

مجلة العلوم القانونية

دورية نصف سنوية متخصصة محكمة دوليا

يصدرها معهد العلوم القانونية والادارية بالمركز الجامعي بالوادي - الجزائر

ISSN2170-0435

في هذا العدد:

- ◆ الحق في التنمية والحق في الأمن : - مقارنة مقارناتية تطبيقية من منظور حقوق الإنسان -
بقلم : أ. د. مبروك غضبان (جامعة باتنة)
- ◆ التفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية - معالجة قانونية للأثار البيئية -
بقلم : د. يحي وناس (جامعة أدرار)
- ◆ التحكم الإلكتروني
بقلم د. سيف الدين إلياس حمدتو (جامعة سندي - السودان)
- ◆ النظام القانوني لعقد الهاتف النقال في القانون الأردني
بقلم د. علي خالد فطيشات (جامعة شقراء - السعودية)
- ◆ جريمة العدوان في ضوء أحكام القانون الدولي الجنائي
بقلم : د. حسين فريجه (جامعة المسيلة)
- ◆ نظام الحملة الانتخابية في التشريع الجزائري
بقلم : أ. محمد نعرورة (المركز الجامعي بالوادي)
- ◆ المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية
بقلم أ. فتيحة اعمارة (جامعة سعيدة)
- ◆ القواعد القانونية الخاصة بتحول شركة التضامن - دراسة مقارنة -
بقلم أ. حسين أحمد محمد الفشامي (الجامعة الإسلامية - ماليزيا)
- ◆ النظام القانوني لجرائم الحرب: دراسة في الجريمة والعقوبة بمقتضى النظام الأساسي
للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة
بقلم أ. إنصاف بن عمران (المركز الجامعي بخنشلة)
- ◆ التأسيس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد في مجال عقود الأعمال - عقد الترخيص التجاري نموذجاً -
بقلم أ. رشيد ساسان (جامعة عنابة)

العدد الثالث - السنة الثانية: رجب 1432 هـ/ جوان (يونيو) 2011 م

منشورات المركز الجامعي بالوادي



منشورات المركز الجامعي بالواحد

مجلة العلوم القانونية

طورية نصف سنوية متخصصة محكمة دوليا يصدرها
معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالواحد - الجزائر

العدد الثالث - السنة الثانية : رجب 1432 هـ / جوان (يونيو) 2011 م

ISSN 2170-0435

الرئيس الشرفي :
أ. د. الطاهر سعد الله

مدير المجلة :
أ. محمد الصالح خراز

مدير التحرير :
د. إبراهيم رحمانى

رئيس التحرير :
أ. عبد القادر حوبه

أعضاء هيئة التحرير :
أ. د. أبو بكر لشهب
أ. د. عبد الرزاق زوينة
د. علي قريشي
د. فاروق خلف
أ. أمينة سلطاني

من أعضاء الهيئة العلمية الاستشارية

- أ.د. أبو بكر لشهب (جامعة الوادي)
أ.د. أحمد عبد الرحمن اللحام (جامعة الكويت)
أ.د. الكوني علي اعبودة (جامعة الفاتح - ليبيا)
أ.د. جمال عبد الناصر مانع (جامعة عنابة)
أ.د. جون بيار كوربان (فرنسا)
أ.د. حسين الدوري (العراق)
أ.د. شفيق السامرائي (جامعة لاهاي . هولندا)
أ.د. شفيق سعيد (تونس)
أ.د. عبد الرزاق زوينة (جامعة الجزائر)
أ.د. علي محي الدين علي القره داغي (جامعة قطر)
أ.د. عمار بوضياف (جامعة تبسة)
أ.د. عمر سعد الله (جامعة الجزائر)
أ.د. فريدة مزياي (جامعة باتنة)
أ.د. فوزي أوصديق (جامعة قطر)
أ.د. مازن ليلو راضي (جامعة دهوك - العراق)
أ.د. ميروك غضبان (جامعة باتنة)
أ.د. محمد الصغير بعلي (جامعة عنابة)
أ.د. محمد الفالي (جامعة القاضي عياض - المغرب)
أ.د. محمد الناصر بوغزالته (جامعة الجزائر)
أ.د. محمد مروان (جامعة وهران)
أ.د. محمد ناصر الواد (تونس)
أ.د. محمد يوسف الزعبي (جامعة البحرين)
أ.د. نادية فوضيل (جامعة الجزائر)
أ.د. وهبي محمد مختار (السودان)
أ.د. بلس شاوش بشير (جامعة وهران)

- تتعاون المجلة مع أكثر من مائة محكم متخصص من داخل وخارج الوطن من لهم درجة الأستاذية في التعليم العالي.

توجه جميع المراسلات باسم السيد:

رئيس تحرير مجلة العلوم القانونية - المركز الجامعي بالوادي

معهد العلوم القانونية والإدارية بحي النور - ص. ب. 789 الوادي 39000 الجزائر

هاتف - فاكس : 032 21 72 15

- البريد الإلكتروني: rev.sci.juri@gmail.com

- الموقع الإلكتروني: www.facdrot39.com

قائمة المحتويات

مجلة العلوم القانونية : العدد (3) - السنة (2) : رجب 1432 هـ / جوان (يونيو) 2011 م

الموضوع	رقم الصفحة
افتتاحية العدد:	
بقلم رئيس التحرير الأستاذ عبد القادر حوبه	07
الحق في التنمية والحق في الأمن - مقارنةً مقارناتيةً تطبيقيةً من منظور حقوق الإنسان - بقلم : أ. د. مبروك غضبان (جامعة باتنت)	09
التفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية - معالجة قانونية للأثار البيئية - بقلم : د. يحيى وناس (جامعة أدرار)	35
التحكيم الإلكتروني بقلم د. سيف الدين إلياس حمدتو (جامعة شندي - السودان)	49
النظام القانوني لعقد الهاتف النقال في القانون الأردني بقلم د. علي خالد قطيشات (جامعة شقراء - السعودية)	109
جريمة العدوان في ضوء أحكام القانون الدولي الجنائي بقلم : د. حسين فريجه (جامعة المسيلة)	131
نظام الحملة الانتخابية في التشريع الجزائري بقلم : أ. محمد نعرورة (المركز الجامعي بالوادي)	161
المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية بقلم أ. فتحيحة اعمارة (جامعة سعيدة)	185
القواعد القانونية الخاصة بتحول شركة التضامن - دراسة مقارنة - بقلم أ. حسين أحمد محمد الغشامي (الجامعة الإسلامية - ماليزيا)	201
النظام القانوني لجرائم الحرب: دراسة في الجريمة والعقوبة بمقتضى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة بقلم أ. إنصاف بن عمران (المركز الجامعي بخنشلة)	245
التأسيس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد في مجال عقود الأعمال - عقد الترخيص التجاري نموذجاً - بقلم أ. رشيد ساسان (جامعة عنابة)	267

قواعد النشر في المجلة

- أن لا يكون البحث منشورا أو مقدا للشر في مجلة أخرى.
- أن لا يكون البحث مستلا من رسالة جامعية أو من كتاب سبق نشره.
- أن يكون البحث في نطاق اختصاص المجلة (العلوم القانونية) وأن يتسم بالجدة والإضافة.
- يشترط في البحوث ذات الصبغة النقدية التزام الموضوعية وتجنب العبارات الجارحة .
- أن يتراوح عدد صفحات البحوث من خمسة عشر صفحة إلى ثلاثين صفحة من الحجم A4.
- أن يلتزم الباحث بمعايير البحث العلمي وقواعده مع مراعاة التصحيح الدقيق للبحث.
- أن يرقن بحثه بخط "تراديسونال أرابيك" صفحات A4 ، وأن يستعمل حجم الخط 16 بالنسبة للمتن، و12 بالنسبة للحاشية وفق صيغة وورد ، وأن تكون العواشي والإحالات آخر البحث وفق ترقيم تسلسلي مع ذكر البيانات الكاملة للمصادر والمراجع المعتمدة.
- يرفق البحث بملخص في حدود مائة كلمة. مع ترجمته إلى إحدى اللغتين الفرنسية أو الإنجليزية .
- يرسل البحث عبر بريد المجلة الإلكتروني ، أو يرسل في قرص مغنط CD مع نسختين ورقيتين عبر العنوان البريدي للمجلة.
- يرفق الباحث خطاباً موقعاً منه يطلب فيه نشر بحثه، متضمنا تصريحا بكون بحثه ليس جزءا من رسالة جامعية أو كتاب منشور أو أرسل للنشر في دورية أخرى.
- يرفق البحث بالسيرة الذاتية للكاتب متضمنة درجته العلمية ووظيفته وعنوانه الكامل (المهني - الشخصي) البريدي والإلكتروني ورقم الهاتف.
- تُعرض البحوث على لجنة فحص أولي للنظر في مدى استيفائها لشروط النشر، ثم توجه إلى التحكيم المتخصص بشكل سري.
- ترسل المجلة وعدا بالنشر بمجرد وصول التقارير الإيجابية. كما ترسل اعتذارا عن النشر إذا كانت التقارير غير إيجابية دون الالتزام بإعادة إرسال الأبحاث إلى أصحابها أو بيان مبررات الامتناع عن النشر.
- يُعطى الباحث في حالة نشر بحثه ثلاث نسخ من العدد الذي نشر فيه بحثه.
- تمتلك المجلة حقوق نشر البحوث المقبولة فيها للنشر، ولا يجوز نشرها لدى جهة أخرى إلا بعد الحصول على ترخيص رسمي من المجلة.
- لا يحق للباحث طلب عدم نشر بحثه بعد تحكيمه وقبوله للنشر.
- ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي كاتبه، ولا يمثل بالضرورة رأي المجلة.
- يخضع ترتيب الموضوعات بالمجلة لاعتبارات فنية لا ترتبط برتبة الباحث ولا بمكانته العلمية.



التدخل الإنساني للأمم المتحدة في النزاعات المسلحة الداخلية

(الأساس القانوني - سيادة الدول - حقوق الإنسان)

النزاع المسلح غير الدولي (الداخلي) هو ذلك النزاع الذي يجري على أراضي دولة واحدة، بين قواتها المسلحة وبين قوات منشقة أو بين جماعات مسلحة فيما بينها داخل الدولة وذلك وفق شروط صارمة. ويخضع النزاع في هذه الحالات إلى المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949، والبروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف لعام 1949.

لقد اعتبرت النزاعات الداخلية إلى وقت ليس ببعيد مجالا يدخل في اختصاص الدول، ولا يمكن لدولة أخرى التدخل فيه، كما لا يعتبر من اختصاص القانون الدولي، بل يخضع للقانون الوطني للدولة، ويعتبر المتمردون في هذه النزاعات بمثابة مجرمين يطبق عليهم القانون الجنائي الوطني للدولة. وبمرور الزمن، ونتيجة للجرائم الخطيرة والرهيبية التي ترتكب أثناء هذه النزاعات، ظهرت بعض المحاولات الفقهية لإخضاع هذا النوع من النزاعات لقدر من التنظيم الدولي، وكان ذلك إبان الحرب الأهلية الأمريكية (1861-1865)، غير أن التنظيم الفعلي بدأ بنص المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف لعام 1949، ثم البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 الذي يتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية. وفرضت هذه النصوص التزامات على أطراف النزاع الداخلي، وهو ما يشكل تدخلاً للقانون الدولي في النزاعات الداخلية من أجل ضمان احترام قواعد حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة.

لكن قد تصل حدة النزاعات الداخلية إلى درجة تؤدي إلى حدوث انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، وفي هذه الحالة يطرح سؤال مهم على الصعيد القانوني يتمثل في أحقية منظمة الأمم المتحدة أن تتدخل في النزاعات الداخلية، وما هو الأساس القانوني لذلك؟ وهل ذلك يتعارض مع سيادة الدول؟

إذا تطرقنا إلى مسألة التدخل الإنساني ومدى مشروعيته القانونية، فإن المسألة تثير إشكالات كبيرة ومعقدة. إن من أهم إنجازات ميثاق الأمم المتحدة هو إقرار مبدأي حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية بمقتضى المادة 4/2 من جهة، وحظر التدخل في الشؤون الداخلية للدول بمقتضى المادة 7/2. وطرحَت هذه المسألة جدلاً فقهيًا واسعاً، حيث ظهر اتجاه يمثل خصوم التدخل الإنساني، وآخر يمثل أنصار التدخل الإنساني.

اعتمد الاتجاه الأول على حجج منها: مبدأ عدم التدخل في العلاقات الدولية، ومبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية حتى ولو تعلق ذلك باعتبارات إنسانية، كما أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان لا يوجد فيها ما يبرر التدخل كضمان لحماية حقوق الإنسان.

أما الاتجاه الثاني فقد اعتمد على حجج منها: أن نص المادتين 55 و56 من ميثاق الأمم المتحدة واللتان تتضمنان وجود مصلحة عامة للمجتمع الدولي في احترام حقوق الإنسان. كما أن القضاء الدولي رفض اعتبار حقوق الإنسان من المسائل التي تندرج في الاختصاص الوطني. ومن جانب آخر، اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن الاعتماد على نص المادة 4/2 التي تحظر استخدام القوة في العلاقات الدولية تتعلق بسلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي ولا تمنع التدخل لمنع الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان. ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أبعد من ذلك، حيث يعتبرون التدخل الإنساني أصبح يشكل قاعدة عرفية في القانون الدولي. لكن، هناك من يرد على أن التدخل الإنساني لا يشكل قاعدة عرفية على أساس أن الركن المادي غير متوافر، كما أن الركن المعنوي غير متوافر أيضاً، حيث لا تشعر أغلبية الدول بالزامية التدخل.

إن تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة الداخلية ظل وإلى اليوم يشكل جدلاً فقهيًا وقانونياً، يرتبط بالأساس القانوني، وسيادة الدول، وحقوق الإنسان، ومدى تحقيق الأمم المتحدة لأهدافها، وارتباط كل ذلك، بالمصالح في إطار العلاقات الدولية.

رئيس التحرير

الأستاذ عبد القادر حويبه

الحق في التنمية والحق في الأمن مقاربة مقارناتية تطبيقية من منظور حقوق الإنسان

بقلم

د / مبروك غضبان (*)

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة باتنة



الملخص

إن العلاقة بين الحق في التنمية والحق في الأمن هي علاقة جدلية تكاملية وتبادلية حيث أن أحدهما يؤسس للآخر ويؤثر فيه ويتأثر به وقد ينافسه أحيانا. في هذه الدراسة سنحاول التطرق إلى الحقين عبر النصوص القانونية المتعددة ثم نربط ذلك بتجارب البرازيل وكوريا الجنوبية والجزائر في مجال التنمية، وتجربتي الولايات المتحدة الأمريكية و الجزائر في مجال الأمن لنصل إلى نتيجة وهي إمكانية تحقيق الحقين ولكن ليس بالضرورة بنفس الدرجة وهذا عندما تتوفر الشروط الموضوعية (المادية) والبشرية والإستراتيجية لذلك. وهنا يطرح التساؤل هل إعمال هاذين الحقين يتطلب التضحية بحاجيات إنسانية و حقوق أخرى؟ (**)

Abstract

The relationship between the right to development and the right to security is a dialectical complementary and exchangeable relation because each right affects the other and is affected by it and some times compits with it. In this study , we will try to deal with the two rights through various juridical texts then link that to the experiences of brazil, south korea and Algeria in the developmental area and the modals of the USA and Algeria in the security area so that we can reach a conclusion that there is a possibility of achieving the two rights but not necessarily with the same degree. This happens when the objective (material) and the

hruma and strategic conditions are offered to realize that. And here, we my ask this question: Is the possibility of making the two rights requires a sacrifice of human needs and other rights?

مقدمة:

إذا كانت السيدة ماري روبرتسون مفوض الأمم المتحدة السامي لحقوق الإنسان قد بدأت مخطط عملها من أجل تجسيد ما جاء في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة المعنون "في جو من الحرية أفسح" نحو التنمية، الأمن، وحقوق الإنسان بمقولة أننا "لا نتمتع بالتنمية بدون أمن ولا نتمتع بالأمن بدون تنمية ولا نتمتع بأي منهما بدون احترام حقوق الإنسان، فإنه من جهتنا نؤمن هذه المقولة ونؤكد بأن الحق في الأمن، سواء للفرد أو الدولة، هو حق أساسي لأعمال الحق في التنمية والحقوق الأخرى المتلازمة معه وهذا كذلك ما أكد عليه الإعلان في التنمية لعام 1986 في ديباجته بقوله: "وإذ ترى الجمعية العامة للأمم المتحدة أن السلم والأمن الدوليين يشكلان عنصرين أساسيين لإعمال الحق في التنمية"⁽¹⁾.

انطلاقاً من هذا الترابط والتكامل بين الحقلين والحقوق الأخرى سنتولى دراسة الحق في التنمية وكيف تطور من حيث النصوص ثم كيف أعمل في الميدان والتطبيق وذلك في مبحث أول ثم نتعرض بعد ذلك إلى الحق في الأمن كذلك من حيث النصوص ومن حيث الأعمال وذلك في مبحث ثان مستعملين أسلوب المقارنة والمفاضلة أحيانا ما دامت المفاضلة لا تعني الإنكار لبعض الحقوق عبر سياسات منظمة ومتعددة ولكن تعني إجراء مؤقت لظرف مؤقت.

المبحث الأول: الحق في التنمية

أولاً: التطور التاريخي للحق في التنمية

يعد الحق في التنمية من الحقوق التي برزت في السبعينات من القرن الماضي وذلك من خلال مجموعة من القرارات والإعلانات والانقافات. أهم هذه الأدوات تتمثل في العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية

والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لاسيما في المادة الأولى المشتركة بينهما.⁽²⁾ ثم القرار الأممي الذي صدر عن الجمعية العامة في دورتها 23 بتاريخ 19-12-1968 والذي ربط بين السيادة الدائمة ودورها في إنجاز العشرية الثانية للتنمية.⁽³⁾ وتلى هذا القرار ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية الذي صادقت عليه الجمعية العامة بتاريخ 12/12/1974 تحت رقم 3281 والذي أكد على إقامة نظام اقتصادي دولي جديد يقوم على الإنصاف (العدل) والمساواة في السيادة، والاعتماد المتبادل والتعاون فيما بين الدول بغض النظر عن اختلاف أنظمتها الاقتصادية والاجتماعية. وبعد ذكر هذا الإعلان للمبادئ الخمسة عشرة التي تحكم العلاقات الدولية،⁽⁴⁾ انتقل إلى حقوق وواجبات الدول الاقتصادية وجاء في المادة 7 منه ما يلي: " أن كل دولة عليها مسؤولية أساسية (أولية) في ترقية التطور الاقتصادي والاجتماعي والثقافي لشعبها". ولتحقيق هذه الغاية فإن كل دولة لها الحق وعليها مسؤولية اختيار وسائل وأهداف التنمية بتعبئة مصادرها لتجسيد الإصلاحات الاجتماعية والاقتصادية ولضمان المشاركة الكاملة لشعبها في عملية وفوائد التنمية..."⁽⁵⁾

دخل الحق في التنمية أعمال لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة عندما أوصت هذه الأخيرة في قرارها رقم 4 (339) المؤرخ في 21/02/1977 بأن يقوم الأمين العام للأمم المتحدة، بالتعاون مع منظمة اليونسكو والوكالات المتخصصة الأخرى، بإجراء دراسة حول موضوع الأبعاد الدولية للحق في التنمية كحق من حقوق الإنسان من حيث علاقته بحقوق الإنسان الأخرى القائمة على التعاون الدولي بما في ذلك الحق في السلم. في سنة 1979 قامت اللجنة بإدخال مفاهيم عملها المتعلقة بالحق في التنمية بصفته أحد حقوق الإنسان الأساسية، ثم تلى ذلك إصدار إعلان الحق في التنمية بموجب القرار رقم 128/41 المؤرخ في 04/12/1986 الذي جاء في ديباجته التذكيرية مهمة "للإعمال و النصوص التي سبقت هذا النص"، ثم 10 مواد أهمها المادة

الأولى التي تثبت الحق في التنمية والمستفيد منه (م 2) أما المادة الثالثة فتحمل الدولة المسؤولية الرئيسة في تهيئة الأوضاع الوطنية والدولية المواتية لإعمال الحق في التنمية. ومن هذه الأوضاع المطلوب توفرها: وضع سياسات إنمائية دولية ملائمة بغية تيسير إعمال الحق في التنمية إعمالا تاما، القضاء على الانتهاكات الواسعة النطاق و الصارخة لحقوق الإنسان الخاصة بالشعوب و الأفراد، إزالة العقبات التي تعترض سبل التنمية والناشئة عن عدم مراعاة الحقوق المدنية والسياسية وهذا فرادى أو بالتعاون مع الدول الأخرى، تشجيع إقامة وصيانة وتعزيز السلم والأمن الدوليين وتحقيق نزع السلاح العام الكامل واستخدام الموارد المفرج عنها لأعراض التنمية الشاملة (م7). وأخيرا، اتخاذ جميع التدابير اللازمة لإعمال الحق في التنمية على الصعيد الوطني مثل ضمان تكافؤ الفرص للجميع في إمكانية وصولهم إلى الموارد الأساسية والتعليم والخدمات الصحية والعمل والإسكان والتوزيع العادل للدخل وتشجيع المشاركة الشعبية في التنمية.

إن هذا الإعلان الشامل للحق في التنمية إنما يعكس رعية الدول في اعتبار التنمية أمر من المهمة بمكان أن يبقى مسألة وطنية فقط، وإنما يجب أن يكون هدف دولي عملا واستفادة. وبهذا النص القانوني يكون الحق في التنمية قد انتقل فعلا من مستوى التصورات والسياسات إلى مستوى المبادئ القانونية الأكثر شرعية وإلزاما (مثل: من يرغب في العمل يجب أن يفعل العدل) إلى مستوى الحقوق الإنسانية التي تتضمن معنى المطالب من جهة والالتزام من جهة ثانية. والإعلان في النهاية هو تأكيد لروح ونص ميثاق الأمم المتحدة ثم النصوص القانونية التي جاءت بعده حول التنمية والإنماء والنمو. وعليه، وعلى ضوء ما سبق يستحسن أن نعرج الآن في عجلة، إلى تعريف مفهوم التنمية والتفريق بينه وبين النمو والتطور الذي صاحب مفهوم التنمية عند الأكاديميين وفي النصوص الرسمية، حتى يتسنى لنا ربط كل ذلك بالسياسات التنموية في كل من البرازيل وكوريا الجنوبية والجزائر، وهل هذه

السياسات أخذت بعين الاعتبار الأهداف السامية للتنمية كما وردت في ميثاق الأمم المتحدة والعهدين الدوليين والصكوك الأخرى التي جاءت لاحقة ومكملة لها وخاصة إعلان الحق في التنمية؟

ثانيا: التعريف بمصطلح التنمية والتفريق بينه وبين النمو:

عرف هذان المصطلحان تعريفات عديدة سنقتصر على البعض منها لضيق المكان. فقد عرف النمو الذي برز في العشرينيات من القرن الماضي على انه يعني "حالة التقدم أو الزيادة في الناتج القومي ومتوسط الدخل الفردي"، أما التنمية فتعني التحولات الحاصلة في هيكل الاقتصاد والدولة ومواقع القوى الاجتماعية والسياسية وكذلك مجالات الحياة الأخرى، مما يجعل من مصطلح التنمية الذي ظهر في الستينات من القرن الماضي اشمل وأعم من النمو. فالتنمية بهذا المعنى تتضمن النمو ولكن النمو لا يعبر فعلا عن التنمية الحقيقية. ولذلك، استعمل إعلان 1986 مصطلح "الحق في التنمية" ولم يستعمل مثلا "الحق في النمو" بخلاف ميثاق الأمم المتحدة، وفي المواد: (55 أ)، 13، 76 (ب) نجده يستعمل مصطلحات: "التطور" و"التقدم"، و"الرقى"، ثم "التنمية" بخصوص رفاة مواطني الأقاليم الخاضعة للصيانة وجاء العهدان الدوليان سنة 1966 ليستعملتا مصطلحات من قبيل "النماء"، و"التنمية" و"النمو".⁽⁶⁾

وإذا كان مصطلح النمو يعود الفضل في استخدامه إلى عالم الاقتصاد الأمريكي وولت روستو w. Rostow في كتابه مراحل النمو الاقتصادي (1959)،⁽⁷⁾ فإن مصطلح التنمية جاء به المفكر الاقتصادي الأمريكي جوزيف شومبيتر. وتعريف شومبيتر يجعلنا نتجاوز المفهوم الكمي للتطور (قياس النمو أساسا في المجال الاقتصادي) لنصل إلى المفهوم النوعي والشامل للتطور والذي أخذ به إعلان الحق في التنمية لعام 1986 ثم إعلان فينا للحقوق وبرنامج العمل، لعام 1993 لاسيما في المادة 10 منه والتي تعيد تأكيد

الحق في التنمية كما هو مبين في إعلان الحق في التنمية بوصفه حقا عالميا وغير قابل للتصرف وجزءا لا يتجزأ من حقوق الإنسان الأساسية وأن هذا الحق الذي يسهل التمتع بالحقوق الأخرى لا يجوز اتخاذه ذريعة لتبرير الانتقاص من حقوق أخرى معترفا بها دوليا. فهذا الإعلان أكد إذا على التنمية وأكد على ارتباطها بالحقوق الأخرى، وأكد، أكثر من هذا، على عدم تحقيقه، على حساب حقوق أخرى.

فالتنمية بالمعنى السابق تعني عملية حضارية لمختلف أوجه النشاطات في المجتمع بما يحقق رفاهية الإنسان وكرامته والتنمية أيضا تعني "بناء للإنسان وتحرير له وتطوير لكفاءته، وإطلاق لموارد المجتمع وتنميتها والاستخدام الأمثل لها من أجل بناء الطاقة الإنتاجية القادرة على العطاء المستمر"⁽⁸⁾ وهذا ما يجعلها تتميز بالعديد من الخصائص.

ثالثا: خصائص التنمية وأسها

من خلال التعاريف السابقة يمكن استخلاص الخصائص العامة للمفهوم وهي الشمولية، والاستمرارية، والاستقلالية، ثم الخصائص الفرعية.

1- الشمولية: أي أن التنمية تحدث تغييرا في الجوانب الاقتصادية والاجتماعية (تحسين مستوى الحياة) والثقافية (التطوير الثقافي والتعليمي) والسياسية (تطوير العمل السياسي) وقد أكد إعلان التنمية على هذه الخاصية باستعمال لفظ شاملة في النقطة الثانية من الديباجة وكذا المادة 7 من الإعلان.

2- الاستمرارية: بمعنى أن التنمية يجب أن تكون عملية متواصلة ومستمرة باستمرار الإنسان واستمرار طموحاته نحو المزيد من التطور والتحسين. وقد أكد على هذه الخاصية إعلان الحق في التنمية في م 2 (3) بقولها:

"من حق الدول ومن واجبها وضع سياسات إنمائية وطنية ملائمة تهدف إلى التحسين المستمر لرفاهية جميع السكان" ثم أكد على هذه الخاصية تقرير فينا لعام 1993 وتقرير الأمم المتحدة حول التنمية البشرية لعام 2000 وذلك بالتحذير من الانتكاسة التي أصابت عملية التنمية في عقد الثمانينات (1980) مما أطلق عليه اسم: "العقد الضائع للتنمية" وخاصة لدول العالم الثالث ومنها الجزائر على الخصوص كما سنرى لاحقا.

3- الاستقلالية في إطار التعاون الدولي: بمعنى أن التنمية الحقيقية هي التنمية المتحررة من القيود الخارجية وهي كذلك التنمية التي لا تكون مثقلة بأعباء اقتصادية وسياسية مثل المديونية والتبعية، وهروب الأموال والكفاءات، واستقلال القرار الاقتصادي والسياسي كما جاء ذلك في م 2 (2) من إعلان الحق في التنمية عندما أكدت أنه: "من حق الدول، ومن واجبها، وضع سياسات إنمائية وطنية ملائمة تهدف إلى التحسين المستمر لرفاهية جميع السكان وجميع الأفراد على أساس مشاركتهم النشطة والحررة والهادفة في التنمية وفي التوزيع العادل للفوائد الناتجة عنها. كذلك أكد العهدان في م 1 (2) على الاستقلالية وذلك بتعبير الحرية" بخصوص التصرف في ثروات الدولة.

4- الترابطية والتكاملية: بمعنى أن الحق في التنمية مترابط مع حقوق أخرى ومكملا لها مما يجعله من هذه الناحية حق مركب من مجموعة من الحقوق ومتكامل معها كما جاء ذلك في ديباجة الإعلان فقرة 9 بقولها: "إذ ترى أن جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية متلاحمة ومترابطة..." كما أن التأكيد على هذه الصفة وأرد في م 6 (2) من الإعلان التي تنص على أن: "جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية متلاحمة ومترابطة ومتساوية".

رابعا - التطور التاريخي للحق في التنمية:

ينبغي هنا أن نميز بين مرحلتي تبلور الحق وتقنينه:

I- مرحلة التبلور: لقد تزامنت الجهود الدولية لبلورة الحق في التنمية جهود الفقهاء ورجال الاقتصاد والسياسية وذلك خلال أواخر الستينيات

وعقد السبعينيات وبرز في خضم المناقشات رأيان: رأي يعتبر بأن التنمية مفهوم اقتصادي ولا يمكن أن يرقى إلى قاعدة قانونية ورأي يخالف ذلك.

- التنمية كمفهوم اقتصادي فقط: يتزعم هذا الرأي الأستاذة الفرنسية مونيك جندرو (monique gendreau) التي تعتبر أن التنمية مجرد مفهوم اقتصادي وليس قانوني لأن النظام القانوني الدولي في نظرها غير قادر على التحول نحو تحقيق أهداف التنمية.

- التنمية كحق من حقوق الإنسان: يمكن الاستشهاد هنا بالمحاضرة التي ألقاها الفقيه الإفريقي كيبا مباي (Keba M'bay) في بداية السبعينيات تحت عنوان: (le droit du développement comme un droit de l'homme)

II- مرحلة التقنين: إذا عدنا إلى مرحلة تقنين الحق في التنمية، فإننا ملزمون بالعودة إلى ميثاق الأمم المتحدة والشرعة الدولية لحقوق الإنسان والصكوك والإعلانات الدولية وأخرها إعلان الحق في التنمية لعام 1986 ثم القرارات الدولية الأخرى.

1-الميثاق: بتفحصنا لميثاق الأمم المتحدة فإننا نلاحظ استعمال مصطلحات مثل: النمو، التنمية، الرقي، أو التطور. ففي المادة 55 (أ) والمادة 73 (ب) نجد استعمال مصطلحات التقدم، التطور، و الرقي ثم التنمية.

2-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: استخدم كذلك مصطلحي النمو والتطور.

3-العهدان الدوليان: جاء في المادة المشتركة الأولى للعهدين ما يلي:

- تملك جميع الشعوب حق تقرير مصيرها، وتملك بمقتضى هذا الحق حرية تقرير مركزها السياسي وحرية تأمين نمائها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي.

- يجوز لجميع الشعوب، تحقيقا لغاياتها، التصرف الحر بثرواتها

ومواردها الطبيعية دون الإخلال بأنه التزامات منبثقة عن مقتضيات التعاون الاقتصادي الدولي القائم على مبدأ الفائدة المتبادلة وعن القانون الدولي.

4-القرار الأممي الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية والذي صدر عن الجمعية العامة في دورتها الـ 23 بتاريخ 19-12-1968 والذي ربط بين حق الدول في سيادتها على ثرواتها الطبيعية وبين إنجاز العشرية الثانية للتنمية. وهذا القرار ركز على أساليب ممارسة السيادة (التأميم ونزع الملكية) وليس مجرد الأسس القانونية للمبدأ والتي نجدها في الميثاق.⁽²⁾

5-ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية: صادقت الج.ع.أ.م. على هذا الميثاق بتاريخ 12/12/1976 تحت رقم 3281 والذي جاء التأكيد فيه على إقامة نظام اقتصادي دولي جديد يقوم على الإنصاف والمساواة في السيادة والاعتماد المتبادل والتعاون فيما بين الدول بغض النظر عن أنظمتها الاقتصادية والاجتماعية وهذا الميثاق سبقه مبادرة الجزائر سنة 1974 بخصوص انعقاد الدورة الاستثنائية للجمعية العامة للأمم المتحدة في 25/05/1974 بمعالجة تراكمات النظام الاقتصادي الموروث عن نظام ما بعد الحرب ع II وإقامة نظام جديد يستجيب لتطلعات وطموحات الدول النامية التي تشكل أغلبية الأعضاء في المنظمة الأممية بعد موجة الاستقلال التي حدثت في أواخر الخمسينيات وعقد الستينيات.

هذا الميثاق وبعد ذكره 15 مبدأ للعلاقات الدولية [الوحدة الترابية والاستقلال السياسي للدول، المساواة في السيادة بين الدول، عدم الاعتداء، عدم التدخل، المصالح العادلة والمشاركة، التعايش السلمي، الحقوق المتساوية وحق تقرير المصير للشعوب، حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية، تعويض الأضرار التي لحقت الشعوب بالقوة وحرمت الدولة من المصادر الطبيعية الضرورية لتنميتها العادلة، الإيفاء - وبحسن نية- بالالتزامات الدولية، احترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية، استبعاد

محاولات الهيمنة وخلق مناطق النفوذ، ترقية العدالة الاجتماعية ثم التعاون الدولي من اجل التنمية]، انتقل إلى حقوق وواجبات الدول الاقتصادية وجاء في المادة 7 منه ما يلي:

"أن كل دولة عليها مسؤولية أساسية (أولية) في ترقية التطور الاقتصادي والاجتماعي والثقافي لشعبها. ولتحقيق هذه الغاية، فان كل دولة لها الحق وعليها مسؤولية اختيار وسائل أهداف التنمية وبتعبئة مصادرها لتجسيد الإصلاحات الاجتماعية والاقتصادية ولضمان المشاركة الكاملة لشعبها في عملية فوائد التنمية".

وهذا ما يعبر عنه بالتنمية الشعبية والعدالة.⁽¹⁰⁾

خامسا إعلان الحق في التنمية :

سبق إعلان الحق في التنمية مبادرة لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة والمتمثلة في توصيتها للأمين العام سنة 1977 بأن يقوم، وبالتعاون مع اليونسكو والوكالات المتخصصة الأخرى، بإجراء دراسة حول موضوع الأبعاد الدولية للحق في التنمية كحق من حقوق الإنسان من حيث علاقته بحقوق الإنسان الأخرى ذات الصلة بالتعاون الدولي بما فيها ذلك الحق في السلم. وفي 1979 قامت اللجنة بإدخال مفاهيم لتوجيه عملها المتعلق بالحق في التنمية، ثم تلا ذلك صدور إعلان بتاريخ 1986/12/04 تحت رقم 128/41 هذا الإعلان جاء في ديباجة و 10 مراد أهمها المواد 7+1 م ثم 10 التي تتناول الحق في التنمية كحق من حقوق الإنسان غير القابل للتصرف وشمولية هذا الحق وخاصة بالنسبة للبلدان النامية ثم النص على وجوب اتخاذ خطوات لضمان ممارسة الحق في التنمية ممارسة كاملة وتعزيزه التدريجي بما في ذلك صياغة واعتماد وتنفيذ تدابير على صعيد السياسات وتدابير تشريعية وتدابير أخرى على الصعيدين الوطني والدولي.

إن إعلان الحق في التنمية يعكس الأبعاد التالية:

- 1- اعتبار التنمية من الأهمية بمكان بحيث لا يكون مسألة وطنية فقط وإنما يجب أن تدولن (الدولنة) بما في ذلك خير وفائدة الجميع.
- 2- انتقال مفهوم التنمية من مستوى التصورات إلى مستوى المبادئ القانونية الأكثر شرعية واحتراما (التقنين).
- 3- اعتبار التنمية مرتبطة بالسلم والأمن الدوليين: وإنه لا يمكن التمتع بالواحد دون الآخر كما جاء ذلك في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة عام 2005 بقوله:

"إننا لا نتمتع بالتنمية بدون أمن ولا نتمتع بالأمن بدون تنمية ولا نتمتع بأي منهما بدون احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية"⁽¹¹⁾ وأكد هذا الأمر الإعلان في الديباجة بالقول: "وإذ ترى الجمعية العامة للأمم المتحدة أن السلم والأمن الدوليين يشكلان عنصرين أساسيين لإعمال الحق في التنمية"⁽¹²⁾.

سادسا: المبادئ التي يقوم عليها إعلان الحق في التنمية

تؤكد معظم النصوص والوثائق الدولية، لاسيما تقارير البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة، بأن المبادئ التي يقوم عليها إعلان الحق في التنمية والحقوق بصفة عامة تقوم على ثمانية مبادئ هي:

- العالمية وعدم التجزئة.
- المساواة وعدم التمييز.
- المشاركة والاشتمال والتنظيم.
- المحاسبة والمساءلة وحكم (سلطة القانون).⁽¹³⁾

سابعا: الأسس القانونية للمبدأ:

- اختلف الفقهاء لتحديد الأسس القانونية لهذا المبدأ مما جعلهم يعتبرون أن هذه الأسس تتعدد على النحو التالي:
- الإنسان باعتباره إنسانا لا يمكن التمييز بينه وبين أخيه الإنسان.
 - المصلحة المشتركة للأفراد والشعوب.

- التضامن الدولي لتحقيق التنمية.
- التعويض عما لحق بالشعوب الضعيفة من ظلم وفقر وتخلف نتيجة للاستعمار.
- على ضوء ما سبق كيف يمكن تطبيق مبدأ الحق في التنمية على النماذج الثلاثة محل الدراسة.

ثامنا : تطبيق المبدأ الحق في التنمية على التجارب الثلاثة

- الفرضية الأولى تقول بأن التنمية السريعة تحتاج إلى التضحية ببعض الحاجيات الأساسية و التضحية بالمساواة و التضحية بالحرية.
- الفرضية الثانية تقول أن القمع السياسي وانتهاكات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ستكون أعلى في مرحلة التحديث، وتقل في مرحلة التصنيع ثم تقل أكثر في مرحلة التخرج أو الانتقال إلى المجتمع المصنع والمتطور.
- لكن ما تحقق من مكاسب اقتصادية يؤكد أن التنمية الاقتصادية لم تؤد إلى تجسيد مفهوم الحق في التنمية بعناصره المختلفة وهذا حسب الجدول التالي:

النتائج:	البرازيل
- حدثت معجزة في النمو الاقتصادي ولكن ليس في شكل التنمية الشعبية والشاملة.	1- متوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي بلغ 5.1% خلال فترة 1960-1980.
-زيادة إفقار الفقراء نسبيًا وإثراء الأثرياء.	2- نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي بلغ 2050 دولار وهو كان من أعلى المعدلات في العالم التالي حسب دولتي.
- لم تؤد التنمية إلى تساقط المنافع ولا تدفقها.	3- استتار نسبة 3/1 من السكان بحوالي 19% من الدخل القومي (GNP)
- حدث تعارض بين الفقر وعدم المساواة والقمع السلطوي	4- الخمس الأدنى من السكان (1/5) استفاد ب 3% فقط من الدخل (GNP)
الاقتصاد البرازيلي جيد ولكن الشعب بائس	

<p>تحولت سياسة القمع إلى خيار سياسي استراتيجي وليس ضرورة تنموية</p> <p>- تبرير حجج القمع على أسس أمن الدولة وحماية التنمية أو ما يسميه دونللي بالثراء الذاتي للصفوة الحاكمة.</p> <p>- تمت إلى التضحية بالحاجيات (المعيشة، والصحة) والخدماتية والتضحية بالمساواة حيث زيادة الفقر للأغلبية مقابل الثراء الفاحش للأقلية، والتضحية بالحرية عن طريق اللجوء إلى ممارسة القمع ومنع التجمعات وحرية التعبير وانتهاك مبدأ العدالة في التوزيع.</p> <p>-النموذج الديكتاتوري للتنمية لا يؤدي إلى تحقيق تنمية حقيقية تمشي وحقوق الإنسان.</p>	<p>وهذا في نسبة 1976 مقارنة ب 4% في الستينات معناه زيادة الفقر.</p> <p>5- أكثر من نصف الدخل ذهب إلى 10/1 السكان والباقي إلى 10/9 توزيع غير عادل للثروة. (وبالتالي التضحية بمبدأ المساواة وعدم تحقيق التنمية الشعبية).</p> <p>6- دخل ال 5/1 الأعلى في البرازيل يعادل 30مرة من دخل الخمس ال 5/1 الأدنى فيها. (14)</p>
--	---

<p>التتائج</p> <p>- نجاح أكثر من نجاح حسب تعبير دونللي.</p> <p>- تنمية سريعة وعادلة وشاملة إلى حد كبير</p> <p>- يمكن تفادي التضحية بالحاجات الأساسية مع التضحية ببعض الحقوق المدنية والسياسية</p> <p>- إدماج الجماهير في عملية التنمية.</p> <p>- التوزيع العادل والمقبول نسبيا للثروة.</p> <p>- نموذج ديكتاتوري للتنمية ناجح اقتصاديا مع التضحية ببعض الحقوق والحريات الأساسية بعد ما كانت كوريا</p>	<p>كوريا الجنوبية</p> <p>1- نمو النصيب الحقيقي لدخل الفرد من الإنتاج المحلي الخام (GDP) بمتوسط 7% سنويا.</p> <p>2- ارتفع نصيب الصناعة في ال GDP من 20% عام 1960 إلى 41% عام 1981.</p> <p>3- نصيب ال 40% من سكان الشريحة السلفى كان يماثل ما هو في أمريكا وأستراليا ويوغسلافيا السابقة.</p> <p>4- الفجوة النسبية بين ال 5/1 الأعلى وال 5/1 الأدنى كان اقل ب 3/1 ما كان عليه الحال في البرازيل. فنصيب ال 5/1 الأدنى كان ال 7.2% مقابل 2.8% فقط في البرازيل.</p>
--	---

<p>على أبواب الانهيار في الخمسينيات وتدخلت أمريكا لتدعم ميزانيتها بالنصف. الخلاصة عدم المساواة الصارخ في الدخل لا يعد شرطا ضروريا للتنمية السريعة.</p> <p>النموذج الكوري يحطم إلى حد ما النظريات القائلة بأن حقوق الإنسان والتنمية قضيتان متناقضتان ويؤيد بالعكس المفهوم الجديد للحق في التنمية.</p>	<p>5- نصيب ال 5/1 الأعلى كان 43.8% فقط في حين وضل في البرازيل إلى 63.6% بمعنى أن دخل ال 5/1 % الأعلى في كوريا يعادل 6 مرات دخل ال 5/1 الأدنى.⁽¹⁵⁾</p>
--	--

التتائج	الجزائر
<p>بالمقارنة مع طموحات القيادة والثروات المتوفرة والتتائج المسجلة يمكن القول بأن الجزائر لم تحقق تنمية ولم تصبح يابان البحر الأبيض المتوسط/ اتساع حجم الفقر وظهور طبقة غنية.</p>	<p>1- بقاء مشكلة البطالة قائم منذ الاستقلال إلى اليوم 30% (سنة 1967)، 28% (1977)، 10% (1985)، 12% (1988)، 20% (1991)، 24% (1993)، 28% (1997)، 29% (2000).</p>
<p>- التضحية بالحاجات الأساسية من خلال (سياسة التقشف وشد الحزام من أجل دعم اختيار أولوية التراكم الرأسمالي). التضحية بالحریات الأساسية وبالحاجات (الصحة، السكن،... إلخ).</p>	<p>2- مؤشر نمو الناتج المحلي الخام انتقل من الإيجاب على السلب على النحو التالي: 7.5% (1967-1973)، 6.6% (1974-1977)، 8% (1977-1980)، 5% (1980-1984) وفي سنة 1985 تحول إلى السالب ب -</p>
<p>- عدم القضاء على البطالة الفشل النسبي في تنمية صناعات بديلة.</p>	<p>7% (1986) / -7% (1988)، -5% (1999)، ثم 5% (1993)، ثم عاد إلى الارتفاع بعد</p>
<p>- الاعتماد شبه الكلي على الاقتصار الريعي الذي لا يعتبر عن المستوى الحقيقي. للإنتاج والإنتاجية واحترام العمل كقيمة.</p>	<p>سنة 1995 بسبب بداية ارتفاع أسعار البترول ومعدل النمو يتراوح بين 2-4% وفي سنة 2007 وصل إلى 5% حسب تقديرات السلطات الجزائرية 4.6% حسب تقديرات صندوق النقد الدولي.</p>
<p>- ممارسة القمع السلطوي وانتهاك حقوق التعبير والرأي والتجمع.</p>	<p>3- الناتج الوطني لكل فرد يبلغ 1.9% (1984)، 2.4% (1985) ثم 3.6% (1986)-</p>
<p>- الآثار السلبية المتواصلة للمديونية</p>	<p></p>

<p>الخارجية حيث وصلت خدمة المديونية إلى 39% من صادرات الجزائر سنة 1979 وترتفع هذه النسبة لتصل 57% عام 1989، وتضطر الجزائر إلى طلب إعادة الجدولة.</p>	<p>1993). 4- عجز ميزانية الدولة و التضخم: خلال سنة 1986 بلغ عجز الميزانية 15.9% من الناتج المحلي (GDP) وبلغ صافي العجز المتراكم 175722 مليون دينار ما بين 1986-</p>
<p>-التأخر الكبير في إنجاز مخططات التنمية</p>	<p>1993). 5-ارتفع مقياس الاستهلاك الأسري من المداخيل من 50% عام 1967 إلى 82% عام 1974 ثم 87% عام 1978 مما يؤكد أن القوة الشرائية في ضعف والتضخم في ارتفاع.</p>
<p></p>	<p>6- كان معدل الاستهلاك الفردي سنة 1970 حوالي 125دج، ثم ارتفع إلى 345 دج سنة 1978 وزاد الوضع تآزما عندما انخفضت القدرة الشرائية للأجرة بنسبة 25% للفترة (1993-1996). وسجلت أعلى نسبة للتضخم ب 38.5% سنة 1994.</p>
<p></p>	<p>7- عدد الفقراء بلغ سنة 2000 حوالي 6 ملايين في 32 مليون.</p>
<p></p>	<p>8- 21 مليون على عتبة خط الفقر حسب آخر تقرير للبنك الدولي.⁽¹⁶⁾</p>

المبحث الثاني: الحق في الأمن

أولاً: التعريف بالأمن والتفريق بينه وبين السلم

- الأمن يعني التحرر من الخوف والفرع.
- الأمان والطمأنينة.

ثانياً: أهمية الأمن:

يعتبر الأمن الحق الأساسي لحياة الفرد وليس مجرد زينة كالمال والبنون، بالأمن يعيش الإنسان حياته ويحقق طموحاته مع نفسه أو غيره.

ثالثاً: أنواع الأمن:

أمن الفرد وأمن الوطن (الدولة)، وأمن الجماعة (الآية): "أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف" سورة قريش) بصيغة الجماعة وليس الفرد.

أمن الفرد أو ما يسمى بالأمن الإنساني اليوم يتضمن من جانبه تفرعات عديدة حسب تقرير لجنة الأمن الإنساني لعام 2003 وهي: الأمن الاقتصادي، الأمن المائي، الأمن الغذائي، الأمن الصحي، البيئي، الأمن السياسي، الدوائي، التعليمي ثم التحرر من الخوف ومن الحاجة.⁽¹⁷⁾

رابعاً: مكانة الحق في الأمن في تصنيفات المختصين

- يعتبر هنري شو أن الحق في الأمن يأتي في البداية ثم يتبعه حقوق أخرى لأنه حق أساسي "مادام التمتع به ضروري للتمتع بالحقوق الأخرى".⁽¹⁸⁾

- يسير دونللي مع هذا الطرح لبساطته ومعقوليته ما دام هذا الحق يؤسس لحقوق أخرى.

- هناك ما يعتبر أن هذا الحق يأتي في الرتبة الثانية أو التالية من الحقوق الأساسية.

- ربط الأمن بالحرية (البلد الحر أكثر أمناً من بلد غير حر كما يقول الأستاذ كرانسون).⁽¹⁹⁾

- ربط الأمن بالعدل: "عدلت فأمنت فتمت" كما ورد في الأثر.

خامساً: الأمن في النصوص القانونية الدولية الداخلية:

الدستور الجزائري: المواد 24-39-40 التي تتكلم على: مسؤولية الدولة عن أمن الأشخاص/ وجوب احترام حرمة حياة المواطن وحرمة شرفه وحرمة مسكن/ وحرية التنقل والإقامة دون خوف.

النصوص الدولية في الميثاق:

- ربط السلم بالأمن الدولي وجعل الأول أعم من الثاني (م 26 من

الميثاق).

- ربط الأمن بأقوى جهاز هو جهاز الأمن نفسه ثم تلاه بمجالس وليجان بخصوص الحقوق الأخرى.

- اعتبر الميثاق الأمن ضمن المقاصد الأولى للأمم المتحدة.

- اعتبار السلم والأمن من الاهتمامات الخاصة بالجمعية والأمن العام والمجلس.

- ربط الأمن باستخدام القوة (م 41) بعد فشل الطرق الودية لحل النزاع (م33).

- ربط مسألة الأمن بالدفاع الشرعي باعتباره حد طبيعي لدرء الخطر.

2- العهد الدولي للحقوق م.س.م9: لكل إنسان الحق في الحرية وفي الأمن.

- لا يجوز القبض على إنسان أو اعتقاله أو حرمانه من حرياته إلا بناء على أسباب قانونية.

- حق الأمن في إطار حرية التنقل وحرية اختيار مكان الإقامة (م 12).

سادسا: الجهود الدولية لأقننة الحق في الأمن على غرار الحق في التنمية والحقوق

الأخرى قبل وبعد أحداث 2001/09/11.

- إعلان حق الشعوب في التنمية لعام 1984 وتأكيد على أن غياب الحرب هو شرط مسبق وهام للرفاهية المادية ولتطور الدولة. (20)

- قرار الجع رقم 165/54 (المؤرخ في 2000) وتأكيد على إدانة أساليب ممارسة الإرهاب الذي يشكل أعلى وأخطر أشكال التعدي على الأمن، ويعتبر هذا القرار أن أعمال الإرهاب هي انتهاكات للحق في الحياة والحرية والأمن والرفاه والتحرر من الخوف.

- الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام 1997. (21)

- الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام 1999. (22)
- إعلان الأمم المتحدة بشأن الألفية الثالثة وخاصة محور السلم والأمن الدوليين ونزع السلاح.
- قرارات مجلس الأمن عقب أحداث سبتمبر 2001.
- قرار (1368) الذي صدر بموجب أحكام الفصل 7 من الميثاق وهو يدين بصورة قاطعة وبأشد العبارات الهجمات الإرهابية المروعة معتبر هذه الأعمال تهديد للسلم والأمن الدوليين.
- قرار 1373 قرر فيه فرض التزامات محددة على جميع الأعضاء، كما قرر إنشاء لجنة مكافحة الإرهاب.
- إنشاء الأمين العام للأمم المتحدة فريق العمل (working group) في أكتوبر 2001، وقدم تقريره الأول إلى الأمين العام سنة 2002 ومما جاء فيه إقناع الفئات الساخطة بالعدول عن تبني الإرهاب.
- حرمان المجموعات أو الأفراد من سبل القيام بأعمال الإرهاب (التمويل التسليح.. الخ)
- تدعيم التعاون الدولي في القاعدة العريضة في مجال مكافحة الإرهاب. (23)

سابعا: العلاقة بين الحق في التنمية والحق في الأمن وحقوق أخرى:

- المقترح الاستراتيجي: يرى هذا المقترح أن العلاقة بين الأمن والتنمية وحقوق أخرى هي علاقة استراتيجية وتكاملية مع إعطاء أهمية للأمن. (24)
- المقترح الأيديولوجي: يرى هذا المقترح بأن العلاقة هي علاقة تنافس وأولوية الأمن على الحق في التنمية وحقوق الإنسان الأخرى، وهذا ما أكده الرئيس الأمريكي جورج بوش في تقريره الخاص باستراتيجية الأمن الوطني لعام 2000 بقوله: "التزام أمريكا بحماية حقوق الإنسان، والدفاع عن الأمة وضد أعدائها يكون الالتزام الأول والأساسي" يترتب على هذا النتائج

التالية:

- 1- حقوق الإنسان بمثابة رفاه (luxury) يمكن تحقيقها عندما يكون للحكومة القدرة المالية و الدبلوماسية الزائدة.
- 2- الحق في الأمن هو الذي يؤسس لحقوق أخرى وخاصة الحق في الحياة، والحرية والتنقل والرفاه والتنمية ويعطى الشرعية للحكم.
- 3- الأولوية لا تعني المس ببدأ عدم التجزئة ولا المساواة بقدر ما تعني وضع استثنائي بإجراءات استثنائية.
- 4- مكافحة الشيوعية قبل حقوق الإنسان (ريغان) ومكافحة الإرهاب قبل حقوق الإنسان (بوش) [استراتيجية الكل أمني].⁽²⁵⁾
- 5- قانون الباتريوت لعام 2001 والتخلي عن بعض الحرية لحماية الأمن.⁽²⁶⁾
- 6- اتخاذ الإرهاب كذريعة لمحاربة الإسلام و النظر إليه بتعصب مما تكون لدى الغرب ما يسمى بالمرض الإسلامي أو المرض من الإسلام (islamophobia).⁽²⁷⁾
- 7- تحذير الأمم المتحدة من اتخاذ من الإرهاب كذريعة التضحية بحقوق أخرى مع التشجيع على التعاون الدولي لمكافحة هذه الظاهرة طبقا للقانون الدولي العام وقانون حقوق الإنسان وقانون اللاجئين والقانون الإنساني الدولي.
- 8- تكليف المفوضية السامية لحقوق الإنسان بمتابعة تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحرية الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب.
- 9- تكليف مجلس الأمم المتحدة لحقوق الإنسان بنفس المهمة.
- 10- ربط المجتمع المدني الدولي (هيومن رايت واتش-منظمة العفو الدولية) بمتابعة احترام حقوق الإنسان في إطار مكافحة الإرهاب.
- 11- عقد اجتماعات دولية للدول الثمانية الكبار لتقييم الوضع الأمني وحقوق الإنسان (قمة اليابان 2000، قمة إيطاليا 2001، قمة كندا 2002).⁽²⁸⁾

ثامنا: تكاليف الحفاظ على الأمن في الجزائر وأمريكا باعتبارهما نموذجا لدراسة

- 1- الجزائر وميثاق السلم والمصالحة لعام (2005) وما ترتب عليه من الأموال لتسوية المأساة الوطنية.
- 2- أمريكا وإنشاء أجهزة مخبرانية إضافية بميزانية تفوق 50 مليار دولار سنة (2007) بعد ما كانت 265 مليار دولار عام 1997، ثم 267 مليار دولار عام 1998.
- 3- إنشاء وكالات خاصة للأمن ل 33 ألف مؤسسة بمبالغ تفوق 130 مليار دولار سنويا.
- 4- ارتفاع فاتورة الجزائر بخصوص مكافحة الإرهاب ماديا ومعنويا وبشريا. فمن حيث الأرواح تجاوز العدد 200 ألف ضحية ومن حيث الأموال 60 مليار حسب آخر تقرير للخبراء من منظمات Safe ward / ومنظمة oxfam.⁽²⁹⁾ هذا الرقم يمثل حوالي 4 مليار دولار سنويا كعبء على ميزانية الدولة ويؤثر بالتالي سلبا على حقوق أخرى ومنها الحق في التنمية. مما يعني أن العلاقة بين الحق في التنمية والحق في الأمن بقدر ما تكون ايجابية تكاملية في الظروف العادية فهي تتحول إلى علاقة سليمة تنافسية في الظروف غير العادية.

الخاتمة:

التائج المتوصل إليها بخصوص الحقين:

- 1- حقان يتيمان للفرد والجماعة من حيث غاياتهما ومشتلاتهما.
- 2- علاقة بينهما علاقة استراتيجية تكاملية في الظروف العادية وتنافس في الظروف غير العادية.
- 3- حقان مركبان يتفرع كل واحد منهما مجموعة من الحقوق الأخرى مما يجعلها حقان أساسيان [التمتع بأي منهما ضروري للتمتع بالآخر وبالحقوق الأخرى].
- 4- حقان يندرجان ضمن العملية السياسية ما داموا يؤديان إلى فرض مطالب أساسية على السلطة (الدولة).
- 5- اشتباه الأسس التي يقوم عليها كل حق مثل: الإنسان/ المصلحة

المشتركة/ التضامن الدولي التعويض مما يترتب من أضرار أو مس بالحقوق.
6- كل منهما يعتبر هدف يتم تحقيقه عبر المراحل (حق تدريجي)، وليس مجرد سياسة حكومية يمكن تنفيذها إذا أو بعد غد.

7- كل حق مرتبط بطبيعة النظام من حيث التصور والإجراءات والتجسيد.
8- كل حق يتطلب التضحيات ببعض الحاجيات والحقوق وكذلك تكاليف مالية عالية.

9- حقان يتطلبان التعبئة الشعبية وليس فقط الجهد الرسمي.

10- حقان مدولنان من حيث التصور والغايات منذ ميثاق الأمم المتحدة وما تبعه من صكوك دولية.

11- لا يتوفران على آليات الحماية مثل بعض الحقوق الأخرى خاصة على المستوى الدولي لإعلان الحق في التنمية مثلا يستعمل مصلحة التعزيز والإعمال وليس التطبيق والقضاء؛ مما يجعله من حق ينتمي إلى النظام الدولي الإعلاني التعزيزي لحقوق الإنسان وليس النظام الدولي الإنفاذي أو التطبيق لحقوق الإنسان. أما الوثائق المتعلقة بالحق في الأمن فتركز على مصطلحات التعاون في مكافحة الإرهاب.

. الاقتراحات:

1- الأخذ بالمعيار الاستراتيجي بخصوص العلاقة بين الحق في التنمية والحق في الأمن.

2- الأخذ بعين المعيار الأيديولوجي بخصوص العلاقة بين الحق في التنمية والحقوق الأخرى خاصة التضحية ببعض الحاجيات وبعض الحقوق على أن تكون التضحية مشتركة وليست فقط متحملة من قبل الفئات الشعبية المقهورة بينما الصفوة تعفي من ذلك.

3- تطوير ما هو موجود من قواعد وآليات لتطبيق الحقين والتأكد من إعمالهما ثم تحديد ما هو ستوقع من ثغرات وفجوات بخصوص إعمال وتطبيق وتجسيد هذه الحقوق.

قائمة المراجع:

- أولاً: الوثائق الرسمية
- 1- ميثاق الأمم المتحدة.
 - 2- الميثاق الدولية لحقوق الإنسان. دار الطليعة للطباعة والنشر. 1981.
 - 3- بيان الأمين العام للأمم المتحدة. "الاتحاد في مواجهة الإرهاب" المؤرخ في 2007/04/07 موجود على الموقع التالي:
 - 4- و لبرينغ جورج. تقرير برنامج الأمم المتحدة للتنمية لعام 2003 [http://www. Un.org/uniting](http://www.Un.org/uniting.againstterrorism/chapters.html)
 - 5- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية. اتفاقية قمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام 1997، واتفاقية قمع تمويل الإرهاب لعام 1999، عدد1 (السنة38) الصادر بتاريخ 2001/01/03.
 - ثانيا- الكتب باللغة العربية
 - 6- الموندن قبريال وآخرين. السياسات المقارنة: إطار نظري. (الولايات المتحدة الأمريكية). ط 1992.
 - 7- العنزي عبد الرحيم. صناعة النخبة بالمغرب: المخزن والمال والنسب والمقدس طرق الوصول. (الرباط: مطبعة النجاح الجديدة، ط1، 2006).
 - 8- الدكتور بسونني محمود شريف. الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان (القاهرة: دار الشروق 2003).
 - 9- الدكتور بن أشنهوا مراد. التجربة الجزائرية في التخطيط والتنمية. (بن عكنون: ديوان المطبوعات الجامعية 1982)
 - 10- دونللي جاك. حقوق الإنسان العالمية بين النظرية والتطبيق (القاهرة: المكتبة الأكاديمية، ترجمة مبارك على عثمان، 1989)،
 - 11- ديدان مولود. القانون المدني الجزائري. (الجزائر: دار النجاح للكتاب)، 2005.
 - 12- فورسايت دافيد. حقوق الإنسان والسياسة الدولية. القاهرة: (الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة، ط عربية 1، 1993).
 - 13- الدكتور راشد علاء الدين. الأمم المتحدة قبل وبعد أحداث سبتمبر 2001 (القاهرة: دار النهضة العربية، 2005)
 - 14- موريس كرانتون. ما هي حقوق الإنسان؟ لندن: بودلي هيد، 1973
 - ثالثا- المقالات باللغة العربية:
 - 15- المصري محمد السيد. "إسلاموفوبيا". جريدة الشروق اليومية، الأربعاء 10-03-2004.
 - 16- بو طالب شوب. "كتاب إسرائيل 2020- المخططة التفصيلية". جريدة الشروق اليومي 10-04-2005، عدد 1350.
 - 17- بن ناصر عيسى. "الأثار الاقتصادية والاجتماعية لبرنامج التكيف والتعديل الهيكلي في الجزائر"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، عدد 37 (ديسمبر 2002).

- 18- د. شريط عبد الله . " واقع الشراكة الاقتصادية الارومتوسطية مع دول المغرب العربي". مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، (ديسمبر 2004).
- 19- الدكتور عواشيرة رقية و الأستاذة شادية رحاب. "الحق في التنمية كحق من حقوق الإنسان". مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة العدد 15 (ديسمبر 2006).
- 20- الدكتور. عماري عمار، "الاقتصاد الجزائري -الماضي القريب و استشراف المستقبل". مجلة العلوم الإنسانية نصف سنوية. جامعة قسنطينة عدد14 ديسمبر 2000.
- 21- صالح ياسين الحاج ، " موقع الدول العربية على مقياس التنمية الإنسانية". تعقيب حول تقرير التنمية العربية لعام 2006.
- الجرائد اليومية:
- 22- جريدة الخبر اليومية. "43 مليار دولار ميزانية أجهزة الاستخبارات". الخميس 2007/11/01، ص 10.
- 23- جريدة الخبر اليومية، الأحد 27 جانفي 2008، ص 10.
- 24- جريدة الشروق اليومي " ذكرى 11 سبتمبر كيف تحولت الحرب على الإرهاب حربا على العرب والمسلمين"، الاثنين 11 سبتمبر 2006، ص 12.
- 25- تقرير جريد الشروق اليومي بتاريخ 2007/11/28، ص 3.
- رابعا المراجع باللغة الإنجليزية:
- 26- Dr. GHODBANE MABROUK. "The Algerian Policy of Foreign Borrowing And Its Development Strategy : A Dependency Theory Perspective", State University Of New York At Albany, 1985.
- 27- Hamal ali. "The Algerian Path of Development", MSC thesis, university of Bath, England, 1981.
- 28- Oliver de schutter et autre, code de droit international des droit de l'homme 3 édition a jour, a 1er may, 2005 (bruxelles : brulyit).
- 29- UNDP: A Human Rights Based Approach To Development Programming - Adding the missing link. in <http://www.Progar.org.puplication/other/UNDP/hr-hr-missing-link-2002-pdf>.
- 30- J acob g. Hornberger. "Security and the Right to Liberty مأخوذة من الموقع
- 31- William w. Burke-white, "Human Rights and National Security : the Strategic Correlation" in <http://www.Whitehouse.gov/nsc.Pdf>, January, 2005.
-
- (*)- أستاذ التعليم العالي بجامعة باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية. دكتوراه في العلوم السياسية بجامعة ألباي نيويورك (1985)، ماجستير في الشؤون الدولية، الجامعة الأمريكية بواشنطن. د.س (1980).
- (**) - هذه المقالة مستخلصة من محاضرة موسعة أقيمت بملتقى دولي بعنوان: العولمة وإعادة تشكيل المنطق القانوني بجامعة فرحات عباس بكلية الحقوق، جامعة فرحات عباس سطيف 2007.
- (1)-بخصوص هذا الإعلان يمكن الرجوع إلى كتاب الدكتور شريف بسيوني بعنوان: الوثائق

- الدولية المعنية بحقوق الإنسان (القاهرة: دار الشروق 2003) ص 40-41.
- (2)- تنص المادة الأولى المشتركة على ما يلي: "تملك جميع الشعوب حق تقرير مصيرها، وتملك بمقتضى هذا الحق حرية تقدير مركزها السياسي وحرية تأمين نماذجها الاقتصادية والاجتماعي والثقافي".
- يجوز لجميع الشعوب، تحقيقاً لغاياتها، التصرف الحر بثرواتها ومواردها الطبيعية دون الإخلال بأية التزامات منبثقة عن مقتضيات التعاون الاقتصادي والدولي القائم على مبدأ الفائدة المتبادلة وعن القانون الدولي ولا يجوز بتاتا حرمان أي شعب من أسباب عيشه الخاصة". لمعلومات أكثر تفصيلاً يمكن الرجوع إلى كتاب المواثيق الدولية لحقوق الإنسان (بيروت: دار الطليعة للطباعة والنشر، ط1 ديسمبر 1981)، ص 33.
- (3)- عندما نتكلم عن مبدأ السيادة الدائمة إنما نقصد أساليب ممارسة هذه السيادة وليس مجرد الأسس القانونية للمبدأ والتي نجدتها في ميثاق الأمم المتحدة وفي العهدين وأساليب الممارسة تظهر من خلال التأميم والنزع (نزع الملكية).
- (4)- هذا الميثاق عدد أسس العلاقات الاقتصادية الدولية الخمسة عشر وهي 1- السيادة والوحدة الترابية والاستقلال السياسي للدول 2- المساواة في السيادة لكل الدول 3- عدم الاعتداء 4- عدم التدخل 5- المصالح العادلة والمشاركة 6- التعايش السلمي 7- الحقوق المتساوية وحق تقرير المصير للشعوب 8- حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية 9- التعويض عن الأضرار التي لحقت بالشعوب بالقوة وحرمت الدولة من المصادر الطبيعية الضرورية لتنميتها العادلة 10- إنجاز -وبحسب نية- الالتزامات الدولية 11- احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية 12- غياب محاولة الرغبة في الهيمنة والبحث عن مناطق النفوذ 13- ترقية العدالة الاجتماعية 14- التعاون الدولي من أجل التنمية 15- الوصول إلى البحر والخروج منه للدول الحبيسة. هذا الميثاق صدق عليه في 12/12/1974 الدورة (29) تحت رقم 3281.
- (5)- بخصوص محتوى هذا الإعلان والتطورات التي سبقتة يمكن الرجوع إلى المقالة المشتركة للدكتورة رقية عواشري و شادية رحاب تحت عنوان: "الحق في التنمية كحق من حقوق الإنسان"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة العدد 15 (ديسمبر 2006)، ص 38.
- (6)- المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، بيروت: دار الطليعة للطباعة والنشر، 1981، ص 13.
- (7)- يؤكد الأستاذ جاك دونللي على أن هذه المراحل الثلاث تتمثل في: التحديث، التصنيع، والتخرج (الانتقال) أي الخروج من مرحلة التخلف والانتقال إلى مرحلة التطور. فالمرحلة الأولى يتم فيها بناء المؤسسات وتنظيم القاعدة الإنتاجية وآليات السوق، بينما في المرحلة الثانية نبدأ عملية التصنيع ونقل التكنولوجيا أما في المرحلة الثالثة فيبدأ التحكم في التكنولوجيا والاعتماد على النفس وهو المستوى الذي بلغته كوريا الجنوبية وإلى حد ما البرازيل، بينما الجزائر لا تزال في المرحلة الثانية وبعض الأحيان تعود إلى المرحلة الأولى رغم أن الخطاب السياسي يقول بالمرحلة الانتقالية التي طال أمدها.
- لمعلومات أكثر حول هذه النقطة يكمن الرجوع إلى جاك دونللي في كتابه حقوق الإنسان

- العالمية بين النظرية والتطبيق (القاهرة: المكتبة الأكاديمية، ترجمة مبارك علي عثمان، 1989)، ص 232-233. وكذلك كتاب قيربال الموند وآخرين بعنوان السياسات المقارنة إطار نظري، الولايات المتحدة الأمريكية، ط 1992.
- (8) - د. رقية عواشري والأستاذة رحاب شادية، "الحق في التنمية كحق من حقوق الإنسان"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية جامعة باتنة، 2006، ص 40.
- (9) - عندما نتكلم عن مبدأ السيادة الدائمة إنما نقصد أساليب ممارسة هذه السيادة وليس مجرد الأسس القانونية للمبدأ والتي نجدها في ميثاق الأمم المتحدة وفي العهدين وأساليب الممارسة تظهر من خلال التأميم والنزع (نزع الملكية).
- (10) - هذا الميثاق عدد أسس العلاقات الاقتصادية الدولية الخمسة عشر وهي 1- السيادة والوحدة الترابية والاستقلال السياسي للدول 2- المساواة في السيادة لكل الدول 3- عدم الاعتداء 4- عدم التدخل 5- المصالح العادلة والمشاركة 6- التعايش السلمي 7- الحقوق المتساوية وحق تقرير المصير للشعوب 8- حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية 9- التعويض عن الأضرار التي لحقت الشعوب بالقوة وحرمت الدولة من المصادر الطبيعية الضرورية لتنميتها العادلة 10- إنجاز و- بحسن نية- الالتزامات الدولية 11- احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية 12- غياب محاولة الرغبة في الهيمنة والبحث عن مناطق النفوذ 13- ترقية العدالة الاجتماعية 14- التعاون الدولي من أجل التنمية 15- الوصول إلى البحر والخروج منه للدول الحبيسة. هذا الميثاق صدق عليه في 12/12/1974 الدورة (29) تحت رقم 3281.
- 11 - a human rights based approach to development programming in UND P- Adding the missing link http://www.Progar.org_publication/other/UNDP/hr-hr_missing_link_2002.pdf. P6.
- (12) - بخصوص هذا الإعلان يمكن الرجوع إلى كتاب الدكتور شريف بسبوني بعنوان: الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان (القاهرة: دار الشروق 2003) ص 40-41.
- (13) - هذه المبادئ مفصلة في محاضراتنا لطلبة الماجستير ففي موضوع حقوق الإنسان بجامعة سطيف دفعة 2006-2007.
- (14) - هذه المعلومات مأخوذة من كتاب جاك دونللي، حقوق الإنسان العالمية بين النظرية والتطبيق، (طبعة جامعة كورتال 1989، ترجمة مبارك علي عثمان ومراجعة أ.د محمد نور فرحات، الطبعة العربية الأولى 1998، بالقاهرة ص ص 220 و 225)
- (15) - المرجع السابق، ص ص 230-233.
- (16) - بالنسبة للمعلومات الخاصة بالجزائر، فإنها مأخوذة من المراجع التالية ك - الأستاذ الدكتور بن أشهو مراد، التجربة الجزائرية في التخطيط والتنمية، (ابن عكنون: ديوان المطبوعات الجامعية 1982).
- الأستاذ الدكتور غضبان ميروك، "السياسة الخارجية الجزائرية نحو القروض الأجنبية واستراتيجيتها التنموية" أطروحة دكتوراه باللغة الإنجليزية جامعة الباني نيويورك 1985.
- د. عماري عمار "الاقتصاد الجزائري- الماضي القريب واستشراف المستقبل"، مجلة العلوم

- الإسانية النصف سنوية، جامعة قسنطينة عدد 14 (ديسمبر) 2000.
- بن ناصر عيسى، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لبرنامج التكيف والتعديل الهيكلي في الجزائر، "مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية" جامعة باتنة، عدد 37، (ديسمبر) 2002.
- 17- جاء في هذا التقرير ما يلي: إن المصدر الأساسي للفقير هو عجز الشعب وليس مجرد بعده عن الحكومة.
- A major source of poverty is people's powerlessness not just their distance from government**
- 18 - جاك دونللي، حقوق الإنسان العالمية بين النظرية والتطبيق (ترجمة مبارك علي عثمان مراجعة ا.د. محمد أنور فرحات، القاهرة، المكتبة الأكاديمية، 1998) ص 53.
- 19 - موريس كرانستون، ما هي حقوق الإنسان؟ لندن، بودلي هيد، 1973 ص 85 موثقة في كتاب دفيد فورسايت، حقوق الإنسان والسياسة الدولية (طبعة عربية أولى 1993، القاهرة: الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة، 1993) ص 209.
- 20 - Oliver de schutter et autre, **code de droit international des droit de l'homme 3 édition a jour a 1er may, 2005 (bruxelles : brulyit) PP 191-192.**
- 21 - بيان الأمين العام "الاتحاد في مواجهة الإرهاب المؤرخ في 2007/04/07 : [http://www. Un.org/uniting against terrorism/chapters.html,p1](http://www.Un.org/uniting%20against%20terrorism/chapters.html,p1).
- 22 - بخصوص الاتفاقتين الأخيرتين اتفاقية قمع الهجمات الإرهابية بالقنابل (1997) واتفاقية قمع تمويل الإرهاب (1999) يمكن الرجوع إلى الجريدة الرسمية للجزائر، عدد1 (السنة38) الصادر بتاريخ 2001/01/03، ص ص 03-20.
- 23 - الدكتور علاء الدين راشدة، الأمم المتحدة قبل وبعد أحداث سبتمبر 2001 (القاهرة: دار النهضة العربية، 2005)، ص 07.
- 24 - William w. Burke-white, "Human Rights and National Security : the Strategic Correlation" in [http://www. Whitehouse gov/nsc.Pdf](http://www.Whitehouse.gov/nsc.Pdf), January, 2005.
- 25 - لمعلومات أكثر حول موضوع حقوق الإنسان في السياسة الخارجية الأمريكية، يمكن الرجوع الى البروفسور دفيد فورسايت في حقوق الإنسان والسياسة الدولية. (ترجمة محمد مصطفى غنيم: القاهرة، الجمعية المصرية لنشر المعرفة و الثقافة 1993) ص 18.
- 26 - دفيد فورسات حقوق الإنسان والسياسة الدولية (الترجمة العربية 1993 ص 263.
- 27 - يقول السيد محمد المصري بأن مفهوم (إسلاموفوبيا) ظهر في قاموس السياسة الأوروبية منذ عقدين أو يزيد، ثم عرب هذا المفهوم "إلى التخويف من الإسلام والمسلمين" الذي يعرب بأنه الفزع من الإسلام وكرهه، ثم عربيه بعض العلماء بأنه "إرهاب الإسلام" أو "العداء المرضي للإسلام". لمعلومات أوضح يمكن الرجوع إلى جريدة الشروق اليومية، الأربعاء 10-03-2004، ص 11 ثم 10-03-2004، ص 09.
- 28 - هذه القمة ناقشت العديد من المسائل الدولية الحساسة مثل مكافحة الإرهاب، المشاكل الإفريقية لاسيما المديونية الخارجية والإيدز وأمراض أخرى.
- 29 - الخبر "43 مليار دولار ميزانية أجهزة الاستخبارات" الخميس 2007/11/01، ص 10.

التفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية - معالجة قانونية للأثار البيئية -

بقلم

د / يحيى وناس

قسم العلوم القانونية - الجامعة الإفريقية بآدرار



الملخص

أثارت التجارب النووية الفرنسية في الجزائر وغيرها، نقاش متعدد الجوانب، فمنها ما تناوله في شقه التاريخي ومنها ما تناوله في شقه السياسي والقانوني، أو حتى في جانبه الفني المحض في جوانبه البيئية والصحية. إلا أن الموقف الفرنسي الرسمي من هذه التجارب اختزلها في جوانبها الصحية فقط. إلا أن موقف الحكومة والمجتمع المدني الجزائري جاء مغايرا، بحيث أن طلب توسيع النقاش حول التجارب النووية في الصحراء الجزائرية إلى الحق في الإطلاع على الأرشيف المتعلق بالآثار التي خلفتها هذه التجارب، ومعالجة المواقع الملوثة بالإشعاعات، وإيجاد آليات تعويض عادلة ومبسطة من حيث الإجراءات.

Résumé

Les essais nucléaires français ont suscité, en Algérie comme ailleurs, un débat pluridisciplinaire à caractère historique, politique, juridique, environnementale et sanitaires. La position officielle du législateur français sur la question des essais nucléaires, voulait réduire le débat sur la question des essais nucléaires à son seul aspect de dommage sanitaire.

Le gouvernement et la société civil, en Algérie, voulait élargir le débat sur les conséquences des essais nucléaires français au Sahara, sur le plan environnementale et sanitaire. Le traitement de cette question, de

point de vue législatif, doit assurer d'une part le droit à l'information, c'est-à-dire assurer l'accès à toutes les archives des essais nucléaires. D'autre part, elle doit garantir l'assainissement des sites contaminés par les radiations et d'établir un régime indemnitaire, simplifié sur le plan des procédures, et équitable dans le fond.

مقدمة

منذ ما يزيد عن أربعين سنة من آخر تفجير نووي أقدم عليه الاستعمار الفرنسي في الصحراء الجزائرية في صمت وتعتيم كبيرين، زالت معهما الكثير من المعالم والحقائق والآثار، وانمحت معهما ذاكرة جيل ومكان عايشا الاعتداءات بكل تفاصيلها.

ويضاف إلى صعوبة تسجيل هذه الوقائع ومعالجتها، غياب حرية التعبير وحق الإعلام والإطلاع عن الآثار السلبية للتفجيرات النووية على البيئة والإنسان. كل هذه العوائق عززت من الخضوع لرغبة المستعمر في طمس وقائع ومعالم كثيرة مرتبطة بجريمة الاعتداء على الإنسان والمحيط من جراء التفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية.

وبعد طول مرحلة التعتيم التي طالت موضوع التفجيرات النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية، يعاد طرح موضوع التفجيرات النووية الفرنسية إلى السطح، من خلال تخصصات علمية متنوعة، كالفيزياء والتاريخ والعلوم السياسية والقانونية.

