



مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد التاسع والعشرون:

2020/4

مجلة فصلية تصدر عن

كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

هيئة التحرير العميد د. كميل حبيب د. إيلي داغر د. خالد الخير د. رفيق رحيمة د. خليل خيرالله د. محمود ملحم	الهيئة الاستشارية العليا معالي الرئيس د. عدنان السيد حسين العميد د. كميل حبيب د. ماري الحلو د. دينا المولى د. محمد عيسى عبدالله
المدير المسؤول د. عصام إسماعيل	رئيس التحرير العميد د. كميل حبيب

ترحب عمادة كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بالمساهمات الفكرية في مجالي القانون والسياسة.
للاستفسار أو لمزيد من التفاصيل زيارة الموقع (droit.ul.edu.lb)
أو لدى عمادة الكلية على الرقم:

00961 1 384133 – 00961 1 384114
00961 3 700209 – 00961 70 814915

أو مراسلتنا على عنوان البريد الإلكتروني:
habib@hotmail.com _camille
Issam.ismail@ul.edu.lb - droit@ul.edu.lb

◆ قواعد النشر:

يراعى في نشر الأبحاث في المجلة، القواعد الآتية:

- 1- يشترط لقبول البحث أن يكون مراعيًا للشروط الآتية:
 - أ- في موضوعات القانون أو العلوم السياسية والإدارية
 - ب- لا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة.
 - ج- ممنهجاً مراعيًا الحدائث ومعتمداً الأصول العلمية في كتابة البحث.
 - د- منسقاً شكلاً ومدققاً لغوياً بحيث يردّ البحث غير مستوفي هذا الشرط.
 - هـ- المراجع موثقة ومدرجة في هوامش صفحات البحث (وليس في آخر البحث) وبشرط أن تقتصر الهوامش على ذكر المراجع أما الحواشي المطوّلة المذكورة في الهوامش فهي تحذف حكماً.
 - و- غير مقتبس عن بحث آخر.
 - ز- لم يسبق نشره في مجلة أو موقع الكتروني.
 - ح- ليس جزءاً من أطروحة الدكتوراه أو رسالة الماجستير، أو جزءاً من كتاب للباحث سبق نشره.
- 2- فور ورود البحث إلى عمادة الكلية، يصبح ملكاً للمجلة ولا يجوز إعادة نشره إلا بعد موافقة هيئة التحرير.
- 3- إن قبول نشر البحث لا يعني أنه سينشر في العدد اللاحق، لهيئة التحرير أن تقرر تاريخ النشر مراعاةً لمبادئ تراكم الأبحاث وتنسيق الموضوعات.
- 4- تُذكر صفة الكاتب إذا لم يكن من أفراد الهيئة التعليمية في كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية- الجامعة اللبنانية.
- 5- بعد إدراج المجلة على الموقع الإلكتروني للكلية يمكن إعادة استخدام ونشر الدراسات الواردة فيها شرط الإشارة إلى المصدر.

محتويات المجلة

9	كلمة رئيس التحرير
17	القسم الأول: دراسات في العلوم السياسية
19	أ.د. عبد الرحمان لحرش، حق الدولة المستقبلية في منح الملجأ ومبدأ حظر الرد أو الطرد
43	د. محمد عبد العظيم الشيمي، مقتل قاسم سليمانى: تحولات استراتيجية الصبر الامريكي تجاة إيران
65	نذير مسعد، تداعيات خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي على العلاقات الاقتصادية الأوروبية - تفعيل المادة 50 من اتفاق لشبونة 2007
100	عبد الصمد المجوطي، الحقوق الثقافية: محاولة للتأصيل في ضوء القانون الدولي لحقوق الإنسان
131	أ. نظير محمود أمين، إشكالية ضعف الدولة الغنية الفاشلة
157	ولد يوسف مولود، حول موقف إسرائيل المعادي للمحكمة الجنائية الدولية: بين مخاوف المساءلة والعقاب ونتائج انضمام فلسطين إلى نظام روما الأساسي
186	Jaouad BOUDAN, Expériences des pays de la rive sud de la méditerranée en matière d'investissement en télécommunications: Cas de l'Algérie et de l'Egypte
209	القسم الثاني: دراسات في القانون
211	د. عبدالسلام عوض الرجوب و د.عدنان صالح العمر، إشكالية الالتزام في الإفصاح عن المعلومات وحق الشركة الاحتفاظ بها في التشريع الاردني والنظام السعودي

241	د. سليم سمير خصاونة و د. محمد احمد سعيد المومني، دعوى المسؤولية المدنية كوسيلة للحماية في مواجهة أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة جراء إخلالهم بواجباتهم
277	أ.د. جليل الساعدي وسعد حسون، ماهية التزام صاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء في القانونين العراقي والمصري
316	د. علاء وصفي المستريحي، التأصيل القانوني لالتزام البائع باصلاح المبيع أو استبداله لوجود العيب الخفي (دراسة تحليلية في القانون المدني الأردني)
348	د. عبدالله عبدالكريم عبدالله، الضمانات القانونية لحماية الدائن في القانون المدني القطري، تجديد قيد الرهن العقاري كآلية لتعزيز الضمان الخاص للدائن في ظل قصور الضمان العام
366	د. محمد حسين بشايره وعماد محمد العمارين، أثر العادات التجارية وحماية المستهلك في تفسير خطاب الضمان المصرفي في القضاء الأردني
394	د. إبراهيم محمد عبيدات، حق العدول كمعيار لتحقيق التوازن بين المستهلك والتاجر في العقود الالكترونية، دراسة تحليلية مقارنة
430	د. عائشة بوعزم، حق الرعاية البديلة للطفل المحروم من العائلة، القانون الجزائري نموذجاً
451	د. أسر محمد أبوضيف أمين، تحديد مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ظل قانون التجارة البحرية المصري رقم 8 لسنة 1990 واتفاقية هامبورج لسنة 1978 وقواعد روتردام لسنة 2008
478	د. بلغازي نور الدين، مدى خصوصية التأمين البحري من خلال نظام التحلي لتسوية الخسائر البحرية

491	د. عصام حسن العقرباوي، تصرف الشريك في حصة مُفرزة من المال الشائع وتأصيل انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه في القانون المدني الأردني
503	د.محمد عريقات، نطاق حماية المصنفات الادبية والفنية في القانون الفلسطيني
529	المحامي د. حسين عاهد عيسه، أراضي الوقف غير الصحيح في إطار التشريعات السارية في فلسطين
556	د. عبد اللاوي جواد، الشذوذ الإجرامي في الجزائر دراسة نفسية وجنائية
574	سامية قلوثة، التحكيم لدى السلطات الإدارية المستقلة، دراسة تحليلية مقارنة
595	أ.د. كمال جعلاب، اللامشروعية والمسؤولية الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي
617	د. أحمد الضلاعين و د. صفاء السوليميين، الاختصاص القضائي للعقود الإدارية الالكترونية في النظام القانوني الأردني، دراسة مقارنة

649	القسم الثالث: دراسة خاصة
651	د. منصور السعيد، الحماية القانونية للأسرار التجارية: دراسة في ظل القانون المقارن واتفاقية تريبس

الحراك اللبناني: ثورة أم مجرد انتفاضة؟

رئيس التحرير
العميد د. كميل حبيب

يصعب إعطاء توصيف دقيق لما حصل في ساحات لبنان من تجمعات بشرية غير مسبوقة ابتداءً من 17 تشرين الأول 2019. والسبب في ذلك يعود الى ان تلك التجمعات تتوعت في الشعارات المطلوبة، وتفاوتت في النبرة، وتباينت في الأساليب. وكان من نتائج ذلك هو الاختلاف في آراء المحللين والإعلاميين والمراقبين في توصيف ما جرى: هل هو ثورة أم انتفاضة أم حراك احتجاجي؟ وما زاد الأمور تعقيداً ان هناك من حاول ان "يركب" موجة التظاهرات، او العمل على شرذمتها، او تصفية حسابات سياسية من خلالها. سنحاول في هذه العجالة تقييم نتائج 17 تشرين الأول 2019 من خلال قراءة سياسية لأسبابه وظروف انطلاسته ونتائج سيرته حتى حينه.

♦ في التوصيف:

أطلقت على التظاهرات المطلوبة توصيفات عدّة من قبل كتّاب ومحللين ووسائل إعلام. واندرجت هذه التوصيفات تحت ثلاث تسميات: احتجاج، انتفاضة، وثورة؛ ولكل من هذه التسميات مدلولاتها في علم الاجتماع السياسي، وهي مدلولات تعكس حالة الاختلاف بين المدارس الفكرية المنوط بها قراءة الاحداث من خلال تحديد الأفاهيم اللصيقة... السبيل الوحيد لوضوح رؤية المشهدية بشكل شامل.

لقد اجتهد الدكتور فارس إشتي في وضع التفاسير لكل حالة من الحالات على أساس المعايير الآتية: قهر وظلم واقع، جماعة مقهورة ومظلومة، استهداف لرفع الظلم والقهر، عمل

لرفع الظلم بقوى وأساليب ووسائل محددة موجهة ضد القاهرين والظالمين. وتتباين كل من هذه المعايير في طبيعته وحدوده وعمقه¹، وعليه:

• **الاحتجاج:** ينطلق في الغالب ضد ظلم وقهر مباشرين ومحسوسين في قضية محددة؛ محصوراً بجماعة محددة ضمن منطقة محددة؛ قد يصل الى حدود الشغب؛ عفويّاً وغير منظم. اما الظالم فقد يكون رب عمل او صاحب موقع في السلطة او السلطة العامة نفسها.

• **الانتفاضة:** تنطلق ايضاً ضد ظلم وقهر مباشرين ومحسوسين في قضية محددة؛ تتخرط فيها مجموعة من المظلومين والمقهورين؛ تنشأ عنها قيادة موحدة؛ تعتمد اسلوباً فجاً وعنيفاً في بعض الاحيان؛ ويكون القاهر او الظالم المستعمر او السلطة العامة.

• **الثورة:** تنطلق من عموم الشعب ضد الظلم والقهر الواقع في حقول السياسة والاقتصاد والاجتماع؛ تستهدف تغيير الوضع القائم (Status quo) بشكل جذري واستبداله بواقع اكثر عدلاً؛ لها قيادة معروفة؛ تعتمد اساليب عنفية متعددة ضد الظالمين من الحكام. يمكننا من خلال هذا التمييز في الحقل الدلالي ان نلاحظ أوجه الشبه والاختلاف بين الاحتجاج، الانتفاضة، والثورة من خلال الجدول الآتي:

في أية خانة نضع ما جرى في 17 تشرين الاول 2019 في لبنان؟:

1- لا تتوافر فيه شروط الثورة لغياب القضية الواحدة والقيادة، وغياب البرنامج الشامل، وغياب النية بالخروج عن الأطر الشرعية.

2- لا تتوافر فيه شروط الانتفاضة لغياب القضية الواحدة ولضعف الاجماع الشعبي حوله.

3- الحراك هو الأقرب الى توصيفه. فشروط الاحتجاج متوافرة فيه من حيث رفض سياسات السلطة وعلان مبدأ الرفض، ومن حيث غياب البرنامج الشامل والقوة المنظمة القائدة. لكنه يختلف عن الاحتجاج من حيث انضواء سلة من المطالب تحت عنوان رفض الحكام، وهي سلة تراوح ما بين مطالب جزئية لقطاعات مختلفة يصلح كل منها ليكون موضوع احتجاج قطاعي، وبين مطلب اسقاط النظام من دون

تحديد اي نظام، ويتدحرج بينهما نزع سلاح "حزب الله" عند البعض ومحاسبة الفاسدين من دون المساس ببنية الفساد.

بالنسبة إليّ، المصطلح الأفضل لتوصيف الحالة هو "هبة لبنانية"، عفوية، متعددة المطلب، سلمية من دون قيادة، وفي بعض الاحيان غير مسؤولة. وبالإنكليزية الهبة تعني Wind of change. نصوص هذا القول إن الهبة اللبنانية تنوّعت في طبيعة المشاركين، كما تنوّعت مطالبهم بحسب تموضعهم المناطقي. وعليه، فقد لاحظنا ثلاثة انواع من الحراك:

- الحراك مطلبى معيشي في طرابلس وبعليك، وضد الفساد والطبقة الفاسدة في بيروت والنبطية وصور وصيدا وكفرمرمان.
- الحراك في جبل لبنان: عكس الصراع السياسي بين "التيار الوطني الحر" و"القوات اللبنانية"، وتموضع بين البترون وكفرشما.
- صراع بين الولايات المتحدة الاميركية وحلفائها من جهة وجبهة المقاومة من جهة أخرى.
- دخول لاحق لـ"تيار المستقبل" بعد استقالة رئيس الحكومة سعد الحريري وسقوط التسوية الرئاسية.

♦ في حيثيات الفشل ومعايير النجاح

ما أضعف من زخم الهبة اللبنانية وحدّ من تمددها وأعاق استمرارها يعود الى الأسباب الآتية:

- طغيان شعار «كلن يعني كلن» الذي جهّل الفاسد الحقيقي الذي يجب محاسبته.
- طغيان أسلوب قطع الطرقات الذي أغضب الأكثرية الساحقة من اللبنانيين.
- دخول أحزاب طائفية شاركت بشكل او بآخر في السلطة منذ عام 1992، وحاولت ان تتركب موجة الاحتجاجات: الحزب التقدمي الاشتراكي، حزب الكتائب اللبنانية، حزب "القوات اللبنانية"، و"تيار المستقبل".
- تغليب المنحى الشخصي في المطالب واستخدام تعابير منقّرة ومقرّرة.
- لم تتجح قوى الحراك في توصيف حراكها ونصوص برنامج عمل له وبلورة اطارها التنظيمي.

• الموبقات التي حصلت في وسط بيروت، وتحديدًا في محيط المجلس النيابي، وما رافقها من اعتداء على الاملاك العامة.

♦ من انجازات الحراك المبتورة نذكر:

نجحت في انخراط آلاف اللبنانيين في موجة الاحتجاجات، اذا اخذنا بعفويتها، ونجحت في اطلاقها واستمرارها.

نجحت في تكثيف النقاش السياسي والاقتصادي والمالي، إن في الخيم المقامة في الساحات، او عبر وسائل الاعلام والتواصل الاجتماعي... وهو نجاح اعاد الاعتبار الى السياسة لكنه اتسم بالتعبوية.

نجحت في اشراك واسع للمتضررين من سياسات الدولة العميقة، وفي استدراج قوى السلطة الى ساحاتها، فانبرى كل منها الى المشاركة الميدانية بشكل او بآخر الى درجة غدا الخصم شريكاً و"ضاعت الطاسة".

نما الحراك بشكل سريع ولافت، أخذاً حيزاً بارزاً في الاعلام العالمي والعربي. وهذا ما ساعد على خلق مناخ دولي متعاطف مع حركة التغيير في لبنان. ولا بأس من التذكير بان الدعم الدولي للبنان كان دائماً مشروطاً بتغيير نهج الفساد السياسي على مستوى السلطة. اعاد الى الرأي العام حضوره ومكانته، كما أعاد الى الشارع فعاليته، بحيث غدت الساحات مجالاً للتلاقي والتفاعل والحوار الديمقراطي.

♦ قراءة في السياسة والدور

على رغم انجازاته المتواضعة، لا يمكن أحداً ان يتنكر لرياح التغيير التي لفحت لبنان منذ 17 تشرين الاول 2019. يكفي ان نشير الى الجرأة (كسرهم لحاجز الخوف) التي تمتع بها المواطنون في التنديد بالسلطة العميقة التي تحكمت بمفاصل السياسة اللبنانية منذ عام 1992، اي لحظة دخول الميليشيات الى الحكم. عمدت هذه الميليشيات الحاكمة، وبناء على تجربتها خلال الحرب العبيثة، الى اقامة دويلات ضمن الدولة، فأنشأت «مؤسسات» وزعتها حصصاً في ما بينها، الى درجة بات التوظيف في كل مؤسسة حكراً على اناس ينتمون الى

حزب مذهبي معيّن. وكان من نتائج ذلك ان تمذهبت المؤسسات العامة ما أنتج حالة من النهب المقونن، أي استشرء ظاهرة الفساد حتى اصبحت نمط حياة. هذا ما فعله اتفاق الطائف في انتاجه لنظام طائفي ومذهبي قوي في مقابل دولة ضعيفة افتقدت ادنى مستوى من آليات المساءلة والمحاسبة. وفي هذا الزمن لم يعد وجود الدولة مرتبطاً بشروط الشعب والأرض والسلطة، بل علينا ان نضيف مبدأ المال العام. وعندما يصل الدين العام الى 90 مليار دولار يعني ان الدولة لم تعد ذات سيادة.

في العقد الثاني من القرن الحادي والعشرين لم يعد بإمكان الفاسدين تغطية فسادهم وخداع الناس بعد انتشار المعرفة عبر وسائل التواصل الالكترونية الحديثة، كالفيسبوك والتويتر والانترنت. ويقول العميد الاستاذ طوني عطاالله في هذا السياق: "وكما انهى المدفع النظام الاقطاعي في القرون الوسطى، هكذا الانترنت نقوض آخر حصون انظمة الحكم السلطوية. وما يحصل اليوم هو أمثلة بل درس قاسٍ يلقنه المجتمع اللبناني لكل سلطة تحاول تجاهل تعدديته وحرية العريقة، وينطوي على رد على محاولات وضع القيود على الحريات وتطويع الاعلام..."

ولا يمكننا التغاضي عن الدور المحوري الذي لعبه، ولم يزل، الاعلام اللبناني في تغطيته المباشرة لتطورات الرياح التغييرية. لقد اسمع الاعلام صوت المحتجين الى آذان عصابة الفساد التي نهبت الدولة وافقرت الناس عبر الحجز على ودائعهم في المصارف، بينما سمحت لأصحاب النفوذ بتهريب اموالهم الى الخارج. وعليه، فإن وسائل الاعلام ونقابتي المحامين في بيروت وطرابلس ساهمت في ادخال الطمأنينة الى نفوس المواطنين في مجال صون حرية التعبير وحماية حق التظاهر. فالدولة العميقة الفاسدة والمفسدة لا يمكنها ان تمنع التجمّع إلا في حدود ضمان أمن المواطنين.

وهنا لا بد من الاشارة الى الدور الريادي الذي اضطلع به الجيش اللبناني في حماية المتظاهرين ومنع العناصر المخربة من إحداث الشغب في وسط بيروت. فالعناصر المخربة أساءت الى حركة التغيير أكثر مما أساءت الى رموز السلطة. فالجيش الضنين بحماية حق التظاهر أظهر حرصاً أكثر ايضاً في حماية حق المواطنين في التنقل بحرية. وهكذا بتنا امام

مشهدين متناقضين: مشهد افتراش المواطنين الأرض لمنع القوى الامنية من فتح الطرقات الدولية، ومشهد التحام رائع حيث احتضن المواطنون الجيش بأبهى صور. أخيراً، استعرت الرياح التغييرية بسبب حالة الاريك التي أصابت رموز الدولة العميقة. فرموز الفساد عملوا على تخويف الناس من خطرين:

- خطر الانهيار الكبير بكل آلامه ومعاناته.
 - خطر المستقبل الغامض حيث الآتي اعظم بعد سقوط الهيكل على رؤوس الجميع.
- لكن كل هذا التهويل لن ينجح في دفع الناس الى التمسك بجلاذيتها لأن بقاءها هو المجهول بحد ذاته والمصير القاتم المعلوم. والمضحك المبكي في آن هو ان تسمع احد رموز الفساد وهو يتهكّم على القوانين المرعية الاجراء التي تمنع محاكمة الفاسدين ومكافحة الفساد. هذا يعني العمل على محاسبة القانون كي نحاسب المسؤول، مما يؤدي عملياً الى تبرئته من سوء ادائه وتهزبه من تحمّل المسؤولية وتلكؤه عن القيام بالمعالجات اللازمة. ولقد غاب عن بال الفاسدين الاغبياء ان لبنان ليس بحاجة الى قوانين جديدة، اذ تتوافر على مستوى الدولة مجموعة قوانين لمكافحة الفساد. فالاموال المنهوبة، مثلاً، يمكن استعادتها بموجب احكام قضائية لأنها ناتجة من جرائم ارتكبتها مسؤولون شغلوا مناصب عامة بصورة دائمة او مؤقتة. فقانون الاثراء غير المشروع (18-4-1953)، على سبيل الدلالة لا الحصر، يعتبر اساسياً في مكافحة الفساد.

♦ ماذا عن المستقبل؟

إننا نعول على حكومة الاختصاصيين التي يرأسها الدكتور حسان دياب كمرحلة انتقالية لا بدّ منها بين الواقع والمرتجى. فالمطلوب من الحكومة سلسلة اجراءات تعيد ثقة المواطن بدولته، وتعيد أيضاً ثقة المجتمع الدولي بلبنان. الخوف الكبير هو أن يستمر الفاسدون في التذاكي في زمن الحروب السيبرانية، فيتخذون من الحكومة قناعاً لسلطة خفية تتحكم بها قوى امر واقع تتخذ الدولة رهينة للحفاظ على سيطرتها وتوظيفها في خدمة مصالح اقليمية ودولية لا علاقة لها بلبنان وبالتغيير الديمقراطي المرجو.

يجب الاعتراف بان الهبة الشعبية لم تعدل ميزان القوى في البلد لمصلحتها، ولا تزال في موقع الطرف الاضعف. فالفعل السياسي لا تستقيم معه الطروحات المطلقة والمطالب القصوى. وعليه، فإن الحالة التغييرية حتى تنجح تتطلب العمل بما يأتي:

تنقية جسدها من القوى الطائفية التي ركبت موجة التغيير للحفاظ على وجودها داخل النظام القائم، لا بل هي من اشرس القوى محافظةً على النظام الطائفي.

على قوى التغيير المدنية مراجعة ما جرى والعمل على وضع برنامج مرحلي للاصلاح بأهداف "متواضعة" تكسر بها الحلقة المفرغة التي يتخبط بها لبنان.

لا شك في أن الهبة الشعبية انتجت دينامية سياسية قد تؤسس لحركة أوسع توجج الصراع الذي لا بد منه بين قوى التغيير المدني ورموز النظام الطائفي الفاسد.

انني على يقين بان الهبة الشعبية سوف تنتج احزاباً وحركات وطنية عابرة للطوائف تكسر احتكار تمثيل اللبنانيين عمودياً بالاحزاب الموجودة. فلا يمكننا الذهاب الى انتخابات نيابية مبكرة اذا لم تكن قوى التغيير جاهزة تنظيمياً لخوضها.

يتعين على الشباب والشابات الذين رفعوا الصوت عالياً لإسقاط النظام الطائفي الفاسد، ان ينتجوا خطاباً جديداً او لغة جديدة تحاكي اوجاع الناس وتحقق احلامهم في بناء دولة اكثر عدالة واكثر انسانية. وهذا لن يتحقق الا من خلال برنامج مرحلي شامل بقيادة حكيمة واسلوب سلمي. ويبقى قانون عصري للانتخابات البرلمانية يعتمد القاعدة النسبية ولبنان دائرة انتخابية واحدة المدخل الحقيقي للإصلاح. من جهتي فإنني انتظر ثورة الجياح لقلب الطاولة على رؤوس الطبقة الفاسدة من سياسيين وغير سياسيين.

إن أية عملية اصلاحية في ظل وجود طبقة الفاسدين تبقى عملية تجميلية للنظام القائم تؤسس لحروب اهلية جديدة.

القسم الأول: دراسات في العلوم السياسية

- أ.د. عبد الرحمان لحرش، حق الدولة المستقبلية في منح الملجأ ومبدأ حظر الرد أو الطرد
- د. محمد عبد العظيم الشيمي، مقتل قاسم سليمانى: تحولات استراتيجية الصبر الامريكي تجاة إيران
- نذير مسعد، تداعيات خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي على العلاقات الاقتصادية الأوروبية - تفعيل المادة 50 من اتفاق لشبونة 2007
- عبد الصمد المجوطي، الحقوق الثقافية: محاولة للتأصيل في ضوء القانون الدولي لحقوق الإنسان
- أ. نظير محمود أمين، إشكالية ضعف الدولة الغنية الفاشلة
- ولد يوسف مولود، حول موقف إسرائيل المعادي للمحكمة الجنائية الدولية: بين مخاوف المساءلة والعقاب ونتائج انضمام فلسطين إلى نظام روما الأساسي
- Jaouad BOUDAN, Expériences des pays de la rive sud de la méditerranée en matière d'investissement en télécommunications: Cas de l'Algérie et de l'Egypte

حق الدولة المستقبلية في منح الملجأ ومبدأ حظر الرد أو الطرد

أ.د/ عبد الرحمان نحرش⁽¹⁾

من المعلوم أن الدول تمارس في ظل القانون الدولي سيادة على مراقبة وتنظيم دخول وإقامة وخروج الأجانب من أقاليمها، حيث تتمتع الدولة بسلطة تقديرية في تحديد من هو الشخص المسموح له بدخول أراضيها وداخل حدودها والشروط التي يجب توفرها فيه. غير أن سلطة الدولة في تنظيم دخول وإقامة وخروج الأجانب ليست مطلقة. حيث يضع القانون الدولي لاسيما القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي للاجئين بعض القيود على ممارسة الدولة لهذه السلطة التقديرية.

بخصوص القانون الدولي للاجئين، فإن الحماية المقررة للاجئين في ظلها مشروطة بانطباق تعريف اللاجئ على هؤلاء الأشخاص والاعتراف لهم بمركز لاجئ⁽²⁾. هذا يعني أن حق أي شخص في الحصول على اللجوء مرتبط بحالات محددة يكون فيها عرضة للاضطهاد. كما يعني أيضا أن حق منح اللجوء هو حق سيادي للدولة المستقبلية. حيث لا تلتزم هذه الدولة بالاعتراف للاجئين بوضع أو مركز لاجئ (Legal Status) وقبول إدماجهم إدماجا كاملا في المجتمع.

غير أن غياب أي التزام على عاتق الدولة المستقبلية بالسماح للاجئين دخول إقليمها يرد عليه قيد قانوني أساسي يتمثل في مبدأ حظر الرد أو الطرد. لذلك فالإشكال الجوهرى الذي يثيره مشكل حماية اللاجئين في القانون الدولي للاجئين يكمن في كيفية التوفيق بين الحق السيادي للدولة المستقبلية في منح أو عدم منح الحق في الملجأ ومبدأ حظر الرد أو الطرد

⁽¹⁾ كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة- الجزائر .

⁽²⁾ N. Szablewska and S.Karim, Protection and international cooperation, in R. Islam § J. Hossain, An introduction to international refugee law, Martines Nijhoff, Leiden – Boston, 2013, P. 195.

باعتباره ضماناً قانونية تحول دون تعرض اللاجئ لخطر الاضطهاد. وتجدر الإشارة إلى أن هاتين المسألتين: حق الدولة في منح اللجوء ومبدأ حظر الرد أو الطرد، هما شكلان من أشكال الحماية المقررة للاجئين في ظل القانون الدولي للاجئين.

○ أولاً: منح الحق في الملجأ

عرّف معهد القانون الدولي عام 1950 الملجأ (Asylum) بأنه: "الحماية التي تقرها الدولة في إقليمها أو في أي مكان آخر تحت رقابة بعض أجهزتها لأي شخص يأتي لطلبها"⁽¹⁾. كما يعرف البعض منح حق الملجأ بأنه يعني "أن تسمح الدولة للاجئ بدخول إقليمها وتقرر له حماية من التعرض للاضطهاد"⁽²⁾.
غير أن السؤال المطروح في هذا الصدد هو: هل منح حق الملجأ هو حق للدولة أم حق للفرد؟

أ- منح حق الملجأ هو حق للدولة المستقبلية:

للتذكير هناك عدد قليل من الوثائق الدولية التي نصت على حق الملجأ. فبالرجوع إلى الوثائق الدولية المعنية باللجوء، لاسيما اتفاقية مونتفيدو حول اللجوء السياسي الخاصة بالدول الأمريكية لعام 1933، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948،⁽³⁾ وإعلان فيينا حول حقوق الإنسان لعام 1993، يلاحظ أن الصياغة التي ورد بها هذا الحق (الحق في الملجأ) في هذه الوثائق، تبين أن هذا الحق ليس حقاً للفرد في الحصول على الملجأ، وإنما هو حق للدولة في منح الملجأ.

بالرجوع أيضاً إلى الأعمال التحضيرية للجنة الثالثة حول الإعلان العالمي، والنقاش الذي ثار حول مسألة اعتبار حق اللجوء، هل هو حق للفرد في الحصول على الملجأ؟، يلاحظ أن

(1) «Asylum means the protection which a state grants on the territory or in some other place under the control of certain of its organs, to a person who comes to seek it».

(2) William Thomas Worster, «The contemporary international status of the right to receive asylum», Int'l J. Refugee law, Vol. 26, N° 4, 2014, P.478.

(3) تنص المادة 14 (1) من هذا الإعلان على أنه: "لكل فرد الحق في أن يلجأ إلى بلاد أخرى أو يحاول الالتجاء إليها هرباً من الاضطهاد".

اللجنة ألغت حق الفرد في الحصول على اللجوء. وقد خلص المعلقون على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لاسيما المادة 14 (1)⁽¹⁾، إلى أن حق اللجوء من جانب الدولة المستقبلية هو حق سيادي أساسي⁽²⁾.

وبالرجوع أيضا إلى الأعمال التحضيرية للاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام 1951، يلاحظ أن الاتفاقية رغم أنها تتعلق بحقوق اللاجئين والتي هي حقوق فردية، إلا أنها اعتبرت أن حق منح الملجأ هو حق للدول وليس للأفراد. وطبقا لرئيس مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بوضع اللاجئين، فرغم أن المادة 14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 تكرر حق الفرد في طلب والتمتع بالحق في الملجأ، إلا أن نص ديباجة اتفاقية اللجوء المقترح والذي تم تبنيه بشكل نهائي، يكرس حق الدولة في منح الملجأ.⁽³⁾

كما تعني هذه الصياغة أن هذا الحق للدولة يقابله التزام من جانب الدول الأخرى باحترام حق الدولة المستقبلية في منح اللجوء، وأن الفرد لا يحق له التمتع بحق الملجأ إلا في حالة ما إذا منحت له الدولة المستقبلية⁽⁴⁾. حيث تنص المادة 1 (1) من إعلان 1967 بشأن الملجأ الإقليمي على أن: "تحتزم سائر الدول الأخرى الملجأ الذي تمنحه دولة ما، ممارسة منها لسيادتها، لأشخاص يحق لهم الاحتجاج بالمادة 14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومنهم المكافحون ضد الاستعمار". كما تؤكد الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: "يعود للدولة مانحة الملجأ تقدير مبررات منح هذا الملجأ".⁽⁵⁾

كما تؤكد المادة 2 (2) من إعلان بانكوك الخاص بالمبادئ الخاصة باللجوء لعام 1966 على حق الدولة السيادي في منح أو رفض منح اللجوء في إقليمها لأي لاجئ وفقا لالتزاماتها الدولية وتشريعاتها الداخلية.

فبالنظر إلى المادة 1 (أ) (2) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام 1951 والتي تضمنت تعريف اللاجئين، نلاحظ أنه لا توجد أية إشارة لعبارة "ملجأ (Asylum)"، ومع ذلك

⁽¹⁾ تنص المادة 14 (1) على: "لكل فرد الحق في أن يلجأ إلى بلاد أخرى أو يحاول الإلتجاء إليها هربا من الاضطهاد".

⁽²⁾ Alice Edwards, In William Thomas Worster, ar. Pré. P.479.

⁽³⁾ UNGA, Conference of plenipotentiaries on the status of refugees and stateless persons: summary record of the thirty-first meeting, 29 Nov. 1951, UN doc A/Conf.2/SR. 31, Parag 5.

⁽⁴⁾ Ibid, p. 478.

⁽⁵⁾ UNGA Res 2312 (XXII) 14 Dec. 1967.

نجد أن الاتفاقية استخدمت هذه العبارة في الفقرة الرابعة من الديباجة، حيث تنص على أنه: "وإذ يعتبرون أن منح الحق في الملجأ قد يلقي أعباء باهضة على عاتق البلدان المعنية، وأن ذلك يجعل من غير الممكن، دون تعاون دولي، إيجاد حل مرض لهذه المشكلة التي اعترفت الأمم المتحدة بأبعادها وطبيعتها الدولية".

ونظراً لأن هذه الاتفاقية تحدد فقط تعريف اللاجئ (م 1 (أ) (2))، فهذا يعني أنه لا يقع على عاتق الدولة الطرف (المستقبل) أي التزام بمنح الأشخاص الذين ينطبق عليهم هذا التعريف، الحق في الملجأ. بالإضافة إلى ذلك تنص المادة 2 (2) من اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية التي تحكم المظاهر الخاصة بمشكلة اللاجئين في إفريقيا لعام 1969 على أن: "يعتبر منح حق اللجوء للاجئين عملاً سلمياً إنسانياً، ولا يمكن أن يعتبر من جانب أية دولة عملاً غير ودي".

يمكن القول استناداً إلى هذه المادة، أن منح حق الملجأ هو مظهر من مظاهر السيادة الإقليمية للدولة المستقبلية وليس التزاماً يقع على عاتقها. كما يمكنها أن تمنح هذا الحق إلى أشخاص لا ينطبق عليهم تعريف اللاجئ. إذن هناك تأكيد صريح وواضح على أننا بصدد حق الدول في منح حق الملجأ ولسنا بصدد حق اللاجئين في الحصول على حق الملجأ. ولا شك أن ذلك يعود إلى أن النظام القانوني الدولي الخاص بحماية اللاجئين قد تطور بما يتماشى مع المصالح الوطنية والاعتبارات السياسية للدول والتي تراعي أساساً الحفاظ على سيادة الدول على حساب حماية اللاجئين⁽¹⁾. فمن المعلوم أنه لا وجود لحق الحصول على الملجأ لا في ظل اتفاقية 1951 ولا في ظل القانون الدولي العام. فالحق المعترف به للاجئ ليس حق الحصول على الملجأ وإنما حق طلب اللجوء والتمتع به ضد الاضطهاد،⁽²⁾ وأن هذا الحق طبقاً لاتفاقية 1951 وممارسات الدول، لا يلزم الدولة بمنح حق الملجأ ولا يقيد سيادتها في مراقبة دخول أي شخص إلى إقليمها. وقد خلصت محكمة العدل الدولية في قرارها الخاص بقضية اللجوء الإقليمي لعام 1950 إلى عدم وجود أي قاعدة عرفية سواء دولية أو إقليمية تضع على عاتق الدولة المستقبلية التزاماً بمنح حق الملجأ⁽³⁾.

(1) R. Islam & J. Hossain, An introduction to international refugee law, Martines Nijhoff, Leiden – Boston, 2013, P. 32.

(2) William Thomas Worster, ar. Pré, PP. 477, 480.

(3) Asylum case (Columbia V Peru), I.C.J. reports, 1950.

إذن يتضح من ذلك أن حق الدولة المستقبلية في منح الملجأ لا ترد عليه قيود في ظل القانون الدولي، باستثناء بعض الالتزامات التي تقع على عاتق الدول المستقبلية بموجب الاتفاقيات الدولية والتي من بينها التسليم.⁽¹⁾ فمثلا أكدت محكمة العدل الدولية في قضية الرئيس التشادي السابق حسن حبري، أن الحق السيادي للسنغال كدولة مستقبلية في منح الملجأ له ليس مطلقا بل مقيد بالالتزام بمحاكمته على جرائم التعذيب طبقا للمادة (1)7 من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام 1984، لضمان عدم إفلاته من العقاب.⁽²⁾ تنص المادة (1)7 على أنه: "تقدم الدولة الطرف التي يوجد في الإقليم الخاضع لولاياتها القضائية شخص يدعى ارتكابه لأي من الجرائم المنصوص عليها في المادة 4 في الحالات التي تتوخاها المادة 5، بعرض القضية على سلطاتها المختصة بقصد تقديم الشخص للمحاكمة، إذا لم تقم بتسليمه".

لا شك أن محاكمة الدولة المستقبلية في هذه الحالة للشخص الذي طلب اللجوء، عن جرائم دولية، لا يعني أنه لا يحق له منحه حق الملجأ.⁽³⁾

لذلك فالقيد الوحيد على هذه السيادة هو مبدأ حظر الرد أو الطرد⁽⁴⁾. فالدولة تملك السلطة التقديرية كجزء من اختصاصها الإقليمي في ممارسة أو عدم ممارسة حقها في منح حق الملجأ للاجئ. هذا يعني أن الدول تظل حرة في منح حق الملجأ للاجئين الذين ينطبق عليهم التعريف الذي يكرسه القانون الدولي، كما تظل أيضا حرة في وضع الشروط التي يجب أن يمارس فيها حق اللجوء. حيث يمكن للدولة المستقبلية أن تمنح للاجئ الحق في إقامة دائمة أو مؤقتة، أو تمنح له الترخيص بالعمل أو رفض ذلك، أو تضع اللاجئين في مخيمات في انتظار إيجاد حل نهائي لهم سواء بإدماجهم في مجتمعها أو السماح لهم بالعودة إلى بلدانهم الأصليين أو إعادتهم إلى دولة ثالثة⁽⁵⁾.

(1) Maria- Teresa Gil- Bazo, «Asylum as a General principle of International law», Int'L Journal of Refugee law, vol.27, N°1, 2015, PP.7, 8.

(2) Questions relating to the obligation to prosecute or to extradite (Belgium V. Senegal) 2012, I. C. J, Reports, paras 95, 120, 121.

(3) Maria- Teresa Gil- Bazo: av. Pré. P. 8

(4) Kay Hailbronner, in William Thomas Worster ar. Pré. P.494.

(5) Goodwin. Gill, The refugee in international law, in Karen Musalo and Others, Refugee law and policy: A comparative and international approach, 2011, P. 48.

ب- التمييز بين مصطلحي الملجأ (Asylum) ومركز أو وضع لاجئ (Refugee status): بالرجوع إلى الوثائق الدولية والقوانين الداخلية ذات الصلة باللاجئين يلاحظ وجود تداخل وتشابه بين المصطلحين. ضمن المستوى الداخلي تبنت عدة دول تعريف اللاجئ الذي اعتمدته اتفاقية 1951 في تشريعاتها الداخلية كأساس قانوني لمنح حق الملجأ. حيث أصبح منح حق الملجأ بموجب القانون الداخلي نتيجة آلية للاعتراف للاجئ بمركز لاجئ⁽¹⁾. أما على المستوى الدولي فطبقا للملحق الخاص بالبيان الختامي لمؤتمر الأمم المتحدة الخاص بوضع اللاجئين لعام 1951، أكد مندوبو الدول الحاضرة في هذا المؤتمر أن قبول اللاجئين أي الاعتراف لهم بمركز لاجئ، هو بمثابة منحهم حق الملجأ⁽²⁾. كما فسرت المفوضية السامية لشؤون اللاجئين اعتراف الدولة المستقبلية للاجئين بمركز (وضع) لاجئ، بأنه يعني ببساطة منح هؤلاء اللاجئين حقوق ووضع على عاتقهم واجبات⁽³⁾. كما ذهبت اللجنة المعنية بحقوق الطفل إلى تفسير المادة 22 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، على أنها جمعت بين مصطلحي حق الملجأ ومركز لاجئ. حيث تنص هذه المادة على أن: "تتخذ الدول الأطراف في هذه الاتفاقية التدابير الملائمة لتكفل الطفل الذي يسعى للحصول على مركز لاجئ، أو الذي يعتبر لاجئا وفقا للقوانين والإجراءات الدولية أو المحلية المعمول بها، تلقي الحماية والمساعدة الإنسانية المناسبين...". فرغم أن هذه المادة لم تشر صراحة إلى عبارة "ملجأ"، وإنما أشارت إلى عبارة "مركز لاجئ"، فقد فسرتها اللجنة المعنية بحقوق الطفل على أنها تشمل أيضا طالبي اللجوء. كما اعتبرت أن هذه المادة تلزم أيضا الدول الأطراف ليس فقط بقبول طلبات من الطفل للاعتراف له بمركز (وضع) لاجئ، وإنما تلزمها أيضا بإحالة هذه الطلبات على السلطة الداخلية المختصة بمنح حق الملجأ⁽⁴⁾. ويذهب بعض الفقه إلى وجود حق الحصول على الملجأ في ظل القانون الدولي العرفي، لكن هذا الحق يتمتع به فقط الأشخاص الذين ينطبق عليهم تعريف لاجئ ولا يشمل أشخاص أو فئات أخرى⁽⁵⁾.

(1) William Thomas Worster, ar. Pré. P.495.

(2) Final Act of the UN conference on the status of refugees, IV D, 189, UNTS37.

(3) William Thomas Worster, ar. Pré. PP. 495, 496.

(4) Committee on the right of the child, general comment, N° 6, UN doc. CRC/GC/2005/6, paray. 66, 1 sept. 2005.

(5) William Thomas Worster, ar. Pré. P.488.

ج- الحالات التي تمنح فيها الدولة حق الملجأ

من المعلوم أن هذه الحالات محددة والتي يكون فيها طالب اللجوء معرضا للاضطهاد (Persecution)، ومن ثم فإن الأشخاص الذين لا يستفيدون من الحماية هم أولئك الذين هم غير معرضين للاضطهاد⁽¹⁾. غير أن مفهوم الاضطهاد لا يزال غامضا وغير محدد. وفي هذا السياق أكد المقرر الخاص للجنة القانون الدولي في تقريره الثاني الخاص بطرد الرعايا، "أنه ليس هناك شكل محدد للاضطهاد الذي يشكل مبررا لطلب اللجوء ومنح الملجأ"⁽²⁾. وقد ذهب البعض إلى أن الاضطهاد يتخذ بعض أشكال المعاملة السيئة القائمة على أساس العرق، الدين، الانتماء الاجتماعي. وطبقا لذلك فقد يشمل الاضطهاد أعمال موجهة ضد أشخاص يناضلون ضد الاستعمار.⁽³⁾ كما أكدت الممارسة الدولية أن بعض الدول تمنح حق الملجأ بموجب دساتيرها وقوانينها الداخلية، لأجانب منعوا من ممارسة حرياتهم في دولهم،⁽⁴⁾ أو الذين يعانون من الحرمان،⁽⁵⁾ أو الأشخاص الذين يناضلون من أجل حماية حقوق العمال، أو من أجل مبادئ الديمقراطية أو حرية النشاط العلمي والثقافي.⁽⁶⁾ يترتب على ذلك أن مفهوم الاضطهاد في ظل الممارسة الدولية أشمل نطاقا من مفهوم الاضطهاد الوارد في اتفاقية وضع اللاجئين لعام 1951.⁽⁷⁾

يلاحظ أن المادة 1 (2) من اتفاقية 1951، لا تتضمن حق اللاجئين في منحه اللجوء وإنما تتعلق أساسا بتعريف اللاجئين. حيث تنص على أن: "كل شخص يوجد، نتيجة أحداث وقعت قبل 1 يناير 1951، وبسبب خوفه له ما يبهر من التعرض للاضطهاد بسبب عرفه. أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع أو لا يريد بسبب ذلك الخوف، أن يستظل بحماية ذلك البلد، أو كل شخص لا

(1) Ibid, P. 481.

(2) Maurice Kamto, Second Report on the expulsion of aliens, UN doc. A/CN. 4/573 at'97.

(3) راجع المادة 14 (01) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، والمادة 01 (01) من الإعلان حول الملجأ الإقليمي لعام 1967.

(4) راجع المادة 10 من الدستور الإيطالي.

(5) راجع المادة 56 من دستور المجر.

(6) William Thomas Worster, ar. Pré. P.490.

(7) Ibid, P.481.

يملك جنسية ويوجد خارج بلد إقامته المعتادة نتيجة مثل تلك الأحداث ولا يستطيع أو لا يريد بسبب ذلك الخوف أن يعود إلى ذلك البلد...".

إذن تحدد هذه المادة فقط من هو الشخص الذي تتوفر فيه شروط اللجوء، وبالتالي لا تضع على عاتق الدولة الطرف (المستقبلية) أي التزام بمنح هذا الشخص حق الملجأ⁽¹⁾. لكن في المقابل تضع المادة 33 من نفس الاتفاقية على عاتق الدولة المستقبلية التزاما صريحا بعدم تعريض اللجوء للخطر، وذلك بعدم رده أو طرده إلى دولته التي يتعرض فيها للاضطهاد.

د. هل يمكن اعتبار حق الحصول على الملجأ هو حق للاجئ؟

إن اعتبار الحق في الملجأ هو حق للأفراد باعتباره حقا من حقوق الإنسان يظل محل جدل كبير بين فقهاء القانون الدولي. حيث يرى بعض الفقهاء أن القانون الدولي لا يعترف بوجود حق الأفراد في الملجأ،⁽²⁾ أما الفقيه (Grahl-Madsen) فيرى أنه من المهم أن الفقهاء في عدة دول يحاولون بجدية الكشف عن مسألة حق الفرد في الحصول على ملجأ من خلال الدعوة إلى إبرام اتفاقية دولية تلزم الدول بضمان الاعتراف للفرد بالحق في الحصول على ملجأ. وقد أيد هذا الفقيه هذا الاتجاه باقتراح إبرام اتفاقية دولية ذات صلة بهذا الحق.⁽³⁾ وقد استند هذا الفقيه في الاعتراف بحق الفرد في الملجأ إلى ممارسات الدول التي تجسدت في تقنين هذا الحق في دساتيرها وقوانينها الداخلية.⁽⁴⁾ كما أكد أن هذا الحق يستمد أساسه من مبدأ عدم الطرد أو الرد الوارد في المادة 33 من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين، والذي يضع على عاتق الدول التزاما بمنح حق الملجأ لأي لاجئ يطلبه.⁽⁵⁾ فرغم أن منح الملجأ هو حق للدول، إلا أن ممارسته يجب أن لا تؤدي إلى رفض دخول اللجوء أو منحه دخولا مؤقتا، بحيث يكون معرضا للاضطهاد، خاصة في ظل عدم وجود أي دولة مستعدة لاستقباله خلال مدة زمنية معقولة.⁽⁶⁾

(1) Karen Musalo, and others, ar. Pré. P.48.

(2) G. Gilbert, «the right of asylum: A change of direction», I.C.L.Q., vol. 32, 1983, pp. 633,650.

(3) Grahl-Madsen, the status of Refugees in Int'l law, sijthoff, vol. I, 1966, vol II 1972.

(4) Grahl-Madsen, the status of Refugees in Int'l lawop, cit, p 24.

(5) Ibid.

(6) P. Weis, "Human rights and Refugees", I.R.R.C, 1972, P. 547;

- Grahl- Madson, op. Cit. P. 24

ويلاحظ أن الالتزام بمنح حق الملجأ يستند إلى مبدأ حظر الرد أو الطرد، وهذا ما أكدته واعترفت به المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان في إحدى القضايا التي عرضت عليها، من خلال تحليل تطور الحق في طلب والحصول على الملجأ ومبدأ حظر الرد. فطبقاً لهذه المحكمة، عندما تكون بعض حقوق الإنسان الأساسية مثل الحق في الحياة أو السلامة الجسدية للأجانب عرضة للخطر، فإنه يجب حماية هؤلاء الأشخاص المعنيين ضد ردهم أو طردهم إلى دولة قد يتعرضون فيها للاضطهاد، وذلك استناداً إلى المادة 22 (8) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.⁽¹⁾ ويبدو أن المحكمة الأمريكية فسرت حق عدم الرد أو الطرد على أنه يشمل الحق في الملجأ، كما أكدت أيضاً أن الحق في الملجأ هو حق للفرد يضع على عاتق الدولة المستقبلية التزاماً يتضمن السماح للفرد المعني بالاستفادة من إجراءات الحصول على الملجأ.⁽²⁾

بالرجوع إلى المادة 22 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، نلاحظ أنها ربطت بين الحق في طلب والحصول على الملجأ ومبدأ حظر الرد أو الطرد بالنص عليهما في الفقرتين 7 و8.⁽³⁾

بالإضافة إلى هذا الخلاف الفقهي حول منح حق الملجأ، ثار أيضاً خلاف بين الدول حول هذا الحق، لاسيما أثناء المفاوضات حول إعلان الأمم المتحدة الخاص باللجوء الإقليمي لعام 1967، حيث اعتبرت بعض الدول مثل بريطانيا أن حق منح الملجأ هو حق سيادي للدول، بينما اعتبرته دول أخرى مثل إسبانيا، هولندا، السويد حقاً للفرد.⁽⁴⁾ للتذكير فإن أغلب الوثائق الدولية ذات الصلة بموضوع اللاجئين، لم تتضمن الاعتراف صراحة بحق الفرد في الحصول على الملجأ. فمثلاً لم تعترف صراحة كل من اتفاقية وضع

(1) Maria –Teresa Gil-Bazo, ar. pré, P. 13.

(2) Ibid.

(3) تنص الفقرة 7 من هذه المادة على أن: "لكل شخص الحق في أن يطلب ويمنح ملجأ في قطر أجنبي، وفقاً لتشريعات الدولة والاتفاقيات الدولية، إذا كان ملاحقاً بجرائم سياسية أو جرائم عادية ملحقه بها". كما تنص الفقرة 8 من نفس المادة على أنه: "لا يجوز في أي حال من الأحوال ترحيل شخص أجنبي أو إعادته إلى بلد ما، سواء كان بلده الأصلي أم لا، إذا كان حقه في الحياة أو الحرية الشخصية معرضاً لخطر الانتهاك في ذلك البلد بسبب عرقه أو جنسيته أو دينه أو وضعه الاجتماعي أو آرائه السياسية".

(4) Maria –Teresa Gil-Bazo, ar. pré, P. 12.

اللاجئين لعام 1951، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950 وبروتوكولها الإضافي، والإعلان حول الملجأ الإقليمي لعام 1967، بحق الفرد في الملجأ.⁽¹⁾

غير أن بعض الوثائق الإقليمية نصت على هذا الحق. من بين هذه الوثائق الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969، حيث نصت المادة 22(7) منها على أنه: " لكل شخص الحق في أن يطلب ويمنح ملجأ في قطر أجنبي، وفقا لتشريعات الدولة والاتفاقيات الدولية، إذا كان ملاحقا بجرائم سياسية أو جرائم عادية ملحقة بها"، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981، حيث نصت المادة 12(3) منه على أن: "لكل شخص الحق عند اضطهاده في أن يسعى ويحصل على ملجأ في أي دولة أجنبية طبقا لقانون كل بلد وللاتفاقيات الدولية".

هل يمكن اعتبار هذه الوثائق الإقليمية تشكل عرفا دوليا؟ هناك من يرى أنه بالإضافة إلى هذه المواثيق ذات الصلة، توجد ممارسات مستقرة على المستوى الإفريقي والأمريكي والأوروبي تعترف بحق الفرد في الحصول على الملجأ.⁽²⁾

كما أن عددا لا بأس به من الدول قننت حق الأفراد في الملجأ في دساتيرها.⁽³⁾ فمثلا يؤكد دستور أنغولا لعام 2010 في المادة 71 (1) منه على أن "حق الملجأ مضمون لأي أجنبي أو عديم الجنسية يكون عرضة للاضطهاد لأسباب سياسية لاسيما أولئك الذين يتعرضون لتهديد خطير أو اضطهاد بسبب نشاطاتهم ونضالهم من أجل الديمقراطية، أو التحرر الوطني، أو تحقيق السلم والحرية وحماية حقوق الإنسان، وذلك بما يتماشى مع القوانين النافذة والوثائق الدولية".

كما تنص المادة 33 من دستور جمهورية كونغو الديمقراطية لعام 2006 على أن: "جمهورية كونغو الديمقراطية تمنح الملجأ في إقليمها للأجانب الذين يطلبونه والمضطهدين

(1) Willam Thomas worster, ar. pré. P. 483.

(2) Maria Teresa Gil-Bazo, ar. pré, P. 486.

(3) إن أغلب هذه الدول من إفريقيا وعددها 11: أنغولا، بنين، بورندي، الرأس الأخضر، تشاد، جمهورية الكونغو الديمقراطية، مصر، غينيا، كود ديفوار، مالي، موزنبيق، و14 دولة من أمريكا اللاتينية: بوليفيا، البرازيل، كولمبيا، كستاريا، كوبا، جمهورية الدومينيكان، الإكوادور، السلفادور، غواتيمالا، الهندوراس، نيكارغوا، باراغواي، بيرو، فينزويلا، و6 دول من أوروبا: بلغاريا، فرنسا، ألمانيا، المجر، إيطاليا، إسبانيا.

بسبب آرائهم ومعتقداتهم، وجنسهم، وانتمائهم الإثني واللغوي أو بسبب نشاطاتهم ونضالهم من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان والشعوب، بما يتماشى مع القوانين والأنظمة الداخلية النافذة". كما تنص المادة 13 من دستور كوبا على أن: "جمهورية كوبا تمنح الملجأ للأفراد المضطهدين بسبب أفكارهم الديمقراطية المناهضة للإمبريالية والفاشية والاستعمار والتمييز العنصري، ومن أجل التحرير الوطني، وحقوق العمال والطلبة، بسبب نشاطاتهم السياسية التقدمية والعلمية والفنية... ومن أجل تحقيق الاشتراكية والسلام". يلاحظ من خلال صياغة المواد الدستورية أنها تكيف منح الملجأ على أنه حق دستوري للفرد.

○ ثانيًا: مبدأ حظر الرد أو الطرد

رغم أن منح حق الملجأ يخضع للسلطة التقديرية الكاملة للدولة، إلا أنه يقع على عاتقها التزام بعدم رد اللاجئ إلى مكان يكون فيه عرضة للاضطهاد. وبذلك يمثل مبدأ حظر الرد أو الطرد إستثناء على حرية الدول في تقييد دخول الأجانب إلى أقاليمها. يترتب على ذلك أن كل طالب لجوء متواجد على حدود الدولة المستقبلية، يجب أن تسمح له بالدخول إلى إقليمها وتمنحه حق البقاء هناك إلى غاية الفصل النهائي في الرد على طلبه والاعتراف له بمركز لاجئ. وفي هذه الحالة لا يمكن لهذه الدولة أن ترفض دخوله على أساس أنه ليس بحوزته وثائق الهوية أو السفر⁽¹⁾. فمثلا تنص المادة 7 (1) من القانون الجزائري رقم 08-11 لعام 2008، المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها على ما يلي: "مع مراعاة الاتفاقات الدولية الخاصة باللاجئين وعديمي الجنسية المصادق عليها من قبل الدولة الجزائرية، يتعين على كل أجنبي يصل إلى الإقليم الجزائري أن يتقدم لدى السلطات المختصة المكلفة بالمراقبة على مستوى مراكز الحدود حاملا جواز سفر مسلم له من دولته، أو كل وثيقة أخرى قيد الصلاحية معترف بها... كوثيقة سفر قيد الصلاحية وممهورة عند الاقتضاء، بالتأشيرة المشتركة الصادرة عن السلطات المختصة، وكذا دفنرا صحيا طبقا للتنظيم الصحي الدولي".

