليه وآله وسلم هو الحق ولি�تعلم من ذلك كيف تؤدي الحقوق وكيف يحافظ عليها .

---

١ - انظر البخاري في صحيحـة كتاب التوحيد - باب قول الله يريدون أن يبدوا كلام الله حديث (٧٣٣٢) - الناشر - دار أحياء التراث العربي ، ومسلم فيـ صحيحـة كتاب صلاة المسافرين - باب صلاة النبي (٢) ودعـاه فيـ الليل حـديث رقم ٧٦٩ - الناشر - دار بن رجب .

٢ - البخاري فيـ صحيحـة حـديث ٧٤٩٩ .

## **المطلب الثالث**

### **الحق عند الفقهاء والأصوليين وتقسيماتهم**

عرفه العيني بقوله الحق ما يستحقه الرجل<sup>(١)</sup> ، وعرفه ابن حجر بقوله الحق هو ما يثبت به الحكم<sup>(٢)</sup> ويقصد به القواعد الشرعية التي تنظم العلاقات بين الناس في معاملات وأحوال وهذا الكلام قريب من خطاب الشارع المرادف في اصطلاح علماً أصول الفقه أو المعنى القانوني في اصطلاح علماً القانون<sup>(٣)</sup> وعرفه من الفقهاء المعاصرین الأستاذ مصطفى الزرقا في كتابة المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي فقرة (٣) ص ١٠ بقوله الحق هو اختصاص بقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً وهو تعريف يشمل أنواع الحقوق الدينية كحق الله على عباده من صلاة وصيام وغيرها ، والحقوق المدنية كحق التملك والحقوق الأدبية كحق الطاعة والحقوق العامة كحق الدولة في ولاء الرعية لها ويشتمل الحقوق المالية وغير المالية كحق الولاية على النفس ، وعرفه على الخفيف بأنه ما يثبت لإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحة<sup>(٤)</sup>.

إلى غير ذلك من التعريفات التي لا تخرج عن كونها مصلحة أو سلطة يختص بها صاحب الحق دون غيره من الأشياء التي شرع الحق منها سواء كانت مادية أو معنوية ولا شك أن تعريف الحق بالاختصاص راجح لأنه

---

١ - أنظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق - لزين العابدين بن نجيم - الطبعة الثانية ص ١٤٨ ج ٦-

٢ - أنظر القاموس الفقهي لسعدي أبو حبيب .

٣ - أنظر مؤلفنا عمدة المسير - ج - ٢ - ص ٤١ .

٤ - أنظر أحكام المعاملات الشرعية للدكتور علي الخفيف - ص ٢٨ - الطبعة الثانية سنة ١٣٦٣ هـ .

شمل بعمومه جميع أنواع الحق لأنه لا يقتصر على بيان حقيقته الحق وبيانه، وإنما يدخل فيه ما هو من مقتضياته ، وللفقهاء والأصوليين تقسيمات مختلفة فتارة يوردونه باعتبار صاحبة، وتارة يوردونه باعتبار محله ، وتارة يطلقونه على ما هو حق لله تعالى إذا تعلق به نفع عام لجميع العالم فلا يختص به واحد دون واحد وإضافته إلى الله لتعظيمه وخطره وشمول نفعه ، ويطلقون حق العبد على ما يتعلق به من مصلحة خاصة كحرمة مال الغير ويرى بعض الفقهاء والأصوليين أن كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى وهو جهة التعبد فإن جاء ما ظاهره بأنه حق العبد مجرد فليس كذلك بإطلاق بل جاء على تغليب حق العبد في الأحكام الدينية<sup>(١)</sup>.

ويرى البعض أن حق الله ما كان حقاً خالصاً لله تعالى كالإيمان وأن حق العبد ما كان حق العبد خالصاً كالديون وأن من الحقوق ما اجتمع فيه الحقان وحق الله فيه غالب كحد القيمة وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب كالقصاص ، أما باعتبار مضمون الحقوق فهي تصنف عند الفقهاء إلى حقوق مالية وغير مالية فالحقوق المالية هي المتعلقة بالأموال ومنافعها وهي تشتمل الحقوق الواردة على الأعيان والمنافع والديون أما الحقوق غير المالية فهي كالقصاص وحد القيمة والنكاح والطلاق .

ولم يقسم الفقه الإسلامي الحقوق كما هو الحال في القانون الوضعي إلى حق شخصي وحق عيني فيظهر التمييز بينهما وفي ذلك يقول

<sup>١</sup> - انظر المواقف في أصول الأحكام للإمام أبي إسحاق إبراهيم الأحمي الشاطبي - ج-

<sup>٢</sup> - ص ٣٣٣ - مطبعة المدنى .

الدكتور "السنوري" أَن التفرقة بينهما لا تظهر في الفقه الإسلامي وإنما يتكلّم الفقهاء عن التمييز بين الدين والعين وهو غير التمييز بين الحق الشخصي والعيني فالدين ليس كل الحق الشخصي بل هو صوره من صورة والعين تستغرق الحق العيني وبعضاً من الحق الشخصي هو التزام بالعين ومن ثم فالدين أضيق في الحق الشخصي والعين أوسع من الحق العيني ثم قال ولا حاجة للقول بأن الفقه الإسلامي يعرف التمييز بين الحق الشخصيين والحق العيني بل يجب على النقيض من ذلك إبراز أن التمييز بين الدين والعين وهو التمييز الذي يعرفه الفقه الإسلامي هو غير التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي في الفقه الغربي المشتق من القانون الروماني فلكل فقه صناعته الذي يتميز بها<sup>(١)</sup>، وفي هذا دليل واضح على أن الفقه الإسلامي لا تربطه بالقانون الروماني صلة وما يهمنا بعد هذه اللمحـة الوجـزة هو الحديث عن الحقوق المعنـوية وحق الابتكـار والاخـراع والاسم التجـاري والتي سيأتي الحديث عنـهما بعد استعراض تعريف الحق عند القانونيين وتقسيمه .

---

<sup>١</sup> - انظر مصادر الحق للسنوري - ج ١ - ص ١٨ - الطبعة الأولى .

## **المطلب الرابع**

### **تعريف الحق عند القانونيين وتقسماته :**

لقد عرف فقهاء القانون الحق بتعريفات عدّة ، فعرف الحق الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : بأنه ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون ، فيكون لهذا الشخص سلطات معينة يكلفها القانون بغية مصلحة جديرة بالرعاية<sup>(١)</sup>.

وذكر الدكتور عبد السلام العبادي الحق بأنه قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص معين<sup>(٢)</sup> وذكر الدكتور جابر إبراهيم الراوي أن فقهاء القانون ذهبوا في تعريف الحق مذاهب شتى نختار منها ما يلي :

**١- المذهب الشخصي :** عرف الحق بأنه سلطة إرادية يستعملها صاحب الحق في حدود القانون وتحت حمايته وهذا يعني أنهم نظروا للحق من جهة صاحبة .

**٢- المذهب الموضوعي :** عرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون ، أصحاب هذا المذهب ينظرون إلى موضوع الحق لا إلى صاحبه .

**٣- المذهب المختلط:** عرف الحق بأنه سلطة إرادية ومصلحة محمية، وهذا المذهب جمع بين المذهبين الشخصي والموضوعي .

---

<sup>١</sup> - أنظر الدكتور / عبد المنعم فرج السدة - في أصول القانون - ص ١ الطبعة الأولى .

<sup>٢</sup> - أنظر الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور / عبد السلام العبادي - ج - ١ - ص ١٠ - طبع وزارة الأوقاف - عمان الأردن - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٤هـ - نقلًا عن محاضرات لنظرية العامة في الحق - للشيخ أحمد أبو سنة ونظرية الحق للدكتور جميل الشرقاوي - ص ١٢ .

#### ٤- تعريف دابان :

عرف الحق بأنه ميزة يمنحها القانون لشخص ما وتحميها طرق قانونية فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة أن يتصرف في مال أقر القانون بانتمامه إليه سواء باعتباره مالكاً أو مستحقاً له بذمه الغير<sup>(١)</sup>.

أما القانون المدني اليمني فقد عرف الحق بأنه مصلحة ثابتة لفرد أو للمجتمع أو لهما معاً مادية أو معنوية، يقرها الشرع، وإذا تعلق الحق بمال فهو سلطة يكون للشخص بمقتضاه التصرف في هذا المال والانتفاع به، واستعماله واستغلاله، طبقاً للقانون وكل حق يقابلها واجب يلتزم بأدائه من عليه الحق<sup>(٢)</sup> ، ويقسم رجال القانون الحقوق إلى عدة أقسام حقوق سياسية ومدنية ، والحقوق السياسية، هي المقررة للأفراد باعتبار دورهم في النظام السياسي، ويكسبها الشخص باعتباره عضواً في هيئة سياسية وتثبت لمن قرر الدستور والقانون ثبوتها له كحق الترشح والانتخاب، وحق تولي الوظائف وينظمها القانون الدستوري، والنظام الأساسي ، و حقوق مدنية وهي الحقوق الالازمة للإنسان باعتباره فرداً في المجتمع، والتي لا يمكن الاستغناء عنها ، أو هي المصالح المتقرره للأفراد بصفة أساسية وهذه الحقوق تتقسم بدورها إلى حقوق عامة وحقوق خاصة، والحقوق العامة هي التي تتعلق بكرامة الإنسان وسلامة جسده وحرمة مسكنة وحقه في التملك والتنتقل وهي التي تنظم الدولة وأجهزتها ب مختلف السلطات فيها سواء ما كان متعلق بالأمن والاستقرار أو بتؤمن سير الخدمات العامة فيها ، وفي علاقاتها بغيرها من

١ - انظر في ذلك حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية – للدكتور جابر إبراهيم الرواи – الطبعة الأولى – دار أيل للطباعة والنشر – ص ١٥٩.

٢ - انظر المادة (٢١) من القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢ م .

الدول، أو في علاقاتها مع الأفراد ويشتملها القانون الدستوري والإداري والجزائي والدولي، أما الحقوق الخاصة فهي التي تنشأ نتيجة العلاقة والروابط بين أفراد المجتمع، وتتقسم إلى حقوق الأسرة وهي التي تتضمها قوانين الأحوال الشخصية، والحقوق المالية وهي التي يمكن تقويم الحق فيها بالنقود، وقد قسمت هذه الحقوق إلى حقوق عينيه، وشخصية، وحقوق معنوية أو ذهنية والحق العيني هو سلطة لشخص تصب مباشرة على شيء مادي معين، كحق الملكية وصاحب الحق يستطيع أن يباشره دون واسطة شخص، وهذا الحق ينطوي على عنصرين صاحب الحق ومحل الحق ، أما الحق الشخصي أو الالتزام فهو حق يتمثل في رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاهما يقوم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء مالي معين كحق مشترى العقار قبل الذي يتلزم بنقل الملكية وحق المستأجر قبل المؤجر<sup>(١)</sup>.

وهذه التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي تفرقة أساسية في القانون المدني، وتتقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية، فالحقوق العينية هي التي تقوم بذاتها مستقلة بحيث لا تستند في وجودها إلى آخر تبعه، وهي تشمل حق الملكية، والحقوق المتفرعة عنها كحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكني، وحق الارتفاق ، أما الحقوق العينية التبعية فهي إنما تكون تابعة لحق شخصي ضمن الوفاء به، وهي تشمل الرهن الرسمي والرهن الحيازي،

<sup>(١)</sup> - انظر مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي مقارناً بالفقه الإسلامية وأحكام المجلة للدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي- ج- ١ ص٤- وما بعدها والوسيط للسنهروري ج- ٨- ٨- الطبعة التأمينية .

وحق الاختصاص وحق الامتياز<sup>(١)</sup> والذي يهمنا هنا التركيز على الحق المعنوي لصلة حق التأليف والاختراع وموضوع الاسم التجاري ، وحقوق الملكية الصناعية، والابتكار، والحق في براءة الاختراع به ، ولهذا خصصنا المبحث الثاني لدراسة ذلك ولخصناه في عدة مطالب.

---

<sup>١</sup> - انظر حق الملكية للدكتور عبد المنعم الصدح - ج ١ - ص ٤ وما بعدها.

## **البحث الثاني**

### **الحقوق المعنوية والاسم التجاري وحق الإبداع العلمي وبيان حكم ذلك.**

#### **المطلب الأول**

#### **الحقوق المعنوية**

إذا كان علماء الفقه الإسلامي في القرون الماضية قد أغفلوا النقاش في موضوع الحقوق المعنوية ، والحقوق الأدبية والصناعية ، والتجارية ، ولم يعتنوا بوضع تعاريفات دقيق لهذه الحقوق ، فذلك يرجع إلى أن الظروف والأحوال في ذلك الزمن لم تكن بحاجة إلى دراسة مثل هذه المواضيع ، وبيان حكم الشرع فيها ، وأن كانت الشريعة الإسلامية في قواعدها الكلية ومقاصدها قد استواعت ذلك وتطرق فقهاء الشريعة إلى ما يجري على المال من أحكام .

وما يجري فيه الملك من الحقوق ، وناقشوا تلك الحقوق وذلك كحق الانتفاع والاستعمال والارتفاق وكحق القصاص والولاية إلى غير ذلك من المنافع والحقوق العينية ، والمتبوع لآراء الفقهاء في مختلف المذاهب الإسلامية يجد أن كثيراً ، من الفقهاء يرون أن كل ما يجري فيه الملك فهو مال خاصة فقهاء المالكية المصح في كتبهم أن المال " كل ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك " ، كما يرون أن الحقوق كلها أموال إذ الحق " جنس يتداول المال وغيره كالخيار والفقه والقصاص والولاء والولاية " <sup>(١)</sup> ... الخ ويشتمل هذا المنافع والأعيان والحقوق ، ويتبيّن منه أيضاً أن الفقه الإسلامي قد استواع الحقوق المعنوية إذ أنه يطلق

---

<sup>١</sup> - انظر حاشية العلامة / محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للإمام أحمد الدردير طبع دار أحياء الكتب العربية بمصر - ج ٤ - ص ٤٥٧ .

الحقوق المالية على كل حق هو مال أو المقصود منه المال مثل حق الملكية وحق الانتفاع<sup>(١)</sup>. أذن فالحقوق المعنوية نوع من أنواع الحقوق وإن لم تكن مادية فإنها من الحقوق التي يمكن تقويمها بالمال فالحق المعنوي يخول صاحبه قيمة مادية، تقدر بالمال أو النقود ، والحق في نظر فقهاء الشريعة، اختصاص ثابت يقتضي سلطة أو تكليف لله على عباده أو لشخص على غيره<sup>(٢)</sup> وعلى هذا فإنه يجري على الحقوق المعنوية أحكام الملكية ، وقد ذكر الدكتور / محمد محمد الغشم وهو بصدر تعريف حق الملكية أن الملكية الأدبية أو المعنوية تقع على شيء غير مادي وترتبط إما بالإنتاج الفكري كحق المؤلف أو النشاط الصناعي أو التجاري كحق ملكية الأسماء والعلامات التجارية<sup>(٣)</sup> أما الدكتور / عبد الرزاق السنهوري فقد ذكر أن أكثر الحقوق المعنوية حقوق ذهنية والحقوق الذهنية حق المؤلف وهو ما اصطلاح على تسميته بملكية الأدبية والفنية والحقوق المتعلقة بالرسالة وهو ما اصطلاح على تسميتها بملكية الرسائل وحق المخترع وهو ما اصطلاح على تسميته بملكية الصناعية .

والحقوق التي ترد على ما يتكون منه المتجر والتي اصطلاح على تسميتها هي سندات التداول بملكية التجارية ويجمع ما بين هذه الحقوق جمياً

<sup>١</sup> - انظر في هذا تفسيراً أوسع للدكتور عبد السلام العبادي في الملكية في الشريعة الإسلامية طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالأردن – الطبعة الأولى سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٤م ج ١- ١٠٧ وما بعدها.

<sup>٢</sup> - د/ عبد السلام العبادي – مصدر سابق ص ٩٣ وما بعدها .

<sup>٣</sup> - د. محمد محمد الغشم محاضرات في حق الملكية في القانون المدني ص ١٢ الطبعة الأولى سنة ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م .

أنها حقوق ذهنية<sup>(١)</sup> ، ويستفاد من ذلك أن الحق المعنوي حق يرد على شيء غير مادي سواءً كان نتاجاً ذهنياً كحق المؤلف في المصنفات العلمية أو الأدبية أم في المخترعات الصناعية أم كان ثمرة لنشاط يجلب العملاء ، أي أن الحق يردها هنا على قيمة من القيم كحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية ، وإذا كان الحق كما يرى فقهاء القانون أنه يكون مجردًا وغير مجرد ويكون غير مادي ، وأن المادي هو الشيء محل الحق أما الحق فهو معنوي أي يقوم في الفكر مجرد غير محسوس فحق الملكية معنوي يقع على شيء مادي ، وكذلك الحقوق المعنوية الأخرى أصلية كانت أو معنوية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الامتياز والحقوق الشخصية جميعها سواءً كان محلها حق عيني ، أو عمل ، أو امتياز عن عمل وأن كانت تتعلق بأشياء مادية<sup>(٢)</sup>

### وبالاحظ أن:

العرف القانوني يجعل الحقوق نوعين حقوق مجردة وحقوق متعلقة بالمال وهذه الأخيرة قد تقع على شيء مادي فالحقوق العينية الأصلية والحقوق التبعية والحقوق الشخصية كحق المشتري في تسليم المبيع ، وقد تقع على شيء غير مادي كالحقوق الأدبية والفنية للمؤلفين والحقوق التي تسمى بالملكية الصناعية وبالملكية التجارية ، ونأتي أولاً على بيان الملكية الصناعية والتجارية.

---

<sup>١</sup> - انظر الوسيط للأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهاوري – الطبعة الثانية – دار النهضة –

ج ٨٤ ص ٢٢٠

<sup>٢</sup> - الوسيط للسنهاوري – مرجع سابق – فقرة ١٦٤ - ١٧٤ .

## **المطلب الثاني**

### **الملكية الصناعية والتجارية وبيان الاسم التجاري**

حق الملكية الصناعية : هو حق استئثار صناعي يخول صاحبه أن يستأثر قبل الكافية باستغلال جديد أو استغلال علامة مميزة وقد ذكر الدكتور / علي حسن يونس بأن حقوق الملكية الصناعية تشمل براءة الاختراع والعلامة التجارية المميزة والرسوم والنماذج الصناعية<sup>(١)</sup>. ويتبين من هذا أن الملكية الصناعية تمثل في أمرين الأول حق الاختراع وهو الحق فيما يسمى براءة الاختراع وهي من أقدم أسناد الملكية الصناعية<sup>(٢)</sup>. ويتعلق حق الملكية الصناعية بالابتكار الجديد من حيث موضوع المنتج وهي براءة الاختراع أو من حيث شكل المنتج وتلك هي الرسوم والنماذج الصناعية وعلى هذا فالحق في الأول ينصب على الابتكار من حيث الموضوع فيستأثر به صاحبه برخصة صناعية جديدة وأما في الثاني فعنصر الابتكار يرد على الشكل كرقم أو لون أو زخرفة أو غير ذلك من المظاهر الخارجية أما الاسم التجاري فإنه يطلق ويراد به أحد أمور ثلاثة ، الأول الشعار التجاري للسلعة ، وهو ما قد يسمى بالماركة المسجلة ، لأن هذا الشعار يصح أن يكون تعبيراً عن الصنف المتميز عن غيره في كثير من الخصائص والصفات ، والثاني يطلق على الاسم الذي غدى عنواناً على المحل التجاري الذي نال شهرة مع الزمن بحيث تتجسد هذه الشهرة في الأسم المعلن عليه ، وقد يكون

---

<sup>١</sup> - انظر القانون التجاري للدكتور / علي حسن الطبعة الأولى ص ٤٥٧ .

<sup>٢</sup> - الوجيز في الملكية الصناعية للدكتور / صلاح الناهي ص ٦٠ - الطبعة الأولى دار الفرقان ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م

اسماً أو وصفاً اصطلاحياً يلقب به المحل، وربما يطلق هذا المضمون على كلمة الشهرة التجارية ، والثالث الوصف الذي يتمتع به المحل التجاري بحد ذاته، من حيث أنه موقع ومكان لا من حيث الجهد والشهرة الذي نسجها له صاحب المحل ، وهذا المضمون الثالث ليس داخلاً فيما نحن بصدده وهو الاسم التجاري الذي يراد به الاسم المتخد أمارة وهو ما يعرف بالماركة المسجلة، أو على اللقب المخصص لمحل تجاري شهر بهذا اللقب وقد جاء في الوسيط للسنوري أن العلامات التجارية هي الأسماء المتخدة شكلاً مميزةً والكلمات ، والإيماءات والحروف ، والأرقام ، والرسوم ، والرموز، وعنوان المحل، والدمغات ، والأختام والتصاوير، والنقوش البارزة، وأي علامات أخرى أو أي مجموع منها يستخدم أو يراد أن يستخدم أما في تمييز منتجات عمل صناعي أو أية بضاعة، أو للدلالة على مصدر المنتجات، أو البضائع، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمنها ، وفي القانون اليمني ورد تعريف العلامات الصناعية والتجارية بمادة (٨٥) من القانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٤م تحت عنوان العلامات الصناعية والتجارية على النحو التالي:

- ١ - العلامة الصناعية أو التجارية هي التي تتخذ شعاراً لتمييز منتجات مشروع صناعي أو زراعي أو تجاري أو صناعات استخراجيه أو للدلالة على خدمات أحد المشروعات .
- ٢ - عناصر العلامة :
- أ - تكون العلامة من عنصر واحد أو أكثر يكون إما رسمياً أو لفظياً أو شكلاً أو مجسماً أو غير ذلك .

ب- يجوز أن تكون العلامة من رسم معين كالخطوط والنقوش والصور والرموز ، أو من ألفاظ محددة كالحروف والأرقام والكلمات والأسماء .

ج- كما يجوز أن تتركب العلامة من شكل جسم مميز ، ولو كان هذا الجسم هو الغلاف الخارجي للمنتجات ونص نظام العلامات التجارية في المملكة العربية السعودية الصادر سنة ١٤٠٩هـ ب المادة الأولى منه بأنها تعتبر علامات تجارية في أحکام هذا النظام الأسماء المتخذة شكلاً مميزاً أو الإمضاءات والكلمات والحرروف والأرقام والرسوم والرموز والاختام والنقوش وأية إشارة أخرى أو أي مجموع منها تكون صالحة لتمييز منتجات صناعية أو تجارية أو حرفية أو مشروع استغلال الغابات أو تروه طبيعية أو للدلالة على أن الشيء المراد وضع العلامة عليه يعود لمالك العلامة بداعى صنعه أو انتقامه أو اختراعه أو الاتجار به أو للدلالة على تأدية الخدمة من خدمات ، وذهب إلى مثل ذلك المشرع العماني في قانون العلامات والأسرار التجارية والمنافسة غير المشروعة بالمرسوم السلطاني رقم (٣٨) لسنة ٢٠٠٠م ب المادة (١) منه ، والمشرع البحريني بقانون العلامة التجارية رقم (١٠) لسنة ٩١ في المادة (١) ، والمشرع التونسي بالفصل (٢) في القانون عدد ٣٦ لسنة ٢٠٠١م ، والمشرع الأردني ب المادة (٢) من قانون العلامة التجارية رقم ٣٣ لسنة ٩٥٢م – والمعدل لعام ١٩٩٩م والمشرع الجزائري بقانون علامات المصنوع والعلامات التجارية ب المادة (٢) منه ، والمشرع الإماراتي ب المادة (٢) من قانون العلامات التجارية الإماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢م والمشرع المغربي ب المادة (١) من قانون حماية الملكية الصناعية المغربي ، والمشرع الليبي ب المادة (١) من قانون العلامات التجارية الليبي رقم (٤٠) ٥٦م ، والمشرع

المصري بالمادة (٦٣) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية وهذه القوانين تجمع على بيان العلامات التجارية والاسم التجاري وإن اختلفت الصياغة فإنها تتوافق في المعنى ويتبين من نصوص هذه القوانين أن المراد بالعلامات التجارية تمييز المنتجات والبضائع بحيث يكون معروفاً في الأسواق أن البضائع التي تحمل هذه العلامة هي بضائع معينة فلا تختلط بغيرها من البضائع ويستطيع طالب هذه البضاعة بالذات أن يطمئن إذا ما وجد العلامة موضوعة على البضاعة التي تعامل بها ويمتنع حينئذ الغش والتديس ويعرف من ذلك أن الاسم التجاري يرتب حقاً لصاحبه لأنه ثمرة لجهد صاحبه الفكري والمادي، فهو حق يختص به دون غيره وهو حق تعرف به الشريعة والقانون ولا ريب أن مصدر هذا الحق هو الجهد الذهني مضاد إليه النشاط الحركي والعضلي وهو شيء ثابت ومستقر في كيان صاحب الحق ذاته، غير أن لهذا الجهد الذهني ثمار تفصل عنه ل تستقر في سلعة أو بضاعة منفصلة عنه بحيث يمكن استيفائها وتقديرها وبذلك تصبح هذه الثمار ذات كيان وجود مستقر وأثر ظاهر في المصلحة العامة ومن ثم نشأت عنها قيمتها المالية التي أخضعتها لقانون التداول .

وبناءً على ذلك نقول أن الاسم التجاري حق تتعلق به مصلحة خاصة عائدة لصاحب السلعة، ومن ثم فهو يعطى صاحبه مزية الحصر والاختصاص ، وقد عرف الملك الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا في كتابة المدخل الفقهي بأنه اختصاص حاجز شرعاً يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع<sup>(١)</sup> ، وقد ساق هذا التعريف وارتضاه للملك فيكون

---

١ - انظر المدخل الفقهي العام - الطبعة واحد المدخل الفقهي العام الجزء الثاني ص ٢٤٣ .