تنصب المعالجة القانونية في هذه الورقة على الآثار البيئية للتفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية. وبغية تناول هذا الموضوع ينبغي بداية مناقشة جملة الوقائع والمعطيات والحقائق المرتبطة بوقائع الاعتداء والتي تعد لازمة للقيام بتكييف قانوني لها.

ولا تتأتى هذه الخطوة إلا من خلال رفع اللبس عن السر المتعلق بالتجارب النووية الفرنسية. بحيث يصبح لزاما علينا كباحثين وسلطات عامة مناقشة موضوع رفع السر العسكري أو سر الدفاع عن الموضوعات المتعلقة

بالنفايات والإشعاعات النووية، لأن الأمر لا يتعلق بالاطلاع على أسرار عسكرية للجيش الفرنسي متعلقة بصناعة أسلحة نووية، وإنما يتعلق الأمر بالكشف عن هذه المواقع المشعة لمعالجة آثارها الصحية والبيئية.

ولأن آثار الإشعاعات النووية لازالت قائمة ومستمرة إلى غاية اليوم، فإن الكشف عن مدافن بقايا المواد المشعة ومواقع النفايات النووية، يصبح ضروريا من أجل معالجة الآثار المحتملة للإشعاعات على الإنسان والبيئة (المياه الجوفية، النبات والحيوان والتربة)..

ولتقرير مسؤولية الدولة الفرنسية عن هذه الاعتداءات، يمكن طرح المقاربة الداخلية للمسؤولية الجزئية والمبينة أساسا على المطالبة الفردية بالتعويض المادي للأشخاص المتضررين وذوي حقوقهم، وإقرار مبدأ قرينة الإثبات على الدولة الفرنسية.

وإلى جانب هذا المسار الفردي والذي ترغب السلطات الفرنسية أن تحصر فيه المعالجة القانونية للتفجيرات النووية، ينبغي طرح المقاربة الشمولية للمسؤولية عن الاعتداء على المحيط (المسؤولية عن تلوث البيئة)، على أساس تطبيق مبدأ الاحتياط بالنسبة للآثار المحتملة أو المتوقعة لبقايا النفايات أو المدافن النووية في رقان وإين إيكر بالهقار، وإقرار المسؤولية المدنية بإعادة الحال إلى ما كان عليه، وتطهير وتأهيل المواقع الملوثة بالإشعاعات.

المبحث الأول

تكريس الحق في الإعلام والإطلاع

على الآثار الصحية والبيئية للتفجيرات النووية

يشمل الحق في الإطلاع على البيانات المتعلقة بالتجارب النووية الفرنسية من ناحية مطلبا رسميا للدولة الجزائرية وهو ما يتم معالجته في المطلب الأول، ومن ناحية أخرى يعد مضمون هذه المعطيات المتعلقة بالتداعيات البيئية والصحية للتفجيرات النووية حق من حقوق المواطنين

المتضررين من هذه الإشعاعات، ولذلك استوجب الأمر مناقشة التكييف القانوني للحق في الإطلاع على الآثار البيئية والصحية للتلوث الإشعاعي الناجم عن التفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الحق في الكشف عن حقيقة التفجيرات النووية: قضية أمة

لقد مارست السلطات الاستعمارية تكتما وتعتيما كبيرين حول مجريات تفجيراتهما النووية في الصحراء الجزائرية، واستمر التعتيم بعد استقلال الجزائر وإلى يومنا هذا.

وقد شمل هذا التعتيم مختلف المناحي المرتبطة بالتفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية، فشملت الجوانب المتعلقة بالتفجير ذاته من حيث التضارب في عدد التفجيرات وقوتها والأماكن التي أجريت فيها، والظروف التي تمت فيها. كما شملت الآثار المرتبطة بهذه التجارب، من آثار صحية على السكان سواء بشكل مباشر جراء تعرضهم للإشعاعات المباشرة الناجمة عن التفجيرات، أو الآثار الصحية الجانبية لتأثير الإشعاعات اللاحق والمستمر لغاية اليوم. وشمل التعتيم أيضا الآثار البيئية للإشعاعات النووية على النبات والحيوان والمياه.

كما تضمن التعتيم الكشف عن المدافن النووية الخاصة بالمعدات والنفايات المشعة المتبقية عن عمليات التفجير، والتي لازالت تحدث آثارها في صمت رهيب.

ومما زاد من ضبابية ملف التفجيرات النووية هو مساهمة السلطات العمومية منذ الاستقلال وإلى غاية السنوات الأخيرة، في فرض وترسيخ هذا التعتيم، بحيث كان بإمكان السلطات العمومية الكشف عن الجوانب الصحية والبيئية لآثار الإشعاعات النووية، واتخاذ التدابير اللازمة لتفادي تعرض الأشخاص للإشعاعات، من خلال تسييج وعزل المناطق المشعة، وتجميع الملفات الطبية التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالإشعاعات.

لم تفتح السلطات العمومية ملف التفجيرات النووية إلا خلال السنوات الأخيرة وبشكل غير رسمي في إطار أشغال مؤتمرات علمية ذات أبعاد وتخصصات مختلفة¹. ومقابل هذا الانفتاح ظلت الكثير من الأسئلة القانونية الحاسمة عالقة بملف التفجيرات النووية والتي يمكن أن نذكر منها مسألة إدراج حق الدولة الفرنسية بعد الاستقلال بالاحتفاظ بمواقع إجراء التفجيرات النووية في رقان وإين إكر بالصحراء الجزائرية وبعض المواقع العسكرية الأخرى بشار وحماقير ولمدة خمسة سنوات².

تتجلى أوجه التضارب الأولى حول عدد التفجيرات التي قامت بها فرنسا في الصحراء الجزائرية قبل وبعد الاستقلال، فبينما يتحدث بعض الباحثين الجزائريين عن 57 تفجير نووي والتي كانت جميعها عادل قوتها التفجيرية 600 كيلوطن أي ما يعادل 100 مرة قوة التفجيرية لهيروشيما، ويشير الباحث إلى أن السلطات الاستعمارية استخدمت 3500 عامل جزائري في مواقع التفجيرات ضنا منهم أنهم يعملون في مناجم للذهب³. بينما تتحدث التقارير الفرنسية الرسمية عن وجود مجرد 17 تفجيرا في الصحراء الجزائرية⁴، كما يشير التقرير البرلماني إلى أن عدد السكان بهذه المنطقة كان لا يتجاوز 40.000 شخص وبأنه لم يكن يقطن شعاع 100 كلم لإجراء أول تفجير نووي في 13 فبراير 1960 إلا 500 ساكن⁵.

كما يشير التقرير البرلماني الفرنسي لعام 2001 حول التداعيات البيئية والصحية للتجارب النووية الفرنسية التي أجرتها فرنسا ما بين 1960 و1996، إلى أنه بمنطقة مودية أجريت الأربع تفجيرات الجوية الأولى من 13 فبراير إلى 25 أبريل 1961، ولم يتجاوز عدد السكان الذين يعيشون في محيط شعاع 100 كلم إلا 2000 شخص بمنطقة إين إكر، بينما يقدر عدد العاملين المدنيين والعسكريين العاملين في هذا المشروع بـ 10000 شخص. كما يشير التقرير البرلماني قيام السلطات الفرنسية بإخضاع 24000 لقياس الإشعاع الخارجي، من بينهم 8000 خضعوا للمراقبة خلال الربع تفجيرات الجوية الأولى. كما

يشير نفس التقرير إلى أنه خلال تفجيرات اليرابيع أخضعت السلطات الاستعمارية الفرنسية 125 مدني من بينهم 70 من الرحل وسجلت غياب أي إصابات بالتشع⁶.

ويشير التقرير البرلماني لعام 1997 حول التقييم والبحث وتسيير النفايات المشعة ذات التشع المرتفع، إلى أن السلطات الجزائرية، منذ الاستقلال وإلى غاية هذا التقرير لم تقدم معلومات أو قياسات حول التلوث الإشعاعي بالمناطق التي أجريت بها التفجيرات النووية الفرنسية، كما لا يتعرض التقرير إلى موضوع النفايات المشعة وإلى تواجدها بالصحراء الجزائرية⁷.

وخلاصة هذه التقارير البرلمانية الفرنسية الرسمية وهي تقرير حول 1997 حول النفايات النووية، وتقرير 2001 الخاص بالآثار البيئية والصحية، أن الموقف الرسمي الفرنسي يعبر عن التنصل بشكل كامل من مسؤوليته عن الأضرار التي أصابت ولا زالت تصيب الإنسان والطبيعة في الصحراء الجزائرية.

ولم يقابل هذه التقارير الرسمية أي تقرير جزائري رسمي على الأقل منشور، ليدون الحقائق الميدانية التي لا زالت تشهد على بقاء آثار الاعتداءات.

كل هذا التعتيم والتضارب في البيانات المتعلقة بملف التجارب النووية في الجوانب الصحية والبيئية وبعض جوانبه القانونية، يخلط بالاعتبارات العسكرية المتعلقة بالسر النووي، ويطرح أسئلة حقيقية حول كيفية معالجة الآثار المترتبة على هذه الاعتداءات النووية.

لذلك يصبح أمرا ملحا فتح نقاش قانوني دقيق حول الحق في الإعلام والإطلاع على كافة البيانات والمعطيات والحقائق المتعلقة بالتجارب النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية، ليتسنى بعد ذلك معالجتها من مختلف الجوانب الصحية والبيئية والفيزيائية والقانونية وغيرها.

المطلب الثاني: التكيف القانوني للحق في الإطلاع على الآثار البيئية والصحية للتلوث

الإشعاعي

يندرج تكيف الحق في الإطلاع على الآثار البيئية والصحية للتلوث الإشعاعي الناجم عن التفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية، ضمن المبادئ العامة التي نص عليها قانون 10-03 المتعلق بحماية البيئة، والذي يقضي بأنه من حق المواطنين الحصول على المعلومات المتعلقة بالأخطار التي يتعرضون لها في بعض المناطق وكذا تدابير الحماية التي تخصهم، ويطبق هذا الحق على الأخطار التكنولوجية والأخطار الطبيعية المتوقعة، وترك للتنظيم تحديد كيفية ممارسة هذا الحق⁸.

يشمل الحق في الإطلاع على الآثار البيئية والصحية للتلوث الإشعاعي الناجم عن التفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية، موضوعين أو محورين أو مسارين منفصلين عن بعضهما البعض تماما.

يشمل المسار الأول الالتزام القانوني الذي يقع على السلطات العامة الوطنية، والمتمثلة في المصالح الإدارية البيئية والصحية في تبليغ المواطنين بواقع المعطيات النظرية والميدانية حول الإشعاعات وآثارها المحتملة والمواقع الملوثة التدابير المتخذة. وهذا المسار يجد مصدره في الدراسة العلمية للمواقع المشعة ونشر البيانات المتعلقة منها بالبيئة والصحة للمواطنين، وه ما لم تقم به السلطات العامة. كما يشمل المسار الأول أيضا الملف الصحي الكامل عن كل المرضى الذين تعرضوا للإشعاعات، بغية تمكينهم من الحصول على حقوقهم في التعويض العادل من الدولة الفرنسية.

كما يشمل المسار الأول والذي يقع على عاتق الدولة الجزائرية الكشف عن الإطار القانوني الخاص باحتفاظ الدولة الفرنسية بمواقع إجراء التفجيرات النووية. فحق المواطن الجزائري ينصب أولا على هذه المعطيات والحقائق الميدانية الممكنة المتاحة لدى السلطات العمومية الجزائرية.

أما المسار الثاني فيشمل مطالبة الجزائر السلطات الفرنسية بالكشف الكامل عن موضوع التفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية، وفي هذا الإطار تطالب الدولة الجزائرية بفتح الأرشيف الفرنسي الخاص بالتجارب النووية، وتقديم خريطة كل التجارب وكذا كل المعطيات المادية والنظرية لمواجهة الآثار المحتملة لهذه الإشعاعات على الإنسان والبيئة. وأشار وزير الخارجية أنه بالرغم من وجود اتفاق باسترجاع الأرشيف إلا أن السلطات الفرنسية لم تحترم بشكل كامل التزاماته، وأشار وزير الخارجية بأن المفاوضات حول آثار التجارب النووية لا تزال متعثرة⁹.

ويعود السبب في عدم تطور الحق في الإطلاع على الآثار البيئية والصحية للتجارب النووية، إلى الربط الآلي بين هذا الموضوع والسر النووي العسكري. هذا الربط ينطلي على مغالطة قانونية وموضوعية، بحيث أن الأمر لا يتعلق بالإطلاع على أسرار عسكرية لصنع قنبلة نووية، وإنما يتعلق الأمر بالكشف على البيانات التي تساعد على مواجهة الآثار المحتملة للتجارب النووية على الإنسان والطبيعة، وهنا الأمر لا يتعلق ولا يرتبط بالنشاط العسكري ذاته، وإنما إدارة مخلفات هذا النشاط.

ولما تعذر على الحكومة الجزائرية إحراز أي تقدم في هذا الجانب لجأت إلى الوكالة الدولية للطاقة الذرية، من أجل القيام بقياسات ميدانية لتحديد الآثار الصحية والبيئية للتجارب النووية بمنطقة حمودية أدرار، وإين إيكر بتمنراست. وقد نظمت الوكالة الدولية للطاقة الذرية للمواقع التي جرى فيها التفجير في نوفمبر من عام 1999، وبقي فريق الخبراء المشكل من مفتشين تابعين للوكالة ومدعومين بخبراء من الوكالة الوطنية للطاقة الذرية، واستمر العمل يومين بمنطقة حمودية ويومين بمنطقة إين إيكر. ولم ينشر تقرير هذه البعثة إلا في مارس 2005¹⁰ وبعد مشاورات مع وزارة المجاهدين. لم تقتنع السلطات الجزائرية بالتوصيات والتناح التي توصل إليها التقرير مما دعاها إلى تنظيم ملتقى دولي سهرت على تنظيمه وزارة المجاهدين من 13

إلى 16 فيفري 2007.

تعد مثل هذه الخطوات ولو أنها بالقياس الزمني لبقاء الدلائل فيها تراخي نوعا ما، إلا أنها لازمة لتجميع ما يلزم بيانات ومعطيات حول التجارب النووية الفرنسية في الصحراء.

يعد مسار تجميع البيانات والمعطيات الخاصة بالتجارب النووية لازما لفتح نقاش قانوني ومطالبة قضائية للتعويض عن الأضرار التي يتم حصرها.

المبحث الثاني:

التعويض عن الآثار البيئية والصحية للتجارب النووية

تنوع المقاربات القانونية التي يمكن من خلالها تناول موضوع مسؤولية الدولة الفرنسية عن هذه التفجيرات النووية، إذ يمكن أن تناول على أنه جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية، كما يمكن أم تأخذ مسار المسؤولية الولية في إطار القانون الدولي العام، وهي المقاربات التي ليست موضوع المناقشة في هذه الورقة، لأنها متخصصة في الآثار البيئية والصحية للتجارب النووية.

ولذلك تم التركيز كيفية إعادة تأهيل وإعادة الحال إلى ما كنت عليه المواقع التي تعرضت للإشعاعات في المطلب الأول، ومناقشة الطرق القانونية والقضائية المتاحة للحصول على التعويض العادل بالنسبة لكل المتضررين في المطلب الثاني.

المطلب الأول: النظام القانوني للمواقع الملوثة بالإشعاعات في قانون البيئة

لم يتناول قانون البيئة 03-10 موضوع المواقع الملوثة إلا في مرحلة متأخرة، بحيث نص ضمن الفصل الرابع على مبدأ أساسي حقيقي يقضي ضرورة حماية الأرض وباطن الأرض والثروات التي تحويها بصفقتها موارد قليلة وغير قابلة للتجديد من كل أشكال التدهور أو التلوث¹¹.

كما نص على تخصيص الأراضي للاستعمال المطابق لها، وأن يكون استعمالها لأغراض تجعل منها غير قابلة للاسترداد محدودا¹²، كما أحال

القانون على التنظيم بوضع تدابير خاصة لمكافحة تلوث الأرض ومواردها بالمواد الكيماوية وكل مادة أخرى يمكن أن تحدث ضررا بالأرض في الأمدين القصير أو الطويل¹³، يعد هذا النص الإطار التنظيمي المباشر الذي يمكن من خلاله معالجة المواقع الملوثة بصورة متخصصة.

كما أخذ المشرع الجزائري بالمفهوم النوعي لتلوث المواقع، عندما أخذ بمعيار ضبط القيم القصوى ومستوى الإنذار للمواد التي يمكن أن تلوث الأرض وباطن الأرض¹⁴، ولم يصنف التلوث الإشعاعي ضمن النفايات الخاصة الخطرة¹⁵، بالرغم من تطابق بعض آثار النظائر المشعة مع ما يمكن أن تحدثه النفايات الخاصة الخطرة مثل كونها محدثة للسرطان، وخطرة على البيئة¹⁶.

وبالرغم من صدور مرسوم 05-117 المتعلق بالحماية من الإشعاعات المؤينة¹⁷، إلا أنه استثنى بنص صريح تطبيق هذا المرسوم على التعرض للإشعاعات النووية المركزة¹⁸، التي يمكن أن تكون من مصدر ناجم عن استخدام عسكري كما هو عليه الحال في الإشعاعات الناجمة التفجيرات العسكرية الفرنسية في الصحراء الجزائرية.

وبدوره لم يتناول المرسوم الرئاسي 05-119 المتعلق بتسيير النفايات المشعة¹⁹، كيفية معالجة المواقع الملوثة الناجمة عن التفجيرات النووية في الصحراء الجزائرية، كما لم يتناول موضوع المدافن أو النفايات النووية المتبقية من التطبيقات العسكرية في مواقع التجارب، وتناول بشكل خاص متنجي أو مستغلي منشآت تتصلب أنشطتها بالنفايات المشعة.

ونتيجة لهذا الغموض الذي يكتنف معالجة الآثار السلبية للنشاطات الإشعاعية بالمواقع الملوثة بالصحراء الجزائرية، فإن تحمل السلطات الجزائرية لمسؤولياتها لا يزال بعيدا، وذلك بالرغم من أن وزير المجاهدين صرح "بأن الدولة الجزائرية قادرة على امتلاك التكنولوجيا الملائمة لإزالة الإشعاعات ولكن ليس في الحين. وأشار بأن الجزائر تواجه صعوبات ميدانية

للتخلص من آثار هذه القنابل، ولا يمكنها بالنظر إلى واقع الحال أن تحل هذا الإشكال لوحدها...²⁰.

المطلب الثاني: التعويض عن الأضرار الناجمة عن التلوث الإشعاعي

لقد ساد توجه عام رسمي لدى السلطات الفرنسية على تحديد موضوع المسؤولية عن التفجيرات النووية، في كونه مسؤولية عن بعض الأمراض التي أصابت الأشخاص الذين تعرضوا للإشعاعات. هذه الرؤية التقزيمية لحصر الجريمة النووية في مجرد مسؤولية عن أمراض مهنية صحية صرفة، هو انحراف كبير بموضوع معالجة المسؤولية عن هذه التجارب النووية.

وقد كرس المشرع الفرنسي هذه النظرة الضيقة للمسؤولية عن هذه المواقع، من خلال قانون 22 ديسمبر 2009 والمتعلق تعويض ضحايا التفجيرات النووية، وإذا ربطنا هذه الرؤية الضيقة مع المواقف الرسمية الفرنسية من الحقائق التي تنشرها في التقارير الرسمية سنصل إلى نتيجة مفادها أنه لا يمكن الحصول على التعويض إلا لفئة قليلة من الأشخاص، ممن تتوفر فيهم الشروط المتطلبة في قانون التعويض.

وبالرغم من مشروعية التعويض المادي عن الأضرار الجسمانية والخلقية التي لحقت بالسكان، فإنه لا يمكن القبول بحصر آثار التجارب النووية البيئية والصحية في مسؤولية مدنية عن أمراض مهنية. ومقابل هذا الإقرار الفرنسي بعد النفي الذي طال ملف التعويضات لأكثر من نصف قرن، فإنه ينبغي أن نعتبر هذه المحطة هي بداية لفتح نقاش قانوني حول الأبعاد الأخرى المتعلقة بالمسؤولية عن التجارب النووية، وليس غلق نهائي لملف التعويضات.

ونتيجة لما تقدم وبعد إقرار التعويض المادي للأشخاص المتضررين وذوي حقوقهم، وإقرار مبدأ قرينة الإثبات على الدولة الفرنسية فنترح إقرار المسؤولية المدنية وفقا للأوجه التالية:

1- المسؤولية على أساس مبدأ الاحتياط، للأضرار المحتملة على الصحة

والبيئة بالمناطق التي أجريت فيها التجارب.
2- إقرار المسؤولية المدنية بإعادة الحال إلى ما كان عليه وتطهير وتأهيل المواقع الملوثة.

خاتمة

يتبين من خلال هذه المحاولة القانونية لدراسة الآثار البيئية والصحية للتجارب النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية، بأن المعطيات والبيانات اللازمة لمعالجة هذا الموضوع غير مكتملة، ولا زال يحيط بها الكثير من التعتيم والسرية والتلاعب في تحديد هذه البيانات وهذا ما يظهر من خلال التقارير البرلمانية الفرنسية، ويقابلها غياب أو على الأقل عدم نشر البيانات المتعلقة بالدراسات التي أجرتها المصالح الوطنية بخصوص الآثار الصحية والبيئة للتفجيرات النووية.

ونتيجة لوجود حالات تشابه أو تقارب بالنسبة لآثار التجارب النووية في الصحراء الجزائرية مع حالات أخرى، والتي من بينها التجارب النووي الفرنسية في بولينيزيا²¹، فقد استندنا في هذه الاقتراحات والتوصيات إلى تجميع جملة من التجارب العلمية في مواجهة الآثار البيئية والصحية للتفجيرات النووية، ولذلك تتسم هذه الاقتراحات بالواقعية كما أنها تعد جزءا من الممارسة الدولية في هذا الشأن.

وانطلاق من هذه الممارسة يمكن أن يكون مطلب رفع السر النووي العسكري عن كل التفجيرات وآثارها والمدافن النووية ومناطق إجراء التفجيرات وعدد السكان الذين تعرضوا للإشعاعات، وكذا حصر المخاطر والمضار الإشعاعية المستمرة أو المستديمة، ووضع آليات لتفاديه، من بين أولى المنطلقات البديهية لإمكانية معالجة الموضوع بشكل كامل وصحيح ودقيق.

يمكن أن تشمل مطالبات الدولة الجزائرية في آن واحد الكشف عن كل ما يتعلق بهذه التفجيرات، وكذا البحث عن أفضل ترميم لهذه الأضرار، من خلال

إعادة الحال إلى ما كانت عليه المواقع وإيجاد آليات تعويض ملائمة للأضرار التي أصابت ولازالت تصيب المحيط والموارد المائية الجوفية بالصحراء. وكذا إيجاد تعويض اقتصادي مادي لسكان المناطق المتضررة من الإشعاعات لحرمانهم من استغلال هذه الموارد الطبيعية وهذه الفضاءات الملوثة.

وفي مواجهة الآثار الصحية للإشعاعات بهذه المناطق ينبغي اعتماد مخبر للتحليل الإشعاعي يتولى وظيفة محددة في الكشف عن هذه الإشعاعات وآثارها، والقيام بالمتابعة الصحية للسكان للمصابين اتخاذ العلاج الملائم، ووقاية السكان الآخرين من احتمال التشعع. والاعتراف بالأمراض المهنية الناجمة عن الإشعاع النووي.

ولأن ذاكرة المكان والأشخاص الذين عايشوا هذا التفجيرات لا زال تحتفظ ببعض الآثار عن التفجيرات النووية، وجب إنشاء مركز أورشيف وطني ومحلي حول معطيات الاعتداءات النووية، لحفظ وصيانة الذاكرة الوطنية.

وعلى الصعيد الدولي إنشاء لجان للحوار والتشاور بين الدولتين الجزائرية والفرنسية حول موضوع الإشعاعات النووية وآثارها على الصحة والبيئة، والتفكير في كيفية معالجتها. كما يمكن إنشاء جبهة تضم الدول المتضررة من الإشعاعات لمواجهة حالات التدهور البيئي بالإشعاعات، وإيجاد توافق دولي حول كيفية معالجه آثارها.

الهوامش:

1 - قامت وزارة المجاهدين من خلال المركز الوطني للدراسات والبحث في الحركة الوطنية وثورة أول نوفمبر 54، بتظيم سلسلة من الندوات الوطنية حول التجارب النووية، يناهز عددها ثمانية أو تسعة ندوات. ولم يفتح موضوع التجارب النووية وآثارها للنقاش والتداول العلمي والصحفي إلا خلال التسعينيات، وظل مع ذلك موضوعا علميا بحثنا، ولم يسمح ذلك بقيام مثلا السلطات الصحية أو البيئية بالكشف عن التأثيرات البيئية أو الصحية.

2 - Article 04 de la déclaration de principes relative aux questions militaire, Accords D'Évian, direction générale de la fonction publique, imprimerie officielle, Alger, 1962.

3 - Docteur khiati Cité par Nadja Bouaricha, Colloque sur les essais nucléaires dans le sud algérien : Appel à la décontamination des sites. Quotidien ELWATAN, 23 février 2010.

4 - RAPPORT N° 1264, relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais ou

accidents nucléaires, Assemblée générale, 19 novembre 2008. Mme Christiane TAUBIRA PAR Mme Christiane Taubira, Députée.

5 -ibid

6 -Rapport N° 3571 *sur les incidences environnementales et sanitaires des essais nucléaires effectués par la France entre 1960 et 1996 et les éléments de comparaison avec les essais des autres puissances nucléaires*, par M. Christian BATAILLE, député et M. Henri REVOL, sénateur. Assemblée nationale, 05 février 2001.

7 - Rapport N° 541 *sur l'évolution de la recherche sur la gestion des déchets nucléaires à haute activité*, par M. Christian BATAILLE, député. Assemblée générale 15 déc. 1997.

8 - المادة 9 من قانون 10-03 المتعلق بحماية البيئة. والملاحظ أنه ورد تضييق للحق في الإعلام حول المخاطر الكبرى الطبيعية أو التكنولوجية على مستويين، يمثل المستوى الأول في حصر هذا الحق على المواطنين فقط، أي للأشخاص الذين يحملون الجنسية الجزائرية، وهو عكس ما نص عليه مشروع هذا القانون في جميع الحالات الأخرى التي استخدم فيها مصطلح الأشخاص، ويمثل المستوى الثاني في تضييق هذا الحق وقصره على المواطنين الذين يقطنون المناطق التي تتواجد فيها مصادر المخاطر الكبرى سواء الطبيعية أو التكنولوجية، وبذلك لا يجوز مثلا لمواطن لا يقيم بمنطقة معرضة لمخاطر كبرى لمنشأة ما أن يطالب بحقه في الإعلام عن هذه المخاطر.

9 - Achira MAMMERI, *Détérioration des relations entre Alger et Paris le coup de grisou*, L'Expression : 14 janvier 2010. Il s'agit d'une déclaration de M. Mourad MEELCI ministre des affaires étrangères.

10 - IAEA, *Radiological Conditions at the Former French Nuclear Test Sites in Algeria:Preliminary Assessment and Recommendations, radiological assessment reports Series*, IAEA, March 2005.

<http://www-pub.iaea.org/mtcd/publications/PubDetails.asp?pubId=7174>

11- المادة 59 من قانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة.

12- المادة 60 من قانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة.

13- المادة 62 من قانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة

14- المادة 10 من قانون 03-10 المتعلقة بحماية البيئة

15- المرسوم التنفيذي رقم 05-315 المؤرخ في 10 سبتمبر 2005، يحدد كيفية التصريح بالنفايات الخاصة الخطرة ج ر عدد: 2005/62.

16- الملحق الأول للمرسوم التنفيذي 06-104 الذي يحدد قائمة النفايات بما في ذلك النفايات الخاصة الخطرة ج ر عدد: 2006/13.

17 - مرسوم رئاسي 05-117 المؤرخ في 11 أبريل سنة 2005، يتعلق بتدابير الحماية من الإشعاعات المؤينة. ج.ر عدد: 2005/27.

18 - المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 05-117 السابق.

19 - مرسوم رئاسي 05-119 المؤرخ في 11 أبريل 2005، يتعلق بتسيير النفايات المشعة. ج.ر عدد: 2005/27.

20 - Nadjia Bouaricha, *Colloque sur les essais nucléaires dans le sud algérien : Appel à la décontamination des sites*. Quotidien ELWATAN, 23 février 2010.

21 - Assemblée de la Polynésie française, *les polynésiens et les essais nucléaires*, commission d'enquête sur les conséquences des essais nucléaires, délibération N° 2005-072/APF du 15 juillet 2005, JOFF du 28 juillet 2005.

التحكيم الإلكتروني

بقلم

د/ سيف الدين إلياس حمدتو
كلية القانون - جامعة شتدي - السودان



الملخص

التحكيم وسيلة من وسائل تسوية المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تتبعه من إجراءات وما تأخذه من وقت قد لا تسمح به ظروف بعض المعاملات، فهو نوع من العدالة الخاصة ينظمه القانون ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العام في حالات معينة، كي تُحل بواسطة أفراد عاديين يختارهم الخصوم لئسند إليهم مهمة القضاء بالنسبة إلى المنازعات القائمة بينهم.

والتحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي، إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، فلا وجود للورق والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم، حتى أن الأحكام قد يحصل عليها الأطراف موقعة وجاهزة بطريق إلكتروني، وأهم ميزة للتحكيم الإلكتروني هي سرعة الفصل في النزاع، وهذه الميزة تفوق كثيراً ما عليه المنازعات في أروقة المحاكم الوطنية ومراكز التحكيم التجاري العادية، والسبب في ذلك يرجع إلى أنه لا يلزم في التحكيم الإلكتروني انتقال أطراف النزاع أو الحضور المادي أمام المحكمين، بل يمكن سماع المتخاصمين عبر وسائط الاتصال الإلكترونية بواسطة الأقمار الاصطناعية.

كما أن التحكيم الإلكتروني يمكن من تبادل المستندات والأدلة فيما بين أطراف خصومة التحكيم في ذات الوقت عبر البريد الإلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، فضلاً عن أنه يوفر ميزات إضافية، حيث إن عملية التسوية تُحاط عادة بسرية تامة منذ إرسال طلب التوسط في حل النزاع وحتى الوصول إلى تسوية نهائية ومرضية للطرفين، ومما لا شك فيه أن هذه السرية تُعد من أهم المسائل التي يحرص عليها التجار والمتعاملون في حقل التجارة الدولية.

ويشمل نطاق التحكيم الإلكتروني النظم والتقنية المعلوماتية، والحوسبة التطبيقية، والمعاملات الإلكترونية وما يتصل بها، ويهدف التحكيم الإلكتروني إلى تنقية وتأمين بيئة العمل الإلكتروني من خلال تسوية أو حل المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية، سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية، وسواء كانت في القطاع العام أو الخاص أو بينهما، مع مراعاة إجراءات التحكيم في القطاع العام الواردة في قوانين ونظم التحكيم المختلفة، كما أن التحكيم الإلكتروني يقدم الخدمات الاستشارية، التي من شأنها منع حدوث المنازعات، من أجل مجتمع رقمي معافى.

وإذا صححت الرواية بأن التجارة الإلكترونية هي إسقاط لحكومة الورق، فذات مصير حكومة الورق سيجابه التحكيم التقليدي ولو بعد حين؛ لأن التحكيم الإلكتروني يجمع مع مميزات التحكيم التقليدي مميزات شبكة الإنترنت التي مازالت رقعته تتسع يوماً بعد يوم لما تقدمه من أحدث الخدمات وفي كافة ميادين المعرفة.

Abstract :

Arbitration and a means of settling disputes strength to depart from the ways of litigation regular and follow procedures and take the time may not allow the circumstances of certain transactions, is a kind of private justice is regulated by law and allows whereby remove some of the disputes on the mandate of general jurisdiction in certain cases, in order to solve by private individuals selected by the opponents to assign them the task of eliminating for disputes among themselves.

And arbitration-mail is no different from arbitration traditional, except through means which are of the arbitration proceedings in the virtual world, there is no paper and write traditional or physical presence of people in this arbitration, so that the provisions had been obtained by the parties, signed and ready penguin mail, and the most important feature of arbitration-mail is the speed of determination of the dispute, and this feature is far superior to what it conflicts in the corridors of national courts and arbitration centers, commercial regular, and the reason for this is that it is not necessary in the arbitration e-transfer of the Parties to the conflict or the physical presence before the arbitrators, but could hear the rival media through electronic communication by satellite.

The arbitration-mail can exchange documents and evidence among the parties dispute arbitration at the same time via email or any other electronic means, as well as it provides additional features, where the process of the settlement kept usually in total secrecy since the request is sent to mediate in conflict resolution and even access a final settlement satisfactory to the terminal, there's no doubt that such secrecy is one of the most important issues handled by the merchants and dealers in the field of international trade

The scope of the arbitration-mail systems and information technology, computing applications, electronic transactions, and related aims arbitration-mail to the purification and secure work environment-mail through a settlement or resolution of disputes arising out of legal relationship, whether related to contractual or non-contractual, whether in the public sector private or between them, taking into account the arbitration proceedings in the public sector contained in the laws and regulations of the various arbitration, and arbitration-mail offers advisory services, which would prevent conflict, to a digital society healthy.

If true, the novel that electronic commerce is to overthrow the government paper, One fate of the paper would get arbitration traditional even after a while, because the arbitration-mail combines with the advantages of arbitration traditional advantages of the internet that is still geographically bigger day after day for their latest services in all fields of knowledge.

مقدمة:

التقدم العلمي في المجال الإلكتروني، وما تبعه من تنمية معلوماتية، واتجاه التجارة إلى التعامل الإلكتروني الدولي الذي يقوم على السرعة في

إبرام العقود وتنفيذها، أثر في الكثير من جوانب المعاملات بين الأفراد، ومنها التأثير البالغ على المراكز القانونية وأسس المسؤولية المدنية والجنائية، ونشأ نتيجة لذلك ما يعرف بالمعاملات الإلكترونية التي ولدت معها الكثير من التساؤلات المتعلقة بها مثل صفتها، وتكييفها، والقانون الواجب التطبيق، وغيرها، وترتب على هذه التساؤلات العديد من النزاعات المتعلقة بتلك المعاملات الإلكترونية وكيفية حلها وأفضل الطرق وأكثرها ملائمة لفض النزاعات المتعلقة بها، ومن هنا جاء ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني أو التحكيم الرقمي أو التحكيم عن بعد Arbitration On Line.

ويشمل نطاق التحكيم الإلكتروني النظم والتقنية المعلوماتية، والحوسبة التطبيقية، والمعاملات الإلكترونية وما يتصل بها، ويهدف التحكيم الإلكتروني إلى تنقية وتأمين بيئة العمل الإلكتروني من خلال تسوية أو حل المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية، سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية، وسواء كانت في القطاع العام أو الخاص أو بينهما، مع مراعاة إجراءات التحكيم في القطاع العام الواردة في قوانين ونظم التحكيم المختلفة، كما أن التحكيم الإلكتروني يقدم الخدمات الاستشارية، التي من شأنها منع حدوث المنازعات، من أجل مجتمع رقمي معافى.

وإذا صحت الرواية بأن التجارة الإلكترونية هي إسقاط لحكومة الورق، فذات مصير حكومة الورق سيجابه التحكيم التقليدي ولو بعد حين؛ لأن التحكيم الإلكتروني يجمع مع مميزات التحكيم التقليدي مميزات شبكة الانترنت التي مازالت رقعته تتسع يوما بعد يوم لما تقدمه من أحدث الخدمات وفي كافة ميادين المعرفة، وهذا ما يحتم علينا بداية الحديث عن هذه الإنترنت.

الإنترنت: تتكون كلمة "إنترنت" وهي إنجليزية الأصل من كلمتين: (inter) يقصد بها البينية أو الاتصال، أما (net) فتعني الشبكة، والمحصلة هي الشبكة

المتصلة أو الشبكة البينية¹.

ويعتبر الإنترنت مشروعاً تعاونياً منبثقاً عن عدد من المنظمات والهيئات التي أخذت على عاتقها وضع نظام مرتب ومرتز نتجت عنه الشبكة، وقد بدأ الإنترنت في الستينيات من القرن الماضي كمشروع حكومي سمي بـ الأربانت (ARPA NET)، وذلك بتكليف من وكالة مشروعات البحوث المتقدمة (A.R.P.A) التابعة لوزارة الدفاع الأمريكية²، بدايات استخدامها كانت للأغراض العسكرية، إذ تم ربط أربعة من أجهزة الكمبيوتر معاً، بغية السرعة في تبادل المعلومات، علماً أن الدافع للمشروع أعلاه هو الرغبة في ملاحقة ركب التطور في صناعة الأسلحة، إذ إنه في عام 1957م أطلق الروس - الإتحاد السوفيتي سابقاً - مركبة الفضاء سبوتنك، فكان رد الفعل الأمريكي إنشاء الشبكة.

وعندما كان النجاح إلى جانب وزارة الدفاع الأمريكية أخذت تتعمق في البحث والدراسة لتغطي بذلك مساحات أكبر وكان لها ذلك إذ في عام 1973م أنشأت وكالة الدفاع الأمريكية لمشاريع الأبحاث المتطورة Defense Advanced Research Project Agency (DARPA)

برنامجاً عرف بمشروع التشبيك الدولي (Internet ting / internet working) وذلك لغايات تطوير بروتوكولات الاتصال والتي تسمح بدورها لشبكات الحاسوب بالاتصال بشفافية عبر شبكات متصلة (مترابطة) عديدة، وبالمحصلة كانت نتيجة المشروع هي الإنترنت، ونظام البروتوكولات الذي تم تطويره عرف بنظام الربط والنقل والتفاهم، Transmission Control Protocol (TCP) Internet Protocol (IP)³.

تطور آخر لحق بالشبكة في عام 1983 إذ تم إنشاء ما يعرف بلوحة نشاطات الإنترنت Internet Activity Board (IAP)، والتي تحتوي على عنصريين :

الأول: هندسة الإنترنت، ووظيفته تطوير بروتوكول (TCP/IP) بالإضافة لتوافقها مع مقاييس البروتوكولات العاملة مع الإنترنت، مثل نظام الربط المفتوح (OSI) Open System Interconnection Protocols.

الثاني: أبحاث الإنترنت، ووظيفته الاستمرار بالتنظيم والكشف عن مفاهيم متقدمة في الشبكات عن طريق الاهتمام بلوحة نشاطات الإنترنت.

شاركت أوروبا أيضاً في تطوير ونشر الإنترنت، إذ أمنت الاتصال لأكثر من 100.000 حاسب في عدد كبير من الشبكات، وذلك من خلال شبكاتها الدولية مثل Nord net، بعد ذلك أخذت الأمور منحىً وبعداً مختلفاً في الثمانينيات، إذ تم وضع خطة جديدة من قبل الحكومة الأمريكية، تكمن في الاستفادة من المعلومات المخزنة على الشبكة بشكل تجاري وعلى نطاق واسع⁽²⁾ فكانت المحصلة في تضافر الجهود الدولية للدمج مع بروتوكولات أخرى، وبالتحديد مع بروتوكول نظام الربط المفتوح (OSI)، والذي أدى بدوره لاتساع الرقعة التي يغطيها الإنترنت لتضم في نهاية عام 1991 حوالي (5000) شبكة في (36) بلداً لتخدم (700.000) جهاز حاسوب خادم (HOST) و(4) ملايين إنسان⁴، ملبية بذلك شتى الاهتمامات في كافة المجالات، سواء العلوم، الفنون، الأدب، الأعمال العسكرية والحكومية.

مراكز التحكيم عبر الإنترنت:

مع ازدياد حجم العقود المبرمة عن طريق الإنترنت، والاطراد في حجم الخلافات، وخشية أن تفقد مواقع البيع ما تجنيه بسهولة ويسر؛ أخذت تتعاقد مع مراكز تحكيم لحل الخلافات التي ربما تنشأ عن عقود البيع عن بعد، مضمنة اتفاق التحكيم لسائر العقود، وبرواج فكرة التحكيم عن بعد، دأبت مراكز متعددة تعمل على حل النزاعات عن طريق الإنترنت وهي ما تعرف بمراكز التحكيم عبر الإنترنت (ARBITRATION ON LINE)، وذلك ضمن قواعد معينة يرسمها كل مركز في تحديد مجرى العملية التحكيمية منذ اتفاق التحكيم وحتى صدور قرار المحكمين. ومن هذه المراكز:

1. نظام الوساطة التابع للمنظمة الدولية لحماية الملكية الفكرية (WIPO) والتي أطلقت عليه Mediation followed absence of a settlement by arbitration، وهو إجراء يتضمن كل من الوساطة والتحكيم، وبالموافقة عليه تبدأ مساعي الوساطة، والتي تكون محددة لمدة معينة. وإذا ما انتهت المدة دون التوصل لتسوية، يكون لأي من الطرفين رفع النزاع للتحكيم. وقد حدد مركز تحكيم Wipo مدة التحكيم بـ (45 - 60 يوماً) وعنوان المركز الـ (Wipo) على الشبكة: <http://arbitrator.wipo.int/arbitration/index.html>

2. وقد ابتكرت مراكز أخرى مثل Square trade نظاماً يعرف بـ Direct Negotiation (مفاوضات مباشرة)، وهي تتم بين أطراف النزاع دونما أي تدخلات سواء من وسطاء أو محكمين، مع إحاطة المفاوضات بالسرية الكاملة، حيث تتم عبر قنوات آمنة تابعة لموقع المركز، مع منحهما الحرية الكاملة للتفاوض بغية التوصل لحل يفضان به النزاع. وقد يكون الدافع إلى ابتكار هذا الأسلوب هو إيصال المتنازعين - بطريقة غير مباشرة - إلى مرحلة الوساطة والتحكيم لظهور استحالة اتفاقهما بالمفاوضات المباشرة على فض النزاع. وعنوان مركز (Square trade) على الشبكة: <http://www.Squaretrade.com/organization/user-agreement.jsp>

3. مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي: أنشئ في عام 1995 في المنامة بقرار من رؤساء دول مجلس التعاون كآلية إقليمية متخصصة توفر خدمات التحكيم السريعة والفعالة للقطاعات التجارية والصناعية والإنشائية والخدماتية وغيرها. ويتشكل مجلس إدارته باختيار من الغرف التجارية لأعضاء دوله الست ولمدة ثلاث سنوات عمل، على أن يجدد لعضويته مرة أخرى، ويعمل المركز على تسوية المنازعات عن طريق نظام (أي رزليوشن) بشبكة الإنترنت ذاتها، وذلك بالدخول على صفحة المركز لتعبئة الاستمارة الخاصة بوجود نزاع بين طرفين لتلقى التعليمات منها، ودفع الرسوم المقررة. ولدى المركز جدول بالمحكمين يتم الاختيار منهم حسب

التخصص في نوعية النزاع، كما أن لدى المركز مستشارين يمكن اللجوء إليهم طلباً للمشورة في أحوال معينة، وموقع المركز:
<http://www.kuna.net.kw/NewsAgenciesPublicSite/ArticleDetails.aspx>

4. برنامج القاضي الافتراضي: وهو فكرة أمريكية تم إرساء دعائمها في مارس 1996 من قبل أساتذة مركز القانون وأمن المعلومات (villa Nova Center) (For Law and Information Policy)، ودعم هذا النظام جمعية المحكمين الأمريكيين (AAA)، ومعهد قانون الفضاء (Cyber space Law Institute)، والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي، ويقوم القاضي الافتراضي المتخصص بالتحاور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لأحكام هذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني، على أن يفصل في النزاع خلال (72) ساعة. وتجدر الإشارة إلى أن القرار الذي يصدره القاضي يكون مجرداً من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف. ويقدم هذا المركز حتى الآن خدماته دون مقابل، موقع المركز على الشبكة: <http://vmag.law.vill.edu:8080/>

5. المحكمة الفضائية⁵: نشأت هذه المحكمة في كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر 1996م، ووفقاً لنظام هذه المحكمة، تتم كافة الإجراءات إلكترونياً على موقع المحكمة الإلكتروني، بدايةً من طلب التسوية، ومروراً بالإجراءات وانتهاءً بإصدار الحكم وتسجيله على الموقع الإلكتروني للمحكمة، وينطبق نظام المحكمة سواءً بالنسبة للتحكيم الإلكتروني أو الوساطة الإلكترونية على قطاعات الأعمال الإلكترونية والتجارة الإلكترونية. ورغبة من المحكمة ببث الثقة في نظامها أصدرت شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونية التي تتعامل بالتجارة الإلكترونية والتي تستوفي شروط المحكمة المطلوبة، وذلك تعبيراً عن التزام هذه المواقع أو المسؤولين عنها بتسوية منازعاتهم مع المستخدمين وفقاً لنظام وإجراءات هذه المحكمة، وتتميز هذه المحكمة بتقديم خدمات تسوية المنازعات باللغتين الإنجليزية والفرنسية، وذلك لوجودها في مقاطعة ذات

طبيعة لغوية مختلطة من هاتين اللغتين، وكذلك فهي تجمع بين النظام اللاتيني والأنجلوسكسوني، مما يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافات قانونية متباينة فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية وسبل فض النزاعات المتعلقة بها وموقع المحكمة الإلكتروني:

<http://www.cybertribunal.org>

6. مركز الاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني: تأسس بالقاهرة في الأول من شهر سبتمبر 2007م، وفكرة تأسيس الاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني كمنظمة علمية مهنية عربية غير حكومية ذات طابع إقليمي، تسعى إلى تثقيف المجتمعات العربية بالقواعد المنظمة للتعامل بنظم التجارة الإلكترونية، وهي كآلية مستحدثة تهدف إلى اختصار الوقت والجهد وتوفير النفقات لزيادة هذا التبادل، وبتثقة التاجر والمتعامل العربي في تلك المعاملات عن طريق التوعية بتطبيق نظم العقود الرقمية وحماية المنازعات الإلكترونية الواردة على هذه العقود من خلال تفعيل العمل بنظام التحكيم الإلكتروني. ففكرة تأسيس هذا الاتحاد تركز بشكل رئيسي على دور المجتمع المدني في التنمية الاقتصادية العربية المشتركة التي تهدف إلى تحقيق التكامل الاقتصادي العربي عبر التجارة البينية الإلكترونية، من خلال نشر فكر العمل بنظم التجارة الإلكترونية والدفع الرقمي وإقامة السوق العربية المشتركة، وتحقيق التنمية الشاملة للوطن العربي. ومن أهم الأنشطة التي يسعى الاتحاد جاهدا إلى القيام بها: المساهمة في تقديم خدمات استشارات التحكيم الرقمي، وإعداد مراكز تدريب عربية في إطار التحكيم الإلكتروني وغيرها. وموقع مركز الاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني على الشبكة :

http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=233

7. مركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم: افتتح المركز في السابع من مايو 2009م⁶، ويعد المركز الأول من نوعه على مستوى المملكة العربية السعودية، ويضم أساتذة القانون والقضاة المتخصصين والخبراء في الجامعات

والقطاعات الحكومية والخاصة لتفادي كافة المعوقات التي تواجه سرعة حل المشكلات التجارية والمدنية بالطرق السلمية بعيدا عن التقاضي، واختيار أطراف النزاع من قائمة المحكمين بالمركز ليصدر حكما ملزما لإنهاء النزاع. المركز معتمد من وزارة العدل، كما أنه أعد نظاما أساسيا له حيث حرص على مواكبة أحدث الإجراءات القانونية بما في ذلك بنود اليونسترال التي اعتمدها الأمم المتحدة في مجال التحكيم والتوفيق والتي تنص على القواعد الاسترشادية لإجراءات التحكيم. وعنوان المركز على الشبكة : www.makkah-iac.com

وفي الآونة الأخيرة تعددت هذه المراكز بحيث لا يمكن حصرها، وفيما تقدم نماذج لتلك المراكز، ويتم الاتصال ما بين المركز وأطراف النزاع بواسطة البريد الإلكتروني (e-mail) أو الفاكس أو التلكس أو الفيديو كونفرنس أو المخاطبة (chat) أو الهاتف عبر الانترنت والشبكات السلكية واللاسلكية، مع سرية الاتصالات وقابليتها للنسخ، ويمكن إرسال الرسائل بطريقة مجهولة، حيث يتم تشفيرها وذلك بحثاً عن أكبر قدر من السرية لمعلومات التحكيم.

والتحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي، إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي عبر المراكز سابقة الذكر أو غيرها، فلا وجود للورق والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم، وإنما هو حضور رقمي. وحتى لا تلبس الأمور على المطلع على هذه البحث يجب أن نعود بالحقائق إلى مصادرها الأولية فتتعرف على التحكيم التقليدي عن قرب ثم ثبت على ذلك العرش القانوني آثار ثورة المعلومات عليه التي حولته إلى تحكيم إلكتروني.

التحكيم في اللغة:

احتكم الشيء والأمر توثق وصار محكماً، وتحاكماً احتكما والحاكم من نصب للحكم بين الناس، والحكم يختار للفصل بين المتنازعين، وأحكم

فلان عن الأمر جعله حكيماً⁷، والعرب تقول حكمت أو أحكمت وحكمت بمعنى منعت، لذلك قيل للحاكم بين الناس حاكم لأنه يمنع من الظلم، ورجل حكيم: عدل⁸، ومنه قول الشاعر:

أبني حنيفة أحكموا سفهاءكم *** إني أخاف عليكم أن أغضبا.
ومنه أيضاً: الحكمة وهي اللجام يوضع على فك الدابة ليمنع حركتها، وسمي قول القاضي حكماً لأنه يمنع الخصومة بين المتنازعين.

الحكمة من العلم، والحكيم العالم وصاحب الحكمة، والحكيم أيضاً المتقن للأمر. وقد حكم من باب ظرف أي صار حكيماً، والحكم بالفتحتين الحاكم، وحكم في ماله تحكيمياً إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه في ذلك واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى المحاكمة والمخاصمة إلى الحاكم⁹. حاكمه إلى الحاكم دعاه وحكمه في الأمر تحكيمياً، حكموه بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم ويقال حكمنا فلان بيننا أي أجزنا حكمه بيننا¹⁰، وحكم بالأمر حكماً قضى فيه، والمحكم المتقن وفي التنزيل العزيز: ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾¹¹، والآية نزلت عندما اختصم رجلان واحتكما إلى النبي ﷺ وقضى لأحدهما ولم يرضي الأمر بحكم النبي ﷺ¹². وعلى ما مضى يكون معنى التحكيم: أن يختار المتنازعون شخصاً ليفصل بينهم فيما تنازعوا فيه .

التحكيم في الاصطلاح الفقهي:

إن غالبية الفقهاء الذين كتبوا في التحكيم تطرقوا في مؤلفاتهم إلى وضع تعريف التحكيم حيث إن معظم هذه التعاريف تنصب على تولية الخصوم لشخص معين أو أشخاص معينين أمر الفصل بينهم في نزاع دون المحكمة المختصة. وفي هذا الصدد قيل أن التحكيم عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح النزاع على محكم، أي شخص أو أشخاص يختارونهم أو تعينهم المحكمة في بعض الأحوال، وذلك للفصل فيه دون المحكمة المختصة أو عند نشوء النزاع تبعاً لعقد آخر ويذكر في صلبه، وقيل أيضاً أن التحكيم هو

نزول الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم¹³، فجملة أقوال الفقهاء أن التحكيم هو تولية المتنازعين حكماً يحكم بينهما، وفيما يلي بعض تفصيل من أقوال الفقهاء في التحكيم:

التحكيم جائز بالكتاب لقوله تعالى: ﴿ فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا صلاحاً يوفق الله بينهما ﴾¹⁴ ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص؛ لأنه ولاية لهما على حكمهما ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما. وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات، وهو صحيح إلا أنه لا يفتى به، ويقال يحتاج إلى حكم المولى وفقاً لتجاسر العوام فيه، وأن حكمها في دم خطأ قضى بالدية على العاقلة ولم ينفذ حكمه لا ولاية له عليهم¹⁵. وكون التحكيم باب من القضاء المراد به بأن التحكيم صلح حيث لا يثبت إلا بتراضي الخصمين، والمقصود به قطع المنازعة، ومن الأئمة من قال بجواز التحكيم في الحدود والقصاص وحكم الحاكم¹⁶ وهو قول ضعيف.

وفيما سوى الحدود والقصاص إذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما وصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم؛ لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء، ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمجلود في القذف لانعدام أهلية القضاء¹⁷. والتحكيم فرع من فروع القضاء وتأخيره من حيث أن الحكم أو في مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القضاء، والمراد بعموم ولاية القضاء القاضي وهو تعدي الحكم الصادر عنه إلى غير المتخاصمين¹⁸. وإذا حكم الحاكم بين رجلين ثم تخاصموا إلى حكم آخر فحكم بينهما سوى ذلك ولو لم يعلم بالأول ثم ارتفعا إلى القاضي فإنه ينفذ الحكم الذي يوافق رأي القاضي من ذلك، لأن حكم واحد منها غير ملزم، وعند ابن قدامة التحكيم تولية

الخصمين حكماً صالحاً للقضاء يرضيانه للحكم بينهما¹⁹.
ومما تقدم يمكن القول أن التحكيم في الفقه هو تولية الخصمين حكماً
يحكم بينهما، وهو باب من أبواب القضاء إلا أنه أدنى مرتبة منه.

التحكيم في الاصطلاح القانوني :

قد تعددت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للتحكيم على نحو أدى
بالبعض إلى تغلب الطابع القضائي في حيث انتهى البعض الآخر إلى ترجيح
التكليف التعاقدية، واتخذ طرف ثالث موقف وسط عن طريق تبني حل توفيقي
مقتضاه اعتبار نظام التحكيم في مجموعة مزيجاً بين العنصرين، وبالتالي فإنه
يتسم بطبيعة مختلفة تجمع بين الطابع القضائي والتكليف التعاقدية.

وبرغم تعدد الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للتحكيم يظل من
المسلم به أن التحكيم في أساسه وجوهره هو تصرف إرادي²⁰، والتنظيم
القانوني يعتبر التحكيم من أهم الوسائل التي بمقتضاها يستغني الأطراف عن
قضاء الدولة، فكما أن الأفراد يستطيعون باتفاقهم حل منازعاتهم بالصلح فيما
بينهم، فإنهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص
يختارونهم أو يحدد وسيلة اختيارهم، لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة²¹
ويمكن تحديدا القول بأن التحكيم هو: اتفاق برغبة الأطراف في عرض
النزاع القائم بينهما فعلاً أو الذي يمكن أن يثور في المستقبل بشأن أي علاقة
بينهما أمام شخص أو أشخاص (محكمين) للفصل فيه دون القضاء
المختص. والتحكيم التجاري الدولي هو الذي يتم بين الأطراف بشأن علاقة
قانونية مرتبطة بالعمل التجاري وملتصدة بدولة أخرى.²² والقانون السوداني
للتحكيم 2005م لم يضع تعريفاً محدداً للتحكيم لأنه وبرغم تباين عبارات
الشراح إلا أن جوهر معناه كان محل اتفاق بينها.

مشروعية التحكيم

. المشروعية في الفقه الإسلامي: دليل مشروعية التحكيم من القرآن آية

التحكيم في الخلافات بين الزوجين من قوله تعالى : ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريد إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً ﴾²³ ، فالآية صريحة في الدلالة على جواز التحكيم ومشروعيته بين الزوجين عند الشقاق، وكذلك سائر الخصومات فللخصمين أن يحكما برضاهما ثالثاً ليفصل بينهما.

ودليل مشروعية التحكيم من السنة ما رواه أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال : نزل أهل قريظة على حكم سعيد بن معاذ - رضي الله عنه - فأرسل النبي ﷺ إلى سعد فأتاه على حمار فلما دنا من المسجد، قال للأنصار: قوموا إلى سيدكم أو خيركم فقال : هؤلاء نزلوا على حكمك، فقال: تقتل مقاتلهم وتسبى ذراريهم، قال ﷺ : قضيت بحكم الله . وربما قال : بحكم الملك²⁴ . والدلالة على مشروعية التحكيم واضحة من هذا الحديث فقد أقر النبي ﷺ نزول بني قريظة على حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه.

وحكى جملة من أهل العلم إجماع الصحابة²⁵ - رضي الله عنهم - على جواز التحكيم أي أنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم ووردت عدة قضايا تحكيمية من الصحابة رضي الله عنهم ومنها: قال الشعبي رحمه الله تعالى (كان بين عمر رضي الله تعالى عنه وأبي رضي الله تعالى عنه خصومة فقال عمر رضي الله عنه: اجعل بيني وبينك رجلا. قال : فجعل بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه أتيناك لتحكم بيننا وفي بيته يؤتي الحكم. قال: فلما دخلوا عليه أجلسه معه على صدر فراشه. قال : هذا أول جور جرت في حكمك... قال : فقضا عليه القصة . قال : فقال زيد : لأبي اليمين على أمير المؤمنين، فإن شئت أعفيتة. قال : فأقسم عمر رضي الله تعالى عنه على ذلك. ثم أقسم له لا تدرك باب القضاء حتى لا يكون لي عندك على أحد فضيلة²⁶ . وكذلك التحكيم الذي جرى بين علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه حيث حكم عليّ أبا موسى الأشعري

رضي الله تعالى عنه، وحكم معاوية عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهم جميعاً²⁷. وفي هذه الآثار دلالة على مشروعية التحكيم.

- المشروعية في القانون: أجاز القانون للمحكمة إحالة أي نزاع معروض أمامها للفصل فيه بواسطة التحكيم بموافقة الطرفين أو بأمر منها، وبموجب القانون تحديد المسائل التي تكون محل التحكيم كما يوجب تقديم تقرير المحكمين خلال فترة معقولة، وفي المادة (10) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م (إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر المحكمة للدعوى فعلى المحكمة وقف إجراءات الدعوى وإحالة النزاع للتحكيم، ويعتبر هذا الاتفاق بمثابة اتفاق مكتوب). ونصت المادة (1/154) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م على وقف الدعوى إذا وجد اتفاق للإحالة للتحكيم أو التوفيق وجاء نص المادة بأنه: (إذا كان هناك اتفاق بالإحالة للتحكيم أو التوفيق ورفعت دعوى من أحد أطراف ذلك الاتفاق أو من شخص يدعى من طريقة في مواجهة طرف آخر في الاتفاق أو على أي شخص يدعى من طريقة بشأن أية مسألة اتفق على إحالتها للتحكيم أو التوفيق، جاز لأي خصم في الدعوى وفي أقرب فرصة ممكنة وقبل البدء في سماع الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف الدعوى)، والتنظيم القانوني يعتبر التحكيم من أهم الوسائل التي بمقتضاها يستغني الأطراف عن قضاء الدولة، والحكمة من تشريع التحكيم²⁸ هي أن أطراف النزاع بمحض الإرادة والاتفاق قرروا تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء في أن يحسموا النزاع بالتحكيم.

العلاقة بين التحكيم والقضاء:

التشريعات الحديثة تنظم العلاقة بين التحكيم والقضاء لتوضيح أوجه المساعدة والمؤازرة بينهما، واتجهت التشريعات التي تعالج موضوع التحكيم نحو إعطاء قضاء الدولة أصلاً هاماً في نطاق نظام التحكيم، ويتجلى دور القضاء في مساعدة ومؤازرة التحكيم وفي الرقابة والإشراف في صلاحيته، وللقضاء أيضاً إصدار أمر تنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بعد توافر

الشروط الموضوعية والشكلية في الحكم. وفي هذا مساعدة لهيئة التحكيم في تنفيذ أحكامها ولو جبراً على الطرف الممتنع أو تجاه الغير سواء كان هذا الغير حارساً أو حائزاً للمال المراد إيقاع الحجز عليه أو جهة حكومية، وهذه الصيغة التنفيذية المتمثلة بالأمر الصادر عن القضاء بتنفيذ حكم التحكيم تجعل حكم القضاء وحكم هيئة التحكيم في درجة واحدة.

وعلى الرغم من التشابه والترابط الكبير بين التحكيم والقضاء في نظر النزاع وحجية الحكم وتنفيذه إلا أن هنالك بعض التباين نذكر منها على سبيل المثال :-

1- أولاً: كيف يتم اختيار المحكمين وفقاً لإرادة الخصوم، وبالتالي فإن هنالك علاقة تعارف بين المحكمين والخصوم، على العكس في العادي والذي يتم اختيار أو تحديد القاضي أثناء نظر الدعوى فقط .

2- لا يستطيع الأطراف تنفيذ قرارات هيئة التحكيم إلا بعد الحصول على الصيغة التنفيذية من السلطة القضائية الوطنية في البلد الذي يراد فيه التنفيذ. مميزات التحكيم عن غيره من أساليب فض النزاعات²⁹:

أولاً: السرعة في فض المنازعات، لأن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة وبعض مراكز التحكيم حددت زمناً معيناً يتم فيه التحكيم.

ثالثاً: الاختصار في المصروفات، حيث إن نفقات التحكيم أقل كثيراً من نفقات رسوم المحاكم وأتعاب المحاماة وإجراءات التنفيذ.

ثالثاً: السرية حيث إن ملف الخصومة بين الطرفين يبقى تحت علم المحكمين حصراً، في حين جلسات التقاضي في المحاكم علنية، ولا ننسى أن المحكمين يقسمون اليمين في كل قضية يتولون التحكيم فيها للمحافظة على الحياد والسرية .

رابعاً : يمتاز التحكيم ببساطة إجراءاته والحرية المتاحة إلى هيئة التحكيم بحسم الخلاف غير مقيدة إلا بما ينفع حسم الموضوع .

خامساً : طريقة اختيار المحكمين برضا تام من الفرقاء المتنازعين، بحيث يشعر كل منهم بكامل الاطمئنان، لأنهم اختاروا بإرادتهم من يحكم بينهم .

سادساً : تلافي الحقد بين المتخاصمين، حيث إنه في أغلب الأحيان يأتي القرار أقرب ما يكون للتراضي؛ لأنه تم من محكمين حائزين على ثقة الجميع فيؤدي القرار إلى وأد الخصومة والمشاحنات وبالتالي اطمئنان النفوس والرضا وإعادة العلاقات الطيبة.

وعلى هذا فالتحكيم يتضمن عناصر تفوقه على القضاء العام، كوسيلة لنفض المنازعات عموماً، وهذا التفوق أبرز خصوصاً اعتبروا محاكم التحكيم محاكم حقيقية فوق القانون وفلتت بالتالي من كل رقابة مما يحرم الخصوم من الضمانات التي تكفلها محاكم القضاء العام. وإن نظام التحكيم يسمح للخصوم باختيار محكمين من الأفراد العاديين فتكون له خطورته المتأتية من قيام هؤلاء المحكمين الأفراد بفض منازعات هامة أو ذات قيمة كبيرة أو لها جوانب فنية وقانونية دقيقة قد يستعصى فهمها وإصدار الحكم السديد بشأنها³⁰، ولهؤلاء نقول أن التحكيم يعد بمثابة قضاء واقعي يقوم إلى جانب القضاء الرسمي للدولة لا موازياً له.

أنواع التحكيم :

تختلف أنواع التحكيم باختلاف الزاوية التي ينظر إليها منها، فيمكن تقسيمه من حيث هيئة التحكيم إلى تحكيم فردي (خاص) وتحكيم مؤسسي (منظم)؛ ومن حيث المدة إلى تحكيم (مؤقت) وتحكيم (دائم)؛ ومن حيث الإرادة إلى تحكيم (اختياري) أو تحكيم (إجباري)؛ ومن حيث مداه إلى تحكيم (كلي) أو تحكيم (جزئي)؛ ومن حيث التقييد بالإجراءات القضائية تنقسم إلى تحكيم (بالقضاء) أو التحكيم (بالصلح)؛ ومن حيث النطاق إلى

تحكيم (وطني) وتحكيم (دولي)؛ ومن حيث الموضوع إلى تحكيم (تجاري) وإداري) و(مدني) أو (حسب الاتفاق). والتحكيم في منازعات التجارة الدولية هو في الأصل أو في الأغلب تحكيم اختياري³¹ يقوم على تراض من ذوي الشأن بمقتضى قبولهم بشرط التحكيم الوارد في العقد أو باتفاق بينهم بعد وقوع النزاع، وفيما يلي تفصيل أهم أنواع التحكيم :

1/ التحكيم الاختياري:

التحكيم في جوهره لا يتضمن مساساً بحقوق وضمانات الأفراد فهو لا يتم إلا باتفاق صحيح بين الأطراف، والمقصود بالتحكيم الاختياري الذي يتم على اتفاق بين طرفي النزاع وبمحض إرادتهما الحرة فلهما اللجوء باختيارهما إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينهما واختيار المحكمين والإجراءات والقواعد التي تطبق على التحكيم، ونظام التحكيم يكون اختيارياً إذا لم يكن اللجوء إليه أمراً مفروضاً على الأطراف المحكّمين أي إذا كان اللجوء إليه تم بمحض إرادة الخصوم بدلاً من اللجوء إلى القضاء العام في الدولة.

وقد نص المشرع السوداني على هذا النوع من التحكيم حيث أجاز للخصوم أثناء سير الدعوى أمام المحكمة أن يتفقوا على إحالة النزاع للتحكيم وعلي المحكمة الموافقة على ذلك، كما نص على جواز التحكيم قبل عرض النزاع على القضاء، وما ذهب إليه المشرع السوداني يعني احترام حرية الطرفين في الاتفاق على حل النزاع عن طريق التحكيم.

2/ التحكيم الإجباري:

يعني سلب إرادة المتنازعين في اللجوء إلى القضاء وجعل التحكيم قضاءً إلزامياً بينهما مع ترك الحرية للخصوم في اختيار المحكمين ويتم فرض ذلك بواسطة المشرع وهو نظام موجود في السودان ويهدف المشرع من وراء ذلك إخراج بعض المنازعات ذات الطبيعة الخاصة عن مظلة القضاء وإحالاته للتحكيم بموجب إجراءات ووسائل معينة تختلف من تشريع دولة لأخرى³².

وأول من أخذ بنظام التحكيم الإجباري هي البلاد الاشتراكية كطريق قضائي للفصل في المنازعات بين المشروعات العامة وسلك الطريق من خلال بعض دول الديمقراطيات الشعبية ثم انتشر بعد ذلك في دولة أخرى، ويخضع للتحكيم الإجباري المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الشركاء أو المساهمين في الشركات التجارية، ويلاحظ أن التحكيم السائد في المعاملات التجارية هو التحكيم الاختياري إلا أنه لا يوجد ما يمنع وجود التحكيم الإجباري في المعاملات الخارجية ويكون ذلك إذا أوجبه اتفاقية أو شروط عامة إجبارية، ومن ذلك ما جاء في سابقة الهيئة العامة للبريد والبرق ضد الشركة السودانية للاتصالات³³ حيث قررت المحكمة العليا عدة مبادئ منها أن إحالة النزاع للتحكيم لا يكون إلا إذا خول قانون جهة ما ذلك، فيجوز كسلطة وزير العدل في إحالة المنازعات التي تنشأ بين مؤسسات الدولة.

التحكيم والوسائل الأخرى لحل المنازعات:

أولاً: التحكيم والقضاء : على الرغم من التشابه والترابط الكبير بين التحكيم والقضاء في نظر النزاع وحجية الحكم وتنفيذه إلا أن هنالك بعض التباين نذكر منها على سبيل المثال :

أ/ في التحكيم يتم اختيار المحكمين وفقاً لإرادة الخصوم وبالتالي هنالك علاقة تعارف بين المحكمين والخصوم كما أن هؤلاء المحكمين يتقاضون أتعابهم من الخصوم ويطبقون القواعد أو القانون الذي يرتضيه الخصوم حتى ولو لم يكونوا على دراية وإلمام تام بفحوى تلك القواعد أو أحكام ذلك القانون على عكس القضاء العادي والذي يتم اختياره أو تحديد القاضي بواسطة القاضي الأعلى درجة في دائرة الاختصاص حيث يفاجأ الخصمان بالقاضي أثناء نظر النزاع أو الدعوى فقط هذا القاضي موظف رسمي في الدولة يتقاضى مرتباً نظير وظيفة القضاء.

ب/ حل النزاع عن طريق التحكيم يقتضي وجود اتفاق بين الخصمين أو نص في قانون معين يلزم حل النزاع عن طريق التحكيم، بينما اللجوء إلى

القضاء الوطني حق عام مكفول للجميع بصورة تلقائية بل قد يعتبر حرمان أي شخص باللجوء إليه انتهاك لمبادئ الدستور وحقوق الإنسان .

ج/ في قضاء التحكيم تملك هيئة التحكيم صلاحيات واسعة في التوصل إلى القرار وقد يطبق القانون والتحكيم القضائي أو قواعد العدالة والتحكيم بالصلح حسب إرادة الخصوم على عكس القضاء فإن القاضي ملزم بتطبيق قواعد القانون.

د/ في التحكيم تنتهي هيئة المحكمين بمجرد صدور القرار بينما يظل القاضي مباشراً في نظر قضايا أخرى وقد يتولى تنفيذ الحكم الذي صدر بواسطته.

هـ/ الطعن. حكيم قرار المحكمين نهائي غير قابل للطعن والاستئناف إلا إذا اتفق الخصوم على غير ذلك وأحكام القضاء تعتبر ابتدائية قابلة للطعن.

و/ في التحكيم الإجراءات التي تتبع في نظر النزاع مختصرة وسريعة قد لا تتعدى الشهرين في بعض القضايا، بل بعض المراكز تلزم منسوبيها بمدة أقل من الشهرين.

ز/ في التحكيم التكاليف المالية مختصره وقد تقع على عاتق الطرفين على دفعات محددة على عكس القضاء فإن دفع الرسوم يكون منذ بداية نظر النزاع وعند تقديم أي مذكرة، إلى حين أن يفصل القضاء في شأن الرسوم والأتعاب.

ثانياً: التحكيم والصلح:

الصلح عقد به يحسم المتنازعان نزاعاً قائماً بينهما أو محتملاً يترك بموجبه أي منهما جزءاً من ادعاءاته على وجه التقابل لإرضاء الآخر وقد يكون الصلح بواسطة الخصمين دون تدخل طرف ثالث، وقد نصت المادة (1/31) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م على مسألة جواز الصلح: (تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع شروط العقد محل النزاع

والأعراف الجارية في نوع المعاملة إذا اتفق طرفا النزاع على التفويض هيئة التحكيم بالصلح جاز لها أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة والإنصاف) وفي (2/31): (يجوز الفصل في النزاع ودياً باتفاق الطرفين وإذا اتفقا خلال سير الإجراءات على تسوية تنهي النزاع كان لهما أن يطلبوا إثبات شروط التسوية وعلي الهيئة إصدار قرار بمحتويات التسوية ويكون قرارها نهائياً) ومثال التوصل إلى التسوية بعد تشكيل الهيئة وأثناء نظر النزاع، قضية الخطوط ... السودانية ضد مجموعة ... السعودية³⁴ بعد أن تم تكوين هيئة ثلاثية لحسم النزاع وبعد أن عقدت الهيئة جلساتها لنظر النزاع وفي تلك الأثناء توصل الأطراف لتسوية.

اتفاق التحكيم:

اتفاق التحكيم يقوم بدور أساسي في عملية التحكيم، إذ لا يجوز بدونه إخراج النزاع من ولاية القضاء العام وإخضاعه للتحكيم، ويمكن تعريفه بأنه: (العقد الذي يبرمه الطرفان سواء كتابة أو شفاهة أو بأي وسيلة أخرى لحل النزاع القائم بينهما أو الذي يمكن أن ينشأ في المستقبل بشأن علاقة قانونية بينهما عقدية كانت أم غير عقدية عن طريق تحكيم شخص أو أشخاص معينين ليتولوا الفصل فيها بدلاً من المحكمة المختصة أصلاً بنظر هذه المنازعات)³⁵. وقد يظن بأن الاتفاق يجب أن يكون (عقداً) قائماً بذاته، وهذا ظن لا يصدق في كل الأحوال.

فقد يكون هذا الاتفاق مجرد شرط تحكيم وارد في أحد بنود عقد من العقود الأصلية التي قد تثار منازعات مستقبلية عند تنفيذها وقد يكون الاتفاق مجرد قبول الإحالة المنصوص عليها في المادة (7) من قانون الأونسترال: (اتفاق الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية) ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة اتفاق منفصل³⁶.

صور اتفاق التحكيم:

توافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم ومصدر سلطة المحكمين ولا يعرض النزاع على المحكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقاً واضحاً وهذا الاتفاق يأخذ إحدى صورتين:

الصورة الأولى: شرط التحكيم:

شرط التحكيم عمل إرادي يتعلق بنزاع محتمل لا يريد أطرافه إخضاعه للقضاء العام بعد وقوعه بل يريدان حله بطريق التحكيم، كما يبين أن هذا الشرط لا بد وأن يرتبط بعقد معين، يسمى بالعقد الأصلي، إذ لا يجوز الاتفاق سلفاً على عرض المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص مستقبلاً، بوجه عام وبغير تحديد، على التحكيم دون تعلق هذا الاتفاق بعقد بذاته يشار إليه عند إبرام هذا الاتفاق³⁷، كما جاء في قضية مصطفى محمد قابل وآخرون ضد ورثة رشيد محمد قابل³⁸ وفي هذه القضية اتفق الطرفان على التحكيم في العقد الموقع بينهما وقد أصبح معتاداً أن يلجأ أطراف الدولي إلى إدخال شرط فيه يقضي بأن يلجأ الأطراف إلى التحكيم في حالة نشوء النزاع بينهما، كما أنه يتم الاتفاق على التحكيم في عقد منفصل بعد نشوء النزاع بين الأطراف.

صياغة شرط التحكيم:

لا شك أن كثيراً من المشكلات والتعقيدات التي تؤدي إلى التأخر في إنجاز عملية التحكيم والتنفيذ النهائي لحكم المحكم، يمكن تلافيها عن طريق الصياغة السليمة بشرط التحكيم في العقد أو في اتفاقية التحكيم المستقلة حال نشوء النزاع لأن الصياغة السليمة يتعين أن تأخذ في الاعتبار كافة الاحتمالات³⁹، ويقوم بالصياغة المكلف بصياغة العقد سواء محامي أو مستشار قانوني أو خبير أو وكيل أو طرفا العقد وفي غالب الأحوال يقوم بالصياغة من يقترح إدراج النص في العقد والذي نجده في غالب الأحوال القانوني المكلف بصياغة العقد والذي يقترح أو ينصح الطرفين بضرورة

إدراج بند في العقد ينص على حل النزاع عن طريق التحكيم وفي غالب الأحوال نجد أن طرفي العقد لا يعرفان ما هو التحكيم ! وعندئذ يحب على من يقوم بصياغة العقد إفهامهم بأهمية التحكيم ومن ثم يكلف هو بصياغة شرط التحكيم في العقد.

ونجد أن المشرع السوداني يجيز الاتفاق على التحكيم بشأن المسائل التي يمكن أن تنشأ بين الطرفين في المستقبل (شرط تحكيم) أي اتفاق الطرفين على إحالة الخلافات التي قد تنشأ بينهما في المستقبل على التحكيم.

الصورة الثانية : مشارطه التحكيم :

هذه الصورة تختلف عن الصورة الأولى إذ أنها تأتي بعد قيام النزاع سواء كانت المعاملة بين الطرفين بموجب عقد أم لا وقد درجت التسمية على هذه الصورة بمشارطه التحكيم، ويمكن تعريف المشاركة بأنها: "الاتفاق الذي يتم بين الخصمين على حل النزاع القائم بينهما بالفعل عن طريق هيئة التحكيم سواء أكان هذا النزاع أمام المحكمة أم لا"⁴⁰.

ولما كانت مشارطه التحكيم تأتي بعد نشوء النزاع ولهذا فإنها تتضمن تحديد الموضوعات التي تطرح على التحكيم بدقة ومن ذلك ما جاء في قضية السيد ... ضد شركة ... تأمين⁴¹ حيث اتفق المتنازعان على حل النزاع عن طريق التحكيم وتم تكوين لجنة ثلاثية عقدت الهيئة جلستها الأولى وأعدت مشارطه التحكيم ووافق عليها المتنازعان وبعد أن استمعت الهيئة للطرفين وشهودهما فحصت المستندات المقدمة منهما وأصدرت قرارها بالإجماع يقضي بأن يدفع المحتكم ضده للمحتكم له مبالغ إجمالية قدرها ... دينار.

صياغة مشارطه التحكيم :

في غالب الأحوال تقوم الهيئة بعد تعيينها بصياغة وثيقة الاتفاق وعرضها على المتنازعين الذين لهما حق القبول أو الرفض على بعض البنود وهنا تتجلى معارضة واختلاف الطرفين بشأن قيمة أتعاب المحكمين ونهاية القرار

ومدة الفصل في النزاع وفي كل الأحوال ما يتوصل إليه أطراف النزاع من اتفاق هو الذي يسري على المحكمين، وهذا ما قرره المحكمة العليا في قضية الشيخ مصطفى الأمين / ضد / بروديوس بروكر⁴² وفي حالة خروج المحكمين عن اتفاق الأطراف جاز لهم أو لأحدهم التنحي ابتداءً.

القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم:

اتفاق التحكيم كما سبق القول يخضع لإرادة الطرفين ويكون ملزماً لهما ولكن في الواقع العملي تثار عدة مسائل خاصة بنود الاتفاق تحتاج لتفسير وإلي قانون معين يتم الاحتكام إليه وطالما أن التشريعات اعترفت بإرادة الأطراف باللجوء إلى التحكيم بعيداً عن القضاء فقد أتاحت لهما كذلك اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الاتفاق، إذ لا نجد هناك صعوبة كبيرة إذا كان التحكيم داخلي أو وطني في تحديد القانون حيث يتم الاحتكام وهو في غالب الأحوال قانون الدولة لكن تثار المشكلة في حالة التحكيم الدولي والذي يتجه الفقه الدولي إلى رأيين تطبيق قانون عقد التحكيم أم تطبيق قانون الإرادة؟.