(1) R. Islam and J. Hossain, op. cit., P. 63.

- Hathaway, James C., The Rights of refugees under international law, Cambridge (England) New York, Cambridge University Press, 2005, P. 301.

فإذا كانت الدولة تتمتع بحرية كاملة في منح أو رفض منح الملجأ للاجئ، إلا أنه لا يحق لها في بعض الحالات الاستثنائية رده أو تعريضه للاضطهاد. بذلك يعتبر حق عدم الرد حماية مؤقتة للاجئ إلى أن يتم إيجاد حل مناسب له إما عودته إلى بلده، أو إدماجه في الدولة المستقبلية، أو تحويله إلى دولة ثالثة.⁽¹⁾

فمبدأ حظر الرد أو الطرد لا يقيد أبدا السيادة الكاملة للدولة المستقبلية في السماح أو عدم السماح لأي شخص أجنبي في الدخول إلى إقليمها، أو منحه أو عدم منحه حق الملجأ.⁽²⁾ وقد أكد رئيس مؤتمر الأمم المتحدة حول اتفاقية وضع اللاجئين أن الرد أو الطرد لا يشمل منح الملجأ بل يتميز عنه.⁽³⁾ فمنح الملجأ هو حق سيادي تمارسه الدولة المستقبلية بموجب قوانينها الداخلية، بينما يعد مبدأ حق الرد أو الطرد التزاما يقع على عاتق الدولة المستقبلية بموجب القانون الدولي.⁽⁴⁾ فإذا كانت الدولة أو كل الدول كمجموعة دولية تتحمل المسؤولية الجماعية في حماية اللاجئين ومحاولة إيجاد حلول لمشكل اللاجئين، فإن الالتزامات التي تقع على الدول بشكل فردي تبدو محدودة. تتمثل هذه الالتزامات في مبدأ حظر الرد أو الطرد (م33)، مبدأ حظر الطرد (م32)، ومبدأ حظر التمييز (م3)، الحرية الدينية (م4)، حق اللجوء إلى القضاء (م11)، وضع قيود محدودة على حرية التنقل (م31).

يلاحظ أن هذه الالتزامات تقع على عاتق الدولة في مواجهة اللاجئين سواء الذين تم الاعتراف لهم بمركز (وضع) لاجئ، أو اللاجئين المتواجدين بصورة فعلية فوق إقليمها (Prima facie refugees) الذين ينتظرون قرار الاعتراف لهم بمركز لاجئ.

بالرجوع إلى المادة 33 (1) من اتفاقية 1951، يمكن القول أن مبدأ حظر الرد أو الطرد لا يعني أن الدولة المستقبلية ملزمة بمنح اللاجئ أو طالبي اللجوء حق الملجأ أو إقامة دائمة فوق إقليمها، ذلك أن الوضع (المركز) القانوني للاجئ هو وضع مؤقت، على أساس أن اللاجئ قد يعود يوما إلى بلده الأصلي إذا ما استقرت الأوضاع فيها. فمن خلال قراءة نصوص

(1) Goodwin. Gill, in Karen Musalo and Others, Op. Cit., P. 49.

(2) Rebecca M.M. Wallace and Fraser A.W. Janeczko, The concept of asylum in international law, in R. Islam and J. HOSSAIN, Op. Cit., P. 156.

(3) UNGA, Conference of plenipotentiaries on the status of refugees and stateless persons: summary record of the thirty-first meeting, 03 Dec. 1951, UN doc A/Conf.2/SR. 35, 11, 13 et21.

(4) William Thomas Worster, ar. Pré. P.492

اتفاقية 1951، يبدو أن مبدأ حظر الرد - إضافة إلى كونه أحد الالتزامات التي تقع على الدولة - هو أيضا حق من الحقوق المقررة للاجئين، لكن لا يرتب أي التزام على عاتق الدولة بمنح حق الملجأ للاجئ⁽¹⁾. ما يؤكد أيضا الطابع المؤقت لوضع أو مركز اللاجئ هو أن المفوضية السامية لشؤون اللاجئين التي أنشأتها الجمعية العامة عام 1951 بموجب قرار، تعتبر طبقا لنظامها الأساسي جهازا أو آلية دولية مؤقتة. حيث يتم تجديد صلاحيتها كل فترة معينة. وقد ظلت على هذا الحال إلى غاية 2003، بعد ذلك قررت الجمعية العامة تمديد صلاحيتها دون تحديد فترة زمنية محددة، إلى أن يتم حل مشكل اللاجئين بشكل نهائي⁽²⁾.

إن إذا كانت الدولة المستقبلية ملزمة بعدم رد اللاجئ إلى بلده حيث يتعرض للاضطهاد، فإنها في المقابل ليست ملزمة بإيجاد حل نهائي له والمتمثل في ثلاث خيارات هي:

- إعادة اللاجئين إلى دولتهم الأصلية (Voluntary repatriation) وهذا الحل مرتبط بالأوضاع في دولة اللاجئ.
- إدماجهم في دولة الملجأ (الدولة المستقبلية) (Local integration)، وهذا يتوقف على موافقة هذه الدولة وظروفها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وعدد اللاجئين.
- إعادتهم أو نقلهم إلى دولة ثالثة (Resettlement) توافق على قبولهم⁽³⁾.

أ- نشأة مبدأ حظر الرد أو الطرد

تعتبر الاتفاقية الخاصة بالوضع الدولي للاجئين لعام 1933 أول اتفاقية أشارت لهذا المبدأ في مادتها الثالثة⁽⁴⁾، لذلك وبعد الحرب العالمية الثانية لقي هذا المبدأ قبولا واسعا لدى مختلف الدول في ظل الانتشار الواسع للاجئين في أوروبا بسبب هذه الحرب، تضمنت عدة وثائق دولية إقليمية أخرى هذا المبدأ، من أهمها:

(1) Ibid. P.494.

(2) قرار الجمعية العامة 153/58 المؤرخ في 2004/02/24.

(3) Juan M. Anaya. Castro, International refugees and irregular migrants: caught the mundane shadow of crisis, in Netherlands yearbook of Int'l Law, 2013, PP. 71, 72.

من المعلوم أن هذه الخيارات الثلاثة هي من صميم صلاحيات المفوضية السامية لشؤون اللاجئين.

(4) للتذكير هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ بسبب عدم استيفائها شرط عدد الدول المصادقة عليها، حيث بلغ عددها 8 دول فقط.

- اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام 1949. (المادة 45 (5))، حيث تنص على أنه "لا يجوز نقل أي شخص محمي في أي حال إلى بلد يخشى فيه الاضطهاد بسبب آرائه السياسية أو عقائده الدينية".
- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950. (المادة 3)، حيث تنص على أنه "لا يجوز إخضاع أي إنسان للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة المهينة للكرامة"، ويلاحظ أن هذه المادة أشارت بصورة ضمنية إلى مبدأ حظر الرد أو الطرد.
- الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام 1951 (المادة 33).
- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 (المادة 7) والتي أشارت بطريقة غير مباشرة إلى مبدأ حظر الرد، وذلك من خلال النص صراحة على حظر إخضاع أي فرد للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة.
- إعلان المبادئ الخاصة بمعاملة اللاجئين التي تبنتها اللجنة الاستشارية القانونية الأفروآسيوية في بانكوك عام 1966. (المادة 3)، حيث أكدت أنه لا يجوز إخضاع أي طالب اللجوء لإجراءات مثل طرده إلى الحدود أو رده بحيث تكون حياته أو حريته عرضة لخطر الاضطهاد.
- إعلان الأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي لعام 1967. (المادة 3(1))، حيث نص على أنه لا يجوز إخضاع أي شخص من الأشخاص المشار إليهم في الفقرة 1 من المادة الأولى لتدابير مثل منع دخوله عند الحدود أو إذا كان الشخص قد دخل الإقليم الذي ينشد اللجوء إليه، إبعاده أو رده القسري إلى أية دولة يمكن أن يتعرض فيها للاضطهاد.
- اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في إفريقيا لعام 1969. (المادة 2 (3))، حيث تنص على أنه "لا يجوز لدولة عضو أن تخضع أي شخص لإجراءات، كالمنع من عبور الحدود أو الإبعاد أو الطرد وهي إجراءات قد تضطره إلى العودة وإلى البقاء في بلد تتعرض فيه حياته أو سلامته أو حريته للخطر كما تنص عليه الأسباب المبينة في المادة الأولى (الفقرة الأولى والثانية)".

- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969. (المادة 22 (8))، حيث تنص على أنه "لا يجوز في أي حال من الأحوال ترحيل شخص أجنبي أو إعادته إلى بلد ما سواء كان بلده الأصلي أم لا، إذا كان حقه في الحياة أو الحرية الشخصية معرضا لخطر الانتهاك في ذلك البلد بسبب عرقه أو جنسيته أو دينه أو وضعه الاجتماعي أو آرائه السياسية".
- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981. (المادة 12 (3، 4))، حيث تنص على ما يلي:
"3- لكل شخص الحق عند اضطهاده في أن يسعى ويحصل على ملجأ في أي دولة أجنبية طبقا لقانون كل بلد وللاتفاقيات الدولية.
4- ولا يجوز طرد الأجنبي الذي دخل بصفة قانونية إلى أراضي دولة ما طرف في هذا الميثاق إلا بقرار مطاق للقانون"
- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام 1984. (المادة 3(1))، حيث تنص على أنه "لا يجوز لأي دولة طرف أن تطرد أي شخص أو أن تعيده أو أن تسلمه إلى دولة أخرى، إذا توافرت لديها أسباب حقيقية تدعو إلى الاعتقاد بأنه سيكون في خطر التعرض للتعذيب".
- إعلان قرطاجنة بشأن اللاجئين لعام 1984. (القسم III (5))، حيث يؤكد على أهمية ومعنى مبدأ حظر الرد أو الطرد بما فيها حظر الطرد إلى الحدود كحجر أساس تقوم عليه الحماية الدولية للاجئين، كما أن هذا المبدأ ضروري للاجئين ويجب اعتباره قاعدة أمرّة.
- الميثاق العربي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 2004. (المادة 28)، حيث تنص على أنه "لكل شخص الحق في طلب اللجوء السياسي إلى بلد آخر هربا من الاضطهاد ولا ينتفع بهذا الحق من يجري تتبعه ومن أجل جريمة تهم الحق العام، ولا يجوز تسليم اللاجئين السياسيين.

ب- طبيعة ومجال مبدأ حظر الرد أو الطرد

طبقا لهذا المبدأ يحظر رد أو طرد أي لاجئ بأية صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته أو حريته مهددتين فيها بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية مهنية، أو بسبب آرائه السياسية. طبقا لتعليمات صادرة عن المفوضية السامية للاجئين حول مبدأ حظر الرد أو الطرد، تتمثل صور وأشكال الرد أو الطرد في الإبعاد، إعادة اللاجئين إلى دولهم الأصلية أو دول إقامتهم الدائمة أو دول ثالثة غير آمنة، أو وضع جدار أو سياج كهربائي لمنع دخولهم، أو عدم قبول طالبي اللجوء، أو منع دخول السفن التي على متنها لاجئين أو مطاردتها في أعالي البحار.⁽¹⁾

كما أن الحظر الوارد في هذا المبدأ لا يقتصر فقط على عودة اللاجئ إلى البلد الذي يكون فيه معرضا للاضطهاد، وإنما يشمل إعادته إلى أي دولة ثالثة تقوم بطرده إلى دولة يكون فيها عرضة للاضطهاد، وهذا ما يطلق عليه "الطرد أو الرد غير المباشر".⁽²⁾

ويطبق هذا المبدأ عموما على كل شخص يستوفي مفهوم اللاجئ طبقا للمادة 1 (أ) (2) من اتفاقية 1951. وتجدر الإشارة إلى أن الشخص يعتبر لاجئا عندما يستوفي الشروط التي يتضمنها التعريف الوارد في الاتفاقية، وأن هذه الشروط تشكل أساسا للاعتراف له بمركز لاجئ والإعلان عن واقع موجود. غير أن أغلب الفقه يرى أن الحماية المقررة بموجب هذا المبدأ حسب المادة 33 (1)، لا تقتصر فقط على الأشخاص الذين ينطبق عليهم التعريف الوارد في الاتفاقية، وإنما تشمل أيضا طالبي اللجوء الذين لم يعترف لهم بعد بصفة لاجئ⁽³⁾. وبذلك يتمتع طالبو اللجوء الذين يصطلح عليهم (لاجئون فعليون *de facto refugees*) بحماية مؤقتة يصطلح عليها (الملجأ الفعلي *de facto asylum*)⁽⁴⁾. لذلك فطالب اللجوء هو أي شخص يطلب الحماية كلاجئ كما هو وارد في التعريف الذي تضمنته المادة 1 (أ) (2) من اتفاقية 1951، لكن لم تعترف له سلطات الدولة المستقبلة بعد بوضع لاجئ. للتذكير فإن مفهوم طالب اللجوء (*Asylum seeker*) أوسع من مفهوم لاجئ. فطالب اللجوء يتحول إلى

(1) UNHCR Note on the principle of non-refoulement, 1997, in Michael Longo, ar. pré, p. 168.

(2) Williams Thomas Worster, ar. pré, P. 493.

(3) Rapport of the UNHCR, parags K, 22, 23, UN. Doc. E/1985/62(1985).

(4) J. Hathaway and V. Chetail, in R. Islam and J. Hossain, Op. Cit., PP. 154, 155.

لاجئ إذا اعترفت له الدولة المستقبلية بمركز لاجئ طبقاً لاتفاقية 1951. يترتب على هذا الاعتراف أن تصبح حمايته جزءاً من الالتزامات التي تقع على عاتق هذه الدولة إزاءه⁽¹⁾. لكن السؤال المطروح في هذا الصدد، هل تمتع اللاجئ بحق عدم الرد أو الطرد يترتب له الحق في الحصول على الملجأ؟، بمعنى آخر هل عدم الرد أو الطرد يضع على عاتق الدولة المستقبلية التزاماً بمنح حق الملجأ للاجئ؟.

طبقاً لبعض الفقهاء، فإن دخول أو تواجد اللاجئ في إقليم الدولة المستقبلية يضع على عاتقها التزامين بموجب القانون الدولي: الأول يتمثل في حق طلب الملجأ والثاني يتمثل في مبدأ عدم الرد أو الطرد. وأن هذين الالتزامين يرتبان للاجئ حق بحكم الواقع (de facto right) هو الحق في الدخول.⁽²⁾

يرى أحد الباحثين أن هذا المبدأ لا يترتب أي التزام على الدولة المستقبلية بمنح حق الملجأ للاجئ، لأن أي محاولة للجمع أو التوفيق بين المفهومين عدم الرد ومنح الملجأ تخالف المادة 33 من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام 1951 والتي لا تضع أي إلتزام على عاتق الدولة المستقبلية بمنح حق الملجأ.⁽³⁾

ج- الإستثناءات الواردة على مبدأ حظر الرد أو الطرد

إن جعل تطبيق مبدأ حظر الرد أو الطرد على فئة محددة من الأشخاص الذين يندرجون تحت تعريف اللاجئ الوارد في الاتفاقية، يؤكد حقيقة أن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية نجحت عند الموافقة على هذا المبدأ في تضييق نطاق تطبيق هذا المبدأ. وقد تجسدت هذه المحاولات في إدخال استثناءات (قيود) على هذا المبدأ تضمنتها المادة 33 (2)، التي تنص على: "أنه لا يسمح بالاحتجاج بهذا الحق لأي لاجئ تتوفر فيه دواع معقولة لاعتباره خطراً

⁽¹⁾ N. Szablewska and S.Karim, in R. Islam and J. Hossain, Op. Cit., PP. 195, 196.

⁽²⁾ Asher La Zarus Hirsch and Nathan Bell, "the Right to have Rights as a Right to enter: Addressing a Lacuna in the International Refugee Protection Regime", Human Rights Review, Vol. 18, 2017, P. 427.

⁽³⁾ Williams Thomas Wonster, ar, pré., p. 494.

على أمن البلد الذي يوجد فيه أو لاعتباره يمثل، نظرا لسبق صدور حكم نهائي عليه لارتكابه جرما استثنائي الخطورة، خطرا على مجتمع ذلك البلد⁽¹⁾.

هناك بعض الملاحظات يمكن إيدؤها بشأن هذه الفقرة:

1- يبدو أن هناك علاقة وثيقة بين الاستثناءات الوارد في المادة 33(2) والمادة

1(و) من اتفاقية 1951 والتي تنص على ثلاث حالات لا تطبق فيها هذه الاتفاقية.

فالمادة 1(و) تنص على ما يلي: "لا تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على أي شخص تتوفر أسباب جديّة للاعتقاد بأنه:

أ) ارتكب جريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية بالمعنى

المستخدم لهذه الجرائم في الصكوك الدولية الموضوعة للنص على أحكام بشأنها؛

ب) ارتكب جريمة جسيمة غير سياسية خارج بلد اللجوء قبل قبوله في هذا البلد بصفة لاجئ؛

ج) ارتكب أفعالا مضادة لأهداف الأمم المتحدة ومبادئها".

من خلال قراءة هاتين المادتين 33(2) و1(و)، يلاحظ أن المادة 33(2) تركز على

توافر دواع معقولة لاعتبار الشخص المعني يشكل خطرا على أمن ومجتمع الدولة المضيفة في المستقبل، ولا تركز على ارتكابه أفعالا مجرمة في الماضي.⁽²⁾

2- إن الإستثناءات على عدم تطبيق الاتفاقية الواردة في المادة 1(و) تشترط صراحة أن

تكون الجرائم المنسوبة للشخص المعني قد ارتكبت خارج الدولة المستقبلية، في حين لم تحدد المادة 33(2) مكان ارتكاب الشخص المعني لتلك الجرائم.⁽³⁾

⁽¹⁾ يجب عدم الخلط بين المادة 1 (و) من اتفاقية 1951 التي تستثني بعض الأشخاص الذين ارتكبوا أعمالا محددة، من مفهوم اللاجئ الوارد في المادة 1 (أ) (2)، أي تستثنيهم من نطاق تطبيق الاتفاقية، والمادة 22 (2) التي تتضمن الاستثناءات التي ترد على مبدأ حظر الرد (م33(1)).

⁽²⁾ Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, "the scope and content of the principle of non-refoulement: opinion", in Erika teller, Volker Turk and Frances Nicholson, Refugee protection in International Law: UNHCR's Global consultations on international protection, UNHCR, the UN Refugee Agency, the University of Cambridge Press, 2003, P. 129.

⁽³⁾ Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, op, cit, p. 129.

طبقاً للمادة 33 (2) يرد على مبدأ حظر الرد أو الطرد إستثناءان، يتعلق الأول باعتبار اللاجئ خطراً على أمن الدولة المستقبلية، والثاني يتعلق باعتبار الشخص يمثل خطراً على مجتمع الدولة المستقبلية.

1- اعتبار اللاجئ خطراً على أمن الدولة المستقبلية

يرتبط هذا الاستثناء أساساً بالخطر على أمن الدولة المستقبلية (أمنها القومي) وليس أمن أي دولة أخرى. وأن يشكل الشخص المعني خطراً على أمن الدولة المستقبلية في المستقبل وليس في الماضي⁽¹⁾ وتشمل هذه الحالة ممارسة نشاطات أو أعمال تهدف إلى قلب نظام الحكم، التجسس، إستهداف منشآت عسكرية، والإرهاب⁽²⁾.

ويجب أن تكون هذه الأعمال التي تشكل خطراً على الأمن القومي في تلك الدولة ذات درجة من الخطورة بحيث تهدد النظام السياسي بشكل مباشر أو غير مباشر، كما تهدد وحدة وسلامة الأراضي، والاستقلال السياسي، والأمن الخارجي للدولة المعنية⁽³⁾. من أمثلة ذلك المشاركة في محاولة انقلاب في الدولة المستقبلية، التجسس، أعمال إرهابية⁽⁴⁾. غير أنه طبقاً للمادة 33(2) يشترط أن تثبت الدولة فعلاً وجود هذا الخطر عليها وليس مجرد اعتقاد⁽⁵⁾.

غير أن السؤال المطروح في هذا الصدد هو هل يحق للدولة المستقبلية أن تطرد الشخص الذي يشكل خطراً على أمنها القومي إلى دولته أو إلى دولة ثالثة يكون فيها معرضاً للخطر، كأن يكون معرضاً للتعذيب أو المعاملة اللاإنسانية؟.

يبدو أن القيام بذلك لا يتماشى مع الطابع الإنساني لمبدأ حظر الطرد أو الرد، وأنه يفقد هذا المبدأ مبرر وجوده⁽⁶⁾. كما يلاحظ أن المادة 33(2) لم تحدد طبيعة الخطر الذي يشكله الشخص المعني على أمن الدولة المستقبلية ومجتمعها. هذا يعني أن المادة 33(2) تركت تحديد ذلك للسلطة التقديرية للدولة المستقبلية. غير أن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة، بل

(1) Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, op. cit., P. 135.

(2) J. Hossain and B. Huiyan in R. Islam and J. Hossain, op. Cit., p.110

(3) Grahl Madsen, Commentary on the 1951 Refugee convention, 1951, UNHCR Division of Int'l protection, Geneva, 1997, p. 111.

(4) Ibid, pp. 235, 236.

(5) Ibid.

(6) Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, op. cit., pp. 135, 137.

مقيدة بحيث تلتزم الدولة المعنية بإثبات وجود "دواع معقولة" لاعتبار الشخص المعني يمثل خطرا على أمنها،⁽¹⁾ كما يجب أن يكون الخطر الذي يشكله الشخص المعني على أمن الدولة جسيما وليس خطرا عاديا.

ما يعزز ذلك أن المادة 1 (و) اشترطت توفر أسباب جدية للاعتقاد بأن الشخص المعني قد ارتكب جريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية، أو جريمة جسيمة غير سياسية أو أفعالا مضادة لأهداف ومبادئ الأمم المتحدة. فكل هذه الجرائم والأفعال ذات طابع جسيم وليست عادية.

2- اعتبار اللاجئ خطرا على مجتمع الدولة المستقبلية:

يشترط عند قيام الدولة المستقبلية برد أو طرد اللاجئ المعني أن يكون قد صدر في حقه قرار قضائي نهائي غير قابل للطعن أو الاستئناف، وأن هذا الشخص يمثل خطرا على مجتمع تلك الدولة.⁽²⁾

من الملاحظ أن هذا الاستثناء يقتصر أساسا على الخطر الذي يشكله الشخص المعني على مجتمع الدولة المستقبلية وليس على مجتمع دولة أخرى.

وكما هو الأمر بالنسبة للاستثناء الأول، فإن الدولة المستقبلية تتمتع أيضا في الإستثناء الثاني بسلطة تقديرية واسعة في اعتبار الشخص المعني يمثل خطرا على مجتمعها. غير أن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة بل مقيدة. حيث يشترط لتطبيق هذا الاستثناء، أن يكون الشخص الذي يعتبر خطرا على مجتمع الدولة المستقبلية، قد صدر في حقه حكم نهائي بسبب ارتكابه جرما إستثنائي الخطورة.

يبدو أن إشتراط أن يكون الجرم إستثنائي الخطورة يتماشى مع الطبيعة الضيقة لهذا الاستثناء، والتي تقتضي أن لا يتم طرد الشخص المعني إلا في ظروف استثنائية.⁽³⁾ كما أن الإستناد إلى ارتكاب الشخص المعني جرما استثنائي الخطورة، لا يكفي أن يكون أساسا لاعتباره يمثل خطرا على مجتمع الدولة المستقبلية. فقد يكون هذا الشخص قد تحسن

(1) Ibid.

(2) تعني عبارة "مجتمع" عموما سكان الدولة المستقبلية.

(3) Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, op. cit., p. 139.

سلوكه وأصبح ذي أخلاق حسنة. بالإضافة إلى ذلك يتعين على الدولة المستقبلة عند تطبيق هذا الاستثناء أن تتأكد من أن طرد الشخص المعني لا يعرضه إلى خطر الاضطهاد أو التعذيب في دولته أو في دولة ثالثة، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ حظر الرد أو الطرد الذي يضع على عاتق الدول الأطراف في الاتفاقية التزام بعدم تعريض الشخص المعني إلى خطر التعذيب أو الاضطهاد. لذلك يتعين على هذه الدولة أن تتأكد من أن الشخص قد تم طرده إلى دولة ثالثة آمنة.⁽¹⁾

للتذكير يشترط القانون الدولي أن يتم تفسير الإستثنائين الواردين في المادة 33(2) تفسيراً ضيقاً وطبقاً للإجراءات الإدارية والقضائية الصحيحة، وأن يتم اتخاذ قرار الرد أو الطرد في هاتين الحالتين بحسن نية⁽²⁾.

وخلالاً للمادة 33(2) من اتفاقية 1951، هناك وثائق إقليمية لم تتضمن أي استثناء على مبدأ حظر الرد أو الطرد. من بين هذه الوثائق اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية لعام 1969، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969، وإعلان قرطاجنة لعام 1984⁽³⁾. أما بخصوص الطبيعة القانونية لمبدأ حظر الرد أو الطرد، فإذا كان هناك إجماع على اعتباره مبدأ عرفي دولي⁽⁴⁾، فإن مسألة اعتباره قاعدة أمرّة لا تزال محل جدل فقهي⁽⁵⁾. غير أنه بالرجوع إلى اتفاقية 1951، نلاحظ أن مبدأ حظر الرد أو الطرد الوارد في المادة 33 يحتل مكانة خاصة. ما يؤكد هذه المكانة الخاصة لهذا المبدأ أن المادة 42 (1) من هذه الاتفاقية تمنع صراحة التحفظ على أحكامها بما فيها المادة 33. هذا يعني أن مبدأ حظر الرد أو الطرد غير قابل للإنتقاص. وقد أكدت اللجنة التنفيذية في الخلاصة رقم 25 (XXXIII) لعام 1982 أن مبدأ حظر الرد أو الطرد يعتبر قاعدة أمرّة. كما اعترفت في الخلاصة رقم 79 (XLVII) لعام 1996 أن هذا المبدأ غير قابل للإنتقاص.

(1) Ibid, P. 138.

(2) Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, op. cit., pp. 111, 112.

(3) Ibid , p. 114.

(4) لقد تبنى مجلس المعهد الدولي للقانون الإنساني في سبتمبر 2001 إعلاناً يؤكد فيه أن مبدأ عدم الرد أو الطرد جزء أساسي في القانون.

(5) JEAN ALLAIN , «The jus cogens Nature of non-refoulement», Int'l J. Refugee law, Vol. 13, 2002, p. 538.

كما ذهب بعض الفقه إلى أن وجود استثناءات على مبدأ خطر الرد أو الطرد - كما سبق ذكره أعلاه - لا يغير من الطبيعة الأمره لهذا المبدأ.⁽¹⁾ هذا يعني أن وضع استثناءات على هذا المبدأ يؤكد أن الدول لا تعترض على أهمية هذا المبدأ، بل تعترف بأنه غير قابل للانتقاص⁽²⁾.

هناك إشكال يتعلق بالمجال الجغرافي الذي يمكن للدولة المستقبلية أن تمارس فيه حقها السيادي في رد أو طرد أي لاجئ. بمعنى آخر، هل يحق للدولة المستقبلية أن ترد أو تطرد أي لاجئ خارج حدودها، أي في مناطق لا تخضع لسيادتها، مثلاً في أعالي البحار بحجة أن النطاق الجغرافي لتطبيق مبدأ حظر الرد أو الطرد هو داخل أقاليمها؟، وهل يعد هذا التصرف عملاً مخالفاً لمبدأ حظر الرد أو الطرد طبقاً للمادة 33 (1)؟

من السوابق على ذلك قضية عرضت أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عام 1994، حول مدى شرعية الأمر 12807 الذي أصدره الرئيس الأمريكي جورج بوش عام 1993، والذي يمنح حراس السواحل الأمريكية صلاحيات بالتدخل لمنع دخول سفن تحمل على متنها لاجئين من هايتي فروا إلى الولايات المتحدة بسبب الانقلاب العسكري الذي وقع في هايتي عام 1994، ضد الرئيس المنتخب (ARISTIDE). وقد أكدت المحكمة العليا أن "نص المادة 33 (1) الذي يتضمن مبدأ حظر الرد لا يطبق خارج الولايات المتحدة، وأن الأمر الأمريكي لا يخل ولا يخرق هذا المبدأ طالما الولايات المتحدة ملزمة بموجب اتفاقية 1951 بتطبيق هذا المبدأ فقط على الأشخاص الذين يخضعون للسيادة الأمريكية"⁽³⁾.

وقد أيد بعض الفقهاء هذا الموقف بتأكيدهم على أن مبدأ حظر الرد أو الطرد طبقاً لاتفاقية 1951 لا يطبق إلا إذا كان اللاجئين أو طالبو اللجوء متواجدين في إقليم دولة الملجأ ويخضعون لولايتها. ويمثل ذلك ثغرة في حماية اللاجئين، حاولت بعض الدول استغلالها من خلال اعتماد سياسة منع دخول هؤلاء اللاجئين⁽⁴⁾.

(1) Jahid Mossain, op. cit., P. 120.

(2) Goodwin-Gill, The Refugee in international law, op. cit, P 168;
- Allain, "The Jus cogens nature of non-refoulement", Int'L J. of Refugee law, Vol. 13, 2002, P. 540..

(3) R. Islam and J. Hossain, op. Cit., p.123

(4) Asher Lazarus Hirsh and Nathan Bell, ar. pré., P; 418..

غير أن لجنة حقوق الإنسان للدول الأمريكية اعتبرت أن قرار المحكمة العليا غير سليم، وأن الولايات المتحدة قد خرقت المادة 33(2)، حيث لا يحق لسلطاتها الأمنية أن ترد أو تطرد لاجئين إلى دولتهم الأصلية في أعالي البحار⁽¹⁾.

○ خاتمة

رغم أن بعض الوثائق الدولية القليلة لاسيما الخاصة بحقوق الإنسان نصت صراحة على حق الشخص في الملجأ، فإن اغلب الوثائق الدولية ذات الصلة بموضع اللاجئين تؤكد أن منح الحق في الملجأ هو حق للدول ومظهر من مظاهر سيادتها الإقليمية، حيث تتمتع بسلطة تقديرية كاملة في ممارسة هذا الحق. وأن الفرد يتمتع فقط بحق طلب الملجأ ولا يمكنه التمتع بهذا الحق إلا إذا اعترفت الدولة المستقبلية له بمركز لاجئ. فالمادة 1 (أ) (2) من اتفاقية 1951 لا تنظم منح حق الملجأ، وإنما تحدد فقط من هو اللاجئ، أي من هو الشخص الذي تتمتع الدول بالسلطة التقديرية في منحه حق الملجأ، ولا يقع على عاتقها أي التزام في منح هذا الحق.

كما نخلص إلى أنه لا وجود لحق الفرد في الملجأ في ظل الممارسة الدولية أو العرف الدولي. يترتب على ذلك أن الدول تظل حرة في منح حق الملجأ للاجئين الذين ينطبق عليهم التعريف الوارد في المادة 1 (أ) (2)، أو لأي شخص آخر أو مجموعة حسب ما تراه مناسباً. وحتى في حالة استيفاء الشخص المعني شروط اللاجئ، يمكن للدول المستقبلية أن لا تعترف له بمركز لاجئ. ذلك أن سلطة الدولة في هذا المجال تحكمها اعتبارات سياسية وأمنية واقتصادية واجتماعية التي لا تزال لها الأولوية على البعد الإنساني لمشكلة اللاجئين.

وإذا اعتبرنا أن مبدأ حظر الرد أو الطرد بموجب المادة 33 (1) هو التزام يقع على عاتق الدولة الطرف (المستقبلية)، فلا يترتب عنه آلياً حصول اللاجئ على الحق في الملجأ، لأن هذا المبدأ يربط للاجئ حماية مؤقتة فقط، إلى أن يتم تحديد مركزه كلاجئ، أو إيجاد حل نهائي له. كما يمكن القول أن إدخال استثناءين على هذا المبدأ في المادة 33 (2)، يؤكد حقيقة مفادها أن الدول الأطراف في اتفاقية 1951 قد نجحت في تضيق نطاق تطبيق هذا

⁽¹⁾ Ibid.

المبدأ وبالتالي تضيق نطاق الالتزامات التي تقع على عاتقها إزاء حماية اللاجئين. كما تركز الفقرة الثانية من المادة 33 نوعاً من التوازن بين حماية اللاجئين المتمثلة في مبدأ حظر الرد، ومراعاة سيادة الدول.

ويبدو أن التوجه الحديث نحو التوسع في تعريف اللاجئين، وذلك بالتوسع في أسباب الاضطهاد في ظل الوثائق الإقليمية قد يؤدي مع مرور الزمن، إلى التوسع في نطاق مبدأ حظر الرد ليشمل أشخاصاً فروا من بلدانهم خوفاً من الاضطهاد لأسباب لم تتضمنها اتفاقية 1951 مثل الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان. ولا شك أن هذا التوجه يتماشى مع الطابع الإنساني لمبدأ حظر الرد أو الطرد.

مقتل قاسم سليمانى: تحولات استراتيجية الصبر الامريكى تجاه إيران

د. محمد عبد العظيم الشيمى⁽¹⁾

اغتالت القوات الأمريكية قائد فيلق القدس التابع للحرس الثوري الإيراني "قاسم سليمانى" ونائب قائد ميليشيات الحشد الشعبى في العراق "أبو مهدي المهندس" يوم ٣ يناير ٢٠٢٠ قرب مطار بغداد الدولي، بعد أمر من الرئيس الأمريكى، الذى تردد خلال الأشهر الأخيرة في اتخاذ موقف قوي وحاسم تجاه الممارسات والاستفزازات الإيرانية في المنطقة. واستندت حسابات الرئيس "ترامب" في اتخاذ هذا القرار إلى جملة من المحددات المرتبطة بإدراكه وتصوره حول عددٍ من المتغيرات المرتبطة بتاريخ العلاقات الأمريكية-الإيرانية، والتهديدات التي تواجه مصالح بلاده في الشرق الأوسط، وتأثيرات ضغوط الوضع الداخلى عليه.

وسيكون لقرار الرئيس الأمريكى بقتل "سليمانى"، الذى يعد أكثر القرارات المهمة التي اتخذها "ترامب" منذ أدائه اليمين الدستورية في العشرين من يناير 2017، الكثير من التداعيات على المستوى الإقليمي وعلى مستوى السياسة الأمريكية تجاه المنطقة، حيث سيفرض قواعد ومعطيات جديدة ستؤثر دون شك على المسارات المحتملة للمواجهة بين إيران والولايات المتحدة خلال المرحلة القادمة، خاصة أنها تتوازي مع تصاعد حدة الأزمات الداخلية والإقليمية التي تواجهها طهران وحلفاؤها على خلفية الحراك الشعبى الذي ما زال مستمراً في لبنان والعراق، ويندلع على فترات داخل المدن الإيرانية. وقد دفع التهديد الإيراني برد قاسٍ على مقتل "سليمانى" ونائب رئيس هيئة "الحشد الشعبى" قوات التحالف الدولي بقيادة الولايات المتحدة إلى تعليق عمليات تدريب القوات العراقية والقتال ضد تنظيم "داعش"، بسبب الالتزام بحماية القواعد العراقية التي تستضيف قواته، وذلك في سياق التصعيد الحالي الذي يشهده العراق، واحتمالات استهدافها من قبل الميليشيات الشيعية المسلحة. ويأتي هذا القرار في وقت يحاول فيه تنظيم

(1) استاذ مساعد - قسم علوم سياسية - جامعة حلوان - مصر

"داعش" إعادة تنظيم صفوفه من جديد بعد الضربات القوية التي تعرض لها خلال الفترة الماضية، والتي وصلت ذروتها بمقتل زعيمه السابق "أبو بكر البغدادي" في عملية أمريكية بمحافظة إدلب السورية، في 27 أكتوبر 2019⁽¹⁾.

وسيفرض التصعيد المتوقع بين إيران والولايات المتحدة خلال الأيام الماضية بعد مقتل "سليمانى" تحديات ومخاطر عديدة، ليس على اقتصاد منطقة الشرق الأوسط فقط، ولكن على الاقتصاد العالمي ككل، في ظل العديد من المعطيات التي تكشف الأهمية والدور المحوري الذي تمارسه منطقة الشرق الأوسط بالنسبة للاقتصاد العالمي.

باعتبارها المتحكم في الاحتياطات الأكبر لمصادر الطاقة التقليدية، والمنتج الرئيسي لها، بجانب الأهمية الجيوسياسية التي تمتلكها، نظرًا لموقعها وتشابك مصالحها وأدوارها الاقتصادية مع مختلف الاقتصادات المتقدمة والصاعدة، ناهيك عن النامية، حول العالم.

وفي هذا السياق، نناقش من خلال هذه الورقة العلاقات الأمريكية - الإيرانية فى عهد الرئيس دونالد ترامب (بعد مقتل قاسم سليمانى)، والأسباب التي دفعت الرئيس الأمريكي لاتخاذ قرار بقتل قائد فيلق القدس "قاسم سليمانى"، وتداعيات ذلك على أمن واستقرار منطقة الشرق الأوسط، في ظل تهديد إيران برد قاسٍ على مقتل أحد أهم قادتها العسكريين، وتداعيات قتل "سليمانى" اقتصاديًا على مستقبل الجهود الأمريكية والدولية لمحاربة التنظيمات الإرهابية في المنطقة، بعد انشغال القوات الأمريكية بالرد الإيراني المتوقع، والتركيز على حماية القواعد العسكرية التي تضم جنودًا أمريكيين، ومواطني الولايات المتحدة ومصالحها بالمنطقة⁽²⁾.

وقد شهدت المنطقة مؤخرًا حالة من الشد والجذب ما بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيران في ظل وصول الرئيس الأمريكي الأكثر جدلاً في تاريخ الولايات المتحدة " دونالد ترامب " المشهور بعداءه الشديد لإيران وسياساتها الخارجية في المنطقة، على نحو دفعه للانسحاب من الاتفاق النووي الإيراني الذي وقعه سلفه أوباما، بل وزاد الأمر عن ذلك الحد إلى عملية قتل قائد فيلق القدس "قاسم سليمانى" التي أثارت العديد من التكهنات التي ستتعرض سريعاً

(1) Kathy Gilsinan and Mike Giglio, "The Soleimani Assassination Is America's Most Consequential Strike This Century," The Atlantic, January 3, 2020.

(2) Ali Fathollah-Nejad, in Erin Cunningham, Sarah Dadouch, and Michael Birnbaum, "Soleimani's funeral Procession in Iran sees massive crowds and calls for revenge," Washington Post, January 6, 2020.

على العلاقات الأمريكية - الإيرانية، فوسط إعلان واشنطن نشر قوات إضافية في المنطقة ووعيد طهران بالانتقام، تتعدد السيناريوهات بين الفوضى والحرب والأعمال الانتقامية.

○ أولاً: استخدام استراتيجية الصبر الأمريكي خلال فترة الرئيس ترامب

خلال فترة إدارة أوباما تجاه مشاكل التسليح النووي بشكل عام، ومشكلة كوريا الشمالية بشكل خاص، تم وصف السياسات الأمريكية بالصبر الاستراتيجي، وحقيقة الامر هو النهج نفسه الذي استخدمته الإدارات السابقة. في اطار استراتيجية الصبر الاستراتيجي⁽¹⁾، وهو ما اكده أوباما مع انتهاء فتره رئاسته، حين صرح الرئيس السابق أوباما ووجه حديثه للرئيس ترامب أن كوريا الشمالية هي المشكلة التي يجب أن تقلق الولايات المتحدة بشأنها. فوسط تصاعد التوترات بين الولايات المتحدة وجمهورية كوريا الشعبية الديمقراطية⁽²⁾، اكد وزير الدفاع آنذاك جيمس ماتيس، ووزير الخارجية ريكس تيلرسون، ومدير المخابرات الأمريكية دان كوتس في بيان مشترك إن كوريا الشمالية "أمن قومي عاجل التهديد وأولوية السياسة الخارجية".

واتساقا مع توجهات الرئيس أوباما- آنذاك-، اكيد العديد من الخبراء انه يجب أن توضع الأهداف الاستراتيجية الأمريكية، كحد أدنى، هي ردع التهديد العسكري الذي تشكله كوريا الشمالية لجيرانها والولايات المتحدة، والحد من هذا الدور قدر الامكان، وهو ما يتفق مع اهتمامات الولايات المتحدة فيما يتعلق بالدبلوماسية التحويلية في المنطقة⁽³⁾.

وبصفه عامه، تميل سياسات الصبر الاستراتيجي إلى دعم الوضع الراهن بدلا من لتعمل على احداث اي تغيير. فلاستعادة زمام المبادرة في هذا الشأن، تحتاج الولايات المتحدة - كخطوة أولى- إلى تبني مفهوم ما سيبدو عليه نظام السلام. وهذا يعني شيئا أكثر من مجرد

(1) Mark Bowden, "How to Deal With North Korea: There are no good options. But some are worse than others." The Atlantic, July/August 2017.

<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2017/07/the-worst-problem-on-earth/528717/>

(2) Joshuka Stanton, Sung-Yoon Lee, and Bruce Klingner. "Getting Tough on North Korea." Foreign Affairs, May/June 2017. <https://www.foreignaffairs.com/articles/north-korea/2017-04-17/getting-tough-north-korea>

(3) Ibid.

إشارات غامضة لمعاهدة سلام وتعاون اقتصادي، والتركيز على الأمن الإقليمي وقضايا التسليح النووي.

في ظل عدم احتماليه فرض حلول لكافة القضايا السياسية والأمنية في شمال شرق آسيا في المستقبل القريب، الأمر الذي يعني ان التخلي الأمريكي عن استمرار المحادثات مع كوريا الشمالية يساهم بشكل فعال في عدم الاستقرار في المنطقة. وبالتالي يطرح البعض صعوبه تطبيق استراتيجية الصبر الاستراتيجي وفقا للرؤية الدبلوماسية الأمريكية⁽¹⁾.

وبعد شهرين من فشل قمة الولايات المتحدة وكوريا الشمالية في هانوي، تتجه الأنظار إلى كيم جونج أون، الذي يجب عليه اتخاذ الخطوة التالية. تتمسك إدارة ترامب بقوة بمحاولة الكل أو لا شيء من أجل صفقة كبرى مع بيونغ يانغ. وهو يعد شكل من أشكال الصبر الاستراتيجي، لإعطاء كيم فرصة أخيرة لاتخاذ القرار الصحيح.

إلا انه ومع تغير الاداره الأمريكية فكثيرا ما يتم تحميل مصطلح "الصبر الاستراتيجي" لأن هذه هي الطريقة التي يشير بها فريق الرئيس ترامب في بدايه فترته باستخفاف إلى سياسة إدارته تجاه كوريا الشمالية - فلم تحدث مفاوضات حقيقية ولا تصعيد في هذا الشأن - وخلال الأشهر الأخيرة من إدارته، تخلى الرئيس باراك أوباما إلى حد كبير عن هذه الاستراتيجية وتراكمت العقوبات ردا على زيادة تجارب كوريه الشماليه النووية والصاروخية. لكن انتقاد الرئيس ترامب لصبر أوباما الاستراتيجي هو الأمر الذي سمح للمشكلة بأن تتفاقم⁽²⁾.

وبمرور عام على عوده جزء من العلاقات الدبلوماسية لإدارة ترامب مع كوريه الشماليه، عادت سياسه الصبر الاستراتيجي، وإن كانت بشكل معدل. فخلال قمه هانوي، مرر الرئيس ترامب للرئيس كيم وثيقه لما اسماه "الصفقة الكبرى" - نزع السلاح النووي الكوري كاملا مقابل

(1) John Hudson, and David Francis. "Why Did Sanctions Fail Against North Korea? The isolated regime conducted its fifth and most powerful nuclear test on Friday just months after the U.N. imposed new economic penalties. Are sanctions good for anything?" Foreign Policy, September 9, 2016. <http://foreignpolicy.com/2016/09/09/why-did-sanctions-fail-against-north-korea/>

² President Moon Jae-in wants to reopen the complex, but this is blocked by current UNSC bans. Snyder, Scott A. "Can the U.S.-Korea Alliance Survive the Trump-Moon Era?" Council on Foreign Relations. May 18, 2017. <https://www.cfr.org/blog-post/can-us-korea-alliance-survive-trump-moon-era>.

التطبيع الاقتصادي، في حين طرح الرئيس كيم صفقة صغيرة بنزع رمزي ومحدود للأسلحة النووية مقابل تخفيف تلك العقوبات⁽¹⁾.

ولكن فيما يتعلق بالتعاطي الرئيس الأمريكي ترامب مع إيران، فإستراتيجية ترامب من الصبر الاستراتيجي تمثل تحولاً من فترة سابقة أوباما، وخصوصاً فيما يتعلق بالتعامل مع طموحات إيران النووية، وتوقفها عن اجراء التجارب النووية أو تجارب صاروخية، وهو ما يمثل جزء من العملية دبلوماسية الامريكية لفترة ترامب⁽²⁾.

ومن ثم إلى فتغيير في سياسة الصبر الاستراتيجي الأمريكية تجاه إيران هو نتيجة لتغيير القيادة الأمريكية من أوباما إلى ترامب بمتطلبات المصلحة الأمريكية وفقاً لكل منهما. فقد أدى التغيير في السياسة الأمريكية إلى تغيير في اتجاهات السياسة الخارجية الإيرانية تجاه المنطقة العربية في سياق الدور الإيراني الإقليمي. ففي ظل سياسات الصبر الاستراتيجي ظل التقارب الأمريكي والإيراني في عهد أوباما، واقتصر الدور الإيراني في المنطقة العربية على ما يمكن أن يحقق مصلحتها الوطنية وما لا يهدد المصلحة الأمريكية، خاصة بعد أن ضمنت إيران أن الولايات المتحدة إلى جانبها. في إطار المواجهة الأمريكية والإيرانية في ظل رئاسة ترامب الحالية، اتسع الدور الإيراني في المنطقة العربية، حيث كثفت إيران تدخلها في اليمن وسوريا والعراق سياسياً وعسكرياً. أصبحت إيران أكثر تهديداً للمصالح الأمريكية، حيث أصبحت وسيلة للضغط على الولايات المتحدة في ظل حكم ترامب بهدف تغيير موقفها تجاهها، وهو الامر الذي ادي لتغيير سياسة الصبر الاستراتيجي الامريكية⁽³⁾.

تتضمن مؤشرات نفاذ الصبر الاستراتيجي الأمريكي لإدارة ترامب تجاه إيران في ستة عناصر: أولاً، انسحب ترامب من الاتفاقية النووية لأنها لم تقيد برامج الصواريخ الباليستية

(1) Peter Hayes and Roger Cavazos, "Yes I Can!" Byungjin and Kim Jong Un's Strategic Patience., NAPSNet Special Reports, March 29, 2016, <https://nautilus.org/napsnet/napsnet-special-reports/yes-i-can-byungjin-and-kim-jong-uns-strategic-patience/>

(2) لمزيد من التفاصيل انظر:

-Joseph S. Nye, Jr., "Public Diplomacy and Soft Power," The Annals of the American Academy of Political and Social Science 616 (March 2008):pp.94-109.

-Amin Saikal, Iran Rising: The Survival and Future of the Islamic Republic (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2019), p.3.

(3) Sarah Alaoui, Tired Narratives, Weary Publics: Public Diplomacy's Role in the Struggle for Influence in the Middle East (Washington, DC: Center for American Progress, October 2018),pp.34-38.

الإيرانية وكان لها تاريخ انتهاء. ثانياً، فرضت الولايات المتحدة عقوبات "أقصى ضغط"، لخنق الاقتصاد الإيراني لدفع الحكومة إلى التفاوض على صفقة مع قيود أكبر على برامج الأسلحة النووية الإيرانية. ثالثاً، تريد الولايات المتحدة منع أوروبا من الموافقة لاستئناف إيران للأنشطة التي كانت مقيدة بالاتفاق النووي. رابعاً، قتل قاسم سليمانى، القائد القوي الذي كان مسؤولاً عن الهجمات على الولايات المتحدة، ومهندس سياسات إيران لزعزعة استقرار حكومات الشرق الأوسط. خامساً، سعى ترامب وفريقه لإدارة أي تصعيد محتمل في أعقاب هجوم سليمانى⁽¹⁾.

○ ثانياً: محددات اتخاذ الولايات المتحدة قرار قتل "قاسم سليمانى"

في تبرير للعملية التي نفذتها القوات الأمريكية في العراق، تحدث "مايكل يونج"⁽²⁾ في تحليله الاستراتيجي المنشور بمركز كارنيجي للشرق الأوسط تحت عنوان: "الولايات المتحدة قتلت قاسم سليمانى، قائد فيلق القدس"، عن الدوافع الأمريكية لقتل "سليمانى"، كونه المسؤول عن وحدة العمليات الخارجية في الحرس الثوري الإيراني، وأنه كان المسؤول الأول عن تنفيذ طموحات إيران الإقليمية، فيما كان يمتد نشاط الميليشيات التي كانت تآمر بأمره خلال منطقة شاسعة من العراق إلى سوريا ومن لبنان إلى اليمن. وبحسب ما أعلن البنتاجون، فإن "سليمانى" كان يطور بدأب خططا لمهاجمة دبلوماسيين وعناصر عسكرية أمريكية في العراق وفي كامل منطقة الشرق الأوسط، وليعتبر قتله محاولة أمريكية لردع العدوان الإيراني في المستقبل، وعملاً دفاعياً وقائياً في مواجهة أي هجوم وشيك.

وفي السياق ذاته، تحدث "إيلان جولدنبيرج"⁽³⁾، في تحليل إستراتيجي آخر بعنوان "هل سيؤدي رد إيران على ضرب سليمانى إلى الحرب؟" عن أن "قاسم سليمانى" كان يعد أحد أكثر الشخصيات نفوذاً وشعبية في إيران، وأحد ألد أعداء الولايات المتحدة، حيث قاد الحملة الإيرانية

(1) Kareem Fahim and Sarah Dadouch, "'We did not intend to kill,' Iranian commander says of missile strike on U.S. targets," Washington Post, January 9, 2020; Tom Vanden Brook and Courtney Subramanian, "Did Iran mean to kill Americans in its Iraq attack? The answer hints at how far Iran will go to challenge US," USA Today, January 12, 2020.

(2) Michael Young, The United States Has Killed Qassem Suleimani, the Head of the Quds Force, (Carnegie: Middle East Center), Vol(2), NO (3), January, 2020, pp.2-4.

(3) Ilan Goldenberg, "Will Iran's Response to the Soleimani Strike Lead to War?" Foreign Affairs, Vol (2), No(3), January, 2020, p.1

لتسليح وتدريب الميليشيات الشيعية في العراق، وهي الميليشيات المسؤولة عن مقتل حوالي 600 جندي أمريكي خلال الفترة من عام 2003 إلى عام 2011، وأصبح فيما بعد ذلك الأداة الرئيسية لدعم النفوذ السياسي لإيران في العراق، وقاد كذلك السياسات الإيرانية لتسليح ودعم القوات الموالية للرئيس السوري "بشار الأسد"، وهو ما تضمن نشر حوالي 50 ألفاً من مقاتلي الميليشيات الشيعية في سوريا.

وكان أيضاً الرجل المهم في رسم علاقة طهران بحزب الله اللبناني، حيث ساعد في تزويد الحزب بالصواريخ لتهديد إسرائيل، وقاد استراتيجية إيران لتسليح الحوثيين في اليمن. أذن جاءت عملية استهداف قائد فيلق القدس الإيراني "قاسم سليمانى"، ونائب رئيس هيئة الحشد الشعبي العراقي "أبو مهدي المهندس" وهو الأمر الذي جاء عكس ما ترغبه القوى السياسية بالعراق، وهذا في ظل الوضع السياسي الداخلي في العراق وتصاعد الاحتجاج ضد التدخلات الإيرانية، واستبعاد ما قامت به الولايات المتحدة باستهداف قيادات عسكرية إيرانية داخل العراق نفسه.

ويشغل "قاسم سليمانى" منصب قائد "فيلق القدس" القوة الأبرز في الحرس الثوري الإيراني، كما أنه مقرب من المرشد الأعلى للثورة الإيرانية "علي خامنئي"، وأحد أهم أعمدة النظام الإيراني، ويُعد الممثل الرئيسي والمخطط للسياسة الأمنية الإيرانية على المستوى الإقليمي، وحلقة الوصل الأساسية بين إيران وحلفائها ووكلائها في دول الإقليم، ولا يخفى تأثيره في الساحات العراقية والسورية واللبنانية واليمنية، وغالباً ما يتم تسريب صورته في هذه الساحات، سواء عمداً أو عن غير قصد. ويُشكل هذا الحدث تحولاً في الصراع الأمريكي-الإيراني، وبخاصة في الساحة العراقية، في ظل التأثير الإيراني على تطورات ومجريات الساحة العراقية، وتأثير "قاسم سليمانى" بشكل خاص على السياسيين العراقيين والقوى السياسية العراقية من جهة والفصائل المسلحة من جهة أخرى.⁽¹⁾ وعلى الرغم من أنه من المتوقع ألا يحدث مقتله تغييراً جوهرياً في السياسة الإيرانية تجاه المنطقة؛ إلا أن هذه العملية لها العديد من الدلالات والتأثيرات الكبيرة المتعددة. فمن حيث التوقيت فإنه جاء متزامناً مع تصعيد الولايات المتحدة الأمريكية موقفها تجاه إيران في العراق بشكل مختلف عما هو سائد، حيث دأبت طهران على

(1) إيمان أحمد عبد الحليم، احتمالات الصدام رؤى غربية متباينة لمقتل "قاسم سليمانى"، (ابوظبى: مركز المستقبل للدراسات والابحاث المتقدمة، يناير 2020)، ص 4

التحرك بإصرار لتنفيذ العديد من الخطوات ضد مصالح واشنطن في المنطقة، ولم يصدر من الطرف الأمريكي رد كاف يقنع حلفاءه بجدية السياسة الأمريكية في ردع إيران ووكلائها. كما تؤكد هذه العملية حدوث تحول آخر في السياسة الأمريكية تجاه وكلاء إيران؛ حيث كان الطرفان يعتمدان على الوكلاء في غالب الأمر؛ إلا أن واشنطن اتجهت لأن تقوم بالاستهداف المباشر لوكلاء إيران مؤخرًا.