تعريف الحق الذي هو أعم من الملك داخلاً فيه ، وقد سبق أن أوردنا تعريفه للحق ومما ينبغي الإشارة إليه هنا إلى أن هناك فرق بين الحق في هذه المسألة وهو أمر معنوي يعبر عنه بالإتقان أو الابتكار وبين جوهر السلعة ذاتها التي هي مظاهر لذلك الحق أو التي تلبس بها هذا الحق وتمثل فيها معنى الإتقان أو الابتكار ، وهذا هو تحليل معنى الملك أو واقعه ، ولهذا كان حق التصرف ليس ثمة ما يمنع منه وقد أبانت كافة النظم القانونية حق التصرف في الاسم التجاري بيعاً أو شراءً .. الخ فليس ثمة ما يمنع منه لأنه إذا كان التاجر يملك العين بالحيازة أو الصفة فإنه يملك المنفعة المالية الإضافية التي تتكلّم عنها بما بذله من جهد الإتقان ، أو الابتكار وكل منها مستقل في الاعتبار عن الآخر فيجوز التصرف إما بالتنازل الكامل بطريق البيع أو الهبة للأخر أو بطريق التفويض للفير باستعمال العلامة التجارية بعوض أو بدونه مع الاحتفاظ بملكية العلامة التجارية لاستعمالها من المالك بنفسه أو تفويض أخرى باستعمالها أيضاً ويعتبر التصرف من هذا النوع من قبيل الإجازة المؤقتة أو الدائمة كما يجوز التصرف فيها كأدلة توثيق وهذه الأحوال جائزة بنصوص القوانين والأنظمة في مختلف البلدان ومطبقة في الواقع التعامل التجاري .

والعلامات المشار إليها والمتخذة شكلاً مميزاً هي صالحة لتمييز المنتجات الصناعية أو التجارية وقد أعطي قانون الحق الفكري اليمني حق تسجيل العلامة الصناعية التجارية وفقاً للضوابط والشروط المنصوص عليها في المادتين (٩٢ ، ٩٣) ويكون للتسجيل أثره من تاريخ تقديم الطلب، إذا كان الطلب قد استوفى الشروط المنصوص عليها قانوناً، وكانت العلامة مميزة بصورة جوهرية عن غيرها من العلامات

وغير مستعملة في السابق ولا مشابهة لعلامة مودعة أو مسجلة لصالح الغير وإذا كانت العلامة جماعية فلا يجوز التصرف في العلامة التجارية وفقاً للقانون اليمني ، إلا بتخريص من الوزير المختص كما لا يجوز التصرف في العلامة التجارية وفقاً للقانون اليمني إلا مع المشروع المستخدم لها في تمييز منتجاته أو خدماته ، كما يجب أن يكون التصرف في العلامة كتابة وفقاً للقانون اليمني وغيره ويترتب على التسجيل منع الغير من استعمال العلامة دون موافقة حائز شهادة التسجيل بالنسبة إلى الخدمات أو المنتجات التي تميزها العلامة كما يتربى على التسجيل حماية العلامة الصناعية والتجارية مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ سريان التسجيل ما لم يجر تجديد هذه العلامة خلال السنة الأخيرة منها لمدة أخرى ، وإذا كانت العلامة المشار إليها تعتبر حقوق ذات قيمة مالية سواء وقعت على شيء مادي أو معنوي كما سلف بيان ذلك فإنها تكون قابلة للتصرف فيها ونقلها كلياً أو جزئياً من أصحابها لآخرين بطرق التصرف الناقل للملكية ، وقد أجاز القانون التصرف بموافقة صاحب العلامة المسجل لها ، ولا تكاد النظم القانونية تختلف في ذلك إلا أن بعضها كان أكثر وضوحاً وصراحة والبعض اكتفى بالإشارة إلى ذلك ، أما نظام العلامة التجارية السعودي فإنه تميز بالإحاطة ببيان جواز التصرف بنقل الملكية والرهن حيث صرحت المادة (٣٣) من نظام العلامة التجارية بأنه " يجوز أن تنقل ملكية العلامة التجارية إلى آخرين بأية واقعة أو تصرف ناقل للملكية ويشترط في التصرف أن يكون كتابة وأن لا يكون الغرض منه تضليل الجمهور وخاصة بالنسبة لطبيعة أو مصدر المنتجات أو الخدمات أو مميزاتها أو أدائها وجاء في المادة (٢١) في اللائحة التنفيذية لنظام العلامة التجارية

السعودي ما لفظه " يجوز التصرف في العلامات بأي تصرف ناقل للملكية كما يجوز رهنها وذلك وفقاً للقواعد المحددة نظاماً على أن يتم إشهار هذا التصرف والتأشير بها في السجل وفقاً للإجراءات والأوضاع المبينة في المواد التالية " وقد بينت المواد من (٢٢) إلى (٢٦) كيفية هذه الإجراءات ونصت المادة (٣٧) من نظام العلامات التجارية السعودي الصادر سنة ١٤٠٩هـ على جواز التصرفات الأخرى حيث جاء فيها " يجوز لمالك العلامة أن يرخص لأي شخص طبيعي أو معنوي باستعمالها عن كل أو بعض المنتجات أو الخدمات المسجلة عنها العلامة، ويكون لمالك العلامة الحق في أن يرخص لأشخاص آخرين باستعمال نفس العلامة كما يكون له أن يستعملها بنفسه ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجوز أن تزيد مدة الترخيص عن مدة حماية العلامة ، " وهذه النصوص صريحة في جواز التصرف بعوض أو بغيره سواء أسمينها هذا العرف في مقابل نقل هذا الحق ثمناً للمبيع أو جعلاً أو أجرة لا فرق بين ذلك ما دام العرف قد أضفى على هذا الحق صفة المالية فقد أصبح مللاً صحيحاً للعقد ، وتجري عليه أركان وشروط صحة العقد المنصوص عليها قانوناً إذا توافر فيه الرضى بين الطرفين ، ولا تقاد النظم القانونية في شتى البلدان تختلف على ذلك <sup>(١)</sup> وقد منحت النظم

<sup>١</sup> - انظر القانون اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٤م بشأن الحق الفكري بالمال من ٨٥ إلى ١٠٦ والماد ٦٤ إلى ٩٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري الصادر في ٢١ ربيع أول سنة ١٤٢٤هـ الموافق ٢/يونيو/٢٠٠٢م ، والمواد من ٢ إلى ٢٠ من قانون العلامات التجارية الأردني ، والمواد من ١ إلى ٣٧ من قانون العلامات التجارية السعودي الصادر سنة ١٤٠٩هـ ، والمواد من ١ إلى ٢٢ من قانون العلامات التجارية الليبي رقم ٤٠ لسنة ٥٦م ، والمواد من ٦٦ إلى ٨٦ من قانون العلامات التجارية الكويتية ، رقم ٣ لسنة ١٩٩٩م والمواد من ٢ إلى ٢٨ من قانون العلامات التجارية الفلسطيني رقم ٣٨ لسنة ٣٨م ، والمواد من ١ إلى ٢١ من قانون العلامات والبيانات القطرية ، والمواد من ١ إلى ٢٧

القانونية الحماية لهذه الحقوق وتشمل الحماية أيضاً براءة الاختراع التي تكون وفقاً للقوانين حقاً خالصاً للمخترع وينتقل هذا الحق بالميراث كما تنتقل البراءة بعوض وبغير عوض وإذا كان الاختراع عملاً مشتركاً بين عدة أشخاص كان الحق في البراءة لهم جميعاً إذا منحت براءة الاختراع وفقاً للقانون<sup>(١)</sup>.

كما توفر الحماية أيضاً لهذه الحقوق أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية كما مر بيان ذلك وقد جرى العرف التجاري في تداول أصحاب هذه الحقوق حقوقهم ووفرت النظم القانونية الحماية الكاملة لهم وسنوضح وسائل الحماية والعقوبات المقررة على من يعتدي على هذا الحق، لما لذلك من الأهمية على الأوضاع الاقتصادية في مجال النشاط التجاري وتداول السلع في الأسواق واستقرار المعاملات وإقامة العدل وذلك في المطلب التالي .

---

من قانون علامات الصنع والعلامات التجارية الجزائري ، والفصل ٢ إلى الفصل ٣٥ من قانون حماية علامات الصنع والتجارة التونسي الصادر في ٤/١٧ والمواد من (٢٧ - ١٦) من قانون العلامات التجارية البحريني .

١ - أنظر في ذلك المواد ٥٨ - ١٠٢ من قانون الحق الفكري اليمني والمواد من ٦١ - ١٣ من نظام براءة الاختراع السعودي ص ١٤٠٩ والمواد من ٢٧ - ٣٤ من اتفاقيات تيريس والمواد من ٣ - ٣٣ من قانون براءة الاختراع الأردني الصادر عام ١٩٩١ م .

## **المطلب الثالث**

# **الحماية القانونية والشرعية لصاحب الحق في العلامة التجارية والاسم التجاري**

إذاً كنا قد بينا فيما سبق أن الاسم التجاري والعلامة التجارية تعتبر منفعة وما لاً متقدماً صلح أن تكون محلاً للملك لأن الناس تعارفوا على تموله وتقويمه واعتباره حتى جرى العرف بالاعتياد عنه بمقاييس مدى ما فيه من منفعة متحصلة ، وعین الاسم التجاري ليس مقصوداً لذاته إنما هو مقصود من تحصل منافعة وقد قال الأمام العز ابن عبد السلام "إن المنافع هي المقصود الأظهر في جميع الأموال<sup>(١)</sup>" وقد كانت الشريعة الإسلامية سابقة كل التشريعات الوضعية في تقرير حماية وحفظ كل حقوق الإنسان في ماله وعرضه ودمه ، كما صرحت بذلك الأحاديث النبوية وكفلت الشريعة الإسلامية حقوق الإنسان الأدبية والمادية ، فلا يحل شيء من مال الإنسان إلا بطيبة من نفسه ، وقد تناول الفقه الإسلامي تحريم جميع مظاهر الاعتداء على ما يمس كرامة الإنسان وأخلاقه وأمواله ، ومنافعة ومصالحة ، ودرجت النظم الوضعية غالباً على هذا المنوال في القرون المتأخرة بعد أن اشتعلت الثورة الصناعية في النصف الأخير من القرن التاسع عشر ، واصبح من الضرورة السعي لإيجاد نظام لحماية عناصر هذه الملكية ، ويكتفي للشعور بأهمية حماية هذه الحقوق أن نتصور الجهد الشاقق والتكاليف الباهضة التي يبذلها أصحاب هذه الحقوق من أجل تكوين عناصر هذه الملكية ، ومن

---

<sup>١</sup> - انظر العز ابن عبد السلام في قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٧ .

أجل ذلك سارعت الكثير من الدول لوضع الاتفاقيات والقوانين الخاصة بالجوانب المتعلقة بالتجارة، وصادقت عليها كثير من البلدان وأصدرت القوانين المنظمة لذلك ومن بين هذه الدول الدول العربية والإسلامية التي أصدرت تشريعات انتظمت حقوق الملكية الفكرية، والأسماء والعلامات الصناعية، والتجارية وأعطت الحق في تسجيل هذه العلامات والأسماء لأصحابها وحرمت الاعتداء عليها وبينت العقوبات التي يجوز توقيعها على من يعتدي عليها باعتبار أن من يعتدي على هذه الحقوق مخلاً بالحماية القانونية مستوجبًا للعقاب حيث صرحت المادة (١١٤) من قانون حقوق الملكية الفكرية اليمني بأن : " كل من قلد أو زور رسمًا أو نموذجاً أو علامة مسجلة جرى تقلidataها أو تزويرها مع علمهم بذلك أو وضعها على منتوجاته أو قرن خدماته برسم أو نموذجاً أو علامة مسجلة لغير مع علمه بذلك أو باع أو عرض للبيع منتجات عليها رسم أو نموذج أو علامة مسجلة جرى تقلidataها أو تزويرها أو ضعها بغير حق مع علمه بذلك يعتبر مخلاً بالحماية القانونية المقررة للرسم والنموذج والعلامات الصناعية والتجارية وأعطى القانون صاحب هذه الحقوق الحق في أن يطلب من القضاء رفع الاعتداء بالنشر في الصحف أو بأي طريقة أخرى، واعطته الحق في طلب توقيع الحجز على المنتجات والسلع والأغلفة والأوراق وغيرها مما يكون قد وضح عليه الرسم أو النموذج أو العلامة أو جرى به التقليد أو التزوير الحق في طلب مصادرة هذه الأشياء مع محصلة بيعها من التعويضات أو الغرامات والحق في طلب أطلاق هذه الأشياء عند الاقتضاء كما أعطى الحق لحائز شهادة التسجيل أن يطلب من القضاء الحكم له بالتعويض عن أي ضرر أصابه بسبب الإخلال بالحماية المقررة للرسم أو النموذج أو العلامة كما هو صريح المادة (١١٥)

من قانون الحق الفكري اليمني الذي جعل الاختصاص للمحاكم اليمنية بنظر جميع الدعاوى وأعطى القضاء سلطة الحكم بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن عشرة ألف ريال على كل من اعتدى أو حرض أو اشترك في فعل شيء منعه قانون الحق الفكري ، دون الإخلال بالحق في تعويض المضرور ، وقد سلكت القوانين في مختلف البلدان نفس المسلك في تجريم الاعتداء على الحق الفكري، وأن من زور علامة تجارية ، أو استعملها بسوء قصد أو عرض للبيع أو التداول منتجات عليها علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق مع علمه بذلك ، أو اعتدى على شيء مما سلف الإشارة إليه مما يحميه القانون ، مع اختلاف في مقدار العقوبة ، فالقانون المصري بالمادة (٢١٢) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية في الكتاب الثاني الخاص بالعلاقات والبيانات التجارية والمؤشرات الجغرافية والتصميمات والنماذج الصناعية ، قد جعل العقوبة هي الحبس مدة لا تقل عن شهرين وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تتجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين .

أما في حالة وضع بيان تجاري غير مطابق للحقيقة على منتجاته أو محالة أو مخازنه أو ذكر بغير حق على علاماته أو أراقه التجارية ، أو استعمل علامة غير مسجلة في الأحوال المنصوص عليها قانوناً – فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تتجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كما هو صريح المادة (١١٤) من ذات القانون .

## **أما قانون العلامات التجارية الإمارati :**

فإنه جعل العقوبة على كل من زور علامة تجارية مسجلة مملوكة لغير أو استعملها بغير حق أو عرض للبيع أو للتداول منتجات عليها علامة تجارية مزورة أو عرض تقديم خدمات تحت علامة تجارية مزورة أو مقلدة مع عمله بذلك فإنه يعاقب بالحبس وبالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، ويلاحظ هنا أن المشرع الإمارati جعل مدة الحبس خاضعة لسلطة القاضي التقديرية فلم يذكر حدأً أعلى ولا أدنى ، بخلاف ما إذا كان الجرم هو استعمال علامة غير قابلة للتسجيل وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون العلامات التجارية الإمارati في البنود من (٢) إلى (١٢) من المادة الثانية منه ، فإنه حدد عقوبة الحبس بحد أعلى هو مدة لا تتجاوز سنة وبالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم ولا تزيد عن عشرة آلاف درهم ، وكذلك كل من دون بغير حق على علاماته وأوراقه التجارية بياناً يؤدي إلى الاعتقاد بحصول تسجيلها.

أما قانون حماية الملكية التجارية والصناعية السوري فإنه نص بالمادة (١٠١) أن من يذكر أن العلامة الفارقة مسجلة بينما هي غير مسجلة ومن يقلد أو يستعمل عن علم علامة مودعة من غيرأن يسمح له صاحبها ولو أضاف إلى هذه العلامة كلمات مثل نوع أو صنف أو تركيب أو المحتدي أو اقتداء ... الخ مadam

من شأنها أن تخدع المشتري ، ومن يصنع على منتجاته أو على أصناف تجارته علامة تخص سواه ، ومن يبيع أو يعرض للبيع عن علم سلعة تحمل علامة مقلدة أو تشبه العلامة الأصلية شبهأً يقصد به الغش ، ومن يسلم سلعة غير التي طلبت منه تحت علامة معينة يعاقب بغرامة تتراوح

بين (٥٠٠ - ٥٠٠ ليرة سورية) وبالحبس من ٣ شهور إلى ثلاث سنين أو بإحدى هاتين العقوبتين .

ويلاحظ توسيع المشرع السوري في إدخال من سلم سلعة غير التي طلبت منه ، في الحكم عليه بالعقوبة ، وهو توسيع نرى أنه لا يتلاءم مع الأحوال والظروف التجارية بكل اعتباراتها ما لم يكن قد نص أن يكون ذلك عن علم بقصد الغش والأضرار وخداع الشاري بها ، فإن العقوبة تكون قائمة لوجود نص التجريم وانتفاء التبرير .

#### **أما نظام العلامات التجارية السعودي :**

فإنه نص على معاقبة كل من زور علامة مسجلة أو قلدتها بطريقه تسبب في تضليل الجمهور ، وكل من استعمل بسوء القصد علامة مزورة أو مقلدة ، وكل من وضع بسوء القصد على منتجاته أو استعمل فيما يتعلق بخدماته علامة مملوكة لغيره ، وكل من عرض أو طرح للبيع ، أو باع ، أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامة مزورة أو مقلدة أو موضوعة أو مستعملة بغير وجه حق مع علمه بذلك ، وكل من عرض خدمات في ظل مثل هذه العلامات مع علمه بذلك – بالحبس مدة لا تزيد عن سنة ، أو بغرامة لا تزيد عن خمسين ألف ريال ، أو بإحدى هاتين العقوبتين . كما هو صريح المادة (٤٩) من نظام العلامات التجارية السعودي .

أما في حالتي استعمال علامة غير مسجلة ، وفي حالة تدوين التاجر بغير حق على علاماته أو أوراقه التجارية بياناً يؤدي إلى الاعتقاد بحصول تسجيلها فإنه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تزيد على عشرين ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كما هو صريح المادة (٥٠) من نظام العلامات التجارية السعودي وقد درجت على ذلك

معظم النظم والقوانين الوضعية في مختلف دول العالم حماية لأصحاب هذه الحقوق ومن أجل ضمان واستقرار المعاملات .

ومنع الغش والتديس ولأن الحق الذي يتجرد من الحماية يكون عرضه لنهب والسرقة ووسيلة لابتزاز والإضرار بالناس ، ولذلك عمدت الدول إلى حماية هذا الحق من خلال تشريعات متعددة ومترفرقة ، ومن بينها القوانين التي سلف الإشارة إليها ، بل إن بعض عناصر هذه الملكية يتم حمايتها في بعض الحالات من خلال قواعد واردة في ضمن القانون المدني أو التجاري أو قوانين حماية الملكية الفكرية أو العقوبات والاتفاقيات الدولية ويقع على عاتق القضاء مسؤولية تطبيق هذه القوانين وحماية العلامات والأسماء التجارية من الاعتداء عليها تحقيقاً للعدل ومنعاً للفوضى والاضطراب وتشجيعاً للاستثمار على الوجهة الصحيحة والمنهج السليم ونأتي في المطلب الثاني على بيان حماية الملكية الفكرية بدءاً بحق التأليف والابتكار لأن العصر الذي نحن فيه هو عصر المعلومات والعصر الإلكتروني ، والذي بدأ الابتكار فيه يتسع ويزداد في هذا المجال من حين لآخر<sup>(١)</sup>.

---

<sup>١</sup> - انظر اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخ ، ٢٠/مارس/١٨٨٣م والمعدلة في بروكسل في ١٤/ديسمبر/١٩٠٠م ، و اوشنطن في ٢/يونيو/١٩١١م ولاهاي في ٦/نوفمبر/١٩٢٥م ولندن ٢ /يونيو/١٩٥٨م واستكمهو لم في ١٤ /يوليو/١٩٩٧م والمنقحة في ٢ أكتوبر ١٩٧٩م وقد نص في الفقرة الأولى من المادة الأولى بأنها تشكل الدول التي تسري عليها هذه الاتفاقية اتحاد لحماية الملكية الصناعية وصرحت الفقرة (٢) من المادة الأولى بأنها تشمل الملكية الصناعية براءات الاختراع ونمذج المنفعة والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات الصناعية والتجارية وعلامات الخدمة والاسم التجاري و... الخ وسيأتي مزيد بيان عن ذلك عند حديثنا عن براءات الاختراع والابتكار .

## **المطلب الرابع**

### **حق التأليف والابتكار والاختراع**

أن الإنسان بفطرته التي فطره الله عليها يميل إلى العيش الكريم، في ظل مجتمع وارف، يحقق فيه العزة والكرامة ويتاح له فيه الالتقاء مع آخرين يحفظون حقوقه ويكون علاقات وطيدة مع الناس في ظل التحلي بالأخلاق التي تقوم على الفضيلة والعدل والأمانة " كل المسلم على المسلم حرام دمه ، وماله ، وعرضه "<sup>(١)</sup> والشريعة الإسلامية قد جاءت بالأخلاق الفاضلة، وأرشدت إلى الالتزام بالأمانة، في كل قيم الناس ومعاملتهم وأخلاقهم وفي كل شؤونهم الدينية، والدنيوية، ومن ذلك الأمانة في العلم، والفكر، والأخلاق، والمعاملات، فالعلم كما قيل منبع حياة الأمم وأساس قوتها وحفظ العلم وأدائه يحتاجان إلى روح أمينة، تسلك سبيل التحرى .

والثبت والتوثيق إذ الإمانة العلمية تقتضي في ذلك بذل أقصى الجهد من أجل التوصل إلى الحقائق العلمية في كافة المجالات دون ما تفرضه حتى تكون صادقة وأمينة ، فال الفكر مرتبط بالإنسان ارتباطاً وثيقاً ومع ذلك فإنه قيمة الفكر كما قيل ليست في وجوده بل في الاستفادة منه فالتفكير هو المسئول عن تقدم البشرية ورقيها فليس منا من يتحقق له أن ينكر فضل من سبقه ومهد له الطريق وعده ووضع له العلامات المضيئة ذات اليمين وذات الشمال لتكون له ولغيره هادياً ومرشدًا في رحلة الحياة وهذا ما عبر عنه شاعر النيل حافظ إبراهيم حيث يقول:

---

<sup>١</sup> - رواه مسلم في صحيحه كتاب البر و الصلة والأدب - باب تحريم ظلم المسلم وأخذ ماله واحتقاره في دمه وعرضه وماله - رقم الحديث ١٣٣٣ .

وقد ذكر الدكتور محمد حسام محمود لطفي في مقدمة كتابة المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية، أن حافظ إبراهيم لا يقصد في هذا المقام إلا الفكر الذي يدعوا إلى الصلاح وإنما ما سواه فهو فكر بغيض لا يضر ولا ينفع وهذا ما عبر عنه الشاعر بقوله :

بُوقِيعَةٍ وَقْطِيعَةٍ وَفَرَاقٍ	كُم عَالَم مَدُ الْعِلُوم حَبائِلًا
وَيَنْفُثُ هُوَ عَلَى الْأَوراقِ	فِي كَفَة قَلْمٌ يَمْجُ لِعَابِه سُمًا
قَدْسِيَّةٌ عَلَوِيَّةٌ إِلَشْرَاقِ	يَرِدُ الْحَقَائِق وَهِيَ بَيْضٌ نَصْعَ
مِنْ ظَلْمَةِ التَّمَوِيهِ أَلْفَ نَطَاقِ	فِيرِدَهَا سُودًا عَلَى جَنْبَاتِهَا
فَحِيَاتِه تَقْلُ عَلَى الْأَعْنَاقِ <sup>(١)</sup>	عَرِيتُ عَنِ الْحَقِّ الْمَطَهُر نَفْسَهُ

قلت الظاهر أن الأمانة العلمية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية تشمل أمانة الحفظ والأداء وأمانة التأليف والنشر والحفظ على ذلك وإيصال المعرف والعلوم والفنون إلى الناس في ثوب قшиб خال عن الزيف والتکدير وما من شك أن القراءة والكتابة يشكلان ركيزة أساسية لأخذ العلوم وحفظها وكان أول ما نزل من القرآن قوله جل شأنه أقرأ باسم ربك الذي خلق ، خلق الإنسان من علق ، أقرأ وربك الأكرم الذي علم بالقلم ، علم الإنسان ما لم يعلم <sup>(٢)</sup> " فما يجري به القلم مسئولية ،

<sup>١</sup> - انظر المرجع العلمي في الملكية الفكرية والفنية من ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء - للدكتور محمد حسام محمود لطفي - أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة - الكتاب الرابع - طبعة ١٩٩٩ م - ص ٥ ، ٦ .

<sup>٢</sup> - سورة العلق من ٤ ، ١ .