القانون المقصود هنا هو القانون الموضوعي الذي يحكم موضوع النزاع الذي يجب على المحكمين أن يؤسسوا حكمهم على أساسه وهذا يعني أن على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي يجب على المحكمين تطبيقه عند بحث النزاع، فإذا لم يتفق الأطراف على قانون معين ليحكم سير المنازعة فالأمر متروك للمحكم أو المحكمين للاختيار على ضوء ما يراه مناسباً في هذا الشأن ولهم الرجوع إلى السوابق التحكيمية التي تأيدت بموجب الاتفاقيات الدولية مما يعني أن المحكم سوف يكون له سلطة تقديرية⁴³ كبيرة في اختيار القانون الأنسب والأكثر ارتباطاً بصفة جوهرية بموضوع النزاع.

ومن الضروري في العقود التجارية الدولية أن يتنبه الأطراف إلى القانون الموضوعي الواجب التطبيق وضرورة النص عليه على حسب اختيار

الأطراف ابتداء كما يستحسن عند صياغة شرط التحكيم ألا يكون هناك تناقض بين هذا الشرط وبين القانون المنصوص عليه في العقد، حيث نجد في كثير من الحالات يوجد تداخل بين القانون الذي يحكم العقد وشرط التحكيم، ويجب أن لا نغفل عن أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يؤدي إلى التسليم بإمكانية خضوع اتفاق التحكيم لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الوارد في العقد لأنه يجوز للأطراف اختيار قانون معين ليحكم العقد وآخر ليحكم اتفاق التحكيم ويكون الاختيار للقانون إما صريحاً أو ضمناً ويمنحهم الحق في تعديل القانون السابق اختياره للتطبيق واستبدال بقانون آخر.

تشكيل هيئة التحكيم:

علي هيئة التحكيم مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي⁴⁴ في أداؤها لمهامها ومعاملة أطراف النزاع على قدم المساواة وتضمن للأطراف حقهم في التقاضي وذلك بتمكين كل طرف من الإدلاء بما لديه من أقوال وبيانات قبل صدور قرار التحكيم، ويتم تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقوا على عدد المحكمين كان عدد ثلاثة وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم تراً وإلا كان التحكيم باطلاً.

شروط المحكم :

يشترط في المحكم صلاحيته للتحكيم في الخصومة المحالة له، وليس هنالك ما يمنع أن يكون المحكم امرأة أو غير متخصص ولا خبرة له في موضوع النزاع أو جاهلاً للقانون ويجوز أن يكون المحكم جاهلاً لغة الخصوم فيحكم من واقع الأوراق المقدمة إليه ولو كانت مترجمة كما يجوز أن يكون المحكم على غير ديانة الخصوم ولو كان موضوع النزاع يمس الدين، وقيل يجوز أن يكون المحكم أصماً أو أكمأً لأن القانون لا يمنع ذلك متى ما اتفق الخصوم على اختياره ويشترط ألا يكون المحكم وحده في هيئة التحكيم إذا كان جاهلاً للقراءة والكتابة وبالجملة يشترط فيه الآتي⁴⁵ :-

1- لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره.

2- لا يشترط جنسية المحكمين: المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك .

3- يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استغلاله وحيدته.

تعيين المحكمين :

قد ترك المشرع الحق للخصوم في تعيين المحكمين بالطريقة التي يعقد عليها اتفاقهم وذلك ما لم يقر القاضي بنفسه بالتوفيق بينهم. ومن يتولي مهمة المحكمين يمكن أن يكون واحداً ويمكن أن يكونوا متعددين على أنه يشترط عندئذ أن يكون عددهم وتراً أي ثلاثة أو خمسة فإذا اتفق الخصوم على عدد زوجي من المحكمين وجب على المحكمة عندئذ أن يعين محكماً إضافياً⁴⁶، أما قانون التحكيم لسنة 2005م فقد نص بالمادة (2/1/14) فيه على تعيين رئيس الهيئة على النحو الآتي: (في حالة التحكيم بأكثر من محكم يقوم كل من الطرفين باختيار عدد مماثل من المحكمين على أن يتفق المحكمون على رئيس الهيئة أو كيفية اختياره وفي حالة فشلهم يتم اختياره بواسطة المحكمة المختصة بناءً على طلب أمر الأطراف وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد يتم اختياره بواسطة طرفي النزاع أو بالطريقة التي يتفق عليها وإلا قامت المحكمة المختصة بتعيينه بناءً على طلب أحد الأطراف)، وإذا رفض الطرف الآخر تعيين محكمه وجب على المحكمة عندئذ تعيين محكم الطرف الراضٍ ويكون قرارها نهائياً، وهذا ما قرره سابقة شركة نايل أترتريد المحدودة ضد شركة أتكوكو للأعمال التجارية والكيميائية المتقدمة⁴⁷.

وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها وتلك التي اتفق عليها الطرفان، وقد تمنع بعض الظروف سير المحكم في نظر النزاع ومن ذلك: امتناعه عن العمل أو التنحي أو العزل أو الوفاة أو أي سبب من الأسباب⁴⁸، وعلى المحكمة حينئذ أن تقوم بتكليف الخصم الذي عين ذلك المحكم بتعيين من يحل محله. كما لها أن تكلف كل الخصوم بذلك حيث تم تعيين المحكمين اتفاقاً.

هذا، ويجب على المحكمة أن تحدد مدة معينة ليتم تعيين المحكمين خلالها، فإذا لم يتم تعيين المحكم البديل وفقاً لما تقدم فعلى المحكمة أن تقوم بنفسها بذلك وتأمراً بإلغاء التحكيم واختيار المحكم البديل⁴⁹، وحالات المحكم البديل نصت عليها المكاتبه. ن قانون التحكيم لسنة 2005م: " يجب تعيين محكم بديل إذا انتهت مهمة أحد المحكمين وفقاً لأحكام المادة 17 أو بسبب تنحيه باتفاق الطرفين أو بأي حالة من حالات إنهاء الولاية"، والمادة (17) المشار إليها تحدثت عن: "إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم ولم يتنح ولم يتفق الطرفان على عزله يجوز للمحكمة المختصة الأمر بإلغاء مهمته بناء على طلب أحد الأطراف بقرار لا يقبل الطعن فيه.

يتضح لنا مما تقدم أن تعيين المحكمين يتم بواسطة الخصوم ولهم مطلق الحرية في اختيار أو تعيين المحكمين بالاتفاق بينهم، وفي حالة فشلهم يتم اختياره بواسطة المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الأطراف، ويشترط أن يكون قبول المحكم لمهمته كتابةً.

الطعن في هيئة التحكيم:

الطعن في هيئة التحكيم يكون عن طريق البطلان، وقد جاء في نص المادة 41 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م بيان لحالات الطعن على النحو الآتي:

1/ يجوز للمحكوم ضده طلب إلغاء حكم هيئة التحكيم للبطلان
للأسباب الآتية :-

- أ/ الحكم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود الاتفاق .
- ب/ فساد أو سوء سلوك المحكمين أو أي منهم .
- ج/ وجود إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات التحكيم .
- د/ فشل هيئة التحكيم في ذكر الأسباب التي بنت عليها حكمها .
- هـ/ تضمن الحكم ما يخالف النظام العام في السودان .

2/ يقدم الطلب المشار إليها في البند (1) أمام المحكمة المختصة ويكون
قرارها نهائياً.

3/ المحكمة المختصة بالتحكيم: تقضي ببطلان الحكم من تلقاء نفسها
على الأسباب الواردة في البند (1).

ومقابل ذلك من قانون التحكيم المصري: (لا يجوز رفع دعوى البطلان
على أساس مخالفة أمره أو مخالفة لشروط الاتفاق المتعلقة بتشكيل هيئة
التحكيم إذا لم يقدم الطرف صاحب المصلحة في ذلك الاعتراض في
الميعاد المحدد قانوناً أو اتفاقاً إذ يعد سكوتُه متنازلاً عن حق الاعتراض)،
كما يجوز البطلان لمجاوزة هيئة التحكيم لحدود ولايتها ونصت على هذه
الحالة المادة (53/1و) والتي تقضي بأنه: (لا تقبل دعوى بطلان حكم
التحكيم إلا إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو
جاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة
بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له
فلا يتيح البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها)⁵⁰.

مما سبق يتضح لنا أن للمحكوم ضده بموجب نص المادة 41 من قانون
التحكيم السوداني لسنة 2005م الحق في الاعتراض على حكم هيئة التحكيم
بالبطلان وذلك في مدة محددة خلال أسبوعين من تاريخ النطق بالحكم وإذا

لم يقدم الاعتراض في الميعاد المحدد بعد سكوته متنازلاً عن حقه في الاعتراض، والذي يؤخذ على هذه المادة أنها جعلت هذا الحق للمحكوم ضده فقط، والصواب جعل الطعن بالبطلان لأي من طرفي النزاع.

1/ إجراءات التحكيم التقليدي :

نقصد بإجراءات التحكيم المسائل العملية التي تتعلق بتحريك الدعوى حتى صدور القرار وهي تختلف من دولة لأخرى وتتمتع بأهمية خاصة، إذ يتوقف نجاح نظام التحكيم أو إخفاقه على مدى سلامة إجراءات التحكيم المتبعة في نظر الدعوى التحكيمية والفصل فيها من عدمها. وتعتبر هذه الإجراءات بمثابة العمود الفقري، لنظام التحكيم، وهي السياج الذي يضمن شرعيته بحيث أن مراعاة هذه الإجراءات على نحو صحيح من شأنه الوصول إلى تحكيم قابل للاعتراف به وتنفيذه⁵¹، والأصل أن اتفاق التحكيم هو الذي يحدد الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم وفي حال عدم ذكر هذه الإجراءات باتفاق التحكيم فإن هيئة التحكيم تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة وقد نصت على ذلك المادة (21) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م: (يجوز لهيئة التحكيم إتباع الإجراءات التي يتفق عليها الأطراف وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق للهيئة أن تتبع الإجراءات التي تراها مناسبة بشرط معاملة الأطراف على قدم المساواة في جميع مراحل إجراءات نظر التحكيم)، وتبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلباً من المدعي بعرض النزاع على التحكيم واختيار مُحكمه ما لم يتفق الطرفان على ميعاد لبدء الإجراءات⁵².

2/ اختيار مكان التحكيم :

مكان التحكيم هو المقر والمكان الذي تم اختياره من قبل أطراف النزاع، وتم النص عليه في شرط التحكيم أو اتفاقية التحكيم أو مشاركة التحكيم على اعتباره بسهولة. إن التحكيم الذي يصدر المحكمون فيه حكمهم، نظراً لأن

حكم المُحكّمين دائماً يعتبر صادراً في المكان الذي صدر فيه وليس في مكان تنفيذ العقد، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على المكان يتم اختيار المكان من قبل هيئة التحكيم⁵³، ويتعين مراعاة الاعتبارات التالية عند مكان التحكيم:

1- على أطراف العقد عند اختيارهم مكان التحكيم أن يختاروا مكاناً محايداً يتوافر فيه من التسهيلات لعملية التحكيم ما يُمكن المُحكّمين من إنجاز المهمة بسهولة.

2- أن يأخذ التحكيم: لاعتبار أن اختيارهم لمكان معين أن يؤثر سلباً أو إيجاباً على عملية التحكيم وتنفيذ الحكم .

3- أن يتبّه الأطراف إلى أنهم سوف يختارون المكان الذي يمكن أن يستفيدوا من إجراءاته إلى أقصى حد ممكن.

يجوز لمحكمة التحكيم أن تحدد مكان التحكيم داخل الدولة المتفق عليها بين الطرفين، ويجوز لها أن تستمع إلى الشهود وأن تعقد اجتماعات للتشاور بين أعضائها في أي مكان مناسب، مع مراعاة ظروف التحكيم. كما يجوز لمحكمة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً لمعاينة بضائع أو أموال أخرى أو مستندات ويمنح الطرفان إخطاراً كافياً لتمكينهما من حضور مثل هذه المعاينة، وما لم يكن هنالك اتفاق مخالف من الأطراف وبعد استشارتهم يجوز لهيئة التحكيم أن تعقد جلساتها واجتماعاتها في أي مكان آخر تراه مناسباً⁵⁴، وأخيراً يجب يصدر الحكم في مكان التحكيم.

3/ لغة التحكيم :

يجري التحكيم باللغة التي يتفق عليها الطرفان أو التي تحددها هيئة التحكيم، ويسري حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى النزاع، شفوية، وكذلك على كل قرار تتخذه هذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك، وبالنسبة للقانون السوداني نصت المادة (24) على (اللغة العربية هي لغة التحكيم ما لم يتفق الأطراف على لغة أخرى، مع

إمكان وجود ترجمة للغات الأخرى التي يطلبها الأطراف). وفي المادة (16) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية: (ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك يعود للمحكمة التحكيمية تحديد لغة أو لغات الإجراءات التحكيمية وتأخذ بعين الاعتبار كافة الظروف الهامة بما فيها لغة العقد)، وغني عن البيان الاهتمام بلغة المحكمة التي سيقدم لها حكم التحكيم لتنفيذه في حالة عدم التنفيذ التلقائي.

خطوات عرض النزاع أمام التحكيم الإلكتروني :

1/ كتابة نموذج إحالة النزاع على الموقع - موقع مركز الوساطة والتحكيم - وغالبا ما يكون هنالك نموذج لهذا الغرض يقدم فيه بشكل موجز الإشكال الناجم عنه النزاع، والنقر بعد ذلك على مفتاح الإرسال .

2/ يعمل المركز بدوره على إخطار المباشرة، بواسطة البريد الإلكتروني (e-mail)، أو أي وسيلة أخرى مع تزويده بنموذج الجواب .

3/ تتم المناقشة بين أطراف النزاع مباشرة، حيث إن أولى الوسائل هي المفاوضات المباشرة وهي مجانية للجميع، ليحاول الأطراف من خلالها التوصل لحل النزاع مع الإشارة إلى أن 60% من النزاعات قد حلت بهذه الطريقة وفق دراسة لمركز وساطة وتحكيم square trade .

4/ إذا لم تنجح المفاوضات المباشرة في فض النزاع يتم الاستعانة بوسيط بناء على رغبة الأطراف مع دفعها لرسوم الوساطة والتوفيق، دور الوسيط هو تقديم النصح والإرشاد للأطراف محاولاً - الوصول لحل مرضي للطرفين⁵⁵ .

رسوم التحكيم الإلكتروني:

لحدثة عملية التحكيم عن بعد، واختلافها عن عملية التحكيم التقليدية حتى في نظام ومقدار وآلية حساب الرسوم، وعليه كان لا بد لنا من بيان رسوم التحكيم، وذلك بأخذ عينة للرسوم التي تستوفيها مراكز الوساطة عن

بعد، ومن هذه المراكز :

1/ مركز الوساطة والتحكيم لتابع ل (wipe) :

أولاً: رسوم التسجيل: تدفع كل الرسوم بالدولار ويستوفي المركز بدل رسوم 0.001% مجموع قيمة المبلغ الداخل في الوساطة مع وجود سقف أعلي للرسم وهو 10.000 دولار أمريكي، فلو كان المبلغ موضوع النزاع 500.000 لكانت رسوم الوساطة هي 500 دولار ولو كان المبلغ هو 20.000.000 فستكون الرسوم 10.000 دولار وهو السقف الأعلى والمحدد لرسوم الوساطة.

ثانيا: الرسوم الإدارية: لا تنقص عن ألف دولار ولا تزيد عن خمس وثلاثين ألف دولار وتستحق الرسوم الإدارية خلال (30) يوما من إرسال طلب التحكيم بالنسبة للمحتكم ومن تاريخ إرسال طلب الادعاء المقابل أو زيادته بالنسبة للمحتكم ضده، وترتفع الرسوم الإدارية طرديا بارتفاع المبلغ موضوع النزاع.

ثالثا: رسوم المحكمين: أيضا لها حد أدني وأعلي وفق جدول معين وضعه المركز⁵⁶، ويتم أداء كافة الرسوم والتكاليف بواسطة طرفي النزاع مشاطرة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، أما عن أجر الوسيط فإما أن يتم حسابه بالساعة أو باليوم، آخذاً بالاعتبار موعد تقديم الطلب ومقدار المبلغ المتنازع عليه والداخل في الوساطة بالإضافة لأية تعقيدات أعاق حل النزاع⁵⁷.

2/ مركز وساطة وتحكيم (square trade) :

يستوفي المركز 20 دولار بدل رسوم وساطة إذا لم يتجاوز المبلغ موضوع النزاع عن 1000 دولار أمريكي. أما إذا زاد المبلغ موضوع النزاع عن 1000 دولار فللاستيفاء 20 دولار + 50% من المبلغ موضوع النزاع، مع وجود سقف أعلي وهو 2500 دولار، مع الإشارة إلى أن المركز قد يغير مقدار

الرسوم بأي وقت، حتى ولو كانت الرسوم قد دفعت وعندها يمنح الأطراف مهلة لدفع الفرق، إذا كان التغيير بالزيادة⁵⁸.

والوفاء برسوم التحكيم يكون عن طريق:

1. الوفاء بالبطاقات الممغنطة (فيزا)

2. الوفاء بالسداد الإلكتروني

3. السداد بالتحويل الإلكتروني

خطوات سير التحكيم الإلكتروني:

1/ التوجه لموقع مركز التحكيم المعين على شبكة الإنترنت والنقر بعدها على مفتاح إحالة النزاع (Create a Case) فيظهر على الشاشة نموذج طلب التحكيم المعد سلفاً من قبل مركز التحكيم.

2/ يتعين على المحكم أن يكتب في طلب التحكيم ما يلي:

أ/ إيجازاً عن طبيعة وظروف النزاع، وأية حلول يراها مناسبة له.

ب/ ذكر أسماء ممثليه في نظر النزاع وتحديد وسيلة الاتصال بهم (هاتف - فاكس - بريد إلكتروني - فيديو كونفرنس).

ج/ تحديد عدد المحكمين، وعند إغفال ذلك سيعد قد اختار محكماً وحيداً (Sole Arbitrator) لنظر النزاع.

د/ اختيار الإجراءات المتبعة خلال نظر النزاع. وبإغفال ذلك سيعد راضياً بالإجراءات التي اعتمدها المحكم، مع الإشارة إلى أن المركز سيخطر المتحكم إلى ضرورة اختيار هذه الإجراءات وذلك في غضون أسبوع من استلام المركز لطلب التحكيم. مع منحه مهلة يومين لتحديد هذه الإجراءات.

هـ/ إرفاق نسخة عن اتفاق التحكيم للمركز.

و/ إعداد قائمة بالأدلة والبيانات المستند إليها في الإدعاء وإرفاقها مع طلب التحكيم إذا رغب بذلك.

ز/ إرسال طلب التحكيم بعد ذلك للمركز وللمحتمك ضده، وهنا للمحتمك الخيار في أن يترك للمركز إخطار المحتمك ضده بطلب التحكيم أو أن يخطره هو بطلب التحكيم، وإذا أخذ بالاختيار الثاني فعليه أن يخطره خلال مدة أقصاها عشرون يوماً من وصول الإدعاء للمركز وإلا عد المحتمك راجعاً عن طلبه في إحالة النزاع للتحكيم .

ح/ أداء الرسوم الإدارية المحددة وفق جدول الرسوم⁵⁹.

يبدأ تاريخ نظر النزاع باستلام المركز لطلب التحكيم سواء تم أداء الرسوم الإدارية أو لا، يقوم المركز بإخطار المحتمك ضده بالإدعاء، إن لم يكن المحتمك قد أخطره بذلك مسبقاً، وهنا نلاحظ اختلافاً في ميعاد بدء إجراءات التحكيم (losure of proceedings) بين الذي أخذت به مراكز التحكيم عن بعد وبين المنصوص عليه في قوانين التحكيم الداخلية، ففي قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م تبدأ إجراءات التحكيم وفقاً للمادة (22): "من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلباً من المدعي بعرض النزاع على التحكيم واختيار مُحكمه ما لم يتفق الطرفان على ميعاد لبدء الإجراءات"، وفي قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001م تبدأ إجراءات التحكيم وفقاً للمادة (26): "في اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم"، وفي القانون المصري رقم (27) لسنة 1994م تبدأ هذه الإجراءات وفقاً للمادة (27): "من اليوم الذي يتسلم المدعي عليه طلب التحكيم من المدعي".

وفي تقديري ما ذهب إليه المشرع السوداني في قوله: "ما لم يتفق الطرفان على ميعاد لبدء الإجراءات" هو الأولي، وعند عدم الاتفاق ما اتفق عليه المشرع السوداني والمصري يحقق العدالة وهو: "من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلباً من المدعي بعرض النزاع على التحكيم واختيار

مُحكّمه"، لما يقوم عليه من ضمان حق الدفاع الذي يشتمل على حق الخصم في العلم بإجراءات التحكيم وبتعيين محكم وبدء هذه الإجراءات، مع العلم أن الإخلال بحق الدفاع بالمعنى العام من الأمور الإجرائية التي يمكن الاستناد إليها لقبول دعوي بطلان حكم التحكيم، ويعاب تاريخ بدء المدة بتعيين الهيئة الذي اختاره المشرع الأردني في القانون رقم 31 لسنة 2001م تبدأ إجراءات التحكيم وفقاً للمادة (26): "في اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم"، إذ قد يتأخر المركز في إخطار المحكّم ضده الأمر الذي سيفوت الفرصة على المحكّم ضده بتقديم دفاعه، وكان الأجدى ببدء سريان المهلة من تاريخ الإخطار.

وبعد إعلان المحكّم ضده بطلب التحكيم يمنح مهلة عشرين يوماً لإرسال جواب للمركز والذي يجب أن يتضمن النقاط التالية:

- 1/ دفعه واعتراضاته على الإدعاء .
- 2/ إعداد قائمة بالبيّنات المؤيدة لدفاعه .
- 3/ إرفاق بيّناته مع الجواب أو أن يؤجل تقديمها لمرحلة لاحقة .
- 4/ تحديد عدد المحكمين، مع فقدان المحكّم ضده لهذا الخيار في حال أن اختار المحكّم لثلاثة محكمين لنظر النزاع إذ يتعين عليه هنا إرسال قائمة بأسماء ثلاثة محكمين من قائمة (ICANN) Internet Corporation for Assign (Names and Number) ليعين المركز واحداً من القائمة في هيئة التحكيم. وفي حال عدم رفع القائمة فسيعمل المركز على اختيار الهيئة مع مراعاة جنسية ومكان إقامة المحكمين، أما إذا كان المحكّم قد اختار محكّماً فرداً لنظر النزاع فيكون الخيار للمحكّم ضده هنا في موافقة أو معارضة المحكّم. على فرض تأييده لوجود محكم فرد وموافقته على ذات المحكم الذي اختاره المحكّم، عليه إخطار المركز بذلك خلال خمسة عشر يوماً من بدء التحكيم وإلا كان الخيار للمركز في الاختيار.

أما إذا عارض المحكّم ضده اختيار المحكّم في وجود محكم فرد لنظر

النزاع فيتعين عليه أداء الرسوم الإدارية عن ثلاثة محكمين وإرسال قائمة بأسماء ثلاثة محكمين ليكون أحدهم في هيئة التحكيم. ليقوم المركز بإخطار المحتكم بوجود ثلاثة محكمين بدلاً من محكم فرد وأن عليه أداء الفرق في الرسوم الإدارية عن اختياره لمحكم فرد وذلك خلال مدة أقصاها عشرة أيام من الإخطار كما حددتها بعض مراكز التحكيم⁶⁰.

بنكول المحتكم عن دفع الفرق في الرسوم الإدارية خلال المهلة أعلاه عد راجعاً عن إدعائه مما يحتم ضرورة إرجاع ما أداه المحتكم ضده من رسوم إدارية. وإرجاع ما أداه المحتكم من رسوم بعد أن يخضم منها الرسوم الإدارية بالإضافة لتكاليف اختيار هيئة التحله..

يقوم المركز بتعيين الهيئة إذا ما تجاهل المحتكم ضده طلب التحكيم ولم يقدم جواباً خلال المدة المحددة له . مع إخطاره بضرورة تقديم الجواب والبيّنات المشار إليها سابقاً وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ تعيين الهيئة.

وباستلام المركز للجواب ووجود أي نقص في بيّنات المحتكم ضده فسيخطر المركز بذلك خلال أسبوع من استلام الجواب ومنحه مهلة يومين لإكمال النقص، وقد منحت مراكز التحكيم الحق لفريقي النزاع لطلب تنحية المحكم الذي اختاره الفريق الآخر أو الذي اختارته الهيئة أو حتى إن كان هو من اختاره في حال وجود شكوك جدية تثور حول حيادية ونزاهة المحكم، وذلك بإخطار يقدم للمركز خلال مدة معينة حددتها بعض المراكز بعشرة أيام تبدأ من تاريخ الإخطار بالمحكم إن كان قد اختاره الفريق الآخر أو اختارته الهيئة ومن تاريخ ظهور السبب الذي على أساسه طلب رد المحكم إن كان هو من أختاره، ليقدر المركز بعدها تنحية المحكم أو صلاحيته في نظر النزاع وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تقديم الطلب⁶¹.

تجدر الإشارة أن للمحتكم ضده أن يرفق مع جوابه إدعاءً مقابلاً أو لاحقاً خلال إجراءات نظر النزاع مع دفع الرسوم الإدارية المقررة لإدعائه

المقابل مع تزويد المحتكم بنسخة عن إدعائه المقابل ليقوم المحتكم بالرد على الإدعاء المقابل مرفقاً معه البيّنات والدفع لتحكيم الهيئة بالحكم في الإدعاءين معاً. وللمحتكم أن يطلب إجراء مقاصة بين ماله في ذمة المحتكم وما هو في ذمته له، يعين المركز موعد المحاكمة بتمام بيّنات فريقي النزاع وتحديد تاريخ صدور قرار الهيئة وذلك خلال ثلاثين يوماً من استلامه الجواب، جلسات المحاكمة سرية وسريعة إذ لا تتجاوز ثلاثة أيام في حال طلب سماع الشهود أو طلب الخبرة الفنية، أو لتقديم أية بيّنة سبق أن أشار إليها أي من الفريقين ضمن قائمة بيّناته وإخطار المركز أنه سيقدمها وقت المحاكمة⁶².

بيّنات التحكيم الإلكتروني:

أولاً: البيّنة الخطية:

الأصل أن يقدم فريقا النزاع دفعوهم وبيّناتهم دفعة واحدة وذلك عند رفع النزاع بالنسبة للمحتكم ضده، وقد سمحت مراكز التحكيم للفرقاء في تقديم بيّناتهم أمام الهيئة مباشرة شريطة أن يكون قد أشير لهذه البيّنات ضمن قائمة البيّنات المقدمة للمركز عند الإدعاء أو الجواب.

واستثناء من هذا المبدأ في تقديم أية بيّنات أجازت مراكز التحكيم لهيئة التحكيم أن توافق على تقديم أية بيّنة لم يشر إليها مقدمها ضمن قائمة بيّناته إذا ما رأت وجود أسباب جدية ومبررة لقبول البيّنة وأهميتها في فصل النزاع، كما أن للهيئة ومن تلقاء نفسها أن تطلب أية بيّنة إضافية تراها ضرورية لتأييد أية واقعة للفصل في النزاع.

ثانياً: البيّنة الشخصية (witnesses) :

تعد البيّنة الشخصية إحدى البيّنات المعمول بها والمستند إليها في الإثبات في شتى قوانين الإثبات، وهذا ما دأبت على الأخذ به مراكز التحكيم عن بعد في الاستناد على البيّنة الشخصية في الإثبات، تاركة لفريقي النزاع

حرية الاستعانة بشهادة الشهود في إثبات أية واقعة تؤيد إدعاءهم مع تحديد آلية سماع الشاهد والاتصال به، يتعين على من يرغب في الاستناد إلى البيّنة الشخصية أن يخطر الهيئة عن رغبته مسبقاً مع تحديده للوقائع المطلوب سماع الشهود حولها وتزويد الهيئة بأسماء وعناوين الشهود، لتقرر الهيئة بعد ذلك إجابة الطلب أو رده .

بموافقة الهيئة على سماع شهادة الشهود تعمل على تحديد آلية سماعهم وهي إما أن تكون بواسطة الهاتف أو استدعائهم لجلسة سرية (Hearing in camera) لاستجوابهم ومناقشتهم حول النقاط المتعلقة بموضوع النزاع، وتكون نفقات سماع الشاهد على من طلبه وهو من تقع عليه مسؤولية صون الشاهد وحفظه سرية ما شهد عليه وسائر ما اطلع عليه أثناء الجلسة وخارجها.

ثالثاً: طلب الخبرة الفنية Experiment :

سمحت مراكز التحكيم عن بعد لفريقي النزاع في طلب الخبرة الفنية لإثبات وقائع تتعلق بموضوع النزاع كالعيب في المبيع مثلاً . وتحديد مقدار الضرر الذي لحق بالمشتري وتقدير ثمن المبيع . وأية أمور أخرى تلعب الخبرة الفنية دوراً مهماً في تقديرها، وقد حددت مراكز التحكيم آلية وشروط الاستعانة بالخبرة الفنية لتأييد أية واقعة يستند إليها في النزاع .

يتعين على من يرغب في طلب الخبرة الفنية أن يخطر الهيئة والفريق الآخر بذلك في وقت معقول يسبق المحاكمة مع ذكره لاسم الخبير وتحديده الوقائع المطلوب إجراء الخبرة حولها. لتقرر الهيئة إجازة الطلب أو رده بعد أن تكون قد استمعت لاعتراضات الطرف الآخر وأسانيده كعدم جدوى الخبرة أو سبق الأخذ بها، يؤخذ بالخبرة الفنية إذا وافقت الهيئة عليها، ليقسم الخبير بعدها القسم القانوني ومنحه مهلة ثلاثين يوماً على الأكثر لتسليم تقرير الخبرة، ليقوم الأطراف بعدها بمناقشة الخبير وسؤاله حول أية نقطة في

تقرير الخبرة، في وسيلة من مراكز التحكيم في ترك حرية نقض أو دعم تقرير الخبرة للأطراف ومن هذه الوسائل لنقض أو مساندة تقرير الخبرة طلب سماع البيّنة الشخصية، تقديم أية ملاحظات وانتقادات خطية حول تقرير الخبرة لتقرر الهيئة بعد ذلك أن تأخذ بتقرير الخبرة أم لا . بناءً على ظروف القضية وما ورد في التقرير، وتفقد الهيئة هذا الحق في حال رضا طرفي النزاع تقرير الخبرة وتسليمهما بما ورد فيه، كما أنه للهيئة ومن تلقاء نفسها أن تطلب إجراء الخبرة الفنية وذلك في أي وقت من أوقات المحاكمة، بعد استشارتها طرفي النزاع في ذلك وتعيينهما خبيراً أو أكثر تقوم الهيئة بإفهامه مهمته بعد ذلك، وتعهد به بصيانة سرية مهمته .

إصدار حكم التحكيم⁶³:

حكم التحكيم قرار يعطي كل ذي حق حقه، ويضع حداً للنزاع القائم بين أطراف النزاع، وحتى يكون هذا القرار واجب التنفيذ دون تعقيدات يتوجب على المحكمين مراعاة قواعد العدالة والمساواة بين الأطراف فيما يتعلق بحق مثلهم أمام هيئة التحكيم، وإعطائهم فرصاً متساوية لتقديم بيناتهم الخاصة بالإدعاء والدفاع، وذلك حتى لا يكون الحكم الصادر منهم محل نقد أو بطلان. ولأهمية هذا القرار فقد تناولت التشريعات الوطنية هذا الأمر، وركزت جميعها على مسألة كيفية إصدار القرار حيث أشارت معظمها إلى إصداره بالأغلبية أو الأكثرية والتوقيع عليه، وذلك تحوطاً على أهمية هذا القرار وتأكيده على مبدأ العدالة.

يجب على محكمة التحكيم أن تتبع في إصدار الحكم الشروط والإجراءات المنصوص عليها في اتفاق أو مشاركة التحكيم، ويصدر الحكم بالأغلبية، ويجب أن يذكر فيه أسماء المحكمين وتوقيع من رئيس المحكمة ويصدر الحكم في جلسة علنية أمام الخصوم أو وكلائهم. وقد نصت على ذلك كافة قوانين التحكيم الحديث منها والقديم⁶⁴، وما كان محل خلاف هو التسبب وقد اشترطه المشرع السوداني أما المصري فقد استثنى التسبب في

حال إذا اتفق طرفا التحكيم على عدم ذكره أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم.

وفي تقديري، التسبب ضروري لمعرفة الحجج والبراهين التي استند عليها المحكم أو المحكمين في إصدار الحكم ضد المدعى عليه أو شطب الدعوى أو خلافه، وذلك لأن التسبب يقنع الطرفين بعدالة الحكم وما بذله المحكم أو المحكمون من جهد للوصول للقرار.

تسوية النزاع خلال إجراءات التحكيم:

إذا توصل الطرفان لتسوية خلال إجراءات التحكيم فعلى الهيئة قبول تلك التسوية، وإثباتها في المحضر وإصدار قرار وفقاً لذلك، نصت على ذلك قواعد اليونسسترال لسنة 1976م في المادة (1/34) بأن (تقوم الهيئة بإنهاء الإجراءات في حال توصل الطرفان لتسوية أو تقوم بإثبات التسوية وإصدار الحكم إذا طلب الطرفان ذلك) كما نص على ذلك قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م في المادة (2/31): (يجوز الفصل في النزاع ودياً باتفاق الطرفين إذا اتفقا خلال سير الإجراءات على تسوية تنهي النزاع كان لهما أن يطلبوا إثبات شروط التسوية وعلى الهيئة إصدار قرار بمحتويات التسوية ويكون قراراً نهائياً)، كما نصت لائحة مركز الخرطوم للتحكيم في المادة (24) بالآتي: (إذا توصل طرفا النزاع إلى تسوية أو تصالح فعلى الهيئة وقف الإجراءات وإصدار الحكم وفقاً لاتفاق الطرفين إلا إذا كان الاتفاق مخالفاً للنظام العام بحيث يتعذر تنفيذه فعلى الهيئة رفض الاتفاق والاستمرار في الإجراءات وإذا أصر تصدر الحكم بشطب الدعوى).

مدة إصدار حكم التحكيم التقليدي والالكتروني:

على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فإذا لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز

أن تقرر هيئة التحكيم مدة الميعاد على ألا تزيد المدة على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك، وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المحدد جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها، نص على ذلك قانون التحكيم لسنة 2005م في المادة (32) بالآتي:

1/ يصدر حكم هيئة التحكيم بالإتفاق أو الأغلبية خلال المدة المتفق عليها أو خلال ستة أشهر من تاريخ بدء إجراءات التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد المدة.

2/ إذا لم يصدر حكم هيئة التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في البند (1) جاز للطرفين الاتفاق على تمديد المدة وفي حالة الخلاف يجوز للمحكمة المختصة تمديدها بطلب من أحد الأطراف على أن يكون ذلك التمديد نهائياً ويجوز بعده لأي من الطرفين رفع دعوي أمام المحكمة، ونص القانون واضح بأن مدة إصدار الحكم ستة أشهر من تاريخ استلام الهيئة الملف ما لم يتفق الأطراف على مهلة أطول.

أما مدة إصدار حكم التحكيم الإلكتروني فتختلف من مركز لآخر وقد حدد مركز تحكيم Wipo هذه المدة بـ (45 - 60 يوماً) في الوضع الطبيعي، وهنالك تحكيم معجل تزداد الرسوم وتقل فيه المدة إلى شهر واحد فقط لكن بمحكم واحد لكل طرف⁶⁵ ومدة إصدار حكم التحكيم الإلكتروني أقل بكثير من مدة إصدار حكم التحكيم التقليدي وهذه واحدة من مميزات التحكيم الإلكتروني على التحكيم التقليدي.

شكل قرار الحكم الإلكتروني والتقليدي:

لكي يكون حكم التحكيم ملزماً وقابلاً للتنفيذ لا بد أن يصدر في شكل معين حسب القواعد التي اتفق عليها الأطراف وتكاد معظم التشريعات

وقواعد التحكيم الدولية يجتمع على شكل معين هو⁶⁶:

- 1/ للأطراف حرية الاتفاق على الشكل الذي يصدر فيه الحكم التحكيمي.
- 2/ إذا لم يتفق الأطراف على ذلك يطبق الآتي:
- 3/ يصدر الحكم التحكيمي مكتوباً وموقعاً عليه من كافة المحكمين أو من أولئك الذين صادقوا عليه.
- 4/ يجب أن يكون الحكم التحكيمي معللاً (مسياً) إلا في حالة الحكم التحكيمي بشروط متفق عليها أو إذا نص الأطراف على إعفاء المحكمين من التعليل.
- 5/ يبين الحكم التحكيمي مكان التحكيم وتاريخ صدوره.

وفي التحكيم الإلكتروني إضافة لذلك: أجور المحكمين، نفقات تنقلاتهم، أو اتصالاتهم، أجور الخبراء وأية نفقات أخرى استلزمها عملية التحكيم⁶⁷، تقوم هيئة التحكيم بإصدار الحكم دون عقد جلسة ما لم يطلب الأطراف عكس ذلك، كما تقوم الهيئة بعد (التوقيع الإلكتروني) بتزويد المركز بالقرار ليتم تسليمه للأطراف ويعد الحكم ملزماً لهم بمجرد الاستلام، يبقى للأطراف بعد استلامهم قرار الحكم في الرجوع للهيئة وسؤالها حول أمور محددة وهي تصحيح أية أخطاء اعترت القرار وهي المادية، الحسابية، أو تفسير القرار إذ شابه أي غموض، وإذا ما أغفلت الهيئة في أن تحكم في أي طلب فللأطراف أن يطلبوا صدور حكم إضافي وما ينطوي عليه من الحق في تقديم ما يشبه أو يدحضه من الطرف الآخر، طلبات الأطراف هذه محددة بفترة زمنية معينة سواء بالنسبة للهيئة أو للأطراف، فللأطراف تقديم أي من الطلبات أعلاه خلال ثلاثين يوماً من استلامهم الحكم وعلي الهيئة إجابة الطلب خلال ستين يوماً من استلامها له في حال رأت صحة وجدية الطلب، وللهيئة من تلقاء نفسها تصحيح أي أخطاء مادية أو حسابية وذلك خلال ثلاثين يوماً من صدور القرار⁶⁸.

حجية حكم التحكيم:

ينال حكم التحكيم حجية الأمر المقضي فيه بمجرد صدوره، وعلى هذا كافة تشريعات التحكيم منها السوداني والكويتي والأردني والسعودي والمصري وغيرها⁶⁹. واعتبره رأي في القانون بأنه ورقة رسمية، ولكن ذهب رأي إلى أن حكم المحكمين لا يعتبر ورقة رسمية إلا بإيداعه أروقة المحكمة، وذلك على أساس أن المُحكّم ليس موظفاً عاماً حتى يعتبر ما يصدر منه ورقة رسمية، تعني هذه الحجية أن الحكم الذي صدر في المنازعة عنوان للحقيقة في حدود الأساس الذي قامت عليه الدعوى وبالنسبة لأطراف ويترتب على ذلك عدة نتائج⁷⁰ نوجزها فيما يلي:

1- أن المحكمة التي أصدرت الحكم لا تملك سلطة تعديل هذا الحكم أو إلغائه.

2- لا يجوز إثارة النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم مرة أخرى أمام القضاء العادي، وإذا تم ذلك جاز لمن صدر لمصلحته حكم التحكيم الدفع بعدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها .

3- اقتصار حجية الحكم على ما ورد بشرط الاتفاق على التحكيم دون أن يمتد إلى وقائع أو منازعات أخرى لم ترد بهذا الشرط.

4- نسبية حكم التحكيم حيث تقتصر حجيته فقط على أطرافه دون أن يمتد أثر هذه الحجية إلى الغير.

5- الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم بمثابة الحكم القضائي ينفذ جبراً أمام المحاكم إذا توافرت فيه الشروط المطلوبة شكلاً وموضوعاً.

ونص القانون السوداني للتحكيم لسنة 2005م جاء في المادة (40) من كالاتي: (يكون قرار هيئة التحكيم ملزماً وينفذ تلقائياً أو بناءً على طلب كتابي إلى المحكمة المختصة مرفقاً معه صورة معتمدة من القرار الأصلي ولا يقبل الطعن فيه إلا عن طريق دعوى البطلان)، ويجب التنبيه بأن الحجية تحظر على أي من الخصمين اللجوء إلى القضاء لتقدم الدعوى من جديد حتى ولو

كان حكم المحكمين قابلاً للطعن فيه.

الطعن في حكم التحكيم:

قرار هيئة التحكيم كما سبق ملزم وينفذ تلقائياً أو بناءً على طلب كتابي إلى المحكمة المختصة مرفقاً معه صورة معتمده من القرار الأصلي ولا يقبل الطعن فيه إلا عن طريق دعوى البطلان، ودعوى البطلان أجازت المادة (41) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م رفعها إذا توفرت أحد الأسباب الآتية: أ/ إذا فصل حكم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود الاتفاق .

ب/ فساد أو سوء سلوك المحكمين أو أي منهم.

ج/ وجود إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات التحكيم.

د/ فشل هيئة التحكيم في ذكر الأسباب التي بنت عليها حكمها.

2/ يقدم الطلب المشار إليها البند (1) أمام المحكمة المختصة ويكون قرارها نهائياً.

3/ للمحكمة المختصة أن تقضي ببطلان الحكم من تلقاء نفسها بناءً على الأسباب الواردة في البند.

وقد اختلفت التشريعات من حيث مدى طرق الطعن التي يمكن التمسك بها ضد حكم المحكمين. وفي مصر نظم القانون المصري بالنسبة لأحكام المحكمين طريقاً آخرًا للطعن هو التماس إعادة النظر. ولأن حكم المحكمين لا يقبل الطعن بالاستئناف فهو حكم يصدر نهائياً ولهذا يجوز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر دائماً ولا يرفع الالتماس إلى هيئة التحكيم التي أصدرته إذ هذه تنتهي مهمتها بإصدار الحكم، بل يرفع إلى المحكمة التي كانت من اختصاصها أصلاً بنظر الدعوى⁷¹.

وفي القانون السوداني الطعن على قرار التحكيم يكون فقط بدعوى البطلان، ويمكن أن يقدم هذا الطلب قبل صدور الحكم أو عند تنفيذ الحكم،

وخول القانون المحكمة المختصة بالتحقق من الأسباب الواردة بالطلب ويكون قرارها في هذا الشأن نهائياً لا يجوز استئنافه أمام المحاكم الأعلى درجة، كما يجوز للمحكمة المختصة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها بناء على الأسباب التي وردت لها، ويكون هذا في حالة التحكيم عن طريق المحكمة، هذا ما جاء في سابقة حكومة السودان ضد بروان أترناشيونال⁷² وفي هذه القضية حكمت المحكمة المختصة ببطلان الحكم من تلقاء نفسها بناءً على الأسباب التي وردت لها، وذات القضية قررت مبدأ آخر هو أن المحكم بمقابلة أحد أطراف النزاع يحقق للطرف الآخر الاعتراض على القرار الذي يصدر منه، كما قررت قضية المركز القومي للعلاج بالأشعة ضد مجموعة حمدي الاستشارية⁷³ أن الطاعن لم يتقدم بدفاعه لأنه لم يكن متاحاً له فرصة الدفع بوجود شرط التحكيم وفقاً لما جاء بقانون التحكيم لسنة 2005م الأمر الذي أدى إلى نقض الحكم المطعون فيه.

وأيضاً قررت المحكمة العليا في قضية شركة النيل الكبرى لعمليات البترول ضد شركة ريميس الهندسية⁷⁴ أن نص المادة (40) من قانون التحكيم لسنة 2005م رسم طريق الطعن في القرار عن طريق دعوى البطلان وليس عن طريق الاستئناف أو الطعن المضاد، وكان قميناً بنا أن نتصدى للحجج والأسانيد القانونية التي تقدم بها الطاعن ولكن لا نستطيع الخوض في ذلك لعدم الاختصاص، وذات المحكمة العليا قررت أيضاً في قضية مزارعي النشيشبية ضد حكومة الإقليم الأوسط⁷⁵، أنه لا يجوز استئناف قرار لجنة التحكيم فيما يتعلق بتقدير التعويض. لكن يخضع القرار لإعادة النظر أمام الشخص الذي تفوضه المحكمة العليا والذي ينظر الطلب كأنه استئناف بموجب قانون الإجراءات المدنية، بمعنى نظره قضائياً لتحقيق العدل. ولا يخضع قرار المفوض للطعن لدى المحكمة العليا، والذي يلاحظ على قانون التحكيم السوداني في المادة (41) أن طلب تقديم طلب البطلان قاصر على المحكوم له فقط، ومن العدل والإنصاف إعطاء هذا الحق لطرفي التحكيم

لذات الأسباب.

تنفيذ حكم التحكيم:

أولاً: التنفيذ (المحلي) الداخلي:

يتعين أن يتوافر في الحكم التحكيمي لإمكانية تنفيذه أن يكون حكماً قطعياً، أي حكماً له قوة ملزمة مانعة بصفة نهائية من العدول عنه أو التعديل فيه من جانب طرفي التحكيم، كما يجب أن يكون حكم التحكيم منهيّاً لخصومة التحكيم كلها، وعلى هذا تتقرر القاعدة العامة التي توجب احترام القرار التحكيمي من قبل الأطراف وتنفيذه اختياريّاً من الطرف الخاسر، أما الاستثناء فيكون الرفض والمماطلة في التنفيذ من قبل الطرف الذي يجب عليه تنفيذ القرار، وفي هذه الحالة فإن للطرف الذي صدر الحكم لصالحه أنه يلجأ إلى طلب تنفيذ الحكم من الجهات المختصة، وفقاً لنص المادة (40) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م: (على أن يكون قرار هيئة التحكيم ملزماً وينفذ تلقائياً بناءً على طلب كتابي إلى المحكمة المختصة مرفقاً معه صورة معتمدة من القرار الأصلي ولا يقبل الطعن فيه إلا عن طريق دعوى البطلان).

وما يجب التنبيه له أن المشرع السوداني قد حصن قرارات التحكيم أيما تحصين، وحرى بنا أن نذكر الملاحظة الهامة التي دونتها محكمة استئناف الخرطوم في قضية حكومة السودان "وزارة التجارة الخارجية" ضد الشيخ سلم بن محفوظ⁷⁶ والتي تتمثل في أن المشرع السوداني في قانون التحكيم لسنة 2005م بجانب تحصينه لقرارات المحكمة المختصة بنظر الطعن من الطعن فيها، ذهب لأبعد من ذلك إذ حصن الأوامر الصادرة من المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم من الطعن فيه حيث نص في المادة (47) على أنه لا يجوز استئناف الأمر الصادر من المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم.

والمشرع المصري فصل أكثر في المرفقات لتنفيذ حكم التحكيم في المادة 56 من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م: (يختص رئيس محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف

أو من يندبه من قضائها بإصدار حكم المحكمين ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به ما يلي :-

- 1- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.
- 2- صورة من اتفاق التحكيم.
- 3- ترجمة مصدقة عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم المحكمة المختصة، إن لم يكن صادراً بها.
- 4- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم في قلم كتاب المحكمة المختصة .

ثانياً: التنفيذ (الأجنبي) الدولي:

إن تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر من دولة أخرى مما ينطبق عليه حكم التحكيم الأجنبي، والأمر فيه ليس بذات البساطة في تنفيذ الحكم المحلي، إذ تتدخل عوامل كثيرة تتعلق بالسيادة الوطنية والمعاملة بالمثل والنظام العام؛ الأمر الذي أدى إلى عدم تنفيذ كثير من القرارات التحكيمية، وبالتالي ضياع الحقوق، وهذا ما دعا لجنة اليونسترال إلى عقد اتفاقية هامة جداً هي (اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958م. وهذه الاتفاقية⁷⁷ قاصرة على الدول الموقعة عليها فقط لتنفيذ الأحكام في القضايا التحكيمية، ولم يوقع السودان على هذه الاتفاقية، لكن اشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي وفقاً لنص المادة (46) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م الآتي: (لا يجوز تنفيذ حكم هيئة التحكيم الأجنبية أمام المحاكم السودانية إلا بعد التحقيق من استيفائه للشروط الآتية :

أ/ الحكم أو الأمر صادر من هيئة أو مركز تحكيم طبقاً لقواعد الاختصاص التحكيمي الدولي المقرر في قانون البلد الذي صدر فيه، وأنه أصبح نهائياً وفقاً لذلك القانون .

ب/ الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كفلوا بالحضور

ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

ج/ الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم السودانية.

د/ الحكم لا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب في السودان.

ه/ البلد الذي صدر فيه الحكم المراد تنفيذه يقبل تنفيذ أحكام المحاكم السودانية في أراضيه أو بموجب اتفاقيات تنفيذ الأحكام التي صادق عليها السودان.

ومن التطبيقات العملية للقضاء السوداني في تطبيق الحكم الأجنبي طلب تنفيذ حكم صادر من محكمة عابدين الجزئية للأحوال الشخصية بالقاهرة حيث قررت المحكمة⁷⁸ أنه يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي بالسودان بعد إقامة دعوى تنفيذ، ما دام الحكم الأجنبي قابل للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه. ويراجع في ذلك المادة 308 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، وعلى الرغم من أن هذا النموذج لتطبيق حكم قضائي إلا أن الحكم القضائي والحكم التحكيمي في الحجية سواء.

ومما سبق يتضح أن تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية لا تجد صعوبة لأنها تخضع لأحكام التشريعات الوطنية، أما الصعوبة التي تواجهها الأحكام الأجنبية فقد تمكن المجتمع القانوني الدولي من إيجاد حل لها باتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958م على الرغم من عدم انضمام عدد كبير من الدول إليها .

خاتمة:

التحكيم وسيلة من وسائل تسوية المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وما تتبعه من إجراءات، وما تأخذه من وقت قد لا تسمح به ظروف بعض المعاملات، فهو نوع من العدالة الخاصة ينظمه القانون ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العام في حالات معينة، كي تُحل بواسطة أفراد عاديين يختارهم الخصوم لئسند إليهم مهمة القضاء بالنسبة إلى المنازعات القائمة بينهم.

والتحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي، إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، فلا وجود للورق والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم، حتى أن الأحكام قد يحصل عليها الأطراف موقعة وجاهزة بطريق إلكتروني، وأهم ميزة للتحكيم الإلكتروني هو سرعة الفصل في النزاع، وهذه الميزة تفوق كثيراً ما عليه المنازعات في أروقة المحاكم الوطنية ومراكز التحكيم التجاري العادية، والسبب في ذلك يرجع إلى أنه لا يلزم في التحكيم الإلكتروني انتقال أطراف النزاع أو الحضور المادي أمام المحكمين، بل يمكن سماع المتخاصمين عبر وسائط الاتصال الإلكترونية بواسطة الأقمار الاصطناعية.

كما أن التحكيم الإلكتروني يمكن من تبادل المستندات والأدلة فيما بين أطراف خصومة التحكيم في ذات الوقت عبر البريد الإلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، فضلاً عن أنه يوفر ميزات إضافية، حيث إن عملية التسوية تُحاط عادة بسرية تامة منذ إرسال طلب التوسط في حل النزاع وحتى الوصول إلى تسوية نهائية ومرضية للطرفية، ومما لا شك فيه أن هذه السرية تُعد من أهم المسائل التي يحرص عليها التجار والمتعاملون في حقل التجارة الدولية، ونود الإشارة إلى عبر هذا البحث إلى نقاط هامة تتمثل في:

1. التحكيم والقضاء رافدان من نهر واحد هو نهر العدالة⁷⁹.
2. التحكيم الإلكتروني نشأ حديثاً وما زال في طور التحديث، والتنظيم

القانوني والتقني مازال بحاجة إلى تدخل من قبل المنظمات الدولية والدول، لوضع إطار شامل يتحقق به شمولية الاعتراف والتنظيم لهذا النوع الجديد من أنواع التحكيم.

3. يجب على النظام القانوني الذي يسير عليه التحكيم أن يراعي متطلبات المعاهدات والاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التحكيم وفي مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، ومراعاة النظم القانونية الداخلية في الدول التي ينتمي إليها الأفراد، لأن معظم الأحكام التي يصدرها المحكمون ستنفذ في إطار دولة أحد أطراف النزاع.

4. التحكيم يعد بمثابة قضاء واقعي يقوم إلى جانب القضاء الرسمي للدولة لا موازياً له.

5. حكم التحكيم الإلكتروني ينال حجية أحكام القضاء بعد اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم، وهذه الحجية تحظر على أي من الخصمين اللجوء إلى القضاء لتقديم الدعوى من جديد حتى ولو كان حكم المحكمين قابلاً للطعن فيه.

6. ينفذ حكم التحكيم الإلكتروني اختيارياً وبالاستثناء ينفذ بذات وسائل تنفيذ الأحكام القضائية بالنسبة للأحكام الوطنية، أما الأحكام الأجنبية فينفذ عن طريق القواعد المنصوص عليها في القانون الوطني، أو اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

7. إذا كانت التجارة الإلكترونية تمثل إسقاطاً لحكومة الورق، فذات مصير حكومة الورق سيجابه التحكيم التقليدي ولو بعد حين، لأن التحكيم الإلكتروني يجمع مع مميزات التحكيم التقليدي مميزات شبكة الإنترنت التي مازالت رقعتها تتسع يوماً بعد يوم لما تقدمه من أحدث الخدمات وفي كافة ميادين المعرفة.

8. على مراكز التحكيم لاسيما داخل السودان أن تواكب تقنية التحكيم الإلكتروني إلى جانب التحكيم التقليدي وإلا ستجد نفسها بعد سنوات

خارج نطاق المنافسة المحلية والإقليمية والدولية في سوق عمل التحكيم.
9. لكل قانوني أيا كان موقعه بكليات القانون أو بقاعات المحاكم أو بأروقة ديوان النائب العام أو على باب القضاء الواقف أن يرفع عن نفسه أمية الحوسبة، وأن يدخل إلى عالم الاتصالات بلا حدود حتى يستطيع أن يواكب فقط الحكومة الإلكترونية فضلا عن التحكيم الإلكتروني فيما نستقبل من الأيام.

10. يمكن للسلطة القضائية أن تقدم كخدمات للمجتمع من خلال موقعها على الانترنت (www.sudanjudiciary.org) برنامج القاضي الافتراضي المتخصص وأن تفرغ لذلك عددا من القضاة للتداول مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لأحكام هذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني، على أن يفصل في النزاع خلال (72) ساعة وتجدر الإشارة إلى أن القرار الذي يصدره القاضي يكون مجرداً من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف.

11. ذات الخدمة التي تقدمها السلطة القضائية يمكن أن تقدم نظيرتها بحسب التخصص وزارة العدل من خلال موقعها على الانترنت (www.moj.gov.sd) وطبيعة عمل الوزارة الاستشارية يمكن أن تجعل هذه الخدمة بمقابل مالي مناسب، والدفع الإلكتروني بالبلاد أضحى ميسورا عبر الشبكة السودانية (SUDAPAN)، فضلا عن أن الوزارة لها دور لا يستهان به في التحكيم والتوفيق.

12. أن الحاجة إلى تطوير وبناء التحكيم الإلكتروني ما زالت تحتاج لخطوات كبيرة من جانب الدول والمنظمات المهتمة به ويجب أن نعمل لتكون جزءاً فاعلاً في هذا التطوير حيث ما زالت الحاجة إلى الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من أجل الاعتراف والتنظيم لمراكزه وتنفيذ أحكامه في الدول المختلفة، ومن ذلك تعديل القوانين الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وقوانين تنفيذ الأحكام الأجنبية، وتطوير المعاهدات المختصة بهذه المجالات.

ملحق

نموذج حكم تحكيم

يجب أن يشمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً .

الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية رقم

المقامة من/ جنسيته ويعمل ومقيم
(محتكم)

ضد

السيد/..... جنسيته ويعمل ومقيم
(محتكم)

صدر الحكم اليوم الموافق / / م

مقر(مركز) التحكيم

وقد صدر الحكم عن هيئة التحكيم المشكلة من :

1- الأستاذ/..... جنسيته ومقيم

"المحكم المرجح ورئيس هيئة التحكيم"

2- الأستاذ/..... جنسيته ومقيم

"المحكم المختار عن المحتكم"

3- الأستاذ/..... جنسيته ومقيم

"المحكم عن المختار عن المحتكم ضده"

وأمانة سر/

بعد الإطلاع على الأوراق والمستندات وسماع المرافعة والإيضاحات
والمداولة قانوناً أصدرت هيئة التحكيم الحكم الآتي :

الموضوع: بشأن النزاع المثار حول العقد المؤرخ / / م
أولاً : الوقائع واتفق التحكيم :

.....
.....
.....
.....
.....

ثانياً : إجراءات التحكيم :

- تبدأ من تاريخ تقديم طلب التحكيم
- ثم يتم استعراض جلسة الإجراءات الأولى
- يتم استعراض تشكيل هيئة التحكيم وتوجيه سؤال للمحتكمين عما إذا كان هناك ثمة اعتراض على تشكيل هيئة التحكيم من أحد أطراف التحكيم من عدمه .
- يتم التعرض إلى تقديم كلاً من المحكمين إقراره بقبول المهمة التحكيمية وانتفاء مبررات الشك في الحيطة والاستقلال .

أولاً : بيان مقر التحكيم

ثانياً : القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم،

مثلاً: قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م

ثالثاً : لغة التحكيم (العربية)

رابعاً : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

خامساً : التزام طرفي التحكيم بالمواعيد والأحكام التالية :

1- تحديد موعد تقديم المحتكم بيان الدعوى التحكيمية في موعد أقصاه يوم الموافق / / 20م، الساعة بالإيداع مع مذكرة شارحة للدعوى مرفق بها المستندات .

2- تحديد موعد للمحتكم ضده لتقديم الرد على الدعوى التحكيمية وتقديم الطلبات المقابلة إذا كانت لها .

3- تحديد موعداً أخيراً لطرفي التحكيم للتعقيب .

4- تحديد موعد انعقاد جلسة التحكيم التالية .

ملحوظة " تقدم جميع المذكرات وصور المستندات

5- تكليف المحتكم بإعلان المحتكم ضده بالقرارات سالفة البيان عن طريق المحضرين على موطن المحتكم ضده المبين بالأوراق .

ثالثاً : الطلبات والدفوع :

.....
.....

رابعاً : هيئة التحكيم :

التسيب : يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا أُنفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم "

خامساً : منطوق الحكم

قررت هيئة التحكيم بالآتي :

أولاً :

ثانياً :

التوقيع :

الهوامش:

- 1 . هشام محمد القطان - التجارة الإلكترونية استثمار ومضمون، اقتصاديات، الرياض، العدد 37، آذار 2000 (80).
- 2 . د. صلاح الدين فوزي - المنهجية في إعداد الرسائل والأبحاث القانونية - دار النهضة العربية - القاهرة - 99-2000 - (127).
- 3 . التحكيم بواسطة الانترنت، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع عمان الأردن الطبعة الأولى 2002م (17).
- 4 . د. صلاح الدين فوزي - المنهجية في إعداد الرسائل والأبحاث القانونية - دار النهضة العربية - القاهرة - 99-2000 - (128).
- 5 . الدكتور نبيل زيد مقابلة، مستشار وحدة التحكيم الإلكتروني في الجمعية العربية لقانون الانترنت، التحكيم الإلكتروني 2007م.
http://www.arab-law.com/show_similar.aspx?id=81
- 6 . مجلة الاقتصادية الإلكترونية العدد: 5688 بتاريخ: 13/5/1430 الموافق: 08-05-2009، www.alegt.com
- 7 . المعجم الوسيط / عبد الحليم منتصر وآخرون / دار المعارف / ط 2 / 1973م / ص 190 .
- 8 . لسان العرب / محمد بن علي بن حنبل / ح 2 / ط دار صابر / بيروت / ص 951 .
- 9 . مختار الصحاح / عبد القادر الرازي / ج 1 / دار الجيل / بيروت / ط حديثة / 1987م / ص 148 .
- 10 . القاموس المحيط / لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز / ط دار العلم / بيروت / ج 4 / 98 .
- 11 . سورة النساء الآية (65) .
- 12 . تفسير القرآن العظيم / ابن كثير / دار الحديث / القاهرة / ط 6 / 1993م / ص 493 .
- 13 . الدفع بالتحكيم وأثره على الدعوى القضائية / المحامي - خالد إبراهيم التلاحمة / جبهة للنشر والتوزيع / ص (20 - 21) .
- 14 . سورة النساء الآية (35) .
- 15 . البنائية في شرح الهداية / أبي محمد بن أحمد العيني / دار الفكر / ج 7 / بيروت / ط 2 / 1980م / ص 67 .
- 16 . المنتقى / الإمام الباجي / ج 4 / دار الفكر العربي / ط 1 / 1332هـ / ص 113 .
- 17 . حاشية بن عابدن / ج 5 / دار إحياء التراث / ط 2 / 1966م / ص 348 .
- 18 . فتح القدير / كمال الدين محمد بن عبد الواحد / دار الفكر / بيروت / ص 315 .

- 19 . المبسوط / شمس الدين السرخسي / دار الفكر / ح21 / 1989م / بيروت / ص62، المغني / الشيخ الإمام العلامة ابن قدامة / (11 / 483) .
- 20 . التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة / د. سامية راشد / دار النهضة العربية / 1984م / القاهرة / ص15 .
- 21 . قانون الإجراءات المدنية السوداني / د. حيدر أحمد دفع الله / ح1 / الخرطوم / دار الخندق / ط1 / 1994م / ص186 .
- 22 . التحكيم الداخلي والدولي / د. إبراهيم محمد أحمد دريغ / ط2 / 2008م / ص16 .
- 23 . الآية (35) سورة النساء .
- 24 . فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر، كتاب المغازي (باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب)، حديث رقم 4121، - 411/7 .
- 25 . البناء في شرح الهداية / العيني / ص3-66، حاشية قلوبوي وعميرة، القاهرة / دار إحياء الكتب العربية / 4-298 .
- 26 . السنن الكبرى / البيهقي / كتاب آداب القاضي / باب القاضي لا يحكم نفسه / ح10 / ص144-145 .
- 27 . البداية والنهاية / ابن كثير / الطبعة الرابعة / بيروت / مكتبة المعارف / ص7-276 .
- 28 . الوسيط في قانون القضاء المدني / فتحي والي / ط2 / 1981م / ص50 .
- 29 . الدكتور . علي خليل الحدوشي / محامي ومحكم دولي / دكتوراه في عقود الاستثمار ونقل التكنولوجيا / مستشار غرفة تجارة وصناعة عجمان / ص1-9 .
- 30 . التحكيم التجاري الدولي / د. حسني المصري / دار الكتب القانونية / مصر / 2006م / ص4 .
- 31 . الدفع بالتحكيم وأثره علي الدعوى القضائية / المحامي / خالد إبراهيم التلاحمة / هيئة للنشر والتوزيع / ص22-23، قانون التجارة الدولية / د. ثروت حبيب / القاهرة / 1975م / ص108 .
- 32 . مفهوم التحكيم الاختياري والإجباري، محمود السيد عمر التحيوي 2001م / (82)، قانون التجارة الدولية / د. ثروت حبيب، القاهرة / 1975م / (108) .
- 33 . الهيئة العامة للبريد والبرق ضد الشركة السودانية للاتصالات النمرة / م ع / ط م / 2004/570م
- 34 . مبادئ تحكيمية مستخلصة من خمسين قضية تحكيمية وسابقة قضائية / د. إبراهيم محمد أحمد دريغ / ط1 / 2008م / الخرطوم نزاع حول عقد خدمة باوخر (26-27) بتصرف .
- 35 . اتفاق التحكيم / د. إبراهيم نجيب سعد / 1992 / ص30، عقود الفيديك / د. عصام عبد الفتاح مطر / 2009م / دار الجامعة الجديدة للنشر / ص447، بتصرف .
- 36 . دراسة في قانون التجارة الدولية / د. ثروت حبيب / القاهرة / 1975م / ص100، التحكيم

- التجاري الداخلي والدولي / المستشار : عبد المنعم دسوقي / 1995م / القاهرة / ص 91 .
- 37 . التحكيم الاختياري والإجباري / د. أحمد أبو الوفا / ط 5 / 1988م / ص 23، التحكيم التجاري الدولي / د. حسني المصري / دار الكتب القانونية / 2006م / ص 62، بتصرف .
- 38 . مجلة الأحكام القضائية 1966م / ص 34 .
- 39 . قانون التجارة الدولية / د. ثروت حبيب / القاهرة / 1975م / ص 375-376، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح / د. محمود السيد عمر / 2002م / ص 76 .
- 40 . التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح / د. محمود السيد عمر / 2002م / ص 76، بتصرف .
- 41 . مبادئ تحكيمية مستخلصة من خمسين قضية تحكيمية سابقة قضائية / د. إبراهيم دريح، نزاع حول تأمين بص (17) .
- 42 . مجلة الأحكام القضائية لسنة 1962 / ص 197 .
- 43 . عقود الفديك / د. عصام عبد الفتاح / دار الجامعة الجديدة للنشر / 2009م / ص 447، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية / د. صالح بن عبد الله بن عطف العوفي / 1998م / ص 380 - 386، بتصرف .
- 44 . أولاً: ضمانات استقلال القضاء
ثانياً: ضمانات المساواة أمام القضاء
ثالثاً: ضمانات مجانية القضاء
رابعاً: ضمانات علانية الجلسات
خامساً: ضمانات حرية الدفاع وحصول الإجراءات في مواجهة الخصم
سادساً: ضمانات تدرج القضاء: الحكم القضائي شأنه شأن سائر أعمال البشر كما قد يحدث الصحة قد يحدث الخطأ أيضاً، فإن تدرج القضاء يعد من ضمانات التقاضي الأساسية في الأنظمة القضائية وهناك هدفان أساسيان لتدرج القضاء تؤكدان أن كونه من ضمانات التقاضي :
- الهدف الأول: هو تنظيم الطعن في الأحكام كحق إجرائي بحث
الهدف الثاني: الحيلولة دون صدور أحكام متباينة في القضايا المشابهة.
ضمانات التقاضي/د. أمال الفزيراوي/كلية الحقوق جامعة الزقازيق/ص31-87، بتصرف .
- 45 . التحكيم بالقضاء والصلح / د. أحمد أبو الوفا / ط 1 / 1964م / ص 134-135، التحكيم التجاري الدولي والداخلي / المستشار عبد المنعم دسوقي / مكتبة مدبولي / ص 127، الرقابة القضائية علي التحكيم / د. ناصر إبراهيم المحميد / ص 4، بتصرف .
- 46 . د. حيدر أحمد دفع الله / قانون الإجراءات المدنية السوداني / ط 1 / الخرطوم / دار الخندق / (191/1) .

- 47 . شركة نايل أنترتريد المحدودة ضد شركة أتكوكو للأعمال التجارية والكيميائية المتقدمة
النمره م/ع/ط م/310/2006م.
- 48 . قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م المادة (142).
- 49 . د. محمد الشيخ عمر / قانون الإجراءات المدنية السوداني / 1983م / ج 1 / ط 7 / ص 118 .
- 50 . قانون التحكيم الجديد المصري قانون رقم (27) / 1994م / المادة (8) والمادة (53) .
- 51 . عقود الفديك / د. عصام عبد الفتاح مطر / ط 2009م / دار الجامعة الحديثة / ص 458، أبو
الخير أحمد عطية / القانون الدولي العام / ط 1 / القاهرة / ص 771، التحكيم التجاري
الداخلي والدولي / المستشار عبد المنعم دسوقي / ص 175 . بتصرف
- 52 . المستشار عبد المنعم الدسوقي / التحكيم التجاري الدولي والداخلي / مكتبة مدبولي /
ص 179، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية / د . صالح بن عبد الله / 1998م/
ص 378. بتصرف، وهذا ما نص عليه قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المادة (22).
- 53 . قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م / المادة (18). كما نصت المادة (14) من نظام
التحكيم لغرفة التجارة الدولية I.C.C بالآتي: (تحدد الهيئة مكان التحكيم ما لم يكن
الأطراف قد اتفقوا عليه) .
- 54 . قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م / م (23) و (24). قواعد اليونستيرال لسنة 1976م، المادة
(18) . نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية / I.C.C / المادة (14) .
- 55 . التحكيم بواسطة الانترنت، محمد إبراهيم أبو الهيجاء الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع
عمان الأردن الطبعة الأولى 2002م (30).
- 56 . المادة (68) من نظام الوساطة لمركز (wipo) أنظر :
<http://arbiter.wipo.int/arbitration/arbitration-rules/index.html>
- 57 . المادة (27) و(24) من نظام الوساطة لمركز (wipo) أنظر :
<http://arbiter.wipo.int/arbitration/arbitration-rules/index.html>
- 58 . اتفاقية وساطة مركز square trade انظر : [http://cf.squaretrade.com/user-
registration/pricing.cfm](http://cf.squaretrade.com/user-registration/pricing.cfm)
- 59 . المواد (6، 7، 8، 9) مركز تحكيم ووساطة wipo
<http://arbiter.wipo.int/arbitration/arbitration-rules/commencement.htm>
- 60 . التحكيم بواسطة الانترنت، محمد إبراهيم أبو الهيجاء الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع
عمان الأردن الطبعة الأولى 2002م (42).
- 61 . م 14/أ، ب مركز تحكيم وساطة wipo انظر : [http://arbiter.wipo.int/arbitration/arbitration-
rules/confidentiality.htm](http://arbiter.wipo.int/arbitration/arbitration-rules/confidentiality.htm)
- 62 . م 42/أ، ب، ج، د، و م 39/أ، و م 53/د، و م 54/أ، ب، ج، د مركز تحكيم ووساطة wipo أنظر
: <http://arbiter.wipo.int/arbitration/arbitration-rules/confidentiality.htm>

- 63 . راجع ملاحق البحث الملحق الخاص بنموذج لحكم التحكيم.
- 64 . المادة (2/145-3) من الفصل الرابع الملغي من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م: (يصدر قرار التحكيم بأغلبية المحكمين، ويجب أن يكون القرار أو الحكم في التحكيم كتابة وموقعا عليه من الأشخاص الذين أصدروه ويكون القرار صحيحاً إذا وقع عليه أغلبية المحكمين الذين أصدروه، وعلى المحكمة أن تعلن الخصوم لتلاوة القرار) المادة (1/43-2) من القانون المصري رقم (27) لسنة 1994م ونصها: (يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأغلبية، يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم).
- 65 . م (68) مركز تحكيم ووساطة wipo أنظر <http://arbitr.wipo.int/arbitration/arbitration-rules/fees.html>
- 66 . راجع في ذلك جملة القوانين الآتية : قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996م / م (52) قواعد اليونستيرال لسنة 1976م، المادة (18). قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م في المادة (32). قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م المادة الملغاة (2/145-3)، القانون المصري رقم (27) لسنة 1994م المادة (2-1/43).
- 67 . م 1/1/أ مركز تحكيم ووساطة wipo أنظر <http://arbitr.wipo.int/arbitration/arbitration-rules/fees.html>
- 68 . المادتان 62، 63، م 66 / أ، ب، ج مركز تحكيم ووساطة wipo أنظر : <http://arbitr.wipo.int/arbitration/arbitration-rules/awards.html>
- 69 . قانون التحكيم الكويتي رقم (11) لسنة 1995م / م (9) . القانون المصري الجديد / قانون رقم (27) / م 1994 / م (55)، قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م / م (40) . قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001م / م (52) . نظام التحكيم السعودي رقم (46) / 7/12 / 1403 هـ - 1982م / المواد (19، 20، 21).
- 70 . التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية / د. عصام عبد الفتاح مطر / دار الجامعة الحديثة / 2009م / ص 414، بتصرف.
- 71 . القانون الدولي العام / عبد العزيز محمد سرحان / دار النهضة / القاهرة / 1991م / ص 92
- 72 . مجلة الأحكام القضائية لسنة 1978م / ص 125.
- 73 . المركز القومي للعلاج بالأشعة ضد مجموعة حمدي الاستشارية النمرة/م/ع/ط م/1705/2005م.
- 74 . شركة النيل الكبرى لعمليات البترول ضد شركة رميس الهندسية النمرة/م/ع/ط م/1216/2005م.

- 75 . مزارعو النشيشبية ضد حكومة الإقليم الأوسط النمرة : م ع / ط م / 1988/233 -- م ع / ط م / 340 / 1989 م مراجعة 1992/196 م
- 76 . محكمة استئناف الخرطوم قضية حكومة السودان "وزارة التجارة الخارجية" ضد الشيخ سلم بن محفوظ النمرة / اس م / 2007/1044 م
- 77 . اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958 م.
- 78 . محكمة الاستئناف / العاصمة القومية قرار الاستئناف 1989/218 بتاريخ 1989/11/21 تأيد هذا الحكم بقرار رقم 1990/86 بتاريخ 1990/7/12 م.
- 79 . كلمة للشيخ عبد الرحمن بن محمد بن راشد آل خليفة وكيل وزارة العدل والشئون الإسلامية البحريني في افتتاح الجلسة الختامية للمؤتمر الثاني للتحكيم العربي الأوربي الذي اختتم أعماله في المنامة بدولة البحرين بتاريخ 29/أكتوبر 1987م، التحكيم في اتفاقيات استثمار البترول وخلافها د. أحمد المفتي كبير المستشارين القانونيين بدويان النائب العام بحوث مجلة الأحكام القضائية لسنة 1989 م.

النظام القانوني لعقد الهاتف النقال في القانون الأردني

بقلم

د / علي خالد قطيشات

كلية المجتمع - جامعة شقراء - السعودية



الملخص

يعتبر عقد الهاتف النقال من العقود الحديثة والتي تنطوي على قدر من الأهمية نظرا لمساسه بشريحة واسعة من الناس الذين تداخل مصالحهم من خلاله مما يعطي هذا العقد أهمية خاصة وما يزيد من ذلك حجم المال المنفق من قبل الأشخاص في قطاع الاتصالات، فهو من العقود الملزمة للجانبين (عقد تبادلي)، إضافة إلى ما ينطوي عليه من سمة الإذعان، وقد قام الباحث في هذا البحث بعرض الموضوع المبحوث من خلال ثلاثة مباحث فتم التعرف في المبحث الأول إلى المفاهيم الأساسية لعقد الهاتف النقال، أما المبحث الثاني فقد تعرض فيه إلى الالتزامات العقدية المنبثقة عن عقد الهواتف النقالة، وفي خاتمة البحث فقد استطاع الباحث أن يتوصل إلى جملة من النتائج أهمها ضرورة تدخل هيئة تنظيم قطاع الاتصالات بالرقابة على سياسة تسعير الخدمات المقدمة، وتدخل المشرع الأردني لتحديد المعايير الفنية لحماية البيئة والإنسان من الأخطار المحدقة بانتشار الأبراج الكهرومغناطيسية بين الأماكن السكنية بطريقة عشوائية.

Abstracts

Cell phone contract is one of the modern contracts, which effect large number of people all over the world, in addition to the huge paid capital on this sector through Companies, this article is divided into three chapters as follows; the first chapter is presenting the basic concept of the cell phone contract, the second chapter is about the cell phone contract content and its' legal nature, the third chapter is about the legal obligations of Cell phone contract and finally the conclusion which

contains several issues and the most interesting thing is the characteristic of auto-binding contracts for both parties ,moreover this contract is one of the adhesion contracts, I strongly recommend the involvement of the Telecommunications Regulation Control in pricing policy as well as the intervention of the Jordanian legislator to determine the technical standards to protect the environment and human being from risk to the proliferation of electromagnetic towers between residential areas.

أولاً: مدخل للتعريف بموضوع البحث

شهد العالم تقدماً علمياً كبيراً في مجالات شتى، ومن ضمنها مجال الاتصالات وفروعها المختلفة ومن بينها (الهواتف النقالة)، ولا يستطيع أحد أن ينكر أهمية هذا الفرع من فروع الاتصالات بوصفه واحد من المظاهر الفذة للتقدم العلمي والذي من خلاله بات من السهل التواصل ما بين الناس في أي مكان في العالم حتى غدا العالم أشبه بقرية صغيرة.

وتتسم عقود الهواتف النقالة بذاتية خاصة تميزها عن بقية العقود التجارية غير المسماة، وتتبع هذه الذاتية من الطبيعة الخاصة للوضع القانوني لأطراف هذا النوع من العقود خاصة إذا ما علمنا أن هذه العقود تتصف بعدم توفر التوازن الاقتصادي بين أطراف العلاقة القانونية المتمثل بـ (الشركة صاحبة الترخيص بالعمل بالأرضية الوطنية والمشاركة والعميل الذي يستفيد منخدمة الاتصالات الهاتفية النقالة)، فضلاً عن أن محل هذا العقد هو ذو طبيعة خاصة، ونظراً للسمات التي يتصف بها هذا العقد فإنه قد ينشأ عنه إشكاليات قانونية واقتصادية معقدة ومركبة في آن واحد، سواء من حيث العلاقات القانونية ما بين أطراف العقد والتي عادة ما يكون أحدها أجنبي الجنسية، وخاصة ونحن إزاء انتهاج سياسة الانفتاح الاقتصادي وصدور قانون تشجيع الاستثمار الأردني المؤقت لسنة 2010 وما ترتب على ذلك من توسع نشاط الشركات الأجنبية المتخصصة بهذا المجال للعمل في الأراضي الأردنية وقانون الاتصالات الأردني رقم 13 لسنة 1995 والوثيقة الصادرة عن الحكومة الأردنية والخاصة بالسياسة العامة للحكومة في قطاعي الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات والصادرة بتاريخ 4 أيلول 2003 ويقتضي تنفيذ العقد

تدخل أطراف خارجية غير أطراف العقد ك (هيئة تنظيم قطاع الاتصالات بالأردن)، وقد تبرز إشكاليات قانونية أخرى من حيث الجوانب الفنية لمحل الالتزام بهذا العقد.