فعلى سبيل المثال، نفذت عددا من الضربات استهدفت خلالها مقرات "حزب الله" في مدينة القائم بمحافظة الأنبار، وقد أعلنت الولايات المتحدة مسؤوليتها عن هذه العمليات، بالتوازي مع عددٍ من العمليات لم يتم الإعلان الرسمي عن الجهات التي نفذتها، مثل هجمات في محافظتي بغداد وصلاح الدين على معسكرات ومخازن للسلاح تابعة لفصائل الحشد الشعبي، ويُقال إنه كان هناك تواجد إيراني في بعضها، ولم يتم الإعلان عن المنفذ أيضًا على الرغم من أن بعض الصحف تداولت أنباء عن ضلوع إسرائيل في العملية. في المقابل، استمرت إيران في الاعتماد على الوكلاء، حيث شهدت الأيام الماضية هجمات على القواعد العسكرية الأمريكية في العراق، بالإضافة إلى الهجوم على السفارة الأمريكية في العراق⁽¹⁾.

ويُمكن القول إن عملية قتل "سليمانى" في العراق تشكل إحدى أهم حلقات الصراع الأمريكي-الإيراني من حيث استهداف الشخصية الإيرانية الأبرز في إدارة هذا الصراع، وما يمثله من إعلان أمريكي صريح عن بداية مرحلة تحجيم النفوذ الإيراني في العراق في ظل دعم من الاحتجاجات الشعبية التي رفعت شعار "إيران بره بره"، وأجبرت الحكومة العراقية المدعومة من طهران على تقديم استقالته. فبعد الإعلان الرسمي عن مقتل "سليمانى" من قبل القوات الأمريكية في العراق، توالى تصريحات التهديد والوعيد من قبل الطرف الإيراني، فنقلت وكالة "إرنا" الإيرانية أن "خامنئي" ترأس لأول مرة اجتماعًا طارئًا لمجلس الأمن القومي الإيراني لبحث خيارات الرد، ونشر حساب "خامنئي" على تويتر تغريدة نصها: "إن انتقامًا قاسيًا بانتظار المجرمين" على حد تعبيرهم. ووصف الرئيس الإيراني "حسن روحاني" الحادث بالقول: "قتل قاسم سليمانى عمل جبان، ويؤكد ضعف الولايات المتحدة في المنطقة". وأضاف: "واشنطن ارتكبت جريمة بقتلها سليمانى، وهذا سيضعف من عزمنا لمواجهة سياسة الولايات المتحدة

(1) المرجع السابق، ص ص 6-8

الأمريكية". بينما جاء موقف الحرس الثوري بالقول: "نحن وكل القوى المناوئة للولايات المتحدة سننأثر لسليمانى فى شتى أنحاء العالم الإسلامى".

وفى ظل هذه التطورات قد يأخذ الصراع الأمريكى-الإيرانى فى العراق منحاه فى مجالين؛ الأول سىكون من خلال سعى كل طرف منهما إلى تشكيل حكومة عراقية تكون بجانبه من خلال القوى السياسية التى تؤيده، بالتزامن مع سعى كل منهما إلى تصفية الحساب مع القوى السياسية التى تقف إلى جانب الطرف الآخر، مع سعى إيرانى لدفع القوى السياسية العراقية إلى اتخاذ موقف أو استصدار قرار بإنهاء التواجد العسكرى الأمريكى فى العراق⁽¹⁾.

تلك المعطيات من الممكن أن تشكل فرصاً أمام كل من الإدارة الأمريكية والقيادة الإيرانية من أجل استغلالها كوسيلة لصرف أنظار الداخل تجاه المشاكل الخارجية، فـ"دونالد ترامب" يريد أن يصرف أنظار مجلس النواب والشارع الأمريكى بعد إثارة قضية عزله الأخيرة، ويُعد مقتل "سليمانى" موقفاً يُحسب له فى الانتخابات الرئاسية الأمريكية القادمة، بينما تجد فيها القيادة الإيرانية وسيلة لشغل الشارع الإيرانى الذى يشهد احتجاجات شعبية واسعة منذ أكثر من شهر احتجاجاً على غلاء المعيشة وانخفاض مستوى الدخل والخدمات وسياسات إيران الخارجية فى ظل العقوبات والتضييق الأمريكى على إيران⁽²⁾.

ويرى بعض المحللين إن حدث مقتل "سليمانى" من المتوقع ألا يشكل حدثاً عابراً فى الصراع الأمريكى-الإيرانى، خاصة وأن مقتله تم فى الساحة العراقية بما يحمله ذلك من دلالات، سواء من ناحيتى الحدث أو التوقيت، أو فى ساحات الصراع الأخرى، كما قد يتم حدوث عمليات تصعيدية من الجانبين من خلال استهداف قوات الطرفين، بالإضافة إلى عمليات غير مباشرة لتصفية وكلاء إيران والتضييق عليهم فى العراق وسوريا ولبنان واليمن⁽³⁾.

(1) Alexandra Ma and John Haltiwanger, "Iran has vowed revenge on the US after Trump's airstrike killed its top military commander. Here's how it could happen," Business Insider, January 3, 2020.

(2) مثنى العبيدى، مقتل "سليمانى": احتمالات التصعيد الأمريكى-الإيرانى فى العراق، (أبوظبي: مركز الدراسات للأبحاث والدراسات المتقدمة، يناير 2020)، ص 6.

(3) Mehdi Khalaji, Iran's Supreme Leader Responds to the Soleimani Assassination, (U.S.A: The Washington Institute for Near East Policy),3, January, 2020,pp.2-4.

○ ثالثاً: أهداف الولايات المتحدة من عملية قتل قاسم سليمانى

سعت الولايات المتحدة الأمريكية إلى توجيه رسالتين عبر الهجوم الذي أسفر عن مقتل قائد "فيلق القدس" قاسم سليمانى ومرافقيه في 3 يناير 2020، الرسالة الأولى، كانت موجّهة إلى إيران، ومفادها أن واشنطن لن تتسامح، خلال المرحلة القادمة، مع المحاولات التي تقوم بها إيران لاستهداف مصالحها سواء في العراق أو في منطقة الشرق الأوسط بشكل عام، حيث بدا لافتاً أن الهجوم جاء بعد فترة وجيزة من محاولة الميليشيات الحليفة لإيران في العراق اقتحام السفارة الأمريكية، في 31 ديسمبر 2019، رداً على الضربات التي وجهتها القوات الأمريكية لمواقع "كتائب حزب الله العراق"، في العراق وسوريا قبل ذلك بيومين.

وبمعنى آخر، فإن التحركات التي قامت بها إيران وحلفائها في الفترة الأخيرة لاستهداف المصالح الأمريكية، والتي أسفرت عن مقتل متعاقد مدني أمريكي في الهجوم على القاعدة العسكرية "KI"، فرضت تحولاً جديداً في التصعيد، وفقاً للرؤية الأمريكية، باعتبار أن إيران تخطت في هذا الصدد "الخطوط الحمراء" التي حددتها واشنطن مسبقاً وتتمثل في إراقة دماء أمريكية أو، على أقل تقدير، تهديد حياة أمريكيين⁽¹⁾.

وقد كان لافتاً، على سبيل المثال، أن إيران حرصت، خلال الإجراءات التصعيدية التي اتخذتها منذ 12 مايو 2019، عندما بدأت في استهداف ناقلات وسفن شحن ومنشآت نفطية بهدف رفع كلفة الإجراءات العقابية الأمريكية ضدها، على عدم استهداف مصالح واشنطن بشكل مباشر. وحتى عندما أسقطت دفاعاتها طائرة الدرونز الأمريكية، في 20 يونيو من العام نفسه، كانت حريصة في الوقت ذاته على عدم إسقاط طائرة أخرى كانت تقل جنوداً أمريكيين. وقبل أن تقوم واشنطن بالهجوم الأخير، حرص المسؤولون الأمريكيون على توجيه تحذيرات لإيران بأنه سيتم تحميلها المسؤولية الكاملة عن أية تهديدات قد توجه للمصالح الأمريكية⁽²⁾.

فقد صرح الرئيس الأمريكي دونالد ترامب في تعليقه على حادث اقتحام السفارة الأمريكية في بغداد: "قتلت إيران متعاقداً أمريكياً وأصابت كثيرين. قمنا بالرد بقوة وسنعمل ذلك دوماً."

(1) Missy Ryan, Josh Dawsey, Dan Lamothe, and John Hudson, "How Trump decided to kill a top Iranian general," Washington Post, January 3, 2020.

(2) Daniel L. Byman, Killing Iran's Qassem Suleimani Changes the Game in the Middle East, Brookings Institution, January, 2020, p.3.

الآن تنسق إيران هجوماً على السفارة الأمريكية في العراق. سيتم تحميلهم كامل المسؤولية. وإضافة إلى ذلك، نتوقع أن يستخدم العراق قواته لحماية السفارة". أما الرسالة الثانية، فكانت موجهة إلى الداخل الأمريكي. إذ كان لافتاً أن الهجوم الذي أسفر عن مقتل سليمان ومراقبه يتوازي مع تصاعد حدة الخلاف بين الرئيس ترامب والديمقراطيين في مجلس النواب على خلفية المحاولات التي يبذلونها من أجل تفعيل إجراءات عزله من منصبه، فضلاً عن أن هذا الهجوم يأتي قبيل إجراء الانتخابات الرئاسية الأمريكية في نهاية العام، والتي يسعى فيها الرئيس ترامب إلى تجديد ولايته الرئاسية لمدة أربعة أعوام قادمة⁽¹⁾.

ولذا، سعت الإدارة الأمريكية إلى الترويج إلى أن هذا الهجوم يمثل الضربة الثانية التي شنتها في غضون ما يقرب من شهرين ضد "أهداف ثمينة"، حيث تمثلت الضربة الأولى في قتل زعيم تنظيم "داعش" أبو بكر البغدادي في محافظة إدلب السورية في 27 أكتوبر 2019.

ولذا، يبدو من المتوقع أن تحاول الإدارة الأمريكية استغلال ذلك لتعزيز موقع الرئيس في الداخل في مواجهة خصومه السياسيين، ودعم فرصه في تجديد فترته الرئاسية، حيث بدأ لافتاً أن هناك حرصاً من جانب بعض المسؤولين الأمريكيين على الإشارة إلى أن مقتل سليمان يدخل في إطار العمل على حماية الأمن القومي الأمريكي، باعتبار أنه متهم بالمسؤولية عن عمليات أسفرت عن سقوط ضحايا أمريكيين، وهي القضية التي تحظى باهتمام خاص على الساحة الداخلية الأمريكية، بشكل يبدو جلياً في الدعاوى القضائية التي رفعتها عوائل ضحايا بعض هذه العمليات ضد إيران في المحاكم الأمريكية⁽²⁾.

⁽¹⁾ يوسف يونس، إدارة الرئيس الأمريكي دونالد ترامب اغتيال سليمان وإعادة رسم خريطة الشرق الأوسط، (غزة، مركز الناطور للدراسات، يناير، 2020)، ص 3

⁽²⁾ Judith Bergman, "Iran in the US Backyard," Gatestone Institute, May 8, 2018, <https://www.gatestoneinstitute.org/12268/iran-latin-america>

○ رابعاً: العوامل التي دفعت الولايات المتحدة الأمريكية لقتل قاسم سليمانى

بشكل عام يمكن القول، إن المحددات التي دفعت الرئيس "ترامب" لاتخاذ قرار قتل "سليمانى"، تتمثل في الجوانب التالية⁽¹⁾:

1- العوامل النفسية والسلوكية: يعرّف عن الرئيس "ترامب" أنه قائد يتأثر بالمشاهد والصور التلفزيونية، ومن هذا المنطلق أدت الصور التي شاهدها للمتظاهرين من ميليشيات "حزب الله" العراقي وهم يقتحمون السفارة الأمريكية في بغداد، إلى ترسيخ قناعة شخصية لديه بأن سيناريو اقتحام السفارة الأمريكية في طهران عام 1979 يمكن أن يتكرر مرة أخرى. فقد أدت العوامل النفسية ومدركات "ترامب" لتاريخ هذه الحادثة التي تعد لحظة مفصلية في العلاقات بين إيران والولايات المتحدة، لأن يتحرك لمنع تكرار هذا السيناريو، والقضاء على "سليمانى" باعتباره الشخص الذي يقود الأحداث من وراء الستار داخل الأراضي العراقية.

2- تجاوز إيران خطوط "ترامب" الحمراء: رغم كافة الاستفزازات التي قام بها الحرس الثوري الإيراني بعد قيام الولايات المتحدة الأمريكية بتصنيفه منظمة إرهابية في أبريل عام 2019، وتحديدا قيامه بالاعتداء على ناقلات النفط والمنشآت النفطية في المنطقة؛ إلا أن الرئيس "ترامب" لم يتخذ قراراً بموقف قوي أو حاسم للرد على الاستفزازات الإيرانية، بل إنه عطل في اللحظات الأخيرة أية خطط للقيام بعمل عسكري ضد أهداف إيرانية بعد الهجمات على منشآت النفط في بقيق وهجرة خريص بالسعودية يوم 18 سبتمبر 2019. ويعود عدم قيام "ترامب" بأي تحرك قوي، إلى أنه أعلن في السابق أنه لن يتحرك إلا إذا تعرضت حياة الأمريكيين للخطر، ومن ثم فإن الاعتداء على "معسكر K1" في كركوك ومقتل متعاقد أمريكي وإصابة جنود أمريكيين، مثل بداية التحدي لـ"ترامب"، فالرئيس الذي أكد أنه سيتحرك إذا تم الهجوم على أهداف أو مواطنين أمريكيين، اعتبر أن ما حدث في كركوك وبغداد تطور لا يمكن التغاضي عنه.

(1) أيمن رمضان، أحمد عرفة، لماذا قرر ترامب قتل "سليمانى"؟.. دراسة تكشف الأسباب: مسئولون عرضوا على الرئيس الأمريكى شن هجمات على السفن الإيرانية أو بطاريات الصواريخ أو الميليشيات بالعراق.. و3 أمور دفعت واشنطن لاختيار القرار الأهم، أنظر: موقع اليوم السابع، تاريخ 9 يناير، 2020، على الرابط التالى:

<https://www.youm7.com/story/2020/1/9/>

3- تحرك استباقي لإحباط عمليات خطط لها "سليمانى" ضد المصالح الأمريكية: بعد تنفيذ عملية قتل "قاسم سليمانى"، تصاعدت الانتقادات داخل الدوائر الأمريكية ضد قرار الرئيس "ترامب"، من جهات معارضة عده داخل الولايات المتحدة الأمريكية. وركزت تلك الانتقادات على أن "قاسم سليمانى" ربما هو المسؤول عن موت الآلاف من الأبرياء في المنطقة، وربما يستحق مصيره، لكن قتله قد يفتح الباب أمام تهديدات خطيرة للأمن القومي الأمريكى. وردا على تلك الانتقادات، تبنت الإدارة الأمريكية بشأن عملية قتل "سليمانى" هي عملية دفاعية قامت بها الولايات المتحدة لإحباط وتعطيل عمليات إرهابية كان يخطط "سليمانى" للقيام بها ضد المصالح الأمريكية في سوريا ولبنان والعراق.

4- تأكيد الردع الأمريكى: يرجع جزء من حسابات الرئيس "ترامب" في اتخاذ قرار قتل "سليمانى"، إلى ضرورة قيام الولايات المتحدة برد قوي وعنيف على حادثي الهجوم على القاعدة العسكرية في كركوك وحادث اقتحام السفارة. ف"ترامب" وتحت ضغط من تدفق المعلومات عليه، وضغوط المتشددىن في فريق الأمن القومي، وتقديره الشخصى للموقف؛ خلص إلى ضرورة القيام بعمل قوي ضد إيران، وهذا العمل يتمثل في استهداف وقتل أقوى قيادات المؤسسة العسكرية الإيرانية، الرجل المسؤول عن هجوم كركوك واقتحام السفارة، وعن تمدد النفوذ الشيعى الإيراني في الشرق الأوسط بالعراق وسوريا ولبنان واليمن. كما خلص "ترامب" إلى أن هذه الضربة ستؤكد قدرة الولايات المتحدة الأمريكية على التصرف وبقوة حينما يجرى تهديد للأمريكيين أو للمصالح الأمريكية. وقد أكد الرئيس "ترامب" في خطاب مساء يوم 2 يناير 2020، في نفس يوم تنفيذ العملية، أن بلاده مستعدة وجاهزة لاتخاذ أية خطوات يتطلبها الموقف إذا تعرض الأمريكيون أو المصالح الأمريكية لخطر⁽¹⁾.

5- الموقف الداخلى: واجه الرئيس "ترامب" خلال الشهر الأخير انتقادات داخلية واسعة، سواء من الديمقراطيين أو حلفائه من الجمهوريين، أو من الدوائر الإعلامية والفكرية، وذلك بسبب السياسات الأمريكية المرتبكة في الشرق الأوسط. فمن ناحية، قام بتصعيد الموقف مع تركيا بعد إعلان نيتها شن عملية عسكرية داخل الأراضي السورية، وأعلن عن فرض عقوبات،

(1) حسام إبراهيم، مدركات القائد: لماذا اتخذ الرئيس "ترامب" قرار اغتيال "قاسم سليمانى"؟، (أبوظبي، مركز المستقبل للدراسات المتقدمة، يناير 2020)، ص 3.

وبعد العملية قام فعلياً بالتوصل إلى اتفاق مع الأتراك وقام بتعليق العقوبات، وتخلي عن الأكراد في سوريا الذين دعموا الولايات المتحدة في حربها ضد "داعش"⁽¹⁾.

ويمكن القول إن قرار الرئيس "ترامب" المفاجئ بإصدار توجيهات لوزارة الدفاع بتنفيذ عملية عسكرية محدودة لقتل "سليمانى"، جاء في إطار محددات ارتبطت بإدراكه وتصورات كصانع قرار، والمعلومات المتاحة أمامه بعد تعرض السفارة الأمريكية في بغداد للاقتحام، فدروس التاريخ والتأثيرات النفسية لحادث اقتحام السفارة الأمريكية في طهران بعد الثورة الإيرانية عام 1979، وغيرها من المحددات، هي التي حكمت هذا القرار الذي سيفتح الباب أمام مشهد أكثر تعقيداً ولا يمكن التنبؤ بمسارته، بدءاً مع عام 2020، ومن المحتمل أن يستمر طويلاً.

○ خامساً: تداعيات وآثار عملية قتل "قاسم سليمانى" على العلاقات الأمريكية الإيرانية

اختلفت تحليلات مراكز الأبحاث الغربية بشأن حدود التداعيات المترتبة على قتل "سليمانى"، في ضوء الردود الإيرانية المتوقعة. وبهذا الصدد، استبعد "بعض المحللين الاستراتيجيين" أن تقوم إيران بتوجيه ضربة عسكرية مباشرة لأهداف أمريكية، وذلك في تحليله المنشور في "معهد واشنطن لدراسة الشرق الأدنى" بعنوان: "المرشد الأعلى لإيران يرد على قتل سليمانى"⁽²⁾.

وذكر بجانب تهديد المرشد الإيراني الأعلى "علي خامنئي" ومسؤولين آخرين في النظام، بالانتقام لقتل "سليمانى"، فإنه سيتم التركيز في المقام الأول على استغلال الحدث من أجل تأجيج المشاعر الوطنية والعسكرية في الداخل، كبديل عن الدخول في مواجهة مباشرة مع الولايات المتحدة، لما في ذلك من تداعيات أمنية شديدة الخطورة لن تحتملها إيران. ويمكن الإشارة هنا إلى تصريح "خامنئي" نفسه، في الأول من يناير 2020، وقبل يومين فقط من قتل "سليمانى"، على وقع تأكيدات الرئيس "ترامب" بأن إيران لعبت دوراً في أعمال الشغب التي اندلعت في 31 ديسمبر 2019 في السفارة الأمريكية في بغداد، حيث قال المرشد الأعلى

(1) المرجع السابق، ص 4.

(2) Jon B. Alterman, The Killing of Quds Force Commander Qasim Suleimani, (Center for Strategic and International Studies), January, 2020, pp.4-7

لإيران: "لن نأخذ البلاد إلى الحرب.. لكن إذا أراد الآخرون فرض شيء على هذا البلد فسوف نقف أمامهم بقوة".

ولذلك بدلا من الدخول في مواجهة عسكرية مباشرة مع الولايات المتحدة، من المرجح أن يكرس النظام الإيراني - في الأيام المقبلة- معظم اهتمامه لتنظيم جنازة ضخمة ومراسم حداد واسعة لسليمانى، واستغلال الدعاية لجنازة القائد العسكري باعتباره بطلاً وطنياً على مدى العقد الماضى، وتوضيح دوره في الدفاع عن البلاد ضد عناصر تنظيم "داعش" والأعداء الخطرين الآخرين لإيران، وكذلك تسليط الضوء على دوره ونشاطه العسكري في الخارج. وذلك قد يفيد النظام من خلال تحويل انتباه الرأي العام عن الأزمات المحلية المتنامية في الفترة الأخيرة، وخصوصا احتجاجات البنزين التي شهدتها البلاد في نوفمبر 2019، وما تبعها من قمع واسع للاحتجاجات المعارضة من جانب النظام.

ولكن على جانب آخر، فقد ركزت معظم التحليلات الأمريكية والغربية على التأثيرات السلبية المترتبة على مقتل "سليمانى". ويتوقع في هذا الصدد أن تعمل إيران على مهاجمة الولايات المتحدة بصورة غير مباشرة في مساح متعددة بالشرق الأوسط، وهو ما يشمل على الأغلب مهاجمة القوات والمنشآت الأمريكية، خصوصا على الساحة العراقية التي شهدت حادث مقتل "سليمانى"، ذلك أن طهران أمضت أكثر من 15 عامًا في بناء شبكات واسعة من الداعمين لها في بغداد ما بين الميليشيات المسلحة والأحزاب السياسية. وقبيل مقتل "سليمانى" بأيام قليلة، تمكنت إيران من حشد الوكلاء المحليين للتظاهر بعنف ضد السفارة الأمريكية في بغداد، ويتوقع أن يتزايد هذا النفوذ إذا ما وضع في الاعتبار مقتل قائد كتائب "حزب الله" الموالية لإيران في العراق "أبو مهدي المهندس"، خلال الغارة على "سليمانى"، مع العديد من الشخصيات البارزة المؤيدة لإيران في العراق. وقد كانت الكتائب مسؤولة عن العديد من الهجمات على القوات الأمريكية والعراقية، وغالبًا ما كان ذلك بناءً على طلب طهران، وأيضًا رغبة في إرضائها⁽¹⁾.

(1) مدحت القاضى، تداعيات اغتيال قاسم سليمانى على الصراع الأمريكى . الإيراني في العراق، (القاهرة: المنتدى العربى لتحليل السياسات الإيرانية، يناير 2020)، ص 3.

ويتوقع أيضا من إيران تسريع برنامجها النووي بشكل كبير بعد مقتل "سليمانى"، خصوصاً أنها بدأت منذ مايو 2019 في انتهاك الاتفاقية النووية بشكل تدريجي من خلال اتخاذ خطوات محدودة كل 60 يوماً. وبالفعل أعلنت إيران في السادس من يناير 2020 عن المرحلة الخامسة لخفض التزاماتها الدولية التي نص عليها الاتفاق النووي لعام 2015. ويصعب إغفال التداعيات الاقتصادية الواسعة التي قد تترتب على حادث قتل "سليمانى"، وخصوصاً في أسواق النفط، والتي تحدث عنها كل من "كيس جونسون" و"لارا سيلجمان" Keith Johnson and Lara Seligman في تقريرهما بموقع مجلة "فورين بوليسي"، الذي جاء بعنوان: "مقتل سليمانى يثير الخوف من الحرب والاضطرابات الاقتصادية"، حيث كان لمقتل القائد الإيراني أثره السلبي على سوق النفط، إذ قفزت أسعار خام برنت بأكثر من 4% في أعقاب الحادث إلى ما يقارب 70 دولاراً للبرميل⁽¹⁾.

ويخشى المحللون من أن تستأنف طهران هجماتها على البنية التحتية النفطية الإقليمية في أعقاب الضربات السابقة على ناقلات النفط بالقرب من مضيق هرمز، والتي توجه الاتهامات إلى إيران بالمسؤولية عنها، ومن خلال وكلائها الإقليميين.

ويمكن تفسير حرص إيران على عدم رفع سقف التصعيد، على الأقل في المرحلة الحالية، مع الولايات المتحدة الأمريكية، في ضوء اعتبارات عديدة يتمثل أبرزها في⁽²⁾:

1- قوة الردع الأمريكية: بدا واضحاً أن الهدف الأساسي من الضربة الأمريكية التي أسفرت عن قتل قاسم سليمانى يكمن في استعادة قدرة الردع الأمريكية في مواجهة إيران، كما اعتبرت إدارة الرئيس الأمريكى دونالد ترامب أن عدم قيام واشنطن بعمل عسكري لمواجهة إجراءات التصعيد الإيرانية في الأشهر الماضية بعث برسالة خاطئة إلى الأخيرة مفادها أن الأولى ليس لديها خيارات واسعة، خاصة في المجال العسكري، للتعامل معها. مما دفعها إلى الاستمرار في تبني هذه السياسة.

2- ضغوط الوسطاء: يبدو أن الأطراف التي سعت إلى التوسط قبيل ساعات قليلة من الهجمات الصاروخية الإيرانية، حاولت مماسة ضغوط على طهران من أجل ضبط

(1) Keith Johnson and Lara Seligman, "Suleimani Killing Sparks Fear of War and Economic Turmoil", Foreign policy, January 3, 2020, pp.1-5.

(2) Michele Dunne, Iran and the United States: This Is the Moment to Step Back, (Carnegie Endowment for International Peace, January, 2020), p.3

حدود رد فعلها ضد المصالح الأمريكية، وعدم رفع مستوى التصعيد، الذي من الممكن أن يؤدي إلى نشوب مواجهة عسكرية مفتوحة. وبدا لافتاً من ردود فعل بعض الدول الأوروبية على مقتل سليمانى أنها اقتربت بدرجة ملحوظة من السياسة التي تتبناها الولايات المتحدة الأمريكية إزاء إيران، وهنا يمكن القول إن إيران أدركت أنه في ظل هذه الأزمات المختلفة لا تستطيع المغامرة برفع مستوى التصعيد العسكري مع الولايات المتحدة الأمريكية في هذا التوقيت تحديداً.

○ سادسا: رؤية مستقبلية حول طبيعة العلاقات الأمريكية – الإيرانية بعد مقتل "قاسم سليمانى"

يؤكد العديد من المحللين إلى أنه من غير المُحتمل أن يدخل الرئيس "ترامب" في حرب مع إيران، لعدة أسباب: من أبرزها أن الحركات المناهضة للحرب داخل الولايات المتحدة الأمريكية، بدأت تصبح أكثر قوة ضد ترامب، وهذا سيمنع من الدخول في أي حرب خارجية في عام الانتخابات الرئاسية الأمريكية.

من جانب آخر، فإن "ترامب" ليس لديه استراتيجية واضحة في التعامل مع إيران، بل وثمة خلافات ما داخل إدارته، فعلى سبيل المثال يشكك البعض داخل الإدارة في حديث "ترامب" عن أنه كان يوجد مخطط إيراني وشيك سينفذه الحرس الثوري الإيراني لاستهداف أربع سفارات أمريكية في المنطقة، وذكر وزير الدفاع الأمريكي "مارك أسبر" لاحقاً أنه لم يكن لديه علم بهجوم وشيك⁽¹⁾.

يبدو أن الاستراتيجية الوحيدة التي يمتلكها ترامب وينفذها في التعامل مع إيران منذ انسحاب الولايات المتحدة الأمريكية من الاتفاقية النووية وعدم قبول إيران للتفاوض وفقاً لشروط جديدة هي استراتيجية الضغط الشديد، وتحديداً العقوبات الاقتصادية، وإلا فإن ترامب يتعامل مع الإجراءات الانفرادية، وفقاً لرد فعله. ورؤيته للوضع.

(1) فاطمة صلاح الجندي، آفاق المستقبل.. العلاقات الأمريكية الإيرانية في عهد الرئيس ترامب من 2016-2019، (القاهرة: المركز العربي للبحوث والدراسات، أغسطس 2019)، ص 1.

أما إيران، فكان أول رد فعل مباشر على مقتل "سليمانى" في 8 يناير، عندما تم توجيه ضربات صاروخية ضد قاعدتين عراقيتين حيث توجد القوات الأمريكية، ولكن حادث إسقاط طائرة أوكرائية بسبب أحد الصواريخ التي أطلقها الحرس الثوري، وقد ساعد هذا في تهدئة الموقف، والحد من التصعيد بين إيران والولايات المتحدة الأمريكية، حيث ربما كانت احتمالات التصعيد قائمة بدرجة أكبر قبل إسقاط الطائرة. كما سعت الولايات المتحدة الأمريكية من عقوباتها على إيران إلى زعزعة الاستقرار الداخلي عبر سياسة الضغوط القصوى التي انتهجتها تجاه طهران على أساس أن تردي الأوضاع الاقتصادية المترتبة على العقوبات سيؤدي إلى تزايد وتيرة الاحتجاجات الشعبية ضد النظام ما يدفع المجتمع إلى القيام بموجات انفجار اجتماعي وصولاً لإضعاف النظام الإيراني وإجباره على الجلوس للمفاوضات لإبرام اتفاق نووي جديد.

فبالرغم من أن النظام الإيراني حاول الرد على سياسة الضغوط الأمريكية القصوى عبر استراتيجية حافة الهاوية وسياسات الصبر الاستراتيجي والحرب بالوكالة من خلال استهداف السفن التجارية فى الخليج العربى وخليج عُمان، واستهداف منشآت شركة أرامكو النفطية فى السعودية، بل وإسقاط طائرة أمريكية مسيرة، إلا أن قيام البنتاجون باستهداف قائد فيلق القدس التابع للحرس الثوري الإيراني قاسم سليمانى، وقتله ونائب رئيس الحشد الشعبى أبو مهدي المهندس وثمانية من القادة الميدانيين العراقيين واللبنانيين، بالقرب من مطار بغداد الدولي منتصف 3 يناير 2020، قد شكل تحولاً مهماً فى اتجاه التصعيد العسكرى فى العلاقات الأمريكية الإيرانية⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك التصعيد فى الخطاب السياسى منذ انسحاب ترامب من الاتفاق النووى فى مايو 2018 حين دخل التصعيد بين إيران والولايات المتحدة الأمريكية مرحلة أخرى فى المتتالية الأمنية التصعيدية بين الجانبين؛ إذ ربما تفرض تلك الخطوة قواعد ومعطيات جديدة تؤثر من دون شك على المسارات المحتملة للمواجهة بين إيران والولايات المتحدة الأمريكية خلال المرحلة المقبلة، خاصة أنه يتزامن مع تصاعد الأزمات الداخلية والإقليمية التي تواجه

(1) Kelly Magsamen, How to Avoid Another War in the Middle East, Foreign Affairs, 4, January, 2020.

إيران وحلفائها على خلفية الحركة الشعبية التي لا تزال مستمرة في لبنان والعراق، وتندلع أحيانا داخل إيران نفسها.

ومثلما سعت الولايات المتحدة إلى إرسال رسالة إلى الراي العام الأمريكي من خلال هذه العملية. واستخدمها لتقوية موقف الرئيس الأمريكي في الداخل في مواجهة المعارضين السياسيين، ودعم فرصه في تجديد ولايته الرئاسية، بالنظر إلى أن مقتل قاسم سليمانى يقع في إطار حماية الأمن القومي الأمريكي، فبالقدر ذاته ستسعى طهران جاهدة لاستثمار الحدث في إعادة ترتيب المشهد السياسي الداخلي بكل ما يفرضه ذلك من انعكاسات على الساحة الداخلية الإيرانية⁽¹⁾.

○ الخاتمة

صحيح أن عملية قتل قاسم سليمانى قد تكون حققت بعض النجاح في المدى القصير، إلا أنه في ظل غياب استراتيجية واضحة للتعامل مع إيران، فإن هذه العملية قد يترتب عليها تداعيات سلبية في المستقبل على العلاقات الأمريكية - الإيرانية.

ولم يحدد ترامب، في خطابه في 8 يناير 2020 بعد الهجمات الصاروخية الإيرانية، معالم استراتيجية واضحة تجاه إيران، سوى إصراره على مزيد من الضغوط الاقتصادية الخانقة عليها، والتي كان قد بدأها في مايو 2018 لما انسحب من الاتفاق النووي معها، وهي الضغوط ذاتها التي أوصلت العلاقات بين الدولتين إلى حافة المواجهة العسكرية. ويؤكد مؤشران غياب رؤية أمريكية منسجمة ومتناسكة نحو إيران⁽²⁾:

الأول: ذلك التضارب اللافت بين تهديدات ترامب باستهداف 52 "موقعا ثقافيا" إيرانيا في حال ردت على قتل سليمانى، ونفي مسؤولين آخرين الإقدام على مثل هذه الخطوة التي تعد جريمة حرب استنادًا إلى القانونين الدولي والأمريكي .

(1) عبدالله عيسى الشريف، مستقبل أكثر تشددا للنظام الإيراني داخليا بعد مقتل قاسم سليمانى، (المنتدى العربى لتحليل السياسات الإيرانية، يناير 2020)، ص ص 4-7.

(2) See Jordain Carney, "Kaine revises Trump Iran war resolution as he courts GOP support," The Hill, January 9, 2020.

أما الثاني: فيتمثل في ذلك الإرباك الذي طبع الموقف الأمريكي من انسحاب محتمل من العراق، وهو ما أكدته رسالة لقائد القوات الأمريكية هناك إلى الحكومة العراقية، وإن لم تكن موقعة، ثم نفي وزارة الدفاع الأمريكية ورئيس هيئة الأركان المشتركة ذلك، واعتباره خطأ.

باختصار، تبقى السيناريوهات مفتوحة على كل الاحتمالات، خصوصاً مع مستجدات أزمة انتشار فيروس كوفيد 19، من بقاء الحال على ما هو عليه حتى الانتخابات الرئاسية الأمريكية 2020، مروراً بمواجهات غير مباشرة، ووصولاً إلى مواجهة مباشرة، أو حتى الوصول لاتفاق جديد يبحث عنه الرئيس ترامب كعامل مساعد في الانتخابات القادمة، وهو الأمر الذي يساعد إيران أيضاً للهروب من العقوبات الخانقة عليها⁽¹⁾.

○ النتائج التي توصلت إليها الدراسة:

أثبتت الدراسة صحة الفرضية التي تم طرحها:

- أن عملية قتل الجنرال "قاسم سليمانى" قد ألفت بظلالها على العلاقات الأمريكية - الإيرانية، حيث تصاعدت درجة التوتر فى العلاقات إلى الحد الذى هددت فيه إيران بإغلاق مضيق هرمز، وعلى الجانب الأخر قيام الولايات المتحدة الامريكية بمزيد من الإجراءات العقابية ضد إيران، وهذا التوتر فى العلاقات الامريكية - الإيرانية قد انعكس على منطقة الشرق الأوسط بصفة عامة ومنطقة الخليج العربى بصفة خاصة⁽²⁾.

- أصبح التقدم على الصعيدين السياسي والدبلوماسي، الذى كان يأمل ترامب بتحقيقه مع إيران، بعيد المنال اليوم. فقد ألمح بعض السياسيين الإيرانيين إلى إمكانية الحوار مع واشنطن، بحجة أن ترامب يسعى لتحقيق نصر دبلوماسي، وإذا ما منحته إيران ما يريد، فسيقوم بدوره بمنح إيران أكثر مما فعل أوباما. بيد أنه بعد القتل، باتت الغلبة

(1) Maggie Haberman and Catie Edmondson, "White House Notifies Congress of Suleimani Strike Under War Powers Act," New York Times, January 4, 2020.

(2) Paul Waldman and Greg Sargent, "New Iran revelations suggest Trump's deceptions were deeper than thought," Washington Post (opinion), January 10, 2020.

لمعارضتي الحوار الذين لم يجرؤ أحدٌ على تحديهم. علاوةً على ذلك، باتوا يتمتعون بجبروت أكبر في ظل انتشار المشاعر المعادية للولايات المتحدة على نطاق واسع. ويبدو أن أي تغيير في هذه الديناميات في السنوات المقبلة أمرٌ غير مرجح، لا سيما إذا ما ظل ترمب في سدة الحكم في الولايات المتحدة.

- يبدو أن الضربات الصاروخية الإيرانية في العراق كانت بمثابة رد فعل على الغضب الشعبي وليس كرد فعل نسبي على عملية قتل سليمان. في ظل عدم رغبة إيرانية في الاستدراك حالي لحرب مع الولايات المتحدة.

- تخطى قتل سليمان جميع الخطوط الحمراء الإيرانية الأمريكية المتعارف عليها تقليدياً. ونتيجةً لذلك، من المتوقع حدوث تغييرٍ في كيفية تعامل إيران مع الولايات المتحدة. فقد أشار المرشد الأعلى إلى هذا التحول عندما وصف الضربات الصاروخية بأنها "صفعة"، وقال إن الانتقام الحقيقي هو طرد الولايات المتحدة من المنطقة. وعليه، من المتوقع أن تتفاقم التوترات نتيجة لهذا التحول.

- لطالما اعتبر المسؤولون الأمريكيون الشعب الإيراني بمثابة رصيد استراتيجي يجب أخذه في الاعتبار في أي سياسة تتعلق بإيران، إلا أن قتل سليمان كان بمثابة ضربة قوية لتلك السياسة. وعلى الرغم من أن حملة ترمب بممارسة ما يسميه "أقصى قدر من الضغط" ضد إيران قد أدت إلى تفاقم صورة الولايات المتحدة سوءاً في إيران، إلا أن اغتيال بطلٍ قومي دمر بنجاح اعتبار الإيرانيين قوة إستراتيجية لسنوات وربما لعقود قادمة.

- من الواضح أن "قتل قاسم سليمان" أثارت رد فعل لم تكن الولايات المتحدة تتوقعه؛ رد فعلٍ لم يكتفِ برأب صدع الانقسامات السياسية حول تعامل إيران مع الولايات المتحدة فحسب، بل قلب أيضاً الإيرانيين من جميع مناحي الحياة ضد الولايات المتحدة، مما أفاد المؤسسة أكثر. وحتى العقوبات الأخيرة التي فرضتها واشنطن على إيران، والتي يُنظر إليها كتدبيرٍ لحفظ ماء الوجه في أعقاب الضربات الصاروخية

على القوات الأمريكية في العراق، ستساعد طهران عندما يتعلق الأمر بتعزيز المشاعر المعادية للولايات المتحدة⁽¹⁾.

- أن مقتل سليمانى سوف يعزز الوجود السياسى لإيران فى المنطقة، خاصة مع وجود روابط وثيقة بين ساسة عراقىين بارزىن وطهران، والذىن قد يعملون على زيادة الضغط على بغداد لإخراج القوات الأمريكية من بلادهم، ومن المرجح أن يذعن القادة لهذه الضغوط.
- قادت عملية قتل سليمانى إلى تعقيد العلاقات العراقية - الأمريكية، فهناك محاولات من البرلمان العراقى للتصويت على خروج القوات الأمريكية، وهناك مظاهرات ضد إيران والولايات المتحدة فى العراق، وهذا وضع صعب جعل الولايات المتحدة كأنها قوة استعمارية.

⁽¹⁾ Saagar Enjeti and Jordan Fabian, "EXCLUSIVE: Trump: I do not need congressional approval to strike Iran," TheHill, June 24, 2019.
And Vali Nasr, quoted in Farnaz Fassihi and Richard Perez-Pena, "Iranians Close Ranks Behind Leaders After U.S. Kills Popular General," New York Times, January 4, 2020.

تداعيات خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي على العلاقات الاقتصادية الأوروبية - تفعيل المادة 50 من اتفاق لشبونة 2007

نذير مسعد⁽¹⁾

شهدت فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية موجة من التغيرات على صعيد العلاقات الدولية في شتى المجالات وهذا طبعا راجع للضرر الجسيم الذي خلفته، لذا كان من الحتمي التوجه نحو بناء تنظيم دولي فعال يرتكز على الجماعة الدولية والشعور بالالتزام نحوها وذلك طبعا يكون في إطار احترام القواعد القانونية بخصوص العلاقات بين الدول⁽²⁾، وقد تزامن مع هذه التحولات التي طرأت على المجتمع الدولي ظهور العولمة كأحد أهم افرازات هذا التحول والتي أدت بدورها إلى تشكل ما يعرف بالتكتلات الاقتصادية الإقليمية أو إن صح التعبير التوجه إلى إحداث نوع من التقارب بين الدول في شتى المجالات وعلى مختلف الأصعدة الهدف من ذلك تحقيق التنمية الاقتصادية على الصعيد الداخلي⁽³⁾، كما أصبحت التكتلات الاقتصادية تشكل إطار وآلية لتكامل واندماج الاقتصادات التي يجمعها التجاور الجغرافي أو المصالح المشتركة، ونتيجة هذا التشعب والتشابك في العلاقات الدولية كان للإقليمية وقفة من طرف الفقهاء في القانون الدولي حول تحديد المفهوم العام لها في هذا الاطار، وقد اعتبرت هذه الوقفة بمثابة نقطة الاتصال بين المفهوم الاقتصادي والقانوني للتكتلات الاقتصادية.

(1) طالب دكتوراه في قانون العلاقات الاقتصادية الدولية كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مستغانم - الجزائر - عضو بمخبر القانون الدولي للتنمية المستدامة.

(2) غضبان مبروك، التنظيم الدولي والمنظمات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، د.س.ن، ص 16.

(3) محمد غربي، التكامل العربي بين دوافع التنمية المستدامة وضغوط العولمة، ابن النديم للنشر والتوزيع ودار الروافد الثقافية، الجزائر ولبنان، الطبعة الأولى، 2014، ص 13.

من أهم نماذج التكامل الاقتصادي نذكر على وجه التحديد الاتحاد الأوروبي الذي كان إنشاؤه نتيجة جهود دول أوروبية عانت الكثير من الخلافات فيما بينها ناهيك عن ما خلفته الحرب العالمية الثانية كما جاء الذكر آنفاً، والذي أصبح يمثل قوة ضاربة تؤثر على موازين القوى العالمية في شتى المجالات الاقتصادية، تجارية كانت أو نقدية أو مالية، لكن في الآونة الأخيرة كانت هناك إن صح التعبير صدمة للاتحاد الأوروبي حيث تمثلت في نتيجة استفتاء الشعب البريطاني لصالح الخروج من الاتحاد الأوروبي، والذي فسره البعض من الباحثين المختصين في هذا المجال على أنه أمر طبيعي كان من الممكن أن يحدث، على أساس أن ذلك راجع إلى طبيعة العلاقة بين الاتحاد الأوروبي والمملكة المتحدة التي بنيت في محيط دائم التوتر، وعليه فإن تاريخ 23 يونيو 2016 كان المنعرج الحاسم في تاريخ العلاقات بين الطرفين الذي أسفر عن الاستفتاء لصالح الانسحاب البريطاني من التكتل الأوروبي، الأمر الذي استدعى مع مطلع عام 2017 القيام بتفعيل المادة 50 من اتفاق لشبونة والتي تعتبر بداية المسار القانوني للبريكسيت [BREXIT]، ونتيجة هذا التحول المفاجئ الذي مس الاتحاد الأوروبي أصبحت كل النقاشات والحوارات مفتوحة على الباحثين في هذا الموضوع بالذات، طبعاً من منطلق دراسة مختلف الاحتمالات التي ممكن أن تحدث مستقبلاً في إطار العلاقة بين الطرفين.

إذاً، فما طبيعة العلاقة الموجودة بين بريطانيا والاتحاد الأوروبي؟ وماهي الدوافع والأسباب الحقيقية التي أدت إلى تغيير الرأي العام البريطاني من تأييده للبقاء في الاتحاد سابقاً إلى الإعلان عن انسحابه عام 2016؟.

- ماهي الاحتمالات الواردة التي قد تنتج عن مفاوضات "البريكسيت"؟ وهل من الممكن تصوّر خروج الطرفين باتفاق نهائي مرضي لكليهما؟

لمقاربة هذا الموضوع رأينا أن نفرّد لذلك محورين اثنين هما:

المحور الأول: الظروف الدولية لنشأة الاتحاد الأوروبي وتطور مؤسساته

المحور الثاني: تفعيل المادة 50 من اتفاق لشبونة وانعكاساتها على الطرفين - بريطانيا

والاتحاد الأوروبي

○ المحور الأول: الظروف الدولية لنشأة الاتحاد الأوروبي وتطور مؤسساته

من المتعارف عليه أن ظل المتغيرات الدولية الجديدة، ونتيجة تزايد وتشعب العلاقات الدولية في العالم المعاصر خاصة في المجال الاقتصادي والتجاري والضرورة الملحة نحو بناء نظام دولي اقتصادي يعمل على تنظيم العلاقات الاقتصادية الدولية الأمر الذي جعل من التوجه إلى تحقيق التكامل الاقتصادي ضرورة لمواكبة هذه المتغيرات الدولية.

◆ أولاً: الإطار المفاهيمي للتكامل الاقتصادي

1- ماهية التكامل الاقتصادي:

إن العديد من الباحثين في مجال الاقتصاد لخصوا مفهوم التكامل الاقتصادي على أنه إضفاء قالب اتحادي بين مجموعة من الدول تربط بينها علاقات تقارب اقتصادية واجتماعية وسياسية وحتى تشريعية، إضافة إلى التقارب الجغرافي أيضا الذي يعتبر الإطار العام لهذا التكامل الموجود بين هذه الدول⁽¹⁾، في هذا الصدد يمكن القول على أن الهدف من إنشاء ما يسمى بالتكامل الاقتصادي خلق مصالح اقتصادية متبادلة وتحقيق عوائد مشتركة⁽²⁾، ضف إلى ذلك يعتبر طريق لتحقيق سيادة كاملة واستغلال اقليمي لمواجهة مختلف التحديات في شتى المجالات⁽³⁾.

أ- أشكال وشروط التكامل الاقتصادي:

لقد تضمن النظام الاقتصادي الدولي الجديد العديد من صور التكامل الاقتصادي كالاتحادات النقدية والتكتلات التي تندمج ضمنها اقتصادات الدول الأطراف بحيث تصبح كالاقتصاد واحد، له إرادة ذاتية منفصلة عن الدول المكونة له إذ يخضع لسلطة عليا هي المخول

(1) عبد الرحمن روابح، حركة التجارة الدولية في إطار التكامل الاقتصادي في ضوء التغيرات الاقتصادية الحديثة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير (جامعة محمد خيضر - بسكرة)، الجزائر، 2013، ص 03.

(2) رمزي محمود، منظمة التجارة العالمية، دار الفكر الجامعي، د.ط، مصر، د.س.ن، ص 16.

(3) يوسف مسعداوي، دراسات في التجارة الدولية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، الجزائر، 2016، ص 161.

الرئيسي بإصدار القرارات بحيث تتسم هذه الأخيرة بالقوة القانونية الملزمة لجميع الدول الأعضاء، وغالبا ما ينتهي هذا النوع من التكتلات بوحدة تامة في شتى المجالات⁽¹⁾.
تعتبر الديناميكية التي يتسم بها النظام الاقتصادي الدولي الجديد هي من أهم الدوافع والمسببات التي أدت إلى التوجه نحو إنشاء التكتلات الاقتصادية في المجتمع الدولي خاصة وأن الاستقرار الاقتصادي "النقدي والتجاري" هو الأساس الذي تريد العولمة إسقاطه أو تجسيده على أرض الواقع، مع العلم أن هذا الجانب أصبح مطلبا دوليا من أجل إرساء قواعد هذا النظام الجديد، وقد أكدت العديد من الدراسات أن مختلف تجارب التكامل الاقتصادي تقتصر على ضرورة توفير مجموعة من الشروط والتي تم حصرها أولا في تقارب الرقعة الجغرافية، التي حسب رأينا أنه في ظل الثورة التكنولوجية والمعلوماتية التي جعلت من العالم قرية صغيرة أصبح شرط تقارب الرقعة الجغرافية غير مهم من ناحية تحقيق تكامل اقتصادي ناجح، وعلى هذا المنوال تم التركيز على تجانس الاقتصاديات بمعنى التنسيق بين السياسات الاقتصادية للدول الأعضاء المكونة للتكامل الاقتصادي⁽²⁾، ضف إلى ذلك توافر الموارد الطبيعية وعناصر الإنتاج.

ب- دوافع التوجه نحو التكامل الاقتصادي:

جل دول العالم على اختلاف تصنيفها الاقتصادي لها عدة مسببات ودوافع نحو إنشاء تكامل اقتصادي، وهذا طبعا من منطلق الاعتقاد السائد أن "الاتجاه نحو العالمية يتحقق من خلال ترتيبات إقليمية تساعد على المزيد من الاندماج على الصعيد العالمي"⁽³⁾، حيث تتلخص في دوافع سياسية واقتصادية وربما تذهب إلى أبعد من ذلك، في هذا السياق نركز أساسا على الدوافع الاقتصادية والقانونية طبعا من منطلق متطلبات الدراسة، لذا يمكن القول أن الدول

(1) بسكري رفيقة، النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية (جامعة الحاج لخضر - باتنة)، الجزائر، 2015، ص 294، 295.

(2) فلاح خلف الربيعي، التكامل الاقتصادي بين الشروط التقليدية والشروط الحديثة (الحوار المتمدن)، العدد 2666، 2009. الموقع الإلكتروني:

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=173879>

تاريخ الاطلاع: 2017/12/23 بتوقيت 12:30

(3) إكرام مياسي، المرجع السابق، ص 58.

التي تريد إنشاء تكامل اقتصادي أكيد لها رغبة في تحقيق مستويات مرتفعة في المعيشة مع الاستفادة من اتساع حجم السوق، والأهم من ذلك مساندة التطور العلمي والتكنولوجي على الصعيد الدولي، أما البعد القانوني من هذا التكامل الاقتصادي يتمثل في الاتفاقية الدولية المنشئة له والتي تكون في كثير من الأحيان تراعي التكوين الاقتصادي لكل دولة عضو⁽¹⁾، وبالتالي نكون أمام تحقيق للملاءمة بين التشريعات الوطنية للدول الأعضاء والمعاهدة المنشئة للتكامل الاقتصادي.

ج- المفاهيم والأسس القانونية للتكتلات الاقتصادية في ظل مبادئ القانون الدولي العام:

إن الدول في ظل تشابك العلاقات الدولية من غير الممكن أن تنكفي على نفسها بل لابد من أن تتخبط فيها الأمر الذي نتج عنه ما يعرف بالتنظيم الدولي، وعلى هذا الأساس كان لابد من وضع إطار عام يجسد هذه الفكرة على أرض الواقع لذا تم إنشاء المنظمة الدولية ككيان دائم عن طريق اتفاق دولي يضم مجموعة من الدول بغية تحقيق أهداف ومصالح مشتركة، كما يتمتع بإرادة ذاتية مستقلة وشخصية قانونية، وقد تم ادراج قانون المنظمات الدولية [أحكامها وقراراتها] كأحد فروع القانون الدولي⁽²⁾، كما أن العناصر المكونة للمنظمة الدولية لها دلالاتها، حيث أعطى فقهاء القانون الدولي العام تفسيرات أعمق لكل واحدة على حدى، فعنصر الدوام كان المقصود به أن المنظمة الدولية مستقلة في وجودها عن الدول الأعضاء المكونة لها أثناء ممارستها لنشاطاتها وهذا خلافا لبعض الرؤى التي كانت سائدة باعتبار أن الدوام هو وجود المنظمة الدولية أبد الدهر، وهذا العنصر بالتحديد ميز بينها وبين المؤتمرات الدولية التي تتعقد من أجل موضوع أو غرض معين أي لها صفتي العرضية والتأقيت.

لكن هذا العنصر لا يتعارض مع فكرة التوارث بمعنى يمكن أن تحل المنظمة الدولية السائدة بمنظمة دولية أخرى ونذكر على سبيل المثال عصابة الأمم التي حلت محلها هيئة

(1) إبراهيم سالم ياسمينية، يحي هاجر، دور التكامل الاقتصادي الاقليمي بين آمال التنظير ومشاكل التطبيق (دراسة تقييمية لمجموعة مختارة من التجمعات الاقليمية)، مجلة التكامل الاقتصادي، جامعة أحمد دراية (أدرار)، الجزائر، العدد الخامس، مارس 2015، ص 11.

(2) سعد فهد محمد احمادة، صلاحيات المنظمات الدولية في تعديل موثيقها، دراسة للحصول على شهادة الماجستير، كلية الحقوق (جامعة الشرق الأوسط)، الأردن، 2011، ص 21.

الأمم المتحدة، كما لا يتعارض أيضا مع إنشاء منظمة دولية محددة لزمان معين الغرض منها التمهيد لولادة منظمة دولية دائمة مستقبلا، كمجموعة الفحم والصلب في أوروبا والتي كانت القاعدة الأساسية لتكوين الاتحاد الأوروبي مستقبلا، أما الصفة الاتفاقية المقصود بها أن أي منظمة دولية تحوز على معاهدة منشئة لها [اتفاق بين الدول] بحيث يكون هذا الاتفاق مكتوبا خاضع لقواعد القانون الدولي العام، وله القوة القانونية الملزمة يترتب عن مخالفته أعضاء قيام المسؤولية القانونية عملا بما جاء في قانون فيينا للمعاهدات عام 1969 تحديدا محتوى نص المادة الخامسة منه: "تطبق هذه الاتفاقية على أية معاهدة منشئة لمنظمة دولية دون الإخلال بأية قواعد خاصة بالمنظمة"⁽¹⁾.

في خضم الحديث عن المنظمة الدولية من البديهي جدا التطرق إلى التنوع الذي يميزها، حيث تمحورت المعايير المستند عليها في هذا التقسيم حول نطاق العضوية، فمنها المنظمات العالمية والتي باب العضوية فيها مفتوح للجميع، وأخرى اقليمية تقتصر على مجموعة من الدول لها رابط جغرافي، ثقافي، اقتصادي... الخ، وهناك معايير أخرى للتقسيم سواء من ناحية الاختصاصات أو السلطات.

تأسيسا لما سبق، نقف عند المفهوم العام للإقليمية في القانون الدولي فهذا الأخير ظهر عليه بعض الخلافات بين جمهور الفقهاء حول مؤيد لفكرة الإقليمية ومعارض لها وفي سياق البحث عن الأسس التي يبنى عليها التنظيم الدولي الاقليمي، فإن الواقع يفرض شيئا آخر بحكم الروابط الجغرافية، والاقتصادية والثقافية والدينية التي جعلت من فكرة الإقليمية حتمية لا مناص منها⁽²⁾، لكن بشرط أن يؤسس التنظيم الدولي الاقليمي وفق قواعد ومبادئ القانون الدولي العام إذ لا يجب الاخلال بالقواعد الأمرة له.