سواء كان فيما يتعلق بالتوثيق وينسب إلى الناس، أو فيما يستظره الكاتب وبيده وقد أقسم الله بالقلم وفي ذلك تعظيمًا لشأن الكتابة بقوله قال تعالى<sup>(١)</sup> "ن ، والقلم وما يسطرون " وقد تولى الله حفظ كتابه وتولت الأمة المحافظة على تدوين سنة محمد صلى الله عليه وآلله وسلم بدءاً من عصر الصحابة رضوان الله عليهم وحتى يومنا هذا وليس من الأمم البشرية أمة مثل الأمة الإسلامية في المحافظة على العلوم فقد حفظوا سنة نبيهم وسير إسلامهم في الغالب الأعم وحضرت العلوم النافعة المتعلقة بالكتاب والسنة بالحفظ والاستبطاط حتى قال بعض العلماء أن الإسناد من خصائص الأمة الإسلامية لم تسبقها إليه أمة من الأمم<sup>(٢)</sup>. وصار ذلك فيها سنة من سنن العلم سواء كان ذلك العلم ديناً كعلم التفسير والفقه أو آلته كعلم اللغة والأدب، والنحو والشعر ونحوها أو أسماراً وحكماً ونوارد<sup>(٣)</sup> أو غير ذلك ، فأمانة الحفظ للعلوم وأدائها وتبليغها وتعليمها واجب شرعي وأخلاقي وديني بل هو واجب الرسل دل على ذلك قوله تعالى " هو الذي بعث في الأميين رسولاً منهم يتلو عليهم

١ - سورة القلم - الآية ١.

٢ - ذكر ذلك أبن تيمية في كتابه منهاج السنة النبوية ٧ - ٣٧ .

٣ أنظر أرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد لمحمد أبن إسماعيل الأمير الصناعي تحقيق صلاح الدين مقبول الناشر الدار السلفية في الكويت ص ٩٠ والاسناد من الدين صفحات مشرقة من تاريخ سماع الحديث من المحدثين للدكتور عبد الفتاح أبو غدة الناشر مكتبة المطبوعات الإسلامية في حلب ودار القلم في دمشق ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م - ص ٣٥ - ، والأمانة في الإسلام وآثارها في المجتمع - للدكتور / عبد اللطيف إبراهيم عبد اللطيف الحسين - عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالإحسان جامعة الإمام / محمد بن سعود الإسلامية - الناشر - دار ابن حزم - طبعة سنة ١٤٢٦ هـ ص ٢٠٤ .

آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة وأن كانوا لفي ضلال مبين  
"(١) وقد حرم الله كتمان العلم وعدم تبليغه وبيانه دل على ذلك .

قوله تعالى "أن الذين يكتمون ما أنزلنا من البيانات والهدى من بعد ما  
بيناه للناس في الكتاب أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون " الآية (٥٩)  
البقرة وقوله صلى الله عليه وآله وسلم " من سئل عن علم فكتمه ألمجه  
الله بجاح من نار يوم القيمة"(٢) ما ذلك إلا لأن الناس محتاجون إلى  
العلم والمعرفة، وقد ذكر ابن القيم أن حاجة العباد إلى العلم ضرورية  
فوق حاجة الغذاء لأن الجسم يحتاج إلى الغذاء مرة في اليوم أو مرتين  
وتحاجة الإنسان إلى العلم بعدد الأنفاس (٣) وقد بلغ من العلماء مراعاة  
أحوال الكتابة التي هي أداة من أدوات حفظ العلم ووسيلة توصل إليه  
عبر القرون، في أمور النسخ وضبطه من التحريف والتصحيف ونقد ما  
يحدثه بعض النساخ من تغيير حتى قيل النساخ الماسخ وقال بعض الشعراء

—  
وكم ناسخ أضحت لمعنى مغيراً وجاء لشيء لم يرده المصنف

وقد كان العرب يكتبون على أكتاف الإبل والرفاع والجلود المدبعة .  
حرصا منهم على حفظ العلم قبل أن توجد الوسائل الحديثة وتحصل  
التطور المتأخر في ذلك فقد تطور منهاج النسخ والتأليف إلى أن اتخذت

---

١ - سورة الجمعة الآية (٢) .

٢ - رواه أبو داود في كتاب العلم - باب كراهيـة منع العلم - حديث ٣٦٥٨ - وهو حديث  
صحيح صحـحه الألبـاني وغـيره .

٣ - مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والأرادة لأبن قيم الجوزـية مكتبة الرياضـة الحديثـة في  
الرياض - ٨١

أشكالاً متقدمة وفي ذلك يقول العلامة الكبير عبد الرحمن ابن خلدون في مقدمته (كانت العناية قدّيماً بالدواوين العلمية والسجلات في نسخها وتجليدها وتصححها بالرواية ، والضبط ، وكان سبب ذلك ما وقع من ضخامة الدولة ، وتوابع الحضارة فكثرت التأليف العلمية والدواوين وحرص الناس على تناقلها في الآفاق ، والأمصال فانتسخت وجلت و جاءت صناعة الوراقين والمعانين لانتساخ والتصحيح ، والتجليد وسائر الأمور الكتبية والدواوين واحتضنت بالأمصال العظيمة العمran وكان السجلات أولاً انتساخ العلوم وسائر الكتب السلطانية ، ثم طمى بحر التأليف والتدوين<sup>(١)</sup> وقد استمرت هذه الحالة حتى اخترعت الطباعة في الغرب عام ١٤٤٩هـ - ١٤٤٥م في ألمانيا وصارت الكتب في الغرب تطبع بمطابع وفي أعقاب اتصال الغرب بالشرق طبع القرآن الكريم باللغة العربية في عام ٩٢٣هـ الموافق ١٥٣٠م لكن النسخ أعدمت خوفاً من التأثير على عقائد النصارى ثم بعد ذلك طبعت بعض المخطوطات العربية بإشراف المستشرقين ونقلت إلى بلاد المسلمين ومن أوائل المطبوعات العربية في روما عام ٩٩٢هـ - ١٥٣٣م كتاب نزهة المشتاق في اختراق الآفاق لأبي عبد الله محمد المعروف بالشريف الأدريسي وفي عام ١٠١٥هـ - ١٦١٦م طبع كتاب قصة يوسف من القرآن الكريم مضبوطاً بالشكل كاملاً ، وكان أول كتاب يطبع مشكولاً وهو من اختراع مطبعة ليدن في هولندا ، ثم توالي بعد ذلك افتتاح المطبع في البلاد الإسلامية ومن ذلك صحاح الجوهر في الاستانة عام ١١٢٩هـ - ١٧٣٠م

---

١ - انظر مقدمة ابن خلدون لعبد الرحمن بن محمد ابن خلدون - الناشر مؤسسة التاريخ العربي ودار أحياء التراث في بيروت - ص ٤٢١.

فاختفت حرفة النسخ أو كادت وبقي تدوين المؤلف لكتابه ثم دفعه للناشر الذي يقوم بطبع الكتاب ، أو الإشراف على طباعته ، ونشره يملك حق توزيع الكتاب أو الإشراف على طباعته ونشره وهو بهذا يملك حق توزيع الكتاب وتسويقه وتداوله <sup>(١)</sup> ومما لا شك فيه أن تدوين العلوم ونشرها أمانة في شتى المجالات بل هي من الأمور التي يستمر ثوابها بدليل قوله صلى الله عليه وآله وسلم "إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة ، صدقة جارية ، أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعوه <sup>(٢)</sup>" فالعلوم التي يجب حفظ حقوق أصحابها هي ما تعلق بها النفع من الأمور الدينية والدنيوية أما ما اشتمل على ضرر والحاد وقبح في العقيدة الإسلامية وشتم الناس أو إلى الفحش والانحلال فهي من الأمور المجرمة وهي من الأمور التي يحاسب عليها الإنسان ديناً وديناً من الآثار التي تكتب فإذا كانت أثاراً سيئة فإن الله يحصيها ويوي في الجزاء فيها فضلاً عن الجزاءات الدنيوية المقررة في فقه الشريعة الإسلامية وفي النظام القانونية وأن كان من الأمور النافعة في أي مجال من مجالات الحياة الدنيوية والدينية فهي مما ينبغي المحافظة عليه باعتبارات ذلك يكتب الله الأجر عليه ديناً ودنيا قال تعالى "أنا نحن نحي الموتى ونكتب ما قدموا وأثارهم وكل شيء أحصيناه في كتاب مبين" الآية (١٢) سورة يس ، وأهداف التاليف كثيرة إلا أن بعض العلماء قد ذكر بأن التأليف لا يخرج عن سبعة أقسام "أما شيء لم يسبق إليه فيخترعه ، أو شيء

١ - أنظر في ذلك الأمانة في الإسلام وأثارها في المجتمع ص ٢٢٢ مصدر سابق ، فقه النوازل للاستاذ الدكتور / بكر بن عبد الله أبو زيد ص ٣٨ وما بعدها وموسوعة الزاد للعلوم والتكنولوجيا ج ٥ ص ١٣٤ تاريخ الطباعة في الشرق العربي للدكتور خليل صابات ص ١٤.

٢ - أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الوصية باب ما يلحق الإنسان من الثواب حدث ١١٣١.

ناقص فيتممه، أو شيء مغلق فيشارة، أو شيء طويل يختصره دون أن يخل بشيء من معاينة، أو شيء متفرق يجميه ، أو شيء مختلط يرتبة أو شيء أخطأ فيه مصنفة فيصلحه <sup>(١)</sup> وفي بعض الكتب التاليف يقصد به لأحد ثمانية مقاصد اختراع معدهم، أو جمع متفرق، أو تكميل ناقص، أو تفصيل مجمل، أو تهذيب مطول، أو ترتيب مختلط، أو تعين بهم <sup>(٢)</sup> والتأليف في اللغة جمع لفظ إلى لفظ ومعنى إلى معنى ذكر أبو هلال العسكري <sup>(٣)</sup> أن التأليف في اللغة جمع لفظ إلى لفظ ومعنى إلى معنى حتى يكون كالجملة الكافية فيما يحتاج إليه سواء كان متفقاً أو مختلفاً وذكر في الفرق بين التأليف والتصنيف أن التأليف أعم من التصنيف ، وذلك أن التصنيف تأليف صنف من العلم فلا يقال للكاتب إذا تضمن نقض من العلم مصنف لأن جمع الشيء وضده والقول ونقضه أما التأليف فقد يجمع ذلك كله ، والتصنيف – مأخذ من الصنف ، ولا يدخل في الصنف غيره قلت : وهذا كلام دقيق ولا يتعارض مع ما سبقه من الأمور التي يؤلف من أجلها ويشرط في التأليف والتصنيف جميعاً ثلاثة شروط أساسية .

١ - الغاية التامة في معالجة التصحيف أو السقط ، لأن ذلك مما يحصل فيه أغلاط كثيرة إذا لم يتتبه المؤلف ، هذا إذا كان الكتاب من يداوله الكتابة وتداوله الأيدي فما بالك من أحوال

١ - انظر المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية من القاهرة – الطبعة الثانية دار أحياء التراث العربي في بيروت ج ١ - ص ٢٢٤ ، وفقه النوازل للأستاذ الدكتور / بكر ابن عبد الله أبو زيد – مكتبة الصحاح بالطائف – الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ – ١٩٨٨ م .

٢ - ذكر ذلك الوالد العلامة محمد أحمد المهدى قال ويمكن الزيادة على ذلك من مخطوط للوالد محمد المهدى رحمة الله فيه فوائد متفرقة وقال لعل ذلك لا بي حيان .

٣ - الفروق في اللغة (١٠٣) منشورات دار الآفاق الجديدة .

الطباعة اليوم وما يحدث من أخطاء فضلاً عن الترجمة للمؤلفات العلمية من لغة إلى أخرى وما يتطلب ذلك من إمام باللغة ودقة في فهم المعاني .

-٢- التثبت في نقل الأقوال وصحة نسبتها إلى ذويها ، لما يرافق ذلك أحياناً من الخطأ والوهم .

-٣- الإتيان على ذكر المصادر والمراجع التي اعتمد عليها المؤلف في مؤلفة .

أما حق المؤلف فهو ما سنشير إليه وكذا حقوق النشر والحماية لحقوق المؤلف فسنأتي على بيانه لأن حماية حقوق المؤلف تعني الالتزام، بالأمانة العلمية ، ويعني حفظ العلوم وحراستها من السرقة والاعتداء ، لا كتمانها وحرمان الناس من الانتفاع بها ، وحماية حقوق المؤلفين والمبدعين تعني أن لا يحرموا من ثمرات عطائهم والحفاظ على حقوقهم الأدبية والمعنوية كما سنشير إلى ذلك بعد أن تأتي على وجهة نظر المقننين وتعريفاتهم مع بيان الغاية والهدف من ذلك ، وقبل ذلك نشير إلى حق الاختراع والابتكار الصناعي باعتباره من الحقوق التي نرى أنها من الحقوق الهامة والتي هي في نظرنا قريبة من حق التأليف أو هي مما يندرج تحت حق التأليف .

لأن التأليف قد يطلق على الاختراع والإبداع عن جهد ذهني وفني كما سبق بيان ذلك ولهذا أطلق حق الاختراع والابتكار على الحق الذي يسمى (براءة الاختراع )

وهي من أقدم إسناد الملكية الصناعية .

إذ هي جهد ذهني أدى إلى إيجاد شيء أو نظرية لم يكن معرفاً عنها وأصطلاح على تسمية ذلك حقوق الملكية الفنية والأدبية وهذه الحقوق

تشاء في البيئة العلمية والأدبية والفنية وقد يمتد استغلال تلك الحقوق إلى البيئة التجارية وحقوق الملكية الصناعية التي تقوم على ابتكار الجديد قد يتعلق بابتكار من حيث موضوع المنتجات وهي براءة الاختراع وقد تتعلق بابتكار جديد من حيث شكل المنتجات وتلك هي الرسوم والنماذج الصناعية<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا فموضوع الحق في براءة الاختراع غير موضوع الحق في حق الرسوم والنماذج الصناعية ، فالحق في الأول ينصب على ابتكار جديد من حيث الموضوع فيتأثر صاحبة برقحة صناعية جديدة فيحتكر إنتاجاً صناعياً جديداً، وأما في الثاني فعنصر الابتكار يرد على الشكل الذي تصب فيه المنتجات كرقم أولون مبتكر في ثوب ، أو زخرفة، أو نماذج جديدة لتصميم سيارة أو نحو ذلك من المظاهر الخارجية<sup>(٢)</sup>.

---

١ - الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية. د. صلاح الدين الناهي ص ٦٠ الطبعة الأولى د. الفرقان بالأردن ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م

٢ - بحث في الحقوق المعنوية وبيان الاسم التجاري ، إعداد الدكتور/عجيل جاسم النشمي جامعة الكويت كلية - الشريعة ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الخامسة العدد الخامس الجزء الثالث ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م ص ٢٢٨٧ .

## **تطور الحق الفكري مثل حق المؤلف والمخترع والبداع في النظم القانونية**

لقد حرصت النظم القانونية على التصريح بحماية حقوق المؤلف ومتكراته الأدبية، والمالية ، ففي فرنسا أصدر الملك لويس السادس عشر في عام ١٧٧٧ م سة مراسيم تنظم حقوق المؤلفين في نشر مصنفاتهم وبيعها للجمهور، وفي الولايات المتحدة الأمريكية صدر أول قانون لحماية الملكية الذكورية في ولاية ماشتوتس في ٧/مارس/١٩٨٩ م مؤكداً على حماية أخص وأنسب ملكية للإنسان وهي الملكية الناتجة عن جهده الذهني ، أما أول قانون فدرالي أمريكي في هذا الشأن، فقد صدر عام ١٧٩٠ م وفي ٩/سبتمبر ١٨٨٦ م أبرمت اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية وهي التي تعد مصدر أساسياً لتشريعات حماية حقوق المؤلف اللاحقة عليها، ثم تابعت التشريعات الخاصة بحماية الحق الفكري في مختلف بلدان العالم، أما في مصر فترجع حماية الملكية الفكرية كما يقول الدكتور / محمد حسام إلى عهد بعيد فقد كان القضاء المصري بشقيه الأهلي والمختلط يحمي حقوق المؤلف استناداً إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، والتي يلتزم القاضي بإعمالهما في حالة عدم وجود نص تشريعي، كما أن القضاء المصري درج على الحكم بتعويض المؤلف التي انتهكت حقوقه ، على أساس قواعد المسئولية التقصيرية<sup>(١)</sup> ، كذلك أعمل القضاء المختلط نصوص قانون

---

<sup>١</sup> - صدر أول تنظيم لطبع الكتاب في مصر بالأمر الصادر في ١٣ / يونيو / ١٨٢٣ م من محمد علي وكان هذا الأمر يحرم طبع أي كتاب في مطبعة بولاق الأميرية إلا إذا استنصر مؤلفة أو ناشرة إذناً خاصاً من البasha بطبعه ومن عقوبة على من يخالف هذا الأمر ومن المعروف أن المطبعة الأميرية

## العقوبات المعطلة دون انتظار صدور قانون خاص ينظم الملكية الأدبية والفنية<sup>(١)</sup> .. الخ

وما ذكره الدكتور / محمد حسام بصدر الحقوق الفكرية وتطور ذلك يشكل بحق دافعاً لدراسة الحماية القانونية وحق المؤلف الفكرية والأدبية والعقوبات المقررة في هذا الشأن وما من شك إن الشريعة الإسلامية كانت سابقة في تقرير إعطاء كل ذي حق حقه، وإلى حماية الحقوق كافة وبيان عصمتها ومن الإرشاد إلى الحكم بين الناس بالعدل، إذ يقول جل شأنه " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل "، وكانت سابقة في تجريم التزوير قولًا وعملاً سواء كان ذلك فيما يتعلق بالاعتقاد أو بالمعاملات ، ونعني القرآن على من أحب أن يحمد بما لم ي عمل ، وجاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم " المتشبع ، بما لم يعط كلبس ثوب زور " <sup>(٢)</sup> .

ومعلومات أن الفطرة السليمة واللب المستثير يحضران نسبة أي فكر إلى غير صاحبه بل أن الأمانة العلمية تحتاج إلى روح أمينة تسلك سبيل التحري والتثبت فإذا ضاعت الأمانة العلمية كثرت السرقات في شتى العلوم والمعارف ، وهي أشد خطورة من سرقة الأشياء المادية ، لأن سرقة المصنفات العلمية والفنية والأدبية واستساغها من الأشرطة والأقراص

---

اشأ من عام ١٨١٩ م - أنظر في تفصيل ذلك الدكتور / محمد سيد محمد - صناعة الكتاب ونشر الكتاب الثاني - اقتصadiات الإعلام - دار المعارف - الطبعة الأولى عام ١٩٨٣ م .

<sup>١</sup> - أنظر من هذا المرجع في الملكية الأدبية والفنية من ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء - مرجع سابق ص ٩

<sup>٢</sup> - رواه البخاري في كتاب النكاح باب المتسع بما لم يقل رقم الحديث ٥٢١٩ مسلم في كتاب الزينة باب النهي عن التزوير في اللباس - رقم الحديث ٢١٢٩ .

والكتب وبيعها بابخس الأثمان يحرم المبدعون من ثمرة عطائهم<sup>(١)</sup>. بل هو غش وتديليس ولم يخل عهد من وجود سرقات وقد كان منشئ ذلك العهد الجاهلي، حينما كان الشعراً يسرقون الشعر وكان العرب قد يلتمسون العذر إلى من ينسب إلى نفسه أفكار غيره في مجال الشعر بمقولة "أن الشعر جادة ، أو طريق ، أو شارع ، وربما وقع الحافظ على موضع الحافظ" إلا أن هناك منهم من يعتبر أن من يأخذ اللفظ والمعنى كاملاً (سارقاً) ومن يسرق المعنى دون اللفظ كاملاً (سالحاً)<sup>(٢)</sup> وظل البعض من المؤلفين يصدرون على مؤلفات الآخرين وينسبونها إليهم في مختلف العصور ومن ذلك اتهام نبطوية والأزهري لأبن دريد بسرقة كتاب العين للفراهيدي ، والتغيير والتبدل فيه ونسبته إلى نفسه<sup>(٣)</sup> وفي الوقت الحاضر بسبب التهافت على نيل الدرجات العلمية والحرص على نيل شهادات الدكتوراه ، والماجستير ، وحب التنافس التجاري تحت شعار العلم والمعرفة ، يتنافس الكثير من دور النشر وغيرها على اقتناص الأفكار والترويج لها وبيعها بابخس الأثمان دون مراعاة لحماية هذه الحقوق ، ومن الأهمية بمكان ملاحظة أن الحكم في السرقة العلمية من أعوص الموضوعات واعقدتها في البحث والتناول إذ

<sup>١</sup> - انظر موسوعة القيم ومكارم الأخلاق – أعداد مجموعة من الباحثين – دار رواح ١٤٢١ – ٩ .٦١-

<sup>٢</sup> - انظر من ذلك تفصيل أوسع للدكتور محمد سيد محمد صناعة الكتاب ونشره ، الطبعة الأولى (١٠٧) الدكتور جورج جبور – في الملكية الفكرية – حقوق المؤلف – ص (٤٨) والدكتور / محمد حسام من المرجع العلمي ص ١٠ .

<sup>٣</sup> - انظر في ذلك بحث سرقة الكتب وانتحالها في العصور الإسلامية للدكتور / محمد ماهر حماده – مجلة عالم الكتب – ص ٧٠٨ – تصدرها دار ثقيف للنشر والتأليف – الطائف – عدد خاص عن حق المؤلف – المجلد الثاني – العدد الرابع ربيع الثاني ١٤٠٢هـ – يناير – فبراير ١٩٨٢ م .

لابد من التقطن إلى ما يباح ويفسر من النقل وأدراك ما كان مقبولاً في زمان لا يباح في آخر وكذلك القيام بدراسة مستوفاة لما يقال أنه مسروق ومدى التشابه بينهما<sup>(١)</sup>.

ولاحظ السرقات الأدبية في مجال الشعر فقد ألف في ذلك ابن المعتز كتاباً في أسماء سرقة الشعراء ، وأبن عمار في كتابة : رسالة في مساوئ وسرقات أبي نواس ، وذكر ابن النديم : أنه كان أبو بكر ، وأبو عثمان ومحمد وسعيد الخالديان "إذا استحسننا شيئاً من الشعر غصباً صاحبه حياً أو ميتاً لأعجازاً منهما عن قول الشعر ولكن كانت طباعهما ، ويقول طرفة بن العبد في ذم سرقة الشعر:

غنيت عنها وشر الناس من سرقا ولا أغير على الأشعار أسرقا

ويقول الدكتور عبد اللطيف بن إبراهيم : إنها تتسع ممارسة السرقة في البحوث العلمية لتشمل بحوث التخرج الجامعية والرسائل العالية والعالمية (الماجستير ، الدكتوراه) وببحوث الترقىات ونحو ذلك ، والأمثلة فيها أكثر من أن تحصى ففي جمهورية مصر - رفعت أكثر من أربعين قضية من قضايا السطو العلمي التي عرضت على المحاكم ، وما حدث في مصر يحدث في بقية بلدان العالم الإسلامي<sup>(٢)</sup>

قلت : وليست السرقات قصراً على العالم الإسلامي والعربي بل إن العالم الإسلامي لربما كان الأكثر احتراماً لحقوق المؤلفين والمبتكرين والمبدعين بحكم الثقافة الإسلامية العريقة التي تحت وتأمر

١ - انظر تفصيل أوسع في السرقات العلمية دراسة وتقديماً وعلاجاً لحسان عبد المنان الناشر - المكتبة الإسلامية ودار ابن حزم في الأردن - الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ص ٥.

٢ - الأمانة في الإسلام (٤٩٠) مصدر سابق.

بالمحافظة على الأمانة، وتعتبرها شريعة وأخلاقاً وديانة والتحلي بها فضيلة تجرم الخيانة في كافة المجالات وتجرم مصادرة حقوق الآخرين . أما الدول التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية فإنها جرمت هذه الحقوق في عصور متأخرة ، وقد سبق الإشارة إلى أن أول قانون كان في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٨٨٧م ، وفي فرنسا في عام ١٧٧٧م ، وفي إنجلترا في ١٧١٠/٤/١٠ حينما أصدرت الملكة أن قانوناً أصبح بمقتضاه الحق للمؤلفين في إعادة طبع كتبهم التي سبق طبعها بالفعل لمدة (٢١) عاماً من تاريخ إصدار القانون ، وأما بالنسبة للكتب التي لم يسبق نشرها فإن مدة حماية حق المؤلف كانت تمتد لفترة أربعة عشر عاماً قابلة التجديد لمدة مماثلة ، إذا ضل مؤلفها على قيد الحياة.

وذكر الدكتور محمد حسام – أن أول تشريع طبق في البلاد العربية لحماية حق المؤلف كان التشريع العثماني الصادر عام ١٩١٠م ، وأول تشريع عربي هو القانون المغربي الصادر عام ١٩١٦م ، وأن القانون المصري رقم (٣٥٤) لسنة ١٩٥٤م كان أول التشريعات العربية في عصر الاستقلال العربي ، كما أنها لقضاء المصري كان الأغزر في إصدار الأحكام القضائية التي تضرب على أيدي قراصنة الفكر<sup>(١)</sup>.

قلت : هذا بالنسبة للتشريعات الوضعية في قالبها الحديث وإصدار الأحكام القضائية في القرون المتأخرة .

وبالنسبة للنصوص الحاكمة لموضوع حقوق المؤلف الأدبية والفنية والمادية وحق الابتكار والاختراع وفهي كثيرة نشير إلى شذرات منها سواءً كان ذلك في الجمهورية اليمنية أو في غيرها من البلدان بما يحقق

---

<sup>١</sup> - المرجع العلمي في الملكية الأدبية ص ٧ ، مصدر سابق للدكتور / محمد حسام .

الهدف المقصود المبتغى ويكشف عما كان موضوعاً في القوانين لحق المؤلف في أعماله الإبداعية المتميزة بالابتكار في مجال الآداب والتي تهدف إلى حماية حق المؤلف والمكتشف والمخترع لضمان حرية الإبداع وإنما التقدم التكنولوجي وتنظيم انتفاع كل منهم بـأعمال حماية مصالح المجتمع في الإفادة من ثمرة الإبداع الأدبي والعلمي والفنى.