ثانياً: أهمية البحث:

تنبع أهمية البحث من ذات الأهمية العملية لعقود الهواتف النقالة مما يجعل عقدها على الصعيد النظري من القضايا بالغة الأهمية بحيث تكون مدارا للبحث علاوة على ما ينطوي عليه هذا الموضوع من حداثة نسبية تتجسد بصورة واضحة من خلال عزوف المشرع عن وضع الحلول لبعض الإشكاليات القانونية التي تظهر نتيجة التعاقد للحصول على خدمة الهاتف النقال.

ثالثاً: فرضيات البحث

إن فرضيات هذا البحث تنطلق من عدد من التساؤلات؛ منها مفهوم عقد الهواتف النقالة والخصائص التي يتسم بها هذا العقد، وطبيعته القانونية وكيفية وقوع الإخلال بالالتزام القانوني الذي ينجم عنه المسؤولية المدنية، والأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية، أتقوم على عنصر الخطأ أم الضرر؟

رابعاً: هيكلية البحث

على ضوء ما تقدم ستكون هيكلية البحث كالتالي:

المبحث الأول: المفاهيم الأساسية لعقد الهواتف النقالة.

المبحث الثاني: الالتزامات العقدية المنبثقة عن عقد الهواتف النقالة.

الخاتمة

المبحث الأول

المفاهيم الأساسية لعقد الهواتف النقالة

لكي نستطيع الوصول إلى جوهر البحث والمتمثل بصورة أساسية بمعالجة النظام القانوني الخاص بعقد الهواتف النقالة ومدى انعكاساته على الأشخاص الطبيعيين والمعنويين فلا بد من تحديد مفهوم الهاتف النقال لذا فقد آثرنا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في أولهما ماهية عقد الهواتف النقالة ثم نبين في المطلب الثاني الطبيعة القانونية لعقد الهواتف

النقالة، وكل ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية عقد الهواتف النقالة

تُعد الهواتف⁽¹⁾ النقالة إحدى التقنيات العلمية الحديثة، وتتنافس الشركات المصنعة لهذا الجهاز على العمل وبشكل متواصل من أجل القيام بتطويره لتقدم أكبر قدر ممكن من الخدمات للمشارك،⁽²⁾ وعلى الرغم من الخدمات العديدة لهذا الجهاز إلا أن هنالك مضار يتعرض لها الإنسان وبقية عناصر البيئة وذلك بسبب التأثيرات الإشعاعية الصادرة من محطات البث الرئيسة والثانوية (التمثلة بالهوائي) في حالة تجاوز المحددات المسموح بها، ومن أجل ذلك تدخل المشرع لحماية الإنسان وجميع عناصر البيئة الأخرى من التأثيرات البيولوجية للإشعاعات، وهذا ما سنعمل على توضيحه من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الهاتف النقال

تتعدد التسميات التي تطلق على هذا الجهاز فقد يسمى (بالهاتف النقال أو الهاتف المحمول أو الهاتف الجوال أو الموبايل) والذي يحتوي على خلية تعرف (بخلية الهاتف النقال)، والتي هي عبارة عن دائرة استقبال وإرسال يعتمد عملها على (الاتصال اللاسلكي) ويتم ذلك عن طريق إشارات ذات ذبذبات ترسل عبر محطات إرسال أرضية- تتمثل (بشبكة من أبراج البث) - موزعة ضمن مساحة معينة ووفق ضوابط محددة من قبل الجهات المعنية حيث يتم مراعاة الناحية الجمالية والمعمارية والصحية ومن ثم عن طريق هذه المحطات الأرضية يتم الإرسال إلى محطات فضائية تعرف (بالأقمار الاصطناعية)⁽³⁾.

وحيثما يتم الاتصال ستتكون دائرة متكاملة تكمن في المحمول الشخصي والسويتش الرئيس الخاص بالشركة والخط، بمعنى آخر أن المحمول يتكون من دائرة استقبال وإرسال ووحدة معالجة مركزية وفرعية ورامنة وفلاش لتخزين المعلومات.

يقوم المشترك بعملية شراء جهاز الموبايل، إلى جانب عملية شراء الخط والذي يعرف بـ (SIM CARD) (السيم كارت) والذي هو عبارة عن بطاقة صغيرة بها وحدة تخزين صغيرة جداً ودقيقة ووحدة معالجة تخزن بها بيانات المشترك على أن يقوم باستخدامه للاتصال بالآخرين⁽⁴⁾ بالإضافة إلى أن المشترك سيعمل على شراء بطاقات تعبئة الرصيد.

إن الهاتف النقال يعد من إحدى وسائل الاتصال الفورية الحديثة، ويقدم الهاتف النقال العديد من الخدمات إلى جانب الخدمة الرئيسة والمتمثلة بالاتصال الفوري، كما ويمكن الاتصال بالآخرين ورؤيتهم عن طريق الجيل الجديد من الأجهزة G4 المزودة بكاميرات دقيقة، ويمكن أيضاً من خلاله إرسال الرسائل القصيرة لأي مكان في العالم، إلى جانب تقديمه لخدمة الرسائل القصيرة إلى القنوات الفضائية (SMS 2 TV)، وخدمة الرسائل القصيرة الجماعية (BULK SMS) فضلاً عن خدمة البريد الصوتي (VMS)، كما طورت شركات التسلية الألعاب الإلكترونية الجافة الحديثة بحيث دخل ضمن خدمات جهاز الهاتف النقال، وقد أضحى الهاتف النقال كوسيلة تستخدم للاشتراك في شبكة إدخال المعلومات العالمية (GPRS) أو الخدمات المعلوماتية والتي تعرف بالإنترنت عبر الهاتف أو الكمبيوتر الكفي⁽⁵⁾، فضلاً عما سبق فإنه بالإمكان الاستماع إلى ملفات صوتية وبامتدادات مختلفة (ogg wav. mp3) وكذلك الاستماع إلى الراديو ومسجل الصوتيات وغيرها من الألعاب المشتركة بين الأجهزة وعبر خطوط الإنترنت. وخدمة الاطلاع على الأبراج، فضلاً عن ذلك فقد أصبحت الهواتف النقالة أحد وسائل الإعلان، كما أن بعض الشركات وفرت الخدمات المصرفية عبر الهاتف النقال⁽⁶⁾، حيث يعتبر جهاز النقال بطاقة ائتمان مصرفية تمكن صاحبها من شراء السلع والخدمات من أي من نقاط البيع ببسر وسهولة ومن ناحية أخرى فإن الأجهزة الجديدة من الهواتف النقالة أصبح بإمكانها التصوير والتسجيل الصوري بنفس نقاء ووضوح الكاميرات الرقمية⁽⁷⁾.

وبسبب التنافس الشديد بين الشركات المشغلة لأجهزة الهواتف النقالة من أجل توفير الخدمة أصبحت تكلفة المكالمات وتبادل المعطيات في متناول جميع فئات المجتمع، حيث إن عدد الاشتراكات في جميع أنحاء العالم بحلول نهاية 2009 م بلغ (4.6) مليار إنسان، وذلك حسب محرك البحث جوجل.

وعليه يمكننا القول أن الهاتف النقال أصبح يقدم أكثر من (خدمة)، ولهذا يتطلب وجود معالجة قانونية للاستخدامات المتعددة عبر شبكات الهواتف النقالة.

الفرع الثاني: التعريف بعقود الهواتف النقالة

لكي نحدد مفهوم عقد الهواتف النقالة لابد لنا أولاً من توضيح مفهوم العقد في ضوء التقدم العلمي حيث عُرفَ العقد الذي تستخدم فيه الوسائل والتقنيات العلمية الحديثة في إبرامه بأنه (اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب مع القبول بوسيلة مسموعة ومرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل)⁽⁸⁾.

كما يمكن أن يعرف بأنه (اتفاق فيه الإيجاب يبيع أشياء أو تقديم خدمات ويعبر عنه على طريقة الإذاعة المرئية المسموعة أو وسط شبكة دولية للاتصالات عن بعد، ويلاقيه القبول عن طريق اتصال الأنظمة المعلوماتية ببعضها)⁽⁹⁾.

وعليه يمكننا القول بأن عقد الهواتف النقالة عبارة عن (عقد خاص للاشتراك بشبكة الهواتف النقالة والذي يبرم ما بين الراغبين في الحصول على خدمات الهاتف النقال وبين الشركات التي تقدم خدمة الاشتراك مقابل الدفع المسبق من قبل المشترك).

من خلال التعريف السابق يمكننا القول بأن عقد الهواتف النقالة يتسم بخصوصية ذاتية يختلف من خلاله عن العقود التقليدية المسماة وغير المسماة تتبع هذه الخصوصية من طبيعة محل الالتزام وهذا ما سينعكس على الآثار التي

ترتبتها هذه العقود، ومع ذلك فإنه من الضروري القول بأن عقد الهواتف النقالة يخضع لذات الأحكام التي سوف تخضع لها سائر العقود وهذا ما سنعمل على توضيحه لاحقاً.

إن من الشائع أن يبرم عقد الهواتف النقالة ما بين الراغبين بالاشتراك وما بين منافذ البيع والممثل بـ (مندوب مبيعات، وكيل معتمد، نقطة بيع). وبغية تسهيل العمل تقوم الشركة بوضع عقود نموذجية⁽¹⁰⁾ والتي يراد بها "تلك العقود المعدة مسبقاً في أوراق تخلو من أسماء الأطراف والثلث والتوقيع وبضعة أمور أخرى وبعد ملئها والتوقيع عليها تصبح عقوداً إلزامية"⁽¹¹⁾.

من جانب آخر تكون هذه النماذج ثابتة لا تقبل المناقشة، وتتكون من ثلاث نسخ وبثلاثة ألوان (بيضاء، حمراء، صفراء) محددة برقم خاص؛ وسيتم اعتماد أية نسخة من هذه النسخ للتسجيل بشرط احتوائها على ختم الشركة، توزع تلك النسخ على المشترك بالخدمة والشركة المانحة للخدمة والهيئة النازمة لعمل الهواتف النقالة (هيئة تنظيم قطاع الاتصالات).

نستخلص مما تقدم أن الخدمة موضوع العقد ينبغي أن تكون محددة أو قابلة للتحديد في العقد⁽¹²⁾. وعليه سيحصل المشترك عند الوفاء بالتزامه على خدمة الاتصالات اللاسلكية عبر الشبكات الهوائية⁽¹³⁾.

المطلب الثاني: التكيف القانوني لعقد الهواتف النقالة

تعد مسألة توضيح التكيف القانوني لعقد الهواتف النقالة ضرورية، ولذلك سنعمل في هذا المطلب على بيان الطبيعة القانونية لعقد الهواتف النقالة وذلك على النحو الآتي:

الطبيعة القانونية لعقد الهواتف النقالة

بالرغم من بساطة الهدف من تنفيذ عقد الهواتف النقالة والممثل في حصول المشترك على خدمة الاشتراك بالهواتف النقالة مقابل الدفع المسبق لثلث الاشتراك؛ إلا أن تنفيذ العقد الرئيس والممثل بحصول الشركة على

عقد الترخيص بتقديم خدمات الاتصالات اللاسلكية، يتطلب سلسلة متلاحقة ومتشابكة من العلاقات القانونية (تعاقدية وغير تعاقدية)، سواء فيما بين الشركة والجهات الحكومية أو قد تكون الشركة متعاقدة مع عدة شركات أخرى تشترك معها بروابط قانونية واقتصادية خاصة تسهم في إنجاز العمل.

هذا بالإضافة أن العقد الرئيس يتطلب إبرام عدة عقود لنقل التكنولوجيا والتي هي عبارة عن "مجموعة من العقود المتباينة لكل منها طبيعتها القانونية الخاصة بها ونظامها القانوني المميز ومع ذلك فهي تتحد في المحل"⁽¹⁴⁾ وذلك لبث روح التكنولوجيا في المشروع.

ويحتوي هذا العقد على عدة أطراف الطرف الأول يتمثل بالمشارك (وهو الشخص المتعامل في نطاق هذه الخدمة) والذي يمكن تسميته أيضاً بالمستخدم، والطرف الثاني يتمثل بالشركة التي تقوم بتقديم خدمات الاتصالات اللاسلكية⁽¹⁵⁾.

وعلى الرغم من أن هذا العقد بجوهره يحتوي على عدة أطراف إلا أن الشركة هي الطرف الظاهر في مواجهة المشارك والموجه لعملية تنفيذ العقد.

نخلص مما تقدم أن عقد الهواتف النقالة يتسم بخصوصية ذاتية تكمن بطبيعة الأداء الذي يتوجب على الشركة القيام به والذي يقتضي بطبيعة الحال خضوعه لقواعد خاصة تتلاءم مع ظروف العقد، وبناءً على ما تقدم فإن السؤال الذي يرد في هذه المسألة وهو؛ ما هي الطبيعة القانونية لعقد الهواتف النقالة؟

للإجابة عن هذا التساؤل لا بد أولاً من تحديد مفهوم الطبيعة القانونية بشكل عام، والتي يراد بها تحديد نوع الواقعة من وجهة النظر القانونية حيث إنه من خلال الطبيعة القانونية سوف يتم تحديد نوع القانون - (بمعناه الخاص) - المطبق كما لو كان قانوناً مدنياً أو تجارياً أو غيره⁽¹⁶⁾.

وعليه، فإن عقد الهواتف النقالة يتسم بالطبيعة التجارية، فهو أولاً عمل تجاري وذلك لكونه يخضع بالضرورة إلى نظرية التداول حيث ينصب على تداول الثروة ويخضع كذلك لنظرية المشروع التي تقوم على أساس توفر عنصر قوة العمل وقوة رأس المال⁽¹⁷⁾.

من ناحية ثانية بالنسبة لمقدم الخدمة فهو تاجر ومحترف⁽¹⁸⁾؛ وعليه فإن هذا العقد قد اكتسب الصفة التجارية بطريق التبعية لصدوره من تاجر⁽¹⁹⁾، وبذلك يمكننا القول بأن هذا العقد عقد تجاري مركب غير مسمى، إلا أنه يظل مدنياً بالنسبة إلى الطرف الآخر (المستخدم أو متلقي الخدمة).

والجدير بالذكر أنه لا توجد في القانون التجاري قواعد خاصة للعقود التجارية غير المسماة، ومن ثم فإنها في الأصل تخضع إلى الأحكام العامة المقررة للعقد في القانون المدني مع مراعاة الخصوصية التي يتسم بها كل عقد وذلك حسب طبيعته، هذا ويتوجب التنويه إلى أن غالبية العقود التجارية قد تقلص دور الإرادة فيها وبشكل واضح وذلك بسبب تدخل المشرع المتواصل من أجل تنظيم النشاط الاقتصادي⁽²⁰⁾ بغض النظر عن المعتقدات السياسية والأيدولوجية الاقتصادية السائدة في البلد حيث أن مثل هذه المشاريع تعد ضمن خطط التنمية الاقتصادية.

حينما قررنا البحث بالتمييز القانوني لعقد الهواتف النقالة، وجدنا من الضروري بمكان أن نبين مفهوم التكييف القانوني بشكل عام، والذي يراد به "إضفاء وصف قانوني معين على العقد بحيث يتفق مع حقيقة قصد المتعاقدين، ويترتب على التكييف القانوني إنزال الحكم القانوني"⁽²¹⁾؛ بمعنى آخر أن التكييف سيعمل على إعطاء الوصف القانوني الصحيح للواقعة المعروضة، فهو بهذا سيمثل انطلاقة تطبيق القانون على الواقعة المعروضة أمام القاضي والتي ستنتهي بتحديد كون العقد محل النزاع هو عقد إيجار أو بيع أو مقاوله أو غيره من العقود⁽²²⁾.

يرى بعض الفقهاء بكونها تدرج تحت عقد المقاوله⁽²³⁾ والتي عرفتها المادة (780) من القانون المدني الأردني بأنها (عقد يتعهد به أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الأخرى)،⁽²⁴⁾ وبالتالي فهي تخضع لأحكامه. إلا أننا لا نرى بأن عقد الهواتف النقالة صورة من صور عقد المقاوله، حيث إن عقد المقاوله من العقود المسماة التي نظمها المشرع الأردني بأحكام خاصة.

ولا يمكن أيضاً اعتبار عقد الهواتف النقالة على أنه عقد إيجار خدمة، حيث أن هنالك التزامات جوهرية تترتب على عقد الإيجار يصعب تنفيذها بالعلاقة القانونية الموجودة بين مقدم الخدمة والمشارك في العقد⁽²⁵⁾.

بما أن عقد الهواتف النقالة تعد من عقود الخدمات حيث يتمثل موضوعها بحصول المستخدم على خدمة الاتصالات اللاسلكية عبر الشبكات الهوائية، ومن ثم فهي من حيث التكييف القانوني فإننا نعتقد بأن عقد الهواتف النقالة عبارة عن (عقد توريد خدمة) والتي اعتبر الفقيه القانوني عبد الرزاق السنهوري عقد التوريد (بأنه عقد يلزم به احد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً، يتكرر مدة من الزمن)⁽²⁶⁾

والسؤال الذي يدق في هذه المسألة إذا اعتبرنا عقد الهواتف النقال صورة خاصة من صور عقد التوريد أين سنجد السند القانوني لهذه الفرضية؟ للإجابة عن هذا التساؤل لابد أولاً من تحليل كلا العقدين حيث إن كليهما يردان على التزام أحد الأطراف بتجهيز الطرف الآخر ببعض الأموال المنقولة في مقابل التزام الطرف الآخر بدفع الأجرة، فضلاً عن أن قيام أحد أطراف العقد (المورد) بسلسلة من عمليات تسليم أموال منقولة والتي تكون على دفعات متتابعة خلال فترة زمنية معينة لقاء أجرة⁽²⁷⁾، فضلاً عن أن كلا العقدين لا يهم فيهما صفة المتعهد، والذي يمكن أن يكون من أشخاص القانون العام أو الخاص⁽²⁸⁾.

والتوريد في حقيقته شراء لأجل البيع، حيث إنه يفترض بيوعاً متعاقبة تنفذ في مواعيد منتظمة، ولا توجد أية أهمية إذا كان البيع لاحقاً على الشراء أو سابقاً عليه⁽²⁹⁾. وعليه فإننا قد أخذنا مصطلح التوريد بمعناه الواسع وأدخلنا تحت مظلة عقد توريد خدمة الهاتف النقال.

نظراً لقلّة الأحكام القضائية المتعلقة بهذا الموضوع، فإني لا أرى مانعاً من القياس على عقود أخرى أعتبرها الفقه والقضاء صورة خاصة من صور عقد توريد الخدمات كعقد توريد خدمة الكهرباء والماء والغاز وخدمات التلفون⁽³⁰⁾. إلا أن المسألة التي تطرح في هذا المجال أن هذه الخدمات بقيت لفترة طويلة في عداد الخدمات التي تحتكر الدولة تقديمها وذلك لتعلقها بالحاجات الضرورية لأفراد المجتمع، حتى أضحت تعد من المرافق العامة للدولة. من جانب آخر صفة التاجر لا تثبت للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام، فكيف إذن عالج المشرع ذلك؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد لنا من القول: إن الدولة قد اتجهت نحو تمكين أشخاص القانون الخاص من القيام بتوريد الخدمات المشار إليها. ويفرض استمرار الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة في توريد الخدمات آفئة الذكر وسائر مصادر الطاقة فإنه تصبح في نشاطها هذا خاضعة لأحكام القانون التجاري⁽³¹⁾. وهذا ما نصت عليه قوانين التجارة وتشجيع الاستثمار وسياسة الخصخصة.

لقد أضحى معلوم لدينا أنه يمكننا الحصول على أكثر من خدمة الكترونية وذلك عبر الهواتف النقالة، وبذلك يمكن أن يجتمع أكثر من عقد خدمة في عملية قانونية مركبة.

المبحث الثاني:

الالتزامات العقدية المنبثقة عن عقد الهواتف النقالة

أشرنا منذ بداية هذا البحث إلى أن عقد الهواتف النقالة هو من العقود التبادلية أي من العقود التي ترتب التزامات وحقوق على كل طرف من أطرافه

بحيث يكون الطرف الأول صاحب حق وصاحب التزام في مواجهة الطرف الآخر، وهذا هو ذاته الحال بالنسبة للطرف الآخر، وفي هذا المبحث فإننا سنعالج الالتزامات التي يرتبها عقد الهواتف النقالة على أطرافه ونتيجة الإخلال بهذه الالتزامات وكل ذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في أولهما خصائص عقد الهواتف النقالة ثم نعالج في المطلب الثاني الآثار المترتبة عن الإخلال بالالتزامات عقد الهواتف النقالة مع تقسيم كل مطلب من هذه المطالب إلى فروع ونقاط بحسب الحاجة.

المطلب الأول: خصائص عقد الهواتف النقالة

إن عقد الهواتف النقالة يتسم بخصائص ذاتية تتبع من ذاتية هذا العقد وما ينطوي عليه من طبيعة قانونية خاصة وفي هذا المطلب فإننا سنسعى جاهدين إلى توضيح خصائص الهواتف النقالة مع الإشارة إلى ما يترتب على أطراف العقد من التزامات مختلفة بوصف هذا العقد من العقود التبادلية وكل ذلك على التفصيل الآتي.

- يعد هذا العقد من حيث الأثر من العقود الملزمة للجانبين أي (عقد تبادلي) حيث ينشئ التزامات متقابلة بين أطراف العلاقة القانونية؛ فيصبح كل منهما دائناً ومديناً للآخر⁽³²⁾. وعليه فإن هذا التقابل أو التساند الموجود بين التزامات كل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين هو الذي يوضح سبب انفراد هذا النوع من العقود بقواعد خاصة يظهر أثرها في حال عدم تنفيذ أحد المتعاقدين الالتزامات الخاصة به⁽³³⁾. بعبارة أخرى يمكننا القول أن عقد الهواتف النقالة يعد من العقود المحددة حيث يستطيع كل طرف من الأطراف المتعاقدة تحديد مقدار الالتزام الذي ينشؤه العقد عليه مقابل الحق الذي سيكسبه كل طرف وقت تمام العقد وهذا كله يقودنا إلى ضرورة الإشارة إلى أبرز الالتزامات التي ترتب على أطراف عقد الهواتف النقالة وذلك على التفصيل التالي:

* التزامات المستخدم

- يتوجب على المستخدم تقديم الأوراق الثبوتية المطلوبة لإبرام العقد.
- يتوجب على المستخدم دفع المقابل بداية قبل الحصول على خدمة الاشتراك بالهاتف النقال.

- يتوجب على المستخدم عدم إساءة استعمال جهاز الهاتف النقال الخاص به وخاصة أن هذا الجهاز يستعمل لأكثر من غرض؛ فعلى سبيل المثال لا يجوز التعدي على حرمة الحياة الخاصة لأي شخص عن طريق الإزعاج، بعبارة أخرى يتوجب احترام قواعد السلوك الثابتة في هذا المجال.

* التزامات شركة الهواتف النقال

- يتوجب على شركة الهواتف النقال الالتزام بضمان توفير الخدمات المتفق عليها وذلك وفقاً للقواعد القانونية والأنظمة الخاصة التي تحكم هذا النوع من العقود، في جميع الظروف المناخية والمناسبات والتي تحدث ضغطاً هائلاً على شبكة الهاتف النقال.

- العمل على حماية الحق في الحياة الخاصة للأشخاص؛ لذا لا يجوز التنصت أو تسجيل أحاديثهم الشخصية، إلا بإذن من الجهات المختصة⁽³⁴⁾، أو إعلام الأشخاص العاديين أو الفضوليين بحركات النقال وما صدر منه أو ما ورد له من مكالمات أو رسائل.

- العمل بمصادقية وعدم تظليل المستخدم من خلال الإعلانات والدعاية التي تقوم بإرسالها شركة الهاتف النقال للمستخدمين أو عدم توزيع رقم المستخدم على الشركات للإعلان عن سلع وخدمات تقدم من قبلها للزبائن أو المستهلكين، حيث يعتبر من قبيل الإزعاج وانتهاك حياة الآخرين الخاصة.

- الالتزام بضمان تشغيل أجهزة الاتصالات وخدمات البث بطريقة تتماشى مع معايير السلامة العامة.

- الالتزام بالتعاون والتنسيق مع المؤسسات العسكرية ووزارة الاتصالات وذلك لضمان عدم حدوث أي تعارض ما بين استخدام

الاتصالات السلكية واللاسلكية (وخاصة إزاء مسألة توزيع الطيف الإشعاعي لها) مع المتطلبات العسكرية التي تقتضيها مصلحة الوطنية.

• احترام رغبة المستخدم بعدم عرض رقمه في كشوفات المستخدمين من خلال مركز خدمة الزبائن.

• تشغيل أجهزة نقالة تفي بالمتطلبات التنظيمية لهيئة التنظيم وشروط الترخيص الممنوحة للشركات المشغلة للخدمة، وهذا يتطلب تعاون بين الشركات المشغلة للخدمة وبين الشركات المصنعة للهواتف، حيث تمنع التعليمات استخدام أجهزة نقالة تحجب المعلومات والمعطيات عن متابعة ورقابة الأجهزة الأمنية في مكافحتها للجريمة والإرهاب.

- من ناحية أخرى يتسم عقد الهواتف النقالة بكونه من عقود المعاوضة النفعية، حيث يتلقى فيه كل من المتعاقدين عوضاً لما أعطاه، فتمكين المشترك من الانتفاع من خدمات الهاتف النقال هو العنصر الجوهرى الأول والعوض أو المقابل المادي هو العنصر الجوهرى الثاني؛ وهو بهذا لا يعد من عقود التبرع⁽³⁵⁾. حيث إن الأخيرة لا تدخل في نطاق القانون التجارى، وذلك لكون فكرة التبرع منافية للعمل التجارى⁽³⁶⁾.

- إن عقد الهواتف النقالة من حيث تنفيذه يعد من العقود الممتدة أو غير محددة المدة والتي هي إحدى صور عقود المدة التي يكون الزمن فيها عنصراً جوهرياً، حيث إن الخدمات التي ستقدم من خلال هذا العقد تقاس في أغلب الأحيان بالزمن الذي سيحدد مقدار المحل المعقود عليه. على سبيل المثال خدمة الاشتراك بهاتف النقال أو خدمة الإنترنت بواسطة الهاتف النقال يتكرر تنفيذ العقد مدة من الزمن ويعلق الخط بحالة عدم التزام المستخدم بتعبئة الرصيد؛ وعليه فهو ليس من العقود الفورية⁽³⁷⁾.

- أما الخاصية الأخرى فتتمثل بظهور سمة الإذعان في عقد الهواتف النقالة، حيث تكون إرادة أحد الأطراف - (المشترك) - محكومة بالشروط

التي يملئها عليه الطرف الآخر الأقوى اقتصاديا والمتمثل بر(الشركة المتخصصة المحترفة) فلا تكون للطرف الضعيف (المشترك) إلا الاستجابة والإذعان (للشركة) دون أن يتمكن من مناقشتها أو تعديل شروطها. ويتعلق عادة عقد الإذعان بسلع وخدمات ضرورية للمستهلك وهي تكاد تكون محتكرة من جهة معينة أو جهات محددة وتعرض على الجمهور بشروط عامة مماثلة وعلى وجه الدوام⁽³⁸⁾. وفي هذا المجال نجد من المفيد أن نطرح التساؤل الآتي: هل تُعد خدمة الاشتراك بالهواتف النقالة خدمة ضرورية أم تعد من الكماليات والتي بالإمكان الاستغناء عنها؟ في الحقيقة أثبت الواقع العملي أن هذه الخدمة ضرورية للمواطن من أجل التواصل مع الآخرين في ظل الظروف الراهنة. ويتميز عقد الإذعان أيضاً بأن شروطه ينفرد بوضعها أحد العاقدين، ومن ثم يتم عرضها على الجمهور بذات الشروط، ولا يسمح للطرف الآخر بمناقشتها وإنما أن يقبلها كلها فيتم العقد⁽³⁹⁾، وإما أنها لا تحظى بقبوله فلا ينعقد العقد. وهذا ما نجده في عقد الهواتف النقالة.

- يرد (عقد الهواتف النقالة) على منقولات وليست عقارات - والتي تتمثل بالتكنولوجيا المنقولة وحسب التصور القانوني لها تمثل محل العقد⁽⁴⁰⁾ - حيث إن العقارات في قانون التجارة المصري مستبعدة في الأصل من نطاق العقود التجارية⁽⁴¹⁾. ويعزى السبب من وراء ذلك أن العقارات تنفر من روح السرعة والتبسيط التي تقوم عليها الأعمال التجارية وذلك لثباتها وخضوع تداولها القانوني لإجراءات عديدة ومعقدة لا تتفق مع روح التجارة⁽⁴²⁾.

- من ناحية أخرى يعد عقد الهواتف النقالة من حيث انعقاده من العقود الرضائية والتي يكفي في انعقاده إتحاد الإيجاب بالقبول⁽⁴³⁾؛ حيث أنه سيعقد هذا العقد بمجرد التقاء إرادة المتعاقدين وتتجلى هذه الإرادة من خلال توقيع المشترك على سند كتابي خاص بالاشتراك بخدمة الهاتف النقال، وعليه فإن عقد الاشتراك سوف يبرم بمجرد أن يقوم المستخدم بملء استمارة البيانات

الشخصية وتقديم المستمسكات المطلوبة ودفع الثمن؛ وهذا ما يعد قبولاً لعرض الشركة طبقاً للشروط المحددة بالنماذج الثابتة فيها.

المطلب الثاني: المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات القانونية لعقد الهواتف النقال

إن أي عقد من العقود التبادلية يعني وجود التزامات تقع على عاتق كل طرف من الأطراف اتجاه الطرف الآخر وهذا إنما يقود بالضرورة إلى وجود المسؤولية وإمكانية قيامها على عاتق أي من الطرفين اتجاه الطرف الآخر إن اخل بأي من التزاماته، وقد لاحظنا في المطلب الأول من هذا المبحث أن هناك التزامات تقع على عاتق كل طرف من أطراف العقد في مواجهة الطرف الآخر وهذا إنما يقودنا بالضرورة إلى البحث في المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات القانونية لعقد الهواتف النقال وهذا ما سيكون محطة لبحثنا في هذا المطلب.

بداية فإنه لكي يتسنى لنا تحديد نطاق الالتزام التعاقدى لابد أن نشير إلى الشروط الواجب توافرها لتحقيق هذه المسؤولية والتمثل بالشرطين:

أولاً: - وجود عقد⁽⁴⁴⁾ صحيح ما بين المتعاقدين (المتضرر والمسؤول) موثقاً رسمياً.

ثانياً: - ان يكون هنالك ضرر حاصل نتيجة الإخلال بتنفيذ الالتزام.⁽⁴⁵⁾

إن طبيعة العلاقة القانونية القائمة ما بين شركة الهواتف النقال والمستخدم تعد عقد توريد خدمة الاشتراك بالهواتف النقال، وذلك في حالة وجود عقد صحيح ما بين المسؤول قانوناً عن توريد خدمة الهواتف النقال والمستخدم. وهذا ما يمكن الاستدلال عليه من الوقائع فمثلاً في حالة قيام المستخدم بالإيفاء بجميع التزاماته المنصوص عليها في العقد كتوفير الأوراق الثبوتية المطلوبة ودفع مبلغ الاشتراك للحصول على خدمة الهاتف النقال، وعليه ففي هذه العملية قد تم ارتباط الإيجاب بالقبول، حيث إن الطرفين قد

قصداً أن يرتبطا برابطة عقدية، وهذا ما تؤكدُه القاعدة المعروفة في فقه القانون المدني والتي تقضي بما يلي: "لا يعد عقداً كل اتفاق على أحداث أثر قانوني، بل يجب أن يقع الاتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية"⁽⁴⁶⁾.

مما لا شك فيه أن مسؤولية شركة الهواتف النقالة تجاه (متلقي الخدمة) تعد مسؤولية عقدية، وذلك في حالة وجود عقد صحيح بينهما فإذا ما أخل أحد الأطراف بالالتزام القانوني ستثور عندئذٍ المسؤولية العقدية.

وكقاعدة عامة فإن التزام المورد - (شركة الهواتف النقالة) - بأداء الخدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد أو من طبيعة التزام المبرم أن الأمر يتعلق بتحقيق غاية وليست نتيجة، وعلى هذا الأساس سوف لا يستطيع مورد الخدمة التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي والمتمثل في القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور⁽⁴⁷⁾ كحدوث طارئ جوي أو حدوث قطع للتيار الكهربائي.

فمن يطالب بتعويض عن ضرر أصابه بسبب شركة الهواتف النقالة عليه أن يثبت ذلك الضرر لأنه إن لم يقم بإثبات ذلك لا يعد الضرر عندئذٍ قد أصابه شخصياً ولا تكون دعواه مقبولة، ويشترط في رافع الدعوى الذي يطالب بحقه أمام القضاء أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية، أما إذا افتقر إلى الأهلية فإنه لا يمكن أن يرفع دعواه إلا نائبه كالولي أو الوصي في حالة كونه قاصراً أو قد يرفعها القيم إذا كان محجوراً عليه⁽⁴⁸⁾، ولا تقبل دعوى الضرر الناجم عن استخدام الهواتف النقالة إلا ممن أصابه الضرر سواء تمثل بصورة ضرر (مادي أو أدبي).

فضلاً عن ذلك هنالك أضرار أخرى ناجمة عن التوزيع العشوائي لأبراج الهواتف النقالة والتي تولد حقول كهرومغناطيسية، وهذا ما يرتب مسؤولية التقصيرية على محدث الفعل الضار والمتمثل بشركة الهواتف النقالة، وتكون

أساس هذه المسؤولية محددة حسب اعتقادنا بالمسؤولية الموضوعية (المادية) - (تحمل التبعة) أو الغرم بالغنم، والتي تقوم على فكرة وجوب تحمل المسؤول قانوناً المخاطر الناجمة عن نشاطه⁽⁴⁹⁾، وعليه فإنه ملزم بتعويض المضرور الذي لحق به الضرر ولو بغير خطأ من المسؤول⁽⁵⁰⁾، مع العلم أن المشرع الأردني لم يأت على ذكر هذا الموضوع في أي من القوانين الخاصة بالاتصالات مع الإشارة هنا أن المكان المناسب له هو قانون حماية المستهلك، هذا بالإضافة لضرورة رقابة هيئة تنظيم قطاع الاتصالات على أسعار الخدمات المقدمة لجمهور المستهلكين.

الخاتمة

يعيش العالم تطوراً كبيراً في التقنيات العلمية وخاصة في نطاق وسائل الاتصالات، والتي أصبح استخدامها يتزايد بشكل كبير يوماً بعد يوم؛ بحيث أضحى العالم بفضل هذه الوسيلة بمثابة قرية صغيرة، وبالرغم من الفوائد العديدة التي يقدمها الهاتف النقال إلى أن هنالك مضار ناجمة عن استخدام هذه التقنية العلمية الحديثة، بحيث تهدد قيم وحقوق وأمن الأفراد والجماعات، لهذا كان لا بد من تدخل قانوني لحل المشكلات القانونية الناجمة عن استخدام الهاتف النقال.

ويتسم عقد الهواتف النقال بسمات خاصة انعكست على الطبيعة القانونية لهذا العقد بحيث ميزته بخصائص ذاتية، فهو من العقود الملزمة للجانبين أي (عقد تبادلي) حيث ينشئ التزامات متقابلة بين أطراف العلاقة القانونية؛ وهو من عقود المعاوضة النفعية حيث يتلقى فيه كل من المتعاقدين عوضاً لما أعطاه، أما الخاصية الأخرى فتمثل بظهور سمة الإذعان في عقد الهواتف النقال، فضلاً عن ذلك فإن مسألة تقدير المقابل المادي للخدمة وتغييره هو أمر متروك لسلطة وإرادة الشركة التي تعمل على تقديم الخدمة برقابة هيئة تنظيم قطاع الاتصالات بنص المادة 12 من قانون الاتصالات رقم 13 لسنة 1995، حيث لا دخل لإرادة المستخدم (متلقي الخدمة) في تقدير أو تعديل المقابل المادي وهذا ما يعد

خروجاً على القواعد العامة المتعلقة بتعديل الأجر في العقود، وخروجاً على قاعدة إن (العقد شريعة المتعاقدين).

كما أنه يرد على منقولات - والتي تتمثل بالتكنولوجيا المنقولة وحسب التصور القانوني لها تمثل محل العقد، أما من حيث انعقاده فإنه يعد من العقود الرضائية والتي يكفي في انعقاده إتحاد الإيجاب بالقبول

أما عن الطبيعة القانونية لهذا العقد فإننا نعتقد بأن عقد الهواتف النقالة يتسم بـ (الطبيعة التجارية) وهو بذلك يخضع للقواعد والأحكام الخاصة بالقانون التجاري.

أما فيما يتعلق بطبيعة الرابطة القانونية القائمة ما بين شركة الهواتف النقالة والمستخدم فإنها تُعد عقد توريد خدمة الاشتراك بالهواتف النقالة، وذلك في حالة وجود عقد صحيح ما بين المسؤول قانوناً عن توريد خدمة الهواتف النقالة والمستخدم (متلقي الخدمة). وهذا ما يمكن الاستدلال عليه من الوقائع.

مما لاشك فيه أن مسؤولية شركة الهواتف النقالة تجاه (متلقي الخدمة) أي المشترك تعد مسؤولية عقدية، وذلك في حالة وجود عقد صحيح بينهما فإذا ما أحل أحد الأطراف بالالتزام القانوني ستتحرك عندئذٍ المسؤولية العقدية. ويعد التزام الشركة التزاماً بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد أو من طبيعة التزام المبرم أن الأمر يتعلق بتحقيق غاية وليست نتيجة، وبذلك لا تستطيع الشركة التخلص من المسؤولية القانونية إلا بإثبات السبب الأجنبي والمتمثل في القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور. كحدوث قطع التيار الكهربائي لأي سبب كان خارجاً عن إرادة الشركة.

الهوامش:

1- الهاتف كلمة مشتقة من الفعل (هتف): الهْتَفُ والهْتَأُفُ: الصوت الجافي العالي، وقيل الصوت العالي، وسمعت هانفاً يَهْتَفُ إذا كنت تسمع الصوت ولا تبصر أحداً. العلامة ابن منظور، لسان العرب، ج15، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، ص 26.

- 2- ويعود تاريخ الهواتف النقال إلى عام 1947 عندما بدأت شركة لوست تكنولوجيا التجارب في معملها بنيوجرسي، ولكنها لم تكن صاحبة أول تليفون محمول بل كان صاحب هذا الإنجاز هو الأمريكي (مارتن كوبر) الباحث في شركة موتورولا للاتصالات في شيكاغو حيث أجرى أول مكالمة به في 3 أبريل عام 1973. انظر أيضاً: مقالة الهاتف النقال، المتاح على العنوان الإلكتروني ويكيبيديا، الموسوعة الحرة.
- 3- نظراً لأهمية هذا النشاط فإنه قد تأسست شركات متخصصة تباشر هذا العمل على وجه الاحتراف، وهذا ما حدا بالمشرع المصري إلى تحديد النظام القانوني الذي سيخضع له هذا العمل، وهذا ما أكدته المادة (5) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.
- 4- ينظر: النقال، منتدى الهندسة الكهربائية والإلكترونية، دراسة متاحة على شبكة الإنترنت على الموقع: [http:// www.alhandasa.net](http://www.alhandasa.net)
- 5- والتي يطلق عليه الاختصاصيون شبكة الإنترنت (international - work) ويشار إليها بالأحرف (www)، والإنترنت عبارة عن مجموعة متصلة من شبكات الحاسوب التي تضم الحواسيب المرتبطة حول العالم، والتي تقوم بتبادل البيانات فيما بينها بواسطة تبديل الحزم بإتباع بروتوكول الإنترنت الموحد (IP). ويقدم الإنترنت العديد من الخدمات مثل الشبكة العنكبوتية العالمية (الويب)، وتقنيات التخاطب، والبريد الإلكتروني، وبروتوكولات نقل الملفات FTP. ويمثل الإنترنت اليوم ظاهرة لها تأثيرها الاجتماعي والثقافي في جميع بقاع العالم. للمزيد أنظر: حاسوب الكفي، المتاح على العنوان الإلكتروني ويكيبيديا، الموسوعة الحرة.
- 6- الخدمات المصرفية عبر الهاتف النقال، موضوع متاح عبر العنوان الالكتروني: بنك مسقط، أسئلة وأجوبة متكررة.
- 7- ومقالة الهاتف النقال، المتاح على العنوان الإلكتروني ويكيبيديا، الموسوعة الحرة.
- 8- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص 39.
- 9- د. محمود السيد عبد المعطي خيال، الانترنت وبعض الجوانب القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998، ص 108.
- 10- بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، عالم الكتب الحديثة، الأردن، 2004، ص 34.
- 11- مهند حمد أحمد، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، 2008، ص 45.
- 12- د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 79.
- 13- د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 36.
- 14- نداء كاظم محمد المولى، مصدر سابق، ص 25.
- 15- في الأردن هناك عدة شركات وهي زين، أورانج، أمنية، اكسبرس.
- 16- د. محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية، بحث منشور بمجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد (20)، السنة التاسعة، 2004، ص 87.

- 17- د. عزيز العكلي، الأعمال التجارية والتجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 54.
- 18- د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مصدر سابق، ص 36.
- 19- د. مصطفى كمال طه ود. علي البارودي، مصدر سابق، ص 475.
- 20- د. محمد السيد الفقي، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2005، ص 203.
- 21- د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 41.
- 22- د. محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية، ص 87.
- 23- د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 36.
- 24- والتي تقابلها المادة 646 من القانون المدني المصري.
- 25- د. سعيد مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة (البيع، الايجار، المقاوله)، دار الحكمة للطباعة والنشر، 1992، ص 226.
- 26- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ح6، صفحة 167.
- 27- د. عزيز العكلي، المرجع السابق، ص 63 وما بعدها.
- 28- د. باسم محمد صالح، المصدر السابق، ص 63.
- 29- د. مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 70.
- 30- د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 93.
- 31- د. محمد فريد العريني ود. هاني محمد، قانون الأعمال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 73.
- 32- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 23.
- 33- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 16.
- 34- المادة (18) من الدستور الأردني 1952 والتي نصت على ما يلي: (تعتبر جميع المراسلات البريدية والبرقية والمخاطبات الهاتفية سرية، فلا تخضع للمراقبة أو التوقيف إلا في الأحوال المعينة في القانون).
- 35- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، 1980، ص 25.
- 36- د. مصطفى كمال طه ود. علي البارودي، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 476.
- 37- للمزيد أنظر: د. حسن علي الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، مطبعة جامعة بغداد، 1988، ص 148 وما بعدها.
- 38- د. صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا - دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 267.
- 39- د. أحمد شوقي، مصدر سابق، ص 69.

- 40- نداء كاظم محمد المولى، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، دار وائل، عمان، 2003، ص 50.
- 41- د. مصطفى كمال طه، مصدر سابق، ص 476.
- 42- د. محمد فريد العريني، ود. جلال وفاء البدري ود. محمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري دراسة في الأدوات القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 89.
- 43- د. عبد العزيز اللصاحمة، مصادر الالتزام في القانون المدني، مؤتة - الأردن، 2004، ص 55.
- 44- لقد حددت الفقرة (1) من المادة (167) من القانون المدني الأردني المقصود بالعقد الصحيح حيث نصت على أنه "العقد المشروع بأصله ووصفه بان يكون صادراً من أهله مضافاً الى محل قابل لحكمة وله غرض قائم وصحيح، ولم يقترن به شرط مفسد له".
- 45- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص 295، وما بعدها.
- 46- د. شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت، ص 35.
- 47- د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 80.
- 48- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج 1 (الالتزامات)، المطبوعات العالمية، مصر، 1954، ص 223 وما بعدها.
- 49- عوني فخري، وجوب تعويض المضرور وأثره في تطور المسؤولية التقصيرية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد، السنة الثانية، 2000، ص 11.
- 50- د. حسن علي الذنون، المسؤولية المادية "تحمل التبعة"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، عدد خاص باليوبيل الماسي، 1984، ص 22.

جريمة العدوان في ضوء أحكام القانون الدولي الجنائي

بقلم

د / حسين فريجه

كلية الحقوق - جامعة المسيلة



الملخص

تعتبر جريمة العدوان من ضمن الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية، وقد حددت المادة الخامسة الفقرة 1 متابعه أخطر الجرائم الدولية وهي جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب وجريمة العدوان مستجيبة بذلك إلى حد ما لتطلعات المجتمع الدولي في وضع حد لفظائع هزت ضمير الإنسانية جراء ما خلفته من أعداد لضحايا لا يمكن تصورها في صفوف المدنيين من الأطفال والنساء والرجال، خاصة في الشكل والحجم اللذين ظهرت بهما في العشرية الأخيرة في كل من البوسنة والهرسك ورواندا والشيشان وما يجري في فلسطين، وأن الجرائم التي قامت بها القوات البريطانية إلى جانب القوات الأمريكية وغيرها من قوات التحالف ما بين 2003 و2004 في العراق تعتبر من جرائم حرب وعدوان وهي تدخل ضمن الاختصاص الزمني للمحكمة الجنائية الدولية والقيام بالمحاكمة العادلة. ذلك هو الأمر الضروري لأي محكمة جنائية دولية يراد منها أن تكون ضمانا لتحقيق العدالة الدولية.

Abstract:

Le crime d'agression est un crime relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, Article V, paragraphe 1 inclus les crimes internationaux les plus graves, crime de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crime d'agression, répondant ainsi à une certaine mesure aux aspirations de la communauté internationale pour mettre fin aux atrocités qui choquent la conscience de l'humanité en

raison du grand nombre de victimes civiles des enfants, des femmes et des hommes, Surtout ce qui s'est passé dans la dernière décennie en Bosnie-Herzégovine, au Rwanda et en Tchétchénie, et ce qui se passe en Palestine, et que les crimes commis par les forces britanniques avec les forces américaines entre 2003 et 2004 en Irak sont des crimes de guerre et crime d'agression, qui est de la compétence temporelle de la Cour pénale internationale.

مقدمة

جريمة العدوان Agression من الجرائم الخطيرة على المجتمع الدولي، لذلك تم إدراجها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. غير أن اختصاص هذه المحكمة لن ينعقد بخصوص هذه الجريمة حتى يتم التوصل إلى تعريف لها. وحيث لم يتم التوصل إلى هذا التعريف في مؤتمر روما فقد تم إناطة هذه المهمة باللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية، والتي لم تتمكن من دورها من تحديده في جلساتها المتعددة. كما أنه يبدو أن التوصل إلى اتفاق بشأن تعريف جريمة العدوان أمر غير ممكن في المستقبل القريب.

والخلاف في تعريف جريمة العدوان ينصرف إلى تحديد الجهة التي تقرر وجود هذه الجريمة. وهو شرط أساسي لكي تمارس المحكمة اختصاصها، فالدول دائمة العضوية وخاصة أمريكا وبريطانيا أكدت مرارا بأن تعريف جريمة العدوان وتحديد عناصره يجب أن لا يؤثر مطلقا على صلاحيات مجلس الأمن المقررة بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة والتي بموجبها ينفرد مجلس الأمن بتقرير وجود جريمة العدوان وتحديد من هو الطرف المعتدي⁽¹⁾. وبما أن الدول الدائمة العضوية في مجلس الأمن تملك حق النقض، فسيكون بإمكانها فرض إرادتها بهذا الخصوص لأن استخدام أي دولة لحق الفيتو يعني الحيلولة دون إمكانية المحكمة من استخدام صلاحيتها. وعندئذ سنعود إلى عدالة المنتصر أو إلى العدالة الانتقائية التي من شأنها إفلات مرتكبي جريمة العدوان من المساءلة والعقاب وخاصة إذا ما تعلق الأمر برعايا الدول الدائمة العضوية وهذا يتنافى مع الأهداف التي أنشئت من أجلها المحكمة الجنائية الدولية .

إشكالية الدراسة :

لقد توصلت الجمعية العامة إلى تعريف جريمة العدوان بموجب قرارها رقم 3314 بتاريخ 14/12/1974 غير أنه بصدور نظام روما الأساسي تراجعت بعض الدول عن اعتماد هذا التعريف، وأكدت أن المحكمة الجنائية الدولية تملك اختصاص النظر في جريمة العدوان غير أنه لا يمكن محاكمة مرتكبيها إلى حين اعتماد حكم بهذا الشأن مع أن جريمة العدوان تعد من أخطر الجرائم ومن ثم فإنه يتعين إخضاعها لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية وهي وحدها التي تحدد قيام هذه الجريمة والمعاقبة عليها وهذه فرصة مهمة للدول العربية من أجل طرح مقترحاتها والدفاع عنها وخاصة وأن جريمة العدوان أصبحت جريمة العصر وعدم المقاضاة عنها يعد ثغرة في جدار المحكمة الجنائية الدولية يخشى من صعوبة سدها بسبب الأوضاع الدولية الراهنة . هذا ما دفعنا إلى طرح جريمة العدوان على بساط البحث في الإشكالية التي تواجه جريمة العدوان وعدم اعتراف الدول الكبرى بالالتزام بوضع تعريف لها .

أهمية الدراسة :

إن موضوع الجريمة الدولية من المواضيع الجوهرية، وذلك نظرا لما تحدثه تلك الجرائم من آثار خطيرة تمس بالمصالح والقيم التي طالما حرص المجتمع الدولي على حمايتها وعدم المساس بها. وتشكل الجرائم الدولية محور القانون الدولي الجنائي وتمثل إحدى المشكلات الرئيسية التي تواجه العالم، وسأحاول أن أقتصر على جريمة العدوان في هذه الدراسة، باعتبار أن هذه الجريمة لا تقع إلا بين دولتين أو أكثر وأن مجلس الأمن هو الجهة المختصة طبقا لميثاق الأمم المتحدة ولقرار الجمعية العامة بتعريف العدوان لحين اعتماد حكم بشأن جريمة العدوان طبقا لنظام المحكمة الجنائية الدولية ويضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة.

نطاق الدراسة :

نظرا لما تشكله جريمة العدوان فقد تعرضت لها من حيث المفهوم والتطور التاريخي، ثم تعرضت إلى تعريف العدوان بحيث تناولت تعريف الفقه للعدوان، ثم إلى الاتجاه المؤيد والمعارض لتعريف جريمة العدوان، ثم تطرقت إلى جريمة العدوان في نظر الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية وأخيرا إلى مسئولية إسرائيل عن جريمة العدوان في الأراضي الفلسطينية ومسئولية أمريكا ودول التحالف عن جريمة العدوان.

خطة الدراسة :

لقد تناولنا في هذه الدراسة - لمعالجة موضوع جريمة العدوان- المباحث التالية:

المبحث الأول: تطور ومفهوم جريمة العدوان.

المبحث الثاني: الاتجاهات المتعددة حول وضع تعريف لجريمة العدوان.

المبحث الثالث: جريمة العدوان في نظر الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية.

المبحث الرابع: المسؤولية المترتبة على جريمة العدوان .

المبحث الأول : تطور ومفهوم جريمة العدوان

حتى مجيء القرن السابع عشر كانت القوة هي المهيمنة على علاقات الدول وكان الحق في اللجوء إلى الحرب حقا طبيعيا وأساسيا يمكن الاعتماد عليه للعيش داخل الجماعة⁽²⁾ .

وستعرض في هذا المبحث للتطور التاريخي لجريمة العدوان في مطلب أول، أما المطلب الثاني فسنخصصه إلى مفهوم جريمة العدوان.

المطلب الأول: التطور التاريخي لجريمة العدوان:

كانت الحرب في العصور الوسطى مباحة، حيث كان الاستيلاء على أراضي الغير بالقوة وضمها أمرا مشروعا، ثم بدأت هذه الفكرة تندثر بعد الولايات والدمار الذي خلفته الحروب المختلفة⁽³⁾ . وتطور هذا الحق خلال

القرن الثامن عشر والتاسع عشر وأصبح مقيدا ببعض القيود. غير أن تلك القيود ظلت دون جزاء يقع على من يخالف أحكامها⁽⁴⁾. وفي مؤتمر لاهاي المنعقد في 18/10/1907 نجحت عدة دول في وضع ثلاثة عشرة اتفاقية تنظم الحرب البرية والبحرية والوسائل السلمية لتسوية المنازعات الدولية. ولعل أهم ما ورد في هذه الاتفاقيات هو ما ورد بصدد تجريم استعمال القوة المسلحة لإجبار الدولة المدينة على سداد ديونها إلا إذا رفضت هذه الدولة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة سلمية لتسوية المنازعات الدولية⁽⁵⁾. وازداد سخط الشعوب المختلفة بسبب ما خلفته الحرب العالمية الأولى وما جلبته من خراب ودمار وما حصدته من ملايين الأرواح من المقاتلين والمدنيين المسالمين على حد سواء فقد تطلع العالم وهو يريزح تحت وطأة أهوال الحرب الطاحنة إلى عالم يسوده الرخاء⁽⁶⁾. فقد توصلت معاهدة فرساي على إنشاء محكمة جنائية خاصة لمحكمة غليوم الثاني إمبراطور ألمانيا باعتباره المسؤول عن قتل الحرب العالمية الأولى غير أن هذه المحكمة لم تتم بسبب لجوء الإمبراطور الألماني لهولندا ورفضها تسليمه من أجل محاكمته. وتعد هذه المرة الأولى التي يتم فيها التصريح على تجريم الحرب العدوانية، واعتبارها جريمة دولية⁽⁷⁾. فقد نصت المادة 12 من عهد العصبة على أنه إذا نشأ نزاع من شأن استمراره أن يؤدي إلى احتكاك دولي يجب أن يعرض الأمر على التحكيم أو التسوية القضائية أو التحقيق بواسطة المجلس ويوافقون على عدم اللجوء للحرب بأي حال قبل انقضاء ثلاثة شهور على صدور قرار التحكيم أو الحكم القضائي أو تقرير المجلس⁽⁸⁾. وتواصلت الجهود الدولية التي ترمي إلى تجريم الحرب العدوانية باعتبارها عملا غير مشروع دوليا ولم تتوقف في ظل عصبة الأمم، فقد ورد في ديباجة ميثاق المساعدة المتبادلة الذي تبنته العصبة في 1923 ما يلي: "تعلن الأطراف السامية المتعاقدة في صراحة ووضوح أن حرب العدوان جريمة دولية، ويتعهد كل منهم من ناحيته بالألا يقترف هذه الجريمة⁽⁹⁾".

كما نجحت الدول في استصدار قرار من الجمعية العامة لعصبة الأمم في سنة 1927 ينص صراحة على أن حرب الاعتداء جريمة دولية وهذا القرار تبنته أكثر من ستين دولة⁽¹⁰⁾. غير أن ميثاق " بريان- كيلوج " المنعقد في باريس سنة 1928 والذي تم توقيعه من طرف الدول في ذلك الوقت عندما حرم الحرب كوسيلة لحل النزاعات لم يضع الطرق السلمية لفض النزاعات ولم يفرض على الدول واجب قبول الحلول التي يمكن أن تؤدي إليها الطرق السلمية⁽¹¹⁾.

وبالرغم من الجهود المبذولة من المجتمع الدولي لتجريم الحرب العدوانية بموجب المواثيق السابقة، إلا أن تلك الجهود قد عصفت بها الحرب العالمية الثانية، تلك الحرب التي جلبت على البشرية خرابا ودمارا لم يشهد له العالم مثيلا له من قبل. فقد حصدت أرواح الملايين من الأبرياء، وقد أسفرت هذه الحرب عن إبرام ميثاق الأمم المتحدة الذي جرم الحرب تجريما قاطعا⁽¹²⁾.

فقد نصت المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة على أن: " مقاصد الأمم المتحدة هي أولا حفظ السلام والأمن الدوليين واتخاذ التدابير الجماعية الفعالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم وإزالتها، وقمع أعمال العدوان وغيرها من وجوه الإخلال باستخدام السلم "، كذلك فقد ذهبت الفقرة الرابعة من المادة الثانية على أن :

" يمتنع أعضاء الهيئة جميعا في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستخدام القوة أو باستخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على وجه آخر لا يتفق مع مقاصد الأمم المتحدة"⁽¹³⁾.

وقد نصت الدول لأول مرة على جريمة حرب العدوان والعقاب عليها والمحكمة عنها أمام محكمة دولية⁽¹⁴⁾. وقد وضعت لائحة بتاريخ 08/08/1945 تتضمن محاكمة مجرمي الحرب ونصت المادة السادسة منها على جريمة حرب الاعتداء باعتبارها جريمة دولية كما نصت عليها المادة الخامسة من لائحة طوكيو الصادرة في 19 جانفي 1946.

وهكذا أسفرت جهود المجتمع الدولي عن تجريم الحرب العدوانية، فقد غدت جريمة دولية يمكن محاكمة مرتكبيها وتوقيع العقاب المناسب عليهم أمام المحاكم الدولية⁽¹⁵⁾.

المطلب الثاني : مفهوم جريمة العدوان

توصل المجتمع الدولي إلى أن العدوان جريمة دولية، تتطلب محاكمة مرتكبيها أمام المحاكم الجنائية، ولهذا كان من اللازم أن يتم البحث عن تعريف محدد لهذه الجريمة.

وتكمن أهمية وضع تعريف هذه الجريمة في وضع ضوابط لها، وتوضيحها بحيث يمكن تحديد المعتدى والمعتدى عليه وما يؤدي ذلك إلى قيام مجلس الأمن والسلطات التي كفلها له ميثاق الأمم المتحدة من أجل المحافظة على الأمن والسلم الدوليين، بالإضافة إلى تقديم الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب هذه الجريمة إلى المحاكم الجنائية الدولية لتوقيع الجزاء المناسب وستعرض فيما يلي إلى تحديد مفهوم جرائم العدوان، بحيث ظهر اتجاه يرفض وضع تعريف للعدوان بينما فريق يتمسك بوضع تعريف له.

الفرع الأول: الاتجاه المعارض لتعريف جريمة العدوان

تزعم هذا الاتجاه الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، واستندوا في رفضهم أن وضع هذا التعريف إنما يعد استجابة لطلب الدول التي تأخذ نظمها القانونية بالنظام اللاتيني أي تبني النص المكتوب، وتعتبره مصدر الشرعية، وهذا بدوره لا يعترف بدور العرف باعتباره أحد المصادر الرئيسية للتشريع كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا⁽¹⁶⁾. كما أن وضع تعريف يتعارض مع قواعد القانون الدولي العام والقانون الدولي الجنائي ذات المصدر العرفي⁽¹⁷⁾.

إن ميثاق الأمم المتحدة وما يتضمنه من نصوص (المواد 3 و4 و10 و11 و14) تتعلق بالمحافظة على السلم والأمن الدوليين وما يفرضه من التزامات على الدول وما يمنحه من صلاحيات لأجهزة الأمم المتحدة في هذا الشأن

يغني عن البحث في تحديد معنى " العدوان " (18).

كما أن المجتمع الدولي لا يوجد به سلطة قضائية مهمتها الفصل فيما ينشأ بين الدول من منازعات قانونية وذلك بموجب قرارات ملزمة لها صفة الأحكام القضائية الوطنية من حيث الحجية والتنفيذ الجبري لها، حيث أن محكمة العدل الدولية قراراتها غير ملزمة .

كما أن مجلس الأمن قراراته يعترضها حق الفيتو⁽¹⁹⁾. من جانب الأعضاء الدائمون، غير أن الحجج السابقة يمكن الرد عليها. إذ أنه ليس عيباً أن يتم تعريف العدوان وتدوين هذا التعريف، لأن التدوين أصبح سمة لكل القوانين الداخلية بما فيها الدول ذات النظام الأنجلوسكسوني، وهو الآن سمة القانون الدولي العام، والقانون الدولي الجنائي. وأن النصوص التي وردت في ميثاق الأمم المتحدة والمتعلقة بالسلم والأمن الدوليين كشف التطبيق العملي عدم كفايتها وقصورها في أداء دورها في المستقبل. كما أن السعي نحو وضع تعريف للعدوان يكون حافظاً للدول نحو إنشاء قضاء دولي جنائي يتحقق من توافر وتعيين شخص المعتدي⁽²⁰⁾.

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لتعريف جريمة العدوان

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجب وضع تعريف محدد للعدوان ويرون ذلك بحجج قانونية منها أن وضع التعريف يجعل فكرة الجريمة الدولية أكثر وضوحاً وتحديداً لتصبح مثل الجريمة الداخلية في القوانين العقابية، كما أن وضع تعريف للعدوان يسهل مهمة القاضي الجنائي الدولي في تطبيق القانون الدولي الجنائي على مرتكب جريمة العدوان⁽²¹⁾. كما أن وضع تعريف لجريمة العدوان، سيجعل من يفكر في ارتكاب هذه الجريمة يفكر كثيراً وملياً قبل الإقدام على ارتكاب هذه الجريمة، وهو ما يسهم في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين⁽²²⁾. وقد طلب عدد كبير من الدول ومن بينهم مصر وألمانيا وإيطاليا إدراج جريمة العدوان ضمن اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية⁽²³⁾. وقد أدرجت هذه الجريمة دون تعريف لها رغم أن غالبية الدول

وفي مقدمتها الاتحاد السوفيتي - سابقا - ترى وضع تعريف للعدوان، لأن وضع تعريف لهذه الجريمة معناه تأكيد على التمسك بمبدأ الشرعية في مجال القانون الدولي الجنائي، لأنه يساعد على تحديد مضمون جريمة الحرب العدوانية بصورة موضوعية مما يزيدها وضوحا وتحديدا⁽²⁴⁾.

ويساعد المحكمة الجنائية الدولية على ممارسة اختصاصها على جريمة العدوان ويضع الشروط التي تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة، ويجب أن يكون هذا الحكم متسقا مع الأحكام ذات الصلة بميثاق الأمم المتحدة⁽²⁵⁾. لكي ينال المعتدي القصاص العادل .

المبحث الثاني: الاتجاهات المتعددة حول وضع تعريف لجريمة العدوان

انقسمت الاتجاهات حول وضع تعريف لجريمة العدوان إلى عدة اتجاهات نتناولها كما يلي:

المطلب الأول: اتجاه وضع تعريف عام لجريمة العدوان

حظي هذا الاتجاه بتأييد عدد من الدول والفقهاء، ويرفضون تعريف العدوان، وهم يسلّمون، بإرادة بصورة عامة غير مقيدة، وقد تعددت الصيغ التي قال بها الفقه لتعريف العدوان فقد ذهب الفقيه "Pella" إلى أن العدوان هو: "كل لجوء إلى القوة من قبل جماعة دولية فيما عدا حالة الدفاع الشرعي والمساهمة في عمل مشترك تعتبره الأمم المتحدة مشروعاً"⁽²⁶⁾.

كما عرفه الفقيه " جورج سل " على أنه: " كل جريمة ضد السلام وأمن الإنسانية وهذه الجريمة تتكون من كل التجاء إلى القوة بالمخالفة لأحكام ميثاق الأمم المتحدة بهدف إلى تعديل القانون الوضعي الساري أو يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام"⁽²⁷⁾. وبهذا أخذت لجنة القانون الدولي سنة 1951 المكلفة بوضع تعريف للعدوان بهذا الاتجاه حيث خلصت بأنه: " كل استخدام للقوة أو التهديد بها من قبل دولة أو حكومة ضد دولة أخرى، أيًا كانت الصورة، وأيًا كان نوع السلاح المستخدم، وأيًا كان السبب والغرض، وذلك في غير حالات الدفاع الشرعي الفردي أو الجماعي، أو تنفيذ قرار أو

أعمال توصيات صادرة من أحد الأجهزة المختصة بالأمم المتحدة.⁽²⁸⁾ كما عرف العدوان بأنه: "التخطيط، والتحضير، والقيام بالحرب العدوانية بالمخالفة لنصوص ميثاق الأمم المتحدة، والمواثيق الدولية الأخرى، والموجهة ضد سلامة واستقلال دولة، أو مجموعة من الدول".⁽²⁹⁾ غير أن وضع تعريف عام للعدوان لن يحل مشكلة تعريف العدوان، كما أن ذلك يذهب بالمنشود من وضع هذا التعريف من حيث تسهيل مهمة القاضي الجنائي الدولي في معرفة شروط وحالات تطبيق جريمة العدوان⁽³⁰⁾. وعدم وضع تعريف محدد لجريمة العدوان من شأنه إهدار الهدف من وضع وإنشاء قضاء دولي جنائي له صفة الدوام كما تعرض هذا الاتجاه للنقد الشديد على أساس أن وضع تعريف عام لجريمة العدوان سوف يثير منازعات حول التفسير والتطبيق، الأمر الذي يؤدي إلى تكييف وقائع ارتكاب هذه الجريمة بصورة تحكيمية غير عادلة⁽³¹⁾.

المطلب الثاني: التعريف الحصري لجريمة العدوان

وهنا تكون جريمة العدوان محددة وواضحة، بحيث تعددت التعريفات الحصري للعدوان، وقد عرفه "Politis" في التقرير الذي قدمه إلى مؤتمر نزع السلاح الذي عقد في لندن سنة 1933 وقد نص التقرير على أنه يعتبر من قبيل العدوان وتعتبر الدولة معتدية إذا قامت بما يلي:

- 1- إعلان الحرب ضد دولة أخرى.
- 2- غزو إقليم دولة أخرى بالقوات المسلحة أو بدون إعلان الحرب.
- 3- هجوم قواتها البرية أو البحرية أو الجوية على إقليم دولة أخرى أو على سفنها أو طائراتها سواء بعد إعلان الحرب أو بدون إعلان للحرب.
- 4- إدخال أو إنزال قواتها البرية أو البحرية أو الجوية إلى إقليم دولة أخرى دون تصريح من حكومتها أو إخلالها بشروط هذا التصريح، فيما يتعلق بمدة الإقامة أو تجاوز حدود المناطق المصرح بالإقامة فيها.
- 5- فرض الحصار البحري على شواطئ أو موانئ دولة أخرى.

6- قيام الدولة بتقديم المساعدة للعصابات المسلحة الموجودة على إقليمها بقصد غزو إقليم دولة أخرى، أو رفض الدولة اتخاذ التدابير اللازمة لحرمان تلك العصابات من المساعدة والحماية.

كما تضمن التعريف الإشارة أيضا إلى حالات ارتكاب الدولة لعدوان غير مباشر وتمثل في الآتي:

أ- تشجيع العمليات التخريبية ضد دولة أخرى " أعمال إرهابية أو تخريبية " .

ب- المساهمة في اندلاع حرب أهلية في دولة أخرى .

ج- المساهمة في إحداث انقلاب داخلي في دولة أخرى، أو انقلاب سياسي لصالح المعتدي⁽³²⁾ .

ورغم مزايا التعريف الحصري للعدوان التي ساقها أنصاره، غير أن التعريف الحصري للعدوان يضيق كثيرا من مفهوم العدوان لاسيما بعد التطور العلمي والبيولوجي في الأسلحة والمعدات الحربية ووسائل القتال المختلفة كما أنه لا يمكن التنبؤ مستقبلا بكافة صور ووسائل العدوان الأخرى التي تستجد وإدراجها في هذا التعريف الحصري⁽³³⁾ . كما أن وضع تعريف حصري محدد للعدوان يسهل الطريقة أمام الجناة للهروب من المسؤولية الجنائية حينما يتبعون وسائل عدوانية جديدة غير منصوص عليها في التعريف الحصري للعدوان.⁽³⁴⁾

المطلب الثالث : الاتجاه المختلط لتعريف جريمة العدوان

ويعتبر هذا الاتجاه توفيقي بين الاتجاه الأول " وضع تعريف عام " والاتجاه الثاني " وضع تعريف حصري " حيث يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى وضع تعريف عام للعدوان مع وضع بعض الأمثلة له لكنها ليست على سبيل الحصري بل هي أمثلة استرشادية توضح وتبين التعريف العام له⁽³⁵⁾ .

وقد حظي هذا الاتجاه من طرف جانب من الفقه الجنائي الدولي بالإضافة إلى عدد غير قليل من الدول تقدمت بمشروعات تعريف العدوان

بحيث تقدم مندوب سوريا لسنة 1957 في اللجنة القانونية للأمم المتحدة بوضع تعريف للعدوان⁽³⁶⁾. بحيث يبدأ هذا المشروع بتعريف العدوان من زاويتين، تتعلق الأولى بالمادة 39 من الميثاق حيث يتحقق بكل فعل ينطوي على انتهاك للسلام، وذلك باستخدام القوة المسلحة من قبل دولة أو مجموعة من الدول بصورة مباشرة أو غير مباشرة سواء كان ذلك ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لدولة معينة أو مجموعة من الدول، وبأية طريقة لا تتفق مع أغراض ومبادئ الأمم المتحدة⁽³⁷⁾. في غير الأحوال المنصوص عليها في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة الخاصة بحق الدفاع الشرعي الطبيعي أو الجماعي، أو تنفيذاً لتدابير الوقائية أو الأحكام القهرية الصادرة عن مجلس الأمن وفقاً لنص المادة 42 من الميثاق والمتضمنة استخدام القوة المسلحة⁽³⁸⁾. وقد ذكر أنصار الاتجاه التوفيقي عدة أمثلة على سبيل المثال لا الحصر للعدوان وهي :

- 1- إعلان دولة الحرب ضد دولة أخرى .
- 2- غزو القوات المسلحة لدولة الإقليم لدولة أخرى، ولو بغير إعلان حالة الحرب .
- 3- الحصار البحري لدولة عن طريق القوة المسلحة لدولة أخرى .
- 4- الهجوم المسلح ضد إقليم دولة أو شعبها أو ضد قواتها البحرية أو الجوية أو البرية .

وقد أخذ هذا الاتجاه بتعريف عام للعدوان مع إعطاء بعض صور لجريمة العدوان وذلك على سبيل المثال لا الحصر، حتى يمكن مواجهة أي صورة للعدوان وليتسنى توفير مرونة في تحديد العدوان من أجل مجابهة وسائل القوة وتنوعها⁽³⁹⁾.

المبحث الثالث: جريمة العدوان في نظر الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية
بذل المجتمع الدولي جهودا مضنية من أجل التوصل لتعريف محدد لجريمة العدوان بداية بالمشروع الذي قدم عام 1950 بمناسبة الحرب الكورية سنة 1950⁽⁴⁰⁾.

والمشروع العربي الذي تقدم به مندوب سوريا سنة 1957. ومشروعات قدمت سنة 1968 و1969⁽⁴¹⁾. وتوالت المشروعات حتى توصلت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى وضع تعريف للعدوان في قرارها الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 1974⁽⁴²⁾.

المطلب الأول : تعريف الجمعية العامة للأمم المتحدة لجريمة العدوان

في سنة 1974، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 3314 بتاريخ 14/12/1974 ووضعت تعريفا للعدوان، فعرفته بأنه: " استعمال القوة المسلحة من قبل دولة ما ضد سياسة دولة أخرى، أو ضد سلامتها الإقليمية أو ضد استقلالها السياسي".⁽⁴³⁾ وقد جاء تعريف الجمعية العامة جامعا بين الاتجاه التوفيقي وبين الاتجاه الحصري في تعريف العدوان والذي ذكر بعض الأمثلة لم تكن على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال .

والعدوان في نظر قرار الأمم المتحدة هو استخدام القوة المسلحة من طرف دولة ضد أية دولة سواء كانت هذه الدولة عضوا في هيئة الأمم المتحدة أم لا ؟ وسواء كانت محل اعتراف من الجماعة الدولية أم لا ؟⁽⁴⁴⁾. واعتبر القرار أن بدأ دولة باستخدام القوة العسكرية دليلا على وجود العدوان وذلك إذا ما استخدمت هذه القوة خارج نظام ميثاق الأمم المتحدة.

كما أنه لا تقوم جريمة العدوان، إلا إذا توافرت لدى الدولة المعتدية نية العدوان، وتتمثل هذه النية في انصراف إرادة الدولة المعتدية إلى المساس بسيادة الدولة المعتدى عليها، أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي فإذا انتفت الإرادة انتفت جريمة العدوان⁽⁴⁵⁾. ويلاحظ أن مجلس الأمن هو المختص طبقا لميثاق الأمم المتحدة ولقرار الجمعية العامة لتحديد توافر

شروط جريمة العدوان. فقد نصت المادة 39 من ميثاق الأمم المتحدة بأنه: "يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو الإخلال به، أو كان ما وقع عملا من أعمال العدوان".

فإذا قرر مجلس الأمن أن الأعمال التي صدرت عن الدولة تشكل عملا من أعمال العدوان فإن الدولة المعتدية تكون مسؤولة دوليا عن هذه الأعمال العدوانية⁽⁴⁶⁾.

إن تعريف العدوان بموجب القرار 3314 رتب على الدولة المعتدية المسؤولية عن تعويض الأضرار التي أحدثتها بمصالح الدولة المعتدى عليها⁽⁴⁷⁾. فضلا عن تحمل الأشخاص الطبيعيين للمسؤولية الجنائية الدولية عند اعتماد جمعية الدول الأطراف حكما بشأن جريمة العدوان⁽⁴⁸⁾.

وقد تضمن تعريف العدوان والذي وافقت عليه الجمعية العامة ثمانية مواد تتعلق بتعريف العدوان. حيث نصت المادة الأولى على أن: "العدوان هو استخدام القوة المسلحة من جانب إحدى الدول ضد سيادة ووحدة الأراضي أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى، أو أية طريقة لا تتفق مع ميثاق الأمم المتحدة ولفظ الدولة يستخدم:

1- دون التعرض لمسألة الاعتراف أو مسألة معرفة ما إذا كانت الدولة عضوا في منظمة الأمم المتحدة أم لا.

2- يسري عند الضرورة على مجموعة من الدول بغض النظر عن عضويتها في الأمم المتحدة.

كما نصت المادة الثانية⁽⁴⁹⁾. على أن البدء باستخدام القوة المسلحة بواسطة دولة خلافا لما يقضي به الميثاق يشكل دليلا على وقوع العمل العدواني أما المادة الثالثة فقد أوردت صورا للعمل العدواني بحيث أنه: "يعتبر كل فعل من الأفعال الآتية مكونا لشروط فعل عدواني حتى ولو لم تكن الحرب معلنة، شريطة عدم المساس بأحكام المادة الثالثة والتطابق مع

مقتضياتها:

- 1- قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو أو شن هجوم على أراضي دولة أخرى، أو أي احتلال عسكري- ولو بصورة مؤقتة- ينجم عن مثل هذا الغزو أو الهجوم أو أي ضم لأراضي دولة أخرى أو جزء منها عن طريق استخدام القوة .
 - 2- قيام القوات المسلحة لدولة ما بقصف أراضي دولة أخرى أو استخدام دولة لأية أسلحة ضد دولة أخرى .
 - 3- محاصرة موانئ أو سواحل دولة ما عن طريق استخدام القوة المسلحة لدولة أخرى.
 - 4- قيام القوات المسلحة لدولة ما بشن هجوم على القوات البرية أو البحرية أو الجوية أو مهاجمة السفن البحرية التجارية والطيران المدني لدولة أخرى.
 - 5- استخدام القوات المسلحة لدولة ما، والتي تكون متواجدة على إقليم دولة أخرى بموجب اتفاق الدولتين استخدما يتعارض مع الشروط المنصوص عليها في هذا الاتفاق أو تمديد بقائها في إقليم الدولة المضيفة بعد انتهاء المدة المحددة في هذا الاتفاق.
 - 6- قيام دولة ما بالسماح باستخدام أراضيها التي وضعت تحت تصرف دولة أخرى لارتكاب عمل عدواني ضد دولة ثالثة.
 - 7- قيام دولة بإرسال أو إيفاد جماعات مسلحة، أو قوات غير نظامية أو مرتزقة لارتكاب أعمال بالقوة ضد دولة أخرى بصورة تكون على درجة من الخطورة تعادل الأعمال السابق ذكرها أنفا أو التزامها بصورة فعلية بمثل هذا العمل.
- ويظهر من خلال المادتين الثالثة والرابعة أن الجمعية العامة للأمم المتحدة قد تبنت التعريف المختلط أو الإرشادي للعدوان ويتجرد هذا التعريف من القوة الملزمة لأن قرارات وتوصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة ليست لها هذه القوة، غير أنه سيكون بمثابة النبراس الملهم لأجهزة الأمم المتحدة وفي مقدمتها مجلس الأمن والقضاء الدولي الجنائي عند نظره

في قيام العدوان أو عدمه⁽⁵⁰⁾.

المطلب الثاني : المحكمة الجنائية الدولية الدائمة وجريمة العدوان :

تعتبر جريمة العدوان من ضمن الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية، وقد حددت المادة الخامسة الفقرة 1 متابعا أخطر الجرائم الدولية وهي جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب وجريمة العدوان مستجيبة بذلك إلى حد ما لتطلعات المجتمع الدولي في وضع حد لفظائع هزت ضمير الإنسانية جراء ما خلفته من أعداد لضحايا لا يمكن تصورها في صفوف المدنيين من الأطفال والنساء والرجال، خاصة في الشكل والحجم اللذين ظهرت بهما في العشرية الأخيرة في كل من البوسنة والهرسك ورواندا⁽⁵¹⁾. والشيشان وما يجري في فلسطين، هو أمر ضروري لأي محكمة جنائية دولية يراد منها أن تكون ضمانة لتحقيق العدالة الدولية⁽⁵²⁾.

إن جريمة العدوان تبقى معلقة الاختصاص طبقا للفقرة 2 من المادة 5 إلى حين اعتماد حكم بهذا الشأن بعد مضي تسع سنوات من دخول الاتفاقية حيز التنفيذ، لم تعرف المحكمة الجنائية الدولية جريمة العدوان ولم تضع الشروط اللازمة لممارسة اختصاصها بهذه الجريمة⁽⁵³⁾.

غير أن الدول المشاركة في مفاوضات روما أخفقت في الاتفاق الذي يجب تبنيه بشأن جريمة العدوان بين الأخذ بالتعريف الحصري الذي يقوم على تعداد لأفعال العدوان على سبيل الحصر، تأكيدا لمبدأ الشرعية المأخوذ به في القوانين الداخلية وتسهيلا لمهمة الجهة المختصة في تقرير وقوع جريمة العدوان. أو الأخذ بالتعريف العام تفاديا لجمود التعريف الحصري، استنادا إلى معايير عامة تعطي سلطة تقديرية أوسع للأجهزة المختصة⁽⁵⁴⁾. أو الأخذ بالتعريف الإرشادي الذي ينطوي على تعريف عام ثم يلحقه بتعداد على سبيل المثال لنماذج من الأفعال التي يشكل أي ارتكاب لأي فعل منها جريمة العدوان.