لكن إذا نظرنا في محتوى ميثاق هيئة الأمم المتحدة، فهذا الأخير لم يعط تعريفا شاملا مانعا للإقليمية مما فتح المجال للعديد من الآراء التي حاولت قدر المستطاع حصر مفهوم عام للتنظيم الدولي الاقليمي، وعليه استقر الرأي أن الإقليمية كفكرة موجودة في إطار التنظيم

(1) المادة 05 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969 متحصل عليه من مؤلف: جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام (المدخل والمصادر)، دار العلوم للنشر والتوزيع، د.ط، الجزائر، د.س.ن، ص 35.

(2) بوزناده معمر، المنظمات الإقليمية ونظام الأمن الجماعي، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، د.س.ن، ص

الدولي حيث تجسدت في صورة المنظمات الدولية الإقليمية، مع التتويه على أن نطاق القانون الدولي العام ينصرف إلى ثلاث قواعد [قواعد دولية عالمية، قواعد قارية وإقليمية] وعلى هذا الأساس فإن القواعد التي تنظم مجموعة من الدول المعينة والتي تربطها عناصر متنوعة ومختلفة قد أدرجت في فلك القانون الدولي العام واعتبرت من أساسياته مما يفسر اتجاه الأخير نحو فسخ المجال بصورة متزايدة إلى القواعد الإقليمية⁽¹⁾.

من مفرزات هذا الجدل الذي كان قائما تطرق الأمم المتحدة في ميثاقها الفصل الثامن، إذ نصت المادة 01/52 على أن الميثاق لا يعارض فكرة إنشاء تنظيمات إقليمية ما دامت تلتزم بحفظ السلم والأمن الدولي كقاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام، كما خول للمنظمات الدولية الإقليمية أيضا في الفقرة الثانية من نفس المادة على القيام بحل النزاعات المحلية بطرق ودية وسلمية⁽²⁾، ضف إلى ذلك أن الإقليمية جاءت في ظل عجز الدولة القومية على تحقيق حل جوانب التطور والرفاه الاقتصادي⁽³⁾.

من البديهي على أن التكتلات الاقتصادية في ظل قواعد ومبادئ القانون الدولي العام وكما أسلفنا الذكر تستند على معاهدة منشئة يتم إعدادها من الدول الراغبة في إنشاء هذا التنظيم الدولي الإقليمي، بحيث هذه المعاهدة تكون متضمنة في محتواها لنصوص تتعلق بكل الجوانب التنظيمية، إن هذه المعاهدات المنشئة للمنظمات الدولية على وجه العموم تتفاوت قوتها القانونية بمعنى أنه يوجد تدرج في القواعد القانونية ما بين العهود والمواثيق المنشئة للمنظمات الدولية هذا من جهة، أما من ناحية القيمة القانونية لقرارات المنظمات الدولية فقد تعددت المعايير في تصنيف هذه القرارات، لكن أهم معيار هو مدى تمتع القرار بالقوة الملزمة

(1) محمد نصر محمد، الوسيط في القانون الدولي، مكتبة الشروق الدولية، مصر، الطبعة الأولى، 2002، ص 180.

(2) المادة 52 الفقرات [01 - 02] من ميثاق هيئة الأمم المتحدة 1945. على الرابط:
http://www.mfa.gov.eg/Lists/Treaties%20DB/Attachments/13/un_charter_ar.pdf

تاريخ الاطلاع: 2017/12/24 بتوقيت 08:05

(3) سحر جمال زهران، نبيل أحمد حلمي (تقديم)، الجوانب القانونية للتكتلات الاقتصادية في إطار اتفاقيات تحرير التجارة العالمية، مكتبة الشروق الدولية، مصر، الطبعة الأولى، 2011، ص 26.

والذي اندرج ضمنه تصنيفين آخرين تمثلا في القرارات ذات الأثر الملزمة، وأخرى غير ملزمة⁽¹⁾.

يقصد بالقرارات الملزمة الصادرة عن المنظمات الدولية أنها ترسي قواعد سلوك عامة ومجردة لكن حسب فقهاء القانون الدولي العام هذا الالتزام يختلف من قرار لآخر فهناك من يتناول الغاية المراد تحقيقها من اصدار هذا القرار وكذلك الوسيلة المتبعة ويطلق عليها بالقرارات الملزمة في كافة عناصرها "اللوائح" التي تنظم سير وظيفة العمل لدى أجهزة المنظمة [إنفاذ بذاته]⁽²⁾، أما الصنف الآخر من قرارات المنظمات الدولية فهي قرارات ملزمة من حيث النتيجة أو الغاية ولا يوجد إشكال في نوع الوسائل أو المنهجية المتبعة في ذلك ونأخذ على سبيل المثال القرارات التي اتخذتها "المعاهدة المنشئة للجماعة الأوروبية للفحم والصلب"⁽³⁾. من المعلوم أن التكتلات الاقتصادية الانضمام إليها يتطلب التنازل عن بعض سلطات الدولة، وعلى هذا الأساس قامت العديد من الدول التي انضمت إلى تكتلات اقتصادية بتنازلات عن جزء من سيادتها لصالح مؤسسات التنظيم الاقتصادي الاقليمي، وفي هذه النقطة بالتحديد ثار الجدل بين الباحثين في هذا الموضوع بالتحديد حول أن القيام بالتكتلات من شأنه أن يخل بمبدأ مهم في القانون الدولي العام المتمثل في السيادة التي تشكل إلى جانب الشخصية القانونية العنصرين القانونيين للدولة، إذ لا وجود لدولة دون سيادة⁽⁴⁾، لكن المفهوم الحديث للسيادة تمثل في أنها السلطة العليا في الدولة التي تتمتع بها في مواجهة الداخل والخارج، إذ لا تشرع إلا في حدود ما تضمنه الدستور داخل كيان الدولة، أما على الصعيد الخارجي فهي تتقيد في علاقاتها الدولية بمبادئ القانون الدولي العام وكل ما سمحت به المواثيق والإعلانات الدولية⁽⁵⁾.

(1) جمال عبد الناصر مانع، المرجع السابق، ص 272.

(2) محمد السعيد الدقاق، التنظيم الدولي، الدار الجامعية، لبنان، د.ط، د.س.ن، ص 159.

(3) جمال عبد الناصر مانع، المرجع السابق، ص 274.

(4) برزيق خالد، آثار اتفاقات المنظمة العالمية للتجارة على سيادة الدول، مذكرة نيل درجة الماجستير، كلية الحقوق (جامعة مولود معمري - تيزي وزو)، الجزائر، د.س.ن، ص 09.

(5) سميرة عماروش، تسوية المنازعات في المنظمة العالمية للتجارة وأثرها على مبدأ السيادة، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2017، ص 53.

الدولة باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام، فهي تتمتع بالسلطات التي حولها إياها طبعاً على الأشياء والأشخاص الخاضعين لها⁽¹⁾، وعليه فإن القانون الدولي قد أقر بأهلية الأداء للدولة كشخص القانون الدولي لها حقوق ويترتب عنها التزامات، زيادة على ذلك إن ظهور مفاهيم جديدة ومتعددة، كالاعتماد المتبادل، النظام العالمي والاقتصاد العالمي أدى إلى إعادة تقييم معنى ووظيفة السيادة⁽²⁾، حيث تم اعتبار هذه الأخيرة وضعاً يلحق بالدولة لتمييز حالاتها فقط، لذا حتى تكون الدولة قادرة على ممارسة سيادتها على الوجه المطلوب لابد من تجسيدها لمظاهر السيادة على أرض الواقع داخليا وخارجيا لكن بشرط أيضاً أن تخرج عن المفهوم التقليدي للسيادة وتتماشى مع الانفتاح الاقتصادي⁽³⁾.

بناء على ما تقدم فإن جل التكتلات الاقتصادية قامت بتنازلات عن جزء من سيادتها لصالح مؤسسات التنظيم الاقتصادي الاقليمي ونذكر على سبيل المثال الاتحاد الأوروبي بحيث تلاشى مبدأ السيادة بين الدول الأعضاء في الاتحاد، وللغوص أكثر في هذا الجانب كان من الحتمي التطرق إلى نماذج وتجارب تم القيام بها على الصعيد الدولي.

♦ ثانياً: أهم تجارب التكامل الاقتصادي - الاتحاد الأوروبي أنموذجاً -

أ- التطور التاريخي لنشأة الاتحاد الأوروبي:

إن فكرة توحيد أوروبا ليست بالجديدة بل كانت سائدة منذ فترة نابليون بونابرت وكذلك في عهد أدولف هتلر لكن كلتا المحاولتين باءتا بالفشل لأن الانطلاقة بالأساس كان يعاب عليها حيث كانت تتميز بالعدوانية والراديكالية، وعليه لم تتقبل سائر بلدان القارة الأوروبية ذلك واعتبرته مساس بسيادتها واجحاف في حق حريتها، ضف إلى ذلك سلسلة الأزمات والصدمات التي عاشتها أوروبا خاصة بعد الحرب العالمية الثانية وما خلفته من خسائر كان الدافع الأساسي للتفكير مجدداً في ضرورة تأسيس الاتحاد، وكانت أول خطوة المصادقة على معاهدة

(1) حسن عبد الله العايد، إنعكاسات العولمة على السيادة الوطنية، دار كنوز المعرفة العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، 57.

(2) بن شريط عبد الرحمن، الدولة الوطنية بين متطلبات السيادة وتحديات العولمة، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، 2011، 131.

(3) سميرة عماروش، المرجع السابق، ص 94 - 95.

باريس عام 1951 والتي تمخض عنها "مجموعة الفحم والصلب الأوروبية" التي كانت تضم ست (06) دول أوروبية [ألمانيا الغربية، فرنسا، إيطاليا، ودول البنيولوكس "بلجيكا وهولندا ولوكسمبورغ"]، مع إنشاء أول وحدة جمركية عرفت باسم المؤسسة الاقتصادية الأوروبية "European Economic Community" أو السوق المشتركة عام 1957⁽¹⁾، وقد كان الهدف من وراء إنشاء سوق أوروبية مشتركة هو تطوير الحركة الاقتصادية بشكل منسق مع توثيق العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية بين الدول الأعضاء⁽²⁾.

إن الدول الست التي أنشأت كتكتل الفحم والصلب أرادت أن تحقق مزيداً من الاندماج والتقارب فيما يتعلق بالطاقة الذرية وهذا ليعمل بالتوازي مع منظمة الفحم والصلب الأوروبية، وقد تم إقرار هذا التجمع في 1958/01/01 بموجب معاهدة روما⁽³⁾، وقد أدى نجاح الدول الست الأوائل المتكتلة في إطار التعاون الأوروبي إلى زيادة الطلب على العضوية في هذا التكتل ومن بين هذه الدول (الدنمارك وإيرلندا، المملكة المتحدة) والتي سبقت عضوية هذه البلدان مفاوضات صعبة خاصة من ناحية انضمام المملكة المتحدة التي تم رفض طلبها عن طريق استخدام حق النقض من طرف فرنسا في ظل الجنرال "ديغول" وكان هذا الرفض في مرتين الأولى عام 1961 والثانية عام 1967 إلى أن تم قبول عضويتهم عام 1972⁽⁴⁾.

كان الاندماج بين الدول الست المكونة للتكتل على أشده إلى غاية تأسيس السياسة الزراعية المشتركة عام 1962، أما النظام النقدي الأوروبي فقد تبلورت فكرة إنشاء اتحاد نقدي منذ عام 1970 من خلال تقرير فيرنر الذي اشتمل على ثلاث مراحل في عملية إنشاء تكتل نقدي تمثلت في التنسيق بين السياسات الاقتصادية والنقدية مع القضاء على التقلبات في

(1) سيد أبو ضيف أحمد، مجموعة العشرين والنظام الدولي من الثورة إلى القوة، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى، 2013، ص 54.

(2) حاجي فاطمة، مرغاد لخضر، استعادة الدول العربية من تجربة تكامل الاتحاد الأوروبي، مجلة التكامل الاقتصادي، جامعة أحمد دراية (أدرار)، الجزائر، العدد السابع، 2015، ص 11.

(3) حقائق عن الاتحاد الأوروبي، منشور على موقع قناة عربي BBC:

<http://www.bbc.com/arabic/world-39266697> تاريخ الاطلاع: 2017/11/12 بتوقيت 15:56.

(4) العمراني عبد الوهاب محمد اسماعيل، الاتحاد الأوروبي والعلاقات اليمينية الأوروبية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، د.ط، 2011، ص 24.

أسعار الصرف بين عملات الدول الأعضاء وعليه كان لابد من إنشاء أيضا نظام موحد للبنوك المركزية⁽¹⁾، كما أنشئت أيضا آلية "أسعار الصرف" عام 1979 وهذا في إطار الوحدة النقدية الأوروبية والمحافظة على الاستقرار النقدي الأوروبي⁽²⁾، وعليه يمكن القول أن الاقتناع الثابت من طرف دول أوروبا حول القدرة على الانتقال إلى مرحلة التكتل الاقتصادي الاقليمي أدى بالعديد منها للإسراع نحو الانضمام ونخص الذكر هنا كل من اليونان عام 1981، ثم اسبانيا والبرتغال عام 1986⁽³⁾، وعليه بقي حلم الوحدة الأوروبية يسير خطوة خطوة إلى غاية عام 1990 عندما لاحت دلالات في الأفق تنبئ بأن هذا الحلم أصبح قاب قوسين أو أدنى من التجسيد على أرض الواقع، حيث تم التحضير لكتابة ميثاق يؤسس عملية بناء الاتحاد الأوروبي وقد كان ذلك بالفعل في مدينة ماستريخت في 07 فبراير 1992 حيث دخلت حيز النفاذ عام 1993، وقد أدخلت معاهدة الاتحاد الأوروبي عدة تغييرات على قواعد وقوانين المجموعة الأوروبية كما أصبحت نصوص المعاهدة أساس الدستور الأوروبي الذي تم الاتفاق عليه لاحقا في عام 2004.

معاهدة ماستريخت 1993 المنشئة للاتحاد الأوروبي أسست نصوصها على قاعدة الالتزام بمبادئ احترام الحريات الأساسية، الديمقراطية واحترام مبادئ حقوق الإنسان، إضافة إلى العمل بمبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول كتفعيل لمبدأ السيادة الوطنية وتماشيا مع قواعد القانون الدولي العام⁽⁴⁾، وقد حددت المعاهدة المنشئة للاتحاد ثلاثة مراحل لتحقيق الوحدة الأوروبية حيث تلخصت في الفترة الأولى ما بين 1990 إلى 1994 حول ضرورة

(1) بسام الحجار، العلاقات الاقتصادية الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 2003، ص 210.

(2) جون بيندر، سايمون أشرود، الاتحاد الأوروبي، ترجمة خالد غريب علي، مراجعة ضياء ورا، مؤسسة هندواي للتعليم والثقافة، مصر، الطبعة الأولى، 2015، ص 67.

(3) يوسف مسعداوي، المرجع السابق، ص 202.

(4) - منشورات اللجنة الأوروبية، مقدمة اتفاقية ماستريخت المنشئة للاتحاد الأوروبي، تم التوقيع عليها بتاريخ 1992/02/07 هولندا، دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1993/11/01، ص 03. على الرابط:

https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf

تاريخ الاطلاع: 2017/11/22 بتوقيت 12:37

تحرير حركة رؤوس الأموال، أما الفترة الثانية فكانت ما بين عام (1995 - 1998) والتي تمحورت حول التصديق على اتفاقية السوق الأوروبية الموحدة، أما المرحلة الثالثة والأخيرة (1999 - 2002) فكانت تهدف جل محاورها إلى إنشاء بنك مركزي أوروبي وعليه يمكن إصدار عملة موحدة⁽¹⁾، وقد رسخت هذه المعاهدة في نصوصها ضرورة تفعيل التضامن بين الشعوب الأوروبية في إطار احترام التاريخ والثقافة والعادات (الأعراف) التي يتميز بها كل بلد أوروبي هذا من جهة، أما من جانب آخر فسائر المعاملات التجارية والمالية تخضع لأحكام هذه المعاهدة والتي أكدت الالتزام بأحكام المنظمة العالمية للتجارة بغية تيسير انسياب التجارة بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي أو الدول غير الأعضاء، هذه النقطة بالتحديد تستدرجنا للإشارة إلى أن المنظمة العالمية للتجارة قد راعت العلاقات التجارية الناشئة داخل التكتلات الاقتصادية وحتى علاقاتها الخارجية حيث تم السماح لها العمل بمبدأ الدولة الأكثر رعاية، لكن تم اشتراط حتمية تجسيد عدم الاضرار بالغير (الدول غير الأعضاء) كما جاء في وثيقة التفاهم من الجات 1994⁽²⁾.

لم تكنف معاهدة ماستريخت بتنظيم العلاقات الاقتصادية والتجارية والسياسية بل شملت أحكامها أيضا التوجه نحو إنشاء سياسة أمنية موحدة⁽³⁾، كما تم التوجه إلى ربط شبكات من التعاون أو الشراكة مع أطراف أقل نموا ودول نامية [الشراكة الأورومتوسطية]⁽⁴⁾. إن تجربة الاتحاد الأوروبي تشمل عناصر الاندماج الاقتصادي فيها على الوحدة التامة، على هذا الأساس أصبح التكتل الاقليمي الأوروبي كيان متكامل الجوانب ويلعب دورا حيويا

(1) عبد المطلب عبد الحميد، النظام الاقتصادي العالمي الجديد وآفاقه المستقبلية بعد أحداث 11 سبتمبر، مجموعة النيل، مصر، الطبعة الأولى، 2003، ص 124.

(2) قصير أكرم فاضل سعيد، النظام القانوني لمؤسسات وأنشطة منظمة التجارة العالمية، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، الطبعة الأولى، 2017، ص 242، 344.

(3) منشورات اللجنة الأوروبية، مقدمة اتفاقية ماستريخت 1993، المرجع السابق، ص 04.

(4) محمد عبد الله شاهين محمد، منظمة التجارة العالمية وأثرها على اقتصاديات الدول العربية، دار الكتاب الجامعي، الامارات العربية المتحدة - لبنان، الطبعة الأولى، 2016، ص 245.

في المنظومة الاقتصادية والتجارية العالمية⁽¹⁾، على هذا الأساس يمكن الجزم بأن الأحادية القطبية لم تعد موجودة أو إن صح التعبير هي تواجه تحديات مستقبلية في ظل التكتلات الاقتصادية الإقليمية الموجودة حالياً والتي نرى تطورها المستمر فعلى سبيل المثال الاتحاد الأوروبي له طموح التربع على القمة الهرمية وإدارة النظام الاقتصادي الدولي الجديد⁽²⁾، ونظراً للأهمية التي يكتسبها هذا الكيان تم تسليط الضوء في هذه الدراسة محل النقاش على مجاله التنظيمي، بدءاً من العضوية والشروط، انتقالات إلى أجهزة الاتحاد والسلطات والمنهج المتبع في إصدار القرارات.

• العضوية في الاتحاد الأوروبي:

يتكون الاتحاد الأوروبي حالياً من 28 دولة عضو حيث انضمت 10 دول دفعة واحدة عام 2004 وكانت آخر دولة انضمت للاتحاد هي كرواتيا عام 2011، من المعلوم أن العضوية في الاتحاد الأوروبي تضمنت شروط عامة فقط تم النص عليها في المعاهدة المنشئة له، لكن الفروقات التي ظهرت بين الدول الأوروبية داخل الاتحاد على كافة الأصعدة جعلت من مجلس الاتحاد الأوروبي في عام 1993 وضع ما يعرف بشروط "كوبنهاغن" والتي تلخصت في:

- على الدولة المترشحة للعضوية أن تتمتع بمؤسسات مستقلة.
- وجود نظام اقتصادي فعال قائم على منهج اقتصاد السوق.
- يجب ملاءمة مختلف التشريعات الوطنية داخل كيان الدول الأوروبية مع الأحكام التي تم تبنيها داخل الاتحاد ككيان مستقل بذاته.

ب - البناء المؤسسي للاتحاد الأوروبي:

في سياق ما تم ذكره سابقاً، نود الإحاطة بشكل موجز عن الهيكل التنظيمي الذي يوطر مختلف القضايا ويعالج جل الجوانب التي لها علاقة بالاتحاد الأوروبي سواء على المستوى

(1) وسام نعمت إبراهيم السعدى، الآفاق المستقبلية لمنظمة التجارة العالمية، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2014، ص 305 - 306.

(2) إكرام مياسي، المرجع السابق، ص 48.

الداخلي أو الخارجي، وفي هذه النقطة بالتحديد يخول الاتحاد لبعض المؤسسات أغلبية شؤونه التشريعية في شتى المجالات وهذا من منطلق أنها الركيزة الأساسية للاتحاد الأوروبي كمنظمة إقليمية دولية، وتتلخص فيما يلي:

• مجلس الاتحاد الأوروبي:

يعتبر المجلس الأوروبي من أهم الأجهزة في عملية صنع القرارات داخل الاتحاد، مقره في بروكسل، كما يشكل مع البرلمان الأوروبي الذراع القضائية للاتحاد، ويطلق عليه بشكل غير رسمي تسمية "مجلس الوزراء Council of Minister"، يتكون من رئيس وأمين عام كما أن كل دولة عضو يمثلها وزير واحد، أما فترة انعقاده فهي دورية كل ست (06) أشهر بالتناوب، والتصويت يكون عدد الأصوات يتناسب مع عدد سكان الدولة العضو⁽¹⁾.

• المفوضية الأوروبية:

تعتبر المفوضية التجسيد العملي لفكرة الاندماج الأوروبي، إذ تم دمج السلطات التنفيذية للجماعة الأوروبية الثلاث [مجموعة الفحم والصلب، الجماعة الاقتصادية الأوروبية والجماعة الأوروبية للطاقة النووية] عام 1967 ومقرها ببروكسل (بلجيكا)⁽²⁾، وتتشكل من ممثل عن كل دولة عضو في الاتحاد الأوروبي لها صلاحيات إعداد مشاريع القوانين الأوروبية والوصاية على المعاهدات، إذ يمكنها اتخاذ أي إجراء بحق المخلين بالتزاماتهم الموثقة في معاهدة الاتحاد الأوروبي أو المواثيق ذات الصلة من خلال إحالتهم إلى محكمة العدل الأوروبية⁽³⁾.

(1) منشورات موقع الاتحاد الأوروبي باللغة العربية، مجلس الاتحاد الأوروبي. على الموقع الإلكتروني:

تاريخ الاطلاع: 2017/11/22 بتوقيت 16:09 <http://www.eu-arabic.org/council.html>

(2) زياد شفقان الضرابعة، المرجع السابق، ص 34 - 35.

(3) موقع بعثة الشرطة الأوروبية بفلسطين، كيف يعمل الاتحاد الأوروبي؟ EUPOL COPPS is the

European Union Co-ordinating Office for Palestinian Police Support

على الموقع الإلكتروني: <http://eupolcopps.eu/ar/content>

تاريخ الاطلاع: 2017/11/23 بتوقيت 16:32.

• البرلمان الأوروبي:

تم تأسيس هذا الجهاز عام 1957 وتم منحه صلاحيات أو وظائف رقابية واستشارية، إذ على المفوضية الأوروبية ومجلس الوزراء استشارة البرلمان قبل اتخاذ أي قرار مهما كان نوعه⁽¹⁾، وظيفته التشريعية تخول له حق المشاركة في عملية صنع القوانين مع المجلس إما يقبلها أو يرفضها، أو يعدلها كما يحدد الميزانية السنوية العامة للاتحاد⁽²⁾، يتكون البرلمان الأوروبي من 785 مقعداً موزعة على الدول الأعضاء بشكل يتلاءم مع عدد سكانها حيث يتم اختيار الممثلين عن كل دولة من طرف المواطنين عن طريق انتخابات مباشرة كل 05 سنوات أما مقره في "ستراسبورغ" لكنه يعمل أيضاً في "بروكسل" و"لوكسمبورغ"⁽³⁾.

• المجلس الأوروبي:

يتكون من رؤساء الدول والحكومات للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بالإضافة إلى رئيسه ورئيس المفوضية الأوروبية، ويعقد المجلس الأوروبي اجتماعاته مرتين كل ست أشهر لاتخاذ القرارات الهامة على مختلف الأصعدة ورسم سياسة الاتحاد⁽⁴⁾.

• محكمة العدل الأوروبية:

إن محكمة العدل الأوروبية هي المحكمة العليا للاتحاد الأوروبي مركزها في لوكسمبورغ، وظيفتها الأساسية ضمان رعاية حقوق المواطن الأوروبي وهذا طبقاً للبند 19، شرط 01، النص 02 من دستور الاتحاد الأوروبي⁽⁵⁾، كذلك ترسخ محكمة العدل الأوروبية فكرة احترام

(1) شهاب نوال، شهاب نوال، أثر التكتلات الاقتصادية على تحرير التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم السياسية والإعلام (جامعة الجزائر 3)، الجزائر، 2010، ص 48.

(2) حسين طلال مقلد، دور المؤسسات فوق القومية في تعزيز تكامل الاتحاد الأوروبي: البرلمان الأوروبي نموذجاً، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، العدد 433، 2015، ص 64، 69.

(3) سيد أبو ضيف أحمد، المرجع السابق، ص 58.

(4) موقع بعثة الشرطة الأوروبية، كيف يعمل الاتحاد الأوروبي؟، المرجع السابق.

(5) موسوعة ويكيبيديا الحرة، محكمة العدل الأوروبية، على الموقع الإلكتروني:

القانون والاضطلاع بالمسؤوليات عن طريق الانصياع للالتزامات الملقاة على عاتق الدول الأوروبية⁽¹⁾.

وقد أقرت محكمة العدل الأوروبية في نظامها الأساسي المادة 02 منه على أنه يجب أن تتلاءم أحكام هذا النظام الأساسي مع المعاهدة المنشئة للاتحاد الأوروبي والمعاهدات الأخرى ذات الصلة⁽²⁾.

• مجلس أوروبا:

لابد من التمييز بين مجلس الاتحاد الأوروبي والمجلس الأوروبي، فمجلس أوروبا يعتبر منظمة دولية مستقلة بذاتها وليس من أجهزة الاتحاد الأوروبي، وقد تم التوقيع على معاهدة إنشائه في 05 ماي 1949 بلندن ثم المصادقة عليه بتاريخ 13/08/1949 من أبرز أهدافه التمهيد للوحدة الأوروبية⁽³⁾، كذلك نتج عن مجلس أوروبا الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان عام 1950، الذي تمخض عنه أيضا ما يعرف بالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عام 1959 بحيث تضم 47 قاضيا مهمتهم السهر على احترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية⁽⁴⁾، وتصنف هذه المحكمة ضمن المحاكم الدولية مقرها الجغرافي في ستراسبورغ. إن هذه الدراسة محل النقاش تستوجب علينا التنويه على أن قانون الاتحاد الأوروبي يرتكز على مصادر أولية تتمثل في المعاهدات المنشئة للاتحاد، ومصادر ثانوية تتلخص في

تاريخ الاطلاع: 2017/11/23 بتوقيت 15:21.

(1) عبد الرحمن رواج، المرجع السابق، ص 48.

(2) المادة 02 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الأوروبية – STATUTE OF THE COURT OF JUSTICE

OF THE EUROPEAN UNION – "CONSOLIDATED VERSION"، على الرابط:

https://curia.europa.eu/jcms/jcms/pl_219149/en/

تاريخ الاطلاع: 2017/11/23 بتوقيت 14:15.

(3) سحر جمال زهران، تقديم: نبيل أحمد حلمي، المرجع السابق، ص 591.

(4) ماهي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان؟ وكيف تعمل؟، منشورات قناة اليورونيوز [EuroNews]، الموقع

الإلكتروني:

<http://arabic.euronews.com/2010/08/09/how-europe-s-judges-defend-human-rights>

يوم الاطلاع: 2017/11/23 بتوقيت 15:32.

الأعمال القانونية الصادرة عن أجهزة الاتحاد الأوروبي⁽¹⁾، وقد تم تقسيم هذه الأعمال القانونية إلى أعمال انفرادية وأعمال اتفاقية أو تعاقدية إذ أن هذه الأخيرة تشمل التصرفات التي تأخذ شكل الاتفاقية⁽²⁾.

النظام النقدي الأوروبي مر بمراحل متعددة في سبيل تطويره حيث تبلورت فكرة إنشاء اتحاد نقدي أوروبي منذ عام 1970 من خلال تقرير فيرنر، وبعد ذلك بعامين قررت مجموعة الدول الست الأوروبية بتعويم أسعار صرف عملاتها بالنسبة للدولار الأمريكي، وعليه في عام 1979 ارتأت الجماعة الست على أنه من الحتمي استحداث النظام النقدي الأوروبي، ولم تقف الدول الأوروبية عند هذا الحد بل واصلت مجهوداتها عن طريق ما يسمى بتقرير "ديلور" الذي كانت مهمته الوصول إلى الاتحاد الاقتصادي والنقدي⁽³⁾، ومن أجل الوصول إلى النتائج المرجوة في هذا التقرير المتمثلة في افتراض عملة موحدة في أوروبا، تم إنشاء البنك المركزي الأوروبي عام 1998 كمسؤول عن السياسة النقدية بالدول المشتركة في الوحدة النقدية الأوروبية⁽⁴⁾، وقد حددت معاهدة ماستريخت الهدف الرئيسي من النظام المصرفي الأوروبي في المادة 105: «الحفاظ على استقرار الأسعار»

Article: 105

«The primary objective of the ESCB shall be maintain price stability...»⁽⁵⁾.

(1) غياث ناصر، قانون الاتحاد الأوروبي (التأثير المباشر وغير المباشر لقانون الاتحاد الأوروبي)، القدس، 10 يونيو 2007، على الرابط:

<http://www.nasserlaw.net/UserFiles/file/direct%20an%20indirect%20effect%20research.pdf> تاريخ الاطلاع: يوم 2017/12/04 بتوقيت 07:29

(2) محسن أفكيرن، قانون المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 2010، ص 388، 391.

(3) بسام الحجار، المرجع السابق، ص 210، 213.

(4) منى كمال، تجربة الاتحاد النقدي في مجال التنسيق ما بين السياستين المالية والنقدية، (The Experience of The European Monetary Union in The Coordination of Monetary and Fiscal Policies)

جامعة لندن «Queen Mary، Munich Personal»، نوفمبر 2010، ص 04 - 05.

(5) المادة 105 من معاهدة ماستريخت 1993، المرجع السابق.

يشهد عام 1999 على ولادة عملة جديدة توحد الدول الأوروبية "اليورو" والتي أصبحت عملة رسمية لإحدى عشر دولة في الاتحاد الأوروبي: [ألمانيا، فرنسا، إيطاليا، إسبانيا، البرتغال، هولندا، بلجيكا، لوكسمبورغ، فنلندا، اليونان، إيرلندا والنمسا] وقد أبقّت كل من (بلغاريا، كرواتيا، التشيك، الدنمارك، المجر، ليتوانيا، بولندا، رومانيا، السويد، المملكة المتحدة) ومن الجدير بالذكر أن هناك دول خارج الاتحاد الأوروبي تستخدم اليورو مثل [اندورا، موناكو، سان مارينو، الفاتيكان، كوسوفو، مونتينيغرو].

○ المحور الثاني: تفعيل المادة 50 من اتفاق لشبونة وانعكاساتها على الطرفين

- بريطانيا والاتحاد الأوروبي -

◆ أولاً: طبيعة العلاقة بين بريطانيا ودول القارة الأوروبية

إن العلاقة بين بريطانيا وسائر الدول الأوروبية كان يميزها عبر التاريخ التبعية على أساس أن المملكة المتحدة هي الدولة العظمى التي كانت تسود العالم بأسره كقوة تشمل مختلف المجالات، في وقت كان المنافس على كافة الأصعدة فرنسا وكان الخلاف بينهما على العن خاصة من ناحية السياسة المنتهجة في أوروبا ومشروع الوحدة الأوروبية فكلّ منهما وجهته ورؤيته التي ينطلق منها طبعاً هذا نابع من المرجعية أو الأيديولوجية التي تتبعها كل دولة، فبريطانيا تحرص على أن الوحدة الأوروبية لا بد أن تكون من جانب اقتصادي تجاري كما ترى أنه من الحتمي ربط شراكة قوية مع الولايات المتحدة الأمريكية وجعلها أساس هذه الوحدة، لكن فرنسا أرادت أن يكون مشروع الوحدة الأوروبية يسمو عن الوحدة الاقتصادية أو التجارية ليرقى إلى وحدة سياسية تجمع شمل أوروبا مما يجعلها مركز قوة في المحافل الدولية وعلى كافة الأصعدة.

1- ظروف انضمام المملكة المتحدة للاتحاد الأوروبي:

إن انضمام المملكة المتحدة للتكتل الاقليمي الأوروبي كان محل تجاذب بين عدة أطراف من مؤيد لهذه الفكرة ومعارض لها من الأساس، لذا اتجهت بريطانيا أولاً إلى حتمية استرجاع مكانتها الدولية على كافة الأصعدة لكن دون الحاجة إلى أوروبا حيث تمسكت بالتعامل في

إطار دول الكومنولث عن طريق رسم سياسة اقتصادية وتجارية تتوافق فيها مصالح دول الكومنولث، وقد كان الهدف من ذلك إنشاء منظمة للتجارة الحرة بمبادرة من طرف بريطانيا للتحرر من الفكرة السائدة في أوروبا حول القيام بتكتل أوروبي يمس كل من المنظومة التشريعية وحتى توحيد السياسة الخارجية الأوروبية⁽¹⁾، في السياق نفسه فسرت بريطانيا معاهدة روما المتعلقة بالسوق الأوروبية المشتركة عام 1957 على أنها تقليص من سيادتها وفضلت أن تكون جزءا من أوروبا، دون أن تكون عضوا فيها خاصة آنذاك كانت المعاملات الاقتصادية في أوج عطائها مع دول الكومنولث، هذا في بادئ الأمر لكن سرعان ما تغيرت الظروف ولحقتها المواقف أيضا فالذي كان سائدا انجلي لأن بريطانيا ارتأت أنه كلما زاد حجم الأسواق كلما كان ذلك أفضل من ناحية ارتفاع نسبة صادراتها⁽²⁾، ضف إلى ذلك أن دول الكومنولث كانت تعيش دائما هزات اقتصادية مما ينتج اضطرابات في نمو نسبة الصادرات البريطانية لهذه الدول وهذا ما لا تريده المملكة المتحدة بالتحديد مما أدى إلى تغيير نظرة المملكة المتحدة حول موضوع انضمامها للاتحاد الأوروبي من رافض إلى التقدم بالترشح للعضوية في المجموعة الاقتصادية الأوروبية (السوق الأوروبية المشتركة) مع العلم أن تلك الفترة كان فيها هارولد ماكميلان رئيسا للوزراء، لكن هذا الطلب اصطدم باعتراض شديد من طرف فرنسا عامي 1961 و1967⁽³⁾.

عام 1969، كانت هذه الفترة المنعرج الحاسم في طبيعة العلاقة بين المملكة المتحدة والاتحاد الأوروبي إذ أصبحت مفاوضات الانضمام أكثر ايجابية مما أفرزت انضمام بريطانيا إلى المجموعة الاقتصادية الأوروبية عام 1973⁽⁴⁾، وقد جاء هذا الانضمام نتيجة اعتقاد العديد من الباحثين البريطانيين على وجود ضائقة أو أزمة اقتصادية وبالتالي فالانضمام للاتحاد الأوروبي ضرورة حتمية لإنعاش الاقتصاد البريطاني بعد الحرب العالمية الثانية، لكن لايزال

(1) - ستوارت دي لاما هوثيبي، ترجمة أحمد كمال عاشور، مراجعة حسين الحوت، السوق الأوروبية المشتركة (من الشرق والغرب)، دن، د.ب.ن، د.س.ن، ص 47

(2) ستوارت دي لاما هوثيبي، أحمد كمال عاشور، حسين الحوت، المرجع السابق، ص 58.

(3) صفحات من تاريخ علاقة بريطانيا بالاتحاد الأوروبي، القناة الألمانية [DW]، سياسة واقتصاد. على الموقع: تاريخ الاطلاع: 2018/01/14 بتوقيت 13:10 www.dw.com/ar/

(4) جون بيندر، سايمون اشروود، المرجع السابق، ص 27.

اعتقاد آخر يؤكد عكس ذلك وفق حجج يؤسس عليها موقفه حيث تمثلت في احصائيات النمو في المملكة المتحدة خلال فترة الستينات والتي قدرت بحوالي 6% أي الفترة التي عارض فيها شارل ديغول انضمام بريطانيا للاتحاد الأوروبي، وعليه تم طرح العديد من التساؤلات حول الدافع لانضمام الاتحاد الأوروبي في حين أن الاعتبارات الاقتصادية لم تكن وراء ذلك⁽¹⁾.

2- الاقتصاد البريطاني في ظل التكتل الإقليمي الأوروبي:

العديد من المؤيدين لانضمام المملكة المتحدة عام 1973 للاتحاد الأوروبي أكدوا على أن عضوية المملكة المتحدة في الاتحاد الإقليمي الأوروبي أمر إيجابي من شأنه أن يحسن مستوى التنافسية والانتاجية في بريطانيا، لكن البعض رأى عكس ذلك خاصة بعد الأزمة المالية العالمية حيث وجدت المملكة المتحدة نفسها عرضة لهزات اقتصادية هي في غنى عنها، في السياق نفسه بقي الجدل قائماً حول البقاء أو الخروج من الاتحاد الأوروبي وظهرت العديد من السيناريوهات حول ذلك وفي نظرنا أن السيناريو القريب إلى الواقع هو الانتقال المضطرب، حيث أن المشكلة الرئيسية لا تكمن في انسحاب بريطانيا من الاتحاد الأوروبي، بل في المرحلة الانتقالية التي من المؤكد أن ينتج عنها هزات في الاقتصاد البريطاني، لذا فعملية الانسحاب من الاتحاد لها عواقب وخيمة على إنجلترا وسائر الدول المكونة للمملكة المتحدة ونخص الذكر هنا اسكتلندا وإيرلندا الشمالية اللتان أيدتا البقاء في الاتحاد الأوروبي دائماً، بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك وهو الانفصال عن المملكة المتحدة في حالة خروج هذه الأخيرة من الاتحاد⁽²⁾، وبعد التجاذب الطويل حول بقاء أو انسحاب المملكة المتحدة من الاتحاد الأوروبي كان استفتاء 23 يونيو 2016 الممر الحاسم في تاريخ العلاقات بين الطرفين حيث أدلى البريطانيون بأصواتهم وكانت النتيجة 51.9% تؤيد الانسحاب من الاتحاد الأوروبي، أما الذين يريدون البقاء فقد

(1) عبد الاله مجيد، لماذا انضمت بريطانيا للاتحاد الأوروبي؟، يومية الكترونية صادرة عن لندن، بتاريخ 2015/11/28. على الرابط: <http://elaph.com/Web/News/2015/11/1059170.html>

تاريخ الاطلاع: 2017/12/14 بتوقيت 11:20

(2) منشورات موقع الباحثون السوريون، الاقتصاد البريطاني في ظل الاتحاد الأوروبي [تأثير خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي]، على الرابط: <https://www.syr-res.com/article/10592.html> تاريخ الاطلاع: 2018/11/18 بتوقيت 12:54.

قدرت بنسبة 48.1%، وبالتالي قد عبر الشعب البريطاني صراحة عن نيته مغادرة الاتحاد الأوروبي⁽¹⁾.

مع مطلع عام 2017، تم الاسراع في القيام بإجراءات الانسحاب من طرف المملكة المتحدة وذلك بالتوقيع على قرار الخروج وتفعيل المادة 50 من معاهدة لشبونة، حيث أخذ ذلك شكل رسالة رسمية تم تسليمها إلى رئيس المجلس الأوروبي "دونالد تاسك" ببروكسل، وكان محتواها هو اتخاذ قرار الانسحاب من الاتحاد الأوروبي تماشياً مع نتيجة الاستفتاء الشعبي الذي كانت الأغلبية فيه مؤيدة لخروج بريطانيا من الاتحاد:

«Today, therefore, I am writing to give effect to the democratic decision of the people of the United Kingdom. I hereby notify the European Union Council in accordance with article 50 (2) of the Treaty on European Union of the United Kingdom's intention to withdraw from European Union...»⁽²⁾.

لقد استند البريطانيون على حجج تبرر استقائهم الأخير مفادها أن كثرة العمالة الأوروبية تثقل كاهل الاقتصاد في بريطانيا، ضف إلى ذلك الأوضاع المتوترة في الشرق الأوسط وقوانين الهجرة في الاتحاد الأوروبي والتي على المملكة المتحدة الالتزام بما ورد فيها، كل هذا كانت تكلفته 3.67 مليار جنيه استرليني سنوياً⁽³⁾، وعليه يمكن الجزم بالقول أن بريطانيا والاتحاد الأوروبي جمعتهما مصالِح اقتصادية وستفرقهما تلك المصالح، فبعد الإقرار بتفعيل المادة 50 من معاهدة لشبونة هذا يعني بداية المسار القانوني لعملية الانسحاب من الاتحاد.

(1) المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي: التدايِع وشكل العلاقة

المستقبلية، سلسلة تقدير موقف، وحدة تحليل السياسات في المركز العربي، قطر، د.س.ن، ص 01.

(2) THE PRIME MINISTER , UK-LETTER, LONDON SW1A 2AA, 29 March 2017. Link:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604079/Prime_Ministers_letter_to_European_Council_President_Donald_Tusk.pdf

تاريخ الاطلاع: 2017/11/19 بتوقيت 19:10.

(3) محمد ماهر، بريطانيا والاتحاد الأوروبي...تاريخ من الصراعات والأزمات، تقرير خاص، بتاريخ 19 يونيو 2016. على الرابط:

تاريخ الاطلاع: 2017/12/14 بتوقيت 11:59. <http://www.alyamanalaraby.com/65320>

♦ ثانيا: المادة 50 من معاهدة لشبونة بداية المسار القانوني للبريكسيت [BREXIT]
قبل الخوض في نص المادة 50 من معاهدة لشبونة، يجب التطرق للاطار العام لهذه
المادة والمقصود هنا اتفاقية لشبونة أو ما يسمى بالمعاهدة الاصلاحية الأوروبية.

1- المعاهدة الاصلاحية الأوروبية:

إن اطلاق تسمية معاهدة اصلاحية يعطي تأويلا واحدا يتمثل في أن هذه المعاهدة جاءت
لتحقيق أهداف اصلاحية لمؤسسات الاتحاد الأوروبي وعملية صنع القرار فيه، إضافة إلى أن
تحل محلّ الدستور الأوروبي الذي رفضته كل من فرنسا وهولندا سابقا عام 2005، حيث تم
التوقيع عليها من جل دول الاتحاد الأوروبي أما التصديق كان في كل دولة على حدى⁽¹⁾،
وقد اعتبرت معاهدة لشبونة الأساس القانوني للاتحاد إذ احتفظت بخليط من العناصر الحكومية
الدولية والعناصر الفدرالية، كما عدلت قوانين كانت مرسخة من قبل في المواثيق الخاصة
بالاتحاد الأوروبي، في حين أبقت على بعض منها.

لكن بالرغم من الاصلاحات التي تضمنتها معاهدة لشبونة رفضها الايرلنديون في يونيو
2008 من خلال استفتاء تم القيام به، غير أنه في ظرف زمني وجيز في العام الموالي 2009
قامت ايرلندا بإجراء استفتاء آخر حيث انجر عنه الموافقة على معاهدة لشبونة⁽²⁾، وعلى هذا الأساس
يمكن تفسير أن هذه المعاهدة لم تدخل حيز التنفيذ منذ عام 2007 إلى غاية ديسمبر 2009.

2- التفسير القانوني لنص المادة 50 من معاهدة لشبونة وآليات التنفيع:

يقال أن المادة 50 من المعاهدة الاصلاحية الأوروبية صاغها البريطانيون وكانوا أول
مستعمليها، مع التنويه أنها كانت المادة 60 في النص الأصلي⁽³⁾، لقد تألف نص المادة من

(1) معاهدة لشبونة (لمحة عامة)، على الموقع الالكتروني:

<http://www.aljazeera.net/encyloped:a/events/1900/1/1>

تاريخ الاطلاع: 2017/11/19 بتوقيت 16:30.

(2) المرجع نفسه.

(3) مقال صحفي، المادة 50 من معاهدة لشبونة صاغها البريطانيون وكانوا أول مستعمليها، صحيفة القدس

العربي، بتاريخ 2017/03/30. على الموقع الالكتروني:

250 كلمة حيث منحت هذه الأخيرة حق انسحاب أي دولة من الاتحاد الأوروبي إذا ما أرادت ذلك:

«Article 50:

1 – Any Member state may decide to withdraw from the Union European in accordance with its own constitutional requirements.

2 – A Member state which decides to withdraw shall notify the European Council of the intention. In the light of the guidelines provided by the European Council, the Union shall negotiate and conclude an agreement with that State, setting out the arrangements for its withdrawal, taking account of the framework for its future relationship with the Union. That agreement shall be negotiated in accordance with Article 218(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union. It shall be concluded on behalf of the Union by the Council, acting by a qualified majority, after obtaining the consent of the European Parliament.

3 - The Treaties shall cease to apply to the State in question from the date of entry into force of the withdrawal agreement or, failing that, two years after the notification referred to in paragraph 2, unless the European Council, in agreement with the Member State concerned, unanimously decides to extend this period.

4 - For the purposes of paragraphs 2 and 3, the member of the European Council or of the Council representing the withdrawing Member State shall not participate in the discussions of the European Council or Council or in decisions concerning it.

A qualified majority shall be defined in accordance with Article 238(3)(b) of the Treaty on the Functioning of the European Union.

5. If a State which has withdrawn from the Union asks to rejoin, its request shall be subject to the procedure referred to in Article 49»⁽¹⁾.

في السياق نفسه وللتفسير أكثر حول محتوى نص المادة الآنف الذكر، من الناحية الاجرائية لابد على الدولة أن تخطر مجلس الاتحاد الأوروبي بخروجها من الاتحاد الأوروبي،

تاريخ الاطلاع: 2017/12/11 بتوقيت 22:22 <http://www.alquds.co.uk/?p:696247>

⁽¹⁾ Official Journal of the European Union, Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the functioning of the European Union, Article 50(01), English Edition, volume 53, 30 March 2010, p. 43.

ليقوم المجلس الأوروبي بالتفاوض مع تلك الدولة ويحدد الترتيبات اللازمة لعملية الانسحاب، كما يرسم طبيعة العلاقة المستقبلية بين الطرفين وقد جاء وارد في الفقرة الثانية من المادة 50 من اتفاق لشبونة عام 2009، كما تم الإشارة أيضا في نص المادة الفقرة الثالثة منها أن الدولة تتوقف عن تطبيق المعاهدات الخاصة بالاتحاد الأوروبي من تاريخ بدء نفاذ اتفاق الانسحاب، أو بعد انقضاء سنتين على الاخطار الموجه لمجلس الاتحاد الأوروبي المتعلق بالخروج من هذا التكتل ما لم يتفق على خلاف ذلك والمقصود هنا تمديد الفترة.

في مرحلة انسحاب أي دولة من الاتحاد الأوروبي لا يجوز لها المشاركة في محادثات مجلس الاتحاد الأوروبي أو القرارات المتعلقة به، كما تم تحديد الأغلبية المؤهلة كمحور أساسي في مسار انسحاب الدولة من الاتحاد الأوروبي، وبالتالي يمكن الملاحظة على أنه في هذه النقطة بالتحديد تمت الإحالة إلى المادة 238 الفقرة 03 (ب) من معاهدة أداء الاتحاد الأوروبي.

أما الفقرة الخامسة من المادة 50 تضمنت الخطوة المتبعة في حال طلب الدولة المنسحبة من عضوية الاتحاد الانضمام مرة أخرى وقد تلخص في الإحالة للمادة 49 من نفس المعاهدة مع التنويه أن هذه الأخيرة أجازت الأمر لكن بشرط احترام ما جاء في نص المادة 02 من المعاهدة نفسها، وهنا نأتي إلى إحالة أخرى، فالمادة 02 نجدتها ركزت على عدة قيم ومبادئ لا بد من احترامها داخل كيان الاتحاد الأوروبي والتي تمثلت في احترام مبادئ حقوق الإنسان، وسيادة القانون إضافة إلى العمل على احترام الأقليات. هذه القيم جعلت مشتركة بين جميع دول الاتحاد الأوروبي⁽¹⁾.

إن المملكة المتحدة بإعلان انسحابها من الاتحاد الأوروبي تصبح أول دولة أوروبية قامت بتفعيل المادة 50 من معاهدة لشبونة وقد أطلق تسمية "البريكسيت" (BREXIT) وهو اختصار لخروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي⁽²⁾، بعد هذا الاقرار بالانسحاب تم اطلاق المفاوضات بين الطرفين على أن تنتهي بمسودة اتفاقية ترفع لمجلس الاتحاد الأوروبي، مع الإشارة أنه لا بد من تصويت 20 دولة على الأقل كما يجب أن يصادق البرلمان الأوروبي

(1) Article 02, The Treaty on European Union, op.cit.p.17.

(2) What is BREXIT, website: <http://cfr.org/backgrounder>

تاريخ الاطلاع: 2017/11/19 بتوقيت 16:21

على عملية الخروج والتي تم تحديدها عام 2019 لكن يمكن تمديد ذلك إلى غاية 2023 وذلك تماشيا مع نص المادة 50 من معاهدة لشبونة، في حال عدم التوصل لاتفاق حول تمديد فترة التفاوض هنا يتم التوقف عن التعامل بجميع معاهدات الاتحاد الأوروبي في بريطانيا، ليقوم برلمان المملكة المتحدة بإلغاء معاهدات المجتمعات الأوروبية ويضع محلها اتفاقية جديدة⁽¹⁾، ضف إلى ذلك أن الاجراءات المتوقعة تباعا لخروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي تشمل أولا "إصدار قانون إلغاء التشريعات الأوروبية وذلك بتخليص القوانين البريطانية منها، ثم الذهاب إلى تحديد قواعد المفاوضات ومراحلها من طرف رئيس المجلس الأوروبي وعقد قمة أوروبية بين الطرفين للتطرق إلى حيثيات الانسحاب البريطاني من الاتحاد الأوروبي، مع التدقيق البرلماني أيضا في قانون إلغاء التشريعات الأوروبية ومناقشة التشريعات المراد التخلص منها من طرف المملكة المتحدة لكن يجدر الإشارة هنا أن هذا الأمر لابد أن يحظى بموافقة ملكية، كما يوجد كذلك احتمال أن يصوت مجلس العموم البريطاني والمجلس الأوروبي على أي اتفاق جديد قبل الخروج، ل يتم في الأخير إغلاق باب التفاوض وخروج بريطانيا كليا من الاتحاد الأوروبي عبر اتفاق بين الطرفين أو بدونه"⁽²⁾.

إن التخوف الذي يسود الطرفين هو الخروج بدون اتفاق والذي يعرف باللاصفقة بعد عامين من المفاوضات، حيث يؤدي هذا الأمر إلى آثار سلبية لكليهما في شتى المجالات، فمن الناحية المالية لن يكون أي التزام قانوني للمملكة المتحدة لدفع أي جزء من التسوية المالية، كذلك سيتم فرض تعريفات جمركية على السلع المتبادلة بين الطرفين (الاتحاد الأوروبي وبريطانيا)، أما اللوائح فسيتم استبدالها هي أيضا ونخص الذكر لوائح الهيئات في الاتحاد

(1) مستقبل بريطانيا بعد الخروج من بوابة الاتحاد الأوروبي، قناة عربية SKYNEWS. على الموقع الالكتروني: <https://www.youtube.com/watch?v=PROcv5uc4lQ>

تاريخ الاطلاع: 2017/11/20 بتوقيت 15:02

(2) حصة تلفزيونية حول: بريطانيا والاتحاد الأوروبي.. يوم الوداع، قناة عربية SKYNEWS. على الموقع الالكتروني:

<https://www.youtube.com/watch?v=8AXZL6gAdyo>

تاريخ الاطلاع: 2017/11/20 بتوقيت 15:15

الأوروبي التي تنظم صناعة الطيران والصناعة الصيدلانية⁽¹⁾، وبالتالي فاللاصفقة أو اللاتفاق معناه أيضا أن على المملكة المتحدة أيضا التفاوض مباشرة مع 27 دولة أوروبية لعقد صفقات خاصة وثنائية خارج الاتحاد الأوروبي، وهذا ما لا يريده كلا الطرفين لأنه قد يؤثر سلبا على طبيعة العلاقة بين أوروبا وبريطانيا في حين أن هذه الأخيرة لها دور فعال لحد الآن في المنظومة الأمنية الأوروبية بصفتها عضو في الحلف الأطلسي، كما أن بريطانيا هي الأخرى لا تريد أن تخسر السوق الأوروبية وذلك لاتساعها وقربها الجغرافي.

انطلقت المفاوضات بين الطرفين بشكل هادئ في بادئ الأمر، إلى غاية أكتوبر 2017 وانطلاق الجولة الخامسة من مفاوضات البريكسيت، أين وجدت نقاط خلافية تمثلت في مصير الأوروبيين بعد خروج بريطانيا النهائي من الاتحاد والتسوية المالية للانسحاب البريطاني، ضف إلى ذلك انعكاسات البريكسيت على أيرلندا⁽²⁾.

إن الجانب البريطاني رأى أن المستحقات المقدرة على عاتقه 20 مليار دولار⁽³⁾، لكن الاتحاد الأوروبي أعطى قيمة بعيدة كل البعد عن ذلك حيث قدرت بحوالي 60 إلى 80 مليار دولار أمريكي، الأمر الذي اعتبرته بريطانيا عرقلة لمسار المفاوضات، كما بررت موقفها على أساس أن نص المادة 50 من معاهدة لشبونة لم يتم التطرق فيه إلى ما يسمى بالمستحقات المالية، حتى في معاهدة ماستريخت لا يوجد نص يتكلم عن تسوية مالية تلتزم بها الدول في حال انسحابها من الاتحاد الأوروبي، وبالتالي فالمستحقات المالية التي يتحدث عنها الاتحاد الأوروبي أمر غير قانوني، لكن المشكلتين الأساسيتين في مسار المفاوضات هو مصير

(1) حوار بين عادل درويش الصحفي المختص بالشأن البريطاني و د. خاطر أبو دياب أستاذ العلاقات الدولية في جامعة باريس، قناة الغد، حصة تلفزيونية [وراء الحدث: كيف ستخرج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي؟]. على الموقع الإلكتروني:

<https://www.youtube.com/watch?v=x9SO0KimIxU>

تاريخ الاطلاع: 2017/11/22 بتوقيت 14:10

(2) انطلاق الجولة الخامسة من مفاوضات البريكسيت وسط تبادل الاتهامات بين بروكسل ولندن، منشورات صفحة قناة فرانس 24 على الموقع الإلكتروني:

<http://www.france24.com/ar/20171009>

تاريخ الاطلاع: 2017/12/10 بتوقيت 13:00

(3) حصة تلفزيونية [وراء الحدث: كيف ستخرج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي؟]، قناة الغد، المرجع السابق.