## المؤلف وحقوقه في النظم القانونية

لقد صرحت الكثير من القوانين بما هو موضوع لحق المؤلف ومن ذلك قانون الحق الفكري اليمني والذي جاء فيه .

يكون موضوعاً لحق المؤلف للأعمال الإبداعية المتميزة بالابتكار في مجال الآداب والفنون والعلوم أيًّا كان شكل العمل أو الغرض منه أو أهميته أو طريق إنتاجه وسواءً كان تصنيف العمل في فرع من فروع الإبداع المعروفة أم تعذر ذلك ، وبناءً عليه يكون موضعًا لحق المؤلف للأعمال التالية :

- ١- كل عمل يكون التعبير فيه بالكتابة أو الصوت أو الرسم أو التجسيم أو غير ذلك ، وعلى الأخص الأعمال التالية :
  - ١- المصنفات المكتوبة العلمية والأدبية والفنية .
  - ٢- الأعمال الدالة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة .
  - ٣- الأعمال التي تلقي شفويًا كالخطب والمحاضرات والمواعظ وما ماثل ذلك .
  - ٤- الأعمال المسرحية والمسرحيات الموسيقية .
  - ٥- الأعمال الموسيقية سواءً اقتربت بالألفاظ أو لم تقترن بها .

٦- الأعمال الفوتوغرافية والسينمائية والخرائط والرسوم الجغرافية والمخطوطات الكروكية .

٧- الأعمال المجمعة أيًّا كان الفن المتعلق بها .

٨- الأعمال المعدة لإذاعتها بالراديو أو التليفزيون .

٩- الأعمال المتعلقة بالفنون التطبيقية وبوجه عام كل عمل يكون ا لتعبير فيه بالكتابية أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو التجسيم أو الحركة أو غير ذلك.

ب- يشمل حق المؤلف عنوان المؤلف إذا تميز بطبع ابتكاري وليس لفظاً جارياً للدلالة على موضوع التأليف .

ج- يشمل حق المؤلف من قام بترجمة المنتج إلى لغة أخرى وكذلك من قام بتحويله من لونه الأصلي إلى لون آخر أو من قام بتلخيصه أو تحويلة أو بشرحه أو التعليق عليه بأي صورة تظهر في شكل مبتكر أو جديد مع عدم الإخلال بحقوق مؤلف العمل الأصلي .

ويشمل حق المؤلف أيضاً وفقاً للقانون اليمني من حقوق أعمالاً تراثية ولو سبق تحقيقها أو التعليق عليها قبل ذلك ، ومن رتب مجموعة من الإبداعات الشعبية مجهلة المؤلف ، كل ذلك بشرط أن تتضمن إعادة الإصدار أو الترجمة أو التحقيق عنصراً شخصياً يتميز بالابتكار أو الإبداع ، وفي كل الأحوال لا يجوز أن يخل بحقوق المؤلف أو المترجم أو الحق الأصلي .

ويشمل حق المؤلف أيضاً المنتج الفوتوغرافي ، ومع ذلك لا يمنع الغير من التقاط صورة جديدة للشيء المصور ولو أخذت الصورة الجديدة في ذات الظروف والملابسات التي أخذت فيها الصور الأولى .

د= لا يمتد حق المؤلف إلى الأمور التالية :

- ١- المجاميع التي تتضمن أعمالاً أخرى لغير جامعها كمختارات الشعر والنشر والموسيقى وغير ذلك من المجموعات مع عدم الإخلال بحقوق مؤلفيها الأصليين .
- ٢- كل مصنف آلت حقوق المؤلف فيه إلى الملك العام .
- ٣- مجاميع الوثائق الرسمية كنصوص الإعلانات الحكومية والسياسية ونصوص القوانين والمراسيم الإعلانات الحكومية والسياسية ونصوص القوانين والمراسيم واللوائح والاتفاقيات الإقليمية والدولية وأحكام القضاء وسائر الوثائق الرسمية ، ومع ذلك تشمل الحماية المجاميع السابق ذكرها إذا ظهر عليها طابع تميز لجامعها يستحق الحماية أو امتازت بالابتكار أو الترتيب تميز .
- ٤- الأعمال التي لا تصلح محلًا لحق المؤلف كالمجموعات المحتوية على مختارات من التراث أو من الإبداع الشعبي والفلكلور أو المجهولة المؤلف .
- ٥- والقانون اليمني يعترف بحق المؤلف على العمل الإبداعي المنشور في اليمن أو خارجها ، ويعرف بذلك لغير اليمني إذا كان قانون بلد المؤلف يعامل اليمنيين بالمثل أو بناءً على الاتفاقيات الدولية التي تكون الجمهورية اليمنية طرفاً فيها بشرط أن يكون العمل قد تميز بالإبداع والابتكار وإن لا تتضمن محظوراً شرعياً وفقاً للضوابط والشروط التي حددها القانون وأن يكون العمل قد سجل وفقاً لأحكام القانون ، ويمتد حق المؤلف في استعمال عمله اقتصادياً أو الحصول على مكافأة مدة الحياة وبعد الوفاة ينتقل إلى الورثة طبقاً لقواعد المعاشات ومكافأة الخدمة ولمدة ثلاثين سنة ، أو ٢٥ سنة إذا كان المنتج فلما سينمائياً أو تليفزيونياً ، أو ١٠ سنوات إذا كانت

صوراً ، أو سنتين فيما يخص البرمجة الإذاعية أو ٣ سنوات على البرامج التليفزيونية أما حقوق المؤلفين والمؤدين وورثتهم فتكون وفقاً للمدة العامة السالف الإشارة إليها ويحضر إصدار العمل الإبداعي بدون اسم المؤلف إلا إذا كان ذلك تعبيراً عن الإرادة الصريحة للمؤلف، ويحظر أيضاً عند نشر العمل الإبداعي أو أدائه بأية صورة إجرائية أي تعديل أو تغيير في العمل بالحذف أو الإضافة دون موافقة المؤلف، سواءً في العمل نفسه أو تسميته أو اسم المؤلف يشمل ذلك المقدمات والخواتيم والشروح والتعليقات والهوامش والإيضاح بالصور عدا الأعمال التي تتطلب تعديلات تقتضيها الضرورة أثناء التنفيذ مثل أعمال العمارة ونحو ذلك هذا ما أفاده قانون الحق الفكري اليمني<sup>(١)</sup>. وقد انتظمت هذه القواعد التي افصح عنها القانون اليمني قانون حماية الملكية الفكرية المصري الكتاب الثالث حيث تناول حقوق المؤلف بالمادة (١٣٨) وما بعدها وتميز بوضع تعريفات للابتکار والمُؤلف والمصنف .....الخ .

وعرف المفنن بأنه كل عمل أدبي أو فني أو علمي وعرف الابتكار بأنه الطابع الإبداعي الذي يسبغ الأصالة على المصنف وعرف المؤلف بأنه الشخص الذي يبتكر المصنف .

أما نظام حماية حقوق المؤلف السعودي فإنه بالمادة الأولى عن بوضع المصطلحات والتعريفات للمصنف والمُؤلف والنشر والابتكار والاستساخ كما هو الحال في القانون المصري مع بعض اختلاف في العبارات وتواافق في المعنى غالباً، وبينما القانون المصري يعرف الابتكار بأنه الطابع

---

<sup>١</sup> - المواد (١ - ٢٨) من قانون الحق الفكري اليمني .

الإبداعي الذي يسبغ الأصالة على المصنف ، فإن التعريف السعودي لهذا المصطلح يقول: " الابتكار هو الإنشاء الذي توفرت فيه عناصر الجدة أو تميز بطابع خاص غير معرف ، من قبل ، وهو أكثر إيضاحاً لمعنى الإبداع من التعريف المصري .

أما الفلكلور قد عرفه القانون المصري بأنه كل تعبير يتمثل في عناصر متميزة تعكس التراث الشعبي التقليدي الذي نشا واستمر في جمهورية مصر وبوجه خاص التعبيرات الشفوية مثل الحكايات والأحادي والألفاظ والأشعار وغيرها من المأثورات ، والتعبيرات الموسيقية مثل الأغاني الشعبية المصحوبة بموسيقى ، والتعبيرات الحركية مثل الرقصات الشعبية والمسرحيات والأشكال الفنية والطقوس ، والتعبيرات الملموسة مثل منتجات الفن الشعبي التشكيلي، وبوجه خاص الرسومات بالخطوط والألوان والحرفر والنحت والخزف والطين ، والمنتجات المصنوعة من الخشب ، أو ما يرد عليه من تعليمات تشيكيلية مختلفة ، أو الموزاييك أو المعدن أو الجواهر والحقائب المنسوجة يدوياً وأشغال الأبرد و المنسوجات ، والسجاد والملبوسات والآلات الموسيقية والأشكال المعمارية ،.

أما المشرع السعودي فكانه راعى خصوصيات الدولة الإسلامية في تقرير الحماية لمؤلفي الفلكلور الوطني فيما لا يتعارض مع موقف الفقه الإسلامي من ذلك ، فقصر الفلكلور الوطني على ما يتواافق مع أحكام الفقه الإسلامي فعرفت المادة الأولى من ذلك النظام الفلكلور الوطني بأنه يقصد به جميع المصنفات الأدبية أو الفنية أو العلمية التي يفترض أنها ابتكرت في الأراضي السعودية من قبل مؤلفين يعتبرون أو كانوا يعتبرون من المواطنين السعوديين وانتقلت من جيل إلى جيل وتشكل جزءاً

من التراث التقليدي السعودي وأما القانون اليمني فإنه ترك بعض المصطلحات بدون تعريف تاركاً للقضاء والفقه باب الاجتهاد مفتوحاً فيما عدى ما نص عليه في الموارد (١٠٣، ٤٩، ٥٨، ٢٨٥) وتضمنت مختلف القوانين الحماية لمؤلفي المصنفات المبتكرة في العلوم والأداب والفنون أيًّا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها سواءً كانت بالكتابة أو الرسم أو التصوير أو الحركة أو غير ذلك وأعطت المؤلفين الذين يقومون بتسجيل مؤلفاتهم وفقاً للقانون حق نسبة المصنفات إلى أنفسهم وحق دفع الاعتداء على مؤلفاتهم ، وحق الاعتراض على كل تحريف أو تشويه أو تعديل أو تغيير للمصنف ، وحق دفع كل ضرر يمس سمعة المصنف أو شرف المؤلف ، وحق نشر المصنف أو تسجيله أو عرضه أو ترجمته أو تقرير ما يتعلق بذلك من قيود أو شروط ، أو إدخال ما يراه من تعديل أو أجزاء أو حذف أو سحبه من التداول وتحمى حقوق المؤلف المالية المنصوص عليها في القوانين بحسب المدد المشار إليها في قواعد القانون ولا يعتبر القانون شريكاً في التأليف أو الاكتشاف أو الاختراع معهون المؤلف أو المكتشف أو المخترع ، مثال ذلك : من نفذ الأعمال التحضيرية أو تولى أعمال السكرتارية أو ساعد في الأعمال الفنية أو اشرف على سير الأعمال .

وتتفق القوانين أنه لا يشمل حق المؤلف الوثائق الرسمية كنصوص القوانين واللوائح والقرارات والاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية ونحو ذلك وتشير بعض القوانين إلى أنها تعتبر أوجه الاستخدام التالية:<sup>(١)</sup>.

<sup>(١)</sup> - راجع في كل ذلك نصوص قانون الحق الفكري اليمني بالموارد ١١٨ وما يليها ، والقانون المصري بالموارد ١٣٨ وما يليها إلى ١٧٨ والنظام السعودي بالموارد (١ - ٨) والقانون الإماراتي بالموارد (١١) والقانون المغربي بالموارد (١ - ٧) والبحريني (١ - ٣٣) والعماني (١ - ١٤)

للمصنف المحمي بلغته الأصلية أو بنصه المترجم مشروعه دون الحصول على موافقة المؤلف استثناءً من القواعد التي لا تبيح استخدام ذلك إلا بموافقة المؤلف ، وذلك في الأمور التالية :

- ١ - استساخ ذلك المصنف أو اقتباسه أو ترجمته وذلك للاستعمال الشخصي الخاص دون سواه .
- ٢ - الاستشهاد بفقرات من ذلك المصنف في مصنف آخر ، بشرط أن يكون ذلك الاستشهاد متماشياً مع العرف وبالقدر الذي يبرره الهدف المنشود ، وأن يذكر المصدر واسم المؤلف في المصنف الذي يرد فيه الاستشهاد ، وينطبق ذلك على الفقرات المنقولة من المقالات الصحفية والدوريات التي تظهر على شكل خلاصات صحفية .
- ٣ - الاستعانة بالمصنف على سبيل الإيضاح في التعليم بواسطة مطبوعات أو برامج إذاعية أو تسجيلات صوتية مرئية وفي الحدود التي يبررها الهدف المنشود أو بث العمل المذاع لغایيات مدرسية أو تربوية أو جامعية أو لغایيات التدريب المهني "بشاً" بفرض التعليم " بشرط أن يكون هذا الاستخدام متماشياً مع العرف ، وأن يذكر المصدر واسم مؤلف المصنف المستخدم في المطبوع أو البرنامج الإذاعي أو التسجيل .
- ٤ - استساخ أو نشر المقالات السياسية أو الاقتصادية أو الدينية المنشورة في الصحف أو الدوريات وكذلك المصنفات الإذاعية ذات الطابع المماثل بشرط ذكر المصدر بوضوح واسم المؤلف إن وجد .
- ٥ - استساخ أي مصنف يمكن أن يشاهد أو يسمع بمناسبة عرض أحداث جارية عن طريق التصوير الثابت أو المتحرك بشرط أن يكون

ذلك في حدود الهدف الإعلامي المراد تحقيقه ومع الإشارة إلى اسم المؤلف .

٦- استنساخ مصنف أدبي أو فني أو علمي بالتصوير الفوتوغرافي أو بطريق مشابهة إذا كان قد سبق وضعه في متناول الجمهور بصورة مشروعة وذلك إذا كان الاستنساخ من قبل مكتبة عامة أو مركز توثيقي غير تجاري أو مؤسسة علمية أو معهد تعليمي بشرط أن يكون ذلك الاستنساخ وعدد النسخ مقصوراً على احتياجات أنشطتها وأن لا يضر ذلك الاستنساخ بالاستغلال المالي للمصنف أو يتسبب في ضرر لا مبرر له للمصلح المشروع للمؤلف .

٧- استنساخ الخطب والمحاضرات والرافعات القضائية وغيرها من المصنفات المشابهة المعروضة علناً على الجمهور وذلك إذا تم الاستنساخ من قبل الصحافة أو غيرها من وسائل الإعلام بشرط ذكر اسم المؤلف بوضوح وعلى أن يحتفظ المؤلف بحق نشر هذه المصنفات بالطريق التي يراها .

٨- عرض أو أداء تمثيل المصنف بعد نشره في جمعية أو ناد أو مدرسة مادام هذا العرض أو الأداء أو التمثيل لا يأتي بأي حصيلة مالية مباشرة أو غير مباشرة .

٩- إيقاع أو أداء المصنف بعد نشره من قبل الفرق الموسيقية التابعة للقوات العسكرية ، أو الفرق التابعة للدولة ، أو الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة ، ما دام فهذا الارتفاع أو الأداء لا يأتي بأي حصيلة مالية بطريق مباشر أو غير مباشر .

١٠- التقاط صور جديدة لأي شيء سبق تصويره فوتографياً ونشرت الصور حتى ولو أخذت الصور الجديدة من ذات المكان وفي نفس

الظروف التي أخذت فيها الصور الأولى ، وذلك هو ما أفصحت عنه المادة (٨) من نظام حماية حقوق المؤلف السعودي أما القانون اليمني فإنه نص في الفقرة الثانية من المادة (١٥) تكون الاستفادة من العمل المنشور بالإطلاع ونقل فقرات أو فصول منه أو ملخصاً للاستفادة المعرفية الشخصية أو استخدامه في الدراسات والبحوث مع الإشارة إلى عنوان العمل واسم المؤلف ومكان الإصدار وتاريخ الإصدار والفصل أو الفقرة أو رقم الصفحة ، وهذه القواعد تحفظ للمؤلفين حقوقهم ولم تحضر على الناس حق الاستفادة من العلوم والمعرفة والأنباء وغير ذلك وفيها خروج من أثم كتمان العلم وتعليمه فأنت ترى أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قد حذر من كتمان العلم حتى جعله في عداد المحضورات فقال "من كتم علم مما ينفع الله به في أمر الناس وأمر الدين ألمجه الله ب杰مام من نار" <sup>(١)</sup> ، وفي لفظ عن علم يعلمه فكتمه <sup>(٢)</sup> وكان النبي صلى الله عليه وآلله وسلم يحث على العلم وتعليمه فكل علم يدعو إلى تنظيم شؤون الحياة واستخراج خيراتها إلى نفع الناس فإنه مما يندرج تحت قول النبي صلى الله عليه وآلله وسلم أو علم ينفع به <sup>(٣)</sup> وكان النبي صلى الله عليه وآلله وسلم يقول تناصحوا في العلم فإن خيانة أحدكم في علمه أشد من خيانته في ماله <sup>(٤)</sup> وهذا الحديث يبين ضرورة المناصحة في مختلف العلوم

<sup>١</sup> - رواه ابن ماجة في سننه باب من سئل علم فكتمه حديث (٢٦٥) وأبو داود في سننه كتاب العلم باب كراهيته منع العلم حديث (٣٦٥٨) والترمذى في سننه كتاب العلم - باب ما جاء في كتمان العلم - حديث (٢٦٤٩).

<sup>٢</sup> - ابن ماجة في سننه حديث ٢٢٦.

<sup>٣</sup> - أنظر تفسير أوسع مؤلفنا - حقوق الإنسان في السنة النبوية - الطبعة الأولى ص ٣٢٤.

<sup>٤</sup> - رواه البخاري في كتاب العلم - باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب - رقم الحديث (١٠٤).

والفنون ، وكما أرشد إلى ذلك الهدى النبوى في عدة أحاديث فتبليغ العلوم الشرعية والتي ينتفع بها مع الاحتفاظ بحقوق أصحابها المادية والأدبية لهو من أهم الواجبات الشرعية دل على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وآلـه وسلم في خطبته يوم فتح مكة بعد أن ذكر وعلم وبلغ عن ربه ثم قال "لـيبلغ الشـاهـدـ الغـائـبـ" <sup>(١)</sup>. ولذلك تميز العلماء المسلمين بنشر العلوم في شـتـىـ المـجاـلاتـ النـظـرـيـةـ وـالـتـطـبـيـقـيـةـ مع الاحتفاظ بأمانة النقل، والاعتراف بفضـيـلـةـ السـبـقـ وـمـحاـوـلـةـ إـفـادـةـ الناسـ وـعـدـمـ السـطـوـ عـلـىـ حـقـوقـهـمـ ، وـقـدـ جـمـعـ فـيـ النـصـ القـانـونـ السـابـقـ بينـ الحـفـاظـ عـلـىـ حـقـوقـ الـمـؤـلـفـينـ الأـدـبـيـةـ وـالـمـادـيـةـ وـبـيـنـ إـفـادـةـ الناسـ وـحـقـهمـ فـيـ الـاسـتـفـادـةـ مـنـ الـعـلـومـ وـمـرـاعـاـةـ الـجـوـانـبـ الـتيـ جـيـبـ أـنـ تـقـيـدـ النـاسـ تـأـلـيـفـاـ وـنـشـرـاـ وـالـبـعـدـ عـنـ الـانـحلـالـ وـالـتـهـورـ وـالـسـطـوـ عـلـىـ حـقـوقـ الآـخـرـينـ وـمـنـ الـمـسـلـمـ بـهـ أـنـ التـشـريـعـاتـ الـوـضـعـيـةـ لـاـ تـكـادـ تـخـتـلـفـ عـلـىـ حـمـاـيـةـ حـقـوقـ الـمـؤـلـفـينـ أـفـرـادـ وـجـمـاعـاتـ وـنـشـرـهـنـاـ إـلـىـ أـنـ حـمـاـيـةـ حـقـوقـ الـمـؤـلـفـينـ وـالـمـبـدـعـينـ تـقـوـمـ عـلـىـ أـسـاسـيـنـ جـنـائـيـ وـمـدـنـيـ كـمـاـ صـرـحـتـ بـذـلـكـ الـقـوـانـينـ فـهـيـ مـنـ جـانـبـ تـحـمـيـلـ الـحـقـوقـ الـمـدـنـيـةـ وـتـكـفـلـهـاـ وـمـنـ جـانـبـ فـإـنـ الـقـانـونـ يـعـدـ كـلـ اـنـتـهـاكـ لـحـقـوقـ الـمـؤـلـفـينـ مـكـونـ لـجـرـيمـةـ جـنـائـيـةـ وـمـعـ ذـلـكـ فـإـنـ الـقـوـانـينـ أـخـذـتـ بـمـبـداـ تعـوـيـضـ الـمـؤـلـفـينـ الـمـجـنيـ عـلـيـهـمـ الـذـيـنـ اـنـتـهـكـتـ حـقـوقـهـمـ ، وـكـذـلـكـ الـحـالـ بـالـنـسـبـةـ لـلـعـلـامـاتـ الـتـجـارـيـةـ وـالـصـنـاعـيـةـ وـالـأـسـمـاءـ الـتـجـارـيـةـ فـإـنـ الـقـوـانـينـ تـحـمـيـلـهـاـ فـيـ مـخـتـلـفـ الـبـلـدـانـ حـمـاـيـةـ مـدـنـيـةـ وـجـنـائـيـةـ وـقـدـ أـعـطـتـ الـقـضـاءـ هـذـهـ الـقـوـانـينـ سـلـطةـ اـتـخـازـ الـإـجـرـاءـاتـ الـتـحـفـظـيـةـ وـالـإـجـرـاءـاتـ بـكـفـ الـاعـتـداءـ عـلـيـهـاـ

---

<sup>١</sup> - رواه البخاري في كتاب العلم - باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب - رقم الحديث (١٠٤).

إجراءات تقيع الحجز التحفظي وحق استصدار الأمر بمنع استعمال العلامة التجارية أو الاسم مستقبلاً وحق طلب الإتلاف أو المصادر لهذه المؤلفات أو تلك بقصد حماية حقوق مهندس معماري أو حقوق مؤلف في أي مصنف من المصنفات في أي فرع من فروع العلم أو إجراء الحجز التحفظي على هذه الأشياء بغية الوفاء بشيء معين وحق طلب التعويض عن الضرر الذي أصاب المؤلف والجريمة الجنائية سواء كانت تقليل أو تزوير أو غير ذلك تتكون في كل الأحوال كما هو مقرر في الفقه والقانون من ركن مادي وآخر معنوي وعلاقة سببية.

## **الركن المادي في جريمة الاعتداء على الحقوق الفكرية .**

**وهي تتمثل في الأعمال التالية :**

- **الاعتداء على حقوق المؤلف المنظمة بالقانون سواء كانت أدبية أو معنوية .**
- **البيع أو العرض للبيع أو للتداول للإيجار للمؤلف مع العلم بتقلideo .**
- **إدخال كتب إلى اليمن بقصد الاستغلال دون أذن مؤلفها أو من يقوم مقامه مصنفاً للخارج شملته الحماية القانونية .**
- **التقليد لمصنفات منشورة في الخارج بالبيع أو التداول أو الإيجار .**
- **طباعة مؤلف ونشره دون أذن مؤلفه .**
- **استعمال رسم أو علامة مسجلة جرى تقليدها .**
- **تقليد اسم تجاري أو علامة صناعية إلى غير ذلك من الأمور التي يقوم بها الركن المادي الذي تظهر به الجريمة .**

لأن الركن المادي هو الذي تظهر به الجريمة إلى المظهر الخارجي فكل من قلد علامة أو استعمل رسمأ أو علامة مسجلة جرى تقليدها اعتبر مرتكباً لجريمة التقليد ، وكل من قام بالبيع أو العرض أو التداول أو الإيجار مؤلف مقلد اعتبر مرتكباً لجريمة التقليد .

وكذلك من أدخل إلى الأراضي اليمنية مصنفات أو عرضها للبيع أو شحنها مع العلم بتقليدها بدون أذن من المؤلف أو من يقوم مقامه أو قام بنسخ للكتاب على حاسوب دون أذن كتابي مسبق فإنه يعتبر كذلك مخلاً بالحماية القانونية ومرتكباً لذات الجريمة .

أما الركن المعنوي فإنه يقوم على القصد الجنائي وهو مفترض ما لم يوجد دليل مخالف ويقع على عاتق المتهم إثبات حسن نيته وتقضي

المحكمة بثبوت التهمة عند توافر الركن المادي والمعنوي وقيام علاقة السببية وثبتت حصر الضرر ويتأكد حصول الضرر بالاستغلال غير المشروع للمؤلفات محمية والذي غالباً ما يتحقق حصول الضرر بإحدى أمرين أحدهما مادي والآخر أدبي ، أما الضرر المادي فيتمثل في حرمان المؤلف من المبلغ الذي كان سيدفعه المقلد للمؤلف إذا كان قد حصل على ترخيص مسبق منه وفي ذلك حرمان للمؤلف من ثمرة عطائه وجهده وذلك بمصادرة المقلد لحقوق الملكية الفكرية للمؤلف ، أما لضرر الأدبي فإنه يتمثل في المساس بحقوق المؤلف على مصنفة أو منتجة فيقع ذلك على سمعته ومكانته الفنية ولهذا نجد القوانين والاتفاقات الدولية قد التقت واتفقت على حماية حقوق المؤلف ومعاقبة من ينتهكها في مختلف النظم القانونية فالقانوني يعتبر هذه الجرائم عند ثبوتها وقيام أركانها مستوجبة للعقاب ومن حق القاضي أن يوقع عقوبة بالحبس لا تزيد عن ستة أشهر أو بالغرامة التي لا تقل عن عشرة ألف ريال سواء كان ذلك في الاعتداء على حق من حقوق المؤلف أو المكتشف أو المخترع كما هو صريح المادة (١٢٤) من قانون حماية الحق الفكري اليمني ، وكذلك القانون المصري فإنه جعل العقوبة على المعتدي على حق المؤلف في صورته البسيطة الغرامية التي لا تقل عن خمسة ألف جنية ولا تتجاوز خمسين ألف جنية وفي جميع الأحوال تقضي المحكمة بمصادرة النسخ وفقاً للقانون المصري<sup>(١)</sup> والأدوات المستخدمة للتقليل وينشر ملخص الحكم القاضي بالإدانة في جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه وأجاز المشرع المصري للمحكمة عند الحكم

---

<sup>١</sup> - المواد من ١١٣ - ١١٤ من قانون الحق الفكري المصري .