ويظهر أن أهم مسألة أدت إلى إخفاق الدول في التوصل إلى جريمة العدوان، هي شروط ممارسة المحكمة اختصاصها دون الإخلال بصلاحيات مجلس الأمن، المختص الأول طبقا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، فأغلب دول مجموعة عدم الانحياز بالإضافة إلى دول أخرى، طالبت بالمحافظة على المركز المستقل للمحكمة الجنائية الدولية، وأن تكون صلاحيتها في تحديد المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد غير متوقفة على قرار سابق من مجلس الأمن، إلى جانب تخوفها من استعمال أحد الأعضاء الخمس لحق الفيتو، مما يحول دون ممارسة المحكمة اختصاصها على جريمة العدوان، في حين تمسكت الدول الكبرى بموقفها القاضي بتعليق اختصاص المحكمة في المتابعة على جريمة العدوان على ضرورة صدور قرار سابق من مجلس الأمن يقرر فيه حالة العدوان، وقد عبرت عن هذا الاتجاه لجنة القانون الدولي من خلال مشروع إنشاء محكمة جنائية دولية سنة 1994 إذ نصت المادة 23 من هذا المشروع على أنه لا تودع أية شكوى بخصوص عمل عدواني أو فعل مرتبط به، إلا إذا كان قد صدر عن مجلس الأمن قرار يثبت ارتكاب الدولة للفعل العدواني موضوع الشكوى⁽⁵⁵⁾.

إن جريمة العدوان أصبحت جريمة العصر، وعدم بسط المحكمة الجنائية اختصاصها والمقاضة عليها يعد ثغرة في جدار المحكمة الجنائية الدولية، يخشى صعوبة سدها بسبب ما تنم عنه الأوضاع الدولية الراهنة، وكون أكبر الدول في العالم هي رافضة لغاية اليوم للوجود القانوني لهذه المحكمة، هي من تمارس أكبر عمليات العدوان في القرن الواحد والعشرين ودون وضع أي اعتبار للرأي العام العالمي أو لقرارات الأمم المتحدة⁽⁵⁶⁾.

وما يثير التساؤل، بالفعل حول جريمة العدوان، هو رفض الدول المتفاوضة في مؤتمر روما اعتماد تعريف العدوان الذي جاءت به الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 3314 الصادر في 14 ديسمبر 1974، مع أنه يعد تعريفا شاملا، بالإضافة إلى سوابق العمل القضائي الدولي الناتج عن

محاكمات نور مبرج والتي جرمت العدوان، واعتبرته الجريمة الكبرى وعاقبت مرتكبيه ودون تعريف محدد للعدوان في ذلك الوقت.

وسعياً لتجاوز هذه العقبة في التوصل إلى تعريف مقبول لجريمة العدوان، أسندت هذه المهمة إلى لجنة تحضيرية تابعة للمحكمة الجنائية الدولية، عكفت على دراسة مختلف المسائل التي أعاققت وضع تعريف لجريمة العدوان مع استمرارها على نفس النهج الذي ميز مفاوضات روما، بالتركيز على فئة القادة العسكريين والسياسيين في تعريف جريمة العدوان وصولاً إلى قرار مسؤوليتهم الجنائية⁽⁵⁷⁾.

وقد جاء في تقرير اللجنة التحضيرية في دورتها التي انعقدت بين 12 و13 جويلية 2002 اقتراحاً مفاده أنه: "لأغراض هذا النظام الأساسي، يرتكب شخص ما جريمة العدوان عندما يكون في وضع يتيح له التحكم في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو توجيهه، ويأمر أو يشارك مشاركة فعلية، عمداً وعن علم، في التخطيط لعمل عدواني أو الإعداد له أو الشروع فيه أو شنه على أن يشكل العمل العدواني، بحكم خصائصه وخطورته ونطاقه انتهاكاً صارخاً لميثاق الأمم المتحدة⁽⁵⁸⁾. كما أشار التقرير أن المقصود من عبارة العمل العدواني هي تلك التي تضمنها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 والتي تضمن نماذج أفعال العدوان، كما أعد فريق العامل ورقة العمل بشأن تعريف جريمة العدوان، أثناء اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية بحيث تعرض إلى جريمة العدوان وممارسة الاختصاص كما يلي :

1- لأغراض هذا النظام الأساسي، يرتكب شخص ما "جريمة عدوان" عندما يكون في وضع يتيح له التحكم في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو توجيهه، ويأمر أو يشارك مشاركة فعلية عمداً وعن علم، في التخطيط لعمل عدواني أو الإعداد له أو الشروع فيه أو شنه، على أن يشكل العمل العدواني بحكم اختصاصه وخطورته ونطاقه انتهاكاً صارخاً لميثاق

الأمم المتحدة⁽⁵⁹⁾.

- يجب أن يبت جهاز مختص تابع للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة في ما إذا تم ارتكاب عمل عدواني أم لا والتأكد من هذه الأفعال:
- 1- أن يكون مرتكب الفعل في وضع يتيح له أن يتحكم أو يوجه العمل السياسي أو العسكري للدولة التي ترتكب العمل العدواني.
 - 2- أن يكون مرتكب الفعل العدواني عن علم وقصد.
 - 3- أن يأمر مرتكب الفعل العدواني بتخطيط العمل العدواني أو الإعداد له أو شنه، أو أن يشارك فيه مشاركة فعلية.
 - 4- أن ترتكب دولة ما عملا عدوانيا، أي عملا مرتكبا على النحو المحدد في قرار الجمعية العامة رقم 3314 المؤرخ في 14 ديسمبر 1974.
 - 5- أن يكون مرتكب الفعل على علم بأن أفعال الدولة تمثل عملا عدوانيا.
 - 6- أن يشكل العمل العدواني بحكم خصائصه وخطورته ونطاقه انتهاكا صارخا لميثاق الأمم المتحدة⁽⁶⁰⁾.

ويتضح من خلال الأركان أن يكون مقترف جريمة العدوان في وضع يتيح له التحكم بالفعل في العمل السياسي أو العسكري للدولة التي اقترفت العمل العدواني وذلك باستعمال القوة المسلحة من قبل دولة ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي بأي صورة تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة، وأن يكون العمل العدواني المقترف يشكل بحكم خصائصه وخطورته ونطاقه انتهاكا واضحا⁽⁶¹⁾.

ويظهر بأن التعريف المقترح في جريمة العدوان لا يشمل الأعمال الإرهابية التي تقوم بها الجهات الفاعلة من غير الدول كما أن دور مجلس الأمن هو المختص حصريا بالبت في وقوع عمل من أعمال العدوان⁽⁶²⁾.

المبحث الرابع : المسؤولية المترتبة على جريمة العدوان

حتى تعتمد جمعية الدول الأطراف التابعة للمحكمة الجنائية الدولية حكماً بشأن جريمة العدوان فإن المحكمة الجنائية الدولية يبقى اختصاصها معلقاً بشأن جريمة العدوان غير أنه يمكن للمحكمة الجنائية الدولية أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعيين الذين ارتكبوا أفعال العدوان باسم الدولة وذلك تطبيقاً لقواعد القانون الدولي.

المطلب الأول : مسؤولية إسرائيل عن جريمة العدوان في الأراضي المحتلة

تحدد المسؤولية الدولية الجنائية عن جريمة العدوان التي تهدد الأمن والنظام العام للمجموعة الدولية، مما يستوجب إنزال العقاب بمن ارتكب هذه الجريمة. وأن جريمة العدوان هي جريمة مخالفة للقانون الدولي، فهي جريمة يعاقب عليها القانون الدولي⁽⁶³⁾. وقد نصت المادة 146 من اتفاقية جنيف الرابعة على فرض عقوبات جزائية فعالة على الأشخاص الذين يقتربون أو يأمرون باقتراف إحدى المخالفات الجسيمة لتلك الاتفاقية، وأن يلتزم كل طرف متعاقد بملاحقة المتهمين باقتراف المخالفات الجسيمة أو الأمرين بها وتقديمهم إلى المحاكمة أياً كانت جنسيتهم، ولا يعفى الرؤساء الذين يأمرهم رؤوسهم بارتكاب جريمة العدوان من المعاقبة .

كما أنه من المفروض على مجلس الأمن باعتباره المسئول عن حفظ السلم والأمن الدوليين⁽⁶⁴⁾. أن يساهم في تطبيق القواعد والأحكام التي أرستها المحاكم التي شكلت لمعاقبة المجرمين ابتداء من محكمة نورمبرج، يوغسلافيا السابقة، ورواندا وبدون شك فإن المحكمة الجنائية الدولية تعد تطوراً هاماً في مجال إرساء قواعد القانون الدولي الجنائي، وتعد ضماناً هامة لمن يتعرضون لتلك الجرائم الوحشية في ظل احتلال الدول الأقوى للدول الأضعف، وعلى ذلك فإن الدول المعتدية ومنها إسرائيل التي لم تصادق حتى الآن على نظام المحكمة⁽⁶⁵⁾. الجنائية الدولية وهي أداة مستقبلية لمحاكمة المجرمين الإسرائيليين على الرغم من المعوقات الكثيرة التي

يتضمنها النظام الأساسي مثل إرجاء التحقيق والمحاكمة لمدة 12 شهرا بناء على طلب مجلس الأمن بقرار يصدر عنه بموجب الفصل السابع من الميثاق، وبحق للمجلس تجديد المدة لأكثر من مرة⁽⁶⁶⁾. أن المحكمة الجنائية الدولية تطبق قواعد القانون الدولي، وإسرائيل ملزمة بتطبيق قواعد القانون الدولي باعتبارها عضوا في منظمة الأمم المتحدة، وميثاق الأمم المتحدة هو الذي أوجدها، وبالتالي فإن جريمة العدوان وفقا لقواعد القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة وأحكام المحاكم الدولية من الجرائم الدولية التي ترتكبها يوميا إسرائيل ضد الفلسطينيين وبالتالي فإن الاختصاص الجنائي للمحكمة الجنائية الدولية يمتد ليشمل جريمة الاعتداء الإسرائيلي على الرغم من تحفظ إسرائيل على التصديق لأن عدم التصديق على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يعد مخالفا للنظام الأساسي للمحكمة ولمبادئ القانون الدولي في حد ذاته.

إن جريمة العدوان تستوجب المحاكمة والجزاء، ورغم ذلك فإن ردة فعل المجتمع الدولي لازالت لا تتعدى عبارات الاستنكار والتنديد مما يبين عجزه عن مساعدة المحكمة الجنائية الدولية في القيام بمهمتها ورد المعتدين وقد قامت إسرائيل طبقا لتقرير "غولدستون" بارتكاب جرائم الاعتداء وجريمة العدوان ضد قطاع غزة وحرمانهم من أسباب عيشهم ومن فرص العمل وبالاستناد إلى الحقائق المتاحة وأمام تعليق دور المحكمة الجنائية الدولية من أجل المحاكمة على جريمة العدوان، فإن أفعال الإجراء الإسرائيلي تبرر قيام محكمة مختصة بتقرير أن جرائم ضد الإنسانية قد ارتكبت ضد الفلسطينيين⁽⁶⁷⁾.

المطلب الثاني / المسؤولية الجنائية الدولية للولايات المتحدة

وحلفائها عن جريمة العدوان في العراق

إن جريمة العدوان طبقا للأحكام الصادرة عن محكمتي نور مبرج وطوكيو وما أدرج من أحكام في اتفاقيات جنيف لعام 1949 واتفاقيات الأمم

المتحدة بشأن جريمة العدوان لسنة 1974 وما نشأ عن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فإن الأشخاص الطبيعيين هم الذين يسألون عن جريمة العدوان كما جاء في قرار الجمعية العامة لسنة 1946⁽⁶⁸⁾.

إن الاتفاقيات الدولية والقواعد القانونية الدولية والسوابق القضائية تحمل الولايات المتحدة الأمريكية وحلفاءها بالدليل القاطع ارتكابهم جرائم دولية عديدة⁽⁶⁹⁾. ومنها جريمة العدوان وأن الجرائم الأمريكية المتمثلة في القتل والتعذيب واستخدام القنابل العنقودية والرصاص المتفجر وتدمير الممتلكات العامة والخاصة وتدمير البنية التحتية ووسائل الحياة الأساسية في العراق⁽⁷⁰⁾. ورغم ما تفعله أمريكا فإنها اعتبرت أن الدول التي لا تسير في ركاب سياستها دولا خارجة عن القانون⁽⁷¹⁾. إن الجرائم التي قامت بها القوات البريطانية إلى جانب القوات الأمريكية وغيرها من قوات التحالف مثل القوات الأسبانية والإيطالية والبولندية تعتبر جرائم دولية ومنها جريمة العدوان⁽⁷²⁾. فقد حدث أن أقام المحامي الفرنسي "جاك فيرجاس Jacques verges" دعوى ضد الجنود البريطانيين والأمريكيين على ما يقومون به من جرائم حرب وعدوان تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية وأن الجرائم التي ارتكبت ما بين 2003 و2004 وحتى يومنا تدخل ضمن الاختصاص الزمني للمحكمة الجنائية الدولية. إن الولايات المتحدة الأمريكية ربطت بين الإرهاب الدولي والدفاع عن النفس، واتخذت هذه الحجة من أجل العدوان والغزو، وفي محاولة منها لجعل الحرب شرعية تذرعت بما سمته "الحرب الوقائية" والتي أدرجتها ضمن الدفاع المشروع عن النفس، لكن ما حصل أن مجلس الأمن لم يوافق على غزو العراق لعدم اقتناعه بالمبررات الأمريكية والبريطانية، وذلك بسبب ممانعة بعض أعضاء مجلس الأمن الدائمين وغيرهم لحجج أمريكا وبريطانيا كما أن فرنسا أكدت بأن الحرب ضد العراق لا تحظى بالشرعية الدولية وكذلك روسيا وهذا ما ذهب إليه الصين وألمانيا⁽⁷³⁾. لكن رغم معارضة مجلس الأمن والدول

الكبرى فيه فقد شنت الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا ومجموعة من الدول الحرب على العراق في شهر مارس 2003 متجاوزين بذلك كل معاني الشرعية الدولية وأحكام القانون الدولي كما عبر الأمين العام للأمم المتحدة "كوفي عنان" أن الحرب على العراق لم تكن شرعية، وأن ادعاءات أمريكا بوجود أسلحة دمار شامل في العراق هي ادعاءات كاذبة⁽⁷⁴⁾. ويظهر بأن ما يسمى بقوات التحالف قد قامت باحتلال غير مشروع لدولة العراق، دون سبب قانوني ودون موافقة مجلس الأمن، مما يجعل الذي حصل ضد العراق يدخل في جريمة العدوان وفق قرار الجمعية العامة رقم 3314 الصادر بتاريخ 1974/12/14. غير أن معاقبة مرتكبي جريمة العدوان يعد بعيد المنال بسبب أن المحكمة الجنائية الدولية لم تتضمن تعريف العدوان وعلته لحين وضع الشروط التي تمارس المحكمة اختصاصها بشأن هذه الجريمة، وفي هذا يعد طبعاً استبعاد كل لمعاقبة المسؤولين في أمريكا وبريطانيا على هذه الجريمة أمام المحكمة الدولية، كما أنه بالرجوع إلى جريمة العدوان المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة فلا يمكن تطبيقها على أمريكا بسبب حق الفيتو رغم ما جاء في حكم محكمة نور مبرج الصادر في 1946/09/30 على أن جريمة العدوان هي أم الجرائم⁽⁷⁵⁾.

الخاتمة :

توصل القانون الجنائي الدولي على أن جريمة العدوان تقوم في حق كل شخص يرتكبها سواء كان مسؤولاً أو رئيس قوات مسلحة أو رئيس دولة أو كان جندياً بسيطاً في القوات المسلحة في الدولة المعتدية. وكل من يثبت في حقه ارتكاب جريمة العدوان يخضع للمحاكمة والعقاب أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة أو أمام المحاكم الداخلية وفقاً لنظام روما الأساسي لسنة 1998 فإن المحكمة الجنائية الدولية هي السلطة القضائية المختصة في توجيه الاتهام والمحاكمة في جريمة العدوان، ولكن إلى أن تعتمد جمعية الدول الأطراف تعريفاً للعدوان وهذا في نظرنا يعد تراجعاً وتدخلاً في

اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لأنه لا يمكنه مباشرة اختصاصها فيما يتعلق بجريمة العدوان إلا بعد تلقيها الضوء من طرف مجلس الأمن⁽⁷⁶⁾. والذي من المفروض أن لا يتدخل في صلاحيات المحكمة الجنائية بعد دخولها حيز النفاذ في 2002، ولحين اعتماد حكم بشأن هذه الجريمة، فإن مجلس الأمن يبقى الجهة المختصة طبقا لميثاق الأمم المتحدة ولقرار الجمعية العامة بتعريف العدوان وبتكييف الفعل الذي وقع، ما إذا كان هذا الفعل يشكل عملا من أعمال العدوان أم لا، وهي سلطة تقديرية يتمتع بها مجلس الأمن طبقا للمادة 39 من ميثاق الأمم المتحدة. غير أنه بالرجوع إلى نظام روما الأساسي لسنة 1998 فإن السلطة المختصة بمحاكمة المسؤولين عن جريمة العدوان، باعتبارها من أشد الجرائم خطورة طبقا للمادة الخامسة هي المحكمة الجنائية الدولية، غير أن الفقرة الثانية من هذه المادة قد أجلت ممارسة المحكمة لاختصاصها بنظر هذه الجريمة إلى حين اعتماد حكم يعرف هذه الجريمة ويضع الشروط اللازمة لها⁽⁷⁷⁾.

التوصيات:

- 1- إن الفرصة أصبحت سانحة ومهمة للدول العربية من أجل طرح مقترحاتها والدفاع عنها وخاصة وأن جريمة العدوان أصبحت جريمة العصر التي ترتكبها إسرائيل وعدم المقاضاة عنها يعد ثغرة في جدار المحكمة الجنائية الدولية يخشى من عدم سدها بسبب الأوضاع الدولية الراهنة المتمثلة في الغطرسة الصهيونية والتعنت الأمريكي .
- 2- يجب إعطاء المحكمة الجنائية الدولية دورها وتمكينها من ممارسة اختصاصها فيما يتعلق بجريمة العدوان، بعد أن تتمكن الدول الأطراف من الوصول إلى اتفاق بشأن تعريف جريمة العدوان.
- 3- يجب إعطاء الاستقلالية التامة للمحكمة الجنائية الدولية، من أجل مباشرة اختصاصها دون تدخل من مجلس الأمن، لأنه وطبقا للمادة 16 من نظام روما الأساسي التي تجيز لمجلس الأمن أن يطلب إلى المحكمة بقرار

يصدر بموجب الفصل السابع، عدم المضي في التحقيق أو المقاضاة لمدة اثنتا عشر شهرا، والهدف من هذه القاعدة هو منع المحكمة الجنائية الدولية من التصرف وتركها تحت هيمنة وسيطرة الدول الكبرى.

(4) - يجب على الدول المحبة للسلام أن تتكاتف فيما بينها من أجل وضع تعريف لجريمة العدوان وأن تعمل على تفعيل الدور الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من أجل محاكمة المجرمين الذين يعرضون الأمن والسلم الدوليين.

(5) - يجب على الدول الإفريقية والعربية أن تكشف جهودها ودعمها القوي من أجل وضع تعريف لجريمة العدوان باعتبارها هي التي تتعرض له أكثر من غيرها وخاصة وأن معظم الحالات المعروضة على المحكمة الجنائية الدولية قد أحيلت لها من بلدان إفريقية.

(6) - يجب أن تشمل جريمة العدوان توسيع نطاقها لتشمل القائمة المتعلقة بالاعتداء بالأسلحة المحظورة في نظام روما الأساسي والذخائر العنقودية والألغام الأرضية.

النتائج:

(1) - رغم جسامه جريمة العدوان فإنه لم يوضع تعريف محدد لها. من شأنه أن ينير السبيل أمام القضاء الدولي الجنائي ويكفل حسن ممارسته لعمله.

(2) - إن تحديد مفهوم العدوان بطريقة واضحة من شأنه أن يضع حدا للانتهاكات وتقديم المجني للمحاكمة وتوقيع الجزاء المناسب عليه، كما أن تحديد مفهوم العدوان يساهم في تحقيق المحافظة على السلم والأمن الدوليين.

(3) - رغم أن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لم يتوصل إلى وضع مفهوم لجريمة العدوان، وأن مجلس الأمن يبقى هو الجهة المختصة طبقا لميثاق الأمم المتحدة ولقرار الجمعية العامة لوضع التكييف

- المناسب لهذه الجريمة فإن هذا لا يمنع المحكمة الجنائية الدولية من العمل وبذل الجهودات من أجل تحديد مفهوم جريمة العدوان والمعاقبة عليها .
- 4- إن كل شخص يرتكب جريمة العدوان يكون محلاً للمسئولية الجنائية الشخصية فالمسئولية على جريمة العدوان يجب أن يتحملها الموظفون داخل الدولة المعتدية والضباط الكبار أو الحكام الذين تربطهم علاقة بهذه الجريمة. ولا يجوز لمن ارتكب جريمة العدوان أن يدافع بالحصانة بوصفه حاكماً وفقاً للمبادئ القضاء الدولي الجنائي.
- 5- اعترفت المحكمة الجنائية الدولية بالمسئولية الشخصية لمرتكبي جريمة العدوان وذلك بغض النظر عن الصفة التي يحملها ذلك الشخص أو المنصب الذي يتولاه. ورغم تأجيل المادة الخامسة الفقرة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة بنظرها جريمة العدوان باعتبارها من أشد الجرائم خطورة لحين اعتماد حكم بهذا الشأن.
- 6- إن جريمة العدوان سوف تصبح محل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة بعد تعريفها والموافقة عليها من قبل جمعية الدول الأطراف.

الهوامش:

- 1 - د. براء منذر كمال عبد اللطيف، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان 2008 ص 148.
- 2 - د. محمد صافي يوسف، الإطار العام للقانون الدولي الجنائي في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 18.
- 3 - د. منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2006 ص 154.
- 4 - د. محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية في القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2007، ص 686.
- 5 - د. عبد الواحد الفار - الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996 ص 155.
- 6 - د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة قانون النزاعات المسلحة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1976 ص 56.
- 7 - د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق ص 155.
- 8 - د. منى محمود مصطفى، استخدام القوة المسلحة في القانون الدولي بين الخطر والإباحة - دراسة تحليلية لتطبيقات المساعدة الذاتية في المجتمع الدولي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة 1989 ص 8.

- 9 - د. محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 689.
- 10 - د. سمعان بطرس فرج الله - تعريف العدوان - المجلة المصرية للقانون الدولي - العدد 24 سنة 1968 ص 187.
- 11 - د. صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص 65.
- 12 - د. عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، مرجع سابق، ص 158.
- 13 - المادة الأولى النابعة من ميثاق الأمم المتحدة الصادر سنة 1945.
- 14 - د. محمد عبد المنعم عبد الغني، مرجع سابق، ص 693.
- 15 - د. عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي مبادئه، قواعده الموضوعية والإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية 2008 - ص 287.
- 16 - د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 157. لدكتور عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي، مبادئه، قواعده الموضوعية والإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2008 ص 267.
- 17 - د. علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، أهم الجرائم الدولية، المحاكم الجنائية الدولية منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2001 بيروت ص 24.
- 18 - د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع نفسه ص 24.
- 19 - د. محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 697.
- 20 - د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق ص 158، د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 25.
- 21 - د. محمود عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق ص 700.
- 22 - د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 158.
- 23 - د. محمد أحمد داود، الحماية الأمنية للمدنيين تحت الاحتلال في القانون الدولي الإنساني، رسالة دكتوراه، مطابع أخبار اليوم، 2008، ص 310.
- 24 - د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 26.
- 25 - نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما - الجزء الأول - دار هومة - الجزائر - 2008، ص 19.
- 26 - *vespasion(Pella), la codification du droit international*, P, G.D.I, Paris, 1952. P 44.
- 27 - د. عبد الواحد محمد الفار - الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، المرجع السابق، ص 161.
- 28 - د. حسنين عبيد، المرجع السابق، ص 161.
- 29 - د. رشيد العنزي، محاكمة مجرمي الحرب في ظل قواعد القانون الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الخامسة عشر، العدد الأول، مارس سنة 1991 ص 331.
- 30 - د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 160.
- 31 - د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 270.
- 32 - د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 31، د. حسنين عبيد، الجريمة الدولية، مرجع سابق، ص 162، د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق ص 271.
- 33 - د. محمد عبد المنعم عبد الغني، مرجع سابق، ص 708، د. منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 161.

- 34 - نص قانون روما الأساسي المتضمن المحكمة الجنائية الدولية على اختصاصه بجريمة العدوان حتى اعتمد بهذا الشأن وفقا للمادتين 121 و123 تعريفاً، غير أنه لم يتم تحديد شروط وتعريف جريمة العدوان من طرف واضعي نظام روما الأساسي لحد اليوم (محمد الصالح روان، الجريمة الدولية - دراسة مقارنة في القانون الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه جامعة قسنطينة - كلية الحقوق - الجزائر 2009، ص 328) .
- 35 - د. عبد الوهاب جومد، الإجرام الدولي، مطبوعات جامعة الكويت، 1987، ص 239 .
- 36 - د. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 274.
- 37 - د. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 274، د. محمد عبد المنعم عبد الغني، مرجع سابق، ص 709.
- 38 - د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق ص 274، منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 162 .
- 39 - د. حسنين عبد الخالق حسونة، توصل الأمم المتحدة إلى تعريف العدوان، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 32 سنة 1976، ص 58 .
- 40 - قرر مجلس الأمن عدة مرات إنشاء قوات لحفظ السلام وقوات تدخل يتمثل الهدف الأساسي منها في منع استئناف الاشتباكات وليس القتال ضد دولة معتبر معتدية وقد استندت مجلس الأمن إلى ميثاق الأمم المتحدة وقام بعمليات عسكرية منها :
- عملية الولايات المتحدة وحلفائها في كوريا، والمستندة إلى القرار 1950/83 الذي أصدره مجلس الأمن في 27 جوان 1950 .
- عملية التحالف ضد العراق بهدف تحرير الكويت المستندة إلى القرار 1990/678 الصادر في 29 نوفمبر 1990 .
- تدخل قوات حلف شمال الأطلسي في البوسنة والهرسك والمستندة إلى القرارين 1993/816 و1993/836 الصادرين في 31 مارس و4 جوان 1993 .
- كما عبر مجلس الأمن في قراره رقم 1368 الصادر في سبتمبر 2001 إثر هجمات 11 سبتمبر 2001 ضد نيويورك وواشنطن عن إدانته وعزمه عن محاربة التهديدات الإرهابية التي تهدد السلم والأمن الدوليين بكافة السبل وأقر بحق الولايات المتحدة في الدفاع الشرعي عن النفس - انظر: فرنسوا يونيون، الحرب العادلة وحرب العدوان والقانون الدولي الإنساني المجلة الدولية للصليب الأحمر 2002، ص 53.
- 41 - د. محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 712، حسنين عبيد، المرجع السابق، ص 168 .
- 42 - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 بتاريخ 14 ديسمبر 1974 في دورتها التاسعة والعشرون .
- 43 - د. محمد المجذوب، القانون الدولي الإنسان وشرعية المقاومة ضد الاحتلال، منشورات الحلبي الحقوقية 2005، ص 32 .
- 44 - د. منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 163، د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 281 وما بعدها .
- 45 - د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 286.
- 46 - د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 286.
- 47 - د. عبد الواحد الفار، المرجع السابق، ص 173.
- 48 - المادة 5 من نظام المحكمة الجنائية الدولية .
- 49 - نصت المادة الثانية من قرار الجمعية العامة المتحدة رقم 3314 الصادر في 14/12/1974 على: " إن

المبادأة باستخدام القوة من جانب إحدى الدول انتهاكا للميثاق تشكل دليلا كافيا للوهلة الأولى على ارتكابها عملا عدوانيا، وإن كان لمجلس الأمن، طبقا للميثاق أن يخلص إلى أنه ليس هناك ما يبرر الحكم بأن عملا عدوانيا قد ارتكب وذلك في ضوء الظروف والملابسات المحيطة بالحالة، بما في ذلك أن تكون الأفعال المرتكبة أو نتائجها ليست على جانب كاف من الخطورة ."

50 - د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 42، د. محمد عبد المنعم عبد الغني، مرجع سابق، ص 714 .

51 - Mauro Politi , Le statut de rome de la cour pénale internationale , le point de vue d'un négociateur , R.G.D.I.P P 27.

52 - نصر الدين بوسماحة، مرجع سابق، ص 20 .

53 - رغم تعريف الأمم المتحدة لجريمة العدوان بموجب القرار 3314 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 14 ديسمبر سنة 1974 في دورتها التاسعة والعشرين فإن المحكمة الجنائية الدولية أخفقت في وضع تعريف لجريمة العدوان يمكنها من ممارسة اختصاصها.

54 - د. عبد الله سليمان سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992، ص 195 .

55 - Marie Dumé, Le crime d'ogression, droit international Pénal, CEDIN, Paris 08, edition A. Padone, page 262.

56 - لنده معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 217.

57 - نصر الدين بوسماحة، المرجع السابق، ص 22 .

58 - تقرير اللجنة التحضيرية التابعة للمحكمة الجنائية الدولية بتاريخ 24 جويلية 2002 - 2002/2/ Add2 - PCNICC

59 - PENICC /2002/2/add.

60 - ICC -ASP/2/10

61 - ICC-ASP/8/INF -2-CNF-2-CN.727.2009 TREATIES .7 29 OCTOBRE 2009

62 - مؤتمر صحفي بشأن الفريق العامل الخاص المعني بجريمة العدوان - الأمم المتحدة - نيويورك 13 فبراير 2009 .

63 - د. سعيد جويلي، تنفيذ القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص 57.

64 - أعد مجلس الأمن قرار رقم 2001/270 بتاريخ 27 مارس 2001 يدين الانتهاكات الإسرائيلية ويقدم الحماية للشعب الفلسطيني، إلا أن الفيتو الأمريكي قد وقف له بالمرصاد ولم يصدر القرار.

65 - د. محمد أحمد داود، المرجع السابق، ص 456 .

66 - المادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - وقعت إسرائيل على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ولم تصادق عليه حتى الآن.

67 - حالة حقوق الإنسان في فلسطين وفي الأراضي العربية المحتلة الأخرى، تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثانية عشر الجمعية العامة للأمم المتحدة الوثيقة رقم 12/48/1 الصادرة بتاريخ 23 ديسمبر 2009، ص 16.

68 - د عيسى، عيسى، مسئولية الأشخاص الطبيعيين عن الجرائم ضد السلام والإنسانية وجرائم الحرب، مجلة رؤية، تصدر عن الهيئة العامة للاستعلامات الفلسطينية منشور على الموقع www.SIS.GOV.PS

<http://Aradric/roya/10/page.8.html>.

- 69 - د. محمد أحمد داود، المرجع السابق، ص 481 .
- 70 - المادة 86 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 .
- 71 - اعتبرت أمريكا دول إيران وكوريا الشمالية وكوبا والعراق وسوريا ولبنان وليبيا دولا مارقة وخارجة عن القانون.
- 72 - لندة معمر يشوي، المرجع السابق، ص 327
- 73 - عبد الحسين شعبان، المشهد العراقي الراهن، الاحتلال وتوابعه في ضوء القانون الدولي، مجلة المستقبل العربي، العدد 297، 2003، ص 64 .
- 74 - لندة معمر يشوي، المرجع السابق، ص 320.
- 75 - انظر: لندة معمر يشوي، المرجع السابق، ص 319.
- 76 - قام مجلس الأمن بإنشاء محاكم جنائية تختص بمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم عدوان وغيرها من الجرائم، وذلك على غرار قرار مجلس الأمن رقم 808 في 22 فيفري 1993 الخاص بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة مجرمي الحرب في يوغسلافيا السابقة وذلك عن الجرائم التي ارتكبوها ضد المسلمين في البوسنة والهرسك والقرار رقم 955 الصادر في 8 نوفمبر سنة 1994 الخاص بمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم الإبادة الجماعية في رواندا .
- 77 - د. عادل عبد الله المسدي، المحكمة الجنائية الدولية (الاختصاص وقواعد الإحالة) دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002 ص 166.

نظام الحملة الانتخابية في التشريع الجزائري

بقلم

أ / محمد نعرورة

معهد العلوم القانونية والإدارية
المركز الجامعي بالوادي



الملخص

الدعاية الانتخابية ضرورة تفرضها طبيعة مباشرة الحقوق السياسية، وهي أحد أهم مظاهر الانتخابات التنافسية، غير أن التنافس المشروع يستوجب ضمان المساواة بين كافة المترشحين في مجال الحملة الانتخابية، وذلك لا يكون إلا بوضع ضوابط قانونية واضحة للحد من التفاوت المادي بين المترشحين، وأيضا من خلال إعطائهم فرصا متساوية لعرض أفكارهم واتجاهاتهم وبرامجهم الانتخابية، خاصة على مستوى وسائل الإعلام الثقيلة.

Résumé

La propagande électorale est une nécessité imposée par la nature des droits politiques, elle est aussi l'une des plus importants aspects des élections compétitives. Cependant, la compétition légale exige légalité entre tous les candidats au niveau de la campagne électorale. Mais, cela ne se réalise que par la mise en place des mesures juridiques précises afin de réduire les écarts financiers entre les candidats. En plus, leur donner des chances égales pour qu'ils présentent leurs idées, leurs tendances et leurs programmes électoraux dans les mass- médias (Radio - TV).

مقدمة:

يعد الانتخاب الوسيلة الشرعية الوحيدة لتولية الحكم، بواسطته يختار الناخبون من يمثلهم في مختلف المراكز والمجالس؛ واختيار الناخبين لممثلهم لا يكون بشكل اعتباطي، وإنما يتم بناء على ما يعرفه هؤلاء عن المرشحين من حيث مؤهلاتهم وكفاءاتهم وخبراتهم وبرامجهم الانتخابية.

لذلك نجد المرشحين للانتخابات يُسَخَّرُونَ كل طاقاتهم للتعريف بأنفسهم وإقناع الناخبين ببرامجهم لاستمالتهم وحثهم على التصويت لصالحهم، كل ذلك يتم قبل عملية التصويت، في إطار ما يعرف بالحملة الانتخابية التي تُعتبر وسيلة هامة للاتصال بالجمهير من أجل الحصول على تأييد الناخبين لهم، ومن ثم تحقيق الفوز في الانتخابات، بل تُعد من أهم الأسلحة التي يعتمد عليها المرشحون عند خوضهم للمعارك الانتخابية؛ وتزداد أهميتها في الوقت الحاضر مع تطور وتنوع وسائل الإعلام التي تُستخدم في إطار الدعاية الانتخابية، إلى درجة يمكن القول معها أنه بإمكان أي مرشح تدعيم فرصته في الفوز إذا ما أحسن استخدام تلك الوسائل، وعلى العكس من ذلك تتضاءل فرصة من لا يحسن استخدامها.

وبالنظر لأهمية الجانب المالي في الحملة الانتخابية، فإن تفاوت المراكز المالية للمرشحين وما قد يتلقونه من دعم مادي، قد يخل بمبدأ تكافؤ الفرص ويقضي على التنافس المشروع، ومن ثم التأثير على نتائج الانتخابات.

وأياً كانت الوسيلة، فإن السير الحسن للانتخابات، وضمنان صدق تعبير النتائج عن حقيقة الإرادة العامة، لا يتحقق إلا بالسماح لكافة المرشحين باستخدام وسائل الحملة الانتخابية بشكل متساوي، لئلا نكون من عرض أفكارهم واتجاهاتهم وبرامجهم الانتخابية، خاصة على مستوى وسائل الإعلام التلفزية والإذاعية، وذلك لضمان اتصالهم جميعاً على قدم المساواة بالرأي العام وهيئة الناخبين.

لذلك فإن حسم التنافس الانتخابي بجديّة ونزاهة يستوجب وضع ضوابط قانونية تحدّد من تدخل المال في الحملات الانتخابية، وتكفل المساواة بين المرشّحين في استعمال مختلف الوسائل، وهو ما استقرت عليه مختلف التشريعات؛ وفيما يلي سنبحث في الأحكام التي وضعها المشرع الجزائري لتنظيم الحملة الانتخابية، لنقف على مدى كفايتها للمساواة بين المرشّحين من حيث استعمال وسائلها (المطلب الأول)، ثم الأحكام المالية الخاصة بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التنظيم التشريعي لاستعمال وسائل الحملة الانتخابية

تُعد الحملة الانتخابية أحد أهم الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية، وفيها يستخدم المرشّحون مجموعة من الوسائل والأساليب لإشهار ترشّيحهم والتعريف ببرامجهم الانتخابية وإبراز مزاياها، كل ذلك بقصد استمالة الناخبين للحصول على أصواتهم⁽¹⁾؛ وحتى تكون الانتخابات تنافسية وحرّة، وتوفّر أمام الناخبين برامج متعددة وبدائل مختلفة، استلزم الأمر تدخل المشرع لتنظيم الحملة الانتخابية على نحو يسمح بكفالة المساواة بين المرشّحين عند قيامهم بإجراءات الدعاية، سواء التقليدية منها أو ما استحدثت من وسائل في مجال الإعلام والاتصال؛ وقد نظّم المشرع الجزائري كيفية استعمال وسائل الحملة الانتخابية في الباب الرابع من قانون الانتخابات، وهو ما سنأتي على دراسته فيما يلي.

الفرع الأول: تنظيم استعمال الوسائل التقليدية

تختلف وسائل الحملة الانتخابية في أهميتها وتنوع الوسائل التقليدية تنوعا كبيرا، منها ما هو غير مشروع كالرشوة الانتخابية وبت الشائعات وغيرها، أما الوسائل المشروعة والتي ينظمها القانون فتتمثّل أساسا فيما يقوم به المرشّح من جولات في أنحاء الدائرة الانتخابية، للاتصال المباشر بالجماهير والحديث معهم في تجمعات شعبية، وأيضا إشهار الترشيح بواسطة

نشر وإلصاق قوائم المرشّحين واللافئات الدعائية.

أولاً: تنظيم التجمعات والمهرجانات الانتخابية

يرى المختصون في دراسة وتحليل العملية الانتخابية أن لقاء الجماهير والاتصال الشخصي بهم لا يزال يُشكل الوسيلة الأهم لكسب ثقتهم، والمشروع الجزائري سمح بتنظيم التجمعات والمهرجانات الانتخابية التي يقوم فيها المرشّحون بعرض أفكاره وشرح برامجهم الانتخابية مباشرة أمام جمهور الناخبين، وبعد أن أشار المشروع بالسماح بتلك التجمعات والمهرجانات أحال⁽²⁾ مسألة تنظيمها على القانون المتعلق بالاجتماعات والتظاهرات العمومية⁽³⁾؛ وبالعودة إلى هذا الأخير نجده قد أشار في مادته الثالثة إلى أن الاجتماعات العمومية مباحة، غير أنه أخضعها لجملة من الإجراءات التي يجب على المعنيين إتباعها قبل تنظيم الاجتماع، وتمثّل هذه الإجراءات في تقديم تصريح لدى الوالي كأصل عام، مع إمكان التصريح لدى من يفوضه الوالي في بعض البلديات، وأيضاً ضرورة أن يتضمن التصريح الهدف من الاجتماع والمكان والزمان المحدّدين له ومدته وعدد الأشخاص المنتظر حضورهم، وان يوقع عليه (أي التصريح) ثلاثة أشخاص متمتعين بالحقوق المدنية والوطنية ومقيمين بالولاية المزمع عقد الاجتماع فيها، ويجب أن يقدم هذا التصريح ثلاثة أيام كاملة على الأقل قبل تاريخ انعقاد الاجتماع، كما يجب إرفاقه بأسماء المنظمين وألقابهم وعناوينهم الشخصية وأرقام بطاقات هويتهم وتاريخ ومكان إصدارها⁽⁴⁾.

كما جاء في ذات القانون، أنه يحقّ للوالي وبهدف المحافظة على النظام العام والأمن العام أن يطلب من المعنيين تغيير مكان الاجتماع، على أن يقترح عليهم مكاناً تتوفر فيه الضمانات اللازمة لحسن سير الاجتماع من حيث النظافة والأمن والسكينة العامة، والوالي مقيّد في ذلك بأن يُخطر المعنيين بالموضوع خلال 24 ساعة من تاريخ تقديم التصريح لديه؛ كما أجاز هذا القانون للمنظمين - من أجل ضمان مساهمة الإدارة في تسير هذه

الاجتماعات- تقديم طلب للوالي لإيفاد ممثل عنه لحضور هذه الاجتماعات، مع منحه صلاحية التدخل لتوقيف الاجتماع إذا لاحظ أي مظهر من مظاهر الفوضى أو الإخلال بسيره الحسن؛ أما عن الأماكن التي يمكن أن تعقد فيها الاجتماعات، فقد قرّر المشرع بأن تُجرى خارج الطريق العمومي وفي مكان مغلق يسهل لعموم الناس الالتحاق به، كما منع المشرع صراحة عقد الاجتماعات في أماكن العبادة والمباني العمومية غير المخصصة لذلك⁽⁵⁾.

عموما فإن التجمعات التي تعقد خلال الحملة الانتخابية تتم في الأماكن المغلقة، وتلتزم الجهة الإدارية المختصة بتوفير الحماية الأمنية لجميع القاعات والمنشآت وكذا حماية المنشطين والمشاركين؛ وبالنسبة لعملية توزيع القاعات خلال فترة الحملة الانتخابية من حيث تاريخ ومكان الانعقاد، فإنها تخضع لاتفاق ممثلي المرشحين والجهة الإدارية المشرفة على العملية (الوالي أو ممثله القانوني)، وفي حالة عدم الاتفاق بين الأطراف يتم اللجوء إلى القرعة لحسم الأمر⁽⁶⁾.

إن ما يمكن ملاحظته بشأن التجمعات والمهرجانات الانتخابية، أن قانون الانتخابات أحال تنظيمها على قانون الاجتماعات والمظاهرات العمومية، وهو القانون الصادر سنة 1991 عن مجلس منتخب في ظل نظام الأحادية الحزبية، والمعدل في ظل الظروف الاستثنائية التي سادت آنذاك، هذا القانون يجعل من جهة الإدارة تتدخل بشكل كبير في تنظيم هذه الاجتماعات، حيث منح لهذه الأخيرة سلطة تقديرية واسعة، إذ أجاز للوالي التدخل ومنع إجراء التجمعات بداعي النظام العام⁽⁷⁾، كما حصر مسألة تنظيم التجمعات في الأماكن المغلقة وذلك من خلال مادته الثانية المعدلة⁽⁸⁾، وهو ما من شأنه أن يعيق سير الحملة الانتخابية خاصة في المناطق التي لا تتوفر فيها أماكن مغلقة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن حق الترشح الذي يكفله الدستور يقتضي أن تتسع الأماكن المخصصة للقاء الجماهير لاستيعاب أكبر عدد

ممكّن من أفراد الشعب ليتمكّن المرشّح من الاتّصال بهيئة الناخبين، وهو الأمر الذي لا تلبّيه القاعات المغلّقة في حالة توافرها؛ وإذا كان المرشّح يهدف من وراء ذلك للمحافظة على النظام العام باتخاذ كافة الإجراءات الاحترازية اللازمة، فإنّ مثل هذه الأمور قد تُستغل لفائدة حزب أو مرشّح على حساب منافسيه، الأمر الذي قد يؤدي إلى الإخلال بقواعد المنافسة والمساواة بين المرشّحين.

وعليه فإنّه لضمان مساواة جميع المرشّحين في عقد التجمّعات أثناء الحملة الانتخابية، يتعيّن أن يتمّ تنظيم المسألة بأحكام ضمن قانون الانتخابات ذاته، وبمصوص واضحة وصريحة تحدّد من إمكانية تعسف الإدارة أو انحيازها، كما يتعيّن وضع آليات للرقابة القضائية على القرارات الإدارية المتعلّقة بالتجمّعات الانتخابية بشكل مفصّل ودقيق.

ثانياً: إشهار الترشّح عن طريق الملصقات واللافتات الدعائية

يسعى المرشّحون لإشهار ترشّحهم بأشكال ووسائل متعدّدة كتوزيع المناشير والمراسلات الانتخابية أو عن طريق استعمال المناادي العمومي، وكذلك بواسطة الملصقات واللافتات الدعائية، وتعدّ هذه الأخيرة من أهمّ وسائل إشهار الترشّح، لذلك فقد خصّصها المرشّح ببعض الأحكام سعياً لضمان المساواة بين جميع المرشّحين.

حيث نظّم المرشّح في قانون الانتخابات⁽⁹⁾، وفي المراسيم التنفيذية المطبّقة له، عملية نشر قوائم المرشّحين والوثائق الإشهارية المتعلّقة بها، حيث جاء النصّ في المادة 178 من قانون الانتخابات على أنّ يتمّ توزيع الأماكن المخصّصة لها بالتساوي بين المرشّحين، أمّا مسألة تحديد الأماكن المخصّصة لإشهار الترشّح وتوزيعها فقد أسندت إلى إدارة البلدية التي تقوم بها تحت إشراف الوالي، تلك الأماكن يتمّ تحديدها على مستوى كل بلدية قبل انطلاق الحملة الانتخابية بـ 08 أيام، وذلك بموجب قرار إداري، على أن يراعى في ذلك نسبة الكثافة السكانية، فعلى سبيل المثال نجد المرسوم

التنفيذي رقم: 07-83، الصادر بتاريخ: 2007/03/08 قد حدّد عدد الأماكن المخصّصة لعملية إشهار الترشّح للانتخابات التشريعية لسنة 2007 على النحو التالي⁽¹⁰⁾:

10 أماكن في البلديات التي يكون عدد سكانها يساوي 2000 نسمة أو يقل عن ذلك.

16 مكانا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 2001 نسمة و 40000 نسمة .

24 مكانا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 4001 نسمة و 100000 نسمة .

30 مكانا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 100001 نسمة و 180000 نسمة .

مع إضافة مكان واحد لكل 10000 ساكن بالنسبة للبلديات التي يزيد عدد سكانها عن 180000 ساكن.

أما عن طريقة توزيع الأماكن المخصّصة لإشهار الترشّح، فإن الجهة الإدارية المختصة تعقد جلسة عمل لهذا الغرض بعد توجيه دعوات إلى المرشّحين، وفيها يتم الاتفاق على توزيع الأماكن بين كافة المرشّحين، وإن تعذر ذلك تُجرى عملية القرعة ويُحرّر محضر بذلك، يوقعه المرشّحون أو ممثليهم وتُسلم لهم نسخة منه⁽¹¹⁾.

يتضح من الأحكام سالفة الذكر أن المشرع الجزائري قد اهتم بمساواة المرشّحين فيما يتعلق باستعمال الملصقات واللافتات الدعائية، غير أن مجرد وضع تلك الأحكام لا يكفي لضمان احترامها والتقيّد بها، مما يستوجب البحث عن الآليات الكفيلة بذلك، وفي هذا الشأن نجد المشرع قد اكتفى بدور اللجان السياسية لمراقبة الانتخابات التي تقوم بإخطار الجهات الإدارية المشرفة على العملية الانتخابية بأي تقصير أو تجاوز، ولم يرتّب أي جزاء على من يخالف تلك الأحكام، بل لم ترد أي إشارة في قانون الانتخابات

بشأن حظر استعمال الأماكن غير المرخصة، على عكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي أشار بأن كل لصق لإعلانات الدعاية الانتخابية يكون محظورا خارج الأماكن المحددة، ويكون محظورا أيضا لصق الإعلانات في الأماكن المخصصة لإعلانات المرشحين الآخرين⁽¹²⁾.

ثالثا : ضوابط استخدام وسائل الحملة الانتخابية

سبق القول أن المشرع الجزائري سمح باستعمال مجموعة من الوسائل في مجال الحملة الانتخابية، لكن هذا الاستعمال لا يكون بشكل مطلق وبدون قيود، وإنما محاط بجملة من الضوابط القانونية يجب أن يتقيد بها كل مرشح عند قيامه بأعمال الدعاية الانتخابية، وتتعلق تلك الضوابط بالمدة المخصصة للحملة الانتخابية، وبحظر استعمال بعض الوسائل في إطار الدعاية الانتخابية، وأيضا بكل ما قد يصدر عن المرشحين من تصريحات وأقوال، وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي⁽¹³⁾:

1- الامتناع عن أي عمل يتخذ صفة الدعاية الانتخابية خارج الفترة القانونية التي تكون مفتوحة طيلة واحد وعشرين يوما قبل تاريخ الاقتراع، وتنتهي قبل يومين من تاريخ الاقتراع، هذا التحديد من شأنه أن يؤدي إلى تهيئة فرص متكافئة بين المرشحين لعرض برامجهم وأفكارهم، وذلك من خلال توحيد التنظيم الخاص بالحملة الانتخابية، لأن ترك الفترة مفتوحة بلا حدود من شأنه أن يخل بمبدأ تكافؤ الفرص نظرا لتفاوت الإمكانيات المادية بين المرشحين⁽¹⁴⁾، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن إقفال باب الحملة الانتخابية قبل يوم الاقتراع يتيح للناخبين فرصة التصويت بناء على تفكير هادئ ومترو بعبدا عن الدور المؤثر لأعمال الدعاية التي قد تكون مبالغيا فيها يوم الاقتراع.

2- حظر استعمال اللغات الأجنبية، وهذا القيد جاء بشكل عام بما يفهم أنه ينصرف إلى كل إجراءات الحملة الانتخابية، سواء المكتوبة أو المسموعة والمرئية.

3- وجوب التقيّد بالبرنامج الانتخابي المقدم عند إيداع ملف الترشيح، حيث لا يجوز لأي مرشح الخروج عن البرنامج الذي قدّمه ضمن ملف الترشيح.

4- حظر استعمال الممتلكات أو الوسائل التابعة للشخص المعنوي الخاص، أو العمومي، أو المؤسسات أو الهيئات العمومية، وذلك بغرض تحقيق قدر من المساواة بين المرشحين، لأن استعمال تلك الوسائل والإمكانيات من شأنه أن يؤثر في قناعات الجماهير، وبالتالي يصبح الاختيار بعيدا عن البرامج السياسية.

5- حظر استعمال أماكن العبادة ومؤسسات التكوين والتعليم على مختلف مستوياتها، وهذا القيد جاء لنفس الغرض السابق، لأن من شأن استعمال تلك الأماكن أن يؤثر في الناخبين.

6- الامتناع عن أي سلوك أو موقف أو عمل غير مشروع أو مهين أو شائن أو غير قانوني أو لا أخلاقي، والالتزام بالسهر على حسن سير الحملة الانتخابية، هذا القيد يرمي إلى إتاحة مناخ مناسب للتنافس الشريف بين المرشحين وحمايتهم من أفعال القذف والسب التي قد يوجّهها البعض لمنافسيهم قصد التأثير عليهم في المعركة الانتخابية، وهو ما قد يؤدي إلى خداع هيئة الناخبين بالشكل الذي يؤثر في نتيجة الانتخاب، هذا القيد وإن كان جيدا من حيث مضمونه، فإنه يتميز بالمرونة، إذ لا يوجد معيار واضح يحدّد لنا السلوك الشائن أو غير الأخلاقي، وما هو غير ذلك.

7- حظر استعمال رموز الدولة في الحملة الانتخابية، وعدم مناهضة الثوابت الوطنية أو المساس برموز الثورة التحريرية.

مما لا شك فيه أن مجرد التنصيص على تلك الضوابط لا يضمن احترامها، لذلك فإن المشرع الجزائري أضفى الطابع الجزائي على مخالفتها، حيث يعاقب على عدم الالتزام بالفترة الزمنية المحددة للحملة الانتخابية

بالغرامة من خمسين ألف إلى مائة ألف دينار جزائري وبحرمان الجاني من حق التصويت وحق الترشح لمدة ست سنوات على الأقل، كما يعاقب كل من يخالف الأحكام المتعلقة بأماكن الحملة الانتخابية أو استعمال الوسائل المحظورة، وذلك بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من عشرة آلاف إلى خمسين ألف دينار جزائري، ويعاقب أيضا على استعمال رموز الدولة أثناء الحملة الانتخابية بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات، وكذلك يعاقب بالحبس من خمس أيام إلى ستة أشهر، وبغرامة من مائة وخمسين إلى ألف وخمسمائة دينار جزائري، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل مرشح يأتي بأعمال غير مشروعة أو مهينة أو شائنة أو غير قانونية أو لا أخلاقية، أو يخل بالسير الحسن للحملة الانتخابية⁽¹⁵⁾.

الفرع الثاني: تنظيم استعمال وسائل الإعلام الحديثة أثناء الحملة الانتخابية

تساهم أجهزة الإعلام الحديثة في عملية تكوين الرأي العام وإمداده بالمعلومات التي تبسط أمامه الحقائق، للإذاعة والتلفزيون بفضل الكلمة والصورة المذاعتان أصبحتا أخطر وأسرع وسائل الإعلام تأثيرا في الرأي العام، كما أن ارتباطهما الدائم بال جماهير بشكل مرتب ومنظم يزيد من أهميتهما وتأثيرهما على أذهانهم⁽¹⁶⁾، ولما كان الأمر كذلك، فإن المحافظة على حرية الناخبين في اختيار من يمثلهم تستوجب تدخل المشرع بوضع أحكام قانونية تكفل المساواة بين جميع المرشحين في استعمال تلك الوسائل⁽¹⁷⁾، ذلك أن جدية ونزاهة الانتخابات تستدعي منح الفرص بشكل متساو بين مرشحي الأحزاب السياسية، وغيرهم ممن يخوضون غمار المعركة الانتخابية⁽¹⁸⁾.

إن مسألة المساواة في استعمال وسائل الإعلام في مجال الحملة الانتخابية كانت محط اهتمام مختلف التشريعات، فنجد مثلا المشرع الفرنسي وبغرض مواجهة الخطر الذي يهدد المساواة بين المرشحين، قد عهد إلى السلطة القضائية رقابة استعمال الوسائل المستحدثة في الحملة

الانتخابية، بالإضافة إلى تكوين لجان خاصة بهذه الأخيرة⁽¹⁹⁾.

والمشروع الجزائري اهتم هو الآخر بموضوع المساواة في استعمال وسائل الإعلام العمومية في مجال الحملة الانتخابية، حيث جاء النص في قانون الانتخابات على أن يكون لكل مرشح للانتخابات الرئاسية قصد تقديم برنامجه للناخبين، مجال عادل في وسائل الإعلام التلفزية والإذاعية، بحيث تمنح لهم الحصص بالتساوي، أما في الانتخابات التشريعية فإن المدة تختلف تبعا لأهمية عدد المرشحين الذين يرشحهم الحزب السياسي أو مجموعة الأحزاب السياسية، وعلى أن يستفيد المرشحون المستقلون المتكثرون بمبادرة منهم بنفس الترتيبات سألقة الذكر، كما نص على أن تحدّد كميّات وإجراءات استعمال هذه الوسائل وفقا للقانون والتنظيم المعمول بهما⁽²⁰⁾.

وبالرجوع للتنظيمات المتعلقة بهذا الشأن، نجدتها تنص على ضرورة تنظيم عملية استعمال وسائل الإعلام التلفزية والإذاعية في الحملة الانتخابية بشكل يكفل أو يُحقّق المساواة بين المرشحين، حيث حدّد المشروع الجزائري شروطا لإنتاج حصص التعبير المباشر المتعلقة بالحملة الانتخابية⁽²¹⁾؛ كما أن المراسيم المنشئة للجان الوطنية لمراقبة الانتخابات تنص على أن تقوم هذه اللجان بصلاحيات المداولة في توزيع مجال الوصول إلى وسائل الإعلام العمومية بين المرشحين، وأن تسهر على احترام القواعد المقرّرة في مجال الحملة الانتخابية والعمل بكيفية تسمح بضمان الإنصاف بين كافة المرشحين⁽²²⁾.

فبالنسبة لتغطية نشاطات المرشحين للانتخابات الرئاسية خلال الحملة الانتخابية تبثّ بطلب من المرشحين بصفة عادلة ومنصفة في حدود دقيقتين لكل مرشح أثناء النشرات الإخبارية الأساسية، على أن يتم تقديم طلب التغطية قبل 48 ساعة على الأقل من انعقاد النشاط أو المهرجان، وأن يتم البثّ في أقرب الأجل وقبل مرور 48 ساعة⁽²³⁾.

أما بالنسبة لتسجيل حصص التعبير المباشر وبثها في الإذاعة والتلفزيون، فقد حدّد المشرع الطرق التي تتم بها وحصرها فيما يلي: «التصريح الذي يتمثل في تقديم الرسالة بصوت واحد - الحوار الذي يتمثل في توضيح أسئلة يطرحها مُخاطَب على مُشارك أو عدة مشاركين في الحصة - النقاش الذي يتمثل في تقديم عرض بعدة أصوات»؛ وقد أعطى المشرع للمرشّح حرية اختيار أي الطرق الثلاثة يريد الاعتماد عليها في حملته الانتخابية، على أن تُبلّغ قائمة المشاركين والضيوف المحتملين إلى المديرية العامة للمؤسسة المعنية ليلة يوم التسجيل على الأكثر⁽²⁴⁾، وبهذا يكون المشرع قد حرص على ضمان المساواة بين المرشّحين فيما يتعلق بمضمون ما يُعرض على شاشة التلفزيون أو يُبثّ عبر المؤسسة العمومية للإذاعة المسموعة.

أما بشأن المساواة في كيفية إنتاج الحصص، فقد نص المشرع بأن يتم ذلك في ظروف ومقاييس تقنية مماثلة بالنسبة لكافة المرشّحين وممثليهم؛ وعلى أن تُبثّ الإعلانات المرفقة بحصص التعبير المباشر في التلفزيون على نفس الخلفية وبنفس الحروف بالنسبة للجميع، هذا بالإضافة إلى منع تكرار بثّ كلي أو جزئي لأي تسجيل خلال مدة الحملة الانتخابية، إلا بناء على طلب المرشّح أو ممثل قائمة المرشّحين كتابيا، وفي حدود الحجم والأقساط الزمنية الممنوحة لهم⁽²⁵⁾.

أما فيما يخص برمجة تواريخ ومواعيد البثّ المخصّص للحصص الدعائية، فإن المهمة قد أسندت - كما سبقت الإشارة - إلى اللجان الوطنية المستقلة لمراقبة الانتخابات، حيث تتم عن طريق القرعة بصفة علنية وتحت إشراف اللجنة المستقلة؛ وقد جرى العمل في هذا الشأن أن يتم تحديد المدة الزمنية لكل حزب سياسي أو مجموعة مرشّحين أحرار حسب القوائم المعتمدة من طرفها، وعلى أن يكون البثّ قبل النشرات الإخبارية الأساسية لفترات الإذاعة والتلفزيون على مدى أيام الحملة الانتخابية، وفي هذا السياق نجد على سبيل المثال مداولة إحدى اللجان المستقلة تتعلق بتنظيم المداخلة

في وسائل الإعلام العمومية، والتي يتضح من خلالها أن المدة الزمنية المبرمجة للتدخل تتم في شكل حصص يُحدد فيها القسط الزمني الإجمالي المخصص لكل مرشح للتحدث المباشر في التلفزيون وفي الإذاعة الوطنية، وأن مواعيد بث الحصص تكون قبل النشرات الإخبارية الأساسية لمختلف القنوات، كما حدّدت الوحدة الزمنية المخصصة لكل مرشح، مع تحديد الحد الأقصى بوحدين زمنيّين في اليوم على أن تستعمل الحصص المذكورة من قبل المرشحين إلى غاية استنفاد الرصيد الزمني الإجمالي المتاح لكل واحد منهم، وعندما لا يستعمل المرشح بمحض إرادته كل الوقت المخصص له للتحدث أو بعضه، يفقد حقه فيما بقي منه⁽²⁶⁾.

بهذا التقسيم يكون المشروع الجزائري قد طبق المساواة المطلقة بين المرشحين سواء كان ذلك في الانتخابات الرئاسية أو التشريعية، على عكس المشروع الفرنسي الذي يطبق المساواة النسبية بين الأحزاب في الانتخابات التشريعية، هذا الأخير حدّد الوقت الإجمالي المخصص لاستخدام الإذاعة والتلفزيون من قبل الأحزاب السياسية بثلاث ساعات، نصف هذه المدة مخصّص للحزب الحائز على الأغلبية في البرلمان، والنصف الثاني قسّمه المشروع الفرنسي على بقية الأحزاب الأخرى الممثلة برلمانيا، في حين لم يمنح الأحزاب الأخرى المشاركة في الانتخابات والتي ليس لها تمثيل في البرلمان سوى سبع دقائق في الدور الأول وخمس دقائق في الدور الثاني، مع اشتراط أن تكون تلك الأحزاب مشاركة في الانتخابات بما لا يقل عن خمس وأربعين مرشحا؛ أما المرشحون الأحرار فهم محرومون من استعمال وسائل الإعلام العمومية في الحملة الانتخابية⁽²⁷⁾.

وإذا كان البعض يرى بأن اتجاه المشروع الفرنسي هذا يتفق مع المنطق السياسي⁽²⁸⁾، فإن كفالة الحق في الترشح للانتخابات الذي تكرسه الدساتير والمواثيق الدولية، تستدعي بأن تكون المساواة مطلقة بين المرشحين في استعمال كافة وسائل الحملة الانتخابية، على أساس أن هذه الأخيرة مرتبطة

بالحق في الترشح، وأنه بدونها لا يتسنى للمرشح الاتصال بجماهير الناخبين لعرض أفكاره وشرح برنامجه الانتخابي أمامهم، كما أن حرمان بعض المرشحين من استخدام وسائل الإعلام الثقيلة في إطار الحملة الانتخابية لا يتماشى وحرية الناخبين في اختيار ممثليهم ولا يؤهلهم للاختيار الصحيح، وفي هذا الشأن يرى الدكتور حسن البداروي أن المساواة المطلقة بين المرشحين في الحملة الانتخابية على مستوى وسائل الإعلام الثقيلة هو الطريق الواجب إتباعه، خاصة في الدول التي مازالت تحبوا في طريق الديمقراطية⁽²⁹⁾.

المطلب الثاني: التنظيم التشريعي للأحكام المالية في الحملة الانتخابية

يعد ارتباط المال بالسياسة من بين المسائل الشائكة، وفي هذا الإطار تطرح مسألة المساواة بين المرشحين للانتخابات، حيث يلعب العنصر المالي دورا كبيرا في مرحلة الحملة الانتخابية، إذ يُنفق فيها المتنافسون كل ما في وسعهم في سبيل الوصول للسلطة وممارستها⁽³⁰⁾؛ وإذا كان إعمال مبدأ الحرية يقضي بعدم تدخل الدولة في موضوع الإنفاق في مجال الحملة الانتخابية، فإن مبدأ المساواة يقف من تلك المسألة موقفا مضادا تماما صيانة للحياة السياسية، لأن تدخل المال دون ضوابط يؤدي إلى أن يصبح هو معيار الاختيار السياسي، بدلا عن المبادئ والبرامج السياسية وأساليب حل المشكلات، وقد عبر عن ذلك أحد مسؤولي الإعلام في التلفزيون بقوله: "أعطوني مليوناً أوجه لكم أي تصويت حسبما تريدون"⁽³¹⁾.

إن ما تقدم دفع المشرع في الدول المعاصرة للتدخل بتنظيم المسائل المالية المتعلقة بالحملة الانتخابية، بحصر مصادر التمويل وضبط حدود الإنفاق فيها؛ والمشرع الجزائري لم يشدّ في ذلك، حيث نظم الأحكام المالية المتعلقة بالحملة الانتخابية ضمن الباب الخامس من قانون الانتخابات، وسنحاول فيما يلي التعرف على مدى ضمان المساواة بين المرشحين من خلال القواعد القانونية الخاصة بتمويل الحملات الانتخابية، والضوابط

الخاصة بالإففاق على هذه الأخيرة.

الفرع الأول: القواعد المتعلقة بتمويل الحملات الانتخابية

يؤكد المهتمون بالإعلام السياسي على أهمية الجانب المالي في الحملات الانتخابية، ذلك أن تباين المراكز المالية للمرشحين يجعل من فرصهم في الفوز غير متكافئة، بل قد يعجز بعض الأكفاء الذين ينقصهم الدعم المالي عن الترشح أو أنهم يعزفون عنه، لهذا تعمل التشريعات الحديثة على تنظيم تمويل الحملات الانتخابية تنظيماً دقيقاً يكفل المساواة بين جميع المرشحين بإتاحة فرص متكافئة لهم⁽³²⁾. وتدخل التشريعات في هذا المجال يتجه لتحقيق عدة أهداف أهمها تأمين تمويل أكثر وضوحاً للحملات الانتخابية والتحكم في تناسق هذا التمويل.

والمشروع الجزائري هو الآخر اهتم بهذا الموضوع ووضع عدّة قواعد لتنظيم تمويل الحملة الانتخابية، حيث قيد المرشحين من جانب الإيرادات بمصادر محدّدة، ووضع قواعد أخرى تتعلق بالرقابة على مصادر التمويل.

فبالنسبة لمصادر التمويل ورد النص في قانون الانتخابات على أن يتم تمويل الحملات الانتخابية بصفة حصرية إما بواسطة مساهمة الأحزاب السياسية، أو مساعدة محتملة من الدولة تقدم على أساس الإنصاف أو مداخيل المرشحين، وقد أحال⁽³³⁾ المشروع مسألة كيفية تطبيق ذلك على السلطة التنظيمية التي سكتت عن المسألة، ولم تبيّن كيفية تطبيقها لحد الآن.

كما جاء النص في قانون الانتخابات على حظر تلقي التبرعات من الجهات الأجنبية، حيث نصت المادة 186 من قانون الانتخاب على: « يحظر على كلّ مترشح لأيّ انتخابات وطنية أو محلية أن يتلقى بصفة مباشرة أو غير مباشرة هبات نقدية أو عينية أو أية مساهمة أخرى مهما كان شكلها من أية دولة أجنبية أو أي شخص طبيعي أو معنوي من جنسية أجنبية». ولضمان عدم الخروج على هذا القيد أضفى المشروع الطابع الجنائي على مخالفته،

وذلك بموجب المادة 214 التي تعاقب على هذا الفعل بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 500 دج إلى 5.000 دج.

أما بشأن الرقابة على مصادر التمويل فقد ألزم المشرع كل مرشح بتقديم كشف عن حساب حملته الانتخابية يتضمّن بيان عن مجموع الإيرادات المحصل عليها حسب مصدرها وطبيعتها، وبيان عن ما تم إنفاقه في الحملة الانتخابية، وأن يُسلّم حساب الحملة الانتخابية من قبل محاسب خبير أو محاسب معتمد، إلى المجلس الدستوري⁽³⁴⁾ الذي يراقب مدى احترام كل مرشح للقواعد القانونية المنظمة للحملة الانتخابية؛ حيث يقوم رئيس المجلس الدستوري بتعيين مقرر أو أكثر لدراسة الحساب المقدم من طرف المرشح، وهنا يقوم العضو المقرر بمفرده بمعالجة الحسابات، فيحقق في كل الوثائق التي يحتويها الملف، وبعد إتمام دراسة هذا الحساب يُعدّ تقريرا حول حساب الحملة الانتخابية الذي قام بدراسته⁽³⁵⁾؛ ثم بعد ذلك يتم استدعاء أعضاء المجلس للبتّ في حسابات الحملة الانتخابية بموجب قرارات تُبلّغ إلى المرشحين وإلى السلطات المعنية⁽³⁶⁾، ويتعلق الأمر بمكتب المجلس الشعبي الوطني في الانتخابات التشريعية، أما في الانتخابات الرئاسية فإن الجهة المعنية هي الأمانة العامة للحكومة، وذلك بغرض نشر حساب الحملة الانتخابية الخاص برئيس الجمهورية المنتخب، بالجريدة الرسمية⁽³⁷⁾.

وبقصد تفعيل عملية الرقابة على تمويل الحملات الانتخابية فقد أضفى المشرع الجزائري الطابع الجنائي على الامتناع عن تقديم كشف حساب الدعاية الانتخابية، وجعل من هذا السلوك جريمة يعاقب عليها بغرامة مالية تتراوح بين 10.000 دج و50.000 دج، وكذلك بالحرمان من حق التصويت وحق الترشيح لمدة ستّ 06 سنوات على الأقل.

إن ما يمكن ملاحظته على تنظيم المشرع الجزائري لموضوع تمويل الحملات الانتخابية، أنه لم يتطرق لتفاصيل الأمور على خلاف بعض

التشريعات المقارنة⁽³⁸⁾، حيث اكتفى بوضع الإطار العام دون أن يحدّد مقدار مساهمة الدولة ولا كيفية توزيع هذه المساهمة بين المرشّحين، كما لم يوضّح الأسس المعتمدة في ذلك، وأيضاً لم يتطرق لموضوع التبرعات التي تقدّم للمرشّحين سواء من حيث الحد الأقصى لتبرع الأفراد أو الطريقة المعتمدة في ذلك، وهذا القصور في التشريع قد يؤدي إلى سيطرة أصحاب رؤوس الأموال الكبيرة على تمويل الحالات الانتخابية للمرشّحين الأحرار، أو مرشّحي الأحزاب ذات الموارد المالية المحدودة، ومن ثم سيطرتهم على مقاليد الحكم وتحقيق أهدافهم غير المشروعة البعيدة كل البعد عن مصلحة الوطن، وهو ما يستدعي تدخل المشرع لتنظيم المسألة تنظيمًا دقيقًا بوضع معايير واضحة ودقيقة للعملية.

الفرع الثاني: الضوابط القانونية لنفقات الحملة الانتخابية

إن الهدف الأساسي من إجراءات الدعاية الانتخابية التي يقوم بها كل مرشّح هو توجيه التصويت على نحو يضمن له الفوز في الانتخابات، ولأن التفاوت المادي بين المرشّحين يُمثل منذ أمد طويل ضماناً هاماً للفوز بالانتخابات، فإن التشريعات المعاصرة تضع حدوداً دقيقة للمبالغ المالية التي يمكن صرفها في مجال الحملة الانتخابية⁽³⁹⁾، كل ذلك بغرض إتاحة الفرصة على نحو متكافئ لجميع المرشّحين، سواء كانوا من الأثرياء وغيرهم من المتحكمين في موارد الدولة ومصادر دخلها ومشروعاتها الحيوية، أم كانوا من الذين تعوزهم الإمكانيات المادية والمجزيدين من السلطة بحكم انتمائهم لأحزاب المعارضة⁽⁴⁰⁾، وبالإضافة إلى ما تقدم فإن تحديد سقف الإنفاق من شأنه أن يغني المرشّحين عن طرق أبواب بعض المؤسسات المالية أو اللجوء إلى رجال المال والأعمال للحصول على الدعم المالي، لأن هذا الأمر يفتح الباب واسعاً أمام إخضاع ممثلي الشعب لتأثير ونفوذ أصحاب المصالح الخاصة⁽⁴¹⁾، وهو ما يؤثر في النهاية على نزاهة وجدية الانتخابات.

وبالرجوع للتشريع الجزائري نجده هو الآخر أهتم بهذه المسألة، حيث

وضع سقف لإنفاق المرشحين في إطار الدعاية الانتخابية؛ كما أكد على ضرورة إعداد حساب للحملة الانتخابية لكل مرشح، وتسليمه إلى مصالح المجلس الدستوري، بالإضافة إلى وضع ضوابط معينة للتعويض الجزافي عن تلك النفقات.

فبالنسبة لسقف الإنفاق في الحملة الانتخابية، فقد جاء النص في المادة 189 من القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات على أن لا تتجاوز نفقات الحملة الانتخابية بالنسبة للمرشحين لرئاسة الجمهورية مبلغ 15 مليون دينار، على أن يرفع هذا المبلغ إلى 20 مليون دينار في الدور الثاني، أما الحد الأقصى للإنفاق في حملات الانتخابات التشريعية فإنه مقدر بـ: 150.000 دج عن كل مرشح.

هذا النص حدّد سقف للإنفاق في الحملات الانتخابية، والمشرع يهدف من وراء ذلك لمنع تأثير المال على العملية الانتخابية وإتاحة فرص متكافئة بين المرشحين، غير أن مجرد النص في قانون الانتخابات على الحد الأقصى للإنفاق لا يكفي وحده لضمان المساواة بين المرشحين، بل يستدعي الأمر البحث عن الآليات الكفيلة لضمان تطبيق هذا القيد، وذلك من خلال البحث عن الجزاء المقرّر لمن يخالفه؛ وفي هذا الشأن اختلفت التشريعات المقارنة، حيث رتب القانون الأمريكي على مخالفة هذا القيد إسقاط الأهلية عن المرشح في حالة فوزه في الانتخابات، بالإضافة إلى عقوبات جنائية تتمثل في السجن لمدد مختلفة وغرامة مالية حسب كل حالة، أما في فرنسا وبعد التعديل الذي طرأ على قانون الانتخاب سنة 1995 تقررت جزاءات جنائية ضد المرشح الذي يتجاوز الحد المقرّر للإنفاق تتمثل في الحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة، بالإضافة إلى غرامة مالية⁽⁴²⁾، أما بشأن صحة فوز المرشح من عدمه، فإن المشرع الفرنسي ترك سلطة تقدير ذلك لقاضي الانتخاب، وفي هذا الشأن قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن مجرد المخالفة التي تقع من احد المرشحين للحد الأقصى لنفقات الحملة

الانتخابية لا يترتب عليها إلغاء الانتخاب، إلا إذا كان من شأنها أن تؤثر على حرية الناخبين أو تنال من سلامة الاقتراع⁽⁴³⁾.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يقرّر أي جزاء على المرشّح الذي يتجاوز الحد الأقصى للإنفاق في الحملة الانتخابية سوى حرمانه من الاسترداد الجزافي لتلك النفقات، وحتى هذا الجزاء لم يأت بشكل صريح في قانون الانتخابات الجزائري، وهو ما أدى بالبعض⁽⁴⁴⁾ للقول بأن المشرع الجزائري لم يقرّر أي جزاء على من يخالف الحد الأقصى للإنفاق على الحملة الانتخابية؛ وهذا الجزاء يمكن استخلاصه من خلال ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 191 بنصها على أنه «في حالة رفض حساب الحملة الانتخابية من طرف المجلس الدستوري، لا يمكن القيام بالتسديدات المنصوص عليها في المادتين 188 و190 من هذا القانون»، ويمكن التذليل على ذلك بقرارات المجلس الدستوري المتعلقة بالموضوع، والتي تؤكد بأن احترام الحد الأقصى للإنفاق على الحملة الانتخابية أمر موضوعي يتوقف عليه رفض حساب الحملة الانتخابية للمرشّحين، وبالتالي رفض التسديدات المنصوص عليها في المادتين 188 و190 من قانون الانتخابات، حيث جاء في حيثيات أحد قرارات المجلس الدستوري، وبعد تطرقه للناحية الشكلية، ما يلي: «وفي الموضوع: ...، واعتباراً أنّ حساب الحملة الانتخابية للمرشّح عبد العزيز بوتفليقة احترام سقف التّفات المحدّد للدّور الأوّل لانتخاب رئيس الجمهورية كما تقتضيه المادة 187 (الفقرة الأولى)، ...، يقرر ما يأتي: يقبل حساب الحملة الانتخابية للمرشّح عبد العزيز بوتفليقة...»⁽⁴⁵⁾.

إن ما تقدم يظهر القصور التشريعي في معالجة هذا القيد، ممّا يتعين على المشرع الجزائري استدراكه في أول مناسبة لتعديل قانون الانتخابات نظراً لتأثيره على العملية الانتخابية، حيث يمكن للمرشّح أن ينفق ما يشاء في إطار الحملة الانتخابية، وفي سبيل تحقيق فوزه في الانتخابات، دون أي جزاء، وهو ما يؤدي في النهاية إلى أن يفقد هذا القيد معناه، ويصبح بدون جدوى،

وبالنتيجة تبقى إمكانية التفاوت الكبير بين المرشحين قائمة، وهو ما يتعارض ومبدأ المساواة، فضلا عن إمكانية تدخل المال وتأثيره السلبي على جدية ونزاهة الانتخابات.

أما بشأن الرقابة على نفقات الحملة الانتخابية فهي من اختصاص المجلس الدستوري، إذ ألزم المشرع كل مرشح بتقديم حساب عن حملته الانتخابية لهذا الأخير، على أن يُقدم هذا الحساب من قبل محاسب خبير أو محاسب معتمد، ويتضمن مجموع الإيرادات المحصل عليها والنفقات التي تمت، وذلك حسب مصدرها وطبيعتها؛ ورُتب على عدم تقديم هذا الحساب عقوبات شديدة حيث يمكن أن تصل، بالإضافة إلى الغرامة المالية، إلى الحرمان من حق التصويت وحق الترشح لمدة ست سنوات على الأقل⁽⁴⁶⁾، هذا في الوقت الذي لم يرتب جزاءات معتبرة على من يخالف قواعد التمويل والإنفاق في مجال الحملة الانتخابية.

الخلاصة

بعد هذا العرض الوجيز لمختلف الأحكام المتعلقة بالحملة الانتخابية نخلص إلى أن المشرع الجزائري قد اهتم بهذه المرحلة، حيث خصّها بجملته من النصوص القانونية الهامة سعيا منه لضمان مساواة كافة المرشحين فيها، تمهيدا لإجراء انتخابات تنافسية.

تلك الأحكام القانونية ورغم أهميتها قد لا تفي بالعرض المنشود، وهذا بالنظر إلى ما تخللها من نقائص، والتي يمكن تجاوزها من خلال تعديل بعض القواعد القانونية المتعلقة بالحملة الانتخابية، أو إضافة نصوص أخرى تكملها.