الأوروبيين المقيمين في المملكة المتحدة، ومسألة الحدود الأيرلندية، فالمملكة المتحدة الوزراء قدمت ضمانات تخص العمالة الأوروبية في بريطانيا، أما المسألة الثانية فقد رفضت أي شكل من أشكال وضع حدود مادية بين جمهورية أيرلندا ومقاطعة أيرلندا الشمالية البريطانية، وتحسن الإشارة هنا أن أيرلندا كانت كلها تابعة لبريطانيا حتى أحداث ما يسمى بثورة الراديكاليين عام 1916 لتيتم فيما بعد الإعلان عن استقلال أيرلندا من دون جزئها الشمالي عام 1922، لكن في نهاية الستينيات من القرن 19م حدثت حرب أهلية بين الوجوديين والانفصاليين دامت ثلاثون سنة، إلى أن تم الاتفاق عام 1998 النص على أحقية الشعب والمؤسسات بتقرير مصيرها بطرق سلمية وديمقراطية⁽¹⁾، إن هذا الاتفاق الأخير أطلق عليه "يوم الجمعة العظيمة" أو "اتفاق بلفاست" والذي كان عبارة عن اتفاقية لتحقيق السلام أقرت على التزام الدول المعنية بها بالشراكة والمساواة والاحترام المتبادل كأساس للعلاقات داخل أيرلندا الشمالية، وبين الشمال والجنوب، كما تم التطرق في المرفق أ (1) و(2) من نفس الاتفاق على أن أيرلندا الشمالية جزء من المملكة المتحدة ويبقى انفصالها مرهونا برغبة هذه المقاطعة البريطانية الانفصال عنها وانضمامها إلى جمهورية أيرلندا بغرض تحقيق الوحدة الأيرلندية⁽²⁾، وعليه يمكن القول أن نقطة العبور الحدودية بين جمهورية أيرلندا وأيرلندا الشمالية منذ بداية مفاوضات الخروج البريطاني من الاتحاد هي المسألة الشائكة بين الطرفين فالكثير يتوقع تغييرا في الوضع بعد الانسحاب النهائي إذ ستصبح هذه الحدود بمثابة الحدود الخارجية للتكتل الأوروبي⁽³⁾، في

(1) حصة تلفزيونية [من لندن: مفاوضات الخروج من الاتحاد الأوروبي]، قناة عربية SKYNEWS، بتاريخ 2017/12/09، على الموقع الإلكتروني:

<https://www.youtube.com/watch?v=mQ98lmVsbbg>

تاريخ الاطلاع: 2017/12/13 بتوقيت 17:15

(2) The Northern Ireland Peace Agreement, The Agreement reached in the multi-party negotiations 10 April 1998, Annex A (1) and (2), GOV.UK Publication, p.04. Download Link:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/136652/agreement.pdf

تاريخ الاطلاع: 2018/01/02 بتوقيت 07:10

(3) هل تعرقل مسألة الحدود الأيرلندية مفاوضات البريكسيت؟، بتاريخ 2017/12/04، على الموقع الإلكتروني: http://www.masrawy.com/news/news_publicaffairs/details/2017/12/4/

تاريخ الاطلاع: 2018/01/02 بتوقيت 07:30

نفس الوقت لا أحد له أدنى فكرة عن كيفية تسوية قضية الحدود الأيرلندية إلى أن أعلنت المفوضية الأوروبية بتاريخ 2017/12/08 عن تحقق قدر من التقدم في محادثات انسحاب بريطانيا من التكتل تكفي لبدء مرحلة ثانية من المفاوضات وأهم ما تم التوصل إليه أن مواطني الاتحاد الأوروبي المقيمين في بريطانيا ومواطني هذه الأخيرة المقيمين في الاتحاد الأوروبي ستمنح لهم نفس الحقوق التي يتمتعون بها عند مغادرة المملكة المتحدة من التكتل، كذلك تم التعهد وفق اتفاق دولي مع المفوضية الأوروبية يضمن عدم وجود حدود مادية بين أيرلندا ومقاطعة أيرلندا الشمالية⁽¹⁾.

هناك أيضا قضية مثيرة للجدل من الولاية القضائية المستمرة لمحكمة العدل الأوروبية على مواطني المملكة المتحدة، حيث أن الاتحاد الأوروبي يريد الإبقاء عليها من أجل الفصل في المشاكل القانونية بين أيرلندا وبروكسل، فهذا من غير المنطقي فصل ذلك في المحاكم البريطانية مع العلم أن بريطانيا صادقت على محكمة العدل الأوروبية، لذا من المتوقع أن هذا الأمر لن يتنازل عنه الاتحاد الأوروبي⁽²⁾، لكن لا بد من التنويه أن محكمة العدل الأوروبية ما إن تخرج المملكة المتحدة من الاتحاد الأوروبي ينتهي دورها إلا من ناحية استبدال القوانين الأوروبية بقوانين بريطانية خاصة في مسألة الخلاف بين أوروبا وبريطانيا، كذلك في هذه العملية سوف تلجأ المملكة المتحدة إلى أحكام سابقة صدرت عن المحكمة الأوروبية لكي تحدد مسار هذه القوانين وهذا ما أكدته تيريزا ماي في خطابها الأخير بتاريخ 2018/03/02⁽³⁾.

⁽¹⁾ إعلان المفوضية الأوروبية عن تحقيق قدر من التقدم في المفاوضات، تقرير من بروكسل (عيسى بوقانون)، منشورات موقع قناة Euronews بالعربية، بتاريخ 2017/12/10. على الرابط:

<http://arabic.euronews.com/2017/12/08/impossible-to-calculate-brexit-bill-figure-at-present-eus-barnier>

تاريخ الاطلاع: 2018/01/03 بتوقيت 18:30

⁽²⁾ what is BREXIT, website: <http://cfr.org/backgrounder>

تاريخ الاطلاع: 2017/11/19 بتوقيت 16:21

⁽³⁾ حصة تلفزيونية [ما وراء الحدث "خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي - حوار تحليلي حول خطاب تيريزا ماي بتاريخ 2018/03/02"]، قناة الغد، موجود على الرابط:

<http://tv04.telecharger-videos-youtube.com/tvy-files/brnamj-ora-ahdth-khroj-brytanya-mn-alathad-alaoroby-hlk-20180302>

تاريخ الاطلاع: 2018/03/03 بتوقيت 09:16

3- تكاليف الانسحاب من عضوية الاتحاد الأوروبي على الطرفين:

كل الآراء تؤكد أن خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي له آثار تمس العديد من المجالات لكلا الطرفين خاصة من الناحية الاقتصادية، فالأمر الذي يراه دعاة الانسحاب من الاتحاد الأوروبي هو أن ذلك سوف يقلص من النفقات المكلفة التي كانت ملقاة على عاتق بريطانيا بتمويل ميزانية الاتحاد، مما يؤدي ذلك إلى توفير التكاليف للشأن الداخلي مثلا دعم نفقات الخدمات الصحية التي تعاني من مشاكل كبيرة في ظل ضعف التمويل للميزانية المخصصة لها، لكن في الجانب الآخر هناك آثار سلبية على الاتحاد الذي حسب جل المؤشرات سيتكبد خسارة تتراوح بنسبة 12% من ميزانيته المخصصة لإطلاق المشاريع⁽¹⁾، ضف إلى أن الاحصائيات التي قدمها المنتبعين لموضوع البريكسيت توصلوا لاستنتاجات مفادها أن بريطانيا ستفقد حوالي 30 ألف وظيفة [10 آلاف وظيفة حسب تقديرات القطاع المصرفي، 20 ألف وظيفة في مجال الاستشارات والمحاسبة والمحاماة]⁽²⁾، أما من الناحية التجارية فإن المملكة المتحدة ستفقد كل الامتيازات أو الاستثناءات التي كانت تتمتع بها أيام عضويتها في الاتحاد والتي تكمن في حرية دخول السلع والخدمات بدون تعرفه جمركية، إذ تصبح شكل العلاقات التجارية بين الطرفين خاضعة لأحكام وقواعد المنظمة العالمية للتجارة طبعاً هذا في حالة عدم التوافق، وعليه يمكن القول أن بريطانيا خسرت أهم سوق لها والاتحاد الأوروبي خسر ثاني قوة اقتصادية في أوروبا.

إن تحديد طبيعة العلاقات التجارية بين الاتحاد الأوروبي والمملكة المتحدة يشكل تحدياً كبيراً للطرفين، لكن جل التوقعات تميل إلى أن بريطانيا سوف تسعى جاهدة للظفر على الأقل بميزات

(1) منشورات مركز الامارات للسياسات، التداعيات المتوقعة لخروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي، الامارات العربية المتحدة، 2016، ص 03. على الرابط:

<http://www.epc.ae/sites/default/files/2016-.pdf>

تاريخ الاطلاع: 2018/03/29 بتوقيت 16:41

(2) حوار تحليلي مع الباحث في الشؤون الاستراتيجية والأمنية "الشرقاوي الروداني"، ما الانعكاسات الاقتصادية لخروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي"، قناة MEDI1 TV، زوم. على الرابط:

<https://www.youtube.com/watch?v=wqpT-zN-Uyl>

تاريخ الاطلاع: 2018/03/29 بتوقيت 19:52

تفضيلية تجارية لكي تكون تبعات الانسحاب أخف ضررا على التبادل التجاري بينها وبين الاتحاد الأوروبي بالرغم من أن هذا الأخير من المؤكد أنه لن يمنحها ذلك إلا وفق حدود العلاقة الجديدة التي تولدت عن الانسحاب البريطاني والمتمثلة في دولة خارج التكتل الاقليمي الأوروبي.

عند التكلم عن المجال النقدي المالي وموضعه من الانسحاب البريطاني عن الاتحاد نجد أن الخبير الاقتصادي "مارك كارني" يقول أن معدلات التضخم قد ترتفع جزاء ذلك في حين أن الاقتصاد البريطاني أصبح بطيء النمو، لذا أكد محافظ بنك إنجلترا بالعمل على أكمل وجه لدعم الاقتصاد خلال المرحلة الانتقالية باعتبار أن هذه الفترة هي التي ستعرف هزات في الاقتصاد البريطاني على كافة الأصعدة⁽¹⁾، كما أكد الخبير الاقتصادي "حبيب عقيقي" على أن قيمة الجنيه الاسترليني سوف تتدهور ضف إلى ذلك انهيار في سعر صرف اليورو، وهذا ما حصل طبعاً بعد التصويت بالانسحاب وتفعيل المادة 50 من اتفاق لشبونة⁽²⁾.

البريكسيت له أثر حتى على الخدمات المالية إذ أن بريطانيا سوف تخسر حقوقها المتعلقة بمنح جوازات سفر الاتحاد الأوروبي للبنوك، والمقصود بهذا الجواز إعطاء بعض الامتيازات تقتصر على شركات الدول الأعضاء في التكتل الاقليمي الأوروبي حيث أن المملكة المتحدة على سبيل المثال يمكنها بيع خدماتها في جميع أنحاء الاتحاد الأوروبي ولا وجود لعوائق تنظيمية بين الطرفين، على هذا الأساس كان قد حذر البنك المركزي البريطاني من الآثار السلبية التي ستمس قطاع الخدمات المالية جراء خروج بريطانيا من الاتحاد خاصة وأن هذا القطاع له أهمية كبرى في عملية تمويل التوظيف. (يدعم مليون وظيفة)⁽³⁾. غير أن الأمر

⁽¹⁾ Journal independent, Brexit: UK economy has gone from top of G7 leaderboard to almost bottom, says Mark Carney, website:
<http://www.independent.co.uk/news/business/news/brexit-latest-news-uk-economy-g7-bottom-mark-carney-bank-of-england-a8058036.html>

تاريخ الاطلاع: 2018/03/29 بتوقيت 20:55

⁽²⁾ خبراء ينقسمون بين مؤيد ومعارض لحدوث انهيار في سعر صرف اليورو (ما تأثير خروج بريطانيا من الاتحاد على اليورو والجنيه؟)، منشورات موقع قناة العربية، بتاريخ 16 يونيو 2016. على الموقع الالكتروني:
<http://www.alarabiya.net/ar/aswaq/special-interviews/2016/06/16>

تاريخ الاطلاع: 2018/03/30 بتوقيت 19:51

⁽³⁾ Brexit: What does Britain losing its EU 'passporting' rights mean for banks and how will it affect the economy?, Website:

الاجابي للانسحاب البريطاني من الاتحاد الأوروبي هو انتعاش قطاع السياحة وهذا كان سببه انخفاض قيمة الجنيه الاسترليني مما أصبح يغري السياح الأجانب، زيادة على ذلك قلص من عدد المواطنين البريطانيين الذين يترددون على الذهاب إلى خارج بريطانيا في عطلة طبعاً بسبب ارتفاع تكلفة ذلك مما أدى في الأخير على المساعدة في صناعة السياحة البريطانية⁽¹⁾. يرى أغلب الخبراء في مجال الاقتصاد أن من تداعيات الخروج البريطاني من الاتحاد أن قطاع الاستثمار هو الآخر سوف يتضرر، حيث أن المملكة المتحدة كانت تعتبر حلقة وصل بين البنوك الأمريكية والأوروبية لكن جزاء هذا الانسحاب من المؤكد أن العديد من البنوك العالمية لن تتخذ بريطانيا مجدداً مركزاً رئيسياً لأعمالها⁽²⁾، ونأخذ على سبيل المثال فوز "أمستردام" في السباق الخاص باحتضان مقر الوكالة الأوروبية للأدوية التي ستغادر لندن بسبب هذا الانسحاب، وذلك إثر تصويت في بروكسل وسط تنافس بين عدة مرشحين من المدن الأوروبية⁽³⁾، ونتيجة التأثير الكبير على الاستثمار في بريطانيا، اقترح اتحاد الصناعات البريطانية القيام باتحاد جمركي مؤقت لحين تصبح المملكة المتحدة قادرة على أن توقع اتفاقاتها المستقلة مع أي طرف ثالث سواء كان الصين، أو دول الخليج أو الولايات المتحدة الأمريكية، وبعد ذلك يتم التفكير في الخروج من الاتحاد الجمركي⁽⁴⁾.

<http://www.independent.co.uk/news/business/analysis-and-features/brexit-passporting-rights-eea-explained-what-does-it-mean-for-banks-economy-pound-euro-a8065131.html>

تاريخ الاطلاع: 2018/03/30 بتوقيت 20:23

⁽¹⁾ Number of visitors to Britain hits record high as weak pound lures tourists, Journal independent, Website: <http://www.independent.co.uk/news/business/news/uk-visitor-numbers-tourism-record-high-brexit-weak-pound-sterling-tourists-eu-euro-dollar-a8060181.html>

تاريخ الاطلاع: 2018/03/30 بتوقيت 20:38

⁽²⁾ منشورات مركز الامارات للسياسات، المرجع السابق، ص 04.

⁽³⁾ منشورات ماب نيوز، وكالة الأدوية.. "أمستردام" تقوز بجزء من كعكة البريكسيت، المملكة العربية السعودية،

على الموقع الالكتروني: <http://www.mapnews.com/2178435>

تاريخ الاطلاع: 2017/04/01 بتوقيت 15:10

⁽⁴⁾ ما وراء الحدث "خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي - حوار تحليلي حول خطاب تيريزا ماي بتاريخ 2018/03/02"، حصة تلفزيونية، المرجع السابق.

تداعيات خروج بريطانيا من الاتحاد لا تكون من نصيب المملكة المتحدة وحدها بل حتى هذا الأخير، أولها تحلل هذا التكتل حيث أنه يوجد احتمال انتشار العدوى لدول كثيرة أوروبية التي من الممكن أن تقتدي بالنموذج البريطاني في الانسحاب من الاتحاد، وعلى هذا الأساس ذهب البعض إلى حد التعبير عن هشاشة التكتل الاقليمي الأوروبي⁽¹⁾، إلا أن المؤيدين لخروج بريطانيا من الاتحاد لهم تفسير آخر خاصة في ظل ضعف التنسيق الأمني بين الدول الأوروبية والعمليات الارهابية التي شهدتها في الآونة الأخيرة، يروا أن المملكة المتحدة من الممكن أن تصبح الملاذ الأوروبي الآمن للاستثمارات العالمية كما ألحوا أن العولمة الاقتصادية أكثر نجاعة من التكتلات الاقتصادية الاقليمية التي من الممكن أن تفرض سياسات اقتصادية لا تتلاءم مع بيئة تلك الدولة بل تتعارض مع توجهاتها التي رسمتها في مختلف المجالات⁽²⁾.

لتحديد معالم العلاقة المستقبلية بين بريطانيا والاتحاد الأوروبي، تحسن الإشارة هنا إلى أنه تم الذهاب إلى بعض السيناريوهات المحتملة كالخيار "النرويجي" الذي تمثل في البقاء في المنطقة الاقتصادية الأوروبية EEC، أو نموذج الاتفاقات الثنائية Bilateral Accords الذي اتخذته سويسرا لكن هذا الأمر يعتبر مستحيلا حيث أنه يتوجب على بريطانيا التفاوض من خلال اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف مع الاتحاد الأوروبي، مع العلم أن سويسرا فاوضت الاتحاد على مدى تسع سنوات لتوقيع 120 اتفاقية تجعلها تدخل السوق الأوروبية الموحدة⁽³⁾، وبناء على تم ذكره أنفا يمكن القول أنه لا يمكن اسقاط تجارب دولة في شتى المجالات على دولة أخرى فكل واحدة منها لها طابعها الخاص وتكوينها الاقتصادي الذي تتسم به.

في الأيام القليلة الماضية وبتاريخ 02 مارس 2018 أقرت المملكة المتحدة على أنه تم الاقتراب من عمل مسودة جديدة بين الطرفين حول كيفية القيام بهذه العملية، كما أشارت أيضا أنه لا بد من إعطاء فترة زمنية من أجل تحديد شكل العلاقات الجديدة بين الطرفين، ضف إلى ذلك أكدت أن قضية أيرلندا الشمالية هي ذات أهمية وألوية لدى الجانب البريطاني مع وجوب

(1) أحمد ذكر الله، التداعيات الاقتصادية لخروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي (تقديرات اقتصادية)، المعهد المصري للدراسات السياسية والاستراتيجية، مصر، بتاريخ 28 يونيو 2016، ص 07.

(2) منشورات مركز الامارات للسياسات، المرجع السابق، ص 05.

(3) المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، المرجع السابق، ص 06.

التقييد باتفاقية "بلفاست" وطبعا هذا لا يتم إلا بتضافر الجهود بين الطرفين، ناهيك عن الشراكة الاقتصادية التي يجب ألا تفرض قيودا على الديمقراطية⁽¹⁾، وقد تم ذلك مبدئيا على أرض الواقع من خلال الخروج بمشروع معاهدة يسبق الاتفاق النهائي لانسحاب بريطانيا من الاتحاد الأوروبي بتاريخ 2018/12/14، حيث تم طرح العديد من القضايا والاتفاق عليها طبعا حيث احتوت على مجموعة من البروتوكولات كان أهمها بروتوكول شمال إيرلندا وجمهورية إيرلندا الذي أقر بضرورة الالتزام بما جاء في اتفاق بلفاست 1998 على أن يصبح مضمون هذا البروتوكول في المستقبل القريب معتمدا جزئيا أو كليا ويستبدل باتفاقية لاحقة، كما أعطيت ضمانات تتعلق بحقوق الأفراد والمواطنين في مقاطعة إيرلندا مع تسهيل أيضا انسياب التجارة البينية مع جمهورية إيرلندا⁽²⁾.

من القضايا التي تضمنها مسودة اتفاق خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي بروتوكول مناطق القاعدة السيادية (SBAs) يتعلق بأقاليم تابعة للمملكة المتحدة التي تقع تحديدا في جزيرة قبرص، ضف إلى ذلك تم الحاقه ببروتوكول آخر ناقش مشكلة اقليم جبل طارق الذي كانت نتيجة التصويت فيه تأييد البقاء في الاتحاد الأوروبي بالأغلبية وكما هو معلوم أن اسبانيا طرف في هذه القضية بالتحديد لذا كانت أحكام البروتوكول تتضمن نقاط التلاقي والتوافق بين الطرفين، بل أكثر من ذلك فقد أعطيت ضمانات تتعلق باستمرار الحركة الاقتصادية بشكل عام في إطار التنمية الاقتصادية للمنطقة⁽³⁾.

(1) محتوى خطاب تيريزا ماي بشأن خروج بلادها من الاتحاد الأوروبي (Our Future Partnership)، بث مباشر على قناة BBC عربي، بتاريخ 2018/03/02 الساعة 14:30 بتوقيت الجزائر.

(2) HM Government, Explainer for the agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union, Publications of UK government, 14/11/2018, United Kingdom, p.40,45. Link: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/759020/14_November_Explainer_for_the_agreement_on_the_withdrawal_of_the_United_Kingdom_of_Great_Britain_and_Northern_Ireland_from_the_European_Union.pdf

On 25/12/2018 At 07:28PM

(3) Ibid, p.54.

○ خاتمة:

بناء على ما سبق ذكره، يمكن الوصول إلى عدة نتائج من أهمها أن طبيعة العلاقة بين بريطانيا والاتحاد الأوروبي على مر التاريخ كانت محل تجاذب في الآراء والسياسات المنتهجة من كلا الطرفين في جل المجالات وعلى كافة الأصعدة، على هذا الأساس وردت خلاصة مفادها أن العلاقة شكلها وأساسها الأول ليس مبني على قاعدة قوية بل دائما كان يتخللها نوع من الاضطراب، ونخص الذكر هنا (ألمانيا وفرنسا) حيث تم وصف آنذاك الانضمام البريطاني للتكتل الأوروبي بمثابة عصف للاتحاد ككل، مع العلم أن المملكة المتحدة كان نهجها يتباعد إلى حد كبير ونهج معظم الدول الأعضاء الأخرى انطلاقا من الاختلاف الموجود فيما يتعلق بآثار الحرب العالمية الثانية التي كانت قاسية على الدول الأوروبية على خلاف بريطانيا، لذا كانت معظم التوجهات داخل الاتحاد الأوروبي لها دوافع وأسباب اقتصادية والتي ذهبت إلى حد التنازل عن بعض من سيادتها لصالح الاتحاد، هذا الأمر رفضته المملكة المتحدة وأيدت فقط التكامل الاقتصادي بمعنى المشاركة في السوق الموحدة⁽¹⁾.

بالرغم من انضمام المملكة المتحدة فيما بعد للاتحاد الأوروبي إلا أن نهجها الاقتصادي بقي أكثر قربا من الولايات المتحدة الأمريكية، إلى حين التوجه نحو الاستفتاء الشعبي المتعلق ببقاء بريطانيا في الاتحاد من عدمه، الذي جاءت نتيجته تؤيد الانسحاب بتاريخ 23 يونيو 2016، ولعل أن تغيّر موقف الرأي العام البريطاني من البقاء إلى الانسحاب ناتج عن التحول من سوق أوروبية مشتركة إلى الولايات المتحدة الأوروبية بمعنى إلى دولة فيدرالية، لذا كل التوقعات من طرف المختصين في المجال أجزموا على أنه لا يمكن للاتحاد الأوروبي أن يتراجع عن نهجه المتمثل في بناء دولة فيدرالية قادرة على مواجهة مختلف التحديات في العالم، كذلك بريطانيا لا تريد أن تعصف بسيادتها بالكامل خاصة وأنها اعتبرت ذلك له تأثير على سياساتها الاقتصادية والتجارية وحتى نفوذها السياسي سوف يتقلص، خاصة وأن لها توجهات في العديد من القضايا على كافة الأصعدة تتقارب مع الولايات المتحدة الأمريكية.

في سياق ما ورد آنفا ومن خلال هذه الدراسة محل النقاش يتضح لدينا أن مفاوضات "البريكسيت" سوف تكون شاقّة بين الطرفين، وكلاهما سينكبد خسائر سياسية واقتصادية،

(1) جون بيندر، سايمون أشرود، المرجع السابق، ص 148.

واجتماعية لكنني أرى كباحث في الموضوع أن بريطانيا بحكم قربها الجغرافي لأوروبا لن تتخلى عن السوق الأوروبية ولو كان ذلك بالقيام باتفاقات ثنائية ومتعددة الأطراف مع جلّ دول الاتحاد الأوروبي لكي تخرج على الأقل بأضرار أخف جزاء هذا الانسحاب من التكتل الاقليمي، كما أن الطرف الآخر يرى أن بريطانيا شريك فعّال من الناحية الأمنية، مع العلم أن هذه الأخيرة عضو له أهمية كبيرة في حلف الناتو خاصة في ظل تدهور الأوضاع الأمنية داخل أوروبا وتزايد العمليات الارهابية، الذي كانت أحد أسبابها ضعف التنسيق الأمني بين دول أوروبا، كلها دوافع أدت في الآونة الأخيرة إلى توقيع الطرفين على مسودة الاتفاق النهائي كما جاء في سالف الذكر، لكن ما يقف حاجزا أمام مشروع الاتفاق النهائي لخروج المملكة المتحدة من الاتحاد هو الداخل البريطاني الذي البعض منه يرى في هذه المسودة مساس نوع ما بالسيادة البريطانية وبمصالحها المستقبلية، وبالتالي هناك تأويلات كثيرة تلوح نحو الذهاب إلى ما يعرف باللاصفقة والذي تم إتيان آثاره السلبية على الطرفين خاصة وأن المذكرات الفنية الصادرة عن الحكومة البريطانية أكدت على أن من تبعات البريكسيت ارتفاع تكاليف الاتصالات الهاتفية والخدمات البنكية، مع حصول اضطرابات في وسائل النقل العامة، كذلك أورد بنك إنجلترا احتمال انهيار الجنيه الاسترليني وارتفاع معدل البطالة⁽¹⁾.

تأسيسا لما سبق، إن هذه المرحلة التي تعيشها بريطانيا - قبل المصادقة على الاتفاق النهائي الذي يؤطر خروجها من الاتحاد الأوروبي في مارس 2019 -، من حالات عدم اليقين حول Brexit قد يؤثر على معدلات النمو في المملكة المتحدة هذا من جهة، أما الجانب الآخر فتصبح العلاقات الأوروبية في حالة اضطراب على شتى الأصعدة الأمر الذي يهدد وحدة الاتحاد مستقبلا خاصة في ظل تزايد التكتلات الاقتصادية الاقليمية الحديثة والمنافسة على الصعيد الدولي.

(1) The Guardian Newspaper, Bank of England Keeps interest rates on hold amid Brexit uncertainty, Website: <https://www.theguardian.com/business/2018/dec/20/bank-of-england-keeps-interest-rates-on-hold>
On 23/12/2018 At 06:33PM.

الحقوق الثقافية: محاولة للتأصيل في ضوء القانون الدولي لحقوق الإنسان

عبد الصمد المجوطي⁽¹⁾

حظيت الحقوق الثقافية بالقدر الأقل من الاهتمام بالمقارنة مع الفئات الأخرى لحقوق الإنسان سواء المدنية والسياسية أو الاقتصادية والاجتماعية، فلجنة حقوق الإنسان لم تتبن أي قرار لها حول الحقوق الثقافية إلا في سنة 2002 ومحوره تشجيع تمتع الجميع بالحقوق الثقافية واحترام الهويات الثقافية المختلفة. وتعود جذور هذا الإهمال إلى المناقشات الحامية التي دارت أثناء صياغة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948، فقد نشب خلاف حول ما إذا كان ينبغي للحقوق الثقافية أن تعترف صراحة بالحقوق الجماعية "للأقليات"، أو أن تؤكد فقط حق الفرد في "المشاركة في الحياة الثقافية للمجتمع". ووقفت كندا والولايات المتحدة ومعظم بلدان أميركا "اللاتينية" ضد حقوق الأقليات، فيما وقفت معها بلدان الكتلة الشرقية والهند. ولم يحدث أي تطور حتى سنة 1966؛ عندما اعترف العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بأن الأشخاص المنتمين إلى أقليات عرقية أو لغوية أو دينية لن يحرّموا بالاشتراك مع أعضاء آخرين في مجموعتهم، من حقهم في أن يتمتعوا بثقافتهم، وأن يجاهروا بدينهم ويمارسوا شعائرهم وأن يستخدموا لغتهم الخاصة⁽²⁾ (المادة 27)، وهي نفس المقتضيات التي أكدت المادتين 13 و 15 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بشكل أو بآخر، ثم بعد ذلك عدد من الاتفاقيات والعهود الدولية والإقليمية.

⁽¹⁾ باحث بسلك الدكتوراه، مختبر الدراسات والأبحاث في حقوق الإنسان، كلية الحقوق وجدة، المغرب.

⁽²⁾ برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، تقرير التنمية البشرية لسنة 2004، ص. 28، أنظر الرابط (شاهد في: 2019/01/10):

http://www.un.org/arabic/esa/hdr/2004/pdf/hdr04_ar_chapter_2.pdf

فيما يجادل بعض منظري حقوق الإنسان والفلسفة السياسية بأن ضمان الحقوق المدنية والسياسية للأفراد مثل حرية العبادة والتعبير، يكفي للسماح للأفراد بالتعبير عن معتقداتهم وممارساتهم الثقافية بحرية⁽¹⁾. هذا الجدل يدفعنا للتساؤل عن مدى حضور الحقوق الثقافية في مواثيق الأمم المتحدة لحقوق الإنسان (أولاً)، والمكانة المتقدمة لهذه الحقوق في منظومة حقوق الإنسان (ثانياً).

○ أولاً: الحقوق الثقافية في مواثيق الأمم المتحدة لحقوق الإنسان

1- مضمون الحقوق الثقافية

لا يوجد أي تعريف رسمي للحقوق الثقافية كما لا توجد تعريفات رسمية أيضاً للحقوق المدنية أو السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية⁽²⁾. وليس المقصود تحديد مفهوم دقيق للثقافة، لعدة اعتبارات منها أن هذه العملية ليست ضرورية وقد لا تطرح بجد. بقدر أن المطلوب هو تحديد الحقوق الثقافية من خلال الاكتفاء باعتماد عدد من التعاريف العلمية المتاحة للثقافة.

وبالرجوع لعدد من الإعلانات والعهود الدولية والتعليقات العامة يمكن التوقف عند عدد من التعاريف المقدمة للثقافة، بحيث تنص ديباجة الإعلان العالمي بشأن التنوع الثقافي على "أن الثقافة ينبغي أن ينظر إليها بوصفها مجمل السمات المميزة، الروحية والمادية والفكرية والعاطفية، التي يتصف بها مجتمع أو مجموعة اجتماعية وعلى أنها تشمل، إلى جانب الفنون والآداب، طرائق الحياة، وأساليب العيش معاً، ونظم القيم، والتقاليد، والمعتقدات". هذا التعريف الذي تعتمد عليه ضمناً الهيئات العاملة في مجال حقوق الإنسان، يترجم إرادة الأخذ بعين الاعتبار

(1) المرجع نفسه، ص. 28.

(2) تقرير الخبيرة المستقلة في مجال الحقوق الثقافية، السيدة فريدة شهيد، الدورة 14 لمجلس حقوق الإنسان 22 مارس 2010، A/HRC/14/36 أنظر الرابط (شاهد في 2019/01/10):

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/124/38/PDF/G1012438.pdf?OpenElement>

مشاركة الجميع في الثقافة، وكذلك أيضا معرفة الأبعاد الاتنية أو الأنتروبولوجية للثقافة. وهو دعوة لفهم الحقوق الثقافية بشكل أوسع مما تقدم عليه⁽¹⁾.

ويعتبر الإعلان العالمي بشأن التنوع الثقافي سنة 2001 نص فريد من نوعه فيما يتعلق بتحديد عدد من الحقوق وتصنيفها على أنها حقوق ثقافية، حيث نص في المادة 5 منه على ما يلي:

"الحقوق الثقافية جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان، وحقوق الإنسان عالمية ومتلازمة ومتكافئة. ويقضي ازدهار التنوع المبدع التحقيق الكامل للحقوق الثقافية كما حددت في المادة 27 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي المادتين 13 و 15 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وبناء على ذلك ينبغي أن يتمتع كل شخص بالقدرة على التعبير عن نفسه وإبداع أعماله ونشرها باللغة التي يختارها، وخاصة بلغته الأصلية. ولكل شخص الحق في تعليم وتدريب جيدين يحترمان هويته الثقافية. وينبغي أن يتمتع كل شخص بالقدرة على المشاركة في الحياة الثقافية التي يختارها وأن يمارس تقاليده الثقافية الخاصة، في الحدود التي يفرضها احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية".

ويبقى دور اليونيسكو هاما خصوصا فيما يتصل بالعملية التأسيسية للحقوق الثقافية والتنوع الثقافي، ففي سنة 2005 اعتمدت المنظمة "اتفاقية حماية وتعزيز تنوع أشكال التعبير الثقافي"، وكان المغرب فاعلا مهما في الأعمال التحضيرية لهذه الاتفاقية التي تقدم تعريفا لمفهوم ذو علاقة بالحقوق الثقافية هو التنوع الثقافي باعتباره تعبيراً عن:

"تعدد الأشكال التي تعبر بها الجماعات والمجتمعات عن ثقافتها. وأشكال التعبير هذه، يتم تناقلها داخل الجماعات والمجتمعات وفيما بينها. ولا يتجلى التنوع الثقافي فقط من خلال تنوع أساليب التعبير عن التراث الثقافي للبشرية وإثرائه ونقله بواسطة أشكال التعبير الثقافي المتنوعة، بل يتجلى أيضا من خلال تنوع أنماط إبداع أشكال التعبير الفني وإنتاجها ونشرها وتوزيعها والتمتع بها. أي كانت الوسائل والتكنولوجيات المستخدمة في ذلك"⁽²⁾.

(1) Mylène Bidault, «La protection internationale des droits culturels», Collection du centre des droits de l'homme de l'université catholique de louvain, Bruxelles 2009, P. 2.

(2) المادة 4 من اتفاقية حماية وتعزيز تنوع أشكال التعبير الثقافي.

وهو نفس التوجه الذي سارت عليه اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام رقم 21 بتاريخ 2009، عندما اعتبرت بأن الثقافة تستوعب جميع مظاهر الوجود البشري. وتشمل أساليب الحياة، اللغة، والأدب الشفوي والمكتوب، والموسيقى والأغاني، والاتصال، والدين أو المعتقد، والطقوس والاحتفالات، والرياضة والألعاب، وأساليب الإنتاج أو التكنولوجيا، والمأكل والملبس والمأوى، والفنون والعادات والتقاليد التي من خلالها يعبر الأفراد ومجموعات الأفراد والمجتمعات عن إنسانيتهم والمعنى الذي يعطونه لوجودهم، ورؤيتهم للعالم⁽¹⁾.

وعليه، يظهر أن الثقافة نسق ينمو ويتحول بإدماج قيم جديدة والتخلص من قيم إطلاقية متقدمة، وهي بذلك تمثل نظاما تعبيريا يمكن الذوات من النمطية الاجتماعية التي تحكم الجماعة، والتي تصوغ دلالة علائق الأفراد والجماعات داخل الجماعة. ويتميز هذا المفهوم للثقافة المتنوعة المكونات، والمتطورة عن المفهوم الايديولوجي للثقافة باعتبارها كلية مجردة متراصة ومتعالية، تحجب الاختلاف باسم ميثولوجيا التوحد، قد تقنّع رهانات الهيمنة الرمزية بذريعة مؤسسة على خدعة فكرية⁽²⁾.

هذا وتشكل بعض مبادرات المجتمع المدني الحقوقي، كإعلان فريبور (Friburg)⁽³⁾ بشأن الحقوق الثقافية، محاولة جادة لتحديد مفهوم الثقافة باعتبارها حق، حيث جاء في المادة 2 منه على أن "مصطلح ثقافة يشمل القيم والمعتقدات والقناعات واللغات والمعارف والفنون والتقاليد والمؤسسات وأنماط العيش التي عبر بها الشخص، أو المجموعة، عن إنسانيته والدلالات التي يعطيها لوجوده وتطوره".

ويزيد إعلان فريبور في تفصيل عدد من المفاهيم ذات العلاقة بالحقوق الثقافية واعتبر أن "الهوية الثقافية هي مجموع المراجع الثقافية التي يتحدد بها شخص، فردا أو في مجموعة،

(1) اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 21، "حق الفرد في أن يشارك في الحياة الثقافية" الفقرة 1 من المادة 15 من العهد، ص 5-6، أنظر الرابط (شوهده في 2019/01/12):

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/CESCR23.pdf>

(2) أحمد بوكوس، "الهيمنة والاختلاف في تدبير التنوع الثقافي"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016، ص. 14.

(3) هو نسخة منقحة لمشروع حررته لفائدة اليونسكو مجموعة عمل دولية سميت فيما بعد مجموعة فريبور. ليصدر في صيغته الجديدة في 07 ماي 2007 بمدينة فريبور السويسرية.

ويتكون ويتواصل ويريد أن يعترف به في كرامته بصفته تلك". في حين يقصد بالجماعة الثقافية "مجموعة من الأشخاص يشتركون في المراجع المكونة لهوية ثقافية مشتركة يريدون المحافظة عليها وتميمتها".

وحدد إعلان فريبور ثمانية حقوق ثقافية ولأهميتها التأسيسية نوردتها بالتفصيل وهي:

• **الهوية والتراث الثقافيان⁽¹⁾**: لكل شخص منفردا أو ضمن مجموعة الحق في:

- أ- أن يختار هويته الثقافية وأن يحترم بها في تنوع أنماط التعبير عنها، ويمارس هذا الحق في ترابط خاصة مع حريات التفكير والمعتقد والدين الرأي والتعبير؛
- ب- أن يعرف ثقافته الخاصة ويحترم بها، وكذلك الثقافات التي تكون في تنوعها تراث الإنسانية المشترك، ويقتضي هذا بالخصوص الحق في معرفة حقوق الانسان والحريات الأساسية وهي قيم أساسية في هذا التراث؛
- ج- أن يصل، وخاصة بممارسة الحق في التربية والإعلام، إلى التراث الثقافي الذي يمثل تعبيرات عن الثقافات المختلفة وكذلك موارد للأجيال الحاضرة والمستقبلية؛

• **الانتساب إلى الجماعة الثقافية⁽²⁾**:

- أ- لكل شخص الحرية في اختيار الانتساب أو عدم الانتساب إلى جماعة أو عدة جماعات ثقافية دون اعتبار للحدود، أو تغيير هذا الاختيار؛
- ب- لا يفرض على أحد التّصنيف على مرجعية ما أو الانتساب إلى جماعة ثقافية رغما عنه؛

• **الولوج إلى في الحياة الثقافية والمشاركة فيها⁽³⁾**:

- أ- لكل شخص، منفردا أو ضمن مجموعة، الحق في الدخول في الحياة الثقافية و المشاركة فيها دون اعتبار الحدود من خلال الأنشطة التي يختارها؛

(1) المادة 3 من إعلان فريبور

(2) المادة 4 من إعلان فريبور

(3) المادة 5 من إعلان فريبور

ب- يتضمن هذا الحق بالخصوص:

- حرية التعبير في الحياة العامة أو الخاصة باللغة أو اللغات التي يختارها؛
- حرية ممارسة أنشطته الثقافية الخاصة المتماشية مع الحقوق المعترف بها في هذا الاعلان واتباع نمط حياة يبرز قيمة رصيده الثقافي خاصة في مجال استعمال الأملاك والخدمات وإنتاجها ونشرها؛
- حرية تنمية المعارف والتعبيرات الثقافية وتقاسمها والقيام ببحوث والمشاركة في مختلف أشكال الخلق والاستفادة منها كذلك؛
- الحق في حماية المصالح المعنوية والمادية المرتبطة بالأعمال التي تمثل ثمرة نشاطه الثقافي؛

• التربية والتكوين⁽¹⁾:

- في الإطار العام للتربية، لكل شخص منفرداً أو ضمن، مجموعة الحق طيلة حياته في تربية وتكوين يساهمان - باستجابتهما لحاجياته التربوية - في التنمية الحرة الكاملة لهويته الثقافية في نطاق احترام حقوق الآخر والتنوع الثقافي. ويشمل هذا الحق بالخصوص:
- أ- التربية غير الخاضعة للسلطات العامة وتسييرها ودخولها شريطة احترام المقاييس والمبادئ معرفة حقوق الإنسان وتعلمها؛
 - ب- حرية تعلم لغته أو التعلم بها أو التدريس بها وكذلك اللغات الأخرى، كما يتضمن المعرفة المتصلة بثقافته وبالتقافات الأخرى؛
 - ج- حرية الأولياء في توفير تربية أخلاقية ودينية لأطفالهم وفقاً لقناعاتهم الشخصية وفي نطاق احترام حرية التفكير والمعتقد والدين المعترف بها للطفل حسب إمكانياته؛
 - د- حرية بعث مؤسسات الدولية المعترف بها في مجال التربية وأن تكون هذه المؤسسات مطابقة للقواعد الدنيا التي تقرها الدولة.

(1) المادة 6 من إعلان فرايبور

• **الاتصال والإعلام:** في الإطار العام للحق في حرية التعبير بما في ذلك الحرية الفنية وحرية الرأي والإعلام واحترام التنوع الثقافي، لكل شخص منفرداً أو ضمن مجموعة الحق في إعلام متعدد يساهم في النمو الكامل لهويته الثقافية، وهذا الحق يمارس دون اعتبارات حدودية يتضمن خاصة:

- أ- حرية البحث عن المعلومات وتلقيها وتبليغها؛
- ب- حرية المشاركة في إعلام تعددي عن طريق اللغة أو اللغات التي يختارها والمساهمة في إنتاجه ونشره عن طريق جميع تكنولوجيات الإعلام والاتصال؛
- ج- الحق في الرد على المعلومات الخاطئة عن الثقافات في نطاق احترام الحقوق المنصوص عليها في هذا الإعلان⁽¹⁾.

• **التعاون الثقافي⁽²⁾:** لكل شخص منفرداً أو ضمن مجموعة الحق في الثقافات في نطاق احترام الحقوق المنصوص عليها في هذا الإعلان:

- التنمية الثقافية للجماعات التي ينتمي إليها؛
- صياغة القرارات التي تعنيها وإعمالها وتقييمها، وهي القرارات التي لها تأثير في ممارسة حقوقه الثقافية؛
- تنمية التعاون الثقافي في مختلف مستوياته.

• **مبادئ التسيير الديمقراطي⁽³⁾:** مسؤولية الفاعلين الثقافيين في الفعل المشترك وأخذ المبادرة ل:

- أ- السهر على تنمية الحقوق الثقافية وتنمية أنماط التشاور والمشاركة لضمان تحقيقها وخاصة للأشخاص الأكثر احتياجاً بسبب وضعيتهم الاجتماعية أو انتمائهم إلى أقلية؛

(1) المادة 7 من إعلان فريبور

(2) المادة 8 من إعلان فريبور

(3) المادة 9 من إعلان فريبور

ب- ضمان، على وجه الخصوص، الممارسة التفاعلية للحق في إعلام مناسب بشكل يمكن جميع الفاعلين في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية من أن يراعوا الحقوق الثقافية؛

ج- تكوين أعوانهم وتحسيس جمهورهم لفهم مجمل حقوق الإنسان واحترامها، وخاصة منها الحقوق الثقافية؛

د- تشخيص البعد الثقافي لجميع حقوق الإنسان ومراعاتها لإثراء الكونية بالتنوع وتيسير امتلاك كل شخص لهذه الحقوق منفردا أو ضمن مجموعة.

• الاندماج في الاقتصاد⁽¹⁾:

على الفاعلين العموميين والخواص والمدنيين في إطار صلاحياتهم ومسؤولياتهم:

أ- أن يسهروا على أن تكون الأملاك والخدمات الثقافية (**les biens et services culturels**) الحاملة للقيمة والهوية والمعنى وغيرها من الأملاك - إذا كان لها تأثير مهم في أنماط الحياة والتعبيرات الثقافية الأخرى - في ابتكارها وإنتاجها واستعمالها- غير ماسة بالحقوق المنصوص عليها في هذا الإعلان؛

ب- أن يعتبروا أن التلاؤم الثقافي للأملاك والخدمات كثيرا ما يكون حاسما بالنسبة إلى الأشخاص الأكثر احتياجا بسبب فقرهم وعزلتهم أو انتمائهم إلى مجموعة في وضع تمييز.

يظهر أن إعلان فريبور قد انفتح بشكل واسع على عدد من الحقول الدالة على الحقوق الثقافية. وتشكل مقدمات أساسية لفهم واستيعاب طبيعة هذه الحقوق من أجل صياغة تصورات تساهم في تقييم السياسة العمومية للمغرب في هذا المجال.

وتبين هذه النصوص والتعليقات، أن الحقوق الثقافية ترتبط بعدد من القضايا كالتعبير والإبداع، واللغة والتواصل، والهوية والانتماء إلى مجموعات متعددة متنوعة، ووضع تصورات محددة للعالم والأخذ بأساليب معينة في الحياة، والتعليم والتدريب، والاستفادة من الحياة الثقافية والمساهمة والمشاركة فيها، والقيام بالممارسات الثقافية الاستفادة من التراث الثقافي المادي

⁽¹⁾ المادة 10 من إعلان فريبور.

والرمزي. وتحمي الحقوق الثقافية حقوق كل شخص بمفرده أو بالاشتراك مع الآخرين وحقوق مجموعات من الناس من أجل تكريس إنسانيتهم ورؤيتهم للعالم والمعاني التي يعطونها لوجودهم وتطورهم والتعبير عن ذلك بوسائل منها القيم والمعتقدات والقناعات واللغات والمعارف والفنون والمؤسسات وأساليب الحياة. ويمكن أيضا أن تحمي سبل الاستفادة من التراث الثقافي والموارد التي تسمح بإثبات الهوية وبعمليات التنمية⁽¹⁾.

إجمالاً، الحقوق الثقافية، هي الحقوق التي تسمح لكل شخص بصفة فردية أو داخل جماعة من تنمية هويته وقدرته على التواصل والفعل الإبداعي⁽²⁾.

2- الحقوق الجماعية في مقابل الحقوق الفردية

تطرح الحقوق الثقافية إشكالية مرتبطة بالبعد الجماعي لهذه الحقوق في مقابل وجود حقوق فردية. ويستند جانب من هذا الجدل حول مفهوم الخصوصية الثقافية، التي غدت مثارا لجدل شديد في كثير من المحافل السياسية والحقوقية وغيرها، وعلى التناقض الظاهري بين عدة نصوص وردت في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان. إذ من هذه المواثيق ما ينص على ضمان حق كل جماعة من الجماعات في التمتع بحقوقها، ومنها ما ينص على ضمان فردية حقوق الإنسان- أي المبدأ القائل بأن الحقوق المعترف بها في المواثيق والإعلانات الدولية لحقوق الإنسان تخص كل فرد على أساس المساواة. ويكمن الصراع المحتمل هنا في وجود ممارسات بعينها في ثقافات مختلفة تتعارض مع نصوص القانون الدولي لحقوق الإنسان، أو تبدو متعارضة معه⁽³⁾.

ولعل هذه المسألة كانت محط نقاش عميق منذ الأعمال التحضيرية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان (ماي 1947 - يونيو 1948)، ففي 1947، على سبيل المساهمة في

(1) تقرير الخبيرة المستقلة في مجال الحقوق الثقافية، السيدة فريدة شهيد، A/HRC/14/36، ص.7.

(2) Patrice Meyer-Bisch, «Analyse des droits culturels», P. 6, voir le lien: http://droits-fondamentaux.u-paris2.fr/sites/default/files/publication/debat_analyse_des_droits_culturels.pdf (consulté le 15/01/2019)

(3) الحقوق الثقافية، منشورات جامعة منيسوتا، أنظر الرابط (شاهد في 2019/01/15): <http://hrlibrary.umn.edu/arab/M17.pdf>

الأعمال الجارية في لجنة حقوق الإنسان، أجرت منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو) دراسة للقضايا النظرية الرئيسية التي أثّرت في إطار وضع الإعلان العالمي. وقد مررت المنظمة على عدد من أكثر مفكري العصر تأثيراً في مختلف أنحاء العالم استطلاع رأي حول العلاقات بين حقوق الأفراد والجماعات في المجتمعات بمختلف أنواعها وعلى تباين أوضاعها التاريخية، وكذلك حول العلاقات بين الحريات الفردية والمسؤوليات الجماعية⁽¹⁾.

والواقع أن مصطلح "الحياة الثقافية" في حد ذاته يوحي بشدة إلى الطابع الجماعي للحقوق الثقافية والمادة 27 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تشير صراحة إلى الحياة الثقافية للمجتمع الذي يجب فهمه اليوم بصيغة الجمع، أي المجتمعات. وتجب الإشارة إلى عدد من النقط في هذا الصدد⁽²⁾:

- أولاً، أقر بالبعد الجماعي للحقوق الثقافية في نصوص مثل الإعلان بشأن الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية وإلى أقليات دينية ولغوية⁽³⁾؛
- ثانياً، إن وجود الحقوق الثقافية الجماعية في القانون الدولي لحقوق الإنسان اليوم هو أمر واقع، ولا سيما في إعلان الأمم المتحدة بشأن الشعوب الأصلية. وعلاوة على ذلك، أبرزت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، في تعليقها العام رقم 18 بشأن حق كل فرد من حماية المصالح المعنوية والمادية المترتبة على أي إنتاج علمي أو أدبي أو فني من صنعه، وفي التعليق العام رقم 21، أن الحقوق الثقافية يمكن أن يمارسها الأشخاص بوصفهم أفراداً أو بالاشتراك مع غيرهم أو بوصفهم مجتمعا؛
- ثالثاً، لا يعني الأمر إنكار الحقوق الفردية؛ فالأفراد يتمتعون دائماً بحقوقهم في عدد من الأمور منها المشاركة أو عدم المشاركة في مجتمع واحد أو في عدد من المجتمعات، وتحديد هوياتهم المتعددة بكل حرية، والاستفادة من التراث الثقافي وتراث الآخرين،

(1) أنتونيو أوغوستو كانسادو ترينداد، "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"، باريس، 10 ديسمبر 1948، ص.1، أنظر

الرابط (شوهده في 2019/01/16): http://legal.un.org/avl/pdf/ha/udhr/udhr_a.pdf

(2) تقرير الخبيرة المستقلة في مجال الحقوق الثقافية، السيدة فريده شهيده، A/HRC/1426، مرجع سابق، ص 7 و 8.

(3) الفقرة 1 من المادة 3: "يجوز للأشخاص المنتمين إلى أقليات ممارسة حقوقهم (...). بصفة فردية وبالاشتراك مع سائر أفراد جماعتهم، ودون أي تمييز".

والمساهمة في بناء الثقافة عبر طرق منها الاعتراض على المعايير والقيم المهيمنة في المجتمعات التي يختارون الانتماء إليها إضافة إلى تلك المعايير والقيم السائدة في المجتمعات الأخرى.

كما تشكل بعض المبادرات الإقليمية محاولات جادة لتوضيح طبيعة العلاقة بين الحقوق الفردية والجماعية كما هو الشأن بالنسبة للإعلان الإسلامي للحقوق الثقافية⁽¹⁾، والذي يعتبر أن الحق الثقافي قد يكون مطلباً فردياً في بعض السياقات، إلا أن تفعيله جماعي بالضرورة، ومرد ذلك إلى أن المرجعيات الثقافية للحق، سواء كانت مادية أو رمزية، تستقي معانيها من القيم التي تضبط سلوك الأفراد على إيقاع مصلحة الجماعة العامة.

كما نجد توجهها واضحاً نحو الاعتراف بحقوق الشعوب الأصلية، كحقوق جماعية بحكم تعريفها، كونها مرتبطة بأفراد الشعوب الأصلية الذين ينظمون أنفسهم كشعوب. ولئن كان الإعلان العالمي لحقوق الشعوب الأصلية يشمل أيضاً حقوق الأفراد، فإن مدى الاعتراف بالحقوق الجماعية فيه يعد أمراً مبتكراً. واتسم النظام الدولي لحقوق الإنسان، قبل صدور هذا الإعلان، بالبطء في تأييد مفهوم الحقوق المخولة للجماعات، باستثناء الحق في تقرير المصير. وقد كان يعتقد بوجه عام أن حقوق الأفراد ستكون كافية لضمان حماية وتعزيز الحقوق ذات البعد الجماعي، مثل الحق في الثقافة مثلاً. ومع ذلك، فإن المجتمع الدولي أكد بوضوح من خلال اعتماد الإعلان أن الشعوب الأصلية تتطلب الاعتراف بحقوقها الجماعية كشعوب لتمكينها من التمتع الكامل بحقوق الإنسان⁽²⁾.

والحقوق الثقافية، كما باقي الحقوق متضمنة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بحيث يبرز بعضها كحقوق جماعية وهي خاصة لا تهم الحقوق الثقافية فحسب، بل تتضمن كذلك بعض الحريات؛ كحرية التجمع وتأسيس الجمعيات. وبعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية

(1) الإعلان الإسلامي حول الحقوق الثقافية، اعتمده المؤتمر الثامن لوزراء الثقافة المنعقد بالمدينة المنورة - السعودية، يناير 2014.

(2) الشعوب الأصلية ومنظومة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، صحيفة الوقائع رقم 9، الأمم المتحدة نيويورك وجنيف 2013، ص. 7 - 8، أنظر الرابط:

http://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2_ar.pdf (Consulté le 17/06/2017)

كالحق في الإضراب والعمل النقابي، والذي يكون لممارسته من طرف شخص واحد بدون معنى⁽¹⁾.

إن اتسام الحقوق الثقافية بصفة الجماعية كما تؤكد ذلك العديد من المرجعيات الحقوق الدولية، لا ينبغي أن يفهم على أنه يلغي صفة الفردية عنها، فكما أن من حق الجماعة الثقافية كمكون من مكونات المجتمع التعبير وممارسة تقاليدها وحماية خصوصياتها الثقافية، من حق الفرد داخل هذا المجتمع الثقافي التعبير والاستفادة من حقوقه كفرد داخل المجتمع وداخل المجموعة الثقافية نفسها وبدون قيود؛ بحيث يحق لكل شخص سواء باعتباره فرداً أو ضمن مجموعة اختيار هويته الثقافية والانتماء أو لا لمجتمع ثقافي والتعبير الحر بأي لغة أو وسيلة شرعية يختارها، وغيرها من الحقوق.