بالإدانة أن تقضى بغلق المنشأة التي استغلها المقلدون أو شركائهم في ارتكاب أحد الأفعال الإجرامية مدة لا تزيد عن ستة أشهر ، أما المشرع الإماراتي فإنه جعل العقوبة هي الحبس أو الغرامة التي لا تزيد عن خمسين ألف درهم أو إحدى العقوبتين وذلك على من قام بنشر مصنف غير مملوك له دون الحصول على إذن كتابي من مؤلف المصنف أو ورثته أو من يمثله ويعاقب بذات العقوبة من يدعى خلاف الحقيقة أنه ملك مصنف من المصنفات ويعاقب أيضاً بذات العقوبة من قام بتوزيع أو ببيع أو نسخ نماذج المصنفات بدون إذن من المؤلف وفي جميع الأحوال يتعين الحكم بمصادر نسخ المصنفات موضوع الجريمة كما يجوز للمحكمة أن تحكم بإغلاق محل<sup>(١)</sup>.

أما المشرع السعودي فقد نص في نظام حماية حقوق المؤلف على أن يعاقب المعتدي بغرامة لا تتجاوز عشرة ألف ريال أو بإغلاق المؤسسة أو المطبعة التي اشتركت في الاعتداء على حقوق المؤلف لمدة لا تتجاوز خمسة عشر يوم وفي حالة العودة إلى ارتكاب الاعتداء سواء على ذات المصنف أو غيره بزيادة الحد الأقصى للغرامة من هذه المادة على أن لا يتجاوز ضعف هذا الحد ويجوز الحكم بإغلاق المؤسسة أو المطبعة لمدة لا تتجاوز تسعين يوماً أو بهما معاً إضافة إلى التعويض المالي لصاحب الحق كما جعل النظام السعودي بالنسبة للحكم بمصادر أو الإتلاف جوازي بناءً على طلب صاحب حق التأليف كما أجاز إصدار قرار مؤقت بوقف النشر أو عرض المصنف أو الحجز على النسخ كما هو صريح المادة (٢٨) من نظام حماية حقوق المؤلف ، ولا تكاد القوانين في

---

<sup>١</sup> - انظر المواد من ٣٨ إلى ٤٨ من قانون حماية الملكية الفكرية الإماراتي .

مختلف البلدان تختلف على قاعد إعطاء القضاء سلطة إيقاع عقوبة عند تحقق قيام واحدة من جرائم الاعتداء على حقوق المؤلفين وفقاً للضوابط الشرعية والقانونية حماية لحقوق المؤلفين من العبث والضياع فحماية الملكية الفكرية هي حماية لجميع عناصر الابتكار سواء تمثلت في حماية حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة لحق المؤلف أو الأسماء التجارية أو العلامات التجارية أو الرسوم والنماذج الصناعية أو براءات الاختراع أو الأصناف النباتية الجديدة أو تصاميم الدوائر المتكاملة وفي ذلك تشجيع على الإبداع وحفظاً على الأمانة وسعياً إلى إيجاد نظام يحمي جميع عناصر الملكية وتحقيقاً لأهداف ومصالح البشرية على حد سواء ونأمل في هذه العجلة أن نكون قد أسهمنا في دراستها هذه بما يفيد رجال القضاء والمحامين والمهمين والله حسبنا ونعم الوكيل .

## التوصيات والمقترنات

- حيث أن قانون الحق الفكري قانون جديد وهو من القوانين الهامة وقد اشتملت مفرداته على مصطلحات ينبغي تعرفيها لكي لا تبقى خاضعة لاجتهاد الفقه والقضاء فيحصل تضارب في تفسيرها مما يعكس سلباً على العمل القضائي بما يخل بميزان العدل ولهذا فإننا نقترح أن يخصص الفصل الأول من قانون الحق الفكري اليمني للتعرifications إذا أن كثير من هذه المفردات والمصطلحات المستخدمة مما تحتاج إلى تعريف كون قليل من الناس من يلم بهذه المفردات ومن ذلك على سبيل المثال تعريف المصنف السمعي أو البصري تعريف المصنف الجماعي أو المشترك ، تعريف النشر ، تعريف الاستنساخ ، تعريف الأعمال المسرحية أو الموسيقية ، تعريف الأعمال الفوتوغرافية والسينمائية ، تعريف الإبداع أو الابتكار ، تعريف عقود التأليف مثل عقد النشر وعقد الإخراج أو التكليف أو الزخرفة والسيناريو و الترجمة وذلك ليس بداعاً فقد درج المشرع اليمني في كثير من القوانين على وضع التعرifications للمصطلحات أولاً وصارت على ذلك غالب التشريعات في الوطن العربي وأنظر على سبيل المثال قانون حماية حقوق المؤلف السوري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠١ م بالمادة (١) وما بعدها وقانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة المغربي بالمادة (١) وما بعدها ، وقانون حماية الملكية الفكرية في الإمارات العربية المتحدة بالمادة (١) ، وما بعدها وقانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة السوداني بالمادة (١) وما بعدها ، وقانون حماية حقوق الملكية والأدبية اللبناني بالمادة (١) وما بعدها ، قانون حماية حقوق المؤلف

البحريني بالمادة (١) وما بعدها ، ونظام حماية الملكية الفكرية السعودية بالمادة (١) وما بعدها ، ولا تكاد القوانين تختلف في هذا المجال نظراً لضرورة وضع هذه التعريفات ولكونها تسهم في تحقيق العدل وتنمية اضطراب الإحکام

-٢- لقد ورد في الفصل الأول من الباب الأول من القانون اليمني تحت عنوان "المؤلف وحقوقه" بينما النصوص في مجلتها تتحدث عن ما يكون موضوعاً لحق المؤلف مع أن الذي عليه درجة القوانين في مختلف البلدان هو تسميتها تلك الأمور تحت عنوان نطاق الحماية لحقوق المؤلف ، أو الحماية المقررة لحق المؤلف كما هو صريح المادة ١٣٩ من القانون المصري أو المصنفات التي تتمتع بالحماية ، بموجب هذا القانون ، كما هو صريح المادة الثانية من نظام حقوق المؤلف السعودي ، أو نطاق الحماية كما هو صريح المادة الثانية من القانون الإماراتي ، والمادة الثانية من القانون السوري إلى غير ذلك من التشريعات والنصوص القانونية التي سارت على هذا المنوال وليس هذا مقام سردها .

ومن المسلم به أن القوانين التي تنص على أنه يتمتع المصنفات التالية بالحماية القانونية وتشمل الحماية القانونية المؤلفات التالية هو النص الذي تحمى به هذه المصنفات ، أما النص القانوني اليمني بأنه يكون موضوعاً لحق المؤلف الأعمال التالية ثم يسردها دون ذكر أنها مشمولة بالحماية فإن النص يكون معييناً .

٣) أورد المشرع في المادة الثالثة ما كان موضوعاً لحق المؤلف وأغفل برامج الحاسوب الآلي ، وهو من الأمور التي تكون موضوعاً لحق المؤلف ، ويجب أن تشمل بالحماية لأن برنامج الحاسوب الآلي " الكمبيوتر" التي

يقصد بها مجموع العبارات والتعليمات المعبّر عنها بأي لغة أو زمزأ أو إشارة والمعدّة للاستغلال في الحاسب الآلي بطريق مباشر أو غير مباشر بهدف الوصول إلى نتائج محددة ، فلا يعقل أن ترك برامج الحاسب الآلي دون حماية في عصر الكمبيوتر والإنترنت وأن لا ينص على ذلك في القانون .

٤) تتقدّل التعريفات الواردة بالمواد ١٠٣، ٤٩، ٥٨، ٨٥ في هذا القانون وتدمج في هذا الباب على أن يراعي ت المناسبة العبارات عند وضع التعاريف مع قواعد وأحكام التعاريف مع ملاحظة عدم الإخلال بشروط وضوابط وقيود القانون المتعلقة بموضوع الحق الفكري لأن محل التعريفات هو الباب الأول ولأن هذه النصوص تحدث عن الضوابط والشروط الحق الفكري ولم تكن تتحدث عن التعريفات وأن اشتملت على شيء منها .

٥) نص في الفقرة الثانية من المادة الثالثة أنه يشمل حق المؤلف عنوان المؤلف ... الخ ، ولم يسبق له أن تحدث عن حقوق المؤلف المالية والأدبية أو المصنفات المحمية وإنما تحدث عما يكون موضوعاً لحق المؤلف من الأعمال الإبداعية إجمالاً والتي نصحنا أنه يجب أن تشمل الحماية بالنص المصنفات كما المحنا إلى ذلك تحت مسمى نطاق الحماية أو المصنفات والمؤلفات المحمية كما ينبغي أن ينص على حقوق المؤلف في باب أو فصل مستقل بحيث يذكر في هذا الباب حقوق المؤلف المعنوية والفنية والأدبية والحقوق المالية ، وبيان كيفية انتقال هذه الحقوق أو النزول عنها أو التصرف فيها وما يجوز النزول فيه وما لا يجوز كما نرى أن يضاف إلى المادة الرابعة التي تتحدث عن الأمور التي لا تكون مشمولة بالحماية فقرة خامسة تتضمن أنه لا يمتد حق المؤلف إلى الأعمال التي تضمن إهاداً أو فسقاً ومن ذلك الاستهزاء بالأنبياء عليهم السلام أو

بالكتب المنزلة عليهم ولا تشمل بالحماية باعتبار أن هذه الأعمال مجرمة وتمس مشاعر المؤمنين وعقائدهم .

٦) نص القانون في المادة (٢٨) بأنه يعد الاقتباس من العمل المنشور دون الإشارة إلى العمل طبقاً للمادة (٢١٥) تعدياً على حقوق المؤلف وتلك المادة حصرت الاستفادة من العمل المنشور بالإطلاع ونقل فقرات أو فصول منه أو التلخيص لاستفادة المعرفية أو الاستخدام في الدراسات والبحوث فإنه أغفل التصوير أو العرض للايضاح التعليمي بواسطة مطبوعات أو برامج إذاعية أو تسجيلات صوتية مرئية في الحدود التي ييرها الهدف المنشود وبشرط ذكر المصدر واسم المؤلف في ذلك ، كما أغفل جواز الاستشهاد بفقرات من ذلك المصنف في مصنف آخر مع ذكر اسم المؤلف والمصنف والفقرات المنقولة ، وكذلك استتساخ أي مصنف يمكن أن يسمع أو يشاهد بمناسبة عرض أحداث جارية عن طريق التصوير الثابت أو المتحرك بشرط أن يكون ذلك في حدود الهدف الإعلامي المراد تحقيقه مع الإشارة إلى اسم المؤلف وكذلك أغفل جواز استتساخ أي مصنف علمي أو أدبي أو فني في متناول الجمهور بصورة مشروعة ، وذلك إذا كان الاستتساخ من قبل مكتبة عامة أو مؤسسة علمية أو مركز توثيقي غير تجاري مقصراً على احتياجات انشطتها وأن لا يضر بذلك الاستتساخ بالاستقلال المالي للمصنف أو المؤلف أو يتسبب ضرراً لا مبرر له ... إلى غير ذلك من الأمور التي أشرنا إليها في بحثنا هذا وهي ما أنتظمته المادة (٨) من نظام المراقبات السعودي والباب الرابع من قانون حماية الملكية الفكرية القطري الخاص بحرية استعمال المصنفات محمية بذلك بالمادة (٢١ - ٢٧) والفصل الثالث من قانون حماية حق المؤلف الجزائري بالمواد (٣٣ - ٥٤) والفصل السادس من

قانون حماية الملكية الفنية والأدبية اللبناني بالمواد (٢٣ - ٣٤) ، والفصل الرابع من قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة العماني .

٧) نصت المادة (١٢٤) من قانون الحقوق الفكرية اليمني على العقوبة على من يعتدي على حق المؤلف أو المكتشف أو المخترع أو المقترن ، وأغفلت تشديد العقوبة في حالة العود ، ننصح بإضافة فقرة لتشديد العقوبة في حالة العود إلى اقتراف الجريمة بما لا يزيد على نصف العقوبة المقررة في ذات المادة لما في ذلك من الزجر والردع ، وتمشياً مع التشريعات المماثلة في البلدان العربية .

٨) ننصح الجهات المختصة في الجامعات والمعاهد المختصة بتوسيع دائرة الثقافة الشرعية والقانونية فيما يخص العناية بحقوق الملكية الفكرية وحمايتها ، كما ننصح وزارة الثقافة ووزارة الإعلام بالتنسيق مع وزارة العدل والأوقاف لإقامة ندوات متخصصة لغرض بيان حماية حقوق الملكية الفكرية سواء فيما يتعلق بحقوق المؤلف أو المخترع أو المبدع ، أو فيما يتعلق بحماية الأسماء أو العلامات أو الأصناف النباتية الجديدة ، والتوعية بضرورة حماية الملكية الفكرية لما في ذلك حماية لتقدير العلمي والتكنولوجي والاقتصادي ، فحماية الملكية الفكرية ضرورة على كافة الأصعدة الداخلية والدولية ، وبيان كيفية استغلال ذلك سواءً من قبل المؤلفين والمخترعين والمبدعين أو من قبل الجمهور أو من قبل الجهات الرسمية في الدولة أو الدول ، مع الإشارة إلى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة ، وإيضاح حكم التعامل مع كل ذلك على كل الأصعدة بيعاً أو شراءً أو هبة أو غير ذلك ، وبيان المقرر من العقوبات على من تعدد على هذه الحقوق وكما نوصي الجهات المعنية بوضع الجوائز والحوافز والكافآت للمبدعين

والمخترعين في كافة المجالات ، ولفت الأنظار إلى ذلك تشجيعاً للبحث العلمي وتحفيزاً للابتكار والاختراع والتأليف في كافة المجالات ، بما يحقق المصلحة العامة ويكفل حصول النماء الفكري والإنتاج الصناعي والزراعي في يمن الإيمان والحكمة .

## المراجـع

- ١- القرآن الكريم .
- ٢- صحيح البخاري. للأمام محمد ابن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الناشر دار أحياء التراث العربي.
- ٣- صحيح مسلم : للإمام أبي الحسن مسلم ابن الحجاج بن مسلم الناشر دار ابن رجب الطبعة الأولى - ١٤٢٢ هـ ٢٠٠٢ م .
- ٤- سنن أبي داود : للإمام الحافظ أبي داود سليمان ابن الأشعث السمسستاني الأزدي الناشر - دار ابن حزم.
- ٥- سنن ابن ماجة : للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الناشر - دار أحياء التراث العربي . ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥ م تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي .
- ٦- حاشية العلامة محمد بن عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للإمام أحمد الدردير.
- ٧- طبعة دار أحياء الكتب العربية بمصر .
- ٨- مسند الإمام أحمد بن حنبل : للإمام الحافظ أبو عبد الله أحمد بن حنبل ابن هلال أبن أدریس الشیبانی طبعة بيت الأفکار الدولية - ٢٠٠٤ م .
- ٩- شرح الأزهار في فقه الأئمة الأطهار المختار من الغيث المدرا للعلامة أبین الحسن عبد الله بن مفتاح - الناشر مكتبة غمضان - ش/ الزبييري .
- ١٠- ضوء النهار المشرق على صفحات الأزهار للعلامة حسن أحمد الجلال ، الناشر - مجلس القضاء الأعلى .

- ١١- كتاب النيل وشفاء العليل : للعلامة محمد بن يحيى بن يوسف اطفيش طبعة وزارة التراث القومي والثقافي بسلطنة عمان .
- ١٢- الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للأمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الناشر - المكتبة العلمية - بيروت .
- ١٣- القانون التجاري والأوراق التجارية للدكتور - كمال طه - والدكتور علي البارودي منشورات الحلبي - بيروت - ٢٠٠١ م.
- ١٤- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار للعلامة محمد أمين الشهير بـ ابن عابدين منشورات - محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت .
- ١٥- الأمانة في الإسلام وأثرها في المجتمع للدكتور / عبد اللطيف بن إبراهيم بن عبد اللطيف الحسين عضو هيئة التدريب بكلية الشرعية والدراسات الإسلامية - الاحساء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية .
- الناشر دار ابن الجوزي - الطبعة الأولى ١٤٢٦ هـ .
- ١٦- إعلام الموقعين عن رب العالمين : للإمام ابن القيم الطبعة الأولى - تحقيق محيي الدين عبد الحميد الناشر - دار الباز - مكة المكرمة .
- ١٧- فقه النوازل : لبكر بن عبد الله أبو زيد ، مكتبة الصحوة - الطائف - الطبعة الأولى - ١٤١٩ هـ .
- ١٨- الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل مع شرحه بلوغ الإمامي من إسرار الفتح الرباني .
- ١٩- لأحمد عبد الرحمن البناء الناشر - دار أحياء التراث العربي .

- ٢٠- المغني لأبن قدامه المقدسي تحقيق عبد الله التركي والدكتور عبد الفتاح الحلو الطبعة الثانية ١٤١٣هـ .
- ٢١- لسان العرب لأبى الفضل جمال الدين محمد مكرم بن منظور الناشر- دار الفكر - بيروت .
- ٢٢- المصباح المنير : للعلامة أحمد بن علي الفيومي - المقرى الطبعة الأولى ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م - الناشر- دار الحديث القاهرة .
- ٢٣- أساس البلاغة : للإمام الكبير جار الله بن القاسم بن عمر الزمخشري تحقيق الأستاذ عبد الرحيم محمود الناشر - دار المعرفة - بيروت - طبعة .
- ٢٤- القاموس المنجد إعداد شهاب الدين أبو عمر مراجعة وتصحيح يوسف البقاي الناشر- دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ .
- ٢٥- بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتب العزيز للعلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي الناشر المكتبة العلمية - بيروت .
- ٢٦- التعريفات : للعلامة علي محمد الشريف الجرجاني سنة ٢٠٢هـ الطعة الأولى .
- ٢٧- حقوق الإنسان في السنة النبوية من مؤلفاتنا - الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ .
- ٢٨- البحر الرائق شرح كنز الرقائق لزين العابدين بن نجيم - الطبعة الثانية .
- ٢٩- القاموس الفقهي لسعدى أبو جيب - الطبعة الأولى - دار الفكر .

- ٣٠ - عمدة المسير في بيان سلطة القاضي في تقدير الدليل وبيان أحكام الإثبات وضوابط وشروط الأحكام على التفصيل من مؤلفاتنا - الطبعة الأولى .
- ٣١ - أحكام المعاملات الشرعية : للدكتور / علي الخفيف الطبعة الثانية ١٣٦٣هـ .
- ٣٢ - المواقف في أصول الأحكام للإمام ابن اسحاق إبراهيم الاخمي الشاطبي الناشر - مطبعة المدنى .
- ٣٣ - أصول القانون : للدكتور عبد المنعم فرج الصدھ الطبعة الأولى .
- ٣٤ - الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور / عبد السلام العبادي طبعة وزارة الأوقاف الأردن الطبعة الأولى .
- ٣٥ - الوسيط : للأستاذ / الدكتور عبد الرزاق السنھوري - الطبعة الثانية - دار النھضة .
- ٣٦ - مصادر الحق للسنھوري الطبعة الأولى .
- ٣٧ - حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية للدكتور جابر إبراهيم الرواوى الطبعة الأولى دار آيل للطباعة والنشر .
- ٣٨ - مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتى مقارنة بالفقه الإسلامي وأحكام المجلة .
- ٣٩ - حق الملكية : للدكتور عبد المنعم الصرة - الطبعة الأولى .
- ٤٠ - محاضرات من حق الملكية في القانون المدني للدكتور محمد محمد الغشم - الطبعة الأولى ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م .
- ٤١ - حق الابتكار من الفقه الإسلامي للدكتور - فتحي الدریني ومجموعة من العلماء .

- ٤٢- المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور / مصطفى الزرقا - مطبعة الجامعة - جامعة دمشق .
- ٤٣- المدخل الفقهي العام - للزرقا الطبعة الأولى .
- ٤٤- قواعد الأحكام للإمام للعز ابن عبد السلام - الطبعة الأولى .
- ٤٥- موسوعة الملكية الفكرية لوائل أنور بندق عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي - الناشر - دار الفكر الجامعي .
- ٤٦- المرجع العلمي في الملكية الفكرية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء للأستاذ الدكتور / محمد حسام محمد لطفي - أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة القاهرة - طبعة ١٩٩٩ م .
- ٤٧- منهاج السنة النبوية : لشيخ الإسلام بن تيمية - الطبعة الأولى .
- ٤٨- إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهد لمحمد بن إسماعيل الأمير - الصناعي تحقيق صلاح الدين مقبول - الناشر - الدار السلفية في الكويت .
- ٤٩- مقدمة ابن خلدون : لعبد الرحمن بن محمد بن خلدون الناشر - دار أحياء التراث .
- ٥٠- تاريخ الطباعة في الشرق العربي للأستاذ الدكتور / خليل صابات الطبعة الأولى .
- ٥١- المعجم الوسيط : مجمع اللغة العربية في القاهرة الطبعة الثانية - دار أحياء التراث العربي - بيروت .
- ٥٢- مخطوط يدوبي فيه فوائد متفرقة للوالد العلامة / محمد أحمد المهدى .

- ٥٣- الفروق في اللغة : لأبي هلال العسكري منشورات - دار الأفاق الجديدة - الطبعة الخامسة - ١٤٠٣ هـ .
- ٥٤- الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية للدكتور / صالح الدين الناهي الطبعة الأولى - دار الفرقان - الأردن ١٤٠٣ - ١٩٨٣ .
- ٥٥- مجلة مجمع الفقه الإسلامي : الدورة الخامسة - العدد الخامس - الجزء الثالث - ١٤٠٩ - ١٩٨٨ م .
- ٥٦- صناعة الكتاب ونشره - الكتاب الثاني - للدكتور / محمد سيد محمد الناشر - دار المعارف - الطبعة الأولى ١٩٨٢ م .
- ٥٧- موسوعة القيم وكارم الأخلاق إعداد ومجموعة من الباحثين الناشر دار راوح ١٤٢١ هـ .
- ٥٨- بحث في سرقة الكتب وانتهاها في العصور الإسلامية للدكتور / محمد ماهر - نشر في مجلة عالم الكتب التي تصدرها دار ثقيف للنشر والتأليف بالطائف عدد خاص عن حق المؤلف - المجلة الثاني - العدد الرابع ربيع الثاني ١٤٠٢ - يناير فبراير ١٩٨٢ م .
- ٥٩- السرقة العلمية دراسة وتقويم وعلاج لحسان عبد المنان - الناشر - المكتبة الإسلامية - دار ابن حزم الطبعة الأولى ١٤٢٦ هـ الأردن .
- ٦٠- اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية شهر أيلول سنة ١٩٨١ م والمكملة بباريس في مايو آيار ١٨٩٦ م والعدلة ببرلين في ١٣ نوفمبر تشرين الثاني ١٩٠٨ م والمكملة ببرن في ٢٠ مارس آذار ١٩١٤ م والعدلة بروما في ٢ يونيو حزيران ١٩٢٨ وبروكسل .
- ٦١- قانون الحق الفكري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٤ م .
- ٦٢- نظام العلامات التجارية السعودي الصادر عام ١٤٠٩ هـ .
- ٦٣- نظام حماية حقوق المؤلف السعودي .

- ٦٤ - نظام براءة الاختراع السعودي .
- ٦٥ - نظام الأسماء التجارية السعودي .
- ٦٦ - قانون حماية علامات الصنع والتجارة والخدمات التونسي الصادر سنة ٢٠٠١ م .
- ٦٧ - قانون براءة الاختراع التونسي الصادر سنة ٢٠٠٠ م .
- ٦٨ - قانون حماية حقوق المؤلف البحريني رقم (١٠) لسنة ١٩٩٣ م
- ٦٩ - قانون حماية حق المؤلف العراقي الصادر سنة ١٩٧١ م .
- ٧٠ - قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة العماني – الصادر عام ٢٠٠٠ م .
- ٧١ - قانون العلامات والأسرار التجارية العماني رقم ٣٨ لسنة ٢٠٠٠ م .
- ٧٢ - قانون حماية الملكية الأدبية والفنية اللبناني لعام ١٩٩٩ م .
- ٧٣ - قانون حقوق الطبع والتأليف الفلسطيني رقم ١٦ لسنة ١٩٢٤ م .
- ٧٤ - قانون حق المؤلف الجزائري الصادر في ٢٧/شوال/١٤١٧هـ – مارس ١٩٩٧ م .
- ٧٥ - قانون حق المؤلف الجزائري الصادر في ٢٧/شوال/١٤١٧هـ – مارس ١٩٩٧ م .
- ٧٦ - قانون حماية المصنفات الفكرية وحقوق المؤلف القطري رقم (٥) لسنة ١٩٩٥ م .
- ٧٧ - قانون حقوق الملكية الفكرية الكويتي ١٩٩٩ م .
- ٧٨ - قانون حق المؤلف الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢ م وتعديلاته حتى عام ٢٠٠٣ م .
- ٧٩ - قانون الرسوم والنماذج الصناعية الأردني الصادر عام ٢٠٠٠ م .