فقد رأينا بأن المشرع وضع عدة قواعد لتنظيم عملية تعليق الملصقات واللافتات الدعائية، وحدد سقف الإنفاق في مجال الحملة الانتخابية، غير أنه لم يرتب جزاءات كافية على مخالفة هذه القيود؛ كما أنه اكتفى في مجال

تمويل الحملات الانتخابية بوضع الإطار العام دون أن يوضح حدود تبرع الأشخاص ولا مقدار مساهمة الدولة، ولا الطريقة المعتمدة في ذلك.

ومن جهة أخرى فإن الحماية الجنائية المقتررة لضمان المساواة بين المرشحين تبقى غير كافية بالصورة الحالية، كونها لا تغطي كافة صور النشاط غير المشروع الذي قد يُرتكب أثناء الحملة الانتخابية، فضلا عن كون المشرع قد فصل بشكل تام، بين ما قد يصدر من أحكام قضائية بإدانة مرتكبي مختلف الجرائم الانتخابية وبين نتائج الاقتراع، حيث قرّر عدم إبطال عملية الاقتراع جراء أحكام الإدانة، وذلك من خلال نص المادة 218 من قانون الانتخابات.

الهوامش :

- 01- داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 531.
- 02- المادة: 176 من الأمر رقم 97-07، المؤرخ في: 06/03/1997، والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 12، سنة 1997، ص 24.
- 03- القانون رقم: 89-28، المؤرخ في: 31/12/1989، المتعلق بالاجتماعات والتظاهرات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 04، سنة 1990، الصادرة بتاريخ: 24/01/1990. وهو القانون المعدل والمتمم بالقانون رقم: 91 - 19 المؤرخ في: 02/12/1991، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 62، سنة 1991، الصادرة بتاريخ: 04/12/1991.
- 04- انظر المادة 05 من القانون رقم 89-28، مرجع سابق، ص 163.
- 05- انظر المواد 02، 06، 08، و 11 من القانون رقم 89-28، مرجع سابق، ص ص 163، 164.
- 06- أحمد بنيني، "الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية في الجزائر"، (رسالة دكتوراه دولة في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، غير منشورة)، الجزائر، 2005 - 2006، ص 251.
- 07- انظر المادة 06 مكرر من القانون المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية، المستحدثة بموجب المادة الثانية من القانون رقم 91-19، المؤرخ في: 02/12/1991، المعدل والمتمم للقانون المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية، مرجع سابق، ص 2378.
- 08- المادة 02 قبل تعديلها لم تكن تشترط عقد الاجتماعات في أماكن مغلقة، حيث نصت على: «الاجتماع العمومي تجمهر مؤقت لأشخاص متفق عليه ومنظم في كل مكان مفتوح لعموم الناس قصد تبادل أفكار أو الدفاع عن مصالح مشتركة».
- 09- المادة 178 من قانون الانتخابات، مرجع سابق، ص 24.
- 10- المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 07-83، المؤرخ في: 08/03/2007، الذي يحدد كيفية

- إشهار الترشح، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 17 سنة 2007، ص 07.
- 11- أحمد بنيني، مرجع سابق، ص 253.
- 12- DEMICHEL FRANCK et ANDRE، Droit électoral، Dalloz، Paris، 1973، p 148.
- 13- انظر المواد: 173، 174، 175، 179، 180، 181، 182 من قانون الانتخابات، مرجع سابق، ص 23، 24. وكذلك المادة: 09 من القانون رقم: 89 - 28، المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية، مرجع سابق، ص 163.
- 14- صلاح الدين فوزي، النظم السياسية وتطبيقاتها المعاصرة، دار وهدان للطباعة، الفجالة، 1985، ص 434.
- 15- انظر المواد: 210، 211، 212، 213 من قانون الانتخابات، والمادتين: 102، 103 من قانون العقوبات.
- 16- سعيد سراج، الرأي العام، مقوماته وأثره في النظم السياسية المعاصرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986، ص 184.
- 17- عبد الكريم بودريوة، "مبدأ حياد الإدارة وضمائنه القانونية"، (رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، غير منشورة)، الجزائر، 2004 - 2005، ص 157.
- 18- محمود عاطف البناء، النظم السياسية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979 - 1980، ص 263.
- 19- حسني قمر، الحماية الجنائية للحقوق السياسية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى - مصر، 2006، ص 135.
- 20- انظر: المادة 175 من قانون الانتخابات، مرجع سابق، ص 23، 24.
- 21- انظر على سبيل المثال: المرسوم التنفيذي رقم 97 - 138 المؤرخ في: 28/04/1997، الذي يحدد شروط إنتاج حصص التعبير المباشر المتعلقة بالحملة الانتخابية للانتخابات التشريعية في يوم 05 يونيو سنة 1997 وبرمجتها وبثها من قبل المؤسسات العموميتين للتلفزيون والبث الإذاعي المسموع، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 26، لسنة 1997، الصادرة بتاريخ 30/04/1997.
- 22- انظر على سبيل المثال: المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم: 07 - 115 الذي يحدد اللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية لـ 17 مايو سنة 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 25، سنة 2007، ص 06.
- 23- انظر المادتين: 19، 20 من المداولة رقم: 79، المؤرخة في: 07/03/1999، المتضمنة تنظيم المداخلة في وسائل الإعلام العمومية أثناء العملية الانتخابية لرئاسيات 15/04/1999، المنشورة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 99 - 62 المؤرخ في: 13/03/1999، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 18، الصادرة بتاريخ 17/03/1999، ص 13.
- 24- المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم: 97 - 138، مرجع سابق، ص 28.

- 25- المواد: 11، 14 و 17 من المرسوم التنفيذي رقم: 97-138، مرجع سابق، ص 29.
- 26- المداولة رقم: 79، المؤرخة في: 07/03/1999، مرجع سبقت الإشارة إليه.
- 27-JEAN CLAUDE MASCLET، Droit électoral، Presses universitaires de France، Paris، 1989، p 234.
- 28- داود الباز، مرجع سابق، ص 518.
- 29- حسن البدرابي، الأحزاب السياسية والحريات العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 227.
- 30-MICHEL VIVIANO، " Le Juge Pénal et Les Fraudes Durant Les Campagnes Electorales، " Revue de science Criminelle، Numéro 01، Janvier، Mars، 1999، p 72.
- 31- فرناس عبد الباسط البناء، رئاسة الدولة في الإتحاد السويسري، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، 1986، ص 88.
- 32- داود الباز، مرجع سابق، ص 523.
- 33- المادة 185 من قانون الانتخابات، مرجع سابق، ص 24.
- 34- المادة 191 من قانون الانتخابات، مرجع سابق، ص 25.
- 35- نذير زريبي، "مناهج عمل المجلس الدستوري الجزائري لمراقبة صحة عمليات الانتخابات الرئاسية والاستفتاء"، مجلة الفكر البرلماني، تصدر عن مصالح مجلس الأمة، العدد 11، جانفي 2006، ص 95.
- 36- المادة 30 (الفقرة الأخيرة) من النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري، المؤرخ في 28/06/2000، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 27، سنة 2000، ص 29.
- 37- المادة 191 من قانون لانتخابات، مرجع سابق، ص 25.
- 38- على سبيل المثال نجد المشرع الأمريكي قد أنشأ صندوقا خاصا بتمويل الدعاية الانتخابية كأحد البنود التابعة للخزينة العامة للدولة يتكون من مجموع تبرعات الأفراد ويوزع على المرشحين وفق أسس دقيقة، كما وضع مجموعة من القيود والضوابط لهذه العملية، حيث حدد سقف مساهمة الأفراد بألف دولار نقدا أو عينا، كما منع تقديم المساعدات من قبل المتعاقدين مع الحكومة. كما وضع المشرع الفرنسي أيضا مجموعة من الضوابط للتبرعات، حيث ألزم المرشحين بعدم تلقي تبرعات الأفراد إلا عن طريق جمعية تمويل الانتخاب أو الوكيل المالي للحملة الانتخابية، والذي يشترط فيه ألا يكون من أحد مرشحي القائمة، وألزم المشرع الفرنسي، الوكيل المالي أو أي جمعية تمويل الانتخاب، بفتح حساب باسمه أو باسم المرشح متقدم القائمة بعنوان حساب الحملة الانتخابية لاستقبال تبرعات المواطنين، كما أكد على ضرورة التصريح بالمسير المالي للمرشح أو الجمعية الممولة، وقد وضع حد أقصى لتبرع الأشخاص الطبيعيين بـ 4600 أورو، مع ضرورة أن يتم تقديم التبرع الذي يتجاوز 150 أورو عن طريق الشيك، انظر تفاصيل أوفر حول هذا الموضوع في: أحمد بيني، مرجع سابق ص ص 272، 273.

39- عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية، دار الجامعيين، القاهرة، 2002، ص 963.

40-JACQUES CADRAT ، Institutions Politiques et Droit Constitutionnel ، 3eme éditions ، Librairie générale de droit et de jurisprudence، Paris، 1989، p 224.

41- داود الباز، مرجع سابق، ص 523.

42- حسني قمر، مرجع سابق، ص ص 163 إلى 165.

43- أحمد بنيني، مرجع سابق، ص 270.

44- أحمد بنيني، مرجع سابق، ص 271.

45- انظر قرار المجلس الدستوري رقم : 01 / ق م د / 04 مؤرخ في: 24/08/2004، يتعلق بحساب الحملة الانتخابية للمترشح عبد العزيز بوتفليقة المنتخب رئيسا للجمهورية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 55 لسنة 2004، ص 04.

46- المادة 215 من قانون الانتخابات، مرجع سابق، ص 27.

المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية

بقلم

أ / فتيحة اعمارة

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة سعيدة - الجزائر



الملخص

يتمتع رئيس الجمهورية بصلاحيات واختصاصات واسعة بتحويل من الدستور، وعلى ضوء هذه السلطات الشاسعة يتبادر إلى الأذهان التساؤل عن مدى مسؤولية الرئيس وهو يمارس سلطاته، وخصوصا أنها تتسع إلى حد أبعد في الظروف الاستثنائية.

Résumé :

Le président de la république se dispose des pouvoirs étendus autorisées par la constitution dans tous les domaines que ce soit le domaine exécutif autant que président du pouvoir exécutif ou dans le domaine législatif surtout par son droit de prendre des ordonnances dans des matières relevant normalement du domaine de la loi , et a la lumière de ses autorités vastes s'impose la question sur la responsabilité du président de la république quand il exerce ses pouvoirs et en particulier celle qu'il prend dans des circonstances exceptionnelle .

Pour cela, nous discuterons dans la responsabilité pénale du président de la république, selon les constitutions des trois états suivant la France, l'Egypte et l'Algérie

مقدمة

حدد التعديل الدستوري لسنة 1996 على غرار باقي الدساتير التي سبقته اختصاصات رئيس الجمهورية التشريعية والتنفيذية، والتي يظهر من خلالها تقوية دوره سواء في مواجهة الحكومة أو البرلمان أو في مواجهة باقي

السلطات في الدولة.

وفي الأنظمة التي تقوم على ثنائية السلطة التنفيذية تقضي بوجود رئيس الدولة غير رئيس الحكومة لا يمكن مساءلته أمام البرلمان سياسيا، في حين يمكن مساءلته جنائيا.

إذا كان الدستور قد أعفى رئيس الجمهورية من المساءلة السياسية، فإنه قد أقر مسؤوليته الجنائية، وهذا بناء على المبدأ القائل "من يرتكب جريمة عليه وزرها وحده" رغم ذلك نجد بعض الدساتير أعفت رئيس الجمهورية حتى من المسؤولية الجنائية، لهذا يجب علينا أن نقوم بدراسة التنظيم الدستوري للمسؤولية الجنائية في مجمل دساتير الدول محل المقارنة - المبحث الأول - وحتى نتعرف على مدى فاعلية المسؤولية الجنائية وأثارها نحاول التطرق إلى الأعمال التي يسأل عنها رئيس الجمهورية جنائيا - المبحث الثاني - وأخيرا نعرض إجراءات توجيه الاتهام والجهة المختصة بمحاكمة الرئيس - المبحث الثالث -.

المبحث الأول: التنظيم الدستوري للمسؤولية الجنائية.

سوف نتناول في هذا الفرع مسؤولية رئيس الجمهورية الجنائية في ظل كل من الدستور الفرنسي (المطلب الأول)، المصري (المطلب الثاني) والجزائري (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التنظيم الدستوري للمسؤولية الجنائية في فرنسا.

في ظل النظام القديم، كان الملك غير مسؤول لأن شخصه يجسد السيادة فلا يمكن رؤيته إلا سيذا وشخصا مقدسا ومنبعا للعدالة، وبهذا الوصف فإن فكرة ارتكابه جرائم وتحمله نتائجها كانت مستبعدة تماما، وظل الوضع كذلك إلى غاية قيام الجمهورية الثالثة في فرنسا والتي من خلال قانون دستورها الصادر في 25 فيفري 1875 تبنى المؤسس الدستوري الفرنسي مسؤولية رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى بموجب المادة 6 الفقرة 2 منه والتي نصت على أن "رئيس الجمهورية غير مسؤول إلا في حالة الخيانة

العظمى". ويلاحظ أن دستور 1875 في مادته السابقة قد حافظ على أن القاعدة العامة هي عدم مسؤولية رئيس الجمهورية وجعل الاستثناء قيام المسؤولية الجنائية التي حصرها في حالة واحدة هي الخيانة العظمى.

وقد أضاف قانون دستور 16 جويلية 1875 إجراءات تحريك المسؤولية الرئاسية في المادة 12 منه بنصها " لا يكون رئيس الجمهورية محل اتهام إلا من قبل غرفة النواب، ولا يمكن محاكمته إلا من طرف الشيوخ".¹

وبالأسلوب ذاته نص دستور الجمهورية الرابعة لسنة 1946 في المادة 42 الفقرة الأولى، إلا أن الفقرة الثانية والمتعلقة بالإجراءات جاءت مختلفة عن سابقتها حيث جاء فيها " يمكن أن يكون رئيس الجمهورية محل اتهام من قبل الجمعية الوطنية ليحال إلى المحكمة العليا للعدالة، وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 57 أدناه" يستشف بأن دستور الجمهورية الرابعة يؤكد ما جاء في الجمهورية الثالثة كما يقول Carcassonne "الثالثة تقرر والرابعة تؤكد والخامسة تعزز".²

أما الدستور الحالي دستور 1958 فقد نص في المادة 68 منه على أن "رئيس الجمهورية غير مسؤول عن الأعمال المتخذة أثناء ممارسة الوظيفة إلا في حالة الخيانة العظمى، ولا يكون محل اتهام إلا من قبل المجلسين عن طريق الاقتراع العام والسري وبالأغلبية المطلقة للأعضاء المكونين، ويحاكم من قبل المحكمة العليا للعدالة".

وقد أضاف تعديل الدستور في 8 جويلية 1999 نص المادة 53 مكرر³ إمكانية مساءلة رئيس الجمهورية أمام المحكمة الجنائية الدولية في إطار الشروط المنصوص عليها في معاهدة روما 18 جويلية 1998، هذه الأخيرة التي أقرت المسؤولية الجنائية الدولية للفرد وذلك في حالة ارتكابه جرائم ضد الإنسانية أو في حالة التعدي الجسيم على القانون الدولي الإنساني كارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، جرائم الحرب.⁴

المطلب الثاني: التنظيم الدستوري للمسؤولية الجنائية في مصر.

لقد أخذ دستور 1923 بمبدأ عدم مسؤولية الملك وهو ما نصت عليه المادة 33 منه "الملك هو رئيس الدولة وذاته مصونة لا تمس" فهو لا يسأل جنائيا عن أعماله وتصرفاته حتى لو كانت هذه الأعمال تعد جرائم متعلقة بالوظيفة كالخيانة العظمى أو شكلت جرائم عادية لا علاقة لها بالوظيفة.⁵

مع سقوط الملكية والتحول إلى النظام الجمهوري وإسناد لرئيس الجمهورية سلطات لا يستهان بها يباشرها بنفسه تعين تقرير مساءلة رئيس الجمهورية جنائيا عما يقترف من جرائم في غضون توليه منصبه، فقد نظم دستور 1956 المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية في المادة 130 التي نصت على أنه "يكون اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو عدم الولاء للنظام الجمهوري مقدم من ثلثي أعضاء مجلس الأمة على الأقل ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس" وقد صدر قانون رقم 147 سنة 1956 لتنظيم محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء الصادر في 13 جوان 1956⁶ وقد سلك ذات المسلك دستور 1964 الذي نص على المسؤولية الجنائية في المادة 112 وأقر بأن صدور الاتهام يكون بأغلبية أعضاء مجلس الأمة.

ولم يخالف دستور 1971 الحالي ذات النهج السابق حيث قرر المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية أمام مجلس الشعب - البرلمان - وذلك ما نصت عليه المادة 85 منه " يكون اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو ارتكاب جريمة جنائية بناء على اقتراح مقدم من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل..." ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس ويقف رئيس الجمهورية عن عمله بمجرد صدور قرار الاتهام.

ونخلص من ذلك إلى أن الدستور المصري وإن كان قد أعفى الرئيس من أية مسؤولية سياسية أمام الشعب متمسكا بمبدأ عدم مسؤولية الرئيس نجد أنه لم يقرر ذات المبدأ بخصوص المسؤولية الجنائية.

المطلب الثالث: التنظيم الدستوري للمسؤولية الجنائية في الجزائر.

باستقراء دساتير الجزائر نجد أن دستور 1963 ومن خلال المادتين 47 و 55 قد حصر مسؤولية رئيس الجمهورية في المسؤولية السياسية دون غيرها والتي على ضوءها يقوم الرئيس بتقديم استقالته. وبالتالي فإن دستور 1963 قد أقر صراحة المسؤولية السياسية دون المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية.

أما دستور 1976 فإننا لا نعثر فيه على أي نص يتضمن ذكرا ولو بالإشارة لمسؤولية الرئيس، وبهذا فقد اختزل من نصوصه المبدأ القائل حيث السلطة تتواجد المسؤولية، فهذا مبدأ غير معمول به في الدستور، وهو ذات الحال بالنسبة لدستور 1989 الذي جاء خاليا من أي نص يثير مسؤولية رئيس الجمهورية وكيفية محاسبته والجهة التي تتولى ذلك بالرغم من التعديل الذي جاء به هذا الدستور بإضافة جهاز آخر المتمثل في رئيس الحكومة، وهو بذلك ناقض المبدأ القائل: أين توجد السلطة تكون المسؤولية.

وأخيرا تضمن الدستور الحالي نصا بخصوص المسؤولية الجنائية حيث خطى المشرع الدستوري خطوة كبيرة في ظل التعديل الدستوري 1996، بتقريره للمسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية، وهو ما يظهر من خلال نص المادة 158 وفق ما يلي "تؤسس محكمة عليا للدولة تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، ورئيس الحكومة عن الجنايات والجنح التي يرتكبها بمناسبة تأدية لمهامهما" وبناء عليه تقرر مبدأ دستوري هام.⁷ وتؤكد حرص المؤسس الدستوري الجزائري على تبني مبدأ مسؤولية رئيس الجمهورية في ظل دستور 1996 حيث تقررت المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية في حالة واحدة وهي الخيانة العظمى وأوكل إلى المحكمة العليا للدولة محاكمة رئيس الجمهورية. ويتجلى لنا من كل هذا أن النظام الدستوري في الجزائر أفضى إلى إبعاد البرلمان وبالخصوص الغرفة الأولى لكي لا يكون له أي دخل في ذلك ولو حتى من حيث تحريك الاتهام الرئاسي كما هو الحال في النظام المصري والفرنسي.

المبحث الثاني: الأعمال المسؤولة عنها رئيس الجمهورية

تقرر معظم الدساتير المسؤولة الجنائية لرئيس الجمهورية حيث يمكن مساءلة الرئيس جنائيا عن الأعمال التي يحددها الدستور، وفي هذا الصدد لم تتفق الدساتير على طبيعة هذه الأعمال، فهناك من حددتها تحديدا حصريا ليس فيه غموض مثال ذلك الدستور الأمريكي، والذي حصرها في الخيانة، الرشوة وسوء السلوك، في حين نجد الدستور المصري الذي نص على حالتين من الأعمال الأولى تتمثل في جرائم الجنائية - المطلب الأول- والثانية وهي الحالة الوحيدة التي نص عليها كل من الدستور الفرنسي والدستور الجزائري، والمتمثلة في الخيانة العظمى - المطلب الثاني-

المطلب الأول: الجرائم الجنائية.

نعني بالجرائم الجنائية تلك الأفعال المنصوص عليها في قانون العقوبات والتي تفترض وجود عقوبة تتبع مرتكب الفعل، وبالرجوع إلى القواعد العامة فإن الجريمة هي ذلك السلوك الجنائي - الركن المادي - الذي يرتكبه الفرد عن قصد - الركن المعنوي - والمعاقب عليه بنص القانون - الركن الشرعي - وهكذا تنشأ الجريمة.

ولما كان لرئيس الجمهورية المكانة الهامة في الدولة، وجدنا جل الدساتير ومنها الفرنسي ولجزائري ولم ينصا على هذه الجريمة بل اكتفيا بالأعمال التي توصف بالخيانة العظمى في حين أن الدستور المصري هو الوحيد الذي نص على الجرائم الجنائية إذا جاء في المادة 85 منه على أنه "يكون إتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو بارتكاب جريمة جنائية..." وذلك حتى لا يصبح عدم التنصيص حجة لصالح رئيس الجمهورية.

ومن تم فالسؤال الذي يطرح هو هل رئيس الجمهورية - ونظرا لعدم التنصيص على مسألته في حالة ارتكابه جريمة من جرائم قانون العقوبات - يعتبر معفى من العقوبة؟ أي هل مركزه الرئاسي يكون مانع لقيام المسؤولية الجنائية؟.

نجد أن جانب من الفقه الدستوري قد فرق بين حالتين:

- الحالة الأولى: وهي حالة ارتكاب الفعل المجرم خارج إطار الوظيفة الرئاسية حينما يعتبر رئيس الجمهورية فردا عاديا تسري عليه أحكام قانون العقوبات وتطبق عليه العقوبة المقررة للفعل لمجرم.

- الحالة الثانية: إذا ارتكب الفعل أثناء أداء الوظيفة ففي هذه الحالة فقط لا يمكن معاقبته بمعنى آخر انتفاء مسؤوليته الجنائية.

في حين ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى أنه يمكن إدراج ارتكاب الجرائم الجنائية أثناء أداء الوظيفة ضمن مفهوم الخيانة العظمى⁸، وبهذا لا حاجة للتنقيص عليها، وفق هذا الرأي لا يمكن إعفاء الرئيس بأي حال من الأحوال من مساءلته جنائيا.

المطلب الثاني: الخيانة العظمى.

فكرة الخيانة العظمى هي فكرة مطاوعة يصعب تحديد مدلولها وتختلط فيها الاعتبارات المكونة لها أو العقوبات المطبقة بشأنها، الأمر الذي يستوضح تجاهل المؤسس الدستوري لمدلول الخيانة العظمى تاركا ذلك إلى الفقه الدستوري.

1: موقف الفقه الفرنسي.

ترى الأستاذة Camus بأن هذه الجريمة تشمل إلى جانب الأفعال التي يعاقب عليها قانون العقوبات، المخالفة المتعمدة للنصوص الدستورية وخاصة ما يتعلق منها بالمساس بالمصالح القومية، والاعتداء على الديمقراطية وتجاهل الواجبات التي تبحث سلطات الضرورة لتحقيقها.⁹

ويذهب الأستاذ Duverger إلى اعتبارها جريمة تقف عند الحد الفاصل بين السياسة والقانون وتشمل التعسف في استخدام الوظيفة ومخالفة الدستور والمصالح العليا للدولة.¹⁰

بينما يرى الأستاذ Hauriou بأنها تشمل الإهمال الشديد للواجبات الوظيفية

ويمكن تطبيقها في حالة الخلاف الشديد مع إحدى السلطات العامة كما لو رفض الرئيس أن يرتب النتائج السياسية على إعادة انتخاب ذات البرلمان الذي حله من قبل.

ومن هذه الآراء نخلص إلى أن الخيانة العظمى جريمة ذات محتوى متغير والأسلوب الوحيد لإقامة المسؤولية رئيس الجمهورية عن الأفعال ترتكب أثناء أداء الوظيفة يبقى إذن في استعمال مصطلح الخيانة العظمى كما يتضح من نص المادة 68 من الدستور الفرنسي لسنة 1958.

2: موقف الفقه المصري.

وقع خلاف فقهي حول ما إذا كانت الخيانة العظمى جريمة جنائية محددة المضمون، أم أنها جريمة يغلب عليها الطابع السياسي؟ لقد انقسمت مواقف الفقه إلى ثلاثة اتجاهات.

- الاتجاه الأول: الذي يرى بأن الخيانة العظمى جريمة جنائية رغم عدم وصفها بذلك في الدستور، واستند هذا الاتجاه إلى:

1- تحديد عقوبة جنائية متى ارتكاب عمل من أعمال الخيانة العظمى والتي تتمثل في الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة.¹¹

2- بالرجوع إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 247 لسنة 1956 بخصوص المادة السادسة نجد أنها تنص على أن "... وقد ترك المشرع تحديد أعمال الخيانة العظمى لأحكام قانون العقوبات..."¹²

3- القانون الخاص بمحاكمة الوزراء، أعطى تعريفا للخيانة العظمى حيث جاء فيه " تعتبر الخيانة العظمى كل جريمة تمس سلامة الدولة وأمنها الخارجي أو الداخلي أو نظام الحكم الجمهوري، ويكون منصوبا عليها في القوانين المصرية والسورية، ومحددا لها في أي من هذه القوانين عقوبات الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو الاعتقال المؤبد أو المؤقت".¹³

وقد خلص هذا الجانب الفقهي إلى أن القانون المصري لم يسلك نهج القانون الفرنسي في عدم تعريف جريمة الخيانة العظمى وتحديد عقوبة لها، وإنما نص عليها صراحة وحدد مكوناتها على النحو ما هو وارد في قانون العقوبات وحدد عقوبتها الجنائية، ومن ثم فلا شك من الطبيعة الجنائية لهذه الجريمة.¹⁴

- الاتجاه الثاني: يرى أن الخيانة العظمى جريمة ذات طابع سياسي وحججهم في ذلك ما يلي.

1- انالمادة 85 من الدستور حددت حالتين يتهم بموجبها رئيس الجمهورية، الأولى تتمثل في الخيانة العظمى والثانية عند ارتكابه جرائم جنائية وفي هذا دليل على اختلاف مدلول الخيانة العظمى عن الجريمة الجنائية.

2- خلو القانون المنظم لمحاكمة رئيس الجمهورية من أي تعريف للخيانة العظمى، كما أن إحالتها إلى قانون العقوبات لا جدوى منه ذلك أن هذا القانون في حد ذاته لم يعرف فعل الخيانة العظمى.

3- يختلف مدلول الخيانة العظمى بالنسبة لرئيس الجمهورية عن مدلولها بالنسبة لأي عضو من أعضاء الحكومة في الدولة، فهو يختلف عن فعل الخيانة العظمى الذي يصدر من وزير أو الوزراء.

ويدل كل ذلك على أن الخيانة العظمى ليست جريمة جنائية بل جريمة ذات طابع سياسي، ليست محددة بالقانون.

ويترب على ذلك أن تقدير ما إذا كان الفعل المنسوب لرئيس الجمهورية يكون جريمة الخيانة العظمى أم لا. متروك تكييفه لقرار الاتهام الصادر في مجلس الشعب وللمحكمة التي ستتولى محاكمته.¹⁵

- الاتجاه الثالث: يجمع بين الصفة الجنائية والسياسية حيث يرى الدكتور

عبد الله ناصف من أن الأفعال المكونة لعدم الولاء للنظام الجمهوري، تعتبر أفعالا جنائية بطبيعتها في قانون محاكمة رئيس الجمهورية، وهذا ما يجعلها جريمة جنائية،¹⁶ وهو ما ينطبق كذلك بالنسبة للخيانة العظمى.

وقد خلص الأستاذ عبد الغني بسيوني إلى أن جريمة الخيانة العظمى التي يرتكبها رئيس الجمهورية هي جريمة جنائية تتضمن كل جريمة تمس سلامة الدولة وأمنها الخارجي والداخلي أو نظام الحكم الجمهوري، وكذا كل عمل يصدر من رئيس الجمهورية ويشكل إهمالا جسيما في الحفاظ على سيادة الدولة واستقلالها، أو الاعتداء على أحكام الدستور.¹⁷

أما بالنسبة لموقف الفقه الدستوري الجزائري، فإن القلة القليلة التي تعرضت لمداول الخيانة العظمى، نجدها قد سايرت فكرة الطبيعة المزدوجة لهذه الجريمة.

المبحث الثالث: إقامة المسؤولية الجنائية

تم مساءلة رئيس الجمهورية جزائيا في مرحلتين:

المرحلة الأولى: وهي مرحلة الاتهام فنجد في مصر وفرنسا البرلمان وحده يتحمل توجيه الاتهام إلى الرئيس بخلاف الدستور الجزائري الذي سكت عن تحديد الجهة صاحبة سلطة الاتهام -المطلب الأول-

المرحلة الثانية: وهي أن تتولى محكمة خاصة محاكمة رئيس الجمهورية، وقد استقرت الأنظمة الثلاث على هذا -المطلب الثاني-.

المطلب الأول: سلطة توجيه الاتهام.

أوكل كل من الدستور الفرنسي والدستور المصري للسلطة التشريعية مهمة توجيه الاتهام إلى رئيس الجمهورية، حيث نصت المادة 68 من دستور الفرنسي لسنة 1958 على أنه لا يمكن توجيه الاتهام لرئيس الجمهورية إلا بتقديم اقتراح من المجلسين (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ)، كما نصت المادة 85 من دستور المصري لسنة 1971 على أنه "يكون اتهام رئيس

الجمهورية بالخيانة العظمى أو بارتكاب جريمة جنائية بناء على اقتراح مقدم من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل..... "

ويستشف من قراءة هاتين المادتين أن توجيه الاتهام قد أحاطه المؤسس الدستوري بإجراءات خاصة وذلك ضمنا لعدم تعسف البرلمان في استخدام سلطة توجيه الاتهام وتتجلى تلك الإجراءات فيما يلي :

1: الاقتراح باتهام رئيس الجمهورية:

حدد الدستور الفرنسي الحالي لسنة 1958 طريقة اتهام رئيس الجمهورية بتقديم طلب الاتهام باقتراح موقع عليه من عشرة نواب على الأقل وبه الأخطاء المنسوبة إلى الرئيس بصورة موجزة، ويشترط موافقة المجلسين بالأغلبية المطلقة على قرار الاتهام.

اشترط الدستور الفرنسي أن يكون الاقتراح من قبل الغرفتين معا، ويتوافر نصاب معين محدد بالأغلبية المطلقة.

في حين حدد الدستور المصري الحالي لسنة 1971 سلطة الاقتراح باتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو بارتكاب إحدى الجرائم إلى مجلس الشعب وحده، وذلك بناء على اقتراح مقدم من ثلث الأعضاء المكونين للمجلس وليس ثلث الأعضاء الحاضرين، ويكون قرار الاتهام بالأغلبية ثلثي أعضاء المجلس وفقا للمادة 85 من الدستور.

2: التحقيق في موضوع الاقتراح:

يقوم مجلس النواب بعد موافقته على قرار الاتهام بإبلاغه للنائب العام الذي يحيله إلى رئيس لجنة التحقيق التي تتشكل بمجرد تقديم اقتراح الاتهام وتكلف بدراسة موضوع الاقتراح والتحقيق فيه، وتتشكل هذه اللجنة من 5 أعضاء من محكمة النقض بالنسبة لفرنسا. أما في مصر فإن هؤلاء الأعضاء يختارون بطريق الاقتراع السري من بين أعضاء مجلس الشعب وفقا لما

نصت عليه المادة 10 من قانون محاكمة رئيس الجمهورية¹⁸.

تقوم هذه اللجنة بإعداد تقرير حول الموضوع وتحضير القضية وفقا للقانون والإجراءات الجنائية، يتعين الإشارة أن هذه اللجنة في فرنسا لها وحدها حق التقرير - وذلك حسب التحقيق الذي أجرته- بإحالة أو عدم إحالة الملف إلى المحكمة العليا للعدالة المكلفة بالمحاكمة¹⁹. أما بالنسبة لمصر فإن هذه اللجنة تقوم بإعداد نتيجة عملها وترفعه إلى رئيس المجلس خلال شهر من تاريخ تكليفها ببحث الموضوع.

3: قرار الاتهام:

بعد ان يتلقى رئيس مجلس الشعب المصري تقرير لجنة التحقيق يحدد جلسة لمناقشته خلال خمسة عشر يوما من تاريخ رفعه له، ويصدر المجلس قراره في هذا الشأن بأغلبية ثلثي الأعضاء المكونين للمجلس، ويترتب عن صدور قرار الاتهام ما يلي:

- يوقف رئيس الجمهورية عن مباشرة مهام منصبه.

- يتولى نائب رئيس الجمهورية الرئاسة مؤقتا لحين الفصل في الاتهام.

- تشكل المحكمة العليا ويعين رئيسها.²⁰

أما في فرنسا ففي حالة ما قررت لجنة التحقيق إحالة الملف إلى المحكمة العليا للعدالة، تنتهي هذه المرحلة دون الرجوع إلى البرلمان لمناقشة ما أسفرت عليه تحقيقات اللجنة²¹.

المطلب الثاني: الجهة المختصة بمساءلة الرئيس جنائيا.

في كل نظام توجد هيئة مكلفة بمحاكمة الحكومة في حالة الاتهام بجرائم استثنائية ضد أمن الدولة.

من هذا المنظور فإن التقليد البريطاني جعل الغرفة المنتخبة توجه الاتهام

في حين الغرفة الثانية مكلفة بالمحاكمة.

وهذا ما تبناه المؤسس الدستوري الفرنسي في ظل الجمهورية الثالثة إلا أنه تخلى عن هذا التقليد منذ دستور 1946، وتبنى في دستور الجمهورية الخامسة مبدأ المحكمة العليا للعدالة²².

وعلى النهج ذاته سار المؤسس الدستوري المصري حيث أوكلت المادة 85 الفقرة الثانية من الدستور الحالي لسنة 1971 مرحلة المحاكمة إلى المحكمة العليا فقد نصت المادة على أنه " وتكون محاكمة رئيس الجمهورية أمام محكمة خاصة ينظم القانون تشكيلها وإجراءات المحاكمة أمامها ويحدد العقاب....".

وهو كذلك ما تبناه المؤسس الدستوري الجزائري في المادة 158 من الدستور الحالي والتي نصت على أنه " تؤسس محكمة عليا للدولة تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى ورئيس الوزراء عن الجنايات والجرح التي يرتكبها بمناسبة تأديتهما لمهامهما.

يحدد القانون عضوي تشكيلة المحكمة العليا للدولة وتنظيمها وسيرها وكذلك الإجراءات المطبقة. "

ونوضح أنه وفقا لما تقدم أن الدساتير الأنظمة الثلاثة خولت للسلطة التشريعية حق تنظيم وتحديد الإجراءات الواجبة الإلتفاع أمام هذه المحكمة، حيث نجد أن الدستور الفرنسي يحيل إلى الأمر 1-59 الصادر بتاريخ 2 جانفي 1959، مسألة تنظيم المحكمة العليا للعدالة كما يحيل الدستور المصري لسنة 1971 تلك المسألة إلى القانون والذي اتفق جل الفقهاء على أنه القانون الصادر تحت رقم 247 لسنة 1956، أما تنظيم هذه الجهة القضائية في الجزائر فمن الملاحظ أن المادة 158 تحيله إلى قانون عضوي، بيد أن هذا الأخير لم يرى النور إلى يومنا هذا (2010)، وإن احتجوا في السابق بأن الدستور حديث

العهد بهذا الأمر، فإن اليوم وبعد مرور عقد ونصف من الزمن لم يعد لهذه الحجة معنى، وفي غياب هذا القانون لا يمكننا الحديث عن هذه المحكمة، لهذا سوف أقصر فقط على الدستورين الفرنسي والمصري.

1: تشكيلة المحكمة:

تختلف التشكيلة من نظام لآخر، ففي فرنسا تشكل المحكمة من الأعضاء المنتخبين عددهم 24 عضوا برلماني دائمون 12 يختارون من بين النواب طيلة العهدة التشريعية و12 يختارون من بين الشيوخ يتم تجديدهم في كل مرة يجدد فيها مجلس الشيوخ، و12 عضو احتياطي، 6 من النواب و6 من الشيوخ²³.

في مصر، تشكل المحكمة العليا من 12 عضو 6 يختارون بواسطة القرعة من بين أعضاء مجلس الشعب يمثلون البرلمان، و6 يختارون بنفس الأسلوب من بين مستشاري محكمة النقض وأقدم ثلاثين مستشارا من محاكم الاستئناف²⁴ وهؤلاء يتم اختيارهم مباشرة بعد صدور قرار الاتهام من مجلس الشعب وتقتصر مهمتهم بمحاكمة الرئيس على الجرم المنصوص عليه في ذات القرار.

2: العقوبة:

لما كان الفقه قد اجمع كما سبق القول على أن المحكمة العليا الفرنسية تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تكييف الوقائع المنسوبة لرئيس الجمهورية في الاتهام وفي تقدير العقوبة المناسبة التي سوف يتم توقيعها على الرئيس المتهم من ناحية أخرى لذلك تتولى المحكمة تقدير العقوبة وفقا للتكييف الذي جعلته على الفعل المقترف من جانب الرئيس²⁵.

وبخلاف ذلك نجد أن المؤسس الدستوري المصري قد أحال إلى القانون في شأن تحديد العقاب فطبقا لما جاء في نهاية الفقرة الثالثة والأخيرة

من المادة 85 من الدستور على انه إذا حكم بإدائته ألقى من منصبه مع عدم الإخلال بالعقوبات الأخرى الذي يمكن أن تحكم بها المحكمة العليا وفقا للجريمة المرتكبة وقد حددت المادة السادسة هذه العقوبات التي يمكن توقيعها على الرئيس الذي ارتكب عملا من أعمال الخيانة العظمى أو عدم الولاء للنظام بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة،²⁶.

ويتضح مما سبق أن العزل من منصب الرئاسة يعد العقوبة الرئيسية التي توقع على رئيس الجمهورية بجانب العقوبات الجنائية الأخرى المقررة.

3: قرارات المحكمة:

لقد نصت المادة 18 من قانون محاكمة رئيس الجمهورية المصري على أن الحكم بالإدانة يصدر بأغلبية الثلثين أي ثمانية فأكثر، يفهم من ذلك أن حكم البراءة يكون بموافقة 5 أعضاء وما فوق.

وهذا خلافا للمحكمة العليا الفرنسية أين يصدر حكم الإدانة أو البراءة بالأغلبية المطلقة أي نصف زائد واحد، وهو ما يعادل ثلاثة عشر (13) فأكثر.

وعن طبيعة الحكم فإن قرارات المحكمة في كلا الدستورين الفرنسي والمصري، نهائية غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية.

01- الهوامش:

1 - Art 12 » Le président de la république ne peut être mis en accusation que par la chambre des députés, et ne peut être jugé que par le sénat.

2 -G. Carcassonne » La III éme affirme, la IV éme confirme la V éme Corrobores.

3 - Art53-2 : « la république peut reconnaître la juridiction de la cour pénal internationale dans les condition prévues par le traité signé le 18 Juillet 1996.

4 - المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

5 - حسين عثمان محمد عثمان، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 2002، ص411.

6 - مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص423.

- 7- عبد الله بوقفة، آليات تنظيم السلطة، المرجع السابق، ص 195.
- 8 - Philippe ardent, Institution politique et droit constitutionnel, L.G.D.J, 1995, paris, P446.
- 9 - Camus, l'état de nécessité en démocratie, Paris, 1965,P397.
- نقلا عن، عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة، الطبعة الأولى، سنة 1980، دار الفكر العربي، ص 346.
- 10 - Duverger, la cinquième république , Paris, 1974
- نقلا عن - عمر حلمي فهمي، المرجع السابق، ص 349..
- 11 - المادة السادسة من القانون رقم 147 لسنة 1956 ولتي تنص على أنه " يعاقب رئيس الجمهورية بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبد إذا ارتكب عملا من أعمال الخيانة العظمى أو عدم الولاء للنظام الجمهوري..."
- 12 - جاء في المذكرة الإيضاحية" تناولت المادة السادسة بيان العقوبات التي توقع على رئيس الجمهورية في حالة ارتكابه عملا من أعمال الخيانة العظمى أو عدم الولاء للنظام الجمهوري وقد ترك المشرع تحديد أعمال الخيانة العظمى لأحكام قانون العقوبات".
- 13 - المادة 5 من قانون محاكمة الوزراء رقم 79 لسنة 1958.
- 14 - عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 739.
- 15 - عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 740.
- 16 - عبد الله ناصف، مدى توازن السلطة مع المسؤولية في الدولة الحديثة ص 441 - نقلا عن عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 741.
- 17 - عبد الغني بسيوني، نفس المرجع، ص 741.
- 18 - هناك من ينفي صدور القانون الخاص بتشكيل المحكمة الخاصة والذي ترك له للدستور مهمة تنظيم إجراءات المحاكمة وتحديد العقوبات والتي يمكن أن توقعها المحكمة - سليمان الطماوي، المرجع السابق ص 492
- 19- Philippe Ardant, OP.CIT, P446
- 20- المادة الثالثة الفقرة الأولى من القانون رقم 247 لسنة 1956 المتعلق بمحاكمة رئيس الجمهورية
- 21- المادتين 18 و 25 من الأمر رقم 1-59 الصادر بتاريخ 2 جانفي 1959
- 22- jean Gicquel, OP,CIT,P539
- 23- Jean Gicquel,OP.CIT ,P539
- 24-المادة الأولى من قانون محاكمة رئيس الجمهورية رقم
- 25 - Philippe Ardant , OP.CIT P446
- 26- عبد الغني بسيوني المرجع السابق ص 744

القواعد القانونية الخاصة بتحول شركة التضامن - دراسة مقارنة -

بقلم

أ/ حسين أحمد محمد الغشامي
الجامعة الإسلامية الدولية - ماليزيا



الملخص

تناولت هذه الدراسة القواعد القانونية لتحول شركة التضامن في كل من القانون اليمني والقانون الأردني والقانون المصري، وقد هدفت إلى بيان أحكام تحول شركة التضامن منذ أن كان مجرد فكرة تدور في خلد القائمين على إدارة الشركة الراغبة في التحول حتى يخرج إلى حيز الوجود، وقد تم التعرض في هذه الدراسة إلى مقارنة أحكام تحول شركة التضامن في القانون اليمني مع القوانين المتعلقة بتحول شركة التضامن في القانون الأردني والقانون المصري. ومن خلال البحث في أحكام تحول شركة التضامن، توخيت الإحاطة بمعظم الجوانب القانونية التي تتعلق بتلك الأحكام ومن تلك الجوانب بيان أهم القواعد التي يجب مراعاتها عند تحول شركة التضامن، وكذلك بينت هذه الدراسة الشروط والإجراءات التي تتطلب القوانين محل الدراسة اتباعها لإتمام عملية التحول، بالإضافة إلى الجزاء المترتب على مخالفة هذه الإجراءات. كما خلصت هذه الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات.

Abstract

This study of the legal rules relating to the transformation of general partnership in the Jordanian, Egyptian and Yemeni laws, is aimed at demonstrating the law of a general partnership, since it was just a mere idea to those who were managing the corporation which desired the transformation until it became a reality.

Through researching the legal rules to the transformation of general partnership, being cautious to cover most of the legal aspects related to those legislations and from those aspects covering the most important rules that need to be followed when transferring a corporation, this study also shows the conditions and procedures demanded by the laws that are necessary for the transformation. The consequences related to the breaking of these procedures are explored and explained.

Finally, this study poses many ideas and hypotheses that can explain the transformation of the corporation.

مقدمة

على الرغم من الأهمية الاقتصادية لشركات التضامن فإن الظروف الدولية الحالية ستجعل أوضاع الشركات العائلية في مواجهة أخطار الانهيار إذا لم تلائم نفسها مع متطلبات الظروف المستجدة.

وهذه التحديات منها ما يرجع إلى تحديات داخلية مثل مشكلة انتقال الرئاسة وتعاقب الأجيال، ومنها ما يرجع إلى تحديات عصر العولمة مثل الانتقال إلى الأسواق المفتوحة وظهور المنافسة الشرسة¹.

ولمواجهة هذه التحديات فقد عقدت العديد من المؤتمرات في البلدان العربية² كما تصدت العديد من المنظمات الدولية والإقليمية والعربية³ لكيفية العمل على رفع مستوى أداء الشركات العائلية وفق منظور معاصر بما يضمن لها التماسك والاستمرارية.

وقد صدرت العديد من الدراسات والأبحاث المتعلقة بتطوير الشركات العائلية، وخلصت معظمها إلى تشجيع شركات التضامن على الاندماج أو التحول إلى شركات مساهمة عامة.

وعليه فقد جاء اختياري لعنوان هذا البحث لعلني أساهم في تسهيل عملية التحول أمام شركات التضامن الراغبة في ذلك، لما سوف يكون له من أثر كبير على الاقتصاد الوطني.

وللعلم أن تحول الشركة لا يقع صحيحا إلا على الشركات القائمة التي تتمتع بالشخصية القانونية، لأن الغاية من هذه العملية الاحتفاظ بالشخصية المعنوية وعدم انقضائها بإجراء هذا التحول.

كما يشترط لصحة هذا التحول أن يكون جائزاً بنص القانون أو منصوصاً عليه في عقد الشركة. وباستعراض موقف القانون اليمني بالنسبة لتحول شركة التضامن، نجد أن المشرع اليمني أجاز تحول شركة التضامن إلى شركة التوصية البسيطة، والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركة التوصية بالأسهم، وذلك بالنص عليه صراحة في المواد (264، 265) من قانون الشركات رقم 22 لسنة 1997، مبيناً شروط وسلطة إجراء هذا التحول، وهو الموقف نفسه الذي اتخذته المشرع الأردني في المواد (215، 216) من قانون الشركات رقم 22 لسنة 1997، غير أن المشرع الأردني أجاز أن تتحول شركة التضامن إلى الشركة المساهمة الخاصة، وهي نوع جديد من الشركات استحدثته المشرع الأردني، ولا يوجد هذا النوع من الشركات في اليمن أو في مصر، وهذا على عكس ما فعله القانون المصري، حيث لم يتعرض لعملية تحول شركة التضامن الذي ما زالت محكومة بقانون التجارة القديم، إلا أن المادة (299) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 والمعدلة بالقرار الوزاري رقم 496 لسنة 1997، تجيز تحول شركة التضامن إلى شركة مساهمة، أو شركة توصية بالأسهم، أو شركة ذات مسؤولية محدودة.

لذلك سنقوم في هذا البحث ببيان كيفية تحول شركة التضامن إلى الأشكال الأخرى التي يجيز القانون التحول إليها.

وفي ضوء ما تقدم، نقسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الأحكام الخاصة بتحول شركة التضامن إلى شركة التوصية البسيطة.

المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بتحول شركة التضامن إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة التوصية بالأسهم أو الشركة المساهمة الخاصة.

المبحث الثالث: الأحكام الخاصة بتحول شركة التضامن إلى الشركة المساهمة العامة.

المبحث الأول

الأحكام الخاصة بتحول شركة التضامن إلى شركة التوصية البسيطة

أجاز المشرع في كل من اليمن والأردن أن تتحول شركة التضامن إلى شركة توصية بسيطة وذلك بنص القانون، وحتى يقع التحول صحيحاً منتجاً لآثاره لا بد من اتباع عدد من الإجراءات والقواعد. وسنقوم في هذا المبحث بتوضيح كل ما سبق، وذلك بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول: إجراءات تحول شركة التضامن إلى شركة التوصية البسيطة.
المطلب الثاني: جزاء مخالفة إجراءات التحول.

المطلب الأول: إجراءات تحول شركة التضامن إلى شركة التوصية البسيطة

لقد حدد القانون شروطاً لازمة لإجراء عملية تحول الشركة، سواء أكان التحول جائزاً بنص القانون أم بموجب عقد الشركة بالنص على جوازه في النظام، وهي شروط لازمة لإجرائه صحيحاً مرتباً لآثاره، وهذه العملية تتطلب قبل كل شيء موافقة الشركاء في الشركة التي يراد تحويلها، لأن التحويل لا يقع بقوة القانون حتى في الحالات التي يكون فيها وجوباً.

والتحول كأي عملية تعرض لها الشركة تحتاج إشهاراً وبالإجراءات المقررة ذاتها في الأصل لشهر الشركة عند التأسيس.

ولذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: الفرع الأول: قرار الشركاء - الفرع الثاني: الترخيص بالتحول - الفرع الثالث: شهر عملية التحول.

الفرع الأول: قرار الشركاء

عند الرغبة بتحول شركة التضامن إلى شركة التوصية البسيطة لا بد أن يصدر قرار من جماعة الشركاء بالموافقة على التحول، وذلك عن طريق تقديم طلب خطي إلى مراقب عام الشركات يفيد بالرغبة في تحويل الشركة، متضمناً موافقة الشركاء بالإجماع على تحويل شركة التضامن، حيث نصت المادة (264) من قانون الشركات اليمني على أنه "يجوز لشركة التضامن أن تتحول إلى شركة توصية بسيطة وذلك بموافقة جميع الشركاء ..".

مما تقدم يتضح أن المشرع يشترط موافقة الشركاء بالإجماع في حالة تحول شركة التضامن إلى شركة توصية بسيطة، وأنه جعل سلطة التحول لمن يملك التعديل، وهم جميع الشركاء، وتبدو هذه الموافقة لازمة بما أن المدير التأسيسي في شركة التضامن يتمتع بوضع متميز وقوي، فهو من الناحية العملية غير قابل للعزل، إذ لا يجوز عزله إلا لسبب مشروع أو بقرار من المحكمة، وحيث إن إجماع الأصوات مطلوب لأي تعديل في عقد شركة التضامن، كذلك فإن عزل المدير التأسيسي في هذه الشركات لا يتم إلا بالموافقة الجماعية، والمدير التأسيسي شريك في الشركة، إذن فلا بد من أن يدلي بصوته في حالة عزله، وليس معقولاً أن يصوت الشخص ضد نفسه، ومع التسليم بذلك، فلا حاجة لاعتراض المدير النظامي على التحول إلى شكل شركة التوصية البسيطة لبقائه في المركز القانوني ذاته.

وقد تبنى قانون الشركات الأردني الحكم نفسه، وذلك باشتراط الموافقة الجماعية على التحول في المادة (215) وبصياغة القانون اليمني نفسه.

أما في مصر، فلم يتعرض القانون الخاص بالشركات لهذا النوع من التحول سواء بإجازته أو تنظيم شروط أو سلطة إجراءاته، ولكن من الجائز أن يتم تغيير الشكل القانوني لشركة التضامن إلى شركة التوصية البسيطة إذا ورد نص خاص في عقد الشركة، هذا بالإضافة إلى أنه لا توجد أحكام خاصة في القانون المصري لتعديل نظامها، إلا أنه من المتفق عليه والمستقر أن تعديل هذا الشكل من الشركات يقتضي في الأصل موافقة جميع الشركاء على إجراء هذا التعديل، وبتطبيق هذه القاعدة على عملية التحول يلزم لصحته إذن الموافقة الجماعية للشركاء⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الترخيص بالتحول

بعد تقديم الطلب للموافقة على تحول الشركة، يقوم مراقب الشركات أو أمين السجل بدراسة الطلب والتأكد من مطابقته للقانون من حيث موافقة جميع الشركاء على التحول، وعدم مخالفة التحول للنظام العام، ويشترط لتحول شركة

التضامن إلى شركة التوصية البسيطة موافقة مراقب الشركات، ويصدر قرار المراقب إما بالموافقة أو الرفض⁽⁵⁾، أو أن يسكت عن اتخاذ القرار. وهذه شروط وإجراءات خاصة وضعها المشرع، وهدفه منها هو جدية عملية التحويل ومنع أي تحايل على القانون. وفيما يلي نبحت كل حالة من الحالات التي يصدر بها قرار المراقب:

- القرار بالموافقة:

إذا وجد المراقب أن الطلب موافق لأحكام القانون، فإنه يصدر قراره بالموافقة على تحويل الشركة، ويستوفي الرسوم المقررة للتعديل، ويقوم بتسجيل التعديل أو التغيير في سجل الشركات.⁽⁶⁾ أما إذا تبين للمراقب بعد التدقيق أن في تحول الشركة ما يخالف القانون أو النظام العام أو إضرار بالاقتصاد الوطني، في هذه الحالة يحدد المراقب لمقدمي طلب التحول مدة معينة عليهم أن يزيلوا خلالها المخالفة أو إكمال النقص في البيانات، فإذا لم يتم ذلك خلال المدة التي يحددها لهم، حيثئذ للمراقب أن يصدر قراره برفض الطلب، ويقوم بإبلاغ القرار إلى ذوي الشأن⁽⁷⁾. وحسنا فعل المشرع الأردني عندما أعطى المراقب الحق في منح الشركاء مهلة للقيام بتصحيح الإجراء المخالف للقانون خلال مدة زمنية معينة بدلاً من رفض الطلب، وذلك على خلاف ما فعله المشرع اليمني الذي لم يعط المراقب الحق في منح الشركاء مهلة لتصحيح الإجراء المخالف للقانون، وكان الأصوب في رأينا لو أنه أعطى المراقب الحق في ذلك.

- القرار بالرفض:

في حالة إصدار مراقب الشركات قراره بالرفض خلال مدة الخمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، أعطى قانون الشركات لمقدمي الطلب الحق بالاعتراض لدى وزير الصناعة والتجارة خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغهم بالرفض، وإذا قرر الوزير رفض اعتراضهم، فإن قراره لا يعد نهائياً، وإنما يحق للشركاء الطعن فيه لدى محكمة العدل العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ

تبلغهم القرار.⁽⁸⁾

ويلاحظ أن المادة (22) من قانون الشركات اليمني جاءت خالية من تحديد المدة الواجب فيها التظلم من قرار مراقب الشركات برفض تحول الشركة، أو المدة التي يجوز خلالها الطعن بقرار الوزير برفض التظلم، وهذا يعني أن المشرع أراد إتاحة الفرصة لتقديم التظلم من قرار المراقب أو الوزير في أي وقت، - وكان الأفضل في رأينا - تحديد فترة زمنية للتظلم من قرار مراقب الشركات أو الطعن بقرار الوزير باعتبارهما من القرارات الإدارية، وذلك على نحو ما فعله المشرع الأردني من تحديد مدة معينة في المادة (11/ب شركات).
لكن إذا وافق الوزير أو الجهة القضائية على التحول، عندئذ على المراقب إجراء التسجيل بعد استيفاء رسوم التعديل المقررة في اللائحة والأنظمة النافذة.⁽⁹⁾

- السكوت عن اتخاذ القرار:

قد تمر المدة المحددة قانوناً دون أن يصدر مراقب الشركات قراره بالموافقة على التحول أو رفض التحول، ففي هذه الحالة يعد رفضاً ضمناً عملاً بنص المادة (11) من قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم 12 لسنة 1992، التي تنص بقولها "يعتبر في حكم القرار الإداري رفض الجهة المختصة اتخاذ القرار أو امتناعها عن اتخاذها إذا كان يترتب عليها اتخاذها بمقتضى التشريعات المعمول بها"⁽¹⁰⁾.

كما تنص الفقرة (ب) من المادة 12 من القانون نفسه على أنه في حالة رفض الجهة المختصة اتخاذ القرار أو امتناعها عن ذلك وفقاً لما هو مبين في المادة (11) من هذا القانون، تبدأ مدة الطعن المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم المستدعي طلباً خطياً لتلك الجهة لتتخذ ذلك القرار.

وفي ظل عدم وجود نص صريح على ذلك في اليمن، فقد ذهب البعض⁽¹¹⁾ إلى أن مرور المدة المحددة دون صدور قرار المراقب بالرفض يعتبر بمثابة

الموافقة على تحول الشركة، وذلك استناداً إلى حكم المادة 3/68 من قانون الشركات التي قضت بصدد شركة المساهمة بقولها "وإذا لم يصدر قرار رئيس مجلس الوزراء بالترخيص بتأسيس الشركة خلال شهر - من تاريخ قيد الطلب - اعتبر ذلك بمثابة قرار بالموافقة، أما في مصر فقد نصت المادة (299) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات رقم 159 لسنة 1981 على أنه "يتم التغيير بعد موافقة اللجنة المنصوص عليها في المادة (18).

وهذه اللجنة طبقاً لنص المادة (18) من القانون المشار إليه "تشكل بقرار من الوزير المختص لفحص طلبات إنشاء الشركات...".

ويقتصر دورها في عملية التحول في مراقبة النصاب المطلوب للموافقة على التحول، وكذا عدم مخالفة القانون أو النظام العام، وبالتالي لا يوجد ما يمنع من عرض طلب تحول شركة التضامن إلى شركة التوصية البسيطة على هذه اللجنة المشار إليها.

الفرع الثالث: شهر عملية التحول

يشترط شهر عملية التحول أو تغيير شكل الشركة كالتعديل أو أية عملية أخرى تتعرض لها الشركة، وللغاية ذاتها التي يستهدفها شهر الشركة، وهي علم الغير، ويؤكد قانون الشركات اليمني على ضرورة شهر عملية التحول، حيث نص في المادة (269) من قانون الشركات على أنه "لا يتم تحويل الشركة إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل والنشر المقررة بموجب هذا القانون".

ويقتضي ذلك شهر عملية تحويل شركة التضامن التي تغير شكلها إلى شكل شركة التوصية البسيطة وفقاً لإجراءات شهر شركة التوصية البسيطة، وهي إجراءات شهر شركة التضامن نفسها وفقاً للمادة (2/54) التي تنص على أن (تخضع شركة التوصية البسيطة بصورة عامة للقواعد المطبقة على شركات التضامن في كل ما لا يتعارض مع القانون)، وبالعودة لإجراءات شهر شركة التضامن نجد أن المادة (20) تنص على أنه (يجب أن يسجل عقد تأسيس شركة التضامن وأي تعديلات تطرأ عليه في سجل الشركات التضامنية بمراكز

المحافظات، وتحفظ نسخة من العقد وأي تعديلات عليه لدى إدارة الشركات، وأن يشهر في السجل التجاري في مركز المحافظة التي يكون فيها المركز الرئيس للشركة خلال شهر من تاريخ تسجيل عقد التأسيس أو تعديله".
ويتضح مما سبق أن المشرع اليمني جعل إجراءات شهر عملية تحول شركة التضامن تتم على ثلاث صور:

1- وجوب تسجيل كل تعديل يطرأ على الشركة بعد قيامها، وذلك في السجل الخاص المعد في وزارة الصناعة والتجارة لتسجيل الشركات التجارية، ويجب على الشركاء أو من يفوض بذلك أن يتقدم إلى الجهة المختصة بطلب تسجيل التغيير موقعاً منهم، ويلزم تقديم هذا الطلب خلال شهر من تاريخ التعديل.

2- وجوب إيداع نسخة من التعديلات موقعاً عليها من جميع الشركاء لحفظها لدى إدارة الشركات، وذلك خلال شهر من تاريخ التعديل.

3- وجوب شهر التحول في السجل التجاري في مركز المحافظة التي يوجد فيها المركز الرئيسي للشركة، وذلك خلال شهر من تاريخ التعديل.

ويلاحظ أن المشرع اليمني اشترط تسجيل التعديل وإيداع نسخة منه، حيث إن القيام بأحدهما لا يغني عن الآخر.

بالإضافة إلى ما سبق يثار التساؤل: هل يلزم نشر عملية التحول في الصحف أم أن ذلك ليس ضرورياً؟

أمام التضارب القائم بين نصوص قانون الشركات ولائحته التنفيذية، خصوصاً نص المادة (269) التي تنص على أنه "لا يتم تحويل الشركة إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل والنشر المقررة بموجب هذا القانون".

ونص المادة (12) من اللائحة التنفيذية للقانون، والتي تنص على أنه "يجوز للمراقب نشر أي تعديل أو تغيير يطرأ على الشركة يراه ضرورياً في إحدى الصحف الرسمية واليومية وعلى نفقة الشركة"؛ ونتيجة لذلك، وكون القانون استلزم النشر، فإن الراجح، وما يحقق المصلحة هو وجوب نشر عملية التحويل

في الصحف.

وفي هذا الاتجاه سار المشرع الأردني، فقد نص في المادة (220) من قانون الشركات على أنه لا يتم التحويل إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل والنشر المقررة بموجب القانون، ولذلك فإن الشركة تلزم بتقديم طلب إلى المراقب لتسجيل ذلك التعديل أو التغيير في السجل الخاص بشركة التوصية البسيطة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وقوعه أو إجرائه،⁽¹²⁾ كما تلزم بالتأشير بذلك التغيير الذي طرأ على شركة التضامن في سجل التجارة والذي يعد أداة للشهر.⁽¹³⁾

أما في مصر فإن شهر عملية التحول تستخلص من نص المادة 299 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري التي تتطلب في تغيير شكل الشركة مراعاة إجراءات وأوضاع تأسيس الشركات التي يتم التغيير إليها في حدود ما تنظمه اللائحة، كما تستفاد أيضاً من القواعد العامة التي تقضي بوجوب شهر أي تعديلات تطرأ على الشركة بعد نشأتها.⁽¹⁴⁾

ولا توجد في القانون المصري إجراءات خاصة لشهر التحول، ومن ثم يتم شهر التحول وفقاً لإجراءات شهر التعديلات التي تطرأ على الشركة، وهي إجراءات شهر الشركة نفسها، لذا يجب إيداع قرار التحول قلم كتاب المحكمة الابتدائية التي يوجد في دائرتها مركز الشركة ليسجل في السجل المعد لذلك، مع لصق هذا القرار مدة ثلاثة أشهر في لوحة الإعلانات القضائية بالمحكمة، كما يجب نشر القرار في إحدى الصحف التي تطبع في مركز الشركة وتكون معدة لنشر الإعلانات القضائية، هذا فضلاً عن التأشير بالتحول في السجل التجاري الذي تلزم بالقيود فيه جميع الشركات، وأن يتم ذلك خلال شهر من عملية التحول.⁽¹⁵⁾

ويجب أن يتم شهر نظام الشكل الجديد الذي سيتم تحول شركة التضامن إليه حتى يكتمل شهر عملية التحول، وأن تغني البيانات التي يتم شهرها بالهدف من الشهر وهو علم الغير بنظام الشكل الذي يتم التحول إليه.⁽¹⁶⁾

المطلب الثاني: جزاء مخالفة إجراءات التحول

الأصل أنه إذا تخلف أحد الشروط المنصوص عليها لتأسيس شركات الأشخاص بطلان الشركة، وعلى غرار ذلك، فإنه يترتب على عدم مراعاة الشروط المفروضة قانوناً لتحول الشركة بطلان التحول، وهذا البطلان يقتصر من حيث الأثر على عملية التحول ذاتها، ولا يستتبع بطلان الشركة. والبطلان قد يكون لعدم صحة عملية التحول، أو لعدم الشهر.

الفرع الأول: البطلان لعدم صحة عملية التحول

إن تحول الشركة دون إتباع الإجراءات والشروط المنصوص عليها يجعل هذه العملية معيبة وباطلة، ويلاحظ أن قانون الشركات اليمني لم يتعرض للجزء المترتب على عدم مراعاة الشروط القانونية لتحول الشركة.

إلا أن بطلان عملية التحول في القانون اليمني لا يثير مشكلة حول أساسها القانوني في ظل وجود نص المادة (287) التي تقضي بالبطلان كجزء عام لعدم صحة العمليات التي تتم أثناء حياة الشركة، حيث تنص على أنه "بدون إخلال بالحق في المطالبة بالتعويض عند الاقتضاء يعتبر باطلا كل تصرف أو تعامل أو قرار يصدر على خلاف القواعد المقررة في هذا القانون..".

ولذلك فإنه يتعين القضاء ببطلان عملية تحول شركة التضامن في حال صدر قرار التحول بأغلبية أقل من الأغلبية اللازمة لإجرائه، أو في حالة عدم استيفاء أوضاع الشكل الذي تتحول إليه، وعند القضاء ببطلان عملية التحول، فإن الشركة تعود إلى شكلها الأول وهو شكل شركة التضامن.

أما في مصر، فلم يتعرض القانون التجاري القديم الذي ما زال يحكم شركات الأشخاص للجزء المترتب على عدم مراعاة إجراءات التحول، وكذلك بالنسبة لقانون الشركات الأردني، فلا يوجد فيه نص يفيد بطلان التحول لعدم مراعاة الشروط المنصوص عليها لصحة عملية التحول، وبالتالي فإن بطلان تحول هذا النوع من الشركات يبقى محكوماً بالقواعد العامة لبطلان الشركة⁽¹⁷⁾. ونتمنى بأن تتم معالجة هذا الموضوع بنص خاص لتجنب ما قد يثيره عدم

وجود نص من مشاكل في الناحية العملية.

الفرع الثاني: البطلان لعدم الشهر

للشهر في الشركات التجارية أهمية كبيرة لضمان العلانية وعلم الغير، ولذلك ذهب المشرع اليمني إلى أن تحول الشركة لا يتم إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل والنشر، حيث نصت المادة (296) من قانون الشركات على أن "لا يتم التحويل إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل والنشر المقررة بموجب هذا القانون". وبمقتضى هذا النص نجد أن الجزء الذي يرتبه هو عدم صحة التحول، فتظل الشركة على الشكل السابق للتحويل، ويلاحظ أن المشرع اليمني يشترط أن يتم شهر التعديلات التي أدخلت على وثيقة عقد التأسيس بإيداعها لدى إدارة الشركات والسجل التجاري، كما يشترط أن يتم نشر التغيير الذي طرأ على الشركة حتى يكون هذا التحول صحيحاً .

وكذلك بالنسبة لقانون الشركات الأردني، فقد جعل عقوبة التخلف عن إجراءات تسجيل التحول ونشرة هو بطلان التحول، حيث نصت المادة (220) على أن "لا يتم تحويل الشركة إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل والنشر المقررة بموجب هذا القانون " .

وفي هذا الاتجاه سار المشرع المصري الذي يقضي في المادة (58) تجاري ببطلان التعديلات الطارئة على عقد الشركة في حالة عدم شهر هذه التعديلات، وعلى هذا الأساس يكون باطلا التعديل الذي يتم في الشركة ولم يشهر، إلا أن بعض الفقه⁽¹⁸⁾ يرى أن الجزء المترتب على عدم شهر التعديلات الطارئة على عقد الشركة هو عدم الاحتجاج بهذه التعديلات التي لم تشهر على الغير.

وبدورنا نرجح هذا الرأي ونرى قصر الجزء على عدم شهر التعديلات الطارئة على العقد على عدم الاحتجاج بهذه التعديلات في مواجهة الغير، ولكن على العكس، إذا أراد الغير أن يتمسك بهذه التعديلات في مواجهة الشركة أو الشركاء فله الحق، لأن الجزء مقرر أصلاً لمصلحته.

ويلاحظ أن المشرع المصري يفرق بين الشهر القانوني، ويتلخص في إيداع

عقد الشركة في قلم كتاب المحكمة ولصق ملخص له في لوحة الإعلانات القضائية لمدة ثلاثة أشهر، ويترتب على تخلف ذلك بطلان الشركة، وبين الشهر التجاري وهو قيد عقد الشركة في السجل التجاري، ويترتب على تخلفه عقوبة الغرامة⁽¹⁹⁾، وذلك على عكس المشرع اليمني الذي لم يفرق في العقوبة بينهما، وتتمنى من المشرع اليمني إعادة النظر في ذلك والوقوف بدقة على أحكام الشهر في القوانين المقارنة التي نقلت عنها نصوص قانون الشركات اليمني.

وكما سبق القول، فإن التحول يجب شهوره كأية عملية أخرى تتعرض لها الشركة أثناء حياتها، وأن البطلان هو الجزاء المقرر لعدم شهر إجراءات التحول بالطريقة نفسها التي يتم بها شهر شركات الأشخاص والتعديلات التي تطرأ عليها.

- من له طلب البطلان:

لا يقع البطلان بقوة القانون، ولا تستطيع المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل يتعين على صاحب المصلحة أن يتمسك ببطلان التحول، ولكن من هم ذوو المصلحة الذين يجوز لهم التمسك بهذا البطلان.

● الشركاء: قد يكون أصحاب المصلحة في طلب البطلان هم الشركاء أنفسهم، لأنه ليس من العدل الحكم عليهم بالبقاء في شركة مهددة بالزوال، غير أنه لا يجوز للشركاء الاحتجاج ببطلان التحول لعدم الشهر في مواجهة الغير، لأنهم الملزمون قانوناً بإجراءات الشهر، ولا يجوز للشركاء أن يستفيدوا من أعمالهم، ومن ثم لا يجوز للشركاء أن يحتجوا في مواجهة الغير ببطلان التحول عند مطالبتهم بديون للشركة والتنفيذ على أموالهم، ولكن يجوز لهم التمسك بالبطلان في مواجهة بعضهم بعضاً.⁽²⁰⁾

● الغير: ويقصد بالغير في هذا الخصوص كل من الدائن الشخصي لأحد الشركاء ودائني ومديني الشركة، وهؤلاء جميعاً يكون لهم الخيار بين طلب البطلان أو الإبقاء على الشركة في حالة عدم الشهر حسبما يتفق مع مصلحته، وذلك لأنه لا يمكن نعي أي خطأ على الغير من عدم الشهر.⁽²¹⁾

ويتضح مما سبق أن جزاء البطلان الناشئ عن مخالفة الإجراءات لا ينصب إلا على الشركاء وحدهم، فلا يضر الغير، وإنما قد يصيب منه الغير نفعا إذ من حقه أن يتمسك به إن كانت له مصلحة فيه.

- تصحيح البطلان:

ينفرد البطلان لعدم الشهر بحكم خاص هو جواز تصحيح هذا البطلان بإتمام الإجراءات القانونية، ويلاحظ أن المشرع اليمني قد قصر نطاق تصحيح البطلان على من نشأت حقوقهم بعد إجراء الشهر، ولا يسرى على الذين عاقدوا الشركة قبل إجراء الشهر المتأخر، حيث نصت المادة (4/27) من قانون الشركات على أنه "إذا أجريت معاملات الترخيص والشهر متأخرة فيحق للذين عاقدوا الشركة قبل التصحيح الاحتجاج بالبطلان الذي استهدفت له الشركة".

أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يفرق بين من نشأت حقوقهم بعد إجراء الشهر أو قبله، حيث برأ الشركة من البطلان بصفة عامة، حيث جاء نص المادة (52) من القانون التجاري المصري مطلقاً بقولها "ومع ذلك يزول هذا البطلان إذا أعلن الملخص المتقدم ذكره قبل طلب الحكم بذلك البطلان".

ويبنى على ذلك جواز تصحيح البطلان وامتناع الحكم به إذا قام الشركاء باستيفاء إجراءات الشهر بعد انقضاء مدة الخمسة عشر يوماً المقررة لإجرائه، ومن ثم لا يجوز لأحد الشركاء أو الغير التمسك ببطلان الشركة طالما تم الشهر قبل طلب الحكم به، لأنه لا توجد مصلحة ظاهرة تبرر هذا الطلب، كذلك إذا طلب البطلان ثم بادر الشركاء إلى إجراء الشهر.⁽²²⁾

أما قانون الشركات الأردني فلم يتضمن نصاً يجيز للشركاء القيام بإجراءات الإشهار بعد انتهاء المدة المحددة قانوناً، ونذهب مع ما يراه البعض⁽²³⁾ من أن القيام بذلك لا يتعارض مع أحكام التشريع الأردني، بل إن المبادئ العامة ترتضيه، كما أن الضرورات العملية والاقتصادية تقضي به وتحبذ لما فيه من حفاظ على الشركات وتصحيح لمسارها ودعم نشاطها، كما أن أجازة ذلك تقتضيه مصلحة الشركاء لوقف ما يفرضه عليهم قانون الشركات من غرامة عن

كل يوم تستمر فيه المخالفة بعد انقضاء المدة المحددة قانوناً للقيام بإجراءات الإشهار.

المبحث الثاني

الأحكام الخاصة بتحول شركة التضامن إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة التوصية بالأسهم أو الشركة المساهمة الخاصة

عرضنا فيما تقدم لكيفية تحول شركة التضامن إلى شركة التوصية البسيطة، وناقشنا الإجراءات والقواعد الواجب إتباعها لإجراء هذا التحول حتى يقع صحيحاً منتجاً لآثاره .

وفي هذا المبحث نعرض لعملية تحول شركة التضامن إلى شكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة التوصية بالأسهم أو الشركة المساهمة الخاصة، - ونذكر هنا- بأن الشركة المساهمة الخاصة لا توجد في التشريعين اليمني والمصري، وبالتالي لم يتم النص على جواز التحويل إليها على خلاف المشرع الأردني الذي استحدث هذا النوع من الشركات وتعرض للإجراءات الواجب إتباعها عند التحول إلى هذه الشركة.

وقد حرصت التشريعات محل الدراسة على بيان الإجراءات الواجب اتباعها عند التحول حتى يكون مرتباً لآثاره.

وسنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : القواعد الواجب مراعاتها عند التحول.

المطلب الثاني : إجراءات التحول.

المطلب الثالث : جزاء مخالفة إجراءات التحول.

المطلب الأول : القواعد التي يجب مراعاتها عند تحول شركة التضامن إلى الشركة

ذات المسؤولية المحدودة أو شركة التوصية بالأسهم أو الشركة المساهمة

هناك نوعان من القواعد التي تحكم أشكال الشركات التجارية، قواعد خاصة بالإنشاء والتأسيس، وأخرى خاصة بالتشغيل، وبالتالي يثار التساؤل: هل يتعين على شركة التضامن التي تتحول أن تراعي كافة القواعد المتعلقة بالشركة

المحول إليها ؟

لا تثار مشكلة بالنسبة لقواعد التشغيل، حيث يجب أن تراعى، أما بالنسبة لقواعد التأسيس فالرأي غير متفق عليه.

وقد نص المشرع المصري في المادة 299 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات على أنه يجب مراعاة إجراءات وأوضاع تأسيس الشركة التي يتم التغيير إليها فيما عدا:

(أ) إبرام عقد ابتدائي للشركة.

(ب) تقييم موجودات الشركة، ويكتفى بما جاء بدفاتر الشركة وميزانياتها من

بيانات.

(ت) اجتماع المؤسسين.

ولم يتضمن قانون الشركات اليمني بين نصوصه نصاً خاصاً يتطلب مراعاة إجراءات وأوضاع التأسيس، واكتفى بتقدير صافي حقوق الشركاء عند التحول، وكذلك بالنسبة لقانون الشركات الأردني فقد تبني الحكم نفسه.

ولذا يلزم عند تحول شركة التضامن إلى أحد هذه الأشكال مراعاة عدد من

القواعد:

الفرع الأول: القواعد التي يجب مراعاتها عند التحول إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

- رأس مال الشركة وحصص الشركاء:

تنص المادة (248) من قانون الشركات اليمني على أن "يكون رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة كافياً لتحقيق أغراضها، ويحدد الشركاء رأسمال الشركة في عقد تأسيسها"²⁴. وتنص المادة (253) على أن "لا تقل قيمة الحصة عن خمسة آلاف ريال". وفي القانون الأردني لا يجوز أن يقل رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن ثلاثين ألف دينار، وأن لا تقل قيمة الحصة عن دينار واحد.

أما القانون المصري فقد اشترط أن لا يقل رأس المال عن خمسين ألف جنيه وأن لا تقل قيمة الحصة عن مائة جنيه. فإذا كان رأس مال شركة التضامن

المراد تحولها إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة يقل عن الحد الأدنى لرأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة يجب زيادته إلى هذا الحد عند التحول.
- أغراض الشركة:

ينص القانون على حرمان الشركات ذات المسؤولية المحدودة من القيام بأعمال التأمين أو التوفير أو أعمال البنوك، كما لا يجوز لها أن تقوم بإصدار إسناد قرض⁽²⁵⁾.

وذلك كون هذه العمليات تتطلب رؤوس أموال ضخمة ليس بمقدور الشركات ذات المسؤولية المحدودة القيام بها، كما يهدف المشرع من هذا الحرمان حماية مصالح الغير وخشية من إعسار الشركة في حالة عدم ملاءة الشركاء⁽²⁶⁾.

وهذا شرط أساسي عند تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة وبالتالي يطبق على أي شركة تريد أن تتخذ هذا الشكل عند التحول.
- سداد قيمة الحصة بالكامل:

تنص المادة 248 / ج من قانون الشركات اليمني على أنه "يجب أن يكون دفع الحصص النقدية ثابتا في مصرف معتمد، ويجب أن تودع الشهادة المثبتة للدفع مع عقد التأسيس لدى إدارة الشركة". وقد ذهب المشرع المصري في المادة 29 إلى أنه لا يتم تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلا إذا دفعت قيمة الحصص كاملة.

أما بالنسبة لقانون الشركات الأردني، فلم يشترط تسديد كامل الحصص النقدية عند التأسيس بل استوجب أن يتم تسديد ما لا يقل عن 50% من رأس مال الشركة عند التأسيس، ويودع لدى احد البنوك، ويقسط الباقي على قسطين يدفعان خلال السنتين التاليتين لتسجيل الشركة (المادة 59/ب).

ويعتضى نصوص القانونين اليمني والمصري، فإنه في حالة تحول شركة التضامن إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة يجب تسديد قيمة الحصص بالكامل، لأن هذه الحصص هي ضمان دائني الشركة، وهذا إجراء مقرر

لصالح الغير.