○ ثانياً: مكانة الحقوق الثقافية في منظومة حقوق الإنسان

1- عالمية حقوق الإنسان والحقوق الثقافية والتنوع الثقافي

إن المقصود بعالمية حقوق الإنسان هو أن البشر يتطلعون إلى نظام عادل يضمن كرامتهم، ويكون مرجعاً للحقوق والحريات كنتاج لكفاح الشعوب، وهي بذلك - عالمية حقوق الإنسان - متوافقة مع التنوع الثقافي، الذي تدعو إليه عدد من المواثيق الدولية على غرار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مواده 27 و29، والمادة 15 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كتأكيد على ضرورة ربط ممارسة العالمية في إطار احترام ثقافات كل شعب⁽²⁾.

وبالرغم من إرجاع أساس عالمية حقوق الإنسان إلى الطبيعة البشرية، إلا أنه من الضروري النظر إليها - العالمية - في إطار الخصوصية الثقافية، فكل ثقافة لها أن تختار القيم والممارسات التي تؤمن حقوق الإنسان بما يتناسب مع خصائصها الذاتية، لأن فرض قيم وإجراءات عليها هو في حد ذاته انتهاك لخصوصياتها الثقافية وضد حقوق الإنسان في آن

⁽¹⁾ Bui-Xuan Olibia: « la destinée universaliste des droits culturels: les articles 22 et 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme », CRDF, N° 7, 2007, p. 138. Voir le lien: <https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf0711bui.pdf> (consulté le 16/01/2019).

⁽²⁾ Catherine Kessedjan, «L'influence de la culture sur le droit international et les développements», éditions A.Pedone, Paris 2016, p. 61.

واحد، بل في كثير من الحالات كانت العالمية هي التعبير عن فكرة الهيمنة والتصور المركزي الغربي لحقوق الإنسان⁽¹⁾.

وتشير عدد كبير من الدراسات والوثائق ذات العلاقة بحقوق الإنسان إلى البعد الثقافي لحقوق الإنسان. وهو ما يؤكد تقرير اليونسكو سنة 2009 حول الاستثمار في التنوع الثقافي والحوار بين الثقافات، من خلال التأكيد على أنه "ينبغي عدم فهم إبراز الأبعاد الثقافية لحقوق الإنسان على أنه ينتقص من عالميتها بل يشجع على تمتع جميع الناس على اختلافهم بهذه الحقوق"⁽²⁾.

وهو الشيء الذي أكدته إعلان فريبور بشأن الحقوق الثقافية من خلال الدعوة إلى "تشخيص البعد الثقافي لجميع حقوق الإنسان ومراعاتها لإثراء الكونية بالتنوع وتيسير امتلاك كل شخص لهذه الحقوق منفردا أو ضمن مجموعة"⁽³⁾. ويبعث النهج الذي يتبعه السكان الأصليون على مزيد من التفكير في موضوع البعد الثقافي لحقوق الإنسان، لأنهم ينظرون إلى الثقافة باعتبارها شاملة وجامعة للكل، بمعنى أن كل موضوع في مجال حقوق الإنسان يشمل البعد الثقافي⁽⁴⁾. غير أنه بالمقابل، لا يمكن القول أن جميع الممارسات الثقافية تتمتع بالحماية في القانون الدولي لحقوق الإنسان، وخير دليل على ذلك المادة 5 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الداعية إلى تغيير بعض الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة. مع التأكيد أن الثقافات تتسم بالدينامية وتخضع للعديد من التأثيرات والحوارات المجتمعية وحتى الصراعات، وتتغير بمرور الزمن. ومن باب قصر النظر وعدم الإلمام الكافي بالموضوع أن نقول إن الثقافات تناصر حقوق الإنسان أو تناقضها أو تنتهكها. والواقع أنها لا هذا ولا ذلك وإنما هي ساحة خصبة للتفاعل⁽⁵⁾.

وقد تخضع الحقوق الثقافية لقيود في ظروف معينة وفي سياقات وطنية ودولية خاصة. غير أنه لا ينبغي على غرار القيود الموجودة في القانون الدولي لحقوق الإنسان أن تكون

(1) Gregorio Peces-Barba Martinez; «Théorie générale des droits fondamentaux», LGDJ, Paris, 2004, P. 280.

(2) تقرير اليونسكو العالمي لسنة 2009 "الاستثمار في التنوع الثقافي والحوار بين الثقافات" باريس 2009.

(3) المادة 9 (د) من إعلان فريبور.

(4) تقرير الخبيرة المستقلة في مجال الحقوق الثقافية، السيدة فريدة شهيد، مرجع سابق، A/HRC/14/36، ص 12.

(5) المرجع نفسه، ص 17.

قاعدة وفي أي وقت وبدون استحضار تنمية الكرامة الانسانية، وهو ما أكدته اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، في تعليقها العام رقم 21 (الفقرة 19) سنة 2009، من خلال التأكيد على أنه:

"قد يستلزم الأمر في ظروف معينة فرض قيود على حق كل شخص في المشاركة في الحياة الثقافية، ولا سيما في حالة الممارسات السلبية التي قد تنتهك حقوق أخرى من حقوق الإنسان، بما في ذلك الممارسات التي تعزى إلى العادات والتقاليد. وينبغي لهذه القيود أن تتوخى تحقيق هدف مشروع، وأن تتوافق مع طبيعة هذا الحق، وأن تحتملها ضرورة تعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي، وذلك عملاً بالمادة الرابعة من العهد. ومن ثم، يجب أن تكون القيود تناسبية، أي أن تتخذ أقل قدر من التدابير التقييدية عندما يجوز فرض عدة أشكال من القيود"⁽¹⁾.

هذا وأكدت اللجنة بمناسبة نفس التعليق على ضرورة مراعاة المعايير الدولية لحقوق الإنسان فيما يتعلق بالقيود التي يمكن فرضها بطريقة مشروعة على الحقوق المرتبطة جوهرياً بالحق في المشاركة في الحياة الثقافية، فضلاً عن الحق في الخصوصية وحرية الفكر والوجدان والدين، وحرية الرأي والتعبير والتجمع السلمي، وحرية تكوين الجمعيات.

من جانب آخر وفي دراسة عن العلاقة بين الحقوق الثقافية والتنوع الثقافي؛ جاء في المادة الأولى من الإعلان العالمي بشأن التنوع الثقافي، أن هذا الأخير "يتجلى في أصالة وتعدد الهويات المميزة للمجموعات والمجتمعات التي تتألف منها الإنسانية".

وأن حماية حقوق الإنسان على الصعيد العالمي، بما فيها الحقوق الثقافية من جهة والتنوع الثقافي من جهة أخرى يعزز بعضهما الآخر بتأكيد قرار الجمعية العامة 64/174، وهو الأمر الذي يستوجب التأكيد على عدد من النقاط:

أولاً، أن الاحترام الكامل لحقوق الإنسان، ولا سيما الحقوق الثقافية ينشئ على النحو الذي ينص عليه الإعلان العالمي بشأن التنوع الثقافي، بيئة مواتية وضمانات للتنوع الثقافي. ومن ثمة، فإن الدفاع عن التنوع الثقافي واجب أخلاقي لا ينفصل عن احترام كرامة الإنسان. ذلك أن حرية التعبير، وتعدد وسائل الإعلام، والتعدد اللغوي، والمساواة في فرص الوصول إلى

(1) اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 21 (الفقرة 19) 2009، مرجع سابق.

التعبير الفني بجميع أشكاله والمعارف العلمية التكنولوجية، بما في ذلك المعارف في صورتها الرقمية، وإتاحة الفرصة لجميع الثقافات في أن تكون حاضرة في وسائل التعبير والنشر، هي كلها ضمانات للتنوع الثقافي. وأن من شأن ضمان ممارسة الجميع للحريات الثقافية تعزيز التنوع الثقافي⁽¹⁾.

علاوة على ذلك، يعتبر احترام التنوع الثقافي وحمايته وتعزيزه أمراً أساسياً لضمان الاحترام الكامل للحقوق الثقافية. وقد أعلن ذلك ضمناً في إعلان حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية وإلى أقليات دينية ولغوية، والذي يدعو الدول إلى حماية وجود هذه الأقليات وهويتها الثقافية والدينية واللغوية، وتهيئة الظروف الكفيلة بتعزيز هذه الهوية. وينبع ذلك أيضاً من إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية. كما أنه من شأن ضمان التنوع الثقافي في أي مجتمع أن يتيح للناس بغض النظر عن خلفياتهم فرصة التمتع بعدد كبير من الخيارات الثقافية. وتؤكد اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام رقم 21 أن واجبات الدول باحترام وحماية الحريات والتراث الثقافي والتنوع الثقافي متداخلة، وأن ضمان الحق في المشاركة في الحياة الثقافية يشمل الالتزام باحترام وحماية التراث الثقافي بجميع أشكاله واحترام وحماية جميع الفئات المجتمعية⁽²⁾.

ولضمان الحماية المتبادلة للحقوق الثقافية والتنوع الثقافي يتوجب بشكل خاص؛ الاعتراف بتنوع الهويات وأشكال التعبير الثقافي، والمعاملة المتساوية واحترام المساواة في الكرامة لجميع الأشخاص في المجتمعات، دون تمييز على أساس الهوية الثقافية، والانفتاح على الآخرين، والحوار، والتبادل الثقافي. ونظراً لأن الثقافة عملية حية وديناميكية، فليس المراد وضع حواجز بين الأفراد والجماعات من أجل حماية خصوصياتهم، ولا ينبغي حظر أو انتقاد النقاش الدائر حول الممارسات الثقافية، وأساليب الحياة، والنظرة إلى العالم. ومع ذلك، فمن مسؤولية الدولة أن تهيئ بيئة مواتية للتنوع الثقافي ولتمتع بالحقوق الثقافية، وذلك بتنفيذ التزاماتها باحترام تلك

(1) برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، تقرير التنمية البشرية لسنة 2004، ص 23، أنظر الرابط (شاهد في 18/01/2019): <http://www.un.org/arabic/esa/hdr/2004>

(2) تقرير الخبيرة المستقلة في مجال الحقوق الثقافية، السيدة فريدة شهيد، مرجع سابق، A/HRC/14/36، ص 14.

الحقوق وحمايتها والوفاء بها. ويقتضي ذلك اتخاذ عدد واسع من التدابير الإيجابية، منها التدابير المالية⁽¹⁾.

2- موقع إلى الحقوق الثقافية في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان

تتضمن المواثيق الدولية وممارسات آليات حقوق الإنسان العديد من الإشارات الصريحة والضمنية إلى الحقوق الثقافية بالمفهوم المثار في الجزئية السابقة. ويجب التذكير في هذا السياق إلى الترابط القوي بين الحقوق الثقافية ومنظومة حقوق الإنسان بحيث تشكل جزءاً هاماً من هذه المنظومة الأممية.

وتقرن بعض الدراسات مسألة الحقوق الثقافية بمبدأ تقرير المصير الثقافي، والذي يتطلب احترام الحقوق المتصلة بالثقافة والمنصوص عليها في عدد من المواثيق الدولية منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽²⁾، الذي يؤكد على عدد من التزامات الدول الأطراف في هذا الإطار، إذ ينص في المادة 22 منه على أنه:

"لكلِّ شخص، بوصفه عضواً في المجتمع، حقٌّ في الضمان الاجتماعي، ومن حقِّه أن تُوفَّر له، من خلال المجهود القومي والتعاون الدولي، وبما يتفق مع هيكل كلِّ دولة ومواردها، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي لا غنى عنها لكرامته ولتنمية شخصيته في حرية".

ويشكل إعلان مبادئ التعاون الثقافي الدولي (اليونيسكو 1966)، من المبادرات الهامة والتأسيسية لحقوق الثقافية، بحيث تكمن المبادئ الأكثر أهمية في الاعلان في إقرار حق الشعوب في تنمية ثقافتها، وأن لكل الثقافات كرامة وقيمة يتوجب احترامها والمحافظة عليها. وعليه يتوجب على الدول تنمية ثقافتها، مع ضرورة العمل على الاعتراف لجميع مواطنيها في الحق في التعليم وفي الحياة الثقافية⁽³⁾.

⁽¹⁾ اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 21، الفقرتان 48-54، مرجع سابق.

⁽²⁾ Mylène Bidault, op. cit., p. 239.

⁽³⁾ Denis Gingras, "René CASSIN et les droit de l'homme", thèse de doctorat, faculté des études supérieures de l'université LAVAL, Canada 1966, p. 238
<http://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk3/ftp04/nq25238.pdf>
(consulté le 20/01/2019).

1. يمكن اعتبار الحق في المشاركة في الحياة الثقافية أو المساهمة فيها، من أبرز الحقوق الثقافية، حيث جاء في عدد من النصوص والعهود الدولية كما هو الحال بالنسبة للمادة 15 (الفقرة 1. أ))، من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تقر بحق كل فرد في أن يشارك في الحياة الثقافية. والمادة 27 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث تنص على أنه:

"(1) لكل فرد الحق في أن يشترك اشتراكاً حراً في حياة المجتمع الثقافي وفي الاستمتاع بالفنون والمساهمة في التقدم العلمي والاستفادة من نتائجه.

(2) لكل شخص حق حماية المصالح المعنوية والمادية المترتبة عن إنتاج علمي أو أدبي أو فني من صنعه".

وقد اعتمدت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التعليق العام رقم 21⁽¹⁾، سنة 2009 والذي يوضح بشكل واسع نطاق هذا الحق ومضمونه؛ واصفاً هذا الحق في المشاركة في الحياة الثقافية بأنه حق. وضمان هذا الحق يقتضي من الدولة الامتناع عن التدخل واتخاذ إجراءات إيجابية لضمان وتيسير المشاركة في الحياة الثقافية.

ويشدد التعليق العام رقم 21 على وجود ثلاث عناصر أساسية ومتربطة لحق الفرد في الحياة الثقافية وهي: (أ) المشاركة في الحياة الثقافية، (ب) والوصول إليها، (ج) والإسهام فيها: أ- المشاركة في الحياة الثقافية: وهو حق كل فرد بمفرده أو بالاشتراك مع آخرين أو في نطاق مجتمع في التصرف بحرية، واختيار هويته، والارتباط أو عدم الارتباط بمجتمع واحد أو عدة مجتمعات أو تغيير هذا الاختيار، والمشاركة في حياة المجتمع السياسية، والانخراط في ممارساته الثقافية، والتعبير عن نفسه باللغة التي يختارها. ولكل فرد أيضاً الحق في السعي إلى الوصول إلى المعارف الثقافية وتنميتها وتقاسمها مع الآخرين.

ب- الوصول إليها: وهو حق كل فرد بمفرده أو بالاشتراك مع آخرين أو في نطاق المجتمع في معرفة وفهم ثقافته وثقافة الآخرين من خلال التعليم والإعلام، مع إيلاء أهمية اعتبار خاص للهوية الثقافية.

(1) اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 21، مرجع سابق، ص. 5.

ج- الإسهام في الحياة الثقافية: ويشير إلى حق كل فرد في المشاركة في إيجاد أشكال تعبير المجتمع الروحية والمادية والفكرية والعاطفية. وهذا أمر يدعمه الحق في المشاركة في تنمية المجتمع الذي ينتمي إليه الشخص، وفي تحديد ووضع السياسات والقرارات ذات التأثير على ممارسة الفرد لحقوقه الثقافية.

2. ويحظى الحق في التعليم، المعترف به المادة 26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أهمية بالغة وهو يشكل أحد الحقوق الأساسية للإنسان، من خلال التأكيد على أنه: "1. لكل شخص حق في التعليم. ويجب أن يُوفَّر التعليم مجاناً، على الأقل في مرحلتيه الابتدائية والأساسية. ويكون التعليم الابتدائي إلزامياً. ويكون التعليم الفني والمهني متاحاً للعموم. 2. يجب أن يستهدف التعليم التنمية الكاملة لشخصية الإنسان وتعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية. كما يجب أن يعزِّز التفاهم والتسامح والصدقة بين جميع الأمم وجميع الفئات العنصرية أو الدينية، وأن يؤيِّد الأنشطة التي تضطلع بها الأمم المتحدة لحفظ السلام.

3. للأباء، على سبيل الأولوية، حق اختيار نوع التعليم الذي يُعطى لأولادهم". وهو ما أكدته كذلك المادتين 13 و14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذلك في عدة معاهدات دولية أخرى مثل اتفاقية حقوق الطفل واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بأهمية حيوية. إذ تنص المادة 13 من العهد بشكل واضح لهذا الحق وتؤكد على ما يلي:

"1. تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل فرد في التربية والتعليم. وهي متفقة على وجوب توجيه التربية والتعليم إلى الإنماء الكامل للشخصية الإنسانية والحس بكرامتها وإلى توطيد احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية. وهي متفقة على وجوب استهداف التربية التعليم تمكين كل شخص من الإسهام بدور نافع في مجتمع حر، وتوثيق أو اصر التفاهم والتسامح والصدقة بين جميع الأمم ومختلف الفئات السلالية أو الإثنية أو الدينية، ودعم الأنشطة التي تقوم بها الأمم المتحدة من أجل صيانة السلم.

2....."

وتفيد هذه المادة بشكل صريح حق المكونات اللغوية باختلاف أصولها، في استعمال لغاتها الشفوية في مجالات التعليم والإعلام وفي كل مجالات الحياة، بشكل يضمن كرامتها ومساواتها أمام القانون، مع التأكيد على أن العيش المشترك يقتضي بالضرورة إشراك جميع المكونات الهوياتية للبلاد في الإسهام في الحياة الثقافية.

وبغية توضيح مضمون المادة 13 من العهد، ومساعدة الدول الأطراف على تنفيذ التزاماتها فيما يتعلق بتقديم التقارير الدورية اعتمدت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سنة 1999 التعليق العام رقم 13⁽¹⁾، لتفسير المضمون التقني للمادة 13 في شموليته والفقرة الأولى أعلاه، مؤكدة على وجود ثلاث جوانب في الفقرة وجب ضمانها؛ وهي أن يكون التعليم موجهاً نحو الحس بكرامة الشخصية الإنسانية، تمكين كل شخص من الإسهام بدور فاعل في مجتمع حر، وأن يشجع التفاهم بين جميع الفئات الاجتماعية وكذلك المجموعات "العرقية" والدينية. وأن التطبيق الدقيق والملائم لأحكام العهد يستوجب عدد من العناصر المترابطة والأساسية منها؛ عدم التمييز بمعنى أن يكون التعليم في متناول الجميع، ولا سيما أضعف الفئات في القانون وفي الواقع، دون تمييز لسبب من الأسباب.

ووفقاً لذلك دعت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الدول الأطراف إلى السهر على أن يكون التعليم متفقاً مع الأهداف والأغراض المحددة في المادة 13 (1)، واتفاقية حقوق الطفل (المادة 29 (1))، وإعلان وبرنامج إعلان فيينا (الجزء الأول، الفقرة 33 والجزء الثاني، الفقرة 80)، وخطة عمل عقد الأمم المتحدة للتثقيف في مجال حقوق الإنسان (الفقرة 2). وهو ما يؤكد وجود تأييد واسع النطاق حظيت به النصوص الأئفة الذكر من جميع أنحاء العالم.

وقد جرى تصنيف الحق في التعليم بعدة طرق مختلفة باعتباره حقاً اقتصادياً وحقاً اجتماعياً وحقاً ثقافياً. وفضلاً عن انطباق جميع هذه الصفات عليه، فإنه يمثل أيضاً حقاً مدنياً وحقاً

⁽¹⁾ التعليق العام رقم 13 (1999) الحق في التعليم، المادة 13 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ص. 1 - 2، أنظر الرابط التالي (شوهده في 2019/01/20):
<http://hrlibrary.umn.edu/arab/GC13.pdf>

سياسياً، لأنه أساسي للإعمال التام والفعال لهذين الحقيين كذلك. وبالتالي فإن الحق في التعليم يعبر عن عدم قابلية حقوق الإنسان للتجزئة، كما يعبر عن ترابط هذه الحقوق جميعها⁽¹⁾.
وبقدر ما أن الحق في التعليم يأخذ طابعاً وطنياً، إلا أنه يبقى لضمان ولوج الجميع للتعليم بشكل عادل على المستوى الجغرافي أحد الرهانات الأساسية لهذا الحق، ومرد ذلك أساساً لوجود تفاوتات جغرافية ومجالية في الاستفادة من تعليم يشجع على الحوار والتفاهم بين مختلف مكونات المجتمع الواحد.

وفي نفس الإطار أشارت عدد من الاتفاقيات والإعلانات الدولية إلى الحق في التعليم باللغة الأم والتعلم بها وتدرسيها أو التدريس بها، بما تحمله من قيم ثقافية تعزز التنوع الثقافي. ويعتبر إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية⁽²⁾ (2007) من النصوص الفريدة والمتميزة التي أثارَت مسألة الحق في اللغة حيث جاء في المادة 13 منه على أنه:

"للشعوب الأصلية الحق في إحياء واستخدام وتطوير تاريخها ولغاتها وتقاليدها الشفوية وفلسفاتها ونظمها الكتابية وآدابها ونقلها إلى أجيالها المقبلة، وفي تسمية المجتمعات المحلية والأماكن والأشخاص بأسمائها الخاصة والاحتفاظ بها".

وهي إشارة صريحة إلى حق كل مكونات المجتمع الهوياتية في تطوير لغاتها باعتبارها الحاملة لقيمها الثقافية والحضارية، والمساهمة - أي اللغات - في تنمية الهويات الثقافية، والإحساس بالانتماء الكامل للمجمع. وأن حماية التعدد اللغوي هو في نهاية المطاف حماية للعيش المشترك، وضمان استفادة الجميع من الحياة الثقافية لما تشمله هذه الأخيرة من عدد من القضايا الهامة المرتبطة بالحقوق الثقافية.

وترد كذلك إشارات للحق في التعليم باللغة الأم في عدد من الاتفاقيات الدولية منها الاتفاقية رقم 169 بشأن الشعوب الأصلية القبلية في البلدان المستقلة (1989)، حيث جاء في المادة 28 منها على أنه:

(1) اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 11، أنظر الرابط التالي (شاهد في <http://hrlibrary.umn.edu/arab/GC11.pdf>): (2019/01/22)
(2) اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 295/61، المؤرخ في 13 سبتمبر 2007.

1. يعلم أبناء الشعوب المعنية، حيثما أمكن ذلك عمليا، القراءة والكتابة بلغتهم الأصلية، أو باللغة التي يكون استخدامها أكثر شيوعا في الجماعة التي ينتمون إليها. وإذا تعذر ذلك، تجري السلطات المختصة مشاورات مع هذه الشعوب بغية اعتماد تدابير لتحقيق هذه الغاية.
2. تتخذ تدابير مناسبة لضمان أن تتاح لهذه الشعوب إمكانية التكلم بطلاقة باللغة الوطنية أو بإحدى اللغات الرسمية للبلد.
3. تتخذ تدابير للحفاظ علي اللغات الأصلية للشعوب المعنية ولتشجيع تطورها واستخدامها".

والحق في التعليم باللغة الأم حاضر في جدول الأعمال الدولي لحقوق الإنسان منذ الخمسينيات وتزايد الجدل حوله في التسعينيات من القرن الماضي، وكان لزيادة الآثار المالية المترتبة على تعددية اللغات في المدرسة من تفاقم الجدل القائم حولها. لكن بالمقابل ينبغي أن تكون المدرسة المثالية ملائمة خاصة للطفل، على أساس حق الطفل في أن يكون محبا للاستطلاع وأن يطرح أسئلة ويتلقى إجابات وأن يجادل وأن يبدي رأيا معارضا وأن يختبر وأن يخطئ وأن يعرف وأن يبدي وأن يكون تلقائيا وأن يعترف به وأن يحترم⁽¹⁾.

ويشكل الإعلان العالمي لحقوق اللغوية سنة 1996 ببرشلونة الإسبانية، وثيقة بالغة الأهمية في هذا السياق، لأنه ملاً فراغا كبيرا اتسمت به الإعلانات السابقة لحقوق الإنسان، حيث أنها لم تتطرق جميعها إلى الحقوق اللغوية التي يتم اعتبارها لأول مرة في هذا الإعلان حقوقا من الحقوق الإنسانية الأساسية في بعدها الفردي والجماعي. وتتمثل الإضافة الثانية التي يتسم بها الإعلان في مقارنته الشمولية لحقوق اللغوية والمجالات التي تطبق فيها، كالإدارات العمومية، والتعليم، وإطلاق الأسماء على المحلات، ووسائل الاتصال، والتكنولوجيات الجديدة، والثقافة، والمجال الاجتماعي ثم الاقتصادي⁽²⁾.

(1) - التقرير الأولي المقدم من المقررة الخاصة المعنية بالحق في التعليم، كاترينا توماسيفسكي، الدورة 55 للجنة حقوق الإنسان، يناير 1999، ص. 23، E/CN.4/1999/49، أنظر الرابط (شاهد في 2019/01/23):

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/SREducation/Pages/AnnualReports.aspx>

(2) عبد الهادي بوطالب: "الحقوق اللغوية حق اللغة في الوجود، والبقاء، والتطور، والنماء، والوحدة"، دار الكتاب، ط. 1، 2003، ص. 28 و 29.

3. من جانب آخر نجد الحق في الهوية⁽¹⁾ الثقافية من الحقوق المصنفة ثقافية ذات الحضور المتواتر في عدد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان. ويكتسي هذا الحق طابعا شموليا وبعدا دوليا من خلال سن موثيق واتفاقيات دولية توفر الحماية القانونية لهوية الفرد، وإلزام الدول بالعمل على احترامها وتكريسها في تشريعاتها الداخلية.

والهوية الثقافية والحضارية لأمة، هي القدر الثابت، والجوهري، المشترك من السمات العامة التي تميز حضارة شعب عن غيره من الحضارات، والتي تجعل للشخصية الوطنية، طابعا تتميز به عن الشخصيات الوطنية الأخرى⁽²⁾. كما يجب فهم الهوية بطياتها المتعددة وفهم الإمكانيات التي تحملها هوية جماعية تسمو على الاختلافات الفردية أو الثقافية أو الدينية أو الاثنية وغيرها.

وتعتبر اتفاقية حقوق الطفل (1989) نصا فريدا من نوعه فيما يتعلق بإقرار الحق في الهوية الثقافية، حيث نص بشكل صريح في المادة 8 منه على أنه:

⁽¹⁾ يمكن التمييز بين ثلاث مفاهيم للهوية شديدة الاختلاف؛ فهم يتعلق بالذات التكوينية والذات السوسولوجية وذات ما بعد الحداثة. فأما التكوينية، فارتكزت على مفهوم الانسان بصفته ذاتا تمتلك نزعة مركزية بالكامل، وفردا موحدًا يتمتع بقدرات العقل والوعي والفعل. وتتألف نقطة المركز لديه من لب داخلي ينشأ أولا مع ولادة الذات، ويتجلى مع نموها في الوقت الذي تبقى فيه الذات جوهريا كما هي خلال مرحلة وجود الفرد؛

وأما فكرة الذات السوسولوجية، فلقد عكست التعقيد المتنامي للعالم الحديث وإدراك أن هذا اللب الداخلي لم يكن مستقلا ومكتفيا بذاته، لكنه تشكل مع "آخرين وهميين" قامو بالوساطة لنقل القيم والمعاني والرموز - أي الثقافة - في العالم الذي تسكنه الذات. وبحسب هذه النظرة تتشكل الهوية من خلال التفاعل بين الذات والمجتمع.

أما من زاوية بعد الحداثة، فالهوية غير ثابتة أو مستدامة. وتصبح "احتقالا متنقلا" تتشكل وتتحوّل بصورة دائمة بالعلاقة مع الطرق التي تتمثل أو نخاطب فيها في النظم الثقافية التي تحيط بنا. إنها تتعّين تاريخيا لا بيولوجيا، تتخذ الذات هويات مختلفة باختلاف الأزمنة، هويات غير موحدة حول ذات منسجمة، نجد في داخلنا هويات متناقضة تدفعنا باتجاهات مختلفة، الأمر الذي يؤدي إلى أن تكون تماهياتنا متزحزحة على الدوام. فالهوية الموحدة بالكامل والمكتملة والمنسجمة هي استيهام. وبدلا من ذلك، نجد أننا موجهون بالعديد من الهويات الممكنة والهارية والتي تبعث على الحيرة، ومن الممكن التماهي مؤقتا بالحد الأدنى مع واحدة من هذه الهويات.

ستيوارت هال: "حول الهوية الثقافية"، ترجمة بول طبر، مجلة إضافات (المجلة العربية لعلم الاجتماع)، العدد الثاني سنة 2008، ص. 139 - 140، أنظر الرابط (شاهد في 2019/01/23):

<http://www.caus.org.lb/PDF/EmagazineArticles/I2-07.pdf>

⁽²⁾ عبد العزيز التويجري: "الهوية والعولمة من منظور التنوع الثقافي"، منشورات الإيسيسكو، الرباط 2005، ص. 19.

" 1- تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته،
إسمه، وصلاته العائلية على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل غير شرعي.

2- إذا حرم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته، تقدم الدول
الأطراف المساعدة والحماية المناسبين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته".

كما تتضمن عدد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان على مقتضيات هامة فيما يتعلق
بحماية الحق في الهوية الثقافية من ذلك الاتفاقيات المتعلقة بالأقليات والشعوب الأصلية،
وهكذا نص الإعلان بشأن حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية وإلى أقليات
دينية ولغوية (1992)⁽¹⁾ في مادته الأولى:

" 1- على الدول أن تقوم، كل في إقليمها، بحماية وجود الأقليات وهويتها القومية أو
الإثنية، وهويتها الثقافية والدينية واللغوية، وبتهيئة الظروف الكفيلة بتعزيز هذه الهوية".

ووجب التأكيد في سياق استحضار مقتضيات الإعلان بشأن حقوق الأقليات إلى أن
المقصود أساسا هو تجميع تصورات توجهات القانون الدولي لحقوق الإنسان بخصوص مجمل
القضايا الحقوقية وخاصة الحقوق الثقافية، وليس بالضرورة تصريف الواقع المجتمعي المغربي
المتميز بتعدد مكوناته الثقافية والهوياتية. ووجود تفاعل بين-ثقافي يتميز بوجود ثقافات
مختلفة، يفترض أن تتفاعل على قدم المساواة، مع إمكانية بلورة تعبيرات ثقافية مشتركة من
خلال الحوار والاحترام المتبادل.

كما تساهم بعض مبادرات المجتمع المدني في توضيح طبيعة الحقوق الثقافية منها الحق
في الهوية حيث جاء في إعلان فرايبور ما يلي:

"الهوية والتراث الثقافيان⁽²⁾: لكل شخص منفردا أو ضمن مجموعة الحق في:

أن يختار هويته الثقافية وأن يحترم بها في تنوع أنماط التعبير عنها، ويمارس هذا الحق
في ترابط خاصة مع حريات التفكير والمعتقد والدين الرأي والتعبير".

ويشكل هذا التفسير للهوية الثقافية الذي يطرحه إعلان فرايبور إضافة نوعية للمفاهيم
المنصوص عليها في عدد من المواثيق والاتفاقيات الدولية من خلال النص على عنصر

(1) اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 135/47 المؤرخ في 18 ديسمبر 1992.

(2) المادة 3 من إعلان فرايبور

اختيار الهوية الثقافية بما يؤكد أن الهوية وإن ارتبطت بحقوق الجماعة، إلا أن الاختيار قد يكون فرديا يعبر عن قناعات الفرد الثقافية والروحية.

فيما تؤكد عدد من المقتضيات في المواثيق الدولية على الحق في الهوية الثقافية منها خاصة إعلان ميكسيكو بشأن السياسات الثقافية 1982، حيث نص أن "تأكيد الهوية الثقافية يسهم في تحرير الشعوب. وأن أي شكل من أشكال السيطرة يمثل إنكارا لهذه الهوية وإخلالا بها". وبمناسبة إعلان ميكسيكو بشأن السياسات الثقافية والذي تبلور عن الندوة الدولية حول السياسات الثقافية، دعا المشاركون الدول إلى حماية وتنمية الهوية الثقافية باعتبار أهميتها القصوى ولارتباطها القوي بالتطلعات الجماعية للدول في التنمية⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة في السياق الوطني إلى أن الوثيقة الدستورية الحالية (2011) صنفت بعض مرتكزات الهوية الوطنية (مرتکز الدولة أو طبيعة النظام السياسي، ومرتکز اللغة، ومرتکز المعتقد) ضمن مجال "القيم الثابتة". وعلى خلاف ذلك يرى بعض الباحثين أنه من الصعب تصور الهوية الوطنية خارج فضائها الديناميكي القابل للبناء على الدوام، مما يصبغ مرتكزاتها بطابع نسبي يجعلها في موقع ينظر إليها من منظور تاريخي وجدلي⁽²⁾.

4. الحق في الإعلام والاتصال؛ نقر الفقرة 2 من المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بأن حرية التعبير تشمل حرية الفرد في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى.

وفي تأكيد على ما سبق اعتمدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان التعليق العام رقم 34 سنة 2011، وذلك بغية توجيه الدول الأطراف في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية نحو اعتماد سياسات عمومية تحترم حرية الرأي والتعبير خاصة في الجانب المتعلق بالتعبير الثقافي واللغوي الذي يطبع المجتمعات المتعددة الثقافات. وأكد التعليق العام في تفسيره

(1) Conférence Mondiale sur les politiques culturelles, Mexico, 26 Juillet – 6 Aout 1982, P. 59, voir:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000525/052505fo.pdf> (consulté le 2019/01/24)

(2) علي موريف: "الهوية الوطنية في الوثيقة الدستورية، رصد ومقارنة أولية لمظاهر التطور بين دستور 1996 و 2011"، مجلة أسيناك العدد 10، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط 2015، ص. 14.

للفقرة 2 من المادة 19 على ضرورة ضمان الدول الأطراف للحق في التعبير، بما في ذلك الحق في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود. ويشمل هذا الحق التعبير عن المعلومات التي تشمل أي شكل من أشكال الأفكار والآراء التي يمكن نقلها إلى الآخرين أو استلام تلك المعلومات، كما يشمل الحق في الخطاب السياسي والتعليق على الشؤون العامة ومناقشة حقوق الإنسان والصحافة والتعبير الثقافي والفني والتدريس والخطاب الديني.

كما تنص الفقرة 2 على حماية جميع أشكال التعبير ووسائل نشرها. وتشمل هذه الأشكال اللغة المنطوقة والمكتوبة ولغة الإشارة والتعبير بلغة غير لفظية، مثل الصور والقطع الفنية. وتشمل وسائل التعبير الكتب والصحف والمنشورات والملصقات واللافتات والملابس والوثائق القانونية، وتشمل كذلك جميع الأشكال السمعية والبصرية فضلاً عن طرائق التعبير الإلكترونية⁽¹⁾.

بحيث يجب أن يطبع التعدد والتنوع جميع أشكال التعبير ووسائل نشره، ذلك أن تحقيق حق حرية التعبير يسمح بوجود نقاش حي، متعدد الأوجه لقضايا تهم المصلحة العامة مما يؤدي إلى تبيان مختلف وجهات النظر. وأن حق كل فرد في أن يسمع ويتكلم ويشارك في الحياة السياسية والفنية والاجتماعية، هو جزء لا يتجزأ من تحقيق المساواة والتمتع بها. وعندما تحرم الشعوب من المشاركة في الحياة العامة، تصبح قضاياهم أكثر عرضة للتعصب الأعمى والانحياز والتهميش⁽²⁾.

بالإضافة لذلك نجد عدد من القضايا الخاصة بحماية وجود إعلام تعددي خاصة بعض الاتفاقيات الخاصة بالأقليات والشعوب الأصلية كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية رقم 169 بشأن الشعوب الأصلية والقبلية في البلدان المستقلة⁽³⁾ حيث نصت في المادة 30 على ما يلي:

(1) البند 12 من التعليق العام رقم 34 - المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الدورة 102 للجنة المعنية بحقوق الإنسان، سنة 2011، CCPR/C/GC/34.

(2) مبادئ "كامدن" حول حرية التعبير والمساواة، 2009، أعدت هذه المبادئ بالاستناد إلى نقاشات بين عدد من المسؤولين الأمميين وخبراء وأكاديميين في اجتماعات عقدت بلندن بين سنتي 2008 و 2009.

(3) اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في 27 يونيو 1989، في دورته السادسة والسبعين، تاريخ بدء النفاذ: 5 سبتمبر 1991.

1. تتخذ الحكومات تدابير تناسب تقاليد وثقافات الشعوب المعنية لتعريفها بحقوقها وواجباتها، وخاصة فيما يتعلق بالعمل، والإمكانات الاقتصادية، والمسائل التعليمية والصحية، والرعاية الاجتماعية، وكذلك بحقوقها الناشئة عن هذه الاتفاقيات.

2. يتم ذلك، عند الضرورة، عن طريق الترجمات التحريرية واستعمال وسائل الإعلام الجماهيري بلغات هذه الشعوب".

وهي مقتضيات تؤكد ضرورة أعمال سياسات إعلامية تعددية تسمح لمختلف المكونات الثقافية داخل الدول من التعبير عن تصوراتها وقضاياها وحقوقها بلغاتها. خاصة في ظل التهديدات الحقيقية التي تعترض التنوع الحقيقي لوسائل الإعلام وفرص الوصول للمعلومة، أمام تنامي الملكية الخاصة لوسائل الإعلام مع صعوبة ضبطها في ظل غياب تصورات حول مضمون وأهمية حماية التعدد اللغوي والثقافي في الإعلام.

5. الحق في الأرض وأنماط تدبيرها وتسييرها: تم تصنيف الحق في التملك وصيانة

الملكية ضمن حقوق الإنسان الأساسية بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي نص في المادة 17 منه "لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره. ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا". كما جاءت مقتضيات العهدان الدوليان لسنة 1966 منسجمة مع هذا التوجه من خلال التأكيد على حق الشعوب في تقرير مصيرها بنفسها وهي بمقتضى هذا الحق حرة في تقرير مركزها السياسي وحررة في السعي لتحقيق نمائها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي. كما لها الحق في التصرف الحر بثروتها ومواردها الطبيعية دونما إخلال بأية التزامات منبثقة عن مقتضيات التعاون الدولي القائم على مبدأ المنفعة المتبادلة وعن القانون الدولي. ولا يجوز في أية حال حرمان أي شعب من أسباب عيشه الخاصة.

وألزم العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في مادته 11 الدول بتحسين طرق انتاج وحفظ وتوزيع المواد الغذائية، عن طريق الاستفادة الكلية من المعارف التقنية والعلمية، ونشر المعرفة بمبادئ التغذية، واستحداث أو إصلاح نظم توزيع الأراضي الزراعية بطريقة تكفل أفضل إنماء للموارد الطبيعية والانتفاع بها.

وكتأكيد على الحقوق المرتبطة بالأرض، اعتمدت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز العنصري في دورتها 51 سنة 1997 التوصية العامة رقم 23⁽¹⁾، حيث تم النص على ما يلي:

"تدعو اللجنة الدول الأطراف، إلى أن تقر وتحمي حقوق الشعوب الأصلية في امتلاك وتنمية ومراقبة واستخدام أراضيها وأقاليمها ومواردها المشاعة، وفي حالة ما إذا حرمت، دون موافقة منها عن طيب خاطر وعن بيئة، من الأراضي والأقاليم التي كانت تمتلكها تقليدياً أو تسكنها أو تستخدمها بأي طريقة أو بأخرى أن تتخذ خطوات لإعادة تلك الأراضي والأقاليم. ولا تجوز الاستعاضة عن الحق في الاسترداد بالحق في التعويض العادل والمنصف والفوري إلا إذا تعذر ذلك لأسباب واقعية. وينبغي أن يكون ذلك التعويض في شكل أراضي وأقاليم كلما كان ذلك ممكناً".

وهو نفس الاتجاه الذي أقرته الاتفاقية رقم 169 بشأن الشعوب الأصلية والقبلية في البلدان المستقلة حيث جاء في المادة 14 منها:

"1. يعترف بحقوق الشعوب المعنية في ملكية وحيازة الأراضي التي تشغلها تقليدياً. وفضلاً عن ذلك، تتخذ تدابير في الحالات المناسبة لحماية حق الشعوب المعنية في الانتفاع من الأراضي التي لا تشغلها وإنما اعتادت دخولها من أجل أنشطتها المعيشية والتقليدية. وتولي في هذا المجال عناية خاصة للشعوب البدوية وللمزارعين المتنقلين.

2. تتخذ الحكومات ما يلزم من تدابير لتعيين الأراضي التي تشغلها الشعوب المعنية تقليدياً، ولضمان حماية فعالة لحقوق هذه الشعوب في الملكية والحيازة.

3. توضع إجراءات ملائمة في إطار النظام القانوني الوطني للبت في المطالبات التي تقدمها الشعوب المعنية فيما يتعلق بالأرض".

فيما دعت الاتفاقية إلى إيلاء حماية خاصة للشعوب المعنية في الموارد الطبيعية التي تخص أراضيها. ومن بين هذه الحقوق حق هذه الشعوب في المشاركة في استخدام وإدارة وصون هذه الموارد. وإلى احترام الإجراءات التي تضعها الشعوب المعنية لنقل الحقوق في

(1) التوصية العامة رقم 23 للجنة القضاء على التمييز العنصري، بشأن حقوق الشعوب الأصلية، A/52/18. أنظر الرابط (شاهد في 2019/01/25):

http://www.nchr.org.jo/arabic/Portals/0/Upload%20Folder/June/General_comments_2.pdf

الأرض فيما بين أفرادها. مع استشارة الشعوب المعنية كلما جرى النظر في أهليتها للتصرف في أراضيها أو لنقل حقوقها إلي أشخاص لا ينتمون إلى مجتمع هذه الشعوب⁽¹⁾. فيما أقر إعلان الأمم المتحدة بشأن الشعوب الأصلية (2007) حق هذه الشعوب في حفظ وتعزيز علاقاتها الروحية المتميزة بما لها من الأراضي والأقاليم والمياه والبحار الساحلية وغيرها من الموارد². وهو إقرار ضمني بمكانة الأرض في ثقافة الشعوب وارتباط تديرها والاستفادة من خيراتها بالممارسات الثقافية والتقاليد وحتى بوجود ارتباط روحي ثقافي بينها - الأرض - وهذه الشعوب.

وهو ما حدا بالإعلان لدعوة الدول كإقرار لهذا الارتباط الثقافي، على العمل جنبا إلى جنب مع الشعوب المعنية بوضع وتنفيذ عملية عادلة ومستقلة محايدة ومفتوحة وشفافة تمنح الشعوب الأصلية الاعتراف الواجب بقوانينها وتقاليدها وعاداتها ونظمها الخاصة بحيارة الأراضي⁽³⁾.

من خلال هذه النصوص يمكن استخلاص عدد من المبادئ العامة وهي أساسا:

- الحق في ملكية الأراضي ومواردها حق للأفراد وللشعوب؛
- تدبير الأراضي والملكية العقارية والموارد الطبيعية يقتضي التشاور وإشراك كافة المعنيين؛
- الأرض كائن حي يجب ضمان استمراريته ونموه، ولا سيما عن طريق تثمين الممارسات المحلية؛
- المنسجمة مع الأنظمة البيئية؛
- عملية الترحيل ونزع الملكية وضعت لها ضوابط لحماية الأفراد والجماعات الأصلية⁽⁴⁾.

(1) المواد 15، 16 و 17 من الاتفاقية 169 بشأن الشعوب الأصلية والقبلية.

(2) المادة 25 من إعلان الأمم المتحدة بشأن الشعوب الأصلية.

(3) المادة 27 من إعلان الأمم المتحدة بشأن الشعوب الأصلية.

(4) التيجاني الهمزاوي: "الحق في الأرض والموارد الطبيعية بين المرجعية الدولية لحقوق الإنسان والواقع المغربي"، أعمال الندوة الدولية حول الأرض تحديد التراب والموارد الطبيعية، أكادير 7 - 10 ماي 2015، منشورات جمعية الجامعة الصيفية، ط 1، أيت ملول، يونيو 2016، ص.24.

6. الحق في الوصول إلى التراث الثقافي: وهو تعبير عن الحق في الولوج العادل والمساوي للحياة الفنية والعلمية، ولكل التظاهرات الهادفة للرفق بالإبداع البشري. وهي ترجمة للحق في المشاركة في الحياة الروحية للمجتمع، مع ضمان تنمية المستوى الثقافي لكل المكونات الثقافية داخل المجتمع، بشكل يسمح لكل الأفراد من التمتع بالأعمال العلمية والأدبية والفنية⁽¹⁾. وفي زيارتها للمغرب سنة 2011 أكدت الخبيرة المستقلة في مجال الحقوق الثقافية، بأن الحق في الوصول إلى التراث الثقافي والتمتع به يشمل حق الأفراد والجماعات في جملة أمور منها معرفة التراث الثقافي وفهمه والدخول إليه وزيارة مواقعه واستعماله وحفظه وتبادلته وتطويره، إلى جانب الاستفادة من التراث الثقافي للآخرين ومن إبداعاتهم. ولذا ينبغي للدول أن تكفل وصول الفرد إلى التراث الثقافي لجماعته وكذلك التراث الثقافي للآخرين. وينبغي أن يفهم التراث الثقافي على أنه يشمل أيضا تاريخ الجماعات وشخصياتها البارزة وتراثها اللغوي⁽²⁾. والحديث عن التراث الثقافي في سياق حقوق الإنسان يقتضي مراعاة تعدد التراث الثقافي الذي يعبر من خلاله الأفراد والمجتمعات عن انسانيتهم ويضفون على وجودهم معنى ويشكلون رؤاهم ويمثلون تفاعلهم مع القوى الخارجية التي تؤثر على حياتهم. وينبغي أن يفهم التراث الثقافي على أنه الموارد التي مكنت عمليات إبراز الهوية الثقافية والتطور والمجتمعات التي ترغب، بصورة ضمنية أو صريحة، في نقلها إلى الأجيال المقبلة⁽³⁾.

وعلى الرغم من عدم وجود تعريف شامل وموحد للتراث الثقافي إلا أنه يمكن أن يقدم باعتباره مجموع الإنتاج المادي للمجتمع الثقافي كالمآثر الأثرية التاريخية أو الثقافية أو الجمالية، وغير المادي كالعادات والتقاليد والممارسات والمعتقدات الروحية وأشكال التعبير الفني والفولكلور، والتراث الطبيعي كالمحميات الطبيعية المنتزهات وغيرها.

وترد عدد من الإشارات في القانون الدولي لحقوق الإنسان ذات صلة بالحق في التراث الثقافي، منها ما ينظر إلى هذا التراث على أنه يتطلب حماية خاصة في أوقات النزاعات

(1) Mylène Bidault, op. cit. p. 431.

(2) تقرير الخبيرة المستقلة في مجال الحقوق الثقافية، فريدة شهيد، بعثة إلى المغرب 5 - 16 سبتمبر 2011، A/HRC/20/26/Add.2.

(3) تقرير الخبيرة المستقلة في مجال الحقوق الثقافية، فريدة شهيد، حول الحق في التراث الثقافي، مارس 2011، A/HRC/17/38.

والحروب. ووفقا للقانون الجنائي الدولي، يمكن أن تشمل المسؤولية الجنائية الفردية الجرائم الخطيرة التي ترتكب بحق التراث الثقافي⁽¹⁾. وتجدر الإشارة على وجه الخصوص بأن تدمير الممتلكات الثقافية بنية التمييز ضد مجتمع محلي له ثقافته الخاصة يمكن أن يدان باعتباره جريمة ضد الإنسانية وتدميرا مقصودا للملكية والرموز الثقافية والدينية يمكن اعتباره دليلا على التدمير المقصود لمجموعة ما بالمعنى الوارد في اتفاقية الإبادة الجماعية⁽²⁾.

كما تم اعتماد عدد من الاتفاقيات لحماية التراث الثقافي خاصة منظمة اليونسكو التي اعتمدت اتفاقية تتعلق بحماية التراث الثقافي والطبيعي العالمي (1972)؛ والاتفاقية بشأن حماية التراث الثقافي المغمور بالمياه (2001)، واتفاقية حماية التراث الثقافي غير المادي (2003)، وهي اتفاقيات أجمعت بالإضافة لعدد من المبادرات الإقليمية⁽³⁾ على ضرورة حفظ التراث الثقافي.

وفي هذا السياق يؤكد إعلان اليونسكو بشأن التدمير المتعمد للتراث الثقافي (2003) على أن:

"التراث الثقافي مكون مهم من مكونات الهوية الثقافية للمجتمعات المحلية والمجموعات والأفراد وللتماسك الاجتماعي وأن تدميره المقصود قد تترتب عليه عواقب وخيمة بالنسبة للكرامة الإنسانية ولحقوق الإنسان"⁽⁴⁾.

ومن بين الأحكام الصريحة المتصلة بالحق في الوصول إلى التراث الثقافي والتمتع به، نجد المادة 15(1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تفرض على الدول الإقرار بحق كل فرد في أن يشارك في الحياة الثقافية. وتشدد اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام رقم 21، على أن "الالتزامات باحترام وحماية الحريات والتراث الثقافي والتنوع الثقافي تكون مترابطة في حالات كثيرة". وتوضح اللجنة أن الالتزام باحترام الحق في المشاركة في الحياة الثقافية؛ يشمل اتخاذ التدابير

(1) المادة 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(2) تقرير الخبيرة المستقلة في مجال الحقوق الثقافية، فريدا شهيد، حول الحق في التراث الثقافي، مرجع سابق، ص. 9.

(3) على وجه الخصوص اتفاقية حماية التراث الثقافي الأثري والفني للأمم الأمريكية (1972)، الميثاق الثقافي لإفريقيا (1972)، واتفاقية مجلس أوروبا بشأن قيمة التراث الثقافي للمجتمع (2005).

(4) إعلان اليونسكو بشأن التدمير المتعمد للتراث الثقافي، الديباجة.

المحددة الهادفة إلى تحقيق احترام حق كل فرد بمفرده أو بالاشتراك مع الغير في نطاق مجتمع محلي أو جماعة في الوصول إلى تراثه الثقافي واللغوي وإلى تراث الآخرين⁽¹⁾. كما تتضمن بعض الإعلانات الدولية عدد من المقتضيات الهامة بخصوص التراث الثقافي، ومثال على ذلك إعلان الأمم المتحدة بخصوص الشعوب الأصلية الذي ينص في المادة 31 منه على ما يلي:

"للشعوب الأصلية الحق في الحفاظ على تراثها الثقافي ومعارفها التقليدية وتعبيراتها الثقافية التقليدية وحمايتها وتطويرها، وكذلك الأمر بالنسبة إلى مظاهر علومها وتكنولوجياتها وثقافتها، بما في ذلك الموارد البشرية والجينية والبذور والأدوية والنباتات والتقاليد الشفوية والآداب والرسوم والرياضة بأنواعها والألعاب التقليدية الفنون البصرية والفنون الاستعراضية. ولها الحق أيضا في الحفاظ على ملكيتها الفكرية لهذا التراث الثقافي والمعارف التقليدية والتعبيرات الثقافية التقليدية وحمايتها وتطويرها."

وتضيف المادة 24 أن للشعوب الأصلية الحق في تعزيز وتطوير وصون هياكلها المؤسسية وعاداتها وقيمها الروحية وتقاليدها وإجراءاتها وممارساتها المتميزة، وكذلك نظمها أو عاداتها القانونية، وفقا لمعايير حقوق الإنسان الدولية.

إن، الحق في حماية التراث الثقافي يسري على عدد مهم من الممارسات المجتمعية التي تميز الجماعة البشرية، بحمايتها نحمي الحق في العيش المشترك وهي أساسا؛ التعبيرات الفنية والفلكلورية والتعبير عنها بمختلف الوسائل وفي مختلف المناسبات، والتمتع بالأعمال الأدبية ونشرها، وحماية المآثر التاريخية وصيانتها، وحفظ المعارف التقليدية، كما يجب أن يفهم التراث الثقافي أيضا بأنه يشمل تاريخ الجماعات وشخصياتها التاريخية البارزة عبر تدريسه ونقله للأجيال المعاقبة كحق ثقافي يشكل جزء لا يجتزئ من حقوق الإنسان في شموليتها.

(1) اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 21، ديسمبر 2009.

اشكالية ضعف الدولة الغنية الفاشلة

أ. نظير محمود امين⁽¹⁾

بقاء ضعف الدولة الغنية بالرغم من توفر معطيات جغرافية طبيعية وبشرية تؤهلها للتطور بمعطيات يكون بسبب بعدها عن احتضان تعابير قوانين التطور العلمي، والنظم والتشكيلات الموائمة له، وعجزها عن توظيف هذه القوانين في المواكبة المستديمة للتطور التكنولوجي في فن التنظيم الحالي لتعبئة الذكاء البشري، والذكاء الاصطناعي والموهبة في استخدام وتطوير الموارد المائية وبقائها رهينة للمفاهيم التقليدية في ضمان امنها القومي دون رفده بالحلقات العالية التقنية والتطور الهائل في ثورة المعلومات والاتصالات والقدرة على مواجهة الحروب الالكترونية، سيجعلها اسيرة التفوق الاقليمي، وستكون منطقة استقطاب للتنافس والصراع الدوليين عليها.

الضعف المقصود هنا، هو ضعف شامل لطبيعته ترابط وتكامل الانظمة الفرعية في النظام العام للدولة. وهذا ما يميز الدولة ككيان هرمي متشابك، والذي يحتاج من أجل تطوره والمحافظة عليه ان يكون التطور في جميع هذه الانظمة الفرعية، ليكون النظام العام قادر على استيعاب الواقع المحلي، والتكيف مع الواقعين الاقليمي والدولي. وبرز مظاهر تطور وتقدم النظام العام تتجسد في قدرة النظام العام على اشباع حاجات الناس، وتطوير مستوياتهم المعيشية نحو الرفاهية، مستوعبا كل ما يطرأ من متغيرات على النظام الاقتصادي الدولي، ونظاما اجتماعيا قادرا على ايجاد المشترك العام لجميع كتله واحزابه، وطوائفه نحو الاهداف والغايات العليا ليشكل العلم ربطا مهما لهذا المشترك العام راعيا المبادئ والعدل والمساواة وضمان تمتع الافراد لحياتهم وحقوقهم من اجل الابداع في تطوير هذا الرابط الذي يلعب دوراً مهما في تفعيل وتوسيع مقدرات الامن القومي في الدفاع عن المصالح والمؤسسات والقيم.

⁽¹⁾ جامعة جيهان - اربيل / قسم العلاقات الدولية والدبلوماسية.

والضعف المصنف هنا هو ما يشير اليه التصنيف الحديث للمعايير التي تحدد الدول الفاشلة بالرغم من وجود تلك المستلزمات المادية التي اهلت غيرها من الدول نحو التطور والتقدم؛ من اجل الخروج من اطار الدولة الضعيفة العاجزة عن الدفاع عن نفسها، الى اطار الدول المقنطرة في حماية نفسها؛ والدفاع عن مصالحها.