- ٨٠ - قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢ م.
- ٨١ - قانون حماية الملكية الفكرية من سوريا رقم (١٢) لسنة ٢٠٠١ م.
- ٨٢ - قانون حماية الملكية المصنفات الفكرة وحقوق المؤلف الإماراتي رقم (٤٠) لسنة ١٩٩٢ م.

# الادلة الكتابية والقرآن قانوناً وفقها

القاضي/ عمر حسين البار  
عضو المحكمة العليا

## **أولاً: الأدلة الكتابية في الإثبات قانوناً وفقهاً**

قسم قانون الإثبات اليمني رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ م في المادة (٩٧) منه الأدلة الكتابية إلى محررات رسمية ومحرات عرفية وعرف المحررات الرسمية في المادة (٩٨) منه بأنها المحررات التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه في حدود اختصاصه أو ما تلقاه من ذوي الشان وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حد سلطته واحتياجه وهو مطابق لتعريف قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ م ، في المادة (١٠) منه مع إضافة العبارات التالية " فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة رسمية فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوق الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو باختامهم أو ببصمات أصحابهم " واعتبر المشرع المصري الورقة والمحرر كلمتين متراوحتين للتعبير بأي منهما عن أداة الإثبات الكتابية إلا أنه يستعمل أحياناً كلمة (السند) التي نلتقت عنها لإنصرافها إلى سبب الحق أو مصدره كما في قوله " الحيازة في المنقول سند للحائز" ويشترط القانون المصري ثلاثة شروط لاكتساب الورقة أو المحضر الصفة الرسمية وهي :

١ - صدور المحضر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة وهو من تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها بأجر أو بدون أجر ويدخل في هذا التعريف القاضي بالنسبة للأحكام التي يكتبها .. وكاتب محضر جلسات القضاء والمحضر أو المعلن والمأذون بالنسبة لعقود الزواج وشهادات الطلاق والخبير المنتدب من المحكمة .. الخ.

٢- أن يكون الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة مختصاً بكتابة المحرر طبيعة ومكاناً.

٣- التزام الأوضاع والأصول والقواعد الرسمية التي استوجبها القانون. فإذا لم تتوافر الشروط السابقة أدى ذلك إلى فقدان المحرر صفتة الرسمية دون أن يفقد قوته في الإثبات كمحرر عريفي .  
مادام موقعاً من ذوي الشأن وهم أولئك الملزمون بما في المحرر وتعتبر المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره أو صادق على توقيعاتهم عليها في حضورهم بعد التحقق من أشخاصهم ، كما أن صورة المحرر الرسمي الخطية أو الفوتوغرافية حجة متى كان أصله موجوداً بقدر مطابقتها له .. مادام لم ينزع في ذلك أحد وإن روجعت الصورة على الأصل ، ولكي تكتسب الصورة الصفة الرسمية يجب توقيع الموظف المختص عليها بالمراجعة وختمها بالختم الرسمي للجهة التي أصدرتها مع التأشير بمطابقتها لأصلها . وإذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي كانت للصورة الرسمية المعتمدة المؤشر فيها بالمطابقة لأصلها المنقوله منه حجية الأصل إذا كان مظهراً خارجي لا يثير شكاً في مطابقتها لأصلها .

ولصورة الصورة الأصلية حجيتها ولكل ذي مصلحة طلب مراجعتها على الصورة الأصلية المأخوذة منها .. وقد عرف قانون الإثبات اليمني في المادة (١٠٣) منه المحررات العرفية بأنها تلك المكتوبة بخط الخصم الموقع عليها منه والمحررات المكتوبة بخط الغير الموقع عليها من الخصم ....

والمحررات المكتوبة بخط الفير غير الموقعة من الخصم ... ويكون التوقيع على المحرر إما بالخط أو بالختم أو ببصمة الإصبع .. ويعتبر المحرر العريفي حجة على الخصم الموقّع عليه وعلى وارثة أو خلفه ما لم ينكر صراحة خطأ أو إمضاءه أو ختمه ...

فإذا لم يقم الدليل على الخط حلف المدعى عليه على البت والقطع أما الوارث أو خلفه فإنه يحلف على عدم العلم .. الخ.

وتتصـرف لفـظـةـ المـحرـرـ عـنـدـ الـفـقـهـاءـ إـلـىـ الصـكـ وـالـحـجـةـ وـالـمـحـضـرـ وـالـسـجـلـ

– والوثيقة ويرى الدكتور/ محمد الزحيلي في كتابة وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية – الجزء الثاني "أن الصك لغة هو الكتاب الذي تكتب فيه المعاملات والأقارير ويحصره البعض على الإقرار الكتابي – بوقوع العقد أو التصرف الانفرادي باعتبار أن المدين في المعاملات هو الذي يكتب الكتاب .

أو يأمر بذلك وفي الآية الكريمة "وليمل الـذـيـ عـلـيـهـ الـحـقـ" وإملال المدين بالحق أو بالتصرف العقدي أو الانفرادي – إقرار منه .. إلا أن غير المدين قد يكتب الصك وبالتالي فإن تعريف الصك بأنه الكتاب الذي تكتب فيه المعاملات والأقارير أشمل وأدق .. إما الحجة فهي الكتابة التي تثبت الواقعـةـ وـتـحـمـلـ فـيـ أـعـلـاهـاـ – عـلـامـةـ القـاضـيـ وـخـطـ الشـاهـدـيـنـ بـإـسـفـهـاـ وهي تعطى للـخـصـمـ .. وـالـحـجـةـ فـيـ الـلـغـةـ الـبـرـهـانـ أوـ الـبـيـنـةـ أوـ الدـلـيـلـ عـلـىـ صـحةـ الدـعـوىـ ،ـ أـمـاـ الـمـحـضـ فـهـوـ الـورـقـةـ المـدوـنـ فـيـهـ كـلـامـ الـخـصـومـ وـحـجـجـهـمـ وـوـقـائـعـ الدـعـوىـ .. وـالـسـجـلـ مـحـرـرـ يـتـضـمـنـ حـكـمـ القـاضـيـ وـبـيـنـ الشـافـعـيـةـ وـالـحنـفـيـةـ وـالـزـيـدـيـةـ مـنـ جـهـةـ أـخـرـىـ اـخـتـلـافـ فـيـ التـفـرـيقـ

بين المحضر والسجل إذ يفرق الشافعية بينهما ويرى الزيدية أنهما اسم لسمى واحد .. والوثيقة تشمل الحجة والمحضر والسجل .. وفي المصباح "المثير" السجل كتاب القاضي وجمعه سجلات وأسجلت للرجل اسجالاً أي كتب له كتاباً .. وسجل القاضي قضى وحكم وأثبت حكمه في السجل .. والسجل (النصيب) ..

ويعرف بعض الفقهاء الكتابة كدليل للإثبات بأنها الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها للرجوع إليه عند الإثبات ، كما يعرفها البعض الآخر بأنها الخط الذي يوثق الحقوق بالطريقة المعتادة يرجع إليها عند الحاجة .

والكتابة تكون للتوثيق .. على أن التوثيق يكون بالشهادة أو الرهن أيضاً .. والفارق بين المحرر الرسمي والمحرر العرفي هو أن المحرر الرسمي حجة على الناس كافة باعتبار صفتة الرسمية دون حاجة إلى الإقرار به وعلى النقيض فإن المحرر العرفي لا يكون حجة بما تضمنه قبل الإقرار به .. ويعتبر المحرر الرسمي حجة على المتعاقدين وعلى الغير وهو كذلك ما لم يطعن فيه بالتزوير أو يقام الدليل على خلاف ما هو مدون فيه .

والطعن بالتزوير طريق خاص لإثبات عكس ما في المحرر الرسمي بالنظر لصحة الإقرارات الصادرة في حضور الموظف العام .

وصحة ما يتولى إثباته من بيانات في حدود مهمته ويفرق الفقهاء بين أنواع من الكتابة وهي الكتابة المستبينة المرسومة وهي الظاهرة المعونة – والمستبينة هي الظاهرة أما المعونة فهي المكتوب عليها اسم كاتبها باسم المكتوبة إليه وهي أعلى درجات الأدلة الكتابية وهي مقبولة عند

الفقهاء على اختلاف مذاهبهم وبها تثبت الحقوق والتصرفات كالبيع أو الإيجار أو الزواج أو الطلاق أو الوصية ... الخ إما الكتابة المستينة غير المرسومة وهي غير المعونة من فلان إلى فلان أو غير ظاهر فيها الدائن والمدين فقد اختلف الفقهاء في اعتبارها دليلاً في الإثبات .. ويختلف النظر إلى حجيتها في الإثبات باختلاف العرف ومنها إيصالات أداء الديون وما يكتب في الدفاتر من كشوفات أو بيانات .. الخ والشيكات أما الكتابة غير الظاهرة فلا حجية لها باتفاق الفقهاء .

وقد استخدمت الكتابة في المعاملات والتوثيق والقضاء .. وحفظ الحقوق والعلوم منذ القدم ومشروعية استخدام الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات ثابتة بالكتاب والسنة والمعقول .. وفي كتاب الله " يا أيها الذين آمنوا إذا تدأيتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " وقال تعالى " ولি�كتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً " القرآن الكريم يعتبر الكتابة وثيقة في المعاملات يعتمد عليها عند الإنكار ويحتاج بها أمام القضاء وتعتمد في الحكم فهي حجة ودليل .. والأشهاد على الكتابة لا يقلل من حجيتها بل هو تأكيد وتوثيق لحجيتها في الإثبات .. وعند الإمام مالك لا يكتب الوثائق من الناس الأعراف .. بها عدل في نفسه مأمون لقوله تعالى " ولি�كتب بينكم كاتب بالعدل .. " فقد أمر القرآن الكريم بكتابة الدين لدى كاتب معتمد أمين . ويتم توثيق تلك .

الكتابة بالشهاد عليها .. وهذا هو السنن العادي الشائع الاستعمال .. وهو يقابل في القانون " المحرر الرسمي " الذي يعتبر سنداً بين الدائن والمدين " وحجة للحكم به قضاءً ملزماً لصاحبه وللقاضي للحكم به إلا إذا قام الدليل على تزويره .

إما دليل مشروعية الكتابة في الإثبات من السنة فهو استعمال الرسول (ص) لها لتبلغ الرسائل وكتابة الأحكام الشرعية في الزكاة والديات والمعاهدات ومخاطبة الأمراء وقادرة الحروب وفي المعاملات كالبيع والوصية .. وقد حث النبي(ص) على كتابة الوصية - مما يستلزم الاعتماد على الكتابة في الإثبات وفي الحديث .. " ما من أمرئ مسلم ببيت ليتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه " وقد كتب الرسول (ص) لتميم الداري كتاباً أقطعه فيه أرضاً في الشام وفلسطين .. ولفظه هذا كتاب من محمد رسول الله إلى تميم بن اوس الداري أن له قرية جيرون وبيت عينون ولعقبة من بعده لا يحاقه فيما أحد .. ولا يلجهما عليه أحد بظلم فمن ظلم واحداً منهم شيئاً فإن عليه لعنة الله " كما كتب رسول الله (ص) وثائق بيع وشراء حجة على البائعين والشارين .

إما مشروعية الكتابة كدليل في الإثبات من المعمول فأنها كاللفظ والخطاب في تعبيتها عن الإرادة وإظهار النية .. ويعتبر العرب الخط أحد اللسانين والكتابة الظاهرة المعونة حجة على صاحبها بما ثبت فيها .. ويرى الدكتور محمد الزحيلي في المرجع السابق .. " أن الشهادة أخبار بحق على الغير لا تقييد الشاهد في شيء لبعده عن موضوع النزاع وهي

مقبولة في الإثبات .. فلا أقل من أن تقبل الكتابة التي يدونها شخص ثالث لا علاقة له بموضوع النزاع وإنما يعمل في وظيفة عامة ويتلقي الواقع والإقرار بالحقوق ويدونها".

وكما تعتبر الكتابة دليلاً كاملاً في الإثبات فإنها قد تعتبر قرينة في إثبات مضمونها واعتبر القانون المصري الرسائل الموقعة عليها في قوة إثبات المحرر العريفي كما أعطى البرقيات هذه القوة متى كان أصلها في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسليها وإفترض مطابقتها لأصلها حتى يقوم الدليل على العكس إما إذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بها إلا مجرد الاستئناس .. وواجب أن يتوافر في الرسالة الشرطان اللذان أوجب توافرهما في أي محرر عريفي وهما الخط والتوقيع ... وإذا امتنع أحد الخصمين أو المتعاقدين عن تقديم الرسالة الموجهة إليه فإن القاضي يلزمه بذلك..

أما البرقيات فأنها تمتاز عن الرسالة بالإيجاز وسرعة الإبلاغ إلا أن المرسل إليه لا يتسلم أصلها بل يتم إبلاغه بصورة منها يحررها الموظف المختص ولن يستلص لصور هذه الأوراق العرفية حجية في الإثبات إلا أن القانون افترض مطابقتها لأصلها لعدم وجود مصلحة للموظف المختص في تغيير أو تحريف أصلها إلا في القليل النادر الذي يجوز معه أن يقام الدليل على اختلاف الصورة عن أصلها وفي هذا يكفي تقديم الأصل المحفوظ لدى المكتب الذي أرسلت منه البرقية ولن يستلص حجية البرقية مساوية لحجية المحرر العريفي إلا بشرط توقيع مرسليها على أصلها وإذا كانت الرسالة غير موقعة من مرسليها فقدت قوتها في الإثبات إلا أنها تعتبر مبدأ

ثبوت بالكتابية إذا كانت بخط المدين المحتاج عليه بها .. وقد اعتبر قانون الإثبات اليمني في المادة (١٢١) منه دفاتر التجار حجة على التجار وهي ليست حجة على غيرهم .. وإن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار أساس لتوجيه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين .

على أنها متى كانت منتظمة لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه تجزئه ما ورد فيها باستبعاد ما كان منها مناقضاً لدعواه والدفاتر التي يمسكها التجار هي دفتر اليومية ودفتر الجرد ودفتر صور المخاطبات أو صور الرسائل وليس للتاجر الاستناد إليها كدليل في الإثبات نزولاً عند قاعدة عدم جواز اصطناع الإنسان دليلاً لنفسه .

والاحتجاج بدفاتر التجار على غيرهم مشروط بقتصره على محل الالتزام أي ما يورده التاجر وحجيتها موكولة لتقدير القاضي قوله أن يوجه اليمين المتممة على أساسها إلا أن دفاتر التجار حجة عليه وحده إذ هي بمنزله إقراره الملزم له والمقتصرة حجيته عليه .. وهنا يجب تطبيق قاعدة عدم جواز تجزئه الإقرار متى كانت الدفاتر منتظمة .. والدفاتر غير المنتظمة تعتبر قرائن مفيدة في الإثبات متى كانت غير مناقضة للأوراق المقدمة في الدعوى وقد أورد قانون الإثبات المصري في المادة (١٨) منه نصاً متعلقاً بحجية الدفاتر والأوراق المنزليه في الإثبات على من صدرت منه متى ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أنه قصد بما دونه في تلك الأوراق قيامها مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته كما نصت المادة (١٩) من القانون المذكور آنفاً على أن التأشير على سند بما يفيد براءة ذمة المدين حجة على الدائن حتى يثبت العكس ولو لم يكن موقعاً من الدائن

مادام أن السند لم يخرج من حيازته .. وكذلك إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يفيد براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة وكانت النسخة الأصلية للسند أو المخالصة في يد المدين .. ويعتبر التأشير على سند الدين .

بما يفيد براءة ذمة المدين قرينة على هذه البراءة شريطة أن يظل السند في حيازة الدائن على خلاف بين من يشترطون أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن وبين من يفترضون أنه ولو لم يكن مكتوباً بخطه فإنه هو الذي أمر بكتابته .

والأدلة الكتابية في الفقه الإسلامي هي المراسيم السلطانية أو القرارات وكتاب القاضي وديوان القضاء .. وتعتبر المراسيم السلطانية بمنزلة القوانين الصادرة عن السلطات التشريعية والتنفيذية وهي حجة على جميع المواطنين أما كتاب القاضي فهو المحرر الذي يدون فيه القاضي ما يسمعه من الشهادات أو ما يحكم به على شخص ليرسله إلى قاض آخر للعمل بموجبه ومن صوره كتاب يتضمن الشهادات مع تعديل الشهود وكتاب يتضمن الشهادات دون تعديل وصورة الحكم الذي حكم به على الغائب لا يجيزون الحكم على الغائب .. وفي الفقه الإسلامي يجوز أن يكتب القاضي إلى القاضي بما سمعه أو حكم به للعمل به وليس على القاضي المكتوب إليه إلا أن يتحقق من صحة الكتاب بالخط أو بالتوقيع أو بالبينة على أن أصحاب الرأي المخالف يمنعون العمل بكتاب القاضي إلى القاضي لاحتمال التزوير والتشبيه ويجيزون الشهادة المكتوب بها في حقوق الناس دون الحدود ..

وقد احتج جمهور الفقهاء على جواز كتاب القاضي من السنة والإجماع والمعقول .. ودليلهم من السنة هو كتاب رسول الله (ص) بتوريث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها وكان عاملًا لرسول الله (ص) على الأعراب البدية وكان ذلك بناءً على شكوى امرأة اشيم إلى النبي صلى الله عليه وسلم في قتل زوجها ومنعها من ديتها فكتب رسول الله (ص) إلى الضحاك بن سفيان بالحكم .. وكتاب رسول الله (ص) في مقتل عبد الله بن سهل واتهام اليهود به .. وكتابه (ص) في حديث القسامية إلى أهل خيبر أما أن تدوا صاحبكم وإنما أن تؤذنوا بالحرب فكتبوا أنا والله ما قتلناه .. وقد ثبت العمل بكتاب القاضي بالإجماع بعدم مخالفته أحد من الصحابة.

والدليل على العمل بكتاب القاضي في الإثبات من المعقول الخوف من تعريض الحقوق للضياع والسقوط وقيام الحاجة إلى اعتماد كتاب القاضي وإرساله إلى قاضي بلد المدعى عليه والحكم بموجب الشهادة بعد تعديلها .. وإرسال الحكم للعمل بموجبه .. وفي كتب الفقه الإسلامي شروط لاعتماد كتاب القاضي في الإثبات منها تدوين اسم القاضي والمدعى والمدعى عليه والشهود وتحديد المدعى به بما ينفي الجهة وقد اختلفوا في ذكر اسم المكتوب إليه وفي استمرار أهلية الكاتب والجمهور على عدم بطلان الكتاب بموت القاضي أو عزله أو فقدانه أهليته في القضاء .. إذا كان الكتاب مشهوداً عليه أما إذا لم يكن كذلك فيكفي عند بعضهم الخط والكتابة وعند البعض الآخر عدم العمل به إلا في حياة القاضي وبقاء ولايته كاملة ومن شروط

الكتاب وضوح الخط بما يفيد المعنى وختم الكتاب بختم القاضي وتوقيعه وشهادة عدلين على أن الكتاب كتاب القاضي والأشهاد أهم الشروط وهو عند بعض الفقهاء واجب .. وفي كتب الفقه تفصيل عن الشهادة على كتاب القاضي وأحكامها ووجوب إطلاع الشهود على مضمون الكتاب من عدمه ويعتبر كتاب القاضي في الفقه الإسلامي بمنزلة المحرر الرسمي في القانون الوضعي شريطة الختم والتوفيق والشهادة .. والخلاف بين الفقهاء لا في جواز الإثبات بكتاب القاضي وإنما الخلاف بينهم في قصره على الحقوق دون الحدود والقصاص أو أجازته في الحدود والقصاص والأبدان والأموال وجميع التصرفات والجنایات والحقوق .. وهناك رأي لا يقبله في حق الله.

كالحدود والعبادات ويقبله في حقوق العباد كالأموال والنكاح والطلاق والقصاص والنسب والخلع ومعيارهم جواز كتاب القاضي كطريق صحيح للإثبات في كل ما تقبل فيه الشهادة على الشهادة .. أما ديوان القاضي فإنه يشمل الصكوك والسجلات والوثائق التي يدونها القاضي في مجلس قضائه .. أو يحتفظ بها لدى امنائه وقد اختلف الفقهاء في اعتماد محررات ديوان القضاء بين الجواز وعدمه .. وإن الحقها البعض بالمراسيم السلطانية التي تعتبر بمثابة القوانين والقرارات التشريعية والتنفيذية كما اختلف الفقهاء في المحررات التي تتضمن شهادة الكاتب نفسه على غيره والكتابة التي دون فيها شهادة للميت أو الغائب والكتابة التي دون فيها إقراره على نفسه أي شهادته على نفسه .. وفي خط الكاتب بين الجواز مطلقاً وعدمه حتى يتذكر وأجاز بعضهم

الشهادة على خط الغائب أو الميت أو من تعذر حضوره أمام القضاء والشهادة على الشهادة المكتوبة .. لأن دلالة الكتابة على المشهود به كدلالة الألفاظ في حصول العلم لدى الشاهد وتعتبر دفاتر الباعة والصرافين والسماسرة حجة عليهم لا حجة لهم .. ويعتبر خط المورث بمثابة الإقرار حجة عليه .. لا له .. والرسائل عند الفقهاء المسلمين دليل كتابي في الإثبات بين المرسل والمرسل إليه شأنها شأن المحررات العرفية وسوف نبحث في مناسبة أخرى طريقةً أخرى من طرق الإثبات المنصوص عليها في قانون الإثبات اليمني النافذ.

## ثانياً: القرائن

القرين لغة : المصاحب وقد ورد في الحديث أن أبا بكر وعمر يقال لهما القرینان ، والقرین يكون في الخير والشر والقرينة الناقة التي تشد إلى أخرى وقرینك صاحبك الذي يقارنك .. وقرينة الرجل امرأته لمقارنته إياها .

ويعرف البعض القرينة بأنها استباط واقعة غير ثابتة من واقعة ثابتة أي الاستناد إلى أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول لارتباطهما وجوداً وعدماً .. وهي طريق غير مباشر للإثبات لوقوع الإثباتات على واقعة يؤدي ثبوتها إلى ثبوت الواقعه المراد إثباتها .. أي مصدر الحق المدعى به وتقسم القرائن إلى قرائن قضائية يستبطها القاضي الناظر في الدعوى من وقائع النزاع المنظور وقرائن قانونية تستمد من واقع الحياة لتصبح قاعدة عامة .

وقد نص قانون الإثبات اليمني النافذ على الأحكام المتعلقة بالقرائن في المواد (١٥٤ - ١٥٩) وقسم القرائن إلى قاطعة وغير قاطعة .. وعرف القرينة القاطعة بأنها ما حصل العلم بها من واقع الحال ودلائله المصاحبة لواقعة المراد إثباتها بحيث كانت دلالتها بما لا يقبل الاحتمال على ثبوتها وفي المادة (١٥٥) قسم قانون الإثبات القرينة القاطعة إلى :

(١) قرينة قاطعة قانونية وهي القرينة التي لا تقبل إثبات العكس .. كقرينة الولد للفراش وحجية الحكم والنكول عن اليمين .

(٢) ) قرينة قاطعة قضائية تستبطها المحكمة الناظرة في الدعوى من الأمور الواقعية التي تدل على الواقعه المراد إثباتها وهي تختلف باختلاف الأحوال والقرينة القاطعة القانونية لا يجوز نقضها

ويجب الأخذ والحكم بها أما القرينة القاطعة القضائية فإن الأخذ بها جوازي لا وجوبى فيما يجوز إثباته بها كالأموال والحقوق وهى قابلة لإثبات العكس بالبينة كما نصت المادة (١٥٨) من قانون الإثبات على أن هناك قرائن بسيطة غير قاطعة لا تقطع بثبوت الواقعه المراد إثباتها وإنما تحتمل ذلك وغيره وهي ليست دليلاً قاطعاً إلا أن أجاز القانون للمحكمة الاستئناس بها استكمالاً للدليل كما اعتبرت المادة (١٥٩) من قانون الإثبات اليمني النافذ الحكم الباب الحائز لقوة الأمر المقصري به حجة على أطرافه وفي موضوعه وسببه وهو قرينة قاطعة قانونية لا تقبل إثبات العكس .

والقرائن القضائية في القانون المصري لا يجوز الإثبات بها إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهود وهي ما يستبطه القاضي من ظروف الدعوى المنظورة أمامه وملابساتها إذ يختار واقعة ثابتة من وقائع الدعوى للاستدلال بها على الواقعه المراد إثباتها كاستباط صورية التصرف من واقعة القرابة في حالة البيع للأبن أو الزوجة إذ تعتبر الأبوة أو الرابطة الزوجية قرينة على الصورية ، واستباط القرينة القضائية والأخذ بها من اطلاقات قاضي الموضوع لأن تقدير القرائن من مسائل الواقع التي يعود لقاضي الموضوع ما دامت القرينة .