الفرع الثاني: القواعد التي يجب مراعاتها عند تحول شركة التضامن إلى شركات المساهمة

عند تحول الشركة لا بد أن يحدث تغييراً في النظام مما يوجب مراعاة تطبيق القواعد التي تحكم الشكل الذي يتم التحويل إليه، ففي التحول من شركة التضامن إلى شركة التوصية بالأسهم أو شركة المساهمة يتعين مراعاة عدد من القواعد:

- احترام الحد الأدنى للقيمة الاسمية للسهم:

السهم هو النصيب الذي يشترك به المساهم في الشركة، وهو يقابل حصة الشريك في شركات الأشخاص، وقد نصت المادة (224) من قانون الشركات اليمني على أن "يقسم رأس مال شركة التوصية بالأسهم إلى أسهم متساوية القيمة" ولمبدأ تساوي الأسهم الذي يشترطه المشرع فوائده عملية، حيث يسهل توزيع الأرباح على المساهمين، كما يسهل معرفة عدد الأصوات التي يتمتع بها كل مساهم في الجمعيات العامة، كما تنص الفقرة الأولى من المادة (94) على أنه "يجب ألا تقل القيمة الاسمية للسهم عن عشرة آلاف ريال".

وقد نص المشرعان الأردني والمصري على أن يقسم رأس مال الشركة إلى أسهم متساوية القيمة، كما حددا الحد الأدنى للسهم بحيث لا تقل عن دينار واحد في الأردن وخمسة جنيهات في مصر⁽²⁷⁾.

ولذا يجب عند التحويل من شركة التضامن إلى شركة التوصية بالأسهم أو الشركة المساهمة أن يراعي الحد الأدنى لقيمة السهم الاسمية، ويلاحظ أن القانون ينص على أن يكون السهم غير قابل للتجزئة⁽²⁸⁾، إلا أن المشرع اليمني ينص في المادة 94/ج من قانون الشركات على أنه "إذا تملك السهم أشخاص متعددون وجب أن يختاروا أحدهم لينوب عنهم في استعمال الحقوق المتصلة بالسهم...".

ويتضح مما سبق أن المشرع اليمني يمنع على الشركة أن تصدر جزءاً من سهم، ولكنه لا يمنع أن يشترك في ملكية السهم أكثر من واحد، وفي حالة تعدد

الملاك لسهم واحد فإنهم يكونون مسؤولين بالتضامن عن الالتزامات التي تترتب على هذه الملكية، ويجب على الشركاء أن يختاروا أحدهم لينوب عنهم أمام الشركة، في حين لم يجز المشرع الأردني الاشتراك في ملكية السهم الواحد إلا للورثة بحكم الخلفية فيه لمورثهم⁽²⁹⁾.

ولا أرى ما يمنع من الاشتراك في ملكية السهم ما دام أن من يمثل حقوقهم تجاه الشركة واحد وليس الكل، ولا أعلم الحكمة من وراء القيد الذي تبناه القانون الأردني.

- الاكتتاب في كامل رأس مال الشركة:

طلب المشرع اليمني لتأسيس شركات المساهمة الاكتتاب في كامل رأس المال، حيث تنص الفقرة (ب) من المادة 77 من قانون الشركات على أن "لا يتم تأسيس الشركة إلا إذا اكتتب برأس المال كاملاً".

وقد تباينت التشريعات المقارنة بهذا الشأن، فالمشرع المصري يشترط أن يتم الاكتتاب بكامل رأس المال⁽³⁰⁾ ومصداقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "يشترط لصحة الاكتتاب في تأسيس شركات المساهمة أن يكون رأس مالها مكتتب فيه بالكامل سواء

كان الاكتتاب فورياً أو على التعاقب حتى يتوافر لها الضمان اللازم لقيام نشاطها"⁽³¹⁾، في حين اكتفى المشرع الأردني بما دون ذلك⁽³²⁾.

ولتحقيق هذا الشرط أوجب المشرع اليمني على المؤسسين أن يعرضوا رأس المال كله للاكتتاب العام على عكس ما هو معمول به في التشريع الأردني الذي يسمح بعرض جزء من رأس المال للاكتتاب فيه، ثم يعرض الجزء الباقي بعد تأسيس الشركة، وتبعاً لحاجاتها إلى أموال جديدة عند ممارسة نشاطها، وهذه الطريقة تسمى بالاكتتاب المجزأ أو المتتابع.

وعلى الرغم من أن المشرع اليمني قد اشترط أن يتم الاكتتاب برأس المال كله، إلا أن هذا لا يعني بالضرورة أن تطلب الشركة من المكتتب أن يدفع قيمة الأسهم التي اكتتب بها كاملة، إذ تنص المادة (95) من قانون الشركات على أن

"تدفع قيمة الأسهم النقدية دفعة واحدة أو على أقساط، ولا يجوز أن يقل القسط الواجب تسديده عند الاكتتاب عن 20% من قيمة السهم، ويجب أن يسدد كامل قيمة السهم خلال أربع سنوات من تاريخ قرار إعلان التأسيس".
ونحن نرى أن موقف المشرع اليمني كان حكيماً باشتراط الاكتتاب في كامل رأس المال، لأن من شأن ذلك حماية مصلحة دائني الشركة والمكتسبين والشركة ذاتها.

- تداول الأسهم العينية:

الأسهم العينية هي تلك الأسهم التي تمثل حصة عينية يلتزم الشريك بتقديمها للشركة، يستوي في ذلك أن تكون هذه الحصة عقاراً أم منقولاً، ويجب الوفاء بهذه الحصة كاملة⁽³³⁾.

وهذا النوع من الحصص يحتاج إلى نوع من الحماية القانونية أكبر مما تتطلبه الأسهم النقدية، فقد يتم تقويمها بأكثر من قيمتها الحقيقية، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالشركة والدائنين وجماعة المساهمين الذين قدموا حصصاً نقدية، ولخطورة الحصة العينية فقد نص المشرع اليمني في المادة 201/أ على أنه "لا يجوز تداول الأسهم النقدية التي يكتب بها المؤسسون أو الأسهم العينية قبل نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنة مالية لا تقل عن اثني عشر شهراً من تاريخ تأسيس الشركة، وتظل هذه الأسهم اسمية ولا يجوز تسليمها لأصحابها خلال المدة المذكورة، ويوضع عليها ما يدل على نوعها وتاريخ تأسيس الشركة". ولا يجيز القانونان الأردني والمصري تداول هذه الأسهم قبل مرور سنتين على إصدارها⁽³⁴⁾.

ولا يقصد بهذا الحظر الحكم على الأسهم العينية بعدم التداول وعدم الحركة خلال هذه المدة بصفة نهائية، ولكن قصد المشرع من ذلك منع المعاملات التي قد تدفع إلى المضاربة⁽³⁵⁾.

والسؤال الذي يثور هنا: هل تخضع الأسهم التي تصدر بدلاً من حصص الشركاء التي تمثل التقدمة العينية في الشركة قبل تحويلها للقيد على تداولها عند

تحويل شركة التضامن إلى شركة التوصية بالأسهم أو الشركة المساهمة؟ ذهب الفقهاء الفرنسيون التقليديون إلى أن عملية حظر تداول الأسهم الممثلة للحصص العينية لمدة سنتين بعد تأسيس الشركة نهائياً لا يمتد إلى الأسهم المصدرة، والتي تمثل رأس مال الشركة بعد تحويلها، وعلى ذلك فليس ثمة تقدمه عينية للشركة المحول إليها طالما أنه لم يحدث تأسيس لشخصية معنوية جديدة، ولا انتقال للملكية⁽³⁶⁾.

وعلى العكس من هذا الرأي، ذهب بعض الفقه المصري⁽³⁷⁾ إلى ضرورة أن يشمل الحظر المنصوص عليه على تداول الأسهم العينية التي تعطى مقابل الحصص العينية للشركاء في حالة تحويل شركة التضامن إلى شركات المساهمة، ضماناً لتحقيق الحكمة التي من أجلها فرض القانون هذا الحظر، وأن يبدأ هذا الحظر منذ إتمام تحويل الشركة من شكل شركة التضامن إلى شركة مساهمة.

وفي ظل عدم وجود نص قانوني يعالج هذا الموضوع صراحة، فأني أرى أن عملية حظر تداول الأسهم الممثلة للحصص العينية لا يمتد إلى الأسهم المصدرة، والتي تمثل رأس مال الشركة بعد تحويلها، وذلك للأسباب التالية:

- إن المشرع اليمني تطلب أن ترفق مع طلب التحويل ميزانية آخر سنة مالية للشركة إذا لم يكن قد مضى على تسجيلها أكثر من سنة، وبالتالي فإن المشرع يتطلب مرور سنة على تسجيل الشركة قبل تحويلها، وهي مدة حظر تداول الأسهم العينية في القانون اليمني نفسها.

- إن التحويل ليس خلقاً لشخصية معنوية جديدة، ولا انتقالاً للملكية، كما أن الحكمة التي من أجلها فرض القانون هذا الحظر غير متوافرة في حالة التحويل.

- أن المشرع اليمني أجاز تداول الأسهم التي يكتب بها المؤسسون في حالة زيادة رأس المال إذا كان قد مضى على تأسيس الشركة المساهمة أكثر من سنة.

- تقدير الحصص العينية:

ليس من شك في أن الحصص العينية تحتاج إلى نوع من الحماية القانونية، فقد يتم تقييم هذه الحصص بأكثر من قيمتها الحقيقية، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالشركة والدائنين وجماعة المساهمين الذين قدموا حصصاً نقدية، وقد اخضع المشرع تقدير الحصص العينية في شركات التوصية بالأسهم لقواعد معينة على خلاف شركات التضامن، فلا توجد قواعد خاصة لتقدير الحصص العينية، وذلك لما توفره المسؤولية التضامنية المطلقة للشركاء في هذه الشركات من حماية كافية للغير، وعند تحول شركة التضامن إلى شركة التوصية بالأسهم أو الشركة المساهمة الخاصة لا بد من مراعاة هذا الإجراء الخاص بتقدير الحصص العينية حتى يقع التحول صحيحاً، وقد حرصت القوانين المقارنة على وضع أحكام خاصة لتقييم الحصص العينية إذا دخلت في رأس مال شركات المساهمة أو التوصية بالأسهم⁽³⁸⁾.

ويثور التساؤل: هل تطبق قواعد تقويم الحصص العينية عند التأسيس أو زيادة رأس المال عند تحول الشركة من شكل شركة التضامن إلى شكل شركة التوصية بالأسهم أو الشركة المساهمة؟

ذهب المشرعان اليمني والأردني إلى أنه عند تحول شركة التضامن إلى شركة توصية بالأسهم أو شركة المساهمة الخاصة التي انفرد بها المشرع الأردني لا بد من تقدير القيمة الفعلية لموجودات ومطلوبات الشركة للوصول إلى صافي حقوق الشركاء، وحتى لا يتم الإجحاف في تقدير تلك الموجودات والمطلوبات بالزيادة أو النقص عن القيمة الفعلية أو السوقية، فإنه يحق لمراقب عام الشركات أن يتحقق من صحة تقديرات صافي حقوق الشركاء، وغالباً ما يتم تشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص للتحقق من صحة تقديرات موجودات ومطلوبات الشركة لبيان صافي حقوق الشركاء، وتحمل الشركة بدل أتعاب اللجنة التي يحددها المراقب⁽³⁹⁾.

أما عن موقف القانون المصري، فنجد أن المادة 299 من اللائحة التنفيذية

لقانون الشركات رقم 159 لسنة 1981، قد أوجبت مراعاة إجراءات وأوضاع تأسيس الشركة التي يتم التغيير إليها فيما عدا ما يلي:
تحديد صافي أصول الشركة:

واكتفى بما هو ثابت بدفاتر الشركة وقوائمها المالية من بيانات، ولم يتطلب مقابل إعفاء الشركة من تقييم موجوداتها أي إجراء خاص، وقد انتقد هذا الموقف للمشرع المصري، ورأى البعض⁽⁴⁰⁾ أن الاستغناء عن تقدير الحصص العينية كان يجب أن يقابله إجراء آخر أو شروط خاصة تكفل حماية الغير وعدم التحايل على أحكام القانون خصوصاً أنه لا توجد قواعد خاصة لتقدير الحصص العينية في شركات التضامن لما توفره المسؤولية التضامنية المطلقة للشركاء في هذه الشركة من حماية كافية للغير.

لذا فإنه عند تحول شركة التضامن إلى شركة التوصية بالأسهم أو شركة المساهمة، فإن تقدير الحصص العينية يبدو من إجراءات وأوضاع التأسيس التي يجب مراعاتها عند التحول.

- عدد الشركاء ورأس مال الشركة:

تنص المادة (223) من قانون الشركات اليمني على حد أدنى لعدد الشركاء في شركة التوصية بالأسهم بقولها "يجوز أن تتكون شركة التوصية بالأسهم من شريك متضامن واحد، أما الشركاء المساهمون فلا يجوز أن يقل عددهم عن خمسة". كما تنص المادة 228 على أنه "لا يجوز أن يقل عدد المؤسسين عن ستة". وبالنسبة لشركات المساهمة فقد نصت المادة (61) من قانون الشركات اليمني على أنه "لا يجوز أن يقل عدد الشركاء عن خمسة"

وفي القانون الأردني يجب أن لا يقل عدد الشركاء عن خمسة اثنان شركاء متضامنون وثلاثة شركاء مساهمون بالنسبة لشركة التوصية بالأسهم، وفي شركات المساهمة العامة فلا يجوز أن يقل عدد الشركاء عن اثنين⁽⁴¹⁾.

أما القانون المصري فإنه يجيز أن تتكون شركة التوصية بالأسهم من شريك واحد متضامن وشريك مساهم واحد، ولا يجوز أن يقل عدد الشركاء في

شركات المساهمة عن ثلاثة⁽⁴²⁾.

ويثور التساؤل: حول ما هو الجزاء عندما يقل عدد الشركاء عن الحد الأدنى في هذا النوع من الشركات؟

وبمراجعة نصوص القانونين اليمني والأردني، فإنه لا يوجد نص صريح يعالج هذه الحالة، وذلك على عكس ما فعله المشرع المصري، حيث نص في المادة (8) من قانون الشركات على أنه في حالة تخلف الحد الأدنى لعدد الشركاء تعتبر الشركة منحلّة بقوة القانون إذا لم تبادر خلال ستة أشهر على الأكثر إلى استكمال هذا النصاب.

كما يجب أن لا يقل رأس مال شركة التوصية بالأسهم عن ثلاثة ملايين ريال في القانون اليمني، وعن مائة ألف دينار أردني في الأردن، وعن مائتين وخمسين ألف جنيه في مصر، أما بالنسبة للشركة المساهمة العامة فيجب أن لا يقل رأس مالها عن خمسين مليون ريال بالنسبة للشركات ذات الاكتتاب العام، وعن خمسة عشر مليون ريال بالنسبة للشركات المقفلة في القانون اليمني، وأن لا يقل رأس المال المصرح به عن خمسمائة ألف دينار في الأردن، وفي مصر يجب أن لا يقل رأس المال المصدر بالنسبة للشركة المساهمة ذات الاكتتاب العام عن خمسمائة ألف جنيه، وعن مائتين وخمسين ألف جنيه بالنسبة للشركة التي لا تطرح أسهمها للاكتتاب العام. كما يجب أن لا يقل رأس المال المكتتب به في الشركة المساهمة الخاصة في الأردن عن خمسين ألف دينار أردني.

وبناء على ذلك، إذا أرادت شركة التضامن أن تتحول إلى شركة التوصية بالأسهم أو الشركة المساهمة العامة أو الشركة المساهمة الخاصة فلا بد أن تراعي الحد الأدنى لعدد الشركاء في الشركة المراد التحول إليها، بحيث لا يقل عدد الشركاء عند التحول عن الحد الأدنى، وعليها أن تدخل أعضاء جددًا إذا لم يكن الحد الأدنى فيها يصل إلى العدد المطلوب، كما يجب أن يراعي الحد الأدنى لرأس مال الشركة المراد التحول إليها بحيث لا يقل عنه.

المطلب الثاني : إجراءات تحول شركة التضامن إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو

شركة التوصية بالأسهم أو الشركة المساهمة الخاصة

تحدثنا في المطلب الأول من هذا المبحث عن أهم القواعد التي يجب مراعاتها عند تحول شركة التضامن إلى أحد هذه الأشكال. وفي هذا المطلب سوف نتعرض لكيفية تحول شركة التضامن إلى أحد هذه الأشكال،

وسنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع : الفرع الأول: التقدم بطلب خطي إلى مراقب عام الشركات - الفرع الثاني: تقدير صافي حقوق الشركاء - الفرع الثالث: الترخيص بالتحويل - الفرع الرابع: شهر عملية التحويل

الفرع الأول: التقدم بطلب خطي إلى مراقب عام الشركات

عند الرغبة في تحول شركة التضامن إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة، أو شركة التوصية بالأسهم، أو الشركة المساهمة الخاصة يشترط المشرعان اليمني والأردني أن يقدم جميع الشركاء طلباً خطياً إلى المراقب يفيد رغبتهم في تحويل صفة الشركة شريطة أن يتضمن موافقة الشركاء بالإجماع على التحويل⁽⁴³⁾، أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يتطلب موافقة الشركاء بالإجماع على التحويل واكتفى بموافقة ثلاثة أرباع الشركاء⁽⁴⁴⁾.

وبما أن المدير التأسيسي في شركات التضامن يتمتع بوضع متميز وقوي، فهو من الناحية العملية غير قابل للعزل إلا بالموافقة الجماعية، إذ لا يجوز عزله إلا لسبب مشروع أو بقرار من المحكمة، وهذا الوضع يجعله يعارض فكرة التحول في حالة ما إذا كان هناك أي إنقاص للمميزات التي يتمتع بها في شركة التضامن. ولتجنب ما يسببه رفض المدير للتحويل من عراقيل، ومع كثرة التحول من شركات التضامن إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فقد نادى الفقه الفرنسي بأن تمتد هذه الميزة للمدير التأسيسي في شركات التضامن عند التحول إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وأن تكون سلطة العزل من اختصاص المحاكم⁽⁴⁵⁾.

وفي حالة الأخذ بهذا، فلن يكون هناك خوف من موافقة المدير النظامي

على تحول شركة التضامن إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لأن هذا النوع من التحول لن ينقص من مركزه شيئاً، فسيظل متمتعاً بمركزه القوي في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

ويجب أن يتضمن الطلب المقدم أسباب التحويل ومبرراته، ونوع الشركة التي سيتم التحويل إليها، كما يجب أن يرفق بالطلب البيانات التالية:

1- ميزانية الشركة للمستتين الأخيرتين السابقتين لطلب التحويل مصدقة من مدقق حسابات قانوني، وفي حالة أن الشركة لم يكن قد مضى على تسجيلها أكثر من سنة، فيكتفى في هذه الحالة بتقديم ميزانية آخر سنة مالية للشركة.

2- بيان بتقديرات الشركاء لموجودات الشركة ومطلوباتها.

والحكمة من ذلك هو التحقق من جدية العملية ومنع التحايل على أحكام القانون، وحتى لا يكون القصد من التحويل هو الإضرار بالدائنين.

وبعد أن يتم تقديم طلب التحويل يتولى مراقب عام الشركات الإعلان عن طلب التحويل في صحيفة يومية واحدة على الأقل وعلى نفقة الشركة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، على أن يبين في الإعلان فيما إذا كان هناك اعتراض من الدائنين أو الغير، ويتطلب القانون اليمني الموافقة الخطية من جميع الدائنين على التحول⁽⁴⁶⁾، في حين اكتفى المشرع الأردني بموافقة الدائنين الذين يملكون أكثر من ثلثي الديون المترتبة على الشركة⁽⁴⁷⁾، وكنا نتمنى على المشرع اليمني مسايرة المشرع الأردني حتى لا يؤدي ذلك إلى عرقلة عملية التحويل.

- الفرع الثاني: تقدير صافي حقوق الشركاء

لما كانت الشركة الراغبة في التحول هي شركة قائمة ولديها موجودات نقدية وعينية، ومن الممكن أن يكون لديها أيضاً مطلوبات للغير، فإنه لا بد من تقدير القيمة الفعلية لهذه الموجودات والمطلوبات للوصول إلى صافي حقوق الشركاء، وحتى لا يتم الإجحاف في تقدير تلك الموجودات والمطلوبات بالزيادة أو النقص عن القيمة الفعلية أو السوقية، فإنه يحق لمراقب عام الشركات

أن يتحقق من صحة تقديرات صافي حقوق الشركاء حسب واقع الحال بالطريقة التي يراها مناسبة، وغالباً ما يتم تشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص من قبل مراقب عام الشركات للتحقق من صحة تقديرات موجودات ومطلوبات الشركة لبيان صافي حقوق الشركاء، وتحمل الشركة بدل أتعاب اللجنة التي يحددها المراقب⁽⁴⁸⁾.

وعلى اللجنة تقديم تقرير تفصيلي بالإجراءات والمهام التي قامت بها لبيان صافي حقوق الشركاء.

ولم يكن المشرع موفقاً بجعل التثبيت من قيمة الحصص العينية أمراً جوازياً للمراقب، وكان يجب أن يجعل أمر التثبيت من قيمة الحصص العينية وجوبياً حماية لحقوق دائني الشركة أو الشركاء الذين دفعوا قيمة حصصهم نقداً، لأن المبالغة في تقدير الحصص العينية يجعل رأس مال الشركة الفعلي أقل من رأس المال الاسمي الذي يعتمد عليه دائنو الشركة في تعاملهم معها⁽⁴⁹⁾. خصوصاً وأن تقدير الحصص العينية لا يخضع لقواعد معينة في شركة التضامن، وذلك لأن هذه الشركات توفر ضمانات للغير تتمثل في المسؤولية التضامنية للشريك.

أما بالنسبة للمشرع المصري، فقد استثنى تقدير موجودات الشركة من الشروط التي يجب مراعاتها عند التحول، ولم يتطلب مقابل هذا الاستثناء أي إجراء خاص كالإجراء الذي نظمه المشرعان اليمني والأردني للتحقق من صافي حقوق الشركاء، بل ذهب إلى الاكتفاء بما جاء في دفاتر الشركة وميزانيتها من بيانات⁽⁵⁰⁾. مما جعله محل انتقاد من قبل بعض الفقه⁽⁵¹⁾، واعتبار ذلك قصوراً كان يجب أن يقابل بإجراء آخر أو شروط خاصة تكفل حماية الغير وعدم التحايل على أحكام القانون، وكان من الأفضل للمشرع المصري أن يضع نظاماً لتقدير صافي أصول الشركة وقت التحول عن طريق الالتجاء إلى أهل الخبرة حتى يتفادى زيادة التزامات المساهمين، ويحقق مصلحة الغير ويحقق التناسق بين الاستثناء الذي أورده والشرط الذي أوجبه، وهو استيفاء إجراءات تأسيس الشكل المحمول إليه.

- الفرع الثالث : الترخيص بالتحول

بعد تقديم طلب التحول والإعلان عنه والتحقق من صحة تقديرات صافي حقوق الشركاء، يثور التساؤل حول من له سلطة إصدار القرار بشأن تحول الشركة.

تنص المادة (265/د) من قانون الشركات اليمني على أن "للوزير قبول التحويل أو رفضه على أن يكون الرفض مسيَّباً". وتنص الفقرة (هـ) من المادة نفسها على أنه "في حالة موافقة الوزير على التحويل تستكمل إجراءات التسجيل والنشر وفقاً لأحكام القانون".

في حين أعطى المشرع الأردني هذه السلطة لمراقب عام الشركات⁽⁵²⁾، أما المشرع المصري فقد اشترط أن توافق اللجنة المنصوص عليها في المادة (18) من قانون الشركات المصري على التحويل⁽⁵³⁾، وهذه اللجنة تشكل بقرار من الوزير لفحص طلبات إنشاء الشركات... ولا نرى ما يوجب اشتراط موافقة الوزير في القانون اليمني على التحول، وكان على المشرع أن يكتفي بموافقة مراقب عام الشركات حتى لا يؤدي ذلك إلى عرقلة عملية التحول، ومما سبق يتضح أن القرار إما أن يصدر بالموافقة أو الرفض أو أن يسكت عن اتخاذ القرار، وفيما يلي نبحت كل من هذه الحالات بإيجاز:

- القرار بالموافقة : عند صدور القرار بالموافقة على تحول الشركة، تستكمل إجراءات التسجيل والنشر المتعلقة بتسجيل الشركة التي يتم التحويل إليها⁽⁵⁴⁾.

- القرار بالرفض: في حال إصدار القرار بعدم الموافقة على تحول الشركة، لا بد أن يخضع القرار لأصول الطعن المقررة والمتمثلة في حق الشركاء بالاعتراض على قرار الرفض حسب مقتضى الحال لدى وزير الصناعة والتجارة أو لدى محكمة العدل العليا، ويشترط المشرع اليمني أن يكون قرار الرفض مسيَّباً⁽⁵⁵⁾.

- السكوت عن اتخاذ القرار: إذا كان موقف الجهة المختصة بإصدار القرار

من طلب التحويل السكوت، بمعنى امتناع الجهة المختصة عن اتخاذ القرار بالموافقة أو الرفض، في هذه الحالة تطبق أحكام المادة (11) من قانون محكمة العدل العليا الأردنية، ويعتبر هذا الموقف في حكم القرار الإداري⁽⁵⁶⁾، وبالتالي يحق لمقدمي الطلب الطعن لدى محكمة العدل العليا، وفقاً لأحكام قانون محكمة العدل العليا.

الفرع الرابع: شهر عملية التحول

تخضع الشركات التجارية لإجراءات الشهر المنصوص عليها في القوانين التجارية، وشهر الشركة تبرره ضرورة علم الغير بقيام الشخص المعنوي، ولذا يلزم أن ينصب علم الغير على أية عملية أخرى تتعرض لها الشركة، وتحول الشركة يعتبر تغييراً في نظام الشخص المعنوي، ولذا يلزم شهر التحول للغاية نفسها، وهي أن يعلم الغير بتغيير شكل الشخص المعنوي⁽⁵⁷⁾.

ويؤكد قانون الشركات اليمني على ضرورة شهر عملية التحول، حيث تنص المادة 269 على أنه "لا يتم تحويل الشركة إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل والنشر المقررة بموجب هذا القانون". كما تنص الفقرة (ب) من المادة 265 على أن "يعلن المراقب عن طلب التحويل في صحيفة يومية رسمية واحدة محلية على الأقل وعلى نفقة الشركة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب".

ولذلك نجد أن المشرع قد جعل شهر عملية التحول على مرحلتين: المرحلة الأولى: وفيها يتم شهر طلب التحويل، وذلك بالإعلان عنه في صحيفة يومية رسمية واحدة محلية من قبل مراقب عام الشركات وعلى نفقة الشركة، ويكون ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويجب على المراقب أن يبين في الإعلان فيما إذا كان هناك اعتراضات من الدائنين أو الغير.

المرحلة الثانية: وفيها يتم شهر عملية التحول طبقاً لإجراءات شهر الشركة التي يتم التحويل إليها، وفي هذه الحالة يجب على مراقب الشركات بعد

الموافقة على التحول إتمام إجراءات تسجيل الشركة في السجل الخاص بنوع الشركة المحول إليها، وذلك بعد استيفاء الرسوم المقررة، كما يقوم المراقب بنشر إعلان عن تسجيل الشركة في الجريدة الرسمية على نفقة الشركة⁽⁵⁸⁾، ومن ثم يتم التأشير بتحول الشركة في سجل شركات التضامن. كما يلزم المؤسسين بالقيام بمعاملات إشهار الشركة في السجل التجاري وفقاً لأحكام القانون⁽⁵⁹⁾.

وفي هذا الاتجاه سار المشرع الأردني، ونص على أن لا يتم تحويل الشركة إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل والنشر⁽⁶⁰⁾، كما تطلب أيضاً الإعلان عن طلب التحويل في صحيفتين يوميتين على الأقل خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب⁽⁶¹⁾.

ويستخلص شهر عملية التحول في مصر من نص المادة 299 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التي تتطلب في تغيير شكل الشركة مراعاة إجراءات وأوضاع تأسيس الشركة التي يتم التغيير إليها في حدود ما تنظمه اللائحة التنفيذية، ومن القاعدة العامة التي تقضي بوجوب شهر أي تعديلات تطرأ على الشركة بعد نشأتها⁽⁶²⁾. ولا توجد في القانون المصري إجراءات خاصة لتحويل الشركة، ومن ثم يتم شهر التحول بالإجراءات المقررة ذاتها لشهر الشركة، وهي النشر في الوقائع المصرية، أو النشرة الخاصة لهذا الغرض، وهي صحيفة الشركات⁽⁶³⁾، كما يجب الإشهار عن طريق القيد في السجل التجاري⁽⁶⁴⁾.

وطبقاً لما ورد بنص المادة 299 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري، فإن قرار الجمعية العامة غير العادية التي قررت تغيير شكل الشركة يجب أن يتضمن الموافقة على عقد تأسيسها أو نظامها واختيار مجلس الإدارة الأول ومراقب الحسابات.

ويستخلص من هذا أن القانون أوجب شهر نظام الشركة المحول إليها، ولا بد أيضاً من شهر قرار التحول، ويجب أن تفي البيانات التي يتم شهرها بالغاية من الشهر⁽⁶⁵⁾.

المطلب الثالث : جزاء مخالفة إجراءات التحول

يترتب على عدم مراعاة الشروط المفروضة قانوناً لتحول الشركة أو عدم شهر التحول بطلان عملية التحول أو عدم نفاذها، وهذا البطلان لا يمس إلا عملية التحول دون أن يمتد إلى بطلان الشركة ذاتها، والبطلان قد يكون بسبب مخالفة قانون الشركات أو نظام الشركة، وقد يكون بسبب مخالفته للأحكام العامة.

وعلى ضوء ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول: البطلان لعدم صحة عملية التحول - الفرع الثاني: البطلان لعدم الشهر.

الفرع الأول: البطلان لعدم صحة عملية التحول

تكون عملية تحول الشركة معيبة، وبالتالي باطلة، إذا لم تراعى الشروط المنصوص عليها لصحة هذه العملية، ولم تتعرض قوانين الشركات محل الدراسة للجزاء المترتب على عدم مراعاة الشروط القانونية لتحول الشركة، إلا أن بطلان عملية التحول في القانون اليمني لا تثير مشكلة حول أساسها القانوني لوجود نص المادة 287 من قانون الشركات التي تنص على أنه "بدون إخلال بالحق في المطالبة بالتعويض عند الاقتضاء يعتبر باطلاً كل تصرف أو تعامل أو قرار يصدر على خلاف القواعد المقررة في هذا القانون".

وكذلك بالنسبة لقانون الشركات المصري، فقد نص في المادة (161) منه على الحكم نفسه و بصياغة القانون اليمني نفسها. أما بالنسبة لقانون الشركات الأردني فلا يوجد فيه نص مماثل لنص القانونين اليمني والمصري، وبالتالي فإن بطلان تحول الشركة يبقى محكوماً بالقواعد العامة لبطلان الشركة.

ولذلك فإنه يتعين القضاء ببطلان تحول الشركة إذا لم تراعى القواعد التي يجب إتباعها عند التحول، وإذا ما قضي ببطلان التحول تعود الشركة إلى شكلها الأول وهو شكل شركة التضامن.

الفرع الثاني: البطلان لعدم الشهر

لقد سبق القول إن تحول الشركة يجب شهره، مثله في ذلك مثل أي

عمليات تطراً أثناء حياة الشركة، وأن إجراءات شهر عملية التحول هي إجراءات شهر الشركة نفسها.

والسؤال الذي يثار: ما هو الجزء الذي يترتب نتيجة عدم شهر التحول؟ وهنا نجد أن المادة 269 من قانون الشركات اليمني قضت بأن "لا يتم تحويل الشركة إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل والنشر المقررة بموجب هذا القانون".

وبمقتضى هذا النص، نجد أن الجزء الذي يرتبه هو عدم التحول، وبالتالي فإن الشركة تظل على الشكل السابق للتحول، وقد تبنى المشرع الأردني الحكم نفسه في المادة 220 من قانون الشركات وبالصيغة في القانون اليمني نفسها.

ويلاحظ على نص المادة 269 من قانون الشركات اليمني أن المشرع ترك المادة بدون فواصل بين الجمل، مما يشير اللبس في ذهن القارئ حول مكان تطبيقها، وهل تطبق على كل عمليات التحول أم تقتصر على التحول إلى الشركة المساهمة العامة، وأرى أن تصبح الجملة الأولى مادة مستقلة على الشكل التالي (لا يتم تحويل الشركة إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل والنشر المقررة بموجب هذا القانون).

أما بالنسبة للمشرع المصري، فقد جعل جزء عدم الشهر هو عدم الاحتجاج بتغيير الشكل الذي يتم على الغير، فتظل الشركة على الشكل السابق للتحويل في مواجهة الغير، وذلك بمقتضى نص المادة 3/75 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات، والتي تنص على أنه "لا يعتد بأي تعديل يطرأ على العقد أو النظام بالنسبة للغير إلا من تاريخ إيداعه بمكتب السجل التجاري المختص والتأشير به في السجل".

ويلاحظ أن المشرع المصري فرق بين شركات الأموال وشركات الأشخاص في ترتيب الجزاء على عدم الشهر، حيث جعل البطلان هو جزاء عدم الشهر في شركات الأشخاص، وليس عدم النفاذ بالنسبة للغير كما هو الحال بالنسبة لشركات الأموال.

المبحث الثالث

الأحكام الخاصة بتحول شركة التضامن إلى الشركة المساهمة العامة

باستعراض موقف القانونين اليمني والأردني بالنسبة لتحول شركات التضامن، نجد أن المشرعين لم يتعرضوا لعملية تحول شركة التضامن إلى الشركة المساهمة العامة، وأجازا فقط تحول الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التوصية بالأسهم إلى شركات المساهمة العامة.

وهذا على عكس ما فعله المشرع المصري، حيث أجاز تحول شركات التضامن إلى شركة المساهمة، وذلك بالنص عليه صراحة في المادة 299 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات رقم 159 لسنة 1981، التي تنص على أنه "يجوز تغيير الشكل القانوني لشركات الأشخاص إلى شركة مساهمة أو شركة توصية بالأسهم، أو شركة مسؤولية محدودة بموافقة ثلاثة أرباع الشركة..."

ويلاحظ أن المشرع المصري جعل التحول إلى شركة المساهمة بشروط التحول إلى الأشكال الأخرى نفسها التي أجاز التحول إليها. ولذا يلزم عند التحول موافقة ثلاثة أرباع الشركاء، وكذلك موافقة اللجنة على التحول، ومن ثم شهر عملية التحول.

ومن المعروف أن شركات المساهمة تتكون أساساً لتجميع رؤوس الأموال للقيام بمشاريع معينة بصرف النظر عن الاعتبار الشخصي للمساهمين، وهذا على خلاف شركات التضامن الذي يكون فيها لشخص الشريك اعتبار هام وأساسي.

ولذا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إجراءات تحول شركة التضامن إلى الشركة المساهمة العامة.

المطلب الثاني: جزاء مخالفة إجراءات التحول.

المطلب الأول: إجراءات تحول شركة التضامن إلى الشركة المساهمة العامة

أشرنا فيما تقدم إلى أن تحول الشركة من شكل إلى آخر، لا يتم بقوة القانون، حتى في الحالات التي يكون فيها التحول وجوبياً، وإنما لابد من موافقة

الشركاء على إجرائه.

والتحول لا بد أن يتم شهره، وذلك حتى يعلم الغير نوع الشركة التي يتعامل معها، ويتبع في إجراءات الشهر في حالة التحول إجراءات الشهر في حالة التكوين نفسها.

وسنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: الفرع الأول: قرار الشركاء - الفرع الثاني: الترخيص بالتحول - الفرع الثالث: شهر عملية التحول

الفرع الأول: قرار الشركاء

عند الرغبة في تحول شركة التضامن إلى شركة مساهمة عامة، لا بد من صدور قرار الموافقة من جماعة الشركاء، وهنا يثور التساؤل: هل لا بد من إجماع الشركاء على التحول أم تكفي أغلبية معينة؟

بالنظر إلى موقف القانونين اليمني والأردني، نجد أنهما لم يجيزا تحول شركة التضامن إلى شركة مساهمة عامة، وكان ينبغي عليهما إجازة هذا النوع من التحول وتشجيعه، خاصة أن الشريك سيأخذ مركزاً أفضل وهو مركز المساهم بما له من مميزات لا توجد في شركات التضامن وما يؤدي إليه هذا التحول من دعم الاستثمار وتوسيع مجالاته.

أما بالنسبة للمشرع المصري، فقد أجاز تحول شركة التضامن إلى شركة المساهمة العامة، ولذلك سوف نتحدث عن الموافقة المطلوبة لتحول الشركة في القانون المصري.

تنص المادة 299 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري على أنه "يجوز تغيير الشكل القانوني لشركات الأشخاص إلى شركة مساهمة أو شركة توصية بالأسهم أو شركة مسؤولة محدودة بموافقة ثلاثة أرباع الشركاء مع عدم الإخلال بحقوق الغير لدى الشركة أو الشركاء...".

مما تقدم نلاحظ أن المشرع المصري اكتفى بأغلبية ثلاثة أرباع الشركاء على التحول، وذلك على اعتبار أن هذا التحول لا تترتب عليه زيادة في التزامات الشريك، بل على العكس فإن الشريك سينتقل إلى مركز أفضل وهو

مركز المساهم.

ويلاحظ أن المشرع المصري عندما تطلب أغلبية ثلاثة أرباع الشركاء على تحول شركة التضامن لم يعالج موقف المدير التأسيسي في شركة التضامن الذي لا يجوز عزله إلا بموافقة جميع الشركاء.

ولذلك فإن الطريق الوحيد للشركاء الراغبين في التخلص من المدير التأسيسي هو اللجوء إلى القضاء لاستصدار قرار بعزل المدير ولأسباب مشروعة⁽⁶⁶⁾.

الفرع الثاني: الترخيص بالتحول

تنص المادة 299 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري على أنه يجب أن توافق اللجنة المنصوص عليها في المادة 18 من القانون على التغيير. وهذه اللجنة تشكل بقرار من الوزير المختص لفحص طلبات إنشاء الشركات برئاسة وكيل وزارة على الأقل، وعضوية ممثلين عن إدارة الفتوى المختص بمجلس الدولة، وتتولى الجهة الإدارية المختصة أعمال الأمانة بالنسبة لهذه اللجنة⁽⁶⁷⁾.

ولم تحدد المادة 299 من اللائحة التنفيذية أية أحكام خاصة بعمليات تقديم الطلب ومرفقاته عند الرغبة بتحويل الشركة، ومن ثم تتم عملية تقديم الطلبات عند تغيير الشكل مثلما تتم عند الإنشاء، وبالتالي يقدم طلب تغيير الشكل إلى الإدارة العامة للشركات مرفقاً به قرار التحول، ثم يحال طلب التحويل إلى لجنة الفحص بعد أن تقوم الإدارة العامة للشركات بقيده في السجل المعد لذلك، وفحصه للتأكد من استيفاء الأوراق المطلوبة⁽⁶⁸⁾.

ولم يحدد القانون سلطة اللجنة في الاعتراض على طلب التحويل، ومن ثم فإن اللجنة المنصوص عليها في المادة (18) تقوم بمراقبة ما هو منصوص عليه بشأن تغيير الشكل في المادة 299 من اللائحة التنفيذية، من استيفاء شركة التضامن إجراءات وأوضاع تأسيس الشركة المساهمة، مع مراعاة الاستثناءات الواردة والتي تعلق ب:

أ- العقد الابتدائي للشركة.

ب- تقييم موجودات الشركة، ويكتفى بما جاء بدفاتر الشركة وميزانيتها من بيانات.

ج - اجتماع المؤسسين.

ويجب أن تقوم اللجنة بالبت في الطلب خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الأوراق مستوفاة إلى اللجنة، فإذا رفضت اللجنة الطلب لأي سبب من الأسباب، فيجب أن يكون قرار الرفض مسبباً، وأن يخطر به كل من مصلحة السجل التجاري، ومكتب السجل المختص، وأصحاب الشأن، خلال مدة الستين يوماً، ولأصحاب الشأن معاودة تقديم الطلب إذا أزالوا الأسباب التي بني عليها قرار الرفض⁽⁶⁹⁾. إما إذا انقضت مدة الستين يوماً على تاريخ إحالة الأوراق مستوفاة إلى اللجنة من أمانتها ولم يبت في الطلب، اعتبر الطلب مقبولاً، ويجوز للمؤسسين أن يمضوا في التحول بتوثيق القرار وشهره⁷⁰.

ويلاحظ أن المشرع المصري تطلب موافقة اللجنة على التحول، وبالتالي فإنه من الممكن استخدام التحول للتحويل على موافقة الوزير على التأسيس، حيث وإن اشترط موافقة الوزير المختص تختلف غايته التي قد تكون سياسة عن غاية موافقة اللجنة، والتي تستهدف التحقق من صحة إجراءات التأسيس. بالإضافة إلى أن نص المادة 299 من اللائحة التنفيذية بعفي الشركة المحولة (شركة التضامن) من تقييم موجوداتها عند التحول والاكتفاء بما هو وارد في دفاتر الشركة وميزانيتها، ونتيجة لذلك قد يظهر بعض القصور في اشتراط موافقة اللجنة على التحول.

الفرع الثالث: شهر عملية التحول

متى تمت إجراءات التحول وصدر قرار اللجنة بالموافقة على التحول لزم شهرها حتى يتسنى للكافة العلم بتغيير شكل الشخص المعنوي.

وبالنظر إلى نص المادة 229 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري، لا نجد ما يفيد صراحة شهر التحول ولا إجراءات خاصة بعمليات شهر التحول،

ولكن يمكن استخلاص ذلك منها، حيث تتطلب اللائحة التنفيذية عند تغيير شكل الشركة مراعاة إجراءات وأوضاع تأسيس الشركة المحول إليها في حدود ما تنظمه اللائحة، كما يستخلص من نص المادة 58 من التقنين التجاري وجوب شهر أي تعديلات تطرأ على الشركة بعد نشأتها. ومن ثم يتم شهر تغيير الشكل القانوني لشركة التضامن بالإجراءات المقررة نفسها لشهر الشركة المساهمة.

وتنص المادة 22 من قانون الشركات المصري على أنه "يجب إشهار عقد الشركة ونظامها بحسب الأحوال في السجل التجاري".

كما تنص المادة 3/75 من اللائحة التنفيذية على أنه "يتعين على مجلس إدارة الشركة أو القائمين بإدارتها بحسب الأحوال أن يودعوا كل تعديل يطرأ على العقد أو النظام بذات المكتب الذي تم فيه الإيداع لأول مرة "مكتب السجل التجاري الذي يتبع مركز الشركة الرئيسي".

والأصل أن لكل من الشركاء استيفاء إجراءات الشهر، على أن الالتزام بشهر التعديل وبالتالي بشهر تغيير شكل الشركة يقع على عاتق المديرين، كما هو واضح بنص اللائحة التنفيذية، والمدير أو مجلس الإدارة الذي يقع عليه الالتزام بالنشر هو مدير أو مجلس إدارة الشركة المساهمة التي تحولت إليها شركة التضامن، لأن التحول يستتبع زوال صفة المدير للشركة التي تم تغيير شكلها⁽⁷¹⁾. وتولى الإدارة العامة للشركات النشر بصحيفة الشركات وعلى نفقة الشركة بعد موافقتها من مكتب السجل التجاري بصورة من قرار التحول ونظام الشركة وشهادة بالتأشير بالتحول في السجل التجاري⁽⁷²⁾.

المطلب الثالث: جزاء مخالفة إجراءات التحول

يترتب على عدم مراعاة الشروط المفروضة قانوناً لتحول الشركة أو عدم شهر التحول بطلان عملية التحول أو عدم نفاذها، وبطلان التحول قد يكون لعدم صحة عملية التحول، وأما لعدم اتخاذ إجراءات الشهر.

الفرع الأول: البطلان لعدم صحة عملية التحول

تكون عملية تغيير الشكل معيبة، وبالتالي باطلة، إذا لم تراعى الشروط

المنصوص عليها لصحة هذه العملية، ولا يثير بطلان عملية تغيير الشكل في القانون المصري مشكلة حول أساسه القانوني، حيث تنص المادة 161 من قانون الشركات على أنه "مع عدم الإخلال بحق المطالبة بالتعويض عند الاقتضاء يقع باطلاً كل تصرف أو تعامل أو قرار يصدر على خلاف القواعد المقررة في هذا القانون ...".

لذلك فإنه يتعين القضاء ببطلان عملية تغيير الشكل من شركة تضامن إلى شركة مساهمة إذا لم يراع عند التحول أوضاع وإجراءات تأسيس الشكل المحول إليه، أو لم تراع الأغلبية المطلوبة للموافقة على التحول أو موافقة اللجنة المختصة، وإذا ما قضى ببطلان التحول تعود الشركة إلى شكلها السابق وهو شكل شركة التضامن.

الفرع الثاني: البطلان لعدم الشهر

أن لعملية الشهر الخاصة بالشركات التجارية أهمية كبيرة خاصة فيما يتعلق بعلم الغير، ولضمان العلانية للشركة والاحتجاج بها على الغير.

ويلاحظ أن المشرع المصري قد جعل جزاء عدم الشهر بالنسبة لشركات المساهمة هو عدم الاحتجاج بتغيير الشكل الذي يتم على الغير، حيث نص في المادة 3/75 من اللائحة التنفيذية على أنه "ولا يحتج بأي تعديل يطرأ على العقد أو النظام بالنسبة للغير إلا من تاريخ إيداعه بمكتب السجل التجاري المختص والتأشير به في السجل".

ومن ذلك يفهم أن الجزاء المترتب على عدم الشهر أو مخالفة إجراءاته بالنسبة لشركة المساهمة هو عدم النفاذ تجاه الغير.

الخاتمة

هدف هذا البحث إلى دراسة القواعد القانونية الخاصة بتحول شركة التضامن في كل من القانون اليمني والأردني والمصري، وقد انتهينا إلى الإحاطة بكل ما تمكنا من الإحاطة به من الموضوعات المتعلقة بتحول شركة التضامن، وكان حديثنا في موضوع أحكام تحول شركة التضامن موجهاً نحو جعل هذه

القوانين تواكب الازدهار الاقتصادي والتجاري اللذين تشهدهما هذه الدول، بالإضافة إلى تطلعات الشركات الراغبة في التحول بما يسهل عليها التوصل بتغيير شكلها إلى حيز الوجود دون الدخول في إشكاليات قانونية، وقد قمنا ببيان الأحكام الخاصة بتحول شركة التضامن، موضحين القواعد والإجراءات التي يجب مراعاتها عند تحول شركة التضامن، وخلصنا من هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي نتمنى أن نكون قد وفقنا في الوصول إليها ونجمل أهمها على النحو التالي:

- اتضح أثناء البحث أن التشريعات محل الدراسة قد قصرت الحق في التحول وقيدته على أشكال محددة، وذلك على عكس ما فعلته بعض التشريعات ومنها المشرع الفرنسي الذي عمم مبدأ تغيير الشكل، سواء لشركات الأموال أو لشركات الأشخاص، وجعله حقاً مطلقاً للشركات، ونادى بأن يحذو المشرع في كل من اليمن والأردن ومصر حذو المشرع الفرنسي بالنص على جواز التحول كمبدأ عام، دون أن يضيقوه.

- اتضح من خلال الدراسة أن المشرع المصري لم يتعرض لعملية تحول شركة التضامن إلى شكل شركة التوصية البسيطة، ورأينا أنه من الجائز أن يتم تغيير الشكل القانوني لشركة التضامن إلى شركة التوصية البسيطة إذا ورد نص خاص في عقد الشركة، ونتمنى أن يحذو المشرع المصري حذو المشرعين اليمني والأردني بالنص صراحة على هذا النوع من التحول، ويبين شروط وسلطة إجراءاته تفادياً لما قد يثيره عدم وجود نص من مشاكل عملية.

- حسناً فعل المشرع الأردني عندما أعطى لمراقب عام الشركات الحق في منح مقدمي طلب تحويل الشركة مهلة للقيام بتصحيح الإجراءات المخالف للقانون خلال مدة معينة إذا تبين له بعد التدقيق أن في تحول الشركة ما يخالف القانون أو النظام العام أو إضرار بالاقتصاد الوطني بدلاً من رفض الطلب، وذلك على خلاف المشرع اليمني الذي لم يعط المراقب الحق في ذلك، وتمنينا على المشرع اليمني أن ينهج نهج المشرع الأردني ويعطي المراقب الحق في ذلك.

- يلاحظ أن المادة 22 من قانون الشركات اليمني جاءت خالية من تحديد المدة الواجب فيها التظلم من قرار مراقب الشركات برفض تحول الشركة، أو المدة التي يجوز خلالها الطعن بقرار الوزير برفض التظلم، وهذا يعني أن المشرع أراد إتاحة الفرصة لتقديم التظلم من قرار المراقب أو الوزير في أي وقت، ورأينا أنه من الأفضل تحديد فترة زمنية للتظلم من قرار مراقب الشركات أو الطعن بقرار الوزير باعتبارهما من القرارات الإدارية، وذلك على نحو ما فعله المشرع الأردني في المادة (11/ب شركات).

- لم يتضمن قانون الشركات الأردني نصاً يميز للشركاء القيام بإجراءات الإشهار بعد انتهاء المدة المحددة قانوناً، على خلاف المشرعين اليمني والمصري اللذين أجازا تصحيح هذا البطلان بإتمام إجراءاته القانونية، وتمينا على المشرع الأردني أن يحذو حذو المشرعين اليمني والمصري بتبني نص يميز ذلك، كون الضرورات العملية والاقتصادية تقضى به وتحبذه، لما فيه من حفاظ على الشركات وتصحيح لمسارها ودعم نشاطها.

- يلاحظ أن المشرع المصري قد استثنى تقدير موجودات الشركة من الشروط التي يجب مراعاتها عند التحول، ولم يتطلب مقابل هذه الاستثناء أي إجراء خاص، وذلك على عكس المشرعين اليمني والأردني اللذين تطلبا تقدير صافي حقوق الشركاء عند الرغبة في التحول، وهو إجراء حسن، إلا أن المشرعين لم يكونا موفقين بجعل التثبيت من قيمة الحصص العينية أمراً جوازيًا للمراقب، وكان يجب أن يجعل الأمر التثبيت من قيمة الحصص العينية وجوبياً حماية لحقوق دائني الشركة والشركاء الذين دفعوا قيمة حصصهم نقداً، ولذا فإننا نوصي المشرع المصري بأن يضع نظاماً لتقدير صافي أصول الشركة وقت التحول عن طريق الالتجاء إلى أهل الخبرة حتى يتفادى زيادة التزامات المساهمين ويحقق مصلحة الغير، ويحقق التناسق بين الاستثناء الذي أورده والشرط الذي أوجبه، وهو استيفاء إجراءات تأسيس الشكل المحول إليه.

- اتضح لنا من خلال الدراسة أن التشريعات محل الدراسة لم تعالج مسألة

ما إذا كانت الأسهم التي تصدر بدلا من حصص الشركاء والتي تمثل التقدمة العينية في الشركة قبل تحويلها تخضع للقيود على تداولها عند تحويل شركة التضامن إلى أحد شركات الأسهم.

- ورأينا - أن عملية حظر تداول الأسهم الممثلة للحصص العينية لا تمتد إلى الأسهم المصدرة، والتي تمثل رأس مال الشركة بعد تحويلها، ما دام أن التحويل ليس خلقاً لشخصية معنوية جديدة، وليس انتقالاً للملكية، كما أن الحكمة التي من أجلها فرض القانون هذا الحظر غير متوافرة في حالة التحول، وبالتالي فإننا نوصي بأن يعالج هذا الموضوع بنص صريح وذلك تفاديا لما قد يثيره من مشكلات عملية قد تؤدي إلى عرقلة عملية التحول.

- نتمنى على المشرعين اليمني والأردني أن يجيزا تحول شركة التضامن إلى شركة المساهمة العامة لما لذلك النوع من مزايا، وأن يضعوا نظاماً للتحول يحفز الشركات المختلفة على التحول بما يكفل تطوير أنشطتها استجابة لمتطلبات المرحلة التي يمر بها اقتصاد البلدين، خصوصاً وأن السوق اليمني يزخر بعدد كبير من الشركات غير المنظمة في أحد الأشكال القانونية المعروفة، وكوني لا أرى فائدة من عدم جواز هذا التحول، خصوصاً وأن شركة التضامن تستطيع أن تتحول إلى شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة توصية بالأسهم، ومن ثم تتحول من هذا النوع إلى شركة مساهمة عامة، وهو ما يزيد في إجراءات التحول دون مبرر.

الهوامش:

(1) لمزيد من التفاصيل انظر نص المحاضرة التي ألقاها الدكتور محمد الجليلاتي بعنوان "متطلبات تحويل الشركات العائلية إلى شركات مساهمة" في المركز الثقافي بالمزة بتاريخ 5

2007 / 5/ .

(2) ملتقى الشركات العائلية الذي عقد في دبي عام 2006 .

- ملتقى الشركات العائلية الذي عقد في اليمن عام 2007 .

(3) المنظمة العربية للتنمية الإدارية (وحدة الشركات العائلية العربية) .

- مؤسسة التمويل الدولية IFC.

- مركز المشروعات الدولية الخاصة CIPF.

- اتحاد غرف التجارة الخليجية - قسم الشركات العائلية .
- (4) فهميم، مراد منير، تحول الشركات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 93.
- (5) المادة 1/22 شركات يميني، المادة 11/ب شركات أردني.
- (6) المواد 2/16، 2/22، 4/22 شركات يميني، المادة 12 شركات أردني.
- (7) المادة 11 شركات أردني.
- (8) المادة 11/ب شركات أردني، المادة 22 شركات يميني.
- (9) المادة 4/22 شركات يميني، 11/د شركات أردني.
- (10) العموش، إبراهيم، شرح قانون الشركات الأردني، المبادئ العامة وشركة التضامن، عمان، 1994، ص 39.
- (11) شمسان، حمود محمد، الشركات التجارية، دار الشوكاني للطباعة والنشر، صنعاء، 1997، ص 157.
- (12) المادة (14) شركات أردني.
- (13) غطاشة، أحمد عبد اللطيف، الشخصية الاعتبارية للشركة المساهمة العامة، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، 1996، ص 56.
- (14) فهميم، مراد منير، تحول الشركات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 97.
- (15) معوض، نادية محمد، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 154، محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 110.
- (16) سعودي، محمد توفيق، تغيير الشكل القانوني للشركات، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1988، ص 218.
- (17) فهميم، مراد منير، تحول الشركات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 141.
- (18) الزيني، علي، النظرية العامة للشركات، ج1، ط2، بدون دار نشر، 1945، ص 217 وما بعدها.
- د. علي البارودي ومحمد فريد العريني، القانون التجاري، ط1، الإسكندرية، 1986، ص 272، نور الدين رجائي، بطلان الشركات التجارية، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ص 89، 15.
- (19) المادة (48) تجاري مصري.
- (20) يونس، على حسن، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1973، ص 261، أميره صدقي، دروس في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 35.
- (21) سلامة، زينب، الشهر التجاري في القانون المصري، الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، 1987، ص 171.
- (22) الشراوي، محمود سمير، القانون التجاري، ج1، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 286.
- (23) العكيلى، عزيز، شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 112.

- (24) ذهب القانون اليمني إلى أن لا يقل رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن ثلاثين مليون ريال يمني وذلك قبل تعديل نص المادة 248 بالقانون رقم 37 لسنة 2008 .
- (25) المادة 242 شركات يمني، المادة (15) شركات مصري، المادة (93) شركات أردني.
- (26) سعودي، محمد توفيق، تغيير الشكل القانوني للشركات، ص225.
- (27) المادة 78/أ شركات أردني، المادة 31 شركات مصري.
- (28) المواد 78/أ شركات أردني، 94/ ج شركات يمني، 31/3 شركات مصري.
- (29) المادة 96 شركات أردني.
- (30) المادة 32 من قانون الشركات المصري، المادة 2/3 من اللائحة التنفيذية لقانون رأس المال المصري رقم 95 لسنة 1992.
- (31) أحمد حسني، قضاء النقض التجاري، (1931-1981) ص313.
- (32) المادة 99/د شركات أردني.
- (33) معوض، نادية محمد، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 298.
- (34) المادة 111 من قانون الشركات الأردني، المادة 1/45 شركات مصري.
- (35) سعودي، محمد توفيق، تغيير الشكل القانوني للشركات، ص364.
- (36) سعودي، المرجع السابق، ص365.
- (37) سعودي، المرجع السابق، ص371.
- (38) المادة 80 شركات يمني، المادة 97 شركات أردني، المادة 25 شركات مصري.
- (39) المادة 216/د شركات أردني، المادة 265/ج شركات يمني.
- (40) فهميم، مراد منير، تحول الشركات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص104، محمد توفيق سعودي، تغيير الشكل القانوني للشركات، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1988، 377 وما بعدها.
- (41) المادة 77، والمادة 90 شركات أردني.
- (42) المادة 3 شركات مصري، المادة 2/1 من اللائحة التنفيذية.
- (43) المادة 216/ب) شركات أردني، المادة 265/أ شركات يمني.
- (44) المادة 299 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري.
- (45) سعودي، محمد توفيق، تغيير الشكل القانوني للشركات، ص214.
- (46) المادة 265/ب شركات يمني.
- (47) المادة 216/ج شركات أردني.
- (48) المواد 216/د شركات أردني، و265/ج شركات يمني.
- (49) العكيلى، عزيز، شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر، عمان، 1998، ص395.
- (50) المادة (299) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري.
- (51) فهميم، مراد منير، تحول الشركات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص111، سعودي، محمد توفيق، تغيير الشكل القانوني للشركات، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1988، ص377.

- (52) المادة 216/ هـ شركات أردني.
- (53) المادة 299 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري.
- (54) المادة 265/ هـ شركات يميني.
- (55) المادة 265/ د شركات يميني.
- (56) نصت المادة (11) من قانون محكمة العدل العليا على أنه يعتبر في حكم القرار الإداري رفض الجهة المختصة اتخاذ القرار أو امتناعها عن اتخاذه إذا كان يترتب عليها اتخاذه بمقتضى التشريعات المعمول بها.
- (57) سعودي، محمد توفيق، تغيير الشكل القانوني للشركات، ص 406.
- (58) انظر المواد 1/68، 1/245 ب شركات يميني.
- (59) المادة 245/ ز شركات يميني.
- (60) المادة 220 شركات أردني.
- (61) المادة 216/ ح شركات أردني.
- (62) المادة 58 من التقنين التجاري المصري.
- (63) المادة 79 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري.
- (64) المادة 22 شركات مصري.
- (65) سعودي، محمد توفيق، تغيير الشكل القانوني للشركات، ص 408.
- (66) المادة 1856 من القانون المدني الأردني.
- (67) المادة 18 شركات مصري.
- (68) المادة 17 شركات مصري.
- (69) لمزيد من التفاصيل، يراجع د. محمد توفيق سعودي، تغيير الشكل القانوني للشركات، ص 400.
- (70) سعودي، المرجع السابق، ص 400 .
- (71) فهم، مراد منير، تحول الشركات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 200.
- (72) المواد 79/78 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري.

النظام القانوني لجرائم الحرب

دراسة في الجريمة والعقوبة

بمقتضى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة

بقلم

أ/ أنصاف بن عمران

معهد العلوم القانونية والإدارية

المركز الجامعي بختشلت



الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان أهمية الخطوات المبذولة في مجال القانون الدولي العام، من أجل حماية حقوق الإنسان في أكثر الأوساط انتهاكا لهذه الحقوق؛ أي: أثناء النزاعات المسلحة بنوعها الدولية وغير الدولية، هذه الخطوات التي تعبر عن تطور القانون الدولي العام في فرعيه القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي.

وقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، من أهمها أخذ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بالتقسيم الموضوعي لجرائم الحرب، مما يساعد على الخروج من نفق النص القانوني (لا جريمة إلى بنص). وكذا اعتبار الجرائم التي ترتكب أثناء نزاع مسلح غير دولي جرائم حرب تدخل في اختصاص المحكمة الموضوعي. وأيضا اعتبار جريمة الاستيطان ومصادرة الأراضي من ضمن جرائم الحرب، ويعتبر ذلك أحد مكاسب الدول العربية في مؤتمر روما. وأخيرا عدم إدراج نص صريح يقضي بتجريم أسلحة الدمار الشامل ضمن جرائم الحرب.

Abstract

This study aimed to demonstrate the importance of the steps undertaken in the field of international law for the protection of human rights in more communities in violation of these rights - that is, during armed conflicts both types of international and non-international -, these steps that reflect the evolution of international law in the branches of international humanitarian law and international criminal law.

The study found a set of results are obtained: (1) taking the Statute of the International Criminal Court division of the substantive crimes of war, which helps to get out of the tunnel of the legal text (no offense to the text). (2) considering the crimes committed during an armed conflict not of an international war crimes within the jurisdiction of the Court modes. (3) the crime of settlements and confiscation of land from within the war crimes, and is seen as one gains the Arab States at the Rome Conférence. (4) non-inclusion of an express provision to criminalise weapons of mass destruction as war crimes.

مقدمة:

تحتدم عشرات النزاعات المسلحة في الوقت الحالي في شتى بقاع العالم، ويحمل لنا صباح كل يوم جديد، أخبارا عن إحدى الفجائع التي ترتكب باسم الحرب، من مذابح وتعذيب وإعدامات بإجراءات موجزة أو دون محاكمات، إضافة إلى ترحيل المدنيين وإشراك الأطفال بشكل مباشر في العمليات العسكرية والقائمة لا تنتهي. وقد يجادل البعض بأن هذه مجرد بعض شروخ الحرب التي لا بد منها. ولكن ذلك غير صحيح، فهذه الأعمال غير المشروعة هي انتهاكات صريحة لمجموعة من القوانين المعترف بها عالميا والمعروفة باسم القانون الدولي الإنساني.

والحق أن محاولات تقنين الحرب وتنظيمها قديمة جداً، فقد تبنتها الأديان السماوية وجهر بها الفلاسفة والمفكرون منذ أقدم العصور. كما سعى الكثيرون لترشيد الحرب وتحديد أسبابها وإقرار ما أسموه بـ «الحروب العادلة». ثم انتقلت محاولات هذه الأفكار إلى السياسيين والعسكريين من قادة الدول فسعوا أو سعى بعضهم باستمرار لتقنين الحرب وتنظيمها والحد منها، حتى توصلوا - على الورق - إلى حصرها في الحرب الدفاعية وحدها

في ميثاق الأمم المتحدة، ثم سارت المحاولات بعد ذلك لجعلها أكثر إنسانية، وذلك من خلال تحديد مجموع الأفعال التي تعتبر انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة، أو ما يعرف بجرائم الحرب. هذه الأخيرة التي تم تنظيمها من خلال اتفاقيات القانون الدولي الإنساني خاصة اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949 وبروتوكولاتها الإضافية الثلاث لسنة 1977 - 2005 حيث بينت هذه الصكوك الدولية مبادئ وصور جرائم الحرب، فيما تم تحديد العقوبات على هذه الجرائم من خلال مختلف الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية بدءا من محاكمات الحرب العالمية الأولى ووصولاً إلى تبنى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة لسنة 1998 - هذا الأخير الذي هو موضوع دراستنا - . وهذا ما يمكن وصفه بالنظام أو الهيكل القانوني لجرائم الحرب في جانبه الإجرامي والعقابي.

هذا وتتلخص إشكالية الدراسة في الآتي:

هل أن مجموع القواعد القانونية المحددة للهيكل القانوني للجرائم الحرب في جانبه الإجرامي والعقابي تتماشى والطبيعة المتنامية لانتهاكات حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة، وهل تحقق الحماية اللازمة لضحايا هذه النزاعات، أم أنها قواعد قانونية غير قادرة على فرض احترام حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة؟

ويمكن تفكيك هذه الإشكالية إلى مجموعة من التساؤلات الفرعية:

1. ما المقصود بجرائم الحرب بمقتضى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998؟
 2. ما هي قواعد فرض العقوبة على مرتكبي جرائم الحرب بمقتضى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998؟
 3. ما أهمية بناء نظام قانوني لجرائم الحرب بالنسبة لعالمنا العربي الإسلامي؟
 4. ما الهدف من إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة؟
- وتبدو أهمية هذا الموضوع من خلال ما يلي:
- أ- الانتشار الواسع للنزاعات المسلحة بنوعها الدولية وغير الدولية وما

يتبع ذلك من حدوث جرائم حرب؛ حيث تشن الحكومات والجماعات المسلحة هجمات على المدنيين بشكل اعتيادي، وتقترب جرائم حرب وانتهاكات فظيعة لحقوق الإنسان.

ب- توضيح القيمة الفعلية لاتفاقيات جنيف الأربع وأهميتها، على - اعتبار أنها تشكل الجانب الموضوعي للنظام القانوني لجرائم الحرب - وذلك من خلال تقييمها في محيطها الذي تنتمي إليه. مع الأخذ بعين الاعتبار مختلف التنقيحات والتعديلات التي طرأت على هذه الاتفاقيات منذ التوقيع عليها عام 1949، حيث تم تنقيحها وتطويرها بثلاثة بروتوكولات إضافية، اعتمد اثنان منها في عام 1977 أي قبل 30 سنة خلت، واعتمد الثالث مؤخرًا في عام 2005 ليشمل الكريستالة (البلورة) الحمراء، الشارة الجديدة.

ج- ارتباط موضوع هذا البحث بأكثر الاتفاقيات الدولية قبولاً لدى المجتمع الدولي؛ فهو يرتبط من ناحية باتفاقيات القانون الدولي الإنساني التي تشكل الجانب الموضوعي للنظام القانوني لجرائم الحرب خاصة منها اتفاقيات جنيف الأربع لسنة وبروتوكولاتها الإضافية الثلاثة لسنة 1977 وسنة 2005؛ وكذا يرتبط من ناحية أخرى بمختلف الاتفاقيات الدولية التي تحدد الجوانب الإجرائية لهذا النظام والتي تتمثل في مختلف الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية، بدءاً بمحاكمات الحرب العالمية الأولى ووصولاً إلى تبني النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998.

نظراً لهذه الأهمية التي تكتسبها دراسة موضوع النظام القانوني لجرائم الحرب جاء عنوان دراستنا كالآتي: «النظام القانوني لجرائم الحرب - دراسة في الجريمة والعقوبة بمقتضى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة -».

وبناء عليه ترمي هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

أ- بيان أهمية الخطوات المبذولة في مجال القانون الدولي من أجل حماية حقوق الإنسان في أكثر الأوساط انتهاكاً لهذه الحقوق - أي أثناء النزاعات المسلحة بنوعها الدولية وغير الدولية-، هذه الخطوات التي تعبر عن تطور

القانون الدولي في فرعيه القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي.
 ب- تقديم المعوقات التي تحول دون تحقيق بناء هيكل قانوني متكامل لجرائم الحرب من شأنه تحديد الأفعال التي تعتبر جرائم حرب والتي يجب فرض عقاب على مرتكبيها. مع صياغة مقترحات لوضع نظام قانوني محدد لجرائم الحرب والعقاب عليها.

وفيما يتعلق بالمنهج يجد المرء نفسه محاطا أمام عديد من المناهج، ولعل طبيعة البحث أو لدراسة هي التي تختار لنفسها منهجها أو مناهجها. ولقد اعتمدنا المنهج القانوني، وهو منهج يركز على الاتفاقيات الدولية من حيث أطرافها وكيفية إعدادها وتوقيعها والتصديق عليها وتفسيرها. كما يقوم بالتمييز بين الأفعال المشروعة وغير المشروعة.

1. تعريف المحكمة الجنائية الدولية الدائمة ونظامها الأساسي:

1.1. تعريف المحكمة الجنائية الدولية الدائمة

ورد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نظام روما 1998، أن المحكمة الجنائية الدولية هي هيئة دولية جنائية مستقلة دائمة، تختص بمحاكمة الأشخاص الذين يرتكبون أشد الجرائم خطورة ضد الإنسانية، تلك الجرائم التي تقلق المجتمع الدولي بأسره، وهي موضع اهتمام المجتمع الدولي. حيث تنص المادة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: «تنشأ بهذا محكمة جنائية دولية (المحكمة)، وتكون المحكمة هيئة دائمة لها السلطة لممارسة اختصاصها على الأشخاص إزاء أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي، وذلك على النحو المشار إليه في هذا النظام الأساسي، وتكون المحكمة مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية، ويخضع اختصاص المحكمة وأسلوب عملها لأحكام هذا النظام الأساسي»⁽¹⁾.

فالمحكمة الجنائية الدولية بمقتضى نظامها الأساسي هي عبارة عن هيئة قضائية دولية دائمة تتمتع بالشخصية القانونية الدولية بموجب معاهدة، وهي كهيئة قضائية تعتبر مكملة للمحاكم الوطنية غير القادرة أو غير الراغبة في مقاضاة مرتكبي أشد الجرائم خطورة، والتي تتمثل في جريمة الإبادة

الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، وجريمة العدوان.⁽²⁾ حيث تنص المادة 5 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998 على أنه: « 1- يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم التالية:

أ- جريمة الإبادة الجماعية.

ب- الجرائم ضد الإنسانية.

ج- جرائم الحرب.

د- جريمة العدوان.

2- تمارس المحكمة الاختصاص على جريمة العدوان متى اعتمد حكم بهذا الشأن وفقاً للمادتين 121 و 123 يعرف جريمة العدوان ويضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة، ويجب أن يكون هذا الحكم متسقاً مع الأحكام ذات الصلة من ميثاق الأمم المتحدة».⁽³⁾

فالمحكمة تسعى إلى وضع حد للثقافة العالمية المتمثلة في الإفلات من العقوبة، وهي ثقافة قد يكون فيها تقديم شخص ما إلى العدالة لقتله شخصاً واحداً أسهل من تقديمه لها لقتله مئة ألف شخص مثلاً، فالمحكمة الجنائية الدولية هي أول هيئة قضائية دولية تحظى بولاية عالمية، وبزمن غير محدود، لمحكمة مجرمي الحرب ومرتكبي الفظائع بحق الإنسانية وجرائم إبادة الجنس البشري.

ففي 17 جوان 1998 وافقت 120 دولة في اجتماع للجمعية العمومية للأمم المتحدة في إيطاليا على ما يعرف بميثاق روما، واعتبرته قاعدة لإنشاء محكمة جنائية دولية دائمة، وعارضت هذه الفكرة سبع دول على رأسها إسرائيل والولايات المتحدة الأمريكية وامتنعت 21 عن التصويت.⁽⁴⁾ لتأسس المحكمة الجنائية الدولية بصفة قانونية في الأول من جوان 2002 بموجب ميثاق روما، الذي دخل حيز التنفيذ في 11 أبريل من السنة نفسها، بعد تجاوز

عدد الدول المصادقة عليه ستين دولة.

هذا وقد فتحت المحكمة الجنائية إلى غاية سنة 2009 تحقيقات في أربع قضايا: أوغندا الشمالية وجمهورية الكونغو الديمقراطية والجمهورية الأفريقية الوسطى ودارفور. كما أنها أصدرت 9 مذكرات اعتقال واحتجزت اثنين من المشبه بهما في ارتكاب جرائم في انتظار المحاكمة.⁽⁵⁾

2.1. تعريف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية:

النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هو عبارة عن المعاهدة الدولية المتعددة الأطراف التي من خلالها تأسست المحكمة الجنائية الدولية، هذا ويتميز النظام الأساسي للمحكمة بخاصيتين تتمثلان فيما يلي:

1.2.1. النظام الأساسي للمحكمة هو معاهدة دولية:

وفقا لاتفاقيتي فيينا لقانون المعاهدات الدولية لسنتي 1969 - 1986، أن الاتفاق يعتبر معاهدة دولية أي كانت تسميته، ذلك أن التسمية لا تلعب دورا هاما في هذا الخصوص: فقد يسمى اتفاقا أو معاهدة أو بروتوكولا أو إعلانا أو ميثاقا أو نظاما أساسيا أو تسوية مؤقتة أو تبادلًا للمذكرات أو تبادلًا للخطابات أو محضرا حرفيا تمت الموافقة عليه.⁽⁶⁾

2.2.1. النظام الأساسي للمحكمة لا يجوز وضع التحفظات عليه:

التحفظ هو إعلان انفرادي، أي كانت تسميته، تلحقه دولة ما وقت توقيعها على المعاهدة أو وقت إعلانها قبول الالتزام بها، والذي بمقتضاه تقصد الدولة أن تستبعد أو تعدل الأثر القانوني لبعض نصوص المعاهدة في تطبيقها عليها.

وبالنسبة للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فقد نصت المادة 120 على عدم جواز وضع أي تحفظ عليه. وعلى ذلك فهو يشكل كلا لا يتجزأ، بمعنى أنه يجب أخذه كله أو طرحه كله.⁽⁷⁾

2. تنظيم جرائم الحرب والعقاب عليها في نظام روما الأساسي:

سعى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إلى تنظيم جرائم الحرب من خلال تحديده لصور هذه الجرائم بناء على الركن المادي لها، ثم تحديد عقوبات تسلط على مرتكبي هذه الجرائم، هذا ما يستدعي منا تحديد تعريف

لجرائم الحرب في عنصر أول، ثم تحديد أنواع العقوبات التي يمكن أن تسلط على مرتكبي هذا النوع من الجرائم وإجراءات توقيع هذه العقوبات.

1.2. تعريف جرائم الحرب:

تعرف جرائم الحرب تقليدياً بأنها كل الانتهاكات التي ترتكبها الأطراف المتحاربة للقوانين والأعراف الدولية.⁽⁸⁾ وقد عرفتها المادة 6 بند (باء) من لائحة محكمة نورمبرغ بأنها: «الأعمال التي تشكل انتهاكاً لقوانين وأعراف الحرب». كما اتفق ممثلي الاتهام أثناء محاكمات نورمبرغ على أن جرائم الحرب هي: «الأفعال التي ارتكبها المتهمون بالمخالفة لقوانين وأعراف الحرب، والاتفاقيات الدولية والقوانين الجنائية الداخلية والمبادئ العامة للقانون الجنائي المعترف بها في كل الدول المتقدمة».⁽⁹⁾

ويرجع أصل تلك الجرائم إلى القواعد العرفية التي كانت سائدة في القرن التاسع عشر، ثم في اتفاقية جنيف الأولى لعام 1864 المتعلقة بحماية الجرحى العسكريين في الميدان، وتصريح سان بيترسبرغ لسنة 1868 الذي حرم استعمال بعض أنواع الأسلحة في الحرب، ثم في اتفاقيات لاهاي سنة 1899 - 1907، ثم في قائمة لجنة المسؤوليات لجرائم الحرب سنة 1919، ثم في قائمة لجنة الأمم المتحدة لمجرمي الحرب سنة 1942، ثم في لائحة نورمبرغ الفقرة ب من المادة 6 سنة 1945 ولائحة محكمة طوكيو الدولية المادة 5 سنة 1946، ثم في المبدأ السادس من مبادئ نورمبرغ، وفي مشروع تقنين الجرائم ضد السلام وأمن البشرية المادة 2 فقرة 12 وفي اتفاقيات جنيف الأربع الموقعة في 12 أغسطس سنة 1949 في المواد 50 من الاتفاقية الأولى، والمادة 51 من الاتفاقية الثانية، والمادة 130 من الاتفاقية الثالثة، والمادة 147 من الاتفاقية الرابعة. وقد حددتها المادة 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنها: «يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب، ولاسيما عندما ترتكب في إطار خطة أو سياسية عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم».

لغرض هذا النظام الأساسي، تعني «جرائم الحرب»:

- (أ) الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة 12 آب/ أغسطس 1949، أي فعل من الأفعال التالية ضد الأشخاص أو الممتلكات الذين تحميهم أحكام اتفاقية جنيف ذات الصلة.
- (ب) الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة، في النطاق الثابت للقانون الدولي.
- (ج) في حالة وقوع نزاع مسلح غير ذي طابع دولي، الانتهاكات الجسيمة للمادة 3 المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة 12 آب/ أغسطس 1949.
- (هـ) الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، في النطاق الثابت للقانون الدولي⁽¹⁰⁾.

وعليه نخلص إلى القول أن جرائم الحرب هي مجموع الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، ولتحديد أكثر لجرائم الحرب يجب التمييز بين الانتهاكات البسيطة والانتهاكات الجسيمة هذه الأخيرة التي تعني مجموع المخالفات المنصوص عليها صراحة، والتي تتميز بالإلزام الذي يوجب على الدول أن تتخذ أي تدبير تشريعي يقتضيه القمع المناسب، ومن ناحية أخرى، بالالتزام الذي يقضي بمعاقبة أو طرد مرتكب هذه الانتهاكات أو المتواطئ مع مرتكبيها، أما الانتهاكات البسيطة فهي تعني كل الأفعال المنافية للاتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949 وبروتوكولاتها الإضافية الثالث لستي 1977 - 2005 والتي تتخذ حيالها تدابير تأديبية وعقابية⁽¹¹⁾.

2.1.2. جرائم الحرب الواردة في اتفاقيات جنيف الأربع:

تضمنت اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949 تعدادا حصريا لجرائم الحرب التي التزمت الدول الموقعة عليها بسن تشريعات داخلية للعقاب عليها. كما أنها أوجبت على الدول المذكورة معاقبة أي جريمة أخرى من جرائم الحرب في القانون الدولي لم يرد ذكرها في هذا التعداد. حيث تنص المواد 49 من اتفاقية جنيف الأولى، والمادة 50 من اتفاقية جنيف الثانية، والمادة 12 من اتفاقية جنيف الثالثة، والمادة 146 من اتفاقية جنيف الرابعة على أنه: « تتعهد

الأطراف السامية المتعاقدة بأن تتخذ أي إجراء تشريعي يلزم لفرض عقوبات جزائية فعالة على الأشخاص الذين يقترفون أو يأمرن باقتراف إحدى المخالفات الجسيمة لهذه الاتفاقية، المبينة في المادة التالية.