مشكلة الدولة الغنية بمواردها عندما يكون الضعف فيها معمم، اين الضعف منتشر في انظمتها الاقتصادية الادارية والصحية والتعليمية والقضائية والامنية ان القوى الدولية تضعها بشكل محدد في مشاريع سياستها في الهيمنة عليها؛ والاستحواذ على ثرواتها تحت مسوغات بيع توفير الحماية لنظامها السياسي، لان لغة الاستراتيجيات والعلاقات الدولية تؤكد ان فضاء الدولة الغنية الضعيفة لا بد من املائه من دولة او دول اقوى. ومن هذه النافذة تدخل الصراعات بين القوى الدولية العظمى.

ان ابرز معايير تصنيف الدول الضعيفة او الفاشلة تتعلق في (ارتفاع أو انخفاض الدخل السنوي للفرد - ارتفاع أو انخفاض معدل الانتاج؛ والدخل القومي؛ تخلف او تطور الانتاج الزراعي والصناع؛ الواقع الصحي والتعليمي الاداء الوظيفي.. الخ) اضافة الى غياب القدرة على الدفاع عن النفس تجاه التهديدات الخارجية، أو عدم التأثير على الدول الاخرى في المحيطين الاقليمي والدولي، لذلك نجد ان الدولة الضعيفة الفاشلة الغنية بمواردها الطبيعية تكون محط اجتماعات وتفاهات اقليمية ودولية متواصلة هدفها ليس تخلص الدولة من امراض ضعفها وإنما تقاسم المنافع.

• أهمية البحث:

الاهمية نابعة من خطورة التداعيات الامنية والاقتصادية والسياسية التي ترتبها حالة استقطاب الدول الاقوى على الدولة الضعيفة الغنية، على حاضر ومستقبل الدولة الضعيفة؛ وعلى امن الاقليم الذي تقع فيه الدولة الضعيفة بشكل ينعكس سلباً على الامن والسلم الدوليين.

• أهداف البحث:

يهدف البحث الى دراسة وتحليل اسباب ضعف؛ وتداعيات الدول الفاشلة لا سيما الغنية منها بثرواتها الطبيعية، ويقدم حلول ممكنة التحقق في احتواء التداعيات الامنية والاقتصادية والسياسية في المستويات المحلية والاقليمية والدولية.

• إشكالية البحث:

البحث يتعرض لحل اشكالية بقاء وتعاضم الصراعات الدولية نتيجة بقاء وتعاضم تداعيات الاستقطاب الدولي على ثروات الدول الفاشلة والضعيفة، فهل توجد حلول ممكنة التحقق في المستوى القريب المنظور لحل هذه الاشكالية؟ ان زيادة أعداد الدول الغنية الضعيفة في العالم يرتب زيادة في الصراعات الدولية وقد ينتج عنها حروب محلية او اقليمية تصدع الامن والسلم الدوليين، وتعاضم هذه الخطورة يوجب امعان الباحثين والدارسين في هذا الشأن، فعليهم تقديم طروحات عملية واقعية تعالج هذه المشكلة. وهنا يلاقي الباحث او الدارس صعوبات بالغة في تتبع وتحليل ذلك التداخل المحلي الاقليمي الدولي في صيرورة الضعف والفشل في دول معينة في العالم. وتقديم اجوبة على اسئلة مختلفة متعلقة بهذه الصيرورة.

• فرضية البحث:

الضعف والفشل يبدأ من ابتعاد النظام العام للدولة عن استيعاب التطور العلمي التكنولوجي، لأنه يعيق الدولة الضعيفة من توظيف ثرواتها بشكل هدي يفضي الى اكتساب الدولة القوة الشاملة الفاعلة والمؤثرة للدفاع عن نفسها؛ وافشال مخططات احتوائها ونهب ثرواتها.

○ المبحث الأول: مظاهر القوة التقليدية للدول

إن ظاهرة الاحتلال والاستعمار، ثم ظاهرة الهيمنة والسيطرة على السلطة العالمية كلها جاءت بتفوق بعض التنظيمات العلمية العملية البراغماتية السياسية والاقتصادية والعسكرية لبعض الجماعات البشرية على الاخرى، ومن واكب هذا التفوق وأدامه بكافة عناصر القوة المتطورة مع جوهر اهداف هيمنة دول على اخرى ومن بقي خارج هذه المواكبة فقد قوة التأثير وتحقيق عين الاهداف وقد يتعرض الى التهميش والعزلة وحتى الاحتلال بسبب عدم قدرة مقومات القوة التقليدية مجابهات المقومات الحديثة المتطورة بفعل المتغير العلمي:

1. البيئة الجغرافية:

لم تقتصر مخاطر تخلف الدولة الغنية في مضامين العلم والتكنولوجيا على امنها القومي فحسب، بل قد يتعدى ذلك الى حقها في البقاء في البيئة الدولية ونقصد بالدول الغنية بمعطيات الجغرافية الطبيعية من والمواد الاولية، والموقع، التي اعتبرت أصحاب المدرسة الجيوبوليتيكية

التقليدية عناصر قوة رئيسية، متناسبين الاثار الجسيمة التي سيرتبتها التخلف العلمي التكنولوجي والذي انعكس على الدولة في التفاعلات الدولية، ان اعادة صياغة الجغرافية من تنظيم السدود، وانشاء طرق مواصلات بعد ازالة العوائق الارضية من جبال وكثبان، وبناء موانئ بعد تنظيم السواحل والشواطئ، وانشاء طرق مواصلات جوية وبحرية بعد دراسات طوبوغرافية وجيولوجية ومناخية وغيرها كلها تمت بفضل الثورة العلمية التكنولوجية، وقد اهتمت اليها العلماء قبل قيام الدول القومية في القرن الخامس عشر، وتكثفت العلاقات التكاملية بين معطيات الجغرافية الوطنية وقوة الدولة حتى بدايات القرن العشرين، حيث اضحى الاثر واضحاً في رسم السياسة الداخلية والخارجية وتبوء نوع المكانة في العلاقات الدولية، حتى تبني السياسيون معادلة عن "الحنمية الجغرافية" اشار اليها فيكتور كوزان ومفادها (أعطوني خريطة بلد وهيئته ومناخه مياه Victor Cusin فيكتور كوزان ومجموع نباتاته وحيواناته.. الخ وانا اتكفل بان اقول لكم جازما من سيكون رجل هذا البلد وما سيكون دور هذا البلد في التاريخ وليس من زمن معين بل في جميع الازمنة)⁽¹⁾. مستندا في اطروحته على اعتبار ان الدولة التي تم التعرف عليها متصلة بأرض تمارس عليها كامل اشرافها، وان الامام بها لا ينفصل عن الامام بالأرض، وان الارض وما تحتويه تؤثر في زيادة سلطة الدولة أو أنقاصها، وان أهم صورة عن هذا التأثير هو تمكنها بحرية من توفير الاحتياجات الانية والمستقبلية للسكان، والمحافظة على هويتها الخاصة المتأنتية من خلال التفاعل العميق في التاريخ بين البيئة الجغرافية والمبادئ الاساسية لقيمها وتكون في وضع أقل تبعية حيال الدول الاخرى لا نها تملك القدرة التقليدية لحماية أرضها، ونستدرك هنا مقولة را تزال الشهيرة عن الارض وحمائتها حيث قال (ان كل دولة هي بالضرورة في صراع مع العالم الخارجي للدفاع عن الفراغ الذي تشغله وكل دولة متينة التنظيم تحاول زيادة فراغها بمختلف الوسائل لتأمين موارد ومنافع اكثر)⁽²⁾. أرتبط ذلك بمفهوم الأمن القومي الذي دمج بين فكرة الارادة على الاخرين وحق حماية الذات، حين خول الدولة استخدام ما يتوفر لديها من الوسائل المادية وغير المادية لبقائها وذاتها ومصالحها. ويوعز الباحثون

(1) بيير رينوفان، وجان باتيست، مدخل الى تاريخ العلاقات الدولية، مكتبة الفكر الجامعي، لبنان، بيروت 1967، ص 16.

(2) المصدر نفسه، ص 39.

من المدرسة السلوكية أصل هذه الفكرة الى خاصية العدوانية لدى الانسان البدائي وبالذات عدوانية التملك الذي يبدأ من امتلاك الذات وقد لا ينتهي الا عند امتلاك العالم⁽¹⁾.
بيد ان ما يهمننا ان هذه الافكار أظهرت مفهوم (الفراغ الحيوي) الذي اعتمدته المدرسة الجيوبوليتيكية التقليدية، حيث اعتبرت حينها ان سيطرة روسيا على النجود والسهوب المحيطة بها والتي كانت معبر الغزوات الكبرى عملية تنظيم الفراغ وفي نفس السياق اعتبرت امعان ضم المانيا الهتلرية لا جزاء من بولندا وبلجيكا الى المانيا فترة ما قبل الحرب العلمية الثانية⁽²⁾. وترادفت مع هذا المفهوم ظهور فكرة (مراكز القوة الطبيعية) وكأن الكتاب كانوا فترة الحربين العالميتين الاولى والثانية يؤطرون السبل لتلبية الحاجة المستديمة للنظم الاقتصادية الاوربية في ايجاد الاسواق الجديدة والايدي العاملة الرخيصة مما اظهر صراعا دوليا جوهره تنازع الارادات الوطنية، وهو تنازع ناتج عن الاختلاف في دوافع الدول وفي تصوراتها وأهدافها وتطلعاتها وفي مواردها وامكانياتها ولكي تفوز هذه الدول في هذا الصراع أخذت تبحث عن مصادر جديدة لزيادة امكانياتها وقدراتها ولذلك برزت الظاهرة الاستعمارية في العلاقات الدولية، وان تغيير اللاعبين في هذه الظاهرة، حيث بقي البعض ورحل البعض وجاء غيرهم كان يفعل المتغير العلمي الاقتصادي الذي غير في خارطة التفوق الدولي.

2. الأرض:

اهم مكون الأرض في هذه البيئة وان سعة الارض وعدم انغلاقها وقربها من السواحل ومنافذ البحار ونقاط ارتكاز المواصلات الدولية واحتوائها على وفرة الثروات الطبيعية والمواد الاولية وتنوع الطقس والنبات الطبيعي وكثرة المحاصيل الزراعية والثروة الحيوانية.
وبالتأكيد هذه المعطيات الحياتية للشعب وتوفر له حرية كبيرة للحركة نحو النمو والتطور والمكانة المرموقة (الهيبة الدولية) في البيئة الدولية وفي المقابل فان الشعوب التي تشغل فراغا صغيرا يفتقر الى كل او جزء من هذه المعطيات الايجابية للجغرافيا تتصف باستعدادات فكرية اكثر تهيبا وتواضعا ولا ترتقي الى المكانة المرموقة في البيئة الدولية، وغالبا ما تكون دوله

(1) د. محمد مصالحة، مسألة الامن القومي، بين المفاهيم والواقع، النصوص، شؤون عربية، العدد 35، لسنة 1983.

(2) بيير رينوفان، مصدر سابق، ص32.

اسيرة الاعتمادية على الدول الكبرى، وان حدثت استثناءات في هذه الدول ستكون بالتأكيد بفعل العامل الانساني المقرون بالتطور النوعي للإنسان، حين وظف العلم في السيطرة فضاء دولته وفضاءات الدول الأخرى، او على السيطرة على مياهه الاقليمية والمياه الاقليمية للدول الأخرى.

3. الثروة الطبيعية والمواد الأولية:

تصاعدت اهمية الطاقة مع تقدم التقنيات الصناعية، فقد اعطى الفحم في تفاعلات العلاقات الدولية اهمية متفوقة للدول التي تملك طبقات فحمية كبر وجاء عهد الطاقة المائية ليدخل في حياة الصناعة الكبرى في مناطق جبلية ظلت من خارج حدود الاهتمام الساسي.⁽¹⁾ وفي العقود الاولى للقرن العشرين ولغاية الان تصاعد دور البترول والغاز في العلاقات الدولية جراء اتساع استخدامه لأغراض طاقة واغراض عديدة للصناعة، الامر الذي ابرز اهمية كبيرة للمناطق الجبلية المنتجة له، والتي لم يولها احد حتى ذلك الحين غير اهمية بسيطة، ثم جاءت مصادر الكونغو من اليورانيوم بعد عام 1945 م حيث استثمرت استثمارا واسعا فأسندت لهذا البلد المنسي حينها مركزا هاما ولو لحين من الزمن⁽²⁾. ومع التطور العلمي اخذت التكنولوجيا الصناعية تلبى بصورة مستديمة تتسع كما ونوعا احتياجات المجتمعات الاستهلاكية فارتفعت الاهمية السياسية لمناطق الاخشاب والقصدير والنحاس والحديد والالمنيوم والكبريت... الخ، وبسبب عدم التعادل في مصادر الثروات الطبيعية والمواد الأولية المنتشرة في الكرة الارضية، وبفضل التطور الملحوظ في وسائل النقل والمواصلات والاتصالات والتفوق العسكري للأوروبيين، اصبحت الموارد الطبيعية والاولية اكثر عمقا واتساعا واهمية في الصراعات الأولية⁽³⁾. واصبحت المنافسة بين الدول عانية حول الهيمنة على منافذ الموارد الطبيعية والاولية، وقد حدثت حروب عديدة بسببها، وكانت هذه الحروب تزداد ضراوة كلما كانت الشعوب ذات الخواص التنظيمية المتبينة الفاعلة وصاحبة الامكانيات التكنولوجية

(1) ج. موريس و. ا. ج. ديكنز، تاريخ العلم والتكنولوجيا، ج2 ترجمة اسامة امين القوي، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، ص12.

(2) بيير رينوفان مصدر سبق ذكره، ص47.

(3) روبرت جيلين، الحرب والتغيير في السياسة الدولية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ص149.

المواكبة للتطور المستديم تمعن في سياسة الهيمنة على الثروات الطبيعية والموارد الأولية تجاه الدول (الضعيفة) وكان الحق معها في ذلك، وهل صحيح ان الواقع يفرز دائما حقيقة ان الموارد الدفينة والثمينة تحت الارض وفوقها لا تجدي الا اولئك القادرين على ان يستخلصوا منها افضل المنافع والقدرة هنا تعني الامكانية على تطبيق قوانين التطور العلمي التكنولوجي وتوظيفها في فاعليات قوة التأثير للاستحواذ على ما تحتاجه الدول الضعيفة.

وبالعكس نستطيع ان نقول بان الدولة التي لا تملك النظم والتشكيلات المتفاعلة مع التطور العلمي التكنولوجي، ولكنها تملك حظا وافرا في الثروة الطبيعية والمواد الأولية، تكون عامل تصعيد في هذه المنافسات والصراعات التي تأخذ اشكالا عديدة حسب تطور وتغيير وسائلها.

4. البيئة النفسية:

قوامها مجموعة القيم والمثل التي تشكل دافع نفسي للأفراد نحو التقدم ونحو العمل الجماعي ونحو احترام الوقت وتقسيم العمل ونحو العدالة الاجتماعية ونحو بناء قيادة كاريزما او قيادة جماعية، كل ذلك يرتب الشعور بالراحة على القيم والتراث ونمو الثقافة وتدعيمها كلها تتجسد في بناء فكر ومؤسسات امنية تخلق الاطمئنان، ام محرك العقيدة، التي يتفق عليها اكثرية ابناء الشعب كانت وما زالت تقف خلف تقديم التضحيات التي تنتزع النصر، النصر في اوقات السلم في الحفاظ على الدول، وفي اوقات الحرب في صد خطر الاحتلال.

عناصر القوة الروحية تشكل المنظور الامني الحديث المتفاعل مع الاخلاق والقيم والايديولوجيات الوطنية الذي ابرز جملة من المفاهيم تتكامل الابعاد الامنية السياسية مع الابعاد الثقافية في حماية قيم الامة، لذلك نجد بعض التعاريف للأمن تتطرق لهذه الحالة ن منها تعريف امن الدولة، هو (القدرة لحماية الامة من خطر القهر على يد قوة خارجية) وفي تعريف اخر (انه قدرة الامة على حماية قيمها الداخلية من التهديد الخارجي) وعرفه والتر ليمان (تكون الدولة امنه عندما لا تضطر الى تكريس مصالحها المشروعة لتقاضي الحرب، وهي ايضا قادرة في حالة التحدي والضرورة على تكريس هذه المصالح لمواجهة الحرب)،

واخير يعرفه هنري كيسنجر (انه يعني اي تصرفات يسعى المجتمع عن طريقها الى تحقيق حقه في البقاء)⁽¹⁾. فالنصر على التحدي ينبع من داخل البيئة النفسية للشعب. الكثيرون تحدث عن القدرة والمقدرة في توظيف المعطيات الجغرافية الاستراتيجية والعامل البشري النوعي لتحقيق التفوق او التوازن، او التوازن بين الدول المتصارعة وقد يكون هناك هامش لتفوق البيئة النفسية لهذه الدولة او تلك بيد ان التجارب الحديثة لم تحدثنا عن رقي عامل الارادة، والاصرار، والشجاعة، والتفاني وكلها مفردات روحية نفسية تأتي في المرتبة الأولى لاستكشاف وتطوير القدرة العلمية والتكنولوجيا⁽²⁾، فلا مجال لضمود الجندي المقاتل البسيط المدجج بالقيم والاخلاق في ساحة المعركة امام الجندي المدجج بالمعدات والادوات العالية الكفاءة والقوة التدميرية مع اسناد فضائي، فالبيئة النفسية تكون امه وسليمة مع المقدرة العلمية والتكنولوجيا وضعيفة ومهددة بدونها ويؤل ذلك الى التطور النوعي لطبيعة القدرة الذي احدثته الثورة العلمية التكنولوجية، وبذلك تراجعت وبشكل حاد العلاقات الدولية القائمة على تقارب الايديولوجيات لتحل محلها العلاقات القائمة على المنافع الاقتصادية والعلمية المنظمات الدولية ذات الطبيعة الاقتصادية العلمية اكثر حضورا وتأثيرا من المنظمات الايديولوجية والمذهبية.

5. السكان:

لم تعد القوة البشرية تقاس كما بعدد عشرات الملايين من الافراد، فالتغيير الذي احدثته القوة العلمية غير ذلك بشكل كبير، فالمجتمعات التي افرزت الانظمة السياسية القوية ونظمها الاجتماعية المستقرة والمتطورة نجحت في خلق الشخصية الفردية الموائمة مع التجدد من التطور التكنولوجي عن طريق النظم الاجتماعية والمؤسسات التعليمية والبحثية العالية الكفاءة والمتناسقة مع مجموعة القيم الحركية المتفاعلة مع المكون العلمي النظري والتطبيقي للمعارف والمكون المعياري المستند على المطابقة والمواكبة لأهداف المجتمع نحو التطور الاقتصادي

(1) رفعت سيد احمد، الامن القومي العربي، تطور المفهوم، دراسات عربية، العدد 35، ص80.

(2) ينظر: توماس كون، بنية الثورات العلمية، ترجمة حيدر حاج اسماعيل، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 2007، ص 57 و ص 352.

والاجتماعي الأمني⁽¹⁾، اي جعل عملية اكتساب المعرفة للأفراد وسيلة لغايات معبرة عن التطور وتحقيق انجازات ترصد تفوق شعب على شعوب اخرى.

وبذلك لكون الشعب قويا بالنوعية المتشعبة بعناصر مميزة وقادرة على التواصل مع النهج العلمي لمعالجة الواقع المحلي والاقليمي والدولي⁽²⁾، بعيدا عن المنهج الميتافيزيقي الذي لا يعطي للشعوب الضعيفة غير الايحاء والحدس والمثالية⁽³⁾ ويحرمها من التعاطي مع هذه الوقائع بصورة ومؤثرة ويسحبها نحو الضياع او الانعزال الضعيف.

والمجتمعات التي اجتهدت نحو هكذا تعليم وتربية والتي تشكل 5/1 خمس سكان العالم اتسمت بتملك التفوق والقدرة على التأثير والهيمنة على 5/4 اربعة اخماس سكان العالم الذين ابتعدوا او لم يرشدوا نحو اهمية "العلم" وتعبيراته في القضاء على مشاكلهم الغارقين فيها كالتخلف والفقر والصراعات الداخلية والشلل في توظيف القوة البشرية في مجالات الدفاع عنها او حضورها المؤثر في التفاعل بين الشعوب او في مجالات استثمار مواردها الطبيعية ومواردها الأولية⁽⁴⁾.

المعنى الحديث للسكان كقوة هو "ارقام مسيطر على تعليمها ومعالجتها وحمايتها، وتوفير حاجات العمل والسكن، والحماية الاجتماعية لها، وضمان مستقبل اجيالها في العيش الكريم" بمعنى اخر ان القيادة في النظام العام للدولة تدرك مسار الولادات حتى الوفيات، وتترك مصير الافراد بيد الاقدار والمتغيرات غير المسيطر عليها من هنا تبدأ قصة القوة في اطارها السكاني، المستقبل سيكون بيد الشعب الذي يصنع مستقبله بيده⁽⁵⁾.

○ المبحث الثاني: التطور النوعي للقوة الشاملة لدول

ان تهيئة مستلزمات احتضان الجهد الانساني للتطور العلمي بأساليب بحثية، ونظام تعليمي فاعل متطور موضوعي لرفد التطور التكنولوجي في أنشطة المجتمع والاقتصاد

(1) د. احمد زايد، سيكولوجية العلاقات بين الجماعات، عالم المعرفة، العدد 326، لسنة 2006، ص56.

(2) عادل ظاهر، الاسس الفلسفية للعلمانية، دار الساقى، بيروت، لسنة 1988، ص 125.

(3) انظر هنري برجسون، الفكر والواقع المتحرك، ترجمة سامي الدروبي، مطبعة الانشاء، دمشق ص43.

(4) كذلك انظر نادر خرجاني، برنامج الامم المتحدة الانمائي، تقرير التنمية البشرية، لعام 2005، المستقبل العربي، العدد 325، لسنة 2006 ص192-193.

(5) see more; George Fridman, The Next 100 years ,A Forecast for the 21at centry,published by Doubleday croup, divion of Random House,Inc, New york USA 2009, p126.

والصناعة والقوات المسلحة، لا بد ان يتفاعل مترابط مع الدور المميز للمؤسسات البنوية في الاعداد البشري لهدف (صنع ثقافة علمية)، فالمعروف ان كل علم أيا كان موضوعه له اثار جانبية على النظام الاجتماعي العام الذي يعد المضمون المادي والاعتباري للدولة، فالنظام السياسي الذي هو فرع اهم من فروع النظام العام ينظم العلاقات الدولية من خلال قدرته على صنع شبكة ترابط وتشابك جميع مكونات المجتمع نحو التماسك والفاعلية مع نفسه، ومع المجتمعات الانسانية الاخرى، فإذا كان النظام السياسي متخلف في استيعاب تطبيقات العلم والتكنولوجية في نشاطاته الدبلوماسية والاعلامية، ونظم جمع وتحليل المعلومات عن الدول الاخرى، فإنه بالتأكيد لا يحتل مكانة مرموقة ومؤثرة في هيكلية النظام الدولي في المستويين الاقليمي والعالمي.

♦ صناعة حاضر ومستقبل الدولة بشكل علمي:

لكل علم طريقة منظمة ومحددة للبحث، فالعلم هو معرفة مصنوعة بأداة خاصة ويجد الباحثون طبيعة هذا الشرط بانه يجب ان تكون لكل علم طريقة وادوات (Tooled Knowledge⁽¹⁾) وهذا يعني ضرورة توفير عدة تشكيلات بحثية Special Techniques خاصة به في البحث العلوم، خاصة العلوم الداخلة في صلب عملية التطور العلمي التكنولوجي مفتاح الدخول في التفوق الاقليمي والدولي، وهذا يتم بفعل دعم النظم السياسية الاقتصادية الاجتماعية السليمة، فتطوير الاقتصاد القومي في المستقبل القريب والمستقبل المنظور يتم من خلال تفكير علمي وتخطيط علمي وتقييم علمي ثم تقويم علمي

♦ ثقافة الاستراتيجية وصناعة مستقبل افضل للدولة:

الاستراتيجية هي واقعية العلم، هي عملية التخطيط الهدفية المؤسساتي المنظم، لغة الارقام، اساليب العلم المجرد، صناعة المستقبل وعدم تركه بيد الاقدار والآخرين من قادة الدول الاخرى، والاستراتيجي هو معلم يحقق الهدف المتفق عليه، فالمعلم يقوم من هذه الناحية على دراسة الحالات الفردية بصرف النظر عن الاختلافات الخاصة بين تلك الحالات، فبالرغم وجود

(1) د لبيب شقير، تاريخ الفكر الاقتصادي، دار نهضة مصر للطبع والشر، بدون تاريخ، ص21.

مميزات خاصة لكل حالة من الحالات الفردية الا انه توجد خصائص عامة مشتركة تجمعها، وتحديد هذا المشترك هو ما نعينه بالتجريد، وهو ما يهتم به العلم ويوصلنا الى فكرة (القانون العلمي) الذي يعتبر قاعدة تحدد الخصائص العامة التي تتوفر في كافة الحالات الفردية فظاهرة من الظواهر، وبذلك يساعد في تحديد ما يحدث في المستقبل؛ لان القانون العلمي لا يقوم على مصادفات حدثت في الماضي وقد حدثت في الماضي وقد تحدث او لا تحدث في المستقبل؛ بل هو يقوم على رابطة حتمية هي رابطة (السببية) وهذه الرابطة لا تتوقف على زمان او مكان معين لانها تنترجم عن حقيقة منطقية مستمدة من طبيعة الظاهرة⁽¹⁾. وهذا ما يفسر تطور امكانية الدول المكتظة للعلم في الدفاع عن نفسها لأنها تواكب الاستكشافات العلمية وتأثيراتها وبذلك تكون على استعداد دائم لما قد يلجا اليه الآخرون ممن امتلكوا هذه الاستكشافات. مدير المستشفى يلتقي مع مدير المعمل ومع مدير المدرسة ومع مدير المكتبة ومع مدير الامن ومع مدير المرور وحتى مع رب الاسرة في ثقافة مشتركة تحدد الاهداف وأفضل الوسائل لتحقيقها واستحضار الامكانات اللازمة لتنفيذها وتقييمها واحتواء جميع المتغيرات التي تطرأ على الاهداف والامكانات وسبل وأساليب التطبيق. نرسم خط بياني للطالب بلغة الارقام والعلم من الصف الذي هو فيه الى مرتبة مرموقة في المجتمع او في الوظائف العامة اذا ما اتبع خطوات العمل بشكل علمي وفي مراحل محددة حتى يصل الى غايته وبلوغ أهدافه⁽²⁾.

♦ التكيف مع متغيرات عالمية القوانين العلمية:

القوانين العالمية نوعين؛ الاول ما يشمل القوانين الطبيعية الرياضيات؛ الفيزياء؛ اوهي قوانين الكيمياء؛ الاحياء؛ الجاذبية، الاشعاعات.... الخ؛ وهي قوانين كاملة الانطباق بمعنى انها لا تتحمل الاستثناءات وهي قوانين الدرجة الاولى اوجدها الله سبحانه وتعالى؛ وما على العقل البشري الا الاجتهاد في اكتشاف ما يمكنه اكتشافه منها وتغييرها لخدمة الانسان والمجتمع والانسانية؛ والفرق لا يكمن في قوانينها بل الجهد الانساني لمعرفة وتوظيفها الذي يرتب ميزة تفوقه لجماعات اخرى؛ اما النوع الثاني من القوانين هي الجماعات الاجتماعية والاقتصادية

(1) المصدر نفسه ص22.

(2) Gearodo Tuathail & Simon Dally, Rethinking Geopolitics, Taylor & Fracise – Library, 29ewst 35th street, New York 1001, 2002, p78.

والسياسية التي تحكم في مجالات العلاقات الانسانية الدولية؛ وهي احتمالية بمعنى انها تحتل الاستثناءات؛ فهي قوانين من الدرجة الثانية، وتلعب البيئة الجغرافية والمبادئ الاساسية للشعوب دورا مهما فيها؛ والفارق في المبادئ الاساسية للشعوب لا يرتقي الة العوامل التي تمنع احتضان قوانين التطور العلمي فباستطاعة الشعوب ان تحتضن قوانين التطور العلمي التكنولوجي بعيدا عن الوقوع بمأزق (الصوت والصدى) المتمثل بالتقليد الكامل عند بناء النظم والتشكيلات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والامنية تحت وهم الحصول على نفس النتائج. وعلا سبيل المثال من دراسة التطور الاقتصادي لدول غرب اوربا نرى هذا التطور قد سار وفقا لنمط معين بحيث اتخذ مراحل متعددة رتب كل منها على المرحلة السابقة التي تركت بصماتها على المرحلة التي تلتها⁽¹⁾، بيد ان هذه المراحل لن يمر بها التطور الاقتصادي لشعوب اسيا وافريقيا، ونستخلص من هذا ان القوانين التي حكمت التطور الاقتصادي لغرب اوربا ليست حتمية الانطباق فيما يتعلق بالتطور الاقتصادي لشعوب اخرى، بيد ان قوانين التطور العلمي التكنولوجي سنجدها تلعب دورا مهما في اي تطور اقتصادي في جميع انحاء العالم، فتغيرات العلم بالمكننة الزراعية ومعالجة آفاته أخرجت قانون تطور الانتاج الزراعي عند توافر المستلزمات الاخرى لدى جميع الشعوب ودول العالم.

♦ تقدم الدول، وقانون التطور الازلي:

أهم ميزة تطويرية على الصعيد الاجتماعي يوفرها العلم كقاعدة للانطلاق هي محاصرته للتناظر بين الآراء والذهنيات الطبقيّة والمذهبية والعرقية والسياسية؛ فالعلم يوفر حقيقة واحدة يتقبلها الجميع وان اختلفت ميولهم، وهو القوة الرئيسية للمحرك المشترك العام داخل المجتمع. اما على صعيد الدول التي انتقل اليها التطور العلمي التكنولوجي التي كانت غير مؤثرة في البيئة الاقليمية والدولية ولا تملك المقدرة عن الدفاع عن نفسها، نجدها الان امتلكت التأثير والقدرة في الدفاع عن نفسها كالهند وباكستان وكوريا الشمالية على صعيد التكنولوجيا النووية، وهونك كونك واليابان وكوريا الجنوبية والمانيا على صعيد التكنولوجيا العلمية الاقتصادية والصناعية بعد ان رتب العلم مساحة اكبر من الحرية في توظيف مواردها الطبيعية البشرية.

(1) د. اسماعيل محمد هاشم، مذكرات في التطور الاقتصادي، دار الجامعات المصرية، لسنة 1974، ص9.

والتطور يظهر **مظهري** في طبيعة الدول:

• **المظهر الاول: تغيير تطوري Development Change**

ونعني بهذا التغيير احلال نفوذ واحكام وأساليب جديدة في الانشطة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والامنية وينتج عن عملية التحلل والاحلال هذه تطور مهم يصب في مجمله في مظاهر يمكنها من التفاعل مع الدول المتطورة مثلها والارقي منها نسبيا وفق مبادئ المصالح المشتركة، ويمكنها من الخروج من الاثار السلبية لإشكالية "وجود حاجات انسانية متعددة للمجتمع وموارد محدودة لإشباع تلك الحاجات مما يجعلها رهينة الاعتمادية على الغير" او وجود موارد استراتيجية فائضة عن الحاجة المحلية للمجتمع، وتحتاج لها المجتمعات الاخرى مما يجعلها موضع طمع وأستطاب الاخرين. والتغيير التطوري هذا حجما يتناسب مع المارد الطبيعية والبشرية وفاعلية النظام الديمقراطي في الدول.

• **المظهر الثاني: تغيير انتكاسي Retrogressive Change**

ونعني بهذا التغيير هو تدهور مستويات الاداء والفاعلية في الواجبات السياسية والاقتصادية والعلمية والاجتماعية والامنية بسبب غياب المقدرة على اللحاق بالتطور والتفوق لدى دول الجوار او دول العالم الاخرى، وينتج عن هذا التغيير تدهور معمم يصب في مجمله في قصور الدولة في الدفاع عن مصالحها في علاقاتها الدولية، ويجعلها عرضة للتدخلات الاقليمية والدولية، ويمكن أيضا اعتبار الحالة انتكاسة على الدولة عندما تبقى مستويات الانشطة في كافة المجالات على حالتها في مقابل حدوث تغيير تطوري نوعي في المجالات نفسها لدى الدول الاخرى وخاصة المجاورة.

والحالة الانتكاسية تتحسب على الدولة سلبا في هذا الوقت اكثر من الفترات السابقة بعد ان اصبح النظام الاقتصادي العالمي المتخطي للقوميات حيث اصبحت فيه الدول عاجزة عن الخروج من تأثيرات ترابط وتشابك المصالح⁽¹⁾؛ وبذلك تكون الغاية من احتضان القوة العالمية: 1. تدعيم الاستقلال الساسي.

(1) د. فؤاد مرسي، الرأسمالية تجدد نفسها عالم المعرف، العدد 147، الكويت، لسنة 1990، ص150.

2. تدعيم البناء الاجتماعي.
3. تدعيم الاقتصاد الوطني، وثبات تطوره الكمي والنوعي.
4. حماية الامن القومي، محلياً واقليمياً ودولياً.

♦ التطور العلمي وضمن حقوق الانسان:

كي يصب التطور في مصلحة الفرد والجماعة يجب ان يتم تقييده بخدمة الحقوق والحريات المتعارف والمتفق عليها، ومن أبرزها حق الحياة وحق العمل وحق التعليم والعلاج والامن وبناء الاسرة وحق حرية الرأي والتعبير، لان في ذلك أي في تمتع الافراد بحقوقهم لاسيما حق الحرية يطلق الابداع، والابداع هو النزوع الى تجاوز المألوف وتنسيق المعارف وفق نمط جديد للإتيان بحلول جديدة للمشكلات المطروحة، فالمبدع صاحب تحليل دقيق وتفكير خلاق يولد الحقائق من رحم ركام معرفي بجهد علمي يكسر الاطار المعهود والاجتهادات السابقة وفق اسس قابلة للتحقيق، والمبدع يمتاز على جمع المعلومات وصهرها عقلياً وإخراجها في حالة جديدة تخدم عمليات التطور الاقتصادي والتقني والاجتماعي وأي حقوق اخرى، ولكن لا يمكن الحديث عن الابداع العلمي والمبدعين في مناخ متوتر غير مستقر تغيب في الحرية وينعدم في الامن النفسي والجماعي، فحيثما حكمت القوة وحذفت الاصوات الحرة وتراجع معه التطور العلمي وتوقفت الحالات الاقتصادية والاجتماعية والامنانية على حالها⁽¹⁾.

♦ انعكاسات التطور العلمي والتكنولوجي في مستوى الدولة ومستوى العلاقات الدولية:

التطور العلمي لحقبة القرن التاسع عشر ومنتصف القرن العشرين افرز المرحلة الاولى للثورة الصناعية التي انعكست على واقع العلاقات الدولية لمظاهر (الاستعمار - الاحتلال - السيطرة والهيمنة) بأساليب (الحروب - التحالفات العسكري - المعاهدات الامنية - اقتسام مناطق النفوذ - حروب النيابة)؛ وبأدوات تشكل القوة العسكرية معظمها. اما انعكاسات الثورة

(1) سلطان بلغيث، تطور الجامعات العربية في دعم ثقافة البحث العلمي الابداعي، شؤون عربية، العدد 127، لسنة 2006، ص134.

التكنولوجية الحالية وتفاعلاتها في البيئة الدولية فأخذت مظاهر وأدوات مختلفة، ولكنها تتقارب في جوهر الاهداف ومن أهم هذه المشكلات:

1- الرأسمالية طورت نفسها:

ركزت الرأسمالية العالمية على المجالات البحثية العالمية وخلقت نظم وتشكيلات مطابقة لها، وقد أثبت هذا التطابق قدرة ملحوظة على التكيف والتجديد رتب تفوقا ملحوظا في القوى العلمية والقوى الاقتصادية على الطرف الشيوعي المواجهة للرأسمالية، وكانت نتائج هذا التفوق تفكك المعسكر الشيوعي⁽¹⁾ وتوجه معظم الدول التي وجدت بعض تفككه نحو النظام الاقتصادي الحر.

2- انتشار قوانين التطور:

تصحيا لمسار التقسيم الدولي للعمل والتجارة والنظام المالي وفي دورة اقتصادية جديدة بحيث لم يعد شيء في العلاقات الدولية بمنأى عن متناول الثورة العلمية التكنولوجية رتبة ذلك المظاهر:

- **المظهر الاول:** تراكم الانتاج مع تراكم المعلومات واحتكار الحلقات العلمية التكنولوجية الاكثر تطورا وتأثيرا لدى الرأسماليات الكبرى ضاعفت من قدرتها في مجال التأثير على الدول (المختلفة في هذا المجال).
- **المظهر الثاني:** ثورة في الاستهلاك وتخلف في احتضان واستيعاب التطور العلمي التكنولوجي في الدول الضعيفة الامر الذي أدى الى انكشاف المساحات الجغرافية لهذه الدول أمام زحف قوى الانتاج الرساميل والتجارة الحرة⁽²⁾؛ والمال كجيش علمية اقتصادية من اجل الهيمنة على ثروات وموارد وعمالة الدولة (المختلفة في هذا المجال).

(1) برنامج حرب النجوم الذي تبته الولايات المتحدة الامريكية أثبتت تفوقا تكنولوجيا واضحا تجاه الاتحاد السوفيتي في مجالات سباق التسلح وكان من الاسباب المهمة في نهاية الاتحاد السوفيتي ونهاية العلاقات الدولية في ظل نظام القطبين الدولي، للمزيد: ميخائيل غورباتشوف.

(2) أنظر د. سالم توفيق النجفي، حول مسألة الرأسمالية، رؤية للقرن الحادي والعشرين، بيت الحكمة، بغداد لسنة 1999، ص75.

• **المظهر الثالث:** زحف الرأسماليات الكبرى نحو الشرق الاوربي بفضل انهيار النظم السياسية الشمولية نحو اسيا وافريقيا وامريكا اللاتينية، طارحة معها مفاهيم العولمة المستندة على تفوقها العلمي التكنولوجي والاقتصادي وحتى الدول القليلة التي استطاعت ان تحافظ على نظمها الشمولية قد لجأت الى تكييف نفسها مع هذه التفاعلات لإحداث اصلاحات وتعديلات في تشكيلاتها العلمية والاقتصادية والسياسية وخير مثال في ذلك الصين حيث اعتمدت تشجيع الاقتصاد الفردي؛ وربطت الاقتصاد الاشتراكي مع نظام السوق بعد ادخال اساليب الادارة الاقتصادية الحديثة المتقدمة⁽¹⁾.

3. احتواء مخاطر البيئة:

البيئة هي وعاء يعيش بداخله جميع الكائنات الحية بفضل قوانين تسمى النظام البيئي من خلق الله سبحانه وتعالى، واذا كان النشاط البني التقليدي قد ألحق ضررا بعدد من محددات النظام البيئي مثل كمية الاوكسجين وثاني اوكسيد الكربون في الغلاف الجوي، او النسب الثابتة والمقررة في النظام البيئي في مكونات التربة، وحجم ونسب الرطوبة، وسمك غلاف الاوزون، فان العلوم الحديثة كفيلة بحماية وصيانة البيئة بشرط وجود انظمة مؤسساتية تستوعبها، وبالعكس ذلك فان الانهيار قادم على النظام البني في الدولة الضعيفة وسوف تخسر الكثير من مواردها الطبيعية والبشرية، ويتعاطم تخلفها وضعفها، وان الاستخدام غير الرشيد للثورة التكنولوجية يؤدي الى تراكم وتزايد النفايات الضارة ولم تعد الطبيعة قادرة بعد الان على استيعاب هذه النفايات، وكثرة استمرار انتاج الاضرار من قبل النشاطات البشرية التي لا تراعي صيانة البيئة. ومن أبرز مظاهر الاضرار على البيئة:

- تحول 6 ملايين هكتار كل سنة من الاراضي الجافة المنتجة الى صحاري لا قيمة لها.
- تدمر اكثر من أحد عشر مليون هكتار من الغابات سنويا.
- محروقات الوقود المختلفة تؤدي الى نشر ثاني اوكسيد الكربون الذي يسبب في الزيادة التدريجية للحرارة في العالم بصورة عامة بما لا يكفي لإلغاء العديد من المناطق

⁽¹⁾ انظر الموقف العربي، بغداد، العدد 29، لسنة 2000، ص10.

الزراعية، ورفع مستويات البحار وغرق المدن السياحية وتهديد غلاف الاوزون الذي يحمي القشرة الارضية بفعل التصاعد الكثيف للغازات الصناعية.

- الاخلال بدورة الغذاء في المحيطات وللإنسان نفسه بما يعرضه الى امراض جلدية اكثر فتكا، كذلك الانتشار الملحوظ لإمراض السرطان⁽¹⁾.

- مخاطر جسيمة لما يسمى بمخاطر الاستخدامات السلمية والحربية للطاقة الذرية، فأن تشييد مصنع ذري يستغرق حوالي 10 عشرة سنوات، اما فترة عمله فلا تزيد على 40 سنة، غير ان النفايات الذرية التي سوف ينتجها تظل تشع عدة الوف من السنين وتخلق مشكلة بيئية بالنسبة لألاف الاجيال المقبلة، وسوف تتأثر ظروف الحياة باحتمالات الموت الذري البطيء للغابات والمزارع والحيوانات والانسان.

♦ صيانة البيئة، وعملية نقل الاضرار:

الدول ذات النظم والتشكيلات العلمية والتكنولوجية المنضبطة التنظيم؛ ومعظمها في الدول الرأسمالية الصناعية الكبرى؛ تستطيع ان تنقل بشكل متواصل وامين الاضرار والنفايات من اجل حماية وصيانة بيئتها الى أطراف اخرى بعيدة عن بيئتها؛ وتحاول في الوقت نفسه تطوير عمليات الحماية والصيانة لبيئتها من خلال:

1. ادخال تدابير عملية وعلمية في الانتاج.
2. ادخال الطبيعة في اطار اقتصاد السوق، اي جعل الطبيعة ملكية خاصة ترتب تكلفة صيانتها على ارباب العمل⁽²⁾ ومتابعة اعمالهم واجبارهم على ادخال التحسينات المناسبة في الانتاج والخزن والنقل عن طريق نظمها وتشكيلاتها الفاعلة⁽³⁾.

السؤال المهم هنا: أين الدول المتخلفة من كل هذا؟ وماذا ستفعل في حال تعرض بيئتها الداخلية للمخاطر جراء الاستثمارات الاجنبية أو انتقال هذه المخاطر اليها، اين الدول الضعيفة الفاشلة من عمليات تدوير النفايات، وعمليات انتاج الطاقة الصديقة للبيئة، وعمليات الثورة

(1) تقرير البيئة الدولية للتنمية، عالم المعرفة، العدد142، ص27.

(2) د. فؤاد مرسي، مصدر سبق ذكره، ص78.

(3) ينظر: لوراد داندريا تامسون، من يسحق من؟ الصراع التجاري في صناعة التكنولوجيا العالمية، ترجمة عبد الحميد محبوب، الدار الدولية للنشر والتوزيع، القاهرة 1988، ص 66.

الخضراء في العالم، وعمليات سد النقص الخطير في المياه العذبة والغذاء، وعمليات انتشار الملوثات والسموم وانتشار الامراض الخطيرة والمهلكة وانقراض كائنات حية وظهور تشوهات خلقية مرعبة، والارتفاع المرعب لدرجات الحرارة، والزلازل والبراكين.

وأن ادركت هذه المخاطر فأنها لا تملك التدابير والإجراءات لدرئها، وستكون المحاولات الخارجية لمساعدتها سواء طلبتها أو فرضت عليها مدخلا للتدخل في الشؤون الداخلية من قبل الدول الاكثر تفوقا على الصعيد الاقليمي والدولي، وسيقوض استقلالها السياسي بشكل كبير؛ وتكون عاملا اخر مضافا لعامل عجزها العلمي والتكنولوجي في تصعيد حدة الصراعات بين الدول القوية للهيمنة عليها في عالم اصبح صغيرا جدا ومتخدلا.

3. عملية غزو الفضاء: اعلن المعنيون والمسؤولون في برامج غزو الفضاء ومنهم ناسا الامريكية بأن العام سيشهد للفترة من 2010 - 2020 البدء برحلات فضائية الى سطح القمر والمريخ من أجل انشاء مستعمرات بشرية هناك، وبالتأكيد سيكون البحث عن مواد أولية استراتيجية بديلة لتلك المعرضة للنفاذ في الارض الذي سيرتب مكانة ووضعاً متميزاً⁽¹⁾.

وهذا النشاط العلمي سوف يرتب المزيد من القوة للدول المتميزة علمياً تمكنها من انتزاع المكانة المؤثرة في النظام الدولي، وترتب المزيد من الضعف للدول الضعيفة علمياً وتجعلها في اعتمادية مستمرة للدول الاكثر تفوقاً، بشكل ينعكس على جميع النشاطات البينية بين الدول.

○ المبحث الثالث: التفوق في امتلاك القوة العلمية لتدعيم الامن القومي

أثرت القوة العلمية في شكل ونطاق الامن القومي، فما عادت الدول المتقدمة ترصد وتراقب حدودها واجوائها فحسب، بل امتلكت المقدرة على المعرفة لما يحدث في فضاءات وارضيات الآخرين ورصد ما يجري في البحار والمحيطات والنخب لكل ذلك ولهذا أتسعت ظاهرت الاجراءات الاحترازية والضربات الإجهاضية لديها. وأصبح العالم يرتب نفسه على اساس حقائق القوة بمضامينها العسكرية والاقتصادية والعلمية وليس وفقاً لمقتضيات اخلاقية او قانونية لذلك تدخل القوة العلمية في ترتيب اشكال المقدرة او العجز؛ فعندم تكون الدولة عاجزة لضعفها

(1) ينظر فاعلية النظام التعليمي في الولايات المتحدة د. رعد قاسم صالح، المجتمع الامريكي ودوره في صنع الاستراتيجية الامريكية الشاملة، مكتبة عدنان بغداد 2014ن ص 77.

تكون مدعية فقط لحقوقها، وعندما تكون مقتدرة لقوتها تكون مؤكدة وساعية لهذه الحقوق دون الحاجة الى طلب مساعدة الاخرين وتقديم التنازلات لهم؛ فالقوة العلمية افرزت سياسات لا تراعي امن الضعفاء؛ حيث اصبح الصعف عامل تصعيد لتأثير المتغير الدولي على الدولة الضعيفة؛ كذلك أفرزت سياسات الترهيب والترغيب بين الدول القوية والضعيفة وافرزت أيضا سياسات الاعتمادية الامنية بينهما⁽¹⁾.

وان التحليل عن دور القوة في علاقات الدول ببعضها يجب ان لا يفصل هذا الدور عن طبيعة تلك العلاقات؛ فخلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر وحتى منتصف القرن العشرين كانت عبارات الاستيلاء على اراضي الغير بالقوة او عبارة تغير نظام الحكم بالقوة او التدخل الاجنبي بالقوة او باستخدام القوات المسلحة تعطي منى واحدا، فكان مفهوم القوة مرادف لمفهوم العنف واستخدام القوات المسلحة والاستعداد العسكري؛ وبعد منتصف القرن العشرين أخذ مفهوم القوة شكلا اكثر اتساعا تحت تعريف مؤداه "انها المقدرة على التأثير في سلوك الدول الاخرى وبالكيفية التي تخدم اهداف الدول المملكة لها" وبدون ذلك فقد تكون الدولة كبيرة او غنية او عظيمة ولكنها ليست قوية⁽²⁾ وقد اتفق الخبراء في العلاقات الدولية على ترتيب لعناصر قوة الدولة سواء افضت الى قوة خشنة قوامها القوة العسكرية او قوة ناعمة قوامها القوة الاقتصادية او قوة ذكية ترتب توظيف ذكي في الدبلوماسية والسياسة للقوة الناعمة والقوة الخشنة⁽³⁾، لذلك وضع المعنيون الترتيب كالاتي:⁽⁴⁾

1. العوامل الجغرافية، لان قوانينها ثابتة تقترب الى الحتمية في التأثير والتأثر.
2. الامكانيات والموارد المادية والطبيعية. لا سيما الموارد الاستراتيجية التي تشكل حاجة ماسة لمعظم الدول مثل النفط، والحديد، والذهب، والفضة.

(1) لمزيد من المعلومات انظر د. خضير عباس عطوان، وضع في النظام الدولي، شؤون عربية، القاهرة، العدد 127 لسنة 2006، ص236، كذلك مجموعة بحثية، العرب والتوازنات الدولية، مجلة شؤون عربية، القاهرة، العدد 120 لسنة 2004، ص105.

(2) د. اسماعيل صبري مقلد، نظريات الساسة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، ذات السلاسل، الكويت 1987 هـ، ص58.

(3) Joseph Nye, Soft power, the means to success in world polices, New York, Policy Affairs 2004

(4) روبرت جلين، الحرب والتغيير في السياسة الدولية، بغداد، لسنة 1990، ص56.

3. السكان، المقصود هنا بالسكان كنوع مبدع منتشر بشكل ايجابي في مناطق الدولة، ولا يشكل عبئاً عليها، اذا ما تفشت فيه امراض الامية والجهل والمرض والفقر والجريمة.
 4. مستوى النمو الاقتصادي والصناعي، حيث يوجد تناغم بين الزيادة السكانية وزيادة حاجاتهم، ونسبة النمو الاقتصادي الذي يرتب زيادة في الانتاج القومي والدخل القومي.
 5. درجة التطور التقني والتكنولوجي، مواكبة التطور العلمي التكنولوجي تجعل الدولة اقل اعتماداً على غيرها من الدول المتطورة علمياً، وتقلل من نفقاتها في استيراد السلع والخدمات التي تحتاج الى خبرة وكفاءة علمية.
 6. الاستعداد العسكري، توازن القوة العسكرية مع دول الجوار ومع اغلب دول العالم يحصن الدول لان التوازن خير ضامن للسلام ولعدم العدوان والاعتداء.
 7. كفاءة المؤسسات السياسية الدعائية، حيث اصبح العالم قرية صغيرة تتفاعل فيها الاخبار والمعلومات وتؤثر في السلوك السياسي للدول، والدولة بحاجة الى ماكنة اعلامية مقتدرة تدافع عن مواقفها وتصد الهجمات الدعائية المعادية، وتحمي مدركات شعوبها.
- وبفضل الثورة العلمية وخلال العقود الثلاثة المنصرمة ظهر واقع العلاقات الدولية ترتيباً جديداً لعناصر قوة الدولة ليجعل العلم العنصر الاول في هذا الترتيب بعد ان اصبح قوة بحد ذاته ويكون النشاط الاقتصادي المترابط مع الثور العلمية التكنولوجية العنصر الثاني وحتى الاستعداد العسكري تراجع باستثناء الحلقات العالية المستوى التقني والعلمي وذات الكفاءة والمقدرة، وانعكس هذا الترتيب الجديد على الوسائل والادوات التي تلجأ اليها (الدول القوية) في سياسا الربح والضغط والتأثير والهيمنة، وبذلك افرزت التفاعلات الدولية الجديدة مفاهيم أمنية جديدة وتحديات جديدة، مثل التطور العلمي - الامن العلمي. الاحتياطي النفطي - الامن النفطي. تطور الخبرة العلمية - امن العلماء. البيئة - الامن البيئي. القدرة النووية - الامن النووي..... الخ .

التحديات التي افرزتها الثورة العلمية التكنولوجية على امن الدول (الضعيفة): الدولة الضعيفة (المتخلفة) هي تلك الدولة التي لا تملك القدرة الذاتية على الدفاع عن كيانها، الامر الذي يدفع بها الى البحث عن الحماية الخارجية والقبول بنتائجها فكيف الحال بها اذا اضافت الثورة التكنولوجية اعباء وتحديات كبيرة عليها، الامر الذي سيرتب استقطابا اكبر للتدخل في شؤونها والمنافسة على ثرواتها جراء بحثها باتجاهات متعددة عن المساعدة لتدعيم قدراتها لمواجهة هذه التحديات الجديدة سيما وان امتلاك الحلقات الرئيسية للثورة التكنولوجية أصبح حكرا لدى مجموعة من الدول تتوزع في اسيا واوربا وامريكا، فكيف سيكون امن الدول الضعيفة وهي تملك اكثر من 60 % من احتياجات الولايات المتحدة الامريكية و90% لاحتياجات اوربا للطاقة، و99% من الالمنيوم و89% للصفيح و65% للنحاس و95% للمغنيز و93% للين و100% للسكر ومع 30% لما يحتاجه الاقوياء من الطعام⁽¹⁾ ومارد اخرى تحتاجها.

♦ التحديات:

1. تحدي الاختراق:

لم تعد الحواجز الطبيعية والمعدات التقليدية قادرة على منع وصول الصواريخ والمقذوفات الاخرى العابرة للقارات لتدمير الاهداف النقطية والمياه الاقليمية تكون امنه بمجرد حمايتها من السفن والزوارق الحربية كما كانت عليه، فالتطور النوعي وفر للدول القوية امكانية اختراقها والوصول الى سواحلها وموانئها وتدمير اي هدف منتخب من مسافات بعيدة لا تستطيع الدول الضعيفة بإمكانيتها التقليدية من التأثير عليها وهكذا الحال بالنسبة لجميع المنشآت الحيوية الاخرى داخل اراضيه.

2. التحدي الاعلامي:

انعكست اثار الثورة العلمية التكنولوجية في زيادة اهمية الاعلام الخارجي الذي اضطلع بالتأثير اكثر على الدول وسياساتها، فأن ثورة المعلومات والتطور النوعي لأجهزة الاعلام المرئي والسمعي والمكتوب أضحى قوة تأثيرية لا يستهان بها بيد الدول القوية ضد مدركات

⁽¹⁾ كولن باون وبيتر موني، من الحرب الباردة حتى الوافق، دار الشروق للنشر والتوزيع، ترجمة صادة ابو عودة، عمان، لسنة 1983، ص239.

وذهنيات شعوب الدول الضعيفة، والتسمم الاعلامي ضد اي شعب او مجموعة يستطيع الحاق الضرر في مكوناته الفكرية والثقافية وبالذات اذا توفرت فيه ثغرات امنية مثل التنافر العرقي والمذهبي واختلاف في الآراء في الازمات الاقتصادية والسياسة وغالبا ما يهدف هذا التكيف الاعلامي من الدول القوية تجاه الدول الضعيفة الى الحصول على منافع اضافية تتعلق بالثروة الطبيعية واي باحث يقوم بتحليل ودراسة مراحل التطور النوعي للإعلام الخارجي للدول القوية سيجد ان هذا التطور مصحوبا بتطور واتساع حجم الازمات الاقتصادية والسياسية والعرقية والمذهبية في الدول الضعيفة التي تشكل اهتماما بالغاً في السياسة الخارجية للدول القوية.