التي اعتبرها دليلاً على ثبوت الواقعه تؤدى عقلاً ومنطقاً إلى ذلك على أن يؤدي استباطها إلى النتيجة التي انتهى إليها وتمتد سلطة قاضي الموضوع في استباط القرينة إلى خارج وقائع الدعوى شريطة أن تلحق أولياتها بالنزاع المنظور .. ويمكن لقاضي الموضوع الاكتفاء بقرينة واحدة كما يمكنه إسنادها بقرائن أخرى حيث تعتبر كلها دليلاً كاملاً دون تجزئة أو مناقشة لكل قرينة على حدة .. والشرط الوحيد المطلوب توافره

هو أن يكون استتباط القرينة سائغاً ومؤدياً إلى النتيجة التي أقام الحكم قضاها عليها<sup>(١)</sup>

وبناءً عليه فإن الحكم إذا أقيم على عدد من القرائن يسند بعضها بعضاً فإن ثبوت فساد قرينة منها يؤدي إلى انهيار الدليل كله وفي القانون المدني يجوز الإثبات بالقرائن القضائية فيما يجوز فيه الإثبات بالبينة .

ويعرف القانون المصري القرينة القانونية بأنها تلك التي يستبطها المشرع وهي استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم لارتباطهما في الغالب وجوداً وعدمـاً .. وهي عبارة عن افتراض يجعل الشيء المحتمل أمراً مؤكداً بناءً على المألف في الحياة ويلتزم القضاء بالأخذ بالقرينة القانونية التي تتم صياغتها مجرد وعامة وإيصال شروط الاحتجاج بها وهي تغنى عن قرارها المشرع لصلحته من أي طريق من طرق الإثبات أي أنها تلقي عنه عباء الإثبات والقرائن القانونية نوعان – قرائن قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس وقرائن قانونية بسيطة تقبل إثبات ما يخالفها لقيامها على الراجح لأعلى اليقين .. كاحتفاظ المورث لأحد ورثته بحيازة العين المتصرف بها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته مما يجعل التصرف وصية وتسرى عليه أحکام الوصية ويفسی الطاعن في التصرف من إثبات أنطوابه على وصية لقيام القرينة القانونية البسيطة لصالحة وينتقل عباء الإثبات إلى المتصرف إليه .. كما يعتبر قيام الزوجية قرينة قانونية على ثبوت نسب المولود لأبيه دون حاجة إلى إثبات ذلك بل يكفي إثباته الزوجية ولادة أشقاء قيامها وللأب إثبات خلاف هذه القرينة القانونية البسيطة وبالتالي أن المولود ليس أبنه إذا أثبت أنه كان خارج البلاد أشقاء

---

<sup>١</sup> - انظر قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه – الدكتور محمد حسين منصور

فترة الحمل ومن أمثلة القرينة البسيطة سداد إيجار شهر يعتبر قرينة قانونية على سداد إيجار الشهر السابق عليه .

إما القرائن القانونية القاطعة فهي التي لا يجوز إثبات مقتضاها كاعتبار الضرر الناتج بسبب الآلات الميكانيكية – قرينة قانونية قاطعة على تقصير حارس الآلة أو إهمال المسؤول عنها إلا أنه يجوز إسقاط هذه القرينة بإقرار من تقررت مصلحته أو بنكوله عن اليمين الموجه إليه .

وفي الفقه الإسلامي تعتبر البينة كل وسيلة تظهر الحق أو تبينه وأهمها الشهادة والإقرار واليمين والكتابة فإذا لم تتوافر أمكن اللجوء إلى طرق غير مباشرة<sup>(١)</sup> .

يستبطها القاضي أو ينص عليها المشرع فتصبح دليلاً على الحق أو مرشد إليه وهذه هي القرائن القوية التي تحل محل الدليل في الدعوى ، وتعتمد الأحكام الاجتهادية الفقهية القائمة على الأعراف والعادات على ترجيح احتمال على آخر لقيام ما يؤيده كوجوب مهر المثل عند أغفاله في العقد ويرى الدكتور / محمد الزحيلي أن وسائل الإثبات نفسها تعتمد على القرائن .. فالشهادة خبر يتحمل الصدق والكذب وإنما يرجع احتمال الصدق فيها لقرينة ظاهرة هي أن الشاهد لا يجر لنفسه نفعاً .. كما أن الإقرار خبر يتم ترجيح احتمال صدقه من كذبه لأنه أخبار الشخص من نفسه على نفسه لآخر مع حب الإنسان للمال وطمعه في الكسب .. والضرر والأعسار تحيز أن الشهادة بقرينتي الصحبة والصبر على الضرر .. والفقهاء المسلمون متتفقون على الأخذ بالقرائن إجمالاً وأن

---

١ - انظر وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية-د. محمد الزحيلي.

كان هناك اختلاف في التفاصيل على أن بعضهم اعتبرها وسيلة في الإثبات واعتمدتها البعض الآخر في الترجيح والاحتجاج فنجد الأحكام كثيرة استناداً إلى اليد الثابتة أو ظاهر الحال أو العادات والأعراف كما يجعل منها القضاة أسباباً لأحكامهم وربما كان الاحتياط أو سد الذرائع هو السبب في عدم التوسع في التصريح بالأخذ بالقرائن خشية الانحراف إلى اتخاذها وسيلة عسف وظلم .

وقد أختلف الفقهاء المسلمين في جواز الإثبات والقضاء بالقرائن على رأيين الأول : جواز القضاء والإثبات بالقرائن وهو قول ابن تيمية وأبن القيم من الحنابلة . والثاني : عدم جواز الإثبات والحكم بالقرائن .. وللدليل مشروعية الإثبات والقضاء بالقرائن من الكتاب الكريم والسنة المطهرة .. ويستدل القائلون بجواز الإثبات والقضاء بالقرائن من كتاب الله بقوله تعالى في قصة يوسف " وجاءوا على قميصه بدم كذب " لأن أخيه يوسف اتخذوا من الدم على قميص يوسف برهاناً على أنهم صادقون في أدعائهم أكل الذئب ليوسف إلا أن هذه القرينة تسقط بقرينة أقوى لأن القميص كان غير ممزق فاعتبر يعقوب عليه السلام - سلامه القميص دليلاً على كذبهم .. فاسقطت القرينة الدم وأخذ بقرينة سلامه القميص قائلاً " متى كان الذئب حليماً يأكل يوسف ولا يمزق قميصه " وقد أفصح عن عقيدته في كذب أدعائهم بقوله تعالى على لسان النبي يعقوب عليه السلام " بل سولت لكم أنفسكم أمراً فصبر جميل والله المستعان على ما تصفون " انظر تفسير القرطبي " كما جعل الله موضع شق ثوب يوسف قرينة على صدق يوسف أو زوجة فرعون أما دليل القائلين بجواز الأخذ بالقرائن من السنة فهو الحديث المشهور " الولد للفراش وللعاهر الحجر " ويعتبر فراش الزوجية قرينة على ثبوت

نسب الولد للزوج ، وهي ليست قرينة قاطعة وإنما هي ظنية وإنما أفترض المشرع الحكيم صحتها حفاظاً على الأنساب التي أقام الحد على من يطعن فيها وثبوت النسب إلى الزوج مرتبطة بشبوت الزواج الصحيح.

ويستدل القائلون بعدم جواز الإثبات بالقرائن من السنة المطهرة بعدد من الأحاديث أهمها الحديث عن أبين عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيئتها ومن يدخل عليها " ويستدلون بالحديث السابق على عدم جواز العمل بالقرائن إذ لو كان العمل جائزاً لعمل بها رسول الله (ص) وقد قامت القرائن على الزنا إلا أنه لم ي عمل بها رغم قوتها لانطواء القرائن على الشبهة ، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات ..

كما يستدل القائلون بعدم جواز الإثبات بالقرائن على ذلك من المعقول لعدم انضباط القرائن ودخول الضعف عليها على أن العبرة بقوة القرينة عند الإثبات والحكم بها ، ولأن القرائن تقوم على الظن وترجح الاحتمالات كما أنها ليست دليلاً قاطعاً شأنها شأن غيرها من طرق الإثبات كالإقرار والشهادة على أن القائلين بجواز الإثبات بالقرائن يرون أن الظن المنهي عن العمل به إنما يكون في العقائد وأن قوله تعالى " إن الظن لا يغني من الحق شيئاً " وما جاء في الحديث " إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث " لا ينطبق على كل الظنوں وإنما ينطبق على الظنوں التي تبني عليها الأحكام كالسرقة والزنا وقطع الطريق والقتل بدون بينة شرعية استناداً إلى الظن وحده .. والمرأة لا ترجم مجرد الحبل إلا عند المالكية والحنابلة الذين أجازوا العمل بالقرائن في الحدود كما أن شارب الخمر لا يقام عليه الحد .

لمجرد الرائحة والقيء ، والشافعية يجيزون العمل بالقياسية التي تعتمد على التشبيه كما يجيزون الإثبات والحكم بالقرائن العرفية في دعاوى الأموال وباللوث في القساممة وباليد كقرينة على الملك ويقول العز بن عبد السلام من فقهاء الشافعية : ( تنزل دلالة العادات وقرائن الحال منزلة صريح الأقوال من تخصيص العموم وتقييد المطلق ) كما أن الأحناف يجيزون الإثبات بالقرينة في النكول ومتاع البيت بين الزوجين .. والقرائن التي يعتمدها الفقهاء في الإثبات والحكم لا يمكن حصرها وهي تتعدد وتتكرر حسب الأعراف والعادات ويمكن استباط القرينة من الواقعة مع قوة المصاحبة والمقارنة ليمكن اعتبارها طریقاً من طرق الإثبات وبناء الحكم عليها وما دامت البينة في الشريعة الإسلامية كل طريق يؤدي إلى إظهار الحق دون أن يكون مقصوراً على وسيلة دون أخرى وما دام الهدف إنما هو إقامة العدالة ومنع الظلم وإحقاق الحقوق لأصحابها فإن الوسائل المؤدية إلى ذلك مباشرة أو غير مباشرة يمكن أن تكون وقائع لم يتم إثباتها بالشهادة أو الإقرار أو الكتابة فلجاً القاضي الناظر في الدعوى إلى استباط القرائن المصاحبة للحق والدالة عليه لإقامة الحكم عليها وأن المعاملات بين الناس تقوم على القرائن العرفية وهم كثيراً ما يغفلون ذكر بعض التفاصيل والجزئيات اعتماداً منهم على الأعراف والقرائن وفي هذا يقول ابن القيم ( والحاكم إذا لم يكن فيه النفس في الإمارات ودلائل الأحوال ومعرفة شواهدها والقرائن الحالية والمقاليه .

أضاع حقوقاً كثيرة وحكم بما يعلم الناس بطلانه وقال أيضاً ( فمن أهدر الأمارات والعلامات فقد عطل كثيراً من الأحكام وضيع كثيراً من الحقوق) وعند الزيدية يبني الحكم على القرائن والأمارات التي ورد

الشرع باعتبارها حفظاً للحقوق لأن عدم الأخذ بهذا الاختيار إهدار للدماء وهتك للأعراض وانتهاك للحرمات ويقول ابن القيم ( فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهة بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه والله سبحانه أعلم وأحكمنا وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته بشيء ثم ينفي ما هو ظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها بل قد بين سبحانه بما شرع من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليس مخالفة له . )

وأن قول الرسول الكريم (ص) أن البينة على المدعى واليمين على من أنكر .. ينطبق على ما يمكن إثباته بالبينة إلا أن القرائن إذا وجدت قامت مقام البينة الفائبة ولا يمكن أن تقوم اليمين مقام القرائن إذا إنعدمت البينة لأن الإثبات ليس مقصوراً على تقديم البينة من المدعى فإذا عجز عنها توجهت اليمين على المدعى عليه ويقول الدكتور / الزحيلي في كتابه وسائل الإثبات لنتصور أن المدعى عجز عن إقامة الشهادة ولم يقر المدعى عليه بالحق وليس هناك دليل عليه والمدعى واثق من حقه والمدعى عليه .

ظالم بجحوده وإنكاره مصر على الباطل يجحد الحق ويتيه طريراً لفقدان الأدلة ويبدو عليه الصلف والظلم والبطلان ويبادر إلى الأيمان الكاذبة وكل الأمارات والدلائل والظنون تصدق المدعى وتكتذب المدعى عليه فهل يترك القاضي الحق هباء ويقر الظالم على ظلمه ) .

وأن قضاة الطبقة الأولى كعمر وعلى وشريح ومن بعدهم لم يدعوا الحق ضائعاً بل لجأوا إلى كل الوسائل لرد الحقوق إلى أصحابها وهذا يؤكّد ضرورة القضاء بالقرائن واعتبارها في الإثبات ، وأن اليمين لا تغرنّ عنها

والقرائن المأخذة من ظاهر الحال لا تعارض الأدلة لأنها استنتاج القاضي للقضاء بما فيما أعزه الدليل وفي كتب الفقه تفصيل عن حكم القرائن واختلافه باختلاف أنواعها وتقسيمها إلى قرائن نص عليها المشرع وأوجب على القاضي الحكم بموجبها وعدم الخروج عليها كقرينة الولد للفراش متى صح عقد الزواج وهي القرينة القاطعة التي يلزم الحكم بموجبها متى ثبتت أمام القضاء وهي كافية للحكم مثلها مثل قرينة خروج شخص من دار فيها شخص مذبوح وقت الخروج وفي يد الخارج منها سكين ملوثة بالدم حيث يعتبرها الفقهاء دليلاً على ثبوت القتل ووجوب القصاص وهي قرينة حتى عند من يعتبرها لوثاً يجب القساممة .. زفاف المرأة ليلة العرس إلى رجل قرينة .

قاطعة على أنها زوجته والقرائن القاطعة أما أن تكون ثابتة بنص شرعى أو بنص فقهي وهي في الحالتين ملزمة للقاضي .. وهي تعفي أصحابها من الإثبات شأنها القرائن القانونية القاطعة وعلى الطرف الآخر إثبات عكسها أما القرائن القضائية التي تعتمد على الجهد الذي يبذلها القاضي في استخلاصها فإنها ليست أكثر من مرجحات لمصلحة طرف على آخر وهي تتوقف على مدى افتئاع القاضي بدلائلها على الحق ومن أمثلتها ما أخرجه البخاري عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم عن قصة المرأةين اللتين ذهب الذئب بأبن إحداهما فتحاكمتا إلى سليمان بن داود عليه السلام فقال أشقة بينكما بالسكنين فقالت الصغرى يرحمك الله لا تفعل إنما هو أبنها فحكم به للصغرى بعد اختبار شفقتها ليستطيع تمييز الأم التي لم توافق على أن يشق أبنها بالسكنين بينما اعتبر موافقة الكبرى على شقة دليلاً على كذب عاطفتها ودعواها وأن عاطفة الصغرى هي القرينة التي اعتمد عليها

سليمان بن داود عليه السلام في حكمه بالولد للمرأة الصغرى وقال تعالى "ففهمناها سليمان وكلاً أتينا حكماً وعلماً" سورة الأنبياء - الآية (٧٩).

ومن أمثلة القرائن القضائية المستخلصة من الدعوى اعتبار الحيازة قرينة على الملك إذ أن اليد قرينة كافية للحكم بالملكية لصاحب اليد كما اعتبر سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه مظاهر الثروة – والقصور العالية قرينة على خيانة الأباء والقادة والموظفين وارتشائهم وأن له في ذلك قولًا مشهورًا (أبٌت الدرّاهم إلا أن ترفع رأسها) وتعتبر القرائن في الفقه والقانون دليلاً غير مباشر في الإثبات كوضع اليد على العين قرينة على ملكية واضع اليد لها أو حيازة المدين لسند الدين قرينة على سداد الدين .. الخ .

كما أن القرائن تلعب دور الترجيح عند تعارض الأدلة والخلاف بين الفقهاء إنما يدور حول ما يجوز إثباته بالقرائن وما لا يجوز وهو مفصل في كتب الفقه وربما انحصر الخلاف حول الإثبات بالقرائن في الحدود والقصاص .. وعرف القانون المدني الفرنسي القرائن بوجه عام بأنها النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة فهي أدلة غير مباشرة لا يقع الإثبات بها على الواقع المراد إثباتها أي ( مصدر الحق) وإنما يقع على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن منها استخلاص الواقع المراد إثباتها وهو ما يطلق عليه الدكتور السنهوري – تحويل الإثبات من محل إلى آخر – (أنظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام ) .

كوجود سند الدين في يد المدين إذ يعتبر ذلك قرينة على الوفاء – كما يعتبر قيام الزوجية قرينة على صورية العقد المبرم بين الزوجين –

والتصرف في مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية مستورة ويرى الدكتور السنهوري أن (القرينة القانونية) وهي التي ينص عليها القانون ليست طریقاً للإثبات بل هي طریق للأعفاء من الإثبات إما (القرائن القضائية) فهي التي تستخلصها القاضي الناظر في النزاع من وقائعه عند عدم وجود إقرار أو بيمين أو قرينة قانونية – وهو يستخلص القرينة القضائية من ظروف القضية أو من بعض الواقع الثابتة أمامه في الدعوى المنظورة أو من ملف القضية أو من أوراق خارج الدعوى وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن للمحكمة أن تستخلص من وقائع الدعوى القرائن القضائية المؤدية إلى النتيجة التي تقضي بها أو تنتهي إليها ولو من أقوال شهود تم الاستماع إليهم في قضية أخرى أو من أي تحقيق قضائي أوإداري أو أن تكون ثابتة بالبينة أو بورقة مكتوبة أو ببيمين نكل الخصم عن حلفها أو بإقرار من الخصم أو بقرينة أخرى دلت على الواقعة التي تستخلص منها القرينة وللقاضي سلطة واسعة في استبطاط القرائن وتقدير دلالتها ولا يجوز الإثبات بالقرينة إلا حيث يجوز الإثبات بالشهادة وقوة القرينة القضائية في الإثبات دون مرتبة الكتابة وهي قابلة لإثبات العكس بالكتابة أو بالشهادة أو بقرينة مماثلة فهي في درجة القرينة القانونية غير القاطعة ..<sup>(١)</sup>.

---

<sup>١</sup> - انظر المرجع السابق – الوسيط للدكتور – السنهوري

## **المراجـع :**

- ١- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام –  
الدكتور عبد الرزاق السنهوري.
- ٢- وسائل الإثبات ، الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال  
الشخصية – الدكتور محمد الزحيلي.
- ٣- قانون الإثبات .. مبادئ الإثبات وطرقه د. محمد حسين منصور.
- ٤- التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات الدكتور  
/ أحمد أبو الوفاء .
- ٥- التعليق على نصوص قانون الإثبات .. د. أحمد أبو الوفاء.
- ٦- أساس البلاغة / محمود بن عمر الزمخشري .
- ٧- لسان العرب : محمد بن بكر بن منظور المصري .
- ٨- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي "أحمد بن محمد بن  
علي المقرى الفيومي " .
- ٩- الأحكام السلطانية علي بن محمد بن حبيب الماوردي .



الله ضاد  
نهالا

القاضي/ يحيى محمد الماوردي  
عضو المحكمة العليا

## **استقلال القضاء في التشريعات اليمنية في ضوء المبادئ الدولية لاستقلال القضاء**

دولة النظام والقانون تمثلاليوم عنوان الحضارة الإنسانية الأبرز هذه الدولة في تعريف فقها القانون هي التي تقوم على أساس الشرعية الدستورية ومبدأ سيادة القانون وكان من أهم مهام هذه الدولة لدى ولائه الذين ناضلوا من أجل الوصول إليها أن تكفل للإنسان حقوقه الأساسية وتحفظ له كرامته الأدمية ولما كان تحقيق ذلك المدف على أرض الواقع لا يتأتى بمجرد النصوص النظرية فقد استلزم الأمر وضع قواعد وضوابط دستورية لتنظيم مهام و اختصاصات سلطات الدولة على أساس مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعطي السلطة القضائية قوة دستورية متوازنة مع السلطات التشريعية والتنفيذية تمكناها من منح الحماية القضائية للحقوق والحريات الإنسانية وإقامت التوازن الاجتماعي داخل المجتمع . لكن القضاء كان وما زال أقل السلطات الثلاث اهتماما ونفوذا حسب وصف الإسكندر هملتن في وصفه للمحكمة العليا الأمريكية بأنها أقل الثلاثة الفروع خطرا في الحكومة الفيدرالية ، وبما أنها أدنى وأقلها وضوحا لدى الخاصة وال العامة . فلماذا الجهل أو التجهيل بأهمية القضاء وخطورة دوره؟ ولماذا يتراجع حماس الشعوب لدعم استقلال القضاء وازدياد القبول بتضييق الحريات والتسليم بالإجراءات المتعسفة - مثل : قانون سرية الأدلة - الحبس الاحتياطي غير المحدد - إيقاع عقوبات خارج إطار القضاء وبعيدا عن رقابته - ارتفاع حدة الانتهاكات لحقوق الإنسان وخفوت الأصوات المناوئة لها .. هل هي مؤشرات حقيقية على تراجع الحضارة الإنسانية لا نعرف متى وأين

تتوقف ؟ أم هي مرحلة عابرة من غياب الوعي لأتثبت أن تزول لتعود  
الحضارة البشرية إلى مسارها الإنساني الصحيح ؟

إذا كانت حقوق الإنسان اليوم هي الشعار الأبرز والأكثر إثارة وضجيجاً في العالم إلا أنها بالتأكيد تعاني من تراجع خطير في واقع الممارسة على مستوى المجتمع الإنساني شرقه وغرقه شماله وجنوبه وإن كانت الصورة أشد إيلاماً ومرارة في المجتمعات الفقيرة والأقل نمواً بفعل تفشي الجهل وانتشار الفقر والأمراض وبخل المجتمعات الغنية عليها بالمساعدات المجدية لإحداث تمية وتغيير حقيقيين لا لحاقها بالمجتمعات المتقدمة ولو على المدى الطويل.

هذه الخواطر عن أزمة الحقوق الإنسانية اليوم أردت بها التقديم لموضوع استقلال القضاء وما يكتتبه من معوقات واحباطات واقعية تتطلب تكاتف جهود المجتمع الإنساني للتغلب عليها ورجال القضاء والمحاماة والقانون من يقع عليهم دور القيادة في هذا الاتجاه دون ما اعتبار لصراعات السياسة وتضارب المصالح فالحقوق والحريات الإنسانية لا تخضع لمقاييس الفقر والغنى والعدالة لا تقبل التدرج أو التمييز لأي سبب من الأسباب فإما عدل وإما ظلم لا يمكن القبول بعدلة كاملة في أمريكا والدول الغنية وبنصف عدالة في الدول الفقيرة والمحرومة !!

و في هذا الموضوع نستعرض المبادئ التشريعية لاستقلال القضاء التي تضمنتها التشريعات اليمنية مقارنة بالمبادئ الدولية لاستقلال القضاء المعتمدة من قبل الأمم المتحدة في قرارها رقم (٤٠/٣٢) ورقم (٤٠/١٤٦) لسنة ١٩٨٥ م إذا ما اعتبرناها معياراً نظرياً لقياس ما توفره التشريعات الوطنية من حماية دستورية لمبدأ استقلال القضاء ليتبين لنا مدى

التناقض القائم بين النظري والتطبيق الذي تمارسه اليوم بعض الهيئات والقوى الدولية في مجال حماية حقوق الإنسان واحترام استقلال القضاء وقد وردت تلك المبادئ في سبعة بنود هي :

- ١ - تكفل الدولة استقلال السلطة القضائية وينصص عليه دستور البلد أو قوانينه. ومن واجب جميع المؤسسات الحكومية وغيرها من المؤسسات احترام ومراعاة استقلال السلطة القضائية.
٢. تفصل السلطة القضائية في المسائل المعروضة عليها دون تحيز، على أساس الواقع ووفقا للقانون، ودون أية تقييدات أو تأثيرات غير سليمة أو أية إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات، مباشرة كانت أو غير مباشرة، من أي جهة أو لأي سبب.
٣. تكون للسلطة القضائية الولاية على جميع المسائل ذات الطابع القضائي كما تفرد بسلطة البت فيما إذا كانت أية مسألة معروضة عليها للفصل فيها تدخل في نطاق اختصاصها حسب التعريف الوارد في القانون .
٤. لا يجوز أن تحدث أية تدخلات غير لائقة، أو لا مبرر لها، في الإجراءات القضائية ولا تخضع الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم لإعادة النظر. ولا يخل هذا المبدأ بإعادة النظر القضائية أو بقيام السلطات المختصة، وفقا للقانون، بتخفيف أو تعديل الأحكام التي تصدرها السلطة القضائية.
٥. لكل فرد الحق في أن يحاكم أمام المحاكم العادلة أو الهيئات القضائية التي تطبق الإجراءات القانونية المقررة. ولا يجوز إنشاء هيئات

قضائية، لا تطبق الإجراءات القانونية المقررة حسب الأصول والخاصة بالتدابير القضائية، لتنزع الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادلة أو الهيئات القضائية.

٦. يكفل مبدأ استقلال السلطة القضائية لهذه السلطة ويطلب منها أن تضمن سير الإجراءات القضائية بعدلة، واحترام حقوق الأطراف.

٧. من واجب كل دولة عضو أن توفر الموارد الكافية لتمكين السلطة القضائية من أداء مهامها بطريقة سليمة.

### استقلال القضاء في التشريعات اليمنية :

القضاء اليمني من الناحية التشريعية يقوم على قواعد وأحكام دستورية وقانونية تنظم اختصاصاته وعلاقاته مع بقية مؤسسات الدولة في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات، لكنه من الناحية العملية يعتمد على خبرات وتقالييد قضائية ترجع إلى مراحل ماضية ما تزال تلعب دوراً مؤثراً في سير العملية القضائية (الإجرائية والموضوعية) رغم التحول النوعي في الجوانب التشريعية والقانونية التي حدثت بعد قيام الثورة (واتسعت أكثر بعد إعادة الوحدة) إلا أنها لم تحدث الصدى المطلوب في الواقع العملي وقد عقدت آمال كبيرة في أن تسهم الوحدة في عملية الإصلاح القضائي وإن يكون التحول الديمقراطي السياسي بمثابة البوابة التي يعبر منها القضاء اليمني إلى واقع جديد يواكب مسار التحول والتغيير الذي يشهده المجتمع إلا أن الواقع كان أكثر صعوبة وتعقيداً.