يلتزم كل طرف متعاقد بملاحقة المتهمين باقتراف مثل هذه المخالفات الجسيمة أو بالأمر باقترافها، وبتقديمهم إلى محاكمه، أيأ كانت جنسيتهم. وله أيضاً، إذا فضل ذلك، وطبقاً لأحكام تشريعه، أنه يسلمهم إلى طرف متعاقد معني آخر لمحاكمتهم مادامت تتوفر لدى الطرف المذكور أدلة اتهام كافية ضد هؤلاء الأشخاص.

على كل طرف متعاقد اتخاذ التدابير لوقف جميع الأفعال التي تتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية بخلاف المخالفات الجسيمة المبينة في المادة التالية: «ويتفجع المتهمون في جميع الأحوال بضمانات للمحاكمة والدفاع الحر لا تقل ملاءمة عن الضمانات المنصوص عنها بالمادة 105 وما بعدها من اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب، المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949»⁽¹²⁾.

والجرائم التي ورد النص عليها في تلك الاتفاقيات عددها ثلاثة عشر جريمة وردت في المادتين 50 - 53 من اتفاقية جنيف الأولى، والمادتين 44 - 51 من الاتفاقية الثانية، والمادة 13 من الاتفاقية الثالثة، والمادة 147 من الاتفاقية الرابعة، مع شيء من الاختلاف بالزيادة أو النقصان في كل اتفاقية من الاتفاقيات، وهي مقسمة على النحو الآتي:

أ- جرائم منصوص عليها في الاتفاقيات الأربع:

1- القتل العمد.

2- التعذيب.

3- التجارب البيولوجية.

4- إحداث آلام كبرى مقصودة.

5- الاعتداءات الخطيرة ضد السلامة الجسدية والصحية.

6- المعاملة غير الإنسانية.

ب- جريمة وردت في الاتفاقيتين الأولى والثانية:

- 1- سوء استعمال علم الصليب الأحمر أو شارته، والأعلام المماثلة.
- ج- جرائم وردت في الاتفاقيات الأولى والثانية والثالثة:
 - 1- تخريب الأموال والاستيلاء عليها بصورة لا تبررها الضرورات العسكرية، والتي تنفذ على نطاق واسع غير مشروع وتعسفي.
 - د- جرائم وردت في الاتفاقيتين الثالثة والرابعة:
 - 1- إكراه شخص على الخدمة في القوات العسكرية لدولة العدو.
 - 2- حرمان شخص محمي من حقه في محاكمة قانونية وحيادية، حسبما تفرضه الاتفاقيات الدولية.
 - 3- إبعاد الأشخاص ونقلهم من أماكن تواجدهم، بصورة غير مشروعة.
 - 4- الاعتقال غير المشروع.
 - 5- أخذ الرهائن.

3.1.2. الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة، في النطاق الثابت للقانون الدولي⁽¹³⁾:
إذا كانت مجموعة الجرائم التي تضمنتها المادة الثامنة في فقرتها الثانية أ، هي تلك الجرائم الناتجة عن الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949، فإن الجرائم التي ستعرض لها في السطور القادمة، هي تلك الجرائم التي تشكل صورة أخرى من صور الانتهاكات الجسيمة للقوانين والأعراف السارية على النزاعات المسلحة الدولية بغض النظر عن اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949، وهي كالآتي:

- 1- تعمد توجيه هجمات ضد السكان المدنيين بصفتهم هذه أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية.
- 2- تعمد توجيه هجمات ضد مواقع مدنية، أي المواقع التي لا تشكل أهدافا عسكرية.
- 3- تعمد شن هجمات ضد موظفين مستخدمين أو منشآت أو مواد أو وحدات أو مركبات مستخدمة في مهمة من مهام المساعدة الإنسانية أو حفظ السلام عملا بميثاق الأمم المتحدة ماداموا يستحقون الحماية التي توفر

- للمدنيين أو للمواقع المدنية بموجب قانون المنازعات المسلحة.
- 4- تعمد شن هجوم مع العلم بأن هذا الهجوم سيسفر عن خسائر تبعية في الأرواح أو عن إصابات بين المدنيين أو عن إلحاق أضرار مدنية أو عن إحداث ضرر واسع النطاق وطويل الأجل وشديد للبيئة الطبيعية يكون إفراطه واضحا، بالقياس إلى مجمل المكاسب العسكرية المتوقعة الملموسة المباشرة.
- 5- مهاجمة أو قصف المدن أو القرى أو المساكن أو المباني المدنية التي لا تتوافر فيها شروط الأهداف العسكرية، بأية وسيلة كانت.
- 6- قتل أو جرح مقاتل استسلم مختارا يكون قد ألقى سلاحه، أو لم تعد لديه وسيلة للدفاع.
- 7- إساءة استعمال علم الهدنة أو علم العدو أو شارته العسكرية وزيه العسكري أو علم الأمم المتحدة أو شاراتها وأزيائها العسكرية، وكذلك الشعارات المميزة لاتفاقيات جنيف مما يسفر عن موت الأفراد أو إلحاق إصابات بالغة بهم.
- 8- قيام دولة الاحتلال، على نحو مباشر أو غير مباشر، بنقل أجزاء من سكانها المدنيين إلى الأرض التي تحتلها، أو إبعاد أو نقل كل سكان الأرض المحتلة أو أجزاء منهم داخل هذه الأرض أو خارجها.
- 9- تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية، والآثار التاريخية، والمستشفيات وأماكن تجمع المرضى والجرحى، شريطة ألا تكون أهدافا عسكرية.
- 10- إخضاع الأشخاص الموجودين تحت سلطة طرف معاد للتشويه البدني أو لأي نوع من أنواع التجارب الطبية أو العلمية التي لا تبررها المعالجة الطبية، أو معالجة الأسنان أو المعالجة في المستشفى للشخص المعنى والتي لا تجرى لصالحه وتتسبب في وفاة ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص أو في تعريض صحتهم لخطر شديد.
- 11- قتل أفراد متممين إلى دولة معادية أو جيش معاد أو إصابتهم غدرا.
- 12- إعلان أنه لن يبقى أحد على قيد الحياة.

- 13- تدمير ممتلكات العدو أو الاستيلاء عليها ما لم يكن هذا التدمير أو الاستيلاء مما تحتمه ضرورات الحرب.
- 14- إعلان أن حقوق ودعاوى رعايا الطرف المعادى ملغاة أو معلقة أو لن تكون مقبولة في أية محكمة.
- 15- إجبار رعايا الطرف المعادى على الاشتراك في عمليات حربية موجهة ضد بلدهم، حتى وإن كانوا قبل نشوب الحرب في خدمة الدولة المحاربة.
- 16- نهب أي بلدة أو مكان حتى وإن تم الاستيلاء عليه عنوة.
- 17- استخدام السموم أو الأسلحة السامة.
- 18- استخدام الغازات الخانقة أو السامة أو غيرها من الغازات وجميع ما في حكمها من السوائل أو المواد أو الأجهزة.⁽¹⁴⁾
- 19- استخدام الرصاصات التي تتمدد أو تتسطح بسهولة في الجسم البشري، مثل الرصاصات ذات الأغلفة الصلبة التي لا تغطي كامل جسم الرصاصات المحززة الغلاف.
- 20- استخدام أسلحة أو قذائف أو مواد أو أساليب حربية تسبب بطبيعتها أضرارا زائدة أو آلاما لا لزوم لها، أو أن تكون عشوائية بطبيعتها بالمخالفة للقانون الدولي للنزاعات المسلحة، بشرط أن تكون هذه الأسلحة والقذائف والمواد والأساليب الحربية موضع حظر شامل وأن تدرج في مرفق لهذا النظام الأساسي، عن طريق تعديل يتفق والأحكام ذات الصلة الواردة في المادتين 121، 123.
- 21- الاعتداء على كرامة الشخص، وبخاصة المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.
- 22- الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري على النحو المعرف في الفقرة 2 (و) من المادة 7، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي يشكل أيضا انتهاكا خطيرا لاتفاقيات جنيف.

23- استغلال وجود شخص مدني أو أشخاص آخرين متمتعين بحماية لإضفاء الحصانة من العمليات العسكرية على نقاط أو مناطق أو قوات عسكرية معينة.

24- تعمد توجيه هجمات ضد المباني والمواد والوحدات الطبية ووسائل النقل والأفراد من مستعملي الشعارات المميزة المبينة في اتفاقيات جنيف طبقاً للقانون الدولي.

25- تعمد تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب بحرمانهم من المواد التي لا غنى عنها لبقائهم، بما في ذلك تعمد عرقلة الإمدادات الغذائية على النحو المنصوص عليه في اتفاقيات جنيف.

26- تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر إزامياً أو طوعياً في القوات المسلحة الوطنية أو استخدامهم للمشاركة فعلياً في الأعمال الحربية.

4.1.2. الانتهاكات الجسيمة للمادة 3 المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة 12 آب/أغسطس 1949:

بينت المادة الثامنة من نظام روما الأساسي في فقرتها الثانية ج، الأفعال التي تشكل جرائم حرب، أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية، والمتمثلة في الأفعال التالية المرتكبة ضد أشخاص غير مشتركين اشتراكاً فعلياً في الأعمال الحربية، بما في ذلك أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا سلاحهم وأولئك الذين أصبحوا عاجزين عن القتال بسبب المرض أو الإصابة أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، وهي الأفعال التي حددتها الفقرة الأولى من المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع، وهي تنحصر في الأفعال الآتية:⁽¹⁵⁾

1- استعمال العنف ضد الحياة والأشخاص، وبخاصة القتل بجميع أنواعه، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب.

2- الاعتداء على كرامة الشخص، وبخاصة المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.

3- أخذ الرهائن.

4- إصدار أحكام وتنفيذ إعدامات دون وجود حكم سابق صادر عن محكمة

مشكلة تشكيلا نظاميا تكفل جميع الضمانات القضائية المعترف عموما بأنه لا غنى عنها.

5.1.2. الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، في النطاق الثابت للقانون الدولي: (16)

تضمنت المادة الثامنة في فقرتها الثانية بند هـ تحديدا للأفعال التي تشكل انتهاكا جسيما للقوانين والأعراف السارية على المنازعات المسلحة غير الدولية الأخرى بخلاف المادة 3 المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949، وهذه الأفعال تتمثل فيما يلي:

1- توجيه هجمات ضد السكان المدنيين بصفتهم هذه، أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية.

2- تعمد توجيه هجمات ضد المباني والمواد والوحدات الطبية ووسائل النقل والأفراد من مستعملي الشعارات المميزة الميمنة في اتفاقية جنيف طبقا للقانون الدولي.

3- تعمد شن هجمات ضد موظفين مستخدمين أو منشآت أو مواد أو وحدات أو مركبات مستخدمة في مهمة من مهام المساعدة الإنسانية أو حفظ السلام عملا بميثاق الأمم المتحدة، ماداموا يستحقون الحماية التي توفر للمدنيين أو للمواقع المدنية بموجب القانون الدولي للمنازعات المسلحة.

4- تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية، والآثار التاريخية، والمستشفيات، وأماكن تجمع المرضى والجرحى، شريطة ألا تكون أهدافا عسكرية.

5- نهب أي بلدة أو مكان حتى وإن تم الاستيلاء عليه عنوة.

6- الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي.

7- تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر لإزاميا أو طوعيا في القوات المسلحة أو في جماعات مسلحة أو استخدامهم للمشاركة فعليا في

الأعمال الحربية.

- 8- إصدار أوامر بتشريد السكان المدنيين لأسباب تتصل بالنزاع، ما لم يكن ذلك بداع من أمن المدنيين المعنيين أو لأسباب عسكرية ملحة.
- 9- قتل أحد المقاتلين من العدو أو إصابته غدرا.
- 10- إعلان أنه لن يبقى أحد على قيد الحياة.
- 11- إخضاع الأشخاص الموجودين تحت سلطة طرف آخر في النزاع للتشويه البدني أو لأي نوع من التجارب الطبية أو العلمية التي لا تبررها المعالجة الطبية أو معالجة الأسنان أو المعالجة في المستشفى للشخص المعنى، والتي لا تجرى لصالحه وتتسبب في وفاة ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص أو في تعريض صحتهم لخطر شديد.
- 12- تدمير ممتلكات العدو أو الاستيلاء عليها، ما لم يكن هذا التدمير أو الاستيلاء مما تحتمه ضرورة الحرب.

2. العقاب على الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني في نظام روما الأساسي:

للمحكمة أن تحكم بالعقوبات التالية على كل شخص ثبتت إدانته في ارتكاب جريمة حرب بمقتضى نص المادة 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998، وهذا على النحو الآتي:⁽¹⁷⁾

2.2. السجن:

- أ- السجن لعدد محدد من السنوات لفترة أقصاها 30 سنة.
- ب- السجن المؤبد حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة وبالظروف الخاصة للشخص المدان.
- 3.2. عقوبات مالية:

أ- فرض غرامة بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

ب- مصادرة العائدات والممتلكات والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من تلك الجريمة، دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية.

كما يجوز للدول عند ممارستها لاختصاصها الوطني المتعلق بمتابعة مرتكبي جرائم الحرب أن تحكم بعقوبات حسبما تقتضيه تشريعاتها الداخلية ويدخل في هذا الإطار الحكم بعقوبة الإعدام.⁽¹⁸⁾

هذا، وعندما يدان شخص بأكثر من جريمة واحدة، تصدر المحكمة حكماً في كل جريمة، وحكماً مشتركاً يحدد مدة السجن الإجمالية، ولا تقل هذه المدة عن مدة أقصى كل حكم على حدة ولا تتجاوز السجن لفترة 20 سنة أو عقوبة السجن المؤبد وفقاً للفقرة 1 بند (باء) من المادة 77.

كما يجب على المحكمة أن تخصص مدة الاحتجاز إن قضي سابقاً بالاحتجاز عند توقيع عقوبة السجن فيما يتصل بسلوك يكمن وراء الجريمة محل العقوبة، ويكون ذلك وفقاً لأمر صادر من المحكمة، ويجب على المحكمة أيضاً أن تراعي عند تقرير العقوبة عوامل مثل خطورة الجريمة والظروف الخاصة للشخص المدان، وذلك وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.⁽¹⁹⁾

وللمحكمة أن تصدر أمراً يجبر الطرف الضحية بما في ذلك رد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار، ولها أن تأمر بتنفيذ قرار جبر الضرر عن طريق الصندوق الاستئماني، هذا الأخير الذي ينشأ بموجب قرار من جمعية الدول الأطراف لصالح المجني عليهم في الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة ولصالح أسر المجني عليهم. على أن تتكون إرادات هذا الصندوق خاصة من الممتلكات المحصلة في صورة غرامات أو في صورة مصادرات.⁽²⁰⁾

هذا، وينفذ حكم السجن في دولة تعينها المحكمة من قائمة الدول التي تكون قد أبدت للمحكمة استعدادها لقبول الأشخاص المحكوم عليهم. حيث تقوم الدولة المعينة في أية حالة بذاتها بإبلاغ المحكمة فوراً فيما إذا كانت تقبل الطلب. ويجوز للدولة لدى إعلان استعدادها لاستقبال الأشخاص المحكوم عليهم، أن تقرنه بشروط لقبولهم توافق عليها المحكمة. وتقوم دولة التنفيذ بإخطار المحكمة بأية ظروف، يمكن أن تؤثر بصورة

كبيرة في شروط السجن أو مدته ويتعين إعطاء المحكمة مهلة لا تقل عن 45 يوماً من موعد إبلاغها بأية ظروف معروفة أو منظورة من هذا النوع، وخلال تلك الفترة لا يجوز لدولة التنفيذ أن تتخذ أي إجراء يخل بالتزاماتها بموجب المادة 110. في فقرتها 1 والتي تنص على أنه: «1- لا يجوز لدولة التنفيذ أن تفرج عن الشخص قبل انقضاء مدة العقوبة التي قضتها المحكمة.»

وعلى هذا الأساس يكون للمحكمة وحدها الحق في أن تخفف من العقوبة إذا ما توافرت شروط معينة حددتها المادة 110 في فقرتها الثانية- الثالثة - الرابعة والتي تنص على أنه: « 2- للمحكمة وحدها حق البت في أي تخفيف للعقوبة، وتبت في الأمر بعد الاستماع إلى الشخص.

3- تعيد المحكمة النظر في حكم العقوبة لتقرير ما إذا كان ينبغي تخفيفه، وذلك عندما يكون الشخص قد قضى ثلثي مدة العقوبة، أو خمساً وعشرين سنة في حالة السجن المؤبد، ويجب ألا تعيد المحكمة النظر في الحكم قبل انقضاء المدد المذكورة.

4- يجوز للمحكمة، لدى إعادة النظر بموجب الفقرة 3، أن تخفف حكم العقوبة، إذا ما ثبت لديها توافر عامل أو أكثر من العوامل التالية:

أ- الاستعداد المبكر والمستمر من جانب الشخص للتعاون مع المحكمة فيما تقوم به من أعمال التحقيق والمقاضاة.

ب- قيام الشخص طوعاً بالمساعدة على إنفاذ الأحكام والأوامر الصادرة عن المحكمة في قضايا أخرى، وبالأخص المساعدة في تحديد مكان الأصول الخاضعة لأوامر الغرامة أو المصادرة أو التعويض التي يمكن استخدامها لصالح المجني عليهم.

ج- أية عوامل أخرى تثبت حدوث تغيير واضح وهام في الظروف يكفي لتبرير تخفيف العقوبة على النحو المنصوص عليه في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات»⁽²¹⁾.

وحيثما لا تستطيع المحكمة أن توافق على الظروف المشار إليها تقوم المحكمة بإخطار دولة التنفيذ بذلك، وللمحكمة في هذه الحالة الحق في نقل

الشخص المحكوم عليه بالسجن إلى أي دولة أخرى غير دولة التنفيذ، سواء كان ذلك من تلقاء نفسها أو بموجب طلب مقدم من قبل الشخص المحكوم عليه بالسجن.

وفي حالة عدم تعيين أي دولة ينفذ حكم السجن في السجن الذي توفره الدولة المضيفة، وفقاً للشروط المنصوص عليها في اتفاق المقر المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة 3 وفي هذه الحالة تتحمل المحكمة التكاليف الناشئة عن تنفيذ حكم السجن. حيث تنص المادة 3 في فقرتها الأولى والثانية على أنه: «1- يكون مقر المحكمة في لاهاي بهولندا» الدولة المضيفة».

2- تعقد المحكمة مع الدولة المضيفة اتفاق مقر تعتمده جمعية الدول الأطراف ويبرمه بعد ذلك رئيس المحكمة نيابة عنها. «

والمقصود باتفاقات المقر التي تعقدتها المحكمة الجنائية الدولية مع الدول، الاتفاقات التي تعقد بين المحكمة الدولية، من جانب والدولة التي يقع في إقليمها مقر المحكمة الدولية، من جانب آخر، وذلك لغرض تحديد كيفية تسيير عمل المحكمة الدولية في الدولة التي ترتبط معها بهذا الاتفاق. حيث تتناول مثل هذه الاتفاقات الخاصة، تحديد العلاقة بين المحكمة الدولية والسلطات المحلية للدولة التي يقع في إقليمها مقر تواجد المحكمة الدولية.⁽²²⁾

3. نتائج الدراسة:

1- يحسب للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أنه قد جاء بتطور مهم في مفهوم جرائم الحرب، حيث اعتبر الجرائم التي ترتكب أثناء نزاع مسلح غير دولي جرائم حرب تدخل في اختصاص المحكمة الموضوعي، كما يحسب لهذا النظام أنه اعتبر جريمة الاستيطان ومصادرة الأراضي من ضمن جرائم الحرب، ويعتبر ذلك أحد مكاسب الدول العربية في مؤتمر روما.

2- يحسب للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، أنه ساهم مساهمة فعالة في تحديد الأفعال والأعمال التي تشكل جرائم حرب، حيث أخذ بالتقسيم الموضوعي لجرائم الحرب، مما يساعد في الخروج من نفق النص

القانوني (لا جريمة إلى نص).

3- يؤخذ على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عدم إدراج نص صريح يقضي بتجريم أسلحة الدمار الشامل ضمن جرائم الحرب، حيث أنه ربط تجريمها بأن تكون قد جرمتها اتفاقية دولية متعددة الأطراف، وهو ما يتيح للدول الممثلة لهذا السلاح بالتذرع بعدم وجود مثل هذه الاتفاقيات.

خاتمة:

على الرغم من أن الواقع العملي للمحكمة الجنائية الدولية، يشير إلى أنها ستظل، ولفترة ليست بالقصيرة، محكمة للضعفاء فقط، ولن يكون هناك مجال أو حتى قدرة على تحقيق العدالة مع مجرمي كبار الدول. إلا أنه وفي الوقت الراهن لا يمكن التشكيك بمدى الحاجة للمحكمة الجنائية الدولية، وبالأخص حاجة الدول العربية الضعيفة التي تدنس أراضيها ومقدساتها، وانتهكت حقوقها وحرمتها في ظل عالم تسوده القوة على حساب القانون والمنطق.

لذلك فنحن نأمل من المحكمة الجنائية الدولية أن تتعامل مع القوى العظمى في العالم خاصة منها مجلس الأمن وفقاً لنصوص نظامها الأساسي، الذي يؤكد على استقلاليتها وحيادها، كهيئة قضائية، آملين من هذه المحكمة، وفي إطار من الحياد والاستقلال، أن تحقق آمال وطموحات الشعوب، بتطبيق قواعد وأحكام العدالة التي كثيراً ما تم إجهاضها لاعتبارات سياسية، أو لمصالح خاصة، أو خضوعاً للقوة والنفوذ.

مع ضرورة تفعيل مسألة الترويج للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ودورها في الحفاظ على الأمن والسلام الدوليين، وكذا تحقيق العدالة الدولية، وذلك عن طريق عقد الندوات وإقامة الدورات التدريبية لطلاب الجامعات والفضاة والحقوقيين، والعسكريين، ومختلف فئات الشعب، وذلك لتنمية الوعي بالقانون الدولي عموماً والقانون الدولي الإنساني على وجه الخصوص.

ويبقى على الدول العربية أن تبادر، إلى تضمين دساتيرها قانون

الاختصاص العالمي الجنائي، والذي يقضي بمحاكمة وعقاب مجرمي الحرب بغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة وجنسية المتهم، الذي يسمح لمواطنيها أو غيرهم، اللجوء للمحاكم الوطنية والتقدم بالدعاوي ضد مجرمي الحرب عن الجرائم المرتكبة في حق الشعوب العربية وبالأخص الشعب الفلسطيني والعراقي، خاصة أن المحكمة الجنائية الدولية لا تظال أولئك المجرمين في الوقت الراهن.

الهوامش:

1. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998.
2. محمد فهاد شلالده، مدخل للقانون الدولي الإنساني، دون معلومات أخرى، ص. 372.
3. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998.
4. المؤلف غير معروف، "المحكمة الجنائية الدولية التأسيس والاختصاصات"، على موقع: www.aljazeera.net 2010/06/05.
5. المؤلف غير معروف، "المحكمة الجنائية الدولية"، على الموقع: <http://ar.wikipedia.org> 2010/06/07.
6. شريف عتلم - أحمد أبو الوفا، المحكمة الجنائية الدولية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الرابعة، 2006، ص. 27.
7. المرجع نفسه، ص ص. 28-29.
8. عادل عبد الله المسدي، المحكمة الجنائية الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2002، ص. 101.
9. عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، القاهرة، دار النهضة العربية، 1996، ص. 207.
10. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998.
11. شريف عتلم - عامر الزمالي، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، القاهرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة السادسة، 11-137.
12. عيسى دباح، موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، المجلد السادس، الطبعة الأولى، دار الشروق، 2003، ص. 30-12.
13. جون ماري هنكرس، دراسة حول القانون الدولي الإنساني العرفي، القاهرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2005، ص ص. 30-71-13.

- 14 - جون ماري هنكرس، دراسة حول القانون الدولي الإنساني العرفي، القاهرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2005، ص ص. 30-71.14.
- 15 - عيسى دباح، المرجع السابق، ص ص. 15 - 16.15.
- 16 - النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998.16.
- 17 - المادة 77 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998.17.
- 18 - المادة 80 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998.18.
- 19 - المادة 78 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998.19.
- 20 - المادة 79 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998.20.
- 21 - النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998.21.
- 22 - عبد الكريم علوان خضير، الوسيط في القانون الدولي العام، عمان، مكتبة دار الثقافة، الطبعة الأولى، 1997، ص ص. 28.22.

التأسيس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد في مجال عقود الأعمال - عقد الترخيص التجاري نموذجاً -

بقلم

أ / رشيد ساسان

كلية الحقوق - جامعة عنابة



الملخص

يتناول البحث محاولة تأصيل الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد في مجال عقود التوزيع عموماً، وعقد الترخيص التجاري *Contrat de franchise* بشكل خاص، من خلال استقراء الوضع في الشريعة العامة، وإسقاط أحكامها على واقع العلاقات التعاقدية المتضمنة ترخيص استعمال العلامة التجارية، ثم استخلاص الأساس القانوني الذي يستند إليه إقرار التزام المرخص بتمكين المرخص له من جملة المعلومات والبيانات المرتبطة بالعقد المراد إبرامه.

Résumé

L'intérêt de notre étude porte sur la conceptualisation de l'obligation d'information en matière de contrat de distribution, notamment le contrat de franchise, ce qui devra nous amener à réaliser une approche entre le fondement de cette obligation en droit commun, et la réalité des relations contractuels, entre franchisé et franchiseur.

تمهيد:

يقصد بعقود التوزيع التصرفات القانونية التي تكون الغاية من إبرامها، توصيل المنتج السلعي والخدمي من المنتج إلى المستهلك، وفق قنوات توزيع متباينة في موضوعها وآلياتها، من أحدثها عقد الترخيص التجاري، إذ يقتضي التزام أحد الطرفين، ويدعى المرخص، بتمكين الطرف الثاني، ويدعى المرخص له، من نقل مجموعة المعارف المهنية *Savoir-faire*، وعناصر جذب العملاء *Eléments de ralliement de la clientèle*، وإفادته من الدعم التجاري والتقني *Assistance technique et commerciale* بما يمكن المرخص له من إعادة تشكيل

النجاح التجاري للمرخص، في مقابل إتاوات مالية. ظل الفقه والقضاء لزمان طويل يعتقدان بعدم إلزامية الإعلام في مجال التعاقدات المبرمة بين المحترفين على أساس واجب المتعاقد في الاستعلام، وذلك انطلاقاً من مبدأ حرية الشخص التعاقدية باعتبارها المبرر لإمكانية مساءلته *Liberté justifiant responsabilité*، إلا أن مجال الحرية التعاقدية أخذ في الانحسار أمام الرغبة في حماية الأطراف الضعيفة في العلاقات التعاقدية، من حيث كونه التزام تفرضه العدالة التعاقدية¹، مما يقتضي استبعاد الوضعيات التي تتحقق فيها هذه العدالة صورياً دون أن تعكس حقيقة الوضع بين المتعاقدين، وتنسحب على حقيقة التوازن بين إرادتي المتعاقدين باعتبار وجود إحدى هاتين الإرادتين في وضع تعاقدى أدنى واقعياً مقابل إرادة الطرف الآخر، الأمر الذي انتهى إلى إعادة النظر في القيمة الدستورية للحرية التعاقدية²، من بين مجموع الحريات والحقوق الدستورية الاقتصادية³، لمصلحة تدخل تشريعي أكثر تجلياً وتأثيراً على واقع العلاقات التعاقدية، بهدف إعادة التوازن إليها ودعم المراكز التعاقدية الأدنى واقعياً.

لكن مع ذلك، يبقى تأصيل اللجوء إلى إلزام أحد المتعاقدين بإعلام المتعاقد الآخر على الأخص من حيث مسوغاته القانونية محل تجاذب فقهي، حيث لم يزل الاختلاف قائماً بين من يعتقد بتعارض عدم الإعلام مع مقتضيات حسن النية في العقود (أ)، وبين من يذهب إلى تأسيس هذا الالتزام على حماية الرضاء (ب) لاسيما في مواجهة الكتمان التدليسي *Réticence dolosive*.

المبحث الأول:

حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى

عرفت بدايات القرن العشرين سجالاتاً فقهيها أثار مسائل مرتبطة ببعض المفاهيم القانونية المستحدثة، والتي تضمنت نظرة جديدة للعقد حاولت الابتعاد به عما كان مسلماً به من حيث عدالة العقد: *Qui dit contractuel dit juste*، وأن العقد لا يمكنه إلا أن يكون عادلاً *Le contrat ne peut être que juste* وفق ما أصبح مصطلح لدى بعض الفقه عليه بعقيدة الإرادة⁴ *Le dogme de la volonté*، وذلك

بالنسبة للفقهاء القانونيين الذي عد فقها "حديثا" *doctrine juridique moderniste* خلال القرن التاسع عشر، إلا أن حركية فقهية في سبيل أخلاق القانون *Moralisation du droit* أخذت تشكل ما أصبح يعرف بالفقه القانوني التضامني *doctrine solidariste* المؤسس لانتجاء تضامني في مجال العلاقات التعاقدية حيث لا يكون "الفرد" محور الاعتبار مثلما هو مبدأ التيارات الفردية⁵، متأثرا بالمذاهب الفكرية و القانونية الاجتماعية، إذ يرمي إلى إعادة تشكيل قانون العقود وفق قواعد تكون أكثر استجابة للعدل بين أطراف العقد⁶، وحيث يتسع دور القانون بتدخله العلاقات العقدية *Immixtion du droit dans la relation contractuelle*⁷، مما جعل الفقه يأخذ في التساؤل حول مدى صدقية الاعتقاد بأن الناس يولدون ويظلون أحرارا ومتساوين أمام قانون العقود⁸، ويدعو إلى عدم حيادية القانون *le droit*⁹ « *n'est pas neutre* » في مقابل فقه مستند إلى مبدأ سلطان الإرادة *doctrine volontariste* وقائم على الحرية التعاقدية، حيث يكون حسن النية مفترض *Bonne foi présumée*¹⁰ إلى الحد الذي قد يبرر عدم الحاجة لدعم المراكز التعاقدية الأدنى، وأن التوسع في هذا المبدأ كفيل بالمساهمة في انحصار الحرية التعاقدية وتبعاً لذلك الأمن القانوني¹¹، فكان من نتائج الفقه التضامني إقرار مبادئ قانونية أخذت في التضييق من مجال سلطان الإرادة لمصلحة التدخل التشريعي، من منطلق إخضاع الإرادات الفردية للرقابة الاجتماعية *soumettre les volontés individuelles au contrôle social*¹² بما يمكن اعتباره البداية في تشكيل الفقه القانوني لما بعد الحداثة *Doctrine juridique postmoderniste* الذي قد يأخذ العديد من المظاهر أهمها مبدأ حسن النية التعاقدية *Bonne foi contractuelle* الذي أقره المشرع المدني الجزائري بمقتضى نص المادة 107، حيث ورد في فقرتها الأولى: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية"¹³، وإن كان مجال إعماله بمقتضى هذه المادة هو مرحلة تنفيذ العقد، دون أن يتعداها صراحة إلى مرحلة التحضير للتعاقد أو إبرام العقد.

على الرغم من عدم تحقق التوافق حول تعريف يسمح بضبط مضمون مبدأ حسن النية بشكل دقيق على اعتبار أنه شرط عام غايته إقحام الاعتبارات

الاجتماعية (أعراف المجتمع المدني ومتطلباته الأخلاقية) في النظام القانوني¹⁴، إلا أن ذلك لم يحل دون تعداد بعض تطبيقاته الأكثر شيوعاً من بينها التعاون فيما بين المتعاقدين لأجل التنفيذ الحسن للالتزامات التعاقدية، الالتزام بالتفاوض بحسن نية لاسيما في مجال العقود الدولية، الالتزام بالأسرار التي تم الاطلاع عليها في مرحلة ما قبل التعاقد *Obligation de confidentialité dans les négociations* *précontractuelles*¹⁵ في الظروف الاقتصادية بشكل غير متوقع *Obligation de renégociation des clauses* *contractuelles en cas de modification imprévue des circonstances économiques*¹⁶ إلا أن فكرة حسن النية التعاقدية ليست إلى هذا الحد من الحدثة، إذ يعود الفقه القانوني بنشأتها إلى القانون الروماني من خلال مبدأ *Bona fides* والذي يفرض على المتعاقد الوفاء بالتزامه الأصلي مع منح القاضي سلطة تعديله إذا ما اقتضت ذلك مبادئ العدالة " *Aequitas* " وقد كان القانون الروماني قد تأثر بالفلسفة الإغريقية لاسيما الفلسفة الأرسطية *Philosophie Aristotélicienne* المتضمنة مبدأ العدالة التعاقدية¹⁷، بما يدفع للاعتقاد بأن حسن النية هو وسيلة تطبيق العدالة¹⁸، كما أن العقد أخذ يتعد عن مبدأ سلطان الإرادة للاقترب من مبدأ الأهمية الاجتماعية و العدالة التبادلية *Principe d'utilité sociale et de justice commutative*¹⁹، على اعتبار أن ضبط العلاقة التعاقدية بما تنشئه من روابط اجتماعية كفيل بالإسهام في الضبط الاجتماعي *Régulation sociale* كما أن التبادل يقتضي حصول كل متعاقد على مقدار من المنافع معادل لما يحصل عليه المتعاقد الآخر²⁰، وهو وسيلة ذات بعد أخلاقي تمكن القاضي من الخروج عن النصوص القانونية بغرض تصحيح بعض الوضعيات التي يكون خلالها في مواجهة علاقات تعاقدية غير متعادلة بشكل واضح *situations d'injustices flagrantes*²¹ إذ يبقى العقد في الكثير من الحالات نتاج علاقات قوة ومصدراً للتجاوز والتعسف، فلا تتحقق الحرية التعاقدية إلا بالنسبة للطرف المهيم في العقد خلال مرحلة تشكل الاتفاق²²، مما يبرر إمكانية الانحراف عن مبدأ القوة الإلزامية المطلقة للعقد بالنسبة للمتعاقد الذي ترتبه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين *Pacta sunt servanda* بما يفترضه من أن التقاء الإرادات هو ببساطة

مصدر الحق²³، لكن ليس من الممكن قبول أن تكون الحرية التعاقدية مبررا لإلغاء المساواة التعاقدية، وإلا تحقق ما يعتقد إميل دوركايم *Emile Durkheim* من أنه ليس

كل ما في العقد تعاقدي: *Tout n'est pas contractuel dans le contrat*

إن ما يميز هذا المبدأ من غموض في دلالاته و مضمونه، وكذلك من حيث مجال إعماله، باعتبار أنه مبدأ أخلاقي عام لا يحتمل تأويلا واحدا دقيقا، بما يتعارض مع ما يفترض في القاعدة القانونية من دقة في الصياغة، ووضوح في الدلالة والمضمون من شأنه أن يشكل عائقا أمام اعتماده في مجال المعاملات التعاقدية، كما أن عاملي الاعتبار التاريخية المتمثلة خصوصا في التأثير بمبادئ القانون الطبيعي التي كرسها قانون نابليون وانتماء القانون الفرنسي إلى النظام القانوني اللاتيني ساهم كليهما في عدم اعتماد القضاة مبدأ حسن النية لأجل تصحيح الوضعيات القانونية أو التعاقدية غير المتكافئة²⁴، إلا أنه وبالرغم من ذلك أسهم الفقه -لاسيما ذو النزعة الاجتماعية منه- في محاولات دعم إعماله في جميع مراحل التعاقد بما فيها المرحلة ما قبل التعاقدية، والتي تتجسد في مجال عقود التوزيع عموما في الالتزام بالإعلام المسبق تأسيسا على واجب النزاهة²⁵ *Devoir de loyauté* الذي يعد واحدا من التطبيقات المتعددة لمبدأ حسن النية في مجال المعاملات العقدية²⁶، بما يتماشى والنظرة التكاملية لجميع المراحل المرتبطة بالعقد²⁷، بحيث لا يمكن القول بانفصالها عن بعضها²⁸، على اعتبار أن حسن النية تصاحب العقد طوال وجوده من مرحلة نشأته إلى مرحلة انقضائه²⁹، لاسيما وأن صياغة نص الفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي³⁰ كما وردت في مشروع القانون المدني الفرنسي للعام الثامن من الثورة³¹ كانت تنص على أنه: "يجب إبرام العقود وتنفيذها بحسن نية"³²، ولم يتم حذف مرحلة الإبرام من الصياغة النهائية إلا لاعتبارات شكلية³³، وهذا ما يدعم نظريا خضوع المرحلة ما قبل التعاقدية لضابطين اثنين: الحرية وحسن النية التعاقدية³⁴، فبالرغم مما قد يعتقد من تعارض ظاهري فيما بين هذين الضابطين، إلا أن هذا التعارض كفيف بأن يحقق التوازن المفترض بين المتعاقدين في حال ثبوت وجود أحدهما في وضع تعاقدي أدنى واقعا في مواجهة المتعاقد الآخر،

وهذا ما يبرر النظر إلى الإعلام المسبق على أنه وسيلة لحماية الطرف الأضعف في العقد³⁵، وهو الوضع الأغلب في عقود الترخيص باستعمال العلامة التجارية لمصلحة المرخص المهيمن اقتصاديا والمستأثر بالمعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، فيكون بذلك المبرر من فرض الالتزام بالإعلام المسبق تكريس مبدأ حسن النية التعاقدية باعتباره الضامن - إلى جانب مبادئ قانونية أخرى منها على الخصوص فكرة النظام العام باعتباره ضابطاً للحرية التعاقدية - لتوازن العلاقات التعاقدية³⁶، بما فيها تلك التي تربط المرخص له بالمرخص، حيث نكون أمام علاقة تعاقدية غير متوازنة لمصلحة المرخص الذي يمكنه بمقتضاها اتخاذ قرارات "إستراتيجية" تترتب عليها آثار سلبية قد تلحق كل أعضاء شبكة الترخيص عموماً³⁷ بالرغم من أن هذا الموقف لا يستقيم مع الطبيعة غير التعاقدية للإعلام المسبق، على خلاف ما هو مفترض قانوناً في اقتران حسن النية بالخطأ التعاقدية الذي يشترط لتحقيقه وجود "عقد" نافذ في ذمة المدين، بما يعني أنه خلال المرحلة التعاقدية لا يوجد التزام عام بحسن النية أو التزام عام بالإعلام³⁸، إلا ما استثنى بنص القانون، وذلك على الرغم من اعتقاد بعض الفقه بعدم انحصار مفهوم الخطأ التعاقدية بذلك المرتكب بمناسبة تنفيذ العقد، و دعوته بأن يمدد هذا المفهوم إلى بعض التطبيقات الأخرى مثل ارتكاب "الغير" خطأ مرتباً جوهرياً بالعقد بأن يكون طرفاً في خرق المتعاقد التزامه مثل شرائه مالا موعوداً ببيعه للغير³⁹، على أساس المسؤولية التعاقدية للغير الأجنبي عن العقد المساهم في خرق المرخص له لالتزامه بتمكين المرخص من حق الأفضلية في تملك المحل التجاري بعد انقضاء عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية⁴⁰، ومع ذلك ينبغي التنويه إلى أن هذا القول يتعارض جوهرياً مع ما هو مستقر عليه من الأثر النسبي للعقد، وبالتالي فإن مسؤوليته في هذا الوضع لا يمكن لها إلا أن تكون تقصيرية إذا ما ثبت علمه بالوعد بما يثبت سوء النية من جانبه، كما يعتقد البعض الآخر من الفقه باتساع مفهوم المسؤولية المدنية العقدية من خلال التوسيع في مجال المسؤولية التعاقدية *Elargissement du sphère de la responsabilité contractuelle* بحيث يمتد ليشمل - إلى جانب مرحلة تنفيذ العقد - من ناحية أولى مرحلة ما قبل

انعقاد العقد⁴¹، لاسيما مرحلة التفاوض⁴²، التي تقترب في دلالتها وأهدافها من الإعلام المسبق، وإن اختلفا من حيث مصدر كل منهما باعتبار أن مصدر أحكام الالتزام بالإعلام المسبق هو القانون، أما العلاقة التفاوضية فتخضع لمبدأ حرية التفاوض، وأعراف التجارة⁴³ لاسيما منها الأعراف الدولية في الوضع الذي تكون العلاقة المراد إبرامها تشتمل عنصرا أجنبيا وهو الموقف الذي أخذ القضاء يتبناه من خلال حماسته لإقرار بعض التطبيقات للمسؤولية خارج الحالات التي يعدها القانون⁴⁴، متأثرا في ذلك بالدعوات من جانب الفقه لتبني أفكار التضامن والنزاهة في مجال العلاقات التعاقدية وما تقتضيه من إلحاق أحكام الإعلام المسبق بأحكام تنفيذ العقد⁴⁵ ويؤكد اتجاهه المتعاطف نحو التحرر من نصية القانون، بما يعني ضرورة دعم الالتزام بحسن النية قبل وبعد المرحلة التعاقدية، وخلال المرحلة ما قبل التعاقدية ينعكس ذلك في الإعلام المسبق⁴⁶ على أساس التزام الصدق والأمانة في مواجهة الطرف الآخر⁴⁷، ومن ناحية ثانية مرحلة ما بعد انقضائه⁴⁸، خصوصا في الأوضاع التي تكون فيها المنافع المترتبة عن العقد ذات أهمية معتبرة من حيث قيمتها مما يجعل المتعاقدان يلجآن إلى التفاوض باعتباره مرحلة سابقة للتعاقد⁴⁹، كما يمكن أن يتدخل المشرع لفرض مرحلة سابقة للتعاقد تكون بمثابة فترة تروي *Délai de réflexion*⁵⁰ لا يمكن للتصرف أن ينعقد خلالها، ويكون باطلا إذا ما وقع الاتفاق بين الطرفين قبل انقضائها، وتكون الغاية منها تصحيح الوضع التعاقدى لمصلحة الطرف الضعيف في العقد، سواء في عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية أو في ما عداه من العقود التي لا تتساوى فيها المراكز القانونية، إذ يقوم شكل من الإخلال بالمساواة بين المتعاقدين شبيه بالإخلال الذي تحققه عقود الإذعان⁵¹، وعلى الرغم من ذلك فإن القضاء لم يزل ملتزما موقفه بأن الالتزام بحسن النية يفترض رابطة تعاقدية⁵²، وهذا ما يستقيم مع الوضع التشريعي الراهن، حتى وإن ظهرت بعض التطبيقات القضائية لمبدأ حسن النية خلال مرحلة إبرام العقد، إلا أنها لم تتمكن من أن تشكل قرارات مرجعية⁵³، على الرغم من أن الفقه الحديث يتجه أكثر نحو اعتماد موقف مؤيد لوجوب امتداد مجال أعمال مبدأ حسن النية التعاقدى لنطاق "المجال التعاقدى" المتضمن

المرحلتين السابقة واللاحقة للتعاقد إلى جانب مرحلة العلاقة التعاقدية، على حساب فكرة "العلاقة التعاقدية" التي تتوقف دلالتها عند حدود تنفيذ العقد، بما لا يستبعد إمكانية إعادة النظر في التوجه التشريعي الراهن بتأثير من الفقه الاجتماعي لمصلحة اعتماد مبدأ حسن النية ما قبل التعاقد⁵⁴ الذي اقترح بمناسبة ما يعرف بتقرير كاتالا *Rapport Catala* المتعلق بالمشروع الأولي لتعديل أحكام قانون الالتزامات وقانون التقادم الفرنسيين⁵⁵، والذي يدعو إلى أن يتم تكييف الحرية ما قبل التعاقدية *Liberté précontractuelle* مع متطلبات النزاهة العقدية من خلال "فرض" بعض الأحكام الأخلاقية⁵⁶، وهو المذهب نفسه بالنسبة للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما *Unidroit*⁵⁷ المنشغل بالتمكين من توحيد القوانين الخاصة على المستوى الدولي حتى وإن لم يكن لاجتهاداته في هذا الشأن أي مظهر إلزامي، إذ يشكل آلية لتوحيد القوانين تختلف عن الاتفاقيات الدولية مثلا⁵⁸ باعتبارها أعمالا استشارية لا ترقى إلى درجة الرسمية.

وفي هذا الشأن تبنى من خلال وثيقة "المبادئ الخاصة بعقود التجارة الدولية"⁵⁹ مبدأ حسن النية لثبوت وصفه "بالحكم الأمر": *Disposition*⁶⁰ *clairement impérative* ومبررا للالتزام بالإعلام⁶¹ على الأخص في مرحلة التفاوض⁶²، وبذلك، يكون في تمديد مجال الخطأ التعاقدية إلى مرحلتي ما قبل وما بعد التعاقد دعما للمساواة بين المتعاقدين⁶³، وإتاحة المجال أمام التأسيس لمبدأ حسن النية ما قبل التعاقدية *Bonne foi précontractuelle* يكون من بين تطبيقاته الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدية، في الوضع الذي يثبت فيه جهل أحد الطرفين ببيانات ومعلومات تكون جوهرية في تحديد موقفه من العقد، بما يدعو إلى القول بضرورة ألا تخرج هذه المرحلة التمهيدية عن مبدأ حسن النية والنزاهة التعاقدية⁶⁴، باعتباره التزام عام يتقرر في جميع الأوضاع التي تنعقد فيها العلاقة التعاقدية بين طرفين يكون أحدهما في مركز متفوق لاعتبارات مختلفة، وعدم حصره في مرحلة تنفيذ العقد على اعتبار أن الفصل التام بين مرحلة إبرام العقد ومرحلة تنفيذه غير متاح بشكل ميسر⁶⁵.

وربما يكون القانون المدني لمقاطعة الكيبك الكندية *Code civil du Québec*

سباقا في هذا المجال من حيث إقراره صراحة التزاما قانونيا عاما على عاتق المتعاقد بحسن النية خلال مراحل إبرام وتنفيذ وما بعد انقضاء العقد⁶⁶، وتبعاً لذلك يستوجب دعم مكانة حسن النية في جميع مراحل التعاقد بما فيها المرحلة ما قبل التعاقدية، وإن كان هذا الاتجاه لا يتماشى مع السياق التشريعي الراهن في غالبية الأنظمة القانونية والذي يقرن بين حسن النية وبين العقد وجودا وعلما، وأن الخطأ التعاقدى لا يتقرر إذا حصل الضرر في المرحلة السابقة للتعاقد لعدم وجود العقد⁶⁷، كما أن الدور المنوط بالإعلام المسبق يبقى تحصيل إرادة المتعاقد الأقل اطلاعا بتمكينه من الحصول على كل المعلومات التي من شأنها أن تجعل هذه الإرادة مستنيرة، مما يجعل منتهى حسن النية هو تمكين المتعاقد من التعاقد عن بينة⁶⁸ وما يستتبع ذلك من تطابق إرادته المعبر عنها مع إرادته الباطنة، وتحقيق العقد لبواعث التعاقد من خلال إبرامه، وهذا ما يجعلنا نستخلص أن دور الإعلام المسبق هو في نهاية الأمر ضمان صحة الإرادة بالنسبة للدائن بالمعلومة، مما يفيد بمفهوم المخالفة، أن عدم الوفاء بالالتزام بالإعلام المسبق من جانب المدين بالإعلام كفيل بأن يجعل إرادة الدائن مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، بما يتيح فسخ المجال للقول بتبرير الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى بعيوب الإرادة، لاسيما الكتمان التدليسي عند عدم أداء الالتزام بالإعلام.

المبحث الثاني

حماية الرضا كأساس للالتزام بالإعلام المسبق

تحظى حماية الإرادة العقدية بتنظيم تشريعي خاص غايته دعم صحة التراضي بالشكل الذي يحقق بالنسبة للطرفين التعاقد عن بينة ودراية بجميع معطيات العقد، ذلك لأجل تشكيل تصور أولي في ذهن المتعاقد لمآل التصرف الذي هو مقبل على إبرامه يكون منطلقا لتحديد الباعث للتعاقد وفق ما يتلاءم مع المصالح المراد تحقيقها، ويكون وفقا لما سبق الهدف من هذا التنظيم التشريعي عدم الانتقاص من الرضا لاسيما لدى المتعاقد الموجود في مركز تعاقدى ضعيف قبل الطرف الثاني، أو تابعا له من حيث إمكانية الاطلاع على البيانات المرتبطة بالعقد، بحيث

أن عدم الاطلاع عليها يجعل إرادة المتعاقد مشوبة بعيب من عيوب الرضا، على اعتبار أن المتعاقد كان على غير بينة من أمره.⁶⁹

وهذا ما يجعلنا نعتقد بأن غاية الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هو تصحيح إرادة المتعاقد الأقل اطلاعا على معطيات العقد لاعتبارات تتراوح بين الشخصية و الموضوعية⁷⁰، إذ أن وضعية الجهل التي يتواجد فيها الدائن بالمعلومات ينبغي لها أن تكون مشروعة *Situation d'ignorance légitime* بحيث لا يتحقق الكتمان التدليسي إذا لم يسعى المرخص له للاستعلام متى كان ذلك ممكنا، لا سيما لدى المؤسسات المنتسبة لشبكة الترخيص⁷¹، كما لا يتحقق الكتمان التدليسي في الوضع الذي لم يرق المرخص بتمكين المرخص له من وثيقة الإعلام المسبق بمناسبة تجديد عقد الترخيص⁷²، على اعتبار أن المرخص له يكون، في هذا الوضع، عالما بشكل كاف بما هو مقبل عليه عند تجديد العقد، فتكون إرادته وقت التعاقد صحيحة، وهذا ما يتماشى والاتجاه الحديث في إقرار انعدام مصلحة المرخص له في الإعلام، عند تجديد أو تمديد عقد الترخيص دون تعديل الشروط المتعاقد عليها⁷³.

وبمفهوم المخالفة، يفترض أن عدم الاطلاع على هذه المعطيات كفيل بأن يجعل إرادة المتعاقد معيبة، على وجه يتعارض مع اعتبار الرابطة التعاقدية نتاج طبيعي للإرادة المبنية على رضا المتعاقد، الكامل السليم والمتبصر بكافة البيانات⁷⁴، بما يبرر الاتجاه نحو الاعتداد بأثر عدم الإعلام المسبق على إرادة المتعاقد عند تقدير صحة أو بطلان التصرف⁷⁵، سواء شمل عدم الإعلام كل البيانات المنصوص عليها، أو كان جزئيا بأن تضمنت وثيقة الإعلام بعضا من هذه البيانات والمعلومات، وسكتت عن أخرى⁷⁶.

وهذا ما يدفع للاعتقاد بأن محل الحماية في المرحلة ما قبل التعاقدية هو الرضا من خلال نظرية عيوب الإرادة⁷⁷، بما يمكن من فسخ المجال لتحميل "الممون تبعة إبطال العقد إذا لم يثبت علم الموزع الكامل بجميع البيانات المرتبطة بالعقد"⁷⁸، على اعتبار أن جهل الموزع بهذه البيانات يفيد بأن تعاقدته على غير بينة من أمره، بسبب إتيان عمل تدليسي *Manœuvre dolosive* وسيلته

الامتناع عمدا عن الإدلاء ببيانات تهم المتعاقد الآخر في العقد⁷⁹ وتحمله على التعاقد بما يجعل منه كتماناً تدليسياً *Réticence dolosive*، فالكتمان وحده ليس كافياً لتحقيق التدليس في هذا الوضع، بل ينبغي أن يكون هو الباعث الدافع إلى التعاقد *Déterminant* كما قرره الفقرة الثانية من المادة 86 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر تدليسياً⁸⁰ السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة".⁸¹، فالأصل أن الكتمان وحده لا يعد تدليسياً إلا أن يكون أمر من الأمور واجب البيان فيكون المتعاقد ملزماً بالإفشاء به ويعد تدليسياً في هذه الحالة كتماناً⁸²، الأمر الذي يتحقق معه الاعتقاد بأن التدليس المعتد به هو ذلك الذي يوقع المتعاقد المدلس عليه في غلط يدفعه لقبول التعاقد⁸³، وهو مذهب محكمة النقض الفرنسية⁸⁴، فيقضى على هذا الأساس التدليس غير الدافع للتعاقد *Dol incident* الذي يتقرر على عناصر ثانوية في العقد⁸⁵ فلا يحمل على التعاقد وإنما يغري بشروط أبهظ⁸⁶، الذي -في نظر بعض الفقه- ليس من شأنه أن يفسح المجال أمام قابلية إبطال العقد نظراً لعدم حسمه مسألة الرغبة في التعاقد من عدمها، وإنما يتوقف أثره عند دفع المتعاقد للقبول بشروط تعاقدية أثقل على ذمته من تلك التي كان سيقبل بها إذا لم يحدث الكتمان.

لكن ينبغي مع ذلك التنبيه إلى صعوبة التمييز بين حقيقة الرغبة في التعاقد والرغبة في التعاقد بشروط أقل⁸⁷، كما أن القضاء -لاسيما الفرنسي منه- لم يميز بين الكتمان التدليسي الدافع للتعاقد والكتمان التدليسي المؤثر على شروط التعاقد⁸⁸، على اعتبار عدم القدرة على التمييز بين السبب الدافع للتعاقد والسبب الدافع للتعاقد بشروط أبهظ.

وتأسيساً على ما سبق اتجه القضاء على الأغلب إلى عدم ترتيب بطلان عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية لمجرد عدم احترام المرخص لالتزامه بتمكين المرخص له من وثيقة الإعلام المسبق قبل ما لا يقل عن عشرين يوماً قبل التعاقد بشكل كاف⁸⁹ مثلما هو مقرر قانوناً، إذا ما ثبت على سبيل المثال أن الطرفين كانا يلتقيان بصفة مستمرة للتباحث حول كل ما يتعلق بالعقد لاسيما

وضعية السوق العامة والمحلية وآفاق تطوره، المعلومات ذات الطبيعة المحاسبية المتعلقة بالمشروع، اختيار موقع إقامة المشروع، الإستراتيجية التجارية وكيفية تمويل المشروع، مما يعني أن المرخص له يكون قد شكل فكرة واضحة حول المشروع⁹⁰، مما يستلزم تبعاً لذلك البحث في صحة الإرادة بالنظر للوضعية المعروضة *In concreto*، على اعتبار أن العيب في الإرادة لا يترتب تلقائياً بثبوت عدم الإعلام المسبق⁹¹، أو أن المعلومات المقدمة كانت ناقصة ما لم يثبت أن هذا النقص كفيلاً بأن يعيب إرادة المرخص له⁹²، ويقع على المرخص له عبء إثباته على الرغم من أن خرق هذا الالتزام يعد مخالفة من الدرجة الخامسة ترتب على عاتق المرخص دفع غرامة مالية⁹³، وذلك في الوضع الذي لم يشب إرادة المرخص له أي عيب أثر على سلامتها نتيجة عدم احترام المرخص لهذه المهلة⁹⁴.

كما أن الكتمان التدليسي لا يتحقق إلا إذا كان سبباً باعثاً على التعاقد، بأن يكون اطلاع المتعاقد الآخر على الواقعة غير المصرح بها كفيلاً بأن يجعله يمتنع عن التعاقد⁹⁵، أو يتعاقد بشروط أقل عبء، بمعنى أن الالتزامات التعاقدية لم تكن في واقع الأمر كما تصورها المرخص له⁹⁶.

وبناء عليه فالبطلان لا يتقرر بكيفية تلقائية عند عدم احترام المرخص لالتزامه بالإعلام المسبق⁹⁷، بل فقط في الوضع الذي يكون فيه الكتمان دافعاً بالمتعاقد للوقوع في غلط *Erreur provoquée*⁹⁸ بمعنى أن الغلط كان نتيجة للفعل التدليسي⁹⁹، الذي يدفع للمتعاقد عن غير بينة وتبصر¹⁰⁰، أو يجعل التزاماته التعاقدية أكثر ثقلاً عنه في الحالة التي يكون فيها مطلعاً على تلك الواقعة المتكتم عليها، وفي هذا الشأن يمكن أن يلتقي لترتيب مسؤولية المرخص بالإعلام المسبق التدليس باعتباره عيب من عيوب الإرادة بسوء النية من قبل المرخص على اعتبار أن التعاقد بحسن نية يستوجب الإعلام¹⁰¹، وأن حسن النية يمكن أن يكون الأساس لجملته من الأحكام غير المرتبطة بالضرورة بمرحلة تنفيذ العقد، بل تمتد لمرحلة إبرام العقد، بحيث شكل قوالب لجملته من الأفكار التي ساهمت في التأسيس لتطوير أنظمة خاصة منها بالخصوص الأحكام

الخلاصة:

إن الفرض بالنسبة لمبدأ حسن النية التعاقدية أن يتم إعماله خلال مرحلة تنفيذ العقد، إذ أن مجاله الطبيعي هو المرحلة التي ينشئ فيها العقد آثاره بتبادل طرفيه التزاماتهما، وعليه فإنه لا يستقيم من الناحية النظرية وتأسيسا على الواقع التشريعي الادعاء باستناد الالتزام بالإعلام إلى حسن النية بحكم أن هذا الالتزام يتقرر قبل انعقاد التصرف و ترتيبه آثاره القانونية، إلا أن الاتجاهات الفقهية الحديثة والمستندة إلى اعتبارات اجتماعية انطلقا من ضرورة دعم التشريع للمراكز القانونية الأضعف في العلاقات التعاقدية بغض النظر عن السبب المبرر لهذا الضعف سواء كان لاعتبارات اقتصادية تتحقق على إثرها تبعية اقتصادية *Subordination économique* مقتضاها ارتباط أحد المتعاقدين معيشيا بمنافع العقد المادية، أو كان السبب المبرر افتقاره للمعلومات المحتكرة من قبل الطرف الثاني في العقد بما يجعله في وضعية تبعية لتلك المعلومات *Subordination informationnelle* بما قد يدفعه للتعاقد عن غير بينة إذا ما امتنع المتعاقد الأقوى من حيث المعلومة عن الإفصاح عنها، أو انبنى إفصاحه عن خطأ مضمونه تقديم معلومات كاذبة، مغلوطة أو مبالغ فيها، وعليه فإن ما سبق يبرر ضرورة امتداد مفهوم العلاقة التعاقدية إلى المرحلة ما قبل التعاقدية، وكذلك ضرورة أن ننظر إلى العقد نظرة شمولية ومندمجة *La relation contractuelle dans son intégralité*، إذ أن حسن تنفيذ العقد مرتبط جوهريا بحسن إبرامه.

يجتمع لأجل التأسيس للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدية مبدأ حسن النية أثناء إبرام العقد *la bonne foi dans la formation du contrat* باعتباره امتداد لحسن النية أثناء تنفيذ العقد *La bonne foi dans l'exécution du contrat* من جهة، ومن جهة ثانية وجوب سلامة الرضاء من أي عيب من عيوب الإرادة لاسيما الكتمان التدليسي المترتب عن امتناع المرخص عن إعلام المرخص له بالمعطيات المرتبطة بالعقد، والتي لم يتأتى له تحصيلها لاعتبارات شخصية أو موضوعية، حتى وإن بدا القضاء مترددا في تبني مبدأ حسن النية ما قبل التعاقدية، إلا أن حدة التردد تتراجع في

الوضع الذي يجتمع فيه الكتمان التدليسي بسوء النية عند إبرام العقد، على الرغم من أن المستقر عليه قانوننا لدى غالبية الأنظمة القانونية - بما فيها النظام القانوني في الجزائر- أن المجال الطبيعي لحسن النية هو مرحلة تنفيذ العقد، كما أن القضاء أخذ في الاتجاه نحو التحرر من نصية القانون وتكريس حسن النية في جميع مراحل المجال العقدي، إلا أن هذا الاتجاه لم يتأصل تشريعيا إلى الحد الذي يجعل منه مسلمة قانونية، ولم يتحول على مستوى القضاء إلى أمر واقع مفروض على القضاة، ومبدأ ليس بحاجة إلى مسوغات من خارج وقائع الخصومات المعروضة عليهم، إذ أن المناسبات القليلة التي حرص خلالها القضاء على تضمين¹⁰³ قراراتهم ما يفيد تمديد مجال أعمال حسن النية التعاقدية خارج إطار تنفيذ العقد لا توحى تماما بأنه يؤسس لمبدأ قضائي، بل أن هذه الحالات اتخذت فيها القرارات بالاستناد إلى الوقائع المعروضة *in concreto* بما يوحي بأن تأسيس الإعلام المسبق برغبة المشرع في حماية الرضاء هو الأكثر تمثيا مع المنطلقات التشريعية والوضع القضائي الراهن.

الهوامش :

1- محمد إبراهيم الدسوقي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، مكتبة إيهاب، مصر، ط 3، 1982،

ص: 2.

2 - *Décision du conseil constitutionnel français n° 97-388, du 20 mars 1997 concernant la loi créant les plans d'épargne retraite: « le principe de la liberté contractuelle n'a pas de valeur constitutionnelle. »*

Et au même sens :

- *décision: du 03 aout 1994 : « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit la liberté contractuelle. »*

3 - Pour la notion et le contenu du droit constitutionnel économique, *cf. : Virginie Natale et autres, revue française de droit constitutionnel, 2005/3- n° 63, p : 564 & s.*

4 - Guido Alpa, *l'avenir du contrat : aperçu d'une recherche bibliographique, revue internationale de droit comparé, année 1985, volume 37, n°1, p : 09.*

5 - Kiteri Garcia, *le droit civil européen, thèse, université de Limoges, 2006, p: 519.*

6 - Olivier Gast, *la franchise à la croisée des chemins, in journal des sociétés, n° 17, janvier 2005, p: 49.*

7 - Laurent Bruneau, *contribution à l'étude des fondements de la protection de contractant, thèse, université de Toulouse, p: 9.*

8 - Jean Cedras, *liberté – égalité – contrat : le solidarisme contractuel en doctrine et devant la cour de cassation, in : égalité : rapport de la cour de cassation 2003, la documentation française, p : 186 : « les hommes naissent-ils et demeurent-ils égaux en droit des contrats ? »*

- 9 - Yves Chaput, concurrence déloyale et parasitisme : complément ou substitut à l'action en contrefaçon, *in* la contrefaçon : l'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle, colloque de L'IRPI, Paris 17 décembre 2002, Litec 2003, p : 27.
- 10 - Cass.civ., 05 novembre 1913 affaire la dame veuve Picot: «la bonne foi est toujours présumée et qu'il incombe à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver. »
- 11 - Denis Mazeaud, loyauté, solidarité, fraternité : nouvelle devise contractuelle, *in* : mélanges François Terré, Dalloz 1999, p : 604.
- 12 - Christophe Jamin, plaidoyer pour le solidarisme contractuel, *in* le contrat au début du XXI siècle, études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p : 341.
- 13 - تقابل هذا النص في القانون الفرنسي المادة 1134 في فقرتها الثالثة.
- 14 - Jens Alberts, contrat et réseau : le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride, mémoire présenté pour l'obtention du grade de maitre en droit, (LL.M), université Laval, canada, septembre 1997, p : 72.
- 15 - Ejan Mackaay & autres, l'économie de la bonne foi contractuelle, mélanges Jean Pineau, p : 428.
- 16 - V. Cass.civ. 1re chambre, 16 mars 2004.
- 17 - V. Cédric Montfort, la loyauté des pratiques commerciales en droit communautaire du marché, thèse, université Lyon 3, 2004, pp : 22 & s.
- V. notamment : Elise Charpentier, le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat, revue de droit de l'université de Sherbrooke, Canada, n° 26- 1996, p : 302 & s.
- 18 - Philippe Le Tourneau, bonne foi, répertoire civil *Dalloz*, éditions Dalloz, 1995, volume III, p : 02.
- 19 - Jacques Ghestin, l'utile et le juste dans les contrats, Dalloz, 1982, chronique, p : 1, cité par : Guido Alpa, op-cit, p : 10 : « le contrat aujourd'hui repose non pas sur le principe d'autonomie, mais sur celui d'utilité sociale et de justice commutative. »
- 20 - وهو التعريف ذاته الذي اعتمده المشرع بصدد العقود التبادلية بمقتضى نص المادة 57 فقره 16.
- 21 - Cyrille Lesourd, le contrôle des clauses de fixation du prix dans les contrats de vente commerciaux : étude comparée, maitrise en droit (LL.M), université Mc Gill, Montréal, 1999, p : 68 & s.
- 22 - Denis Mazeaud, op-cit, p: 609: « nombreux sont les contrats injustes parce que manifestement déséquilibrés, qui ont force obligatoire entre ceux qui les ont conclus en toute inégalité et sans autre liberté que celle déployée par le contractant en situation de domination lors de la conception de l'accord ».
- 23 - Johannes Barmann, pacta sunt servanda: considération sur l'histoire du contrat consensuel, revue internationale de droit comparé, année 1961, volume 13, n° 1, p: 18.
- 24 - Filippo Ranieri, bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law, revue internationale de droit comparée, année 1998, volume 50, n° 4, p : 1058.
- 25 - Denis Mazeaud, la nouvelle devise contractuelle, op-cit, p: 611.
- 26 - Alex Weill & François Terré, droit civil : les obligations, éditions Dalloz, 2ème édition, 1975, p : 383.
- 27 - نعني بذلك: المرحلة ما قبل التعاقدية، المرحلة التعاقدية، و المرحلة ما بعد التعاقدية.
- 28 - « Avant le contrat, c'est le temps des fleurs, des pourparlers, qui précède celui des fruits, le contrat, qui est leur aboutissement, si les parties ont pu s'entendre. » : Philippe Le Tourneau, l'éthique des affaires et du management au XXIe siècle, Dalloz 2000, p : 184.

- 29 Philippe Le Tourneau, *responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz, 2ème, 2006, p : 53.
- 30- المقابلة لنص الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني الجزائري.
- 31 - Le projet de code civil de l'an VIII.
- 32 - "les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi."
- 33 - Jérôme Bettouille, l'aspect "délictuel" du dol dans la formation des contrats, rapport annuel de la cour de cassation, 2001, deuxième partie: études et documents, études diverses, document téléchargé du site officiel de la cour française de cassation: www.courdecassation.fr
- 34 - V. François Terré & autres, p : 143.
- 35 - Philippe Le Tourneau & Loïc Cadet, le droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz 2000, p : 202.
- 36 - تم اعتماد مبدأ حسن النية بمقتضى الفقرة العاشرة من المادة الثالثة من مبادئ منظمة توحيد القانون الخاص المتعلقة بعقود التجارة الدولية لسنة 2004:
Principes d'unidroit relatifs au contrats de commerce international de 2004 adopté par le conseil de direction d'unidroit à sa 83ème session tenue à Rome les 19-21 avril 2004 : « Le tribunal peut, à la demande de la partie lésée, adapter le contrat ou la clause afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi en matière contractuelle. »
- 37 - Jens Alberts, op-cit, p : 70.
- 38 - Louis Lebel & Pierre-Louis Le Saunier, l'interaction du droit civil et de la common law à la cour suprême du canada, in les cahiers de droit, vol 47-2 juin 2006, p : 199.
- 39 - François Terré & autres, op-cit, p : 677.
- 40 - Cass.com, 09 juin 2009, affaire PRODIM.
- 41 - Philippe Le Tourneau, l'éthique, op-cit, p: 186.
- 42- انظر في تبرير استحداث نظام مسؤولية ما قبل تعاقدية في مجال المفاوضات: وفاة مصطفى محمد عثمان، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 2005، ص: 32 وما يليها.
- 43- حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية بغزة، مح3، ع2، يونيو 2005، ص: 128.
- 44 - G. Viney, la responsabilité dans la jurisprudence de la cour de cassation, intervention in colloques de la cour de cassation 2006, cycle droit et technique de cassation, 2005- 2006, septième conférence, la responsabilité civil dans la jurisprudence de la cour de cassation, document téléchargé du site officiel de la cour de cassation, disponible sur: www.courdecassation.fr
- 45 - Alaedine Alkhasawneh, l'obligation d'information dans les contrats informatiques, thèse, université de Reims Champagne-Ardenne, 2008, p: 180.
- 46 - Générosa Bras Miranda, op-cit, p : 833.
- 47- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص: 202.
- 48 - Stéphane Dermaisn, le contrat moral, LGDJ 2000, p : 217.
- 49 - François Terré & autres, op-cit, p : 142.
- 50 - Joanna Schmidt-Szalewski, la période précontractuelle en droit français, in revue internationale de droit comparé, année 1990, volume 42, n°2, p : 546.

51 - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص: 211.

52 - Cass.civ., 14 septembre 2005.

53 - Cass. Civ, ch. 1re. 10 mai 1989, affaire *crédit agricole* : « manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution a fin d'inciter celle-ci à s'engager. »

54 - Stéphane Dermaisn, op-cit, p : 225 & 226.

55 - Avant projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (2234 à 2281 du code civil) du 22 septembre 2005.

56 - La liberté précontractuelle est, en effet, tempérée et canalisée par une exigence de loyauté destinée à imposer une certaine éthique lors de la période qui tend vers la conclusion d'un contrat. »

57 - Institut international pour l'unification du droit privé.

58 - Anne-Marie Trahan, les principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international, revue juridique *Thémis*, n° 36-2002, p : 627.

59 - Principes relatifs aux contrats du commerce international 1994.

60 - Elise Charpentier, l'émergence d'un ordre public...privé : une présentation des principes d'Unidroit, revue juridique *Thémis*, n° 36- 2002, p : 362.

61 - Louis Rolland, les principes d'Unidroit et le code civil du Québec : variations et mutations, revue juridique *Thémis*, n° 36-2002, p : 591.

62 - Article 2.1.15 des principes : « La partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. »

63 - Hani Al-nadaf, l'application de la notion d'entreprise entre le code de commerce français et le code civil du Québec, mémoire de maîtrise, université de Montréal, 2006, p : 20.

64 - Stéphane Dermaisn, op-cit, p: 328.

65 Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, les obligations, 2e édition, éditions Defrénois, 2005, p : 39 1.

66 - Article 1375 du code civil du Québec : « la bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance que celui de son exécution ou de son extinction. »

67 - Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2008, p : 300.

68 - Cass.civ., 1re ch. 03 mai 2000, affaire *BALDUS* : «manquant ainsi à son obligation de bonne foi qui pèse sur tout contractant et que, par sa réticence à lui faire connaître la valeur exacte des photographies, M Clin a inciter Mme Boucher à conclure une vente qu'elle n'aurait pas envisager dans ces conditions. »

69 - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي، لبنان، 1998، ص: 346

70 - انظر فيما يتعلق بالأسباب الشخصية و الموضوعية لاستحالة الاستعلام: خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص: 301 و ما يليها.

71- CA Nîmes, 23 juin 2005 : « l'entreprise franchisée avait la possibilité, qu'elle a manifestement négligée, de contacter la quinzaine de d'autres magasins franchisés du réseau dont elle avait reçu les coordonnées dans les informations précontractuelles pour obtenir de leur part des informations sur l'évolution de leur chiffre d'affaires réalisés... »

72 - Cass.com., 20octobre 1998, affaire *Plus international* : « il n'y a de réticence dolosive qu'à

l'égard du cocontractant qui ignore les informations non communiquées ; qu'après avoir constaté que le contrat de franchise conclu le 09 mai 1990 n'était que le renouvellement d'un contrat de franchise conclu entre les mêmes parties en sorte que les chiffres d'affaires réalisés sous l'empire de l'ancien contrat de franchise étaient connus du franchisé... la cour d'appel ne pouvait considérer que la réticence dolosive était constituée par l'absence de communication au franchisé des chiffres d'affaires réalisés en exécution de l'ancien contrat... »

73 - voir dans ce sens : UNIDROIT, loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise, article 5, § F, dispensant le franchiseur de l'obligation de divulgation des informations précontractuelles en cas de renouvellement ou d'extension du contrat dans les mêmes conditions : « aucun document n'est requis :

f) dans l'hypothèse du renouvellement ou de l'extension d'une franchise aux mêmes conditions. »
74 - ياسر سيد الحديدي، المرجع السابق، ص: 178.

75 - Cass.com, 05 décembre 2000: « les manquements à l'obligation de remise des documents d'information prévues à l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 n'entraîne la nullité de la convention qu'en cas de vice du consentement. »

76 - Cass.com, 24 mars 1998, affaire moulins cuisines : « le défaut de communication de certains éléments d'une partie à un contrat à son cocontractant n'est constitutif de dol que pour autant que cette omission ait été intentionnelle et faite dans le but de tromper le cocontractant pour le déterminer à conclure le contrat. »

77 - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص: 193.

78 - Cass.com., 04 février 2004, affaire *Sté Fina* : « si le distributeur était dans l'impossibilité ou a rencontré une grande difficulté pour se procurer les informations essentielles, le contrat est annulé si le fournisseur n'établit pas leur parfaite connaissance par le distributeur. »

79 - عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني ة القوانين الخاصة، دار الفكر و القانون، مصر، الطبعة الثانية 1999، ص: 151.

80 - يمكن أن نعتد التعريف الذي وضعه الفقيه الفرنسي كربوني Carbonnier للتدليس بأنه "كل حيلة، خديعة، أو أعمال تستعمل لأجل مغالطة الشخص و دفعه للتعاقد.":

Toute ruse, tromperie, manœuvre, employée pour induire une personne en erreur et la déterminer à contracter.

Jean Carbonnier, droit civil, tome 4, l'obligation, 21 ème édition, éditions Thémis, PUF, 1997, p: 98.

81 - يقابلها في القانون المدني الفرنسي نص المادة 1116:

«Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties est telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté. »

82 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 264، 265.

83 - Jean Mazeaud, Henri & Léon Mazeaud, François Chabas, leçons de droit civil, tome II/1er volume, obligations : théorie générale, éditions Montchrestien, 9ème édition, 1998, p : 187.

84 - Cass. Com, 16 mai 2000, affaire UNI INTER: "constitue une réticence dolosive le fait, pour l'une des parties, qui a connaissance d'un fait de nature à influencer le consentement de l'autre partie en la conduisant, soit à ne pas conclure le contrat, soit à le conclure à d'autres conditions, de ne pas signaler ce fait à l'autre partie..."

85 - Philippe Malaurie & autres, op-cit, p: 253.

- 86- أ/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون تاريخ نشر، ص: 268، و في المعنى نفسه:
- Boris Starck, droit civil : obligations, Litec, 1972, p : 427.
- 87 - Alex Weill & François Terré, op-cit, p : 203.
- 88 - Cass.civ., 3ème ch.21 février 2001, affaire HOTEL LE GALLIENI : « le dol est constitué par le manquement au devoir de loyauté du cocontractant constitutif de réticence dolosive, sans laquelle l'autre contractant n'aurait pas contracté, ou aurait contracté à un moindre prix... »
- 89 - Article 1 (actuellement l'article L330-3 du code de commerce) alinéa 4 : « le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours au minimum avant la signature du contrat ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent. »
- 90 - CA Pau, 10 octobre 2005.
- 91 - Cass.com, 14 juin 2005 affaire prodim: « les manquements à l'obligation d'information incombant au franchiseur, qui sont impropres à caractériser en eux même l'existence de manœuvres telles qu'il est évident que, sans elles, les franchisés n'auraient pas contracté. »
- 92 - CA Paris, arrêt du 05 juillet 2006, affaire REBAUDO.
- 93 - Article 2 du décret 91-337 du 04 avril 1991 : « sera punie des peines d'amendes prévues par les contraventions de la 5ème classe toute personne qui met à la disposition d'une personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle engagement d'exclusivité ou de quasi- exclusivité pour l'exercice de son activité sans lui avoir communiqué , vingt jours au moins avant la signature du contrat le document d'information et le projet de contrat mentionnés à l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 susvisée. »
- 94 Cass.com., 14 janvier 2003, affaire *Sté Europe Market office* : « ayant remarqué que le franchisé n'a pas rapporté la preuve d'un préjudice, et que le franchiseur avait fourni des éléments d'appréciation permettant au franchisé, seul juge de l'opportunité de son investissement, de calculer ses risques, la cour d'appel, a fait ressortir l'absence de tout vice de consentement en relation avec la méconnaissance du délai fixé par l'article L330-3 du code de commerce. »
- 95 - Cass.civ., 3ème ch.15 janvier 1971 : « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant au cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter. »
- 96 - Cass.com, 13 janvier 2009, affaire PRODIM: "la réticence dolosive n'est susceptible d'entraîner le prononcé de la nullité du contrat de franchise qu'à la condition que les candidats à la franchise aient faussement cru à un engagement contraire à la réalité."
- 97 - Cass.com, 20 mars 2007, affaire *Prodim & Logidis* : « en déduisant un vice du consentement du franchisé du seul manquement du franchiseur à son obligation d'information précontractuelle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »
- 98- استثنينا من مجال الدراسة فكرة الغلط البسيط *Erreur simple* على اعتبار أن الغلط في هذا الوضع وهم يقوم في ذهن المتعاقد بعيدا عن أي عمل أو امتناع صادر عن الطرف الآخر في العقد، و على ذلك يستوجب التمييز بين الغلط البسيط غير المقترن بأي خطأ من جانب المتعاقد المدين بالإعلام، والغلط الناجم عن خطأ المدين بالإعلام لاسيما بالكتمان أو الكذب مثلما سنوضحه لاحقا. انظر في هذا الصدد:
- Louise Langevin, Nathalie Vésina, collection de droit, 2006-2007, volume 5, obligation et contrat, p: 41.
- Benoît Moore, à la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit

Québécois, revue juridique Thémis, volume 28, n° 1, p: 231.

- 99 - Chiheb Ayed, le déséquilibre initial dans les contrats de commerce international, mémoire pour l'obtention du grade de maître en droit (LL.M), université Laval, Canada, 2003, p: 88.
- 100 - Cass.civ. 3ème ch. Arrêt du 21 février 2001, affaire Gallieni: "la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée."
- 101 - Cass.civ, ch.1re, 15 mars 2005 : l'obligation de contracter de bonne foi impose un devoir d'information
- 102 - Ejan Mackaay, Violette Leblanc, Nicolette Kost-desèvres, Emmanuel S. Darankoum, l'économie de la bonne foi contractuelle, mélanges Jean Pineau, édition Thémis, 2004, p : 426.