من المسلم به أن اليمن شهد خلال العقود الماضيين قفزة تشريعية هائلة شملت مختلف جوانب الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية كما حدثت تطورات ومتغيرات دولية وإقليمية في مجال المعاهدات والمواثيق

والقانون الدولي العام والخاص وكان من أهم مظاهر التطور التشريعي الداخلي ما يتعلق بالنظام الاقتصادي وإطلاق حرية النشاط التجاري والاستثماري وإصدار القوانين المنظمة لحقوق والحرفيات السياسية والمدنية وقوانين الأحزاب والمنظمات الشعبية والمدنية وقانون الصحافة وقانون الانتخابات والقوانين المنظمة لحقوق الطفل والأحداث بالإضافة إلى القوانين المنظمة للاستثمار والشركات والمؤسسات الاقتصادية والتوزع في القضاء النوعي الذي فرضته الكثير من الاعتبارات والمصالح الوطنية مثل القضاء الإداري والقضاء الدستوري وقضايا الصحافة التي كان يفترض الاهتمام بإعداد وتأهيل القضاة التأهيل المناسب للتعامل مع كل تلك المستجدات . إن التطور العلمي ودخول التقنية الحديثة في أعمال المحاكم يعتبر من مظاهر العجز والقصور في الإدارة القضائية ويستدعي الأمر المبادرة إلى إدخال هذه التقنيات الحديثة في برامج تأهيل القضاة والكوادر القضائية المساعدة والتي تشكل اليوم أساس الإدارة القضائية الحديثة

#### مظاهر قصور الأداء القضائي :

١. عجز الإدارة القضائية عن استيعاب متطلبات التحديث في التأهيل والتدريب والإدارة .
٢. التطويل في نظر القضايا بما يولد الشعور بالظلم ويهز الثقة بالقضاء .
٣. الزيادة المفرطة في التأجيلات وتكرار الجلسات لغير أسباب قانونية نتيجة قصور الثقافة الإجرائية وعدم إدراك أهمية القواعد الإجرائية.
٤. استغراق الكثير من الوقت في إنجاز المعاملات الإدارية اليومية بما

يشير شكاوى وتذمر المواطنين .

٥- عدم الالكترات بالشكاوى وإظهار عدم الثقة بالشاكين والتفااضي عن معالجة أسبابها .

٦- استغراق فترة زمنية طويلة لتنفيذ الأحكام والأوامر القضائية وتحميل المحكوم لهم نفقات غير قانونية

٧- عدم الاهتمام بتأهيل الكادر القضائي وعدم تجديد المعلومات وتحديثها .

٨- ضعف دور الرقابة والتقتيس وبدائمة الأساليب المتبعة وعدم الحيدة في التعامل مع منتسبي السلطة القضائية بما يوجد الشعور بعدم الرضى الوظيفي .

٩- عدم استقرار الكوادر المؤهلة والعناصر المدربة في المحاكم بفعل الإجراءات الإدارية غير المدروسة .

١٠- غياب الحلول الفعالة للمشكلات القائمة داخل إدارة المؤسسة القضائية والمحاكم .

١١- الافتقار إلى النظرة الشاملة لمهام وواجبات المؤسسة القضائية ، والانشغال بالجزئيات والتفاصيل ، والقضايا الثانوية .

تلك أبرز مظاهر القصور والسلبيات التي يعاني منها الجهاز القضائي ويعاني منها المواطن في تعامله مع أجهزة القضاء والتي قد تتسم في بعضها بالتعسف في تطبيق القانون في التعامل مع المواطنين واللامبالاة أو الاستهتار بحقوق المتعاملين مع هذه الإدارة وإهدار حقوقهم القانونية .

ولا شك أن هذه الصور من أخطر مظاهر القصور والاختلال في الإدارة القضائية لما يتصل بهذه الإدارة من مهام وواجبات تتعلق بحقوق المواطن وحرياته وتأثيرها من ناحية أخرى على الجوانب الأمنية والاقتصادية وعلى السلام الاجتماعي إذ أن الإهمال المتعمد في اتخاذ الإجراء القانوني في ميعاده كإعلان بعض الأوراق القضائية يترتب عليه تفويت الكثير من الحقوق القانونية التي ينتج عنها إهدار لحقوق مادية أو معنوية أو مساس بحرية المواطن كما لو تسببت هذه الإدارة في تفويت ميعاد الطعن في حكم صادر بقيود حرية شخص كان يمكن أن يعدل هذا الحكم أو يلغى لو أن هذه الإدارة حافظت على حقوق هذا الشخص القانونية وأولته الاهتمام المطلوب .

ولهذا فقد جاءت توصيات المؤتمر القضائي الأول ٢٠٠٣م وبرنامج الحكومة لتركيز على تلك الجوانب بشكل خاص كما ارتكزت أهداف إستراتيجية تحديث وتطورى القضاء على تلك التوصيات حيث حددت الإستراتيجية غاياتها في :

تأمين إصدار القضاء أحکاما عادلة فيما يرفع إليه من منازعات ودعوى دون إبطاء في سير الدعوى .

حسن أداء القضاء لرسالته السامية وتهيئة أوضاع رجال القضاء للالتزام في حياتهم ومسلکهم بالنهج الذي يصون استقلال القضاء ويجسد ويعكس استقلالهم ويحفظ لهم هيبتهم وكرامتهم .

الثقة لدى الأشخاص باللجوء إلى القضاء والثقة بصدر الحكم المنصف والثقة بإمكانية تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية

## مقارنة التشريعات اليمنية بالمبادئ الدولية لاستقلال القضاء

يمكن القول إن الدستور اليمني قد تضمن تلك المبادئ في نصوص مباشرة وغير مباشرة كما تضمن قانون السلطة القضائية نصوصا وأحكاما مفسرة ومكملة للنصوص والأحكام الدستورية التي تمنح السلطة القضائية الاستقلالية في إطار مبدأ الفصل بين السلطات كما تنمّح القاضي استقلاليته في قضائه وتحرم التدخل في شؤون العدالة فالمادة (١٤٩) من الدستور نصت على أن ((القضاء سلطة مستقلة قضائياً ومالياً وإدارياً والنيابة العامة هيئة من هيئاته وتتولى المحاكم الفصل في جميع المنازعات والجرائم والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية جهة وبأية صورة التدخل في القضايا أو في شأن من شأنه ويعتبر هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون ولا تسقط الدعوى فيها بالتقادم)) كما نصت المادة (١٥٠) على أن : ((القضاء وحدة متكاملة ويرتب القانون الجهات القضائية ودرجاتها ويحدد اختصاصاتها كما يحدد الشروط الواجب توفرها فيمن يتولى القضاء وشروط وإجراءات تعيين القضاة ونقلهم وترقيتهم والضمادات الأخرى الخاصة بهم ولا يجوز إنشاء محاكم استثنائية بأي حال من الأحوال)) ونصت المادة (١٥١) على أن : ((القضاة وأعضاء النيابة العامة غير قابلين للعزل إلا في الحالات وبالشروط التي يحددها القانون ولا يجوز نقلهم من السلك القضائي إلى أي وظائف غير قضائية إلا برضاهם وبموافقة المجلس المختص بشؤونهم ما لم يكن ذلك على سبيل التأديب وينظم القانون محاكمتهم التأديبية كما ينظم القانون مهنة المحاماة ))

### استقلال القضاة في قضائهم :

منح الدستور اليمني للقاضي استقلاليته في قضائه وحرم التدخل في شؤون العدالة واعتبر ذلك جريمة يعاقب عليها القانون ولا تسقط بالتقادم كما تضمن قانون السلطة القضائية النصوص المفسرة والمكملة للنصوص الدستورية وتضمن قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية نصوصا عقابية في مواجهة التدخل في شؤون القضاء ومن أهم النتائج المترتبة على مبدأ استقلال السلطة القضائية إن القاضي يعتبر عضوا في سلطة مستقلة وليس موظفا في أحد مرافق الإدارة العامة وهو ما يميز القاضي عن الموظف العام في أن القاضي يستند في أدائه لوظيفته إلى نصوص دستورية وقانونية وليس إلى التوجيهات الإدارية التي تخضع لمبدأ التسلسل الإداري - وابعد من هذا وذاك ذلك المفهوم المتخلص والمستهجن الذي يعتبر القاضي أجيرا خاصا !!! - كما أن النص الدستوري يمنح المحاكم وحدها صلاحية الفصل في جميع القضايا ولا يجيز إنشاءمحاكم استثنائية فيضع في أيدي القضاة قوة دستورية في التصدي لكافة أنواع الخصومات والمنازعات سواء فيما بين إفراد المجتمع أو فيما بين المواطن وأجهزة الإدارة العامة كما أن ذلك النص يحول دون إصدار أي قوانين من قبل السلطة التشريعية تستثنى بعض القضايا أو المنازعات من الخضوع لاختصاصات المحاكم ووفقا لهذا المبدأ الدستوري فإن إنشاء هيئات أو مؤسسات أهلية ذات طبيعة قضائية تمارس فصل المنازعات بين الأفراد وتضفي على أحکامها الحصانة ضد رقابة القضاء أو عدم قابليتها للطعن أمام المحاكم المختصة يعتبر مخالفة للمبادئ الدستورية والقانونية هذا من حيث النصوص أما الجانب التطبيقي في الواقع العملي فيخضع لظروف وعوامل أخرى ترتبط بدور المجتمع ومؤسساته الرسمية والمدنية ودرجة وعي المجتمع وتطوره الحضاري وتلك

هي المشكلة التي يعانيها القضاء اليمني في مواجهة الواقع الاجتماعي المتختلف .

### احترام المجتمع لاستقلال القضاء :

إذا كانت القوانين المنظمة للإجراءات القضائية قد أوجبت علنية جلسات المحاكم بهدف تمكين المجتمع من ممارسة رقابته على حسن سير العدالة فإن مقتضى ذلك أن يتحمل المجتمع في مقابل ذلك الحق واجبه في حماية استقلال القضاء واحترام أحکامه و من خلال استعراض بعض الصور الواقعية لدور المجتمع في هذا الجانب سيتبين لنا أوجه القصور والأخطاء التي يسهم بها المجتمع في إضعاف دور القضاء.

### أنواع التدخل في شؤون القضاء :

تشكل متطلبات حماية المصالح الأجنبية المفروضة بالاتفاقيات الدورية واتساع المشاكل الأمنية بفعل التهديد والإرهاب الداخلي والخارجي إبراز مظاهر الحد من صلاحية القضاء وأضعاف قوته تحت مبررات حماية الأمن والاستقرار والذي أخل بالتوازن بين حماية أمن واستقرار المجتمع والدولة وبين حماية حقوق الإنسان كما أثر بشكل واضح على الأداء القضائي وأضعف قدرته في جانب حماية الحقوق والحريات .

### كما أن من صور التدخل الشائعة :

- ١- تدخل بعض المسؤولين والشائخ والوجهاء وذوي النفوذ في شؤون القضاء وقد يعتبر البعض ذلك من مكملات اليبة ومظاهر النفوذ والسطوة وذلك في تقديرنا يرجع إلى تدني مستوىوعي بأهمية احترام استقلال القضاء وتنفيذ أحكامه باعتباره من أهم مقومات المجتمع المدني الحديث والتجسيد العملي لمبدأ سيادة القانون .
٢. تدخل بعض القوى والهيئات المحلية تحت مبررات حماية حقوق الإنسان والدفاع عن الحقوق والحريات الديمقراطية .
٣. تدخل الإدارات القضائية التي تحكم في حقوق القاضي وشئونه الوظيفية وتمتلك القدرة على الإضرار به .
٤. تدخل الصحافة الرسمية والحزبية التي تقوم بدور مؤثر في إضعاف هيبة القضاء في أوساط المجتمع والتحريض على الاستخفاف به وعدم احترام أحكامه من خلال ما تشهه من حملات هجومية غير منصفة وغير موضوعية .
٥. تدخل الأحزاب السياسية ومنظمات المجتمع المدني بوسائل مباشرة وغير مباشرة في رسم السياسة القضائية والتأثير في قرارات السلطة القضائية المتعلقة بحركة التنقلات القضائية و اختيار بعض القضاة وتحديد أماكن أعمالهم وترقياتهم بحسب بعض المؤثرات السياسية والفكرية أو مصالح فئوية معينة .
٦. تدخل الهيئات والمنظمات الدولية تحت شعارات حماية حقوق الإنسان ودعم برامج الإصلاح القضائي وتمارس من خلالها تدخلاً مباشرةً في

شؤون العدالة مستخدمة في ذلك المساعدات والمنح التي تقدمها باسم الإصلاح القضائي والقانوني لتتوصل إلى إلغاء أو وقف تنفيذ بعض الأحكام الصادرة في جرائم القتل وقد نجحت تلك المنظمات في وقف تنفيذ بعض أحكام القصاص وتم الإفراج عن المحكوم عليهم فعلاً فأسهمت بذلك في إيجاد مبررات قوية للثأر والانتقام ، ذلك أن أولياء دم المجنى عليهم يجدون أنفسهم في مواجهة غير متكافئة مع هيئات ومنظمات دولية تمتلك من الإمكانيات المادية والإعلامية والنفوذ السياسي والاقتصادي ما يعجزهم عن الدفاع عن تلك الأحكام مما يجعل اللجوء إلى الثأر في أنظارهم أيسر السبل وهناك من النماذج والأمثلة الكثيرة والتي ما يزال البعض منها مثاراً على صفحات الجرائد والصحف الرسمية والحزبية ومواقع الإنترنت يومياً وكل ذلك ينعكس بأضرار مباشرة على دور القضاء في ترسيخ مبداء سيادة القانون وتعزيز فعاليته في حماية الحقوق والحرريات وبذلك تسهم الصحافة ومنظمات المجتمع المدني والأحزاب والمنظمات الدولية في تشجيع التمادي في انتهاك استقلال القضاء وإهدار حجية أحكامه بدلاً من الدفاع عن استقلاله (كمؤسسة) وحمايته (كمبدأ) ومعالجة الاختلالات والأخطاء بموضوعية وتجرد ومن المؤسف أن تلك الأخطاء والممارسات السلبية تسهم في خلق مشاعر الخوف والتوجس في نفوس القضاة والتردد في قول كلمة الحق والعدل تحسباً لما قد ينتج عنها من ردود أفعال ضارة ولهذا فإن تعزيز استقلال القضاء يتوقف على تحرير القضاة من هاجس الخوف على حقوقهم ومصائرهم واستقرارهم في حياتهم العملية والمعيشية مهما كان

مصدره وعدم جعل القاضي عرضة للعقاب الإداري أو للنقد والتشويه العلني عبر وسائل الإعلام المختلفة المحلية والأجنبية بسبب تمسكه باستقلاله وعدم قبوله التدخل والتوجيه .

### **دور القضاء في الإصلاح الإداري ومكافحة الفساد**

يعتبر القضاء الإداري في أي نظام ديمقراطي ابرز وسائل حماية مبدأ المشروعية وتطبيق مبدأ سيادة القانون والجمهورية اليمنية التي أخذت بمبدأ الفصل بين السلطات كأساس دستوري لنظام الحكم فهي بذلك تكون قد التزمت بإخضاع الإدارة لمبدأ المشروعية في أدائها لمهامها واحتياطاتها الدستورية ومنها ما تقدمه من خدمة عامة للمواطنين وما يترتب على ذلك من علاقات قانونية بين الإدارة والمواطن والتي تستوجب إصدار القرارات وتنفيذها من قبل الإدارة مما يجعل الرقابة القضائية ضرورة حتمية لمنع التعسف في تطبيق القانون من قبل الإدارة أو إصدارها قرارات إدارية مخالفة للقانون ولهذا ورد في الدستور ضمانات دستورية تكفل حق المواطن في اللجوء إلى القضاء مقاضاة الإدارة عن القرارات المخالفة للقانون أو التعسف في تطبيقه ويتوقف ترجمة هذه الضمانات على مستوى الوعي بالقانون لدى المواطن ومعرفته بحقوقه الدستورية في مقاضاة الإدارة العامة وهي مسألة ترتبط بمستوى التعليم والثقافة القانونية ، ولابد من الإشارة إلى أن مناهج الدراسة النظرية المتبعة في إعداد وتأهيل رجال القضاء والإدارة العامة محدودة لا تستوعب المبادئ والنصوص الدستورية والقانونية الموجودة بما يكفي لتكوين الوعي بها ونشرها والالتزام بمضامينها .

## القضاء وحماية الاستثمار:

يكتسب القضاء المستقل أهمية خاصة في تشجيع الاستثمار باعتباره أقوى الضمانات وأكثرها ثباتاً وديمومة. كونه يجسد الآلية العملية في تطبيق وتنفيذ القوانين المنظمة للاستثمار والنشاط التجاري والقادر على سد أي ثغرات أو نقص فيها وإذا كان الدستور قانون الاستثمار قد تضمنا أهم النصوص التشريعية التي تمنح القضاء التجاري صلاحيات واسعة في توفير الحماية القضائية لرأس المال وحماية الاستثمار إلا أن اتساع وتتنوع النشاطات الاقتصادية والاستثمارية وظهور أنشطة ومعاملات جديدة في المجال المصرفي والصناعي والسياحي والتجاري قد شكل تحدياً حقيقياً للمشرع اليمني وللقضاء التجاري على حد سواء لا سيما من حيث المواكبة الزمنية والقدرة على استيعاب التطورات والمتغيرات المتسارعة في النشاط الاستثماري والتجاري بشكل عام وهي إشكالية تمثل أحد جوانب الشكوى لدى المستثمرين في غالبية الدول النامية بسبب جمود القوانين المنظمة للاستثمار والنشاط التجاري والاقتصادي وعدم توفر المرونة المطلوبة لمواكبة التطورات المتسارعة في حركة الاستثمار وأنشطة التجارية والاقتصادية المختلفة في الدول المستقبلة للاستثمار وإذا كانت إشكالية جمود القوانين ظاهرة عالمية تشتري في الدول المتقدمة والنامية، فإن المصلحة الوطنية تستوجب العمل على التخفيف من حدة هذه الإشكالية من خلال إيجاد المرونة التشريعية التي تمكن الجهات المعنية من إدخال التعديلات القانونية الضرورية على القوانين الموضوعية والإجرائية وإصدار اللوائح المنظمة لأعمال وختصارات المحاكم التجارية وتمييزها عن محاكم القضاء العادي

من خلال تبسيط الإجراءات وإضفاء صفة الاستعجال على المنازعات التجارية والاستثمارية والتوسيع في صلاحيات الجهات الإدارية والتنفيذية، وعدم قصر الاهتمام على المحاكم التجارية بل توسيعه ليشمل محاكم الأموال العامة والضرائب لعلاقتها بالإصلاح المالي والإداري ومحاربة الفساد وانعكاس أعمالها على النشاط الاستثماري ودراسة إمكانية إنشاء محاكم خاصة بالاستثمار. وفي جانب الإدارة القضائية يجب العمل تطويرها ورفع كفائتها بما يمكنها من القيام بإجراء الدراسة والتقييم المستمر لمستوى أداء القضاء التجاري والبحث عن الحلول والمعالجات للمشاكل والمعوقات التي تواجه المحاكم التجارية في أدائها لمهامها واحتياجاتها من خلال تشخيص ابرز المعوقات والإشكالات واقتراح الحلول والمعالجات الضرورية لتحسين مستوى أداء المحاكم التجارية ومواكبة السرعة المتزايدة في مجال التطور التكنولوجي وتأثيره على مجال الاستثمار والنشاط الاقتصادي والاستثماري والتوسيع في استخدام التقنية الحديثة في تنظيم العلاقات التجارية الدولية والتطور الهائل في آليات وأساليب إدارة النشاطات الاقتصادية والتجارية بين مختلف الدول والشركات العالمية والتي تمثل تحديات مستمرة أمام القضاء التجاري لا سيما في ظل مفاهيم العولمة وهيمنة الدول والشركات العالمية على النشاط الاقتصادي في العالم وتحكمها في أهم الجوانب المنظمة للنشاط التجاري والاستثماري في العالم بما يفرض على أجهزة القضاء والإدارة في اليمن بذل الكثير من الجهد لمواكبة هذه المستجدات والمتغيرات من خلال التوسيع في استعمال التقنية الحديثة في الإجراءات القضائية والاعتماد على قواعد المعلومات الحاسوبية والتأهيل المستمر للكوادر القضائية من خلال الدورات التشييطية المحلية والخارجية

والاستفادة من الخبرات الدولية وإجراء التعديلات القانونية لمواكبة التطورات المستمرة واستيعاب المستجدات المتزايدة في عالم الاستثمار والتجارة العالمية وبما يتوافق مع اتفاقيات التجارة العالمية ومتطلبات الاتفاقيات الثنائية.

## **متطلبات تحقيق استقلال القضاء**

تضل النصوص جامدة حتى يأت القضاء ليبعث الحياة فيها ولا يمكن للقاضي القيام بذلك دون فهم واستيعاب لطبيعة دوره ورسالته الحقيقية لتكامل مع النص فيحدث التطبيق السليم والأمثل لسلطة القضاء الفعلية ومن أهم متطلبات ذلك حسب توصيات المؤتمر الأول :

- ١ - وضوح الرؤية السليمة لما هي استقلال القضاء مفهومة لدى أجهزة الدولة ومسئوليها ولدى رجال القضاء أنفسهم والقائمين على رعايته وخدمته والمسؤولين عن تنفيذ أحكامه.
- ٢ - توفر نصوص عامة ومجردة وملزمة وهذه النصوص بهذا الوصف هي التي تبرر استقلال القضاء إذ عليها يستند القاضي في الفصل في القضايا وفق معايير موحدة وبموجبها يصدر أحكامه ويتم بها ضمان المساواة بين الخصوم الذين اتحدت ظروفهم أو مراكزهم القانونية
- ٣ - شخصية القاضي نفسه إذ لا يتصور أن تقوم لاستقلال القضاء قائمة ما لم يستشعر القاضي هذا الاستقلال في نفسه بحيث يشكل ذلك حماية ذاتية لاستقلال القضاء وقد ببين القانون والفقه الشروط الواجب توافرها في القاضي ومنها أن يكون عالماً عدلاً أميناً ورعاً نزيهاً عفيفاً يقطا وقوراً مهيباً صبوراً رحيمًا لا يبالي بلوم الناس ولا بأهل الجاه كما اشترطوا حياده في الخصومة وتخصصه أي تأهيله لرسالة القضاء وان يكون مجتهداً.

٤ - توفر الحماية الدستورية والجزائية والشعبية وعدد من الضمانات بما يكفل استقلال القضاء، وقد ورد النص بشأنها في الدستور الدائم وفي قانون السلطة القضائية وقانون المراقبات.

٥. كفالة الضمان والاستقلال العملي للقاضي وتنفيذ أحكامه من جانب الدولة.

### **مؤشرات الإصلاح القضائي**

من ابرز مؤشرات الإصلاح القضائي ما أعلنته الحكومة مؤخراً من أنها تعتمد تقديم عدد من مشاريع قوانين إلى مجلس النواب خلال العام الجاري منها قانون السلطة القضائية، وقانون القضاء الإداري، وقانون مكافحة الفساد، وقانون الرقابة والمحاسبة، وقانون إدارة الدين العام، وقانون المناقصات والمزايدات، ومراجعة قوانين الضريبة العامة، وقانون الصحافة والمطبوعات؛ بالإضافة إلى متابعة استكمال الإجراءات الخاصة بإقرار مجلس النواب لقانوني تنظيم حيازة الأسلحة وقانون الذمة المالية..

وقد أقرت الحكومة مشروع التعديلات على قانون السلطة القضائية والقاضي بإعادة هيكلة مجلس القضاء الأعلى، بما يضمن إنشاء مجلس مهني يتولى رئاسته أحد قضاة المحكمة العليا.

كما تضمنت التعديلات المقترحة على القانون تعزيز دور القضاء واستقلاليته عن السلطة التنفيذية مالياً وإدارياً وقضائياً، من خلال ضمان استقلالية القاضي في حقوقه المهنية والمعيشية وفي مجال التعيين والترقية والندب، والتأديب، والنقل، وإعداد معايير سليمة، وشفافية

للحركة القضائية، ودمج هيئة التفتيش القضائي، في هيئة جديدة تلحق بمجلس القضاء الأعلى.

كما تضمنت التعديلات صياغة قانون جديد لإنشاء القضاء الإداري، وتقديم خطة عمل تطويرية لرفع كفاءة المحاكم من خلال تطوير سير الملف القضائي وشفافيته، وإصدار الأدلة الإرشادية وإدخال نظم المعلومات.

كما حددت المصفوفة الإجراءات التي يجب توافرها لرفع كفاءة المحاكم بتأسيس آلية رسمية لإيصال المعلومات إلى المواطنين حول كفاءة المحاكم، ونشر المعلومات الخاصة عن كل قضية منظورة في المحاكم؛ بالإضافة إلى وضع إستراتيجية لارتقاء بتخصصات القضاء، في مجال الأموال العامة والمحاكم التجارية والتدريب والتأهيل لقضاة المحاكم وموظفيها في المجالات التكنولوجية ونظم المعلومات.

#### ملحوظة :

(كتب هذا الموضع قبل تعديل قانون السلطة القضائية وقبل التغيير الأخير في قيادة المحكمة العليا ومجلس القضاء الأعلى ووزارة العدل).

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