3. تحدي الارهاب المنظم:

ان اتساع نطاق الجريمة ثم اتساع ظاهرة الارهاب جاء متزامنا مع الثورة العلمية والتكنولوجية، فقد هياً هذه الثورة قدرات اضافية من خلال امتلاك ادوات متطورة نوعيا في الاتصالات والمواصلات، واسلحة قتال، واجهزة مراقبة وتصنت الى مجاميع ارهابية رتبت لهم موقفا متميزا ومتوقفا اكثر وضوحا في مساحات الدول المتخلفة؛ وهناك اليوم اكثر من (237) منظمة تمارس نشاطها الارهابي في اكثر من (120)⁽¹⁾ دولة أغلبها من الدول الضعيفة التي ستضطر الى تبديل خياراتها وأولوياتها الى الانشغال في مكافحة هذه الظاهرة بعد الاستعانة بالدول القوية التي تملك الوسائل العلمية والكفاءة والتقنية الحديثة وسيؤدي ذلك الى الكثير من التدخل لأغراض الهيمنة من الدول القوية تجاه الدول الضعيفة⁽²⁾.

4. تحدي التدخل بالشؤون الداخلية:

اليد الخفية العابثة باستقلال الدول الضعيفة لم تعد خفية بعد الثورة العلمية والتكنولوجية، فأن نتائج تدخل الاجهزة المخابراتية ظهرت للعيان وأصبح التسلل والتوغل بشكل أسرع وأعمق في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وبأدوات تسبح في البحار وتسير على الارض

(1) د. ضاري رشيد ياسين، الارهاب الدولي - الاسباب - والدوافع، جامعة بغداد، قسم الدراسات الامريكية، بحث مقدم لسنة 2005، ص1.

(2) أنظر منذر سليمان، دولة الامن القومي وصناعة القرار الامريكي، المستقبل العربي، العدد 325، لسنة 2007، ص34-35.

وتعلو في الفضاء وتدخل البيوت والقصور والمجالس والمنشآت لتحكم قبضتها على ابرز السياسيين وأصحاب القرار لتحصل على المزيد من المكتسبات وخاصة تلك المتعلقة بالثروات الطبيعية في الدول الضعيفة، وبذلك أضافت الثورة العلمية والتكنولوجية (طفرة) في القدرات الاستخباراتية للدول القوية ظهر ذلك في صراعاتها الحميمة للاستحواذ على مظاهر الهيمنة في اكثر الدول الضعيفة اهمية وبأذات بعد تقارب العد العكسي لنفاذ اكثر المواد الاولية حاجة واستهلاكها كالنفط والمعادن.

5. التحدي النووي:

اتجهت دول عديدة نحو تطوير الطاق النووية في محاولة لتقليل اعتمادها المستقبلي على النفط وقد شجع هذا الاتجاه الاوضاع المتقلبة في السوق النفطية الدولية وقرب نفاذ هذه السلعة الاستراتيجية.

استطاعت الدول القوية تطوير بنية تحتية من اجل:

- القوة النووية الاستراتيجية، مع بناء مقذوفات جوية وبرية وبحرية لها.
- مشاريع الطاقة لأغراض سلمية، او طاقة صديقة للبيئة (بدائل النفط) مثل الطاقة الشمسية، والكهرومائية.

وفي الحالتين لعبت التكنولوجيا العلمية الدور الاول ورتب هذا قوة لوجودها في البيئة الدولية تدعيماً لأمنها القومي مما اعطاها وصفا مميزا في الوضع الاقليمي الدولي والعلاقات الدولية وأيضا خلق هاجسا امنيا للدول الاخرى مما يدفعها الى الشروع بامتلاك هذه التكنولوجيا العلمية بغية امتلاك القدرة النووية لإحداث توازن اقليمي ودولي لها، بيد ان امعان الدول القوية في احتكار هذه التكنولوجيا واحباط محاولات الدول الاخرى جسد وضعا في العلاقات الدولية قائما على:

- أ- هيمنة اوسع واعمق للدول القوية على الدول الضعيفة.
- ب- صراع بين الدول القوية من اجل التسابق على الهيمنة الاوسع على الدول الضعيفة.
- ج- دخول الدول الغنية الضعيفة في حلقات استنزاف قدرتها الاقتصادية لمراحل الاعداد والانتاج والسلامة والمراقبة والحماية البيئية وعوزها المستمر لامتلاك المقذوفات الجوية والارضية والبحرية، وفي النهاية ستكون عاجزة عن اللحاق بالدول الاكثر تطورا في

هذا المجال ناهيك عن عدم استطاعتها تحقيق مكاسب الضربة الاولى لغياب المقدرة على نشر صواريخها النووية حول اهم الاماكن في العالم.

6. التحدي الاقتصادي:

ان الانحياز الى توظيف القوة العلمية التكنولوجية في المضممار العسكري بدرجة اكبر من المضممار الاقتصادي يرتب اخلال في النظام السياسي العام، وتجربة انهيار الاتحاد السوفيتي السابق والوضع الاقتصادي الحالي في كوريا الشمالية وباكستان والهند خير دليل على ذلك⁽¹⁾، فالتناقض بين المستوى التكنولوجي المستخدم في انتاج السلع الاستهلاكية المدنية بعيداً عن الاتجاه نحو صناعة وامتلاك السلع الانتاجية، وتفضيل زيادة الدخل القومي من اجل الاستثمار وتطوير الانتاج، والابتعاد عن مستنقع الاقتصاد الرعي الاحادي هو عامود مهم من عواميد النهوض والتقدم بعد امتلاك القوة العلمية.

الاقتصاد المتنوع المعتمد على انتاج وتطوير السلع الاستهلاكية والانتاجية هو حل لمعضلة الدول الضعيفة الفاشلة التي يعتمد معظم اقتصادها على عائدات مالية من انتاج وتصدير سلع استراتيجية تشكل حاجة ولاهتمام عند الدول العظمى والدول المتوسطة القوة. ان هدف بقاء النهب التاريخي لثروات الدول الضعيفة الفاشلة يستوجب دفع هذه الدول نحو الاقتصاد الريعي الاحادي الجانب؛ وحرمانها من فرص تطوير اقتصاداتها. ان تعميم ثقافة الاستهلاك، واجتثاث ثقافة الزراعة والانتاج، هو سياسة منهجية تمارسها الدول الصناعية العظمى من اجل بقاء تصنيف الدول الى دول متقدمة مهيمنة على ادارة السلطة العالمية؛ واخرى تابعة منقادة تشكل سوق استهلاكية ومصادر مواد اولية رخيصة، وبعضها مصدر ايدي عاملة رخيصة.

○ الخاتمة:

وتتضمن اهم الاستنتاجات التي توصل اليها الباحث، وتوصياته القابلة للتحقق في المنظور القريب:

(1) أنظر ميخائيل غورباتشوف، البروسترايكا، ترجمة عباس خلف، شركة المعرفة، بغداد، لسنة 1990، ص147-148.

◆ الاستنتاجات:

ان القوة الشاملة لجميع دول العالم تتكون من عناصر حددها المعنيون بالدراسات الاستراتيجية، وترتيبها وجمعها يفرز ما اطلق عليه بالقوة الخشنة او القوة الناعمة او القوة الذكية التي هي حصيلة جمع وتوظيف علمي وعملي للقوة الخشنة والناعمة، بيد ان الملاحظ وفي بداية القرن الحادي والعشرين ان القوة العلمية لم تعد تسلسل في عناصر القوة وانما اصبحت محيط تفاعل جميع هذه العناصر بما يرتب قوة ذكية فائقة علمية، كما هو حال تطبيقات الذكاء الاصطناعي في الروبوتات وحروب المناخ وحروب الاقمار الاصطناعية والالكترونيات.

من هنا وجد الباحث ان امتلاك القوة العلمية واستيعاب تطوراتها؛ مع قوة بشرية مواكبة لها هي خير مقدمة لإنتاج قوة وطنية تحمي سيادة الدول الضعيفة وحتى الدول القوية. وهنا لابد من الإشارة الى اهم نقاط استنتاجاتنا:

- 1- ان جوهر المشكلة الامنية في الدول الضعيفة يكمن في طبيعة وظروف استقلالها التي تمت عبر توافقات القوى الدولية الكبرى وعبر اتفاقيات نتائج حروب المنتصرين. كما هو حال دول الشرق الاوسط العربية، ودول شمال افريقيا.
- 2- ان بناء الانظمة السياسية في الدول الضعيفة كان من خلال سياقات الانظمة الشمولية والاستبدادية التي تبعد المجتمع عن اداء دوره الفاعل في بناء الدولة، ويتم ذلك من خلال تنصيب اسر، وفئات لتسلم مقاليد السلطة، وادارة الدولة.
- 3- الدول الغنية (الضعيفة) تقعد عناصر القوة في خيارات معطيات الجغرافية الطبيعية الوطنية من الثروات الطبيعية؛ والمواد الاولية، والمواقع الجيوستراتيجية العالمية، ان هي عجزت عن خلق نظم وتشكيلات سياسة واقتصادية واجتماعية وصحية وتعليمية وثقافية تواكب التطور العلمي التكنولوجي الحديث؛ وتحقق اكبر قدر ممكن من الاكتفاء الذاتي.
- 4- تصبح الدولة الضعيفة اسيرة للتفوق الإقليمي والدولي في هذا المجال وتكون مسرحا للصراعات الدولية بحكم استقطاب التنافس المصلحي الدولي على اراضيها. وبحكم اعتماديتها في اشباع حاجات سكانها على القوى الدول الاعظم.
- 5- تتباين حدود واحجام هذه الصراعات حسب الاهمية الجيوبولوتيكية؛ والجيوستراتيجية للدول الضعيفة الفاشلة.

♦ التوصيات:

- 1- حيث ان مفهوم الضعف والتخلف بفعل غياب مواكبة التطور العلمي والتكنولوجي وخاصة في مجالات القدرة لحماية الامن القومي، واصبح اكثر تقارباً في توصيف في هذا السياق بعد ان رتبت القوة العلمية عوامل تصدع واختراق للمفاهيم التقليدية للاستقلال والسيادة، والامن وصلت في تأثيراتها الى الحدود الداخلية للمجتمعات لتترك المقومات الاخلاقية والقانونية وحتى الحريات الطبيعية والمكتسبة للأفراد والجماعات. فأن عملية الاعداد والتثنية لجيل متعلم يعد الخطوة الاولى في خارطة الطريق الصحيحة.
- 2- بناء انظمة اسرية سليمة و متمكنة من اعداد افرادها اعداد وطني علمي متميز. وحماية الاسرة لان الاسرة الناجحة هي نواة المجتمع الناجح.
- 3- بناء انظمة صحية امنية اقتصادية ثقافية مترابطة ومتكاملة من اجل بناء نظام اجتماعي متماسك يرتب القوة الجوهرية في اطارها الاجتماعي لتكون مرتكز بناء القوة العسكرية والاقتصادية والسياسية والدبلوماسية والعلمية للدولة.
- 4- حل اشكالية عدم اشباع الحاجات الاساسية للفرد في المأكل والملبس والعلاج والعمل والسكن والزواج والضمان الصحي والاجتماعي والتمتع بالحريات وحقوق الانسان. من اجل القضاء على الجرائم الاجتماعية والجرائم المنظمة والفساد الاداري في اجهزة الدول الفاشلة.
- 5- السيادة تنطلق من القوة المتضامنة للثقافة الوطنية، والهوية الوطنية الجامعة التي تتصهر في داخلها جميع الهويات العرقية والمذهبية الفرعية مع الاحتفاظ بقيمها الجمالية الروحية.
- 6- القضاء على الجرائم الاجتماعية؛ والجرائم المنظمة؛ واجتثاث ممارسات ومظاهر الفساد الاداري والمالي.

حول موقف إسرائيل المعادي للمحكمة الجنائية الدولية: بين مخاوف المساءلة والعقاب ونتائج انضمام فلسطين إلى نظام روما الأساسي

ولد يوسف مولود⁽¹⁾

"خلال الأعوام الماضية، تبنى المجتمع الدولي مئات القرارات، عبر الأمم المتحدة، التي تدين مختلف سمات الإحتلال الإسرائيلي المتجذر في الأرض الفلسطينية، إلا أنه نادرا ما تم جمع الانتقاد بالتبعات. والآن أخيرا نرى المساءلة تلوح في الأفق."⁽²⁾

بهذه العبارات، أشاد (ستانلي مايكل لينك- Stanley Michael Link)، المقرر الخاص للأمم المتحدة بشأن وضع حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة، بإعلان المدعية العامة للمحكمة الجنائية الدولية، (فاتو بنسودا- Fatou Bensouda)، في 20 ديسمبر 2019 أن لديها "قناعة بأن هناك أساسا معقولا للمضي قدما في التحقيق بشأن الوضع في فلسطين."⁽³⁾

وأصبحت فلسطين الدولة الثالثة والعشرون بعد المائة الطرف في نظام روما الأساسي، قبلت هذه الأخيرة ولاية المحكمة على الجرائم المشار إليها في المادة الخامسة من النظام الأساسي⁽⁴⁾، ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ في الواحد أفريل 2015⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري - تيزي وزو - الجزائر.

⁽²⁾ ستانلي مايكل لينك، المقرر الخاص للأمم المتحدة بشأن وضع حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة.

⁽³⁾ Voir: Bureau du Procureur, déclaration du Procureur de la CPI, Fatou Bensouda, à propos de la clôture de l'examen préliminaire de la situation en Palestine, et de sa requête auprès des juges de la Cour afin qu'ils se prononcent sur la compétence territoriale de la Cour, 20 décembre 2019, in: www.icc-cpi.int

⁽⁴⁾ انظر: المادة (5) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁽⁵⁾ Le 1^{er} janvier 2015, le Gouvernement palestinien a déposé une déclaration en vertu de l'article 12-3 du Statut de Rome reconnaissant la compétence de la Cour pénale internationale (CPI) pour les crimes présumés commis «sur le territoire palestinien occupé, y compris

ويُعد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية إلى الواحد جويلية من عام 1998⁽¹⁾، حيث تمّ في مؤتمر روما الدبلوماسي⁽²⁾، التوافق فيما بين دول العالم بالأغلبية على ضرورة إيجاد محكمة جنائية دولية دائمة⁽³⁾، تختص بملاحقة ومحاكمة مرتكبي الجرائم الأشدّ خطورة، وبدخول نظامها الأساسي حيز التنفيذ في 17 جويلية 2002⁽⁴⁾، أصبح بإمكان المجتمع الدولي أن يعتمد فعلا على وجود آلية فعالة للحدّ من الإفلات من العقاب⁽⁵⁾.

ومنذ اللحظة الأولى لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية بدا واضحا الاختلاف والتباين في نظرة العديد من الدول حول إنشاء المحكمة، فقد صوت لصالح إنشاء المحكمة الجنائية الدولية

Jérusalem-Est, le 13 juin 2014». Le 2 janvier 2015, le Gouvernement de la Palestine a adhéré au Statut de Rome en déposant son instrument d'adhésion auprès du Secrétaire Général de l'ONU. Le Statut de Rome est entré en vigueur le 1^{er} avril 2015, in: www.icc-cpi.int

(1) A ce propos, voir: **Jean-François Dobbelle**, «La convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale», in: *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 44, 1998, pp. 356-357.

-«La cour pénale internationale est une innovation hardie...La création de la cour pénale internationale correspond au mouvement contemporain en faveur d'une juridiction criminelle interétatique, mouvement qui...est destiné à l'évolution subie par le droit dans tous les groupements humains... La Cour pénale internationale est la réalisation de l'idéal d'une juridiction pénale internationale permanente, ouvrant des voies nouvelles au droit pénal international», voir: **Luigi Condorelli**, «La Cour pénale internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)», *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 103, N°1, 1999, p.7.

(2) Kofi Annan avait ouvert la conférence de Rome en appelant les délégués à procéder comme si «les yeux des victimes des crimes du passé et ceux des victimes potentielles de demain étaient fixés sur nous. Ce sont leurs appels à la justice qui nous ont poussés vers notre destination finale», voir: **Kofi Annan**, *Interventions, une vie dans la guerre et dans la paix*, Odile Jacob, Paris, 2013, p.167.

(3) **Le Statut de Rome créant la Cour donnait corps aux espoirs fondés en la justice «potentiellement universelle»**, voir: Antonio Cassese, «Is the ICC still having teething problems?», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, N°3, 2006, p. 434.

-Voir, entre autre: **Sylvie Bukhari-de Pontual**, «Naissance difficile d'une Cour pénale internationale», *Revue Projet*, Vol. 2, N°. 303, 2008, pp.6-7.

(4) **Gilles Cottreau**, «Statut en vigueur, la Cour pénale internationale s'installe», in: *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 48, 2002, p. 130.

(5) أكد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن هدفه هو وضع حدّ للإفلات من العقاب، المنصوص عليه في الفقرة (4) من ديباجة النظام الأساسي بعبارة «وإذ تؤكد أن اخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره يجب أن لا تمر دون عقاب...»، والفقرة (5) من الديباجة بعبارة «وقد عقدت العزم على وضع حدّ لإفلات مرتكبي هذه الجرائم من العقاب والإسهام بالتالي في منع هذه الجرائم».

-Voir: **Luis Moreno Ocampo**, «The International Criminal Court: Seeking global justice», *Case Western Reserve, University Law Review*, Vol. 40, 2007, p. 216.

120 دولة، وامتنعت 21 دولة عن التصويت، في حين عارضت 7 دول ذلك، ومن أهم تلك الدول المعارضة إسرائيل.

فموقف إسرائيل من إنشاء المحكمة الجنائية الدولية لا يختلف كثيرا عن موقف الولايات المتحدة الأمريكية، فقد كانتا تدرسان الوضع في فلسطين⁽¹⁾، وشاركت الإدارة الأمريكية مخاوف إسرائيل من إمكانية ملاحقة قادتها ومسؤوليها العسكريين الذين ارتكبوا جرائم حرب، وجرائم ضد الإنسانية في فلسطين وبالخصوص في غزة.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن المندوب الإسرائيلي (الياكيم روبنشتاين - Elyakim Rubinstein) كان قد ذكر في مداخلة في الجلسة الختامية لمؤتمر روما عام 1998 (أن الشعب اليهودي كان ضحية للاضطهاد النازي، ومن بين رماد المحرقة صدرت دعوات اليهود في العالم أجمع لإنشاء محكمة جنائية دولية)، بل إنه يصف أنهم، أي اليهود، هم (الآباء المؤسسون للمحكمة الجنائية الدولية)، ورغم ذلك يرفض ميثاق روما بشدة، ويعتبر أن النظام الأساسي لميثاق روما يستخدم في الحرب السياسية التي تُشن على إسرائيل⁽²⁾.

مما يثير إشكالا حول مبررات مخاوف إسرائيل من المساءلة والعقاب؟ وما هو الدور المنتظر للمحكمة الجنائية الدولية بعد انضمام فلسطين إلى نظام روما الأساسي؟ وللإجابة على هذه الإشكالية، سنحاول دراسة مبررات مخاوف إسرائيل من المساءلة والعقاب من جهة، ومن جهة أخرى الدور المنتظر للمحكمة الجنائية الدولية بعد انضمام فلسطين إلى نظام روما الأساسي.

1- مبررات مخاوف إسرائيل من المساءلة والعقاب:

لجأت إسرائيل منذ الإعلان عن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية إلى مهاجمتها، بسبب الخوف من أن يُقدم زعماء حكوماتها وقادتها العسكريين إلى المحكمة، واستندت لتبرير

(1) Voir: **Alia Aoun**, «La situation de la Palestine devant la Cour pénale internationale: un recours imminent?», Confluences Méditerranée, Vol.1, N° 96, 2016, p.147.

(2) أنظر: **بارعة القدسي**، "المحكمة الجنائية الدولية طبيعتها واختصاصاتها موقف الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل منها"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الثاني، 2004، ص 160.

معارضتها لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، إلى مجموعة من الحجج القانونية التي يمكن حصرها فيما يلي:

1-1- اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بجريمة العدوان:

أيدت أغلب الدول المشاركة في المؤتمر الدبلوماسي للمفوضين بروما إدراج جريمة العدوان ضمن الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، خاصة الدول العربية، دول حركة عدم الانحياز، وبعض الدول الأوروبية⁽¹⁾، إلا أن موقف إسرائيل كان موافقا للولايات المتحدة الأمريكية، ومن بين الدول البارزة التي حاولت استبعاد جريمة العدوان من النظام الأساسي للمحكمة، وساندت حليفها الولايات المتحدة الأمريكية في معارضتها، من أجل الاحتفاظ بسلطة مجلس الأمن المطلقة في تحديد وقوع العدوان وملاحقة المعتدي⁽²⁾.

فعارضت إسرائيل بشدة إدراج جريمة العدوان ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، فهي غير مقتنعة بوجود إدراج العدوان في اختصاص المحكمة، مادام أن النظام الأساسي ينص على جزاءات عقابا على الأفعال الإجرامية أو الامتناع، ويتعين أن يستند إلى تعاريف دقيقة ومقبولة عالميا، ولا يوجد إلى حد الآن تعريف دقيق لجريمة العدوان، ويؤدي عدم وجوده إلى استعمال تعاريف وراءها دوافع سياسية قد تؤثر في استقلال المحكمة الجنائية الدولية وطابعها الغير سياسي.

بالإضافة إلى أن الأفعال العدوانية التي ترتكبها دول ضد دول لا تنتمي إلى فئة الجرائم التي يرتكبها الأفراد انتهاكا للقانون الدولي الإنساني⁽³⁾.

كما عارضت إسرائيل منح المحكمة الجنائية الدولية سلطة تحديد وقوع العدوان بعيدا عن هيمنة مجلس الأمن واحتكاره، الذي يتمتع به عن طريق فيتو الحليف الأمريكي، حين أشار

(1) انظر: ماجد عمر عبّادي، جريمة العدوان قراءة تحليلية تعتمد النص والمفاوضات الدبلوماسية لمؤتمر كمبالا 2010، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2018، ص 11.

(2) لونييسي علي، دور منظمة الأمم المتحدة في إنشاء وتطوير القضاء الدولي الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 74.

(3) بارعة القدسي، المرجع السابق، ص 160.

المندوب الإسرائيلي إلى أن (ممارسة الاختصاص إذا تقرر إدراج العدوان، ينبغي أن تخضع لتقرير مجلس الأمن بأن فعلا عدوانا قد وقع).

ولقد حاولت إسرائيل نفي مسؤولياتها عن العدوان خلال العمليات العدائية قبل الخامس من جوان 1967، والهجوم على الدول العربية واحتلال أراضيها بما فيها فلسطين⁽¹⁾، بادعائها أنها مارست حقوقا قانونية⁽²⁾.

وتعتبر جريمة العدوان من الجرائم الأكثر تهديدا للمجتمع الدولي⁽³⁾، حيث وصفت أثناء محاكمات نورمبرغ بأنها أشد الجرائم الدولية على الإطلاق، وتختلف عن باقي جرائم الحرب في أنها تشمل وحدها على مساوى الكل⁽⁴⁾.

(1) «S'il y a un endroit sur la planète où l'ONU a une responsabilité directe, c'est bien le conflit Israélo-arabe», voir: **Théodore Doh-Djanhundy**, L'ONU et la menace à la paix et à la sécurité internationales, cas du Moyen-Orient, thèse pour obtenir le grade de Docteur en Droit Public, UFR des Sciences Juridiques, Administratives et Politiques, Université Félix Houphouët-Boigny, Cocody-Abidjan, le 27 février 2017, p.28.

(2) إن مسؤولية إسرائيل ثابتة على أساس التوسع واكتساب الأراضي بالقوة، وهو ما عبر عنه قرار مجلس الأمن الدولي رقم: (242) بعدم شرعية اكتساب الأراضي، والأوضاع، والنتائج التي تترتب على مخالفة القانون الدولي، ومنها الضم بالإرادة المنفردة للأراضي العربية المحتلة، وتتجسد مسؤولية إسرائيل عن إجراءات الضم، والاستيطان في الأراضي العربية المحتلة، وعن ممارساتها الإجرامية حيال الممتلكات العربية، وأبرزها حريق المسجد الأقصى والحفريات حول الأماكن المقدسة، والسلوك العدواني اليومي ضد الفلسطينيين، راجع: **عبد العزيز العشراوي**، محاضرات في المسؤولية الدولية، الطبعة الثانية، دار هومة، 2009، ص 156.

-Voir également: **Paul Grossrieder**, «Le droit international humanitaire et la question israélo-palestinienne», Critique internationale, Vol.3, N° 16, 2002, pp. 49 – 56.

(3) عرّف الأستاذ (Alfaro) العدوان بأنه: «كل استخدام للقوة أو التهديد بها من قبل دولة أو مجموعة من الدول أو حكومة أو عدة حكومات ضد أقاليم شعوب الدول، أو الحكومات الأخرى أيا كانت الصورة أو السبب أو الغرض المقصود من العدوان، فيما عدا حالة الدفاع الشرعي الفردي أو الجماعي ضد عدوان مرتكب من جانب قوات مسلحة، أو المساهمة في أعمال القمع التي تتخذها الأمم المتحدة»، انظر: **أمحمدي بوزينة آمنة**، آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 188.

(4) انظر: **هشام قواسمية**، المسؤولية الدولية الجنائية للرؤساء والقادة العسكريين، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013، ص 208.

ولقد كانت جريمة العدوان⁽¹⁾، أحد الأسباب الرئيسية في تأخير إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، فقد مرت بمراحل عديدة⁽²⁾، إذ تم إقرارها كجريمة حرب في إطار النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ تحت مسمى (الجرائم ضد السلام)، وكلفت لجنة القانون الدولي بدراسة المشاكل التي تعيق وضع تعريف للعدوان، فبقيت الأعمال المتعلقة بتعريفه جارية في إطار منظمة الأمم المتحدة طيلة عقدين من الزمن⁽³⁾، حتى توصلت اللجنة الخاصة المكلفة بإعداد تعريف العدوان إلى اعتماد صيغة نهائية لتعريفه، تبنتها الجمعية العامة بموجب القرار رقم (3314) لسنة 1974⁽⁴⁾، حيث عرّف القرار في مادته الأولى العدوان: «بأنه استخدام القوة المسلحة من جانب إحدى الدول ضد سيادة أو سلامة أراضي دولة أخرى أو استقلالها السياسي، أو بأية طريقة لا تتفق مع ميثاق الأمم المتحدة»⁽⁵⁾.

كما نص على حالات نموذجية تُعدّ من الأعمال العدوانية في إطار مادته الثالثة كالغزو، وشنّ هجوم على أراضي دولة أخرى ولو بصورة مؤقتة، وكذلك أعمال القصف، وحصار الموانئ والسواحل، والسماح باستخدام الأراضي من قبل دول أخرى لارتكاب أعمال العدوان، وإرسال قوات غير نظامية أو مرتزقة لارتكاب أعمال القوة، وأعطى قرار الجمعية العامة بموجب

(1) «Nombre de problèmes sont étendus et complexes. Ils n'occupent pas pour autant une place aussi primordiale sur la scène internationale. L'agression revêt en plus un caractère de gravité exceptionnelle, qui explique l'extrême attention qu'on lui accorde.»، Eugène Aronéanu, La définition de l'agression, Éditions Internationales, Paris, 1958, p. 118.

(2) Voir sur ce sujet: **Véronique Michèle Metangmo**, Le crime d'agression: recherches sur l'originalité d'un crime à la croisée du droit international pénal et du droit international du maintien de la paix, thèse pour obtenir le grade de Docteur en Droit, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université Lille II, 30 janvier 2012, pp.22-23.

(3) إبراهيم الدراجي، جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2005، ص 867.

(4) Doc.off. NU.AG A/Rés.3314 (XXIX) du 14 décembre 1974.

(5) يؤخذ على هذا التعريف أنه جاء قاصراً من حيث نصه على فعل واحد فقط تنشأ بارتكابه جريمة العدوان، وهو استخدام القوة المسلحة بالرغم من وجود حالات كثيرة يترتب على ارتكابها أضرار جسيمة تفوق ما ينتج عن استخدام القوة المسلحة، كالضغوطات والحصار الاقتصادي الذي تمارسه بعض الدول بحق بعض الدول دون وجه حق، بالإضافة إلى أن هذا التعريف لم يتعرض للمسؤولية الجنائية الفردية عن الأفعال المكونة لجريمة العدوان، انظر: هيثم مناع، "جريمة العدوان في تاريخ القانون الدولي والثقافة العربية الإسلامية"، محاضرة على هامش المؤتمر التأسيسي الأول للحملة العالمية ضد العدوان، الدوحة 24 فيفري 2005 في:

<http://www.hrinfo.net/mena/achr/2005/pr0224-2.shtml>.

المادة الرابعة لمجلس الأمن صلاحية وصف أعمال أخرى غير الواردة في المادة الثالثة من قبيل الأفعال المكونة لجريمة العدوان وفقا لأحكام الميثاق⁽¹⁾.

واعتمد المؤتمر الاستعراضي في كمبالا قرارا⁽²⁾، أدخل به تعديلا في نظام روما الأساسي، بحيث يتضمن تعريفا لجريمة العدوان ويضع الشروط التي بموجبها يمكن للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة.

واستند المؤتمر الاستعراضي في تعريف جريمة العدوان على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (3314) المؤرخ في 14 ديسمبر 1974⁽³⁾، وفي هذا السياق اتفق على وصف العدوان على أنها الجريمة التي ارتكبتها زعيم سياسي أو عسكري، والتي بحكم خصائصها وخطورتها وحجمها تشكل انتهاكا واضحا لميثاق الأمم المتحدة⁽⁴⁾.

وفيما يتعلق بممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها، وافق المؤتمر على أن الحالة التي يكون فيها عمل من أعمال العدوان قد وقع، فيمكن أن تحال القضية إلى المحكمة من قبل مجلس الأمن، المتصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، بغض النظر عن ما إذا كانت الدولة المعنية من الدول الأطراف أو الدول غير الأطراف.

وتمارس المحكمة الجنائية الدولية اختصاصها بشأن جريمة العدوان بناء على إحالة من مجلس الأمن وفقاً للمادة (13/ب) من النظام الأساسي، بعد مرور سنة واحدة على التصديق أو القبول بالتعديلات من ثلاثين دولة طرف، أو (يضاف نص مماثل للفقرة 3 من المادة 15

⁽¹⁾ صلاح الدين أحمد حمدي، العدوان في ضوء القانون الدولي (1919-1977)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص ص 29-33.

⁽²⁾ Résolution RC/Rés.6, adoptée à la Treizième Séance Plénière, le 11 juin 2010, par consensus.

⁽³⁾ Voir: Véronique Michèle Metangmo, op.cit., pp.28-29.

⁽⁴⁾ انظر: المادة 8 مكرر من القرار RC/Rés..6

- لا جديد يذكر حول تعريف جريمة العدوان، فتم اعتماد التعريف الوارد في المادة الأولى من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (3314) المؤرخ في 14 ديسمبر 1974، انظر:

-William A. Schabas, «The unfinished work of defining aggression: How many times must the cannonballs fly before they are forever banned?», in: The International Criminal Court: Challenges to achieving justice and accountability in the 21st century, Edited by Mark S. Ellis and Richard J. Goldstone, edited by IDEBATE Press, New York, 2008, p.230.

مكرراً) أيهما يكون تالياً، وبغض النظر عما إذا كانت الدولة المعنية قبلت اختصاص المحكمة في هذا الصدد⁽¹⁾.

1-2- الإستيطان جريمة من جرائم الحرب وفق نظام روما الأساسي:

تتصبّ المعارضة الإسرائيلية بالدرجة الأولى على كون ميثاق روما قد اعتبر أن الإستيطان هو من جرائم الحرب التي يشملها الميثاق بالتجريم والعقاب، حيث أن المادة الثامنة من ميثاق روما قد عدّت من ضمن جرائم الحرب "قيام دولة الاحتلال على نحو مباشر أو غير مباشر بنقل أجزاء من سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها، أو إبعاد كل سكان الأرض المحتلة، أو نقلهم أو أجزاء منهم داخل هذه الأرض أو خارجها"، وهو النص الذي أثار غضب إسرائيل ورفضها⁽²⁾.

حيث عبّر مندوب إسرائيل في الجلسة الختامية لمؤتمر روما عن رفض ما جاء في نص المادة الثامنة من ميثاق روما قائلاً: "هل مثل هذا العمل المنصوص عليه في المادة الثامنة يُعد من أبشع الجرائم وأفزعها...."، وبيّن أن سبب المعارضة الإسرائيلية لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، هو أن المادة الأولى من النظام الأساسي تتحدث عن الجرائم الأكثر فضاة، وتتحدث الديباجة عن الجرائم الخطيرة والفظيعة التي تهز المجتمع بأسره، وتساءل عن أنه لا يفهم لماذا وجد بعضهم، أن نقل السكان إلى الأراضي المحتلة كما جاء في الفقرة الثانية "ب" من المادة الثامنة هو من الجرائم البشعة⁽³⁾.

وعليه عارضت إسرائيل ميثاق روما ورفضت في البداية التوقيع عليه، وقد أعلنت أنها قد تعيد النظر في موقفها إذا ما قبلت الولايات المتحدة الأمريكية التوقيع على المعاهدة، وبالفعل عندما وقعت هذه الأخيرة على ميثاق روما الأساسي في 31 ديسمبر 2000، أعلنت إسرائيل أنها وقعت معاهدة إنشاء المحكمة بعد لحظات قليلة من توقيع الولايات المتحدة الأمريكية، حيث ذكر بيان لمجلس الوزراء الإسرائيلي أن إسرائيل قد غيرت موقفها بعد حصولها على

(1) انظر: المادة 10 مكرر 2 من القرار RC/Rés.6.

(2) انظر: المادة (8/8) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(3) راجع: بارعة القدسي، المرجع السابق، ص 160.

توضيح بأن هذا التوقيع لن يضر مصالحها، وأشار البيان إلى أن اتصالات على مستوى رفيع جرت مع الولايات المتحدة الأمريكية، تلقت إسرائيل على إثرها تأكيدات من واشنطن بحماية مصالحها، ولكن عندما دخلت معاهدة روما حيّز النفاذ في الواحد جويلية 2002، أعلنت إسرائيل رسمياً رفضها التصديق على ميثاق إنشاء المحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾.

ويعتبر الاستيطان في الأراضي الفلسطينية المحتلة مناقضاً للقانون الدولي والقرارات الدولية الصادرة من قبل الأمم المتحدة وهيئات حقوق الإنسان، التي تحكم طبيعة العلاقة بين أصحاب الأرض والمحتل في ظل الحرب، حيث أن هذه المستوطنات تخالف القانون الدولي المتعلق بحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني، بسبب ما ينتج عن تلك المخالفات من أضرار تتعلق بالفلسطينيين، وتؤثر على إمكانية الوصول إلى سلام بين الجانبين الفلسطيني والإسرائيلي⁽²⁾.

وعلى الرغم من القرارات الصادرة عن المؤسسات الدولية، والتي تطالب دائماً بالاحتلال الإسرائيلي بالالتزام بأحكام اتفاقية لاهاي لعام 1907، واتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949،

⁽¹⁾ بتاريخ 2002/6/12 أعلنت وزارة العدل الإسرائيلية أن تل أبيب لا تنوي المصادقة على معاهدة إنشاء المحكمة الجنائية الدولية خشية أن يفسح ذلك المجال أمام ملاحقة مسؤولين سياسيين وعسكريين إسرائيليين بتهم جرائم الحرب، وقال المتحدث باسم الوزارة (يعقوب غالانتي) أن إسرائيل تعتبر أن هناك خطراً كبيراً مما أسماه تسييس المحكمة، التي يمكن أن تجعل وجود الإسرائيليين في الأراضي الفلسطينية المحتلة جريمة حرب، وحذّر المتحدث باسم وزارة العدل من إمكانية توقيف ضباط كبار، أو مسؤولين سياسيين إسرائيليين في الخارج أو ملاحقتهم بطلب من المحكمة الجنائية الدولية، موضحاً أن تلك الملاحقات يمكن أن تحدث سواء صادقت إسرائيل على المعاهدة أو لم تصادق، غير أن في حالة عدم المصادقة لا تكون إسرائيل مجبرة على تسليم أفراد ملاحقين.

- وقد أعلن مكتب المدعي العام الإسرائيلي على إنشاء خلية خاصة لتقديم المساعدة القانونية للإسرائيليين الذين سيلاحقون، وكان المستشار القانوني للحكومة الإسرائيلية (الياكم روبنشتاين) قد قال: " أنه أبلغ اللجنة القوانين البرلمانية في الكنيست الإسرائيلي رفض المصادقة على المعاهدة التي وقعت إسرائيل يوم 31 ديسمبر 2000، وأعرب عن صدمته من إمكانية أن تعد قوانين هذه المحكمة الاستيطان اليهودي في الضفة الغربية، وقطاع غزة جريمة حرب"، راجع: **بارعة القدسي**، المرجع السابق، ص 162.

⁽²⁾ بلغ عدد المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية المحتلة 198 مستوطنة، إلى جانب 220 بؤرة استيطانية تتم إقامتها على الأراضي الفلسطينية المحتلة، ويقطن هذه المستوطنات والبؤر الاستيطانية ما يقارب 824 ألف مستوطن، منهم 318 ألف مستوطن في القدس الشرقية المحتلة، انظر: **حكيم العمري**، الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي المحتلة، دراسة في أحكام القانون الدولي، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، 2019، ص 12.

وكذلك القرارات الصادرة عن مجلس الأمن، والجمعية العامة للأمم المتحدة، فإن الحكومات الإسرائيلية المتعاقبة أظهرت عدم احترامها للقرارات الدولية، وعدم الالتزام بتطبيقها، بل على العكس تماما فقد لجأت إلى سياسة التحدي والإصرار على الاستمرار في سياساتها الاستيطانية. فعلى الرغم من قبولها عضوا في الأمم المتحدة، الأمر الذي يتطلب منها الالتزام بكل ما يصدر عن المؤسسات الدولية، إلى أنها تضرب بعرض الحائط كل تلك القرارات، الأمر الذي يجب أن يضع تلك المؤسسات أمام مسؤولياتها لتطبيق قراراتها على الحكومات الإسرائيلية، وإجبارها على وقف سياسة الاستيطان في الضفة الغربية⁽¹⁾.

والى غاية 2019 صدرت العديد من القوانين التي تشجع الاستيطان، والمشاريع الاستيطانية، أبرزها الجدار العازل لعام 2002⁽²⁾، وقانون شرعنة البؤر الاستيطانية لعام 2017⁽³⁾، وقانون القومية لعام 2018⁽⁴⁾، وأخيرا مشروع صفقة القرن.

(1) Voir: **Ghislain Poissonnier and Eric David**, «Les colonies israéliennes en Cisjordanie, un crime de guerre ?», La Revue des Droits de l'Homme, N° 16, 2019, pp.1-36.

(2) يعتبر الجدار جريمة ضد الإنسانية، ضمن الركن الأول من أركان جريمة الفصل العنصري وهو " إقامة وإدامة هيمنة فئة عنصرية ما من البشر على أية فئة عنصرية أخرى من البشر"، هذا فضلا عن اقرار باقي أركان جريمة الفصل العنصري في أثناء وبعد تنفيذ الجدار، من اضطهاد، وحرمان من حق الحياة والحرية الشخصية، وحتى القتل والسجن، وغيرها من الجرائم المشمولة ضمن جرائم الفصل العنصري، راجع: **رباحي أمينة**، "الحصار على غزة أحد أشكال الفصل العنصري"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 7، العدد 4، 2015، ص ص 55-56.

- وللتفصيل أكثر، انظر: **موسى الدويك**، "الجدار القاتل وآثاره السلبية على الشعب الفلسطيني اجتماعيا، نفسيا، صحيا، تعليميا وحضاريا، دراسة في إطار القانون الدولي العام"، مجلة المفكر، المجلد 10، العدد 12، ص ص 35-55.

- وراجع: **عزام شعث**، الإستيطان في فلسطين: تغيير المعالم والقضاء على مبدأ حل الدولتين، مركز بريك للأبحاث والدراسات، 2017، ص 8.

(3) في فيفري 2017، صادق الكنيست الإسرائيلي على قانون "شرعنة البؤر الاستيطانية" المقامة على أراض فلسطينية ذات ملكية خاصة في الضفة الغربية، بتأييد 60 نائبا للمشروع من أصل 120 عضوا في البرلمان الإسرائيلي، وهذه هي المرة الأولى التي يصدر فيها الكنيست قانونا يشمل الأملاك الخاصة للفلسطينيين، وتبين دراسة تحليلية أجراها معهد الأبحاث التطبيقية في القدس حول الاستيطان أن ما نسبته 49 % من مساحة المستوطنات تم بناءها على أراضي فلسطينية ذات ملكية خاصة، في حين أن 51 % تم بناءها على أراض صنفتها إسرائيل بأراضي دولة، انظر: **حكيم العمري**، المرجع السابق، ص ص 22-23.

(4) صادق الكنيست الإسرائيلي على قانون أساس إسرائيل، الدولة القومية للشعب اليهودي، الذي تم إقراره بتاريخ: 19 جولية 2018، بأغلبية 62 عضوا مقابل معارضة 55 عضو، وامتناع نائبين عن التصويت، بخصوص الاستيطان، فقد

لقد عمل الرئيس الأمريكي "دونالد ترامب" على حل القضايا الجوهرية التي أفشلت قمة كامب ديفيد- القدس واللاجئين والحدود والمستوطنات والسيادة- بطريقته الخاصة من أجل إرضاء إسرائيل، من خلال تباين الموقف الإسرائيلي وحسم قضية القدس، وبعد قرن على وعد بلفور تم إعلان وعد جديد يمكن أن يطلق عليه الوعد الثاني بعد الإعلان الرسمي عنه من قبل "ترامب" و"نتنياهو" في 28 جانفي 2020، في البيت الأبيض، وبحضور سفراء دول كل من الإمارات العربية المتحدة، وسلطنة عمان، والبحرين، ولكن هذه المرة جاء الوعد من أمريكا -وعد ترامب- الذي يمنح القدس لإسرائيل من خلال الاعتراف بالقدس عاصمة لدولة الاحتلال، ونقل السفارة الأمريكية للقدس، لقد تكرر مشهد بلفور " الذي أعطى من لا يملك لمن لا يستحق"(1).

تتناقض صفقة القرن مع قراري مجلس الأمن (242 و338) التي تدعو إسرائيل إلى الانسحاب من الأراضي الفلسطينية المحتلة في عام 1967 كوسيلة لتعزيز عملية السلام بين الجانبين، ويشكل رفض إسرائيل في تحقيق مطلب الانسحاب من الأراضي المحتلة اتجاها ينطوي على تمرد ورفض للقرارات الدولية، كما أنه يحرم الشعب الفلسطيني عمليا من ممارسة حق تقرير المصير(2).

2- الدور المنتظر للمحكمة الجنائية الدولية بعد انضمام فلسطين إلى نظام روما الأساسي:
يترتب على انضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية آثار قانونية على تحريك اختصاص المحكمة بالنظر في الجرائم التي ارتكبتها القادة السياسيين والعسكريين الإسرائيليين ضد الفلسطينيين، خاصة عدوانها على غزة سنتي 2009 و2014.

نص هذا القانون على أن تطوير الاستيطان قيمة قومية وتعمل الدولة لأجل تشجيعه ودعم إقامته وتثبيتته، راجع: حكيم العمري، المرجع السابق، ص 24.

(1) راجع: عقل محمد صلاح، " الإدارة الأمريكية الراعي للمفاوضات الفلسطينية الإسرائيلية: من كامب ديفيد إلى صفقة القرن"، مجلة الناقد للدراسات السياسية، المجلد 4، العدد 1، ص 26.

(2) انظر: العمري حكيم، "حقوق الشعب الفلسطيني في مشروع صفقة القرن"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، 2019، ص 2196.

2-1- قيام المسؤولية الجنائية الدولية للقادة السياسيين والعسكريين الإسرائيليين:

بتاريخ 27 ديسمبر 2008 شنت إسرائيل عدوان وحشي على السكان الفلسطينيين في غزة، إذ قام الجيش الإسرائيلي بشنّ غارات جوية، كانت نتيجة هذه الغارات في يومها الأول مقتل أكثر من 200 فلسطيني، وجرح أكثر من 700 آخرين، واستمر القصف الإسرائيلي يوميا بدون انقطاع⁽¹⁾.

وفي ليلة 3 جانفي 2009 بدأ الهجوم البري على قطاع غزة، وتزامن هذا الاجتياح مع استمرار القصف جوا وبراً، وهذا إلى غاية 18 جانفي 2009 وكانت حصيلة العدوان 1300 قتيل، أغلبهم أطفال ونساء، وأكثر من 5000 جريح، واستعملت إسرائيل في عدوانها أسلحة محرمة دولياً مثل القنابل الفسفورية، والغازات الخانقة، واستهدف العدوان الإسرائيلي المدنيين والمنازل، والمستشفيات والمدارس، والجامعات ودور العبادة، بما فيها مؤسسات الإغاثة الدولية التابعة للأمم المتحدة⁽²⁾.

ولقد ركزت القوى العسكرية الإسرائيلية على قوة الدعاية بدل العمل على تحقيق النصر على أرض الحرب، فقد أشار رصد تحليلي أنّ الإعلام الإسرائيلي الرسمي والشبه الرسمي، يركز على وصف الحرب على قطاع غزة بأنها حرب بين الجانب الإسرائيلي وحركة حماس حصراً، ووفقاً للكاتب الأمريكي "جيمس زغبى" في دراسة تحت عنوان "آلة الحرب الدعائية الإسرائيلية"، أن إسرائيل تقوم بالترويج لوجهة نظرها وتبرير العدوان على غزة في الإعلام

⁽¹⁾ لقد كان موقف الأمين العام للأمم المتحدة من العدوان دون المستوى المطلوب، بدءاً بطلبه من الجانبين الإسرائيلي والفلسطيني وقف القتال، والالتزام بقرار وقف النار الصادر عن مجلس الأمن مما يضمن وصول مواد الإغاثة لسكان قطاع غزة، وهو بهذا يلغي صفة العدوان على ما اقترفته إسرائيل ويلغي صفة المقاومة على الفصائل الفلسطينية وحماس، ويحولها إلى نزاع أو قتال بين طرفين، حتى يبدو الأمر وكأنه نزاع مسلح بين دولتين، كما أن استخدامه لعبارة "القوة المفرطة" التي استخدمتها إسرائيل ضد المدنيين في غزة، فيها الكثير من الانحياز لإسرائيل والمجازة لمواقف بعض الدول الغربية، وكان المطلوب هو استخدام القوة فقط دون الإفراط فيها، مع العلم أن الأمين العام يعلم جيداً أن استخدام القوة في القانون الدولي وفي الميثاق الذي يمثله، بإفراط أو بغير إفراط، غير مشروع إلا في حالات الدفاع عن النفس في حالة العدوان، وهو ما لم يتم في هذه القضية، راجع: **فتيحة ليتيم**، "موقف الأمم المتحدة من الحرب على غزة"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 2، العدد 1، ص 21.

⁽²⁾ أنظر: **بوشاشي مصطفى**، "الجرائم الإسرائيلية في غزة واختصاص المحكمة الجنائية الدولية"، مجلة الرابطة، العدد الأول، 2009، ص 17.

الأمريكي، وكانت مكونا ضروريا في نجاح إسرائيل في قدرتها على إطالة القتال دون إعاقة أمريكية، خاصة استغلال إطلاق الصواريخ من قبل حماس لتبرير شنّ العدوان على غزة، وهي تعلم أنها ستحظى بتعاطف الغرب⁽¹⁾.

أياما قليلة فقط بعد نهاية عدوان الجيش الإسرائيلي الذي شنته ضد المدنيين في قطاع غزة، وبتاريخ 2009/01/20 قامت مجموعة من المنظمات الحقوقية الإسرائيلية برفع شكوى إلى المدعي العام الإسرائيلي، طالبت فيها بفتح تحقيق بشأن التصرفات والأعمال التي صدرت عن الجيش الإسرائيلي أثناء الحرب على غزة، وتبعاً لذلك قامت الحكومة الإسرائيلية بالتصريح عن نيتها في فتح تحقيق بشأن مزاعم استعمال جيشها للفسفور الأبيض، وأسلحة أخرى محظورة في القانون الدولي، والاتفاقيات الدولية الخاصة، لكن سرعان ما اتضح أن ذلك لم يكن سوى خطة مفتعلة لتحويل أنظار الرأي العام العالمي عن الوضع الحقيقي في فلسطين، والمطالبة الملحة لمتابعة ومحاكمة مجرمي الحرب في غزة⁽²⁾.

وفي ضوء ما ورد في الملخص التنفيذي لتقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة (تقرير غولدستون)⁽³⁾، وكذلك بناء على حقائق أكدتها نتائج أسفرت عنها دراسات قامت بإجرائها بعض مراكز الأبحاث الفلسطينية⁽⁴⁾، وكذلك أيضاً استناداً إلى تقارير أعدتها وكالة غوث اللاجئين التابعة للأمم المتحدة⁽⁵⁾، فضلاً عن تقارير أعدتها منظمات دولية غير

(1) للتفصيل أكثر حول إستراتيجية الدعاية الإسرائيلية في حرب غزة، راجع: شتيح سامية، "الدعاية الإسرائيلية في حرب غزة 2009"، المجلة الجزائرية للعلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 4، العدد 7، ص ص 294-293-292-295. 291.

(2) راجع: تاجر محمد، "حدود العدالة الجنائية الدولية في مواجهة الجرائم الإسرائيلية المرتكبة في غزة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01، مارس 2011، ص 164.

(3) أنظر: الموجز التنفيذي لتقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة (تقرير غولدستون)، مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة، الدورة الثانية عشرة، البند 7 من جدول الأعمال، 2009/9/23، وثائق الجمعية العامة للأمم المتحدة، الوثيقة رقم: (A/HRC/12 advanced 1)، في: www.un.org

(4) أنظر: مركز الأبحاث الفلسطيني، (مؤسسة الحق)، "مسؤولية المحتل المدنية الناشئة عن عدوانه على غزة"، مقالة قانونية منشورة بتاريخ 2009/02/18، في: www.p-s-news.com

(5) أنظر: تقارير وكالة غوث اللاجئين التابعة للأمم المتحدة حول انتهاكات إسرائيل للقانون الدولي في حربها على قطاع غزة، ومن بينها قصف مدارس تابعة للأونروا في غزة.

- وكذلك: "جرائم الحرب الإسرائيلية في غزة"، مركز عامت للدراسات الحقوقية والدستورية، مصر، 2009/01/28، في:

حكومية من بينها: هيومان رايتس ووتش، ومنظمة العفو الدولية، فإن قوات الاحتلال الإسرائيلي قامت أثناء الحرب التي شنتها على غزة في الفترة من 2008/12/27 إلى 2009/01/18 بارتكاب عدة وقائع غير مشروعة مخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني وقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، وأحكام القانون الجنائي الدولي، وعلى الأخص نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

ومن أهم الجرائم الخطيرة التي اقترفتها إسرائيل في غزة نجد:

- قيام إسرائيل بتجويد المدنيين، وتدمير وتعطيل الأعيان المدنية:

ومن أبرز الوقائع التي تؤكد ذلك، قيام قوات الاحتلال الصهيوني بقصف المحال التجارية والورش، وكذلك تجويد الفلسطينيين عن طريق الحصار، وتعمدّها عدم توفير البيئة المناسبة لانتقال المساعدات الإنسانية والغذائية إلى المحتاجين لها في قطاع غزة، وأيضاً تدمير أو تعطيل المنشآت أو إتلاف المواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة.

- تعمد إسرائيل استهداف المدارس والجامعات والمستشفيات ومقار وكالة الإغاثة:

أكدت تقارير عديدة موثوقة المصدر، من بينها (تقرير غولدستون)، وتقارير وكالة غوث اللاجئين (الأونروا)، وكذلك تقرير منظمة الصليب الأحمر الدولي وغيرها، أن إسرائيل تعمدت أثناء عدوانها على غزة استهداف الجامعة الرئيسية في غزة، وقصف بعض المدارس، من بينها مدارس فلسطينية، وأخرى تابعة لوكالة غوث اللاجئين الفلسطينيين (الأونروا) في غزة، وكانت هذه الأخيرة تستخدم أثناء الحرب كمأوى لأعداد كبيرة جداً من الفلسطينيين الذين اضطروا للنزوح من مساكنهم بسبب الخوف من تطورات العمليات الحربية.

وكذلك مهاجمة وتدمير عدد من سيارات الإسعاف، وقتل عدد من الأطباء وضرب مستوصفات تابعة (للأونروا)، فضلاً عن قصف مستشفى الشفاء المركزي في غزة⁽¹⁾.

www.anhri.net

⁽¹⁾ وهذا يعدّ مخالفة لأحكام المادة (2/8/1، و2) من نظام روما الأساسي. وكذلك نص المادة (18) من اتفاقية جنيف الرابعة (1949) بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب.

- استخدام القوات العسكرية الإسرائيلية لأنواع مختلفة من الأسلحة المحرمة دولياً: رصد المراقبون الدوليون لجوء إسرائيل في عدوانها على غزة إلى استخدام أنواع من الأسلحة المحظورة دولياً، ومن بينها على سبيل المثال:

- **الأسلحة الكهرومغناطيسية المعروفة باسم أسلحة الطاقة المباشرة:** وهي أسلحة خطيرة تخلّف تشوهات وإصابات غير عادية، كإذابة الجلد، واختراق العظام فضلاً عن تقطيع أوصال المصابين المعتدى عليهم، وإصابتهم بجروح في مواضع مختلفة من أبدانهم.
- **قنابل الكثافة المعدنية الخاملة دايم (Dime):** وهي قنابل ذكر الأطباء في مستشفى الشفاء في غزة احتمال استخدام إسرائيل لها في حربها الأخيرة على غزة، بل إن الأخبار التي تناقلتها وكالات الأنباء مؤخراً تفيد أن لجنة من الخبراء الدوليين كلفت بإبطال مفعول قنابل من هذا النوع عثر عليها في قطاع غزة.

وجدير بالذكر إن هذا السلاح خطير جداً، لأنه يحدث ثقباً في الأوعية الدموية وإصابات قاتلة لا ترى بالعين المجردة، كما أن هذه القنابل تتسبب في بتر بعض الأعضاء الخارجية في عدة حالات، فضلاً عن تسببها من الإصابة بأمراض سرطانية قاتلة.

- **الفوسفور الأبيض الحارق وأسلحة كيميائية أخرى:** إذ ورد في التقارير التي أشرنا إليها من قبل، أن شهادات الأطباء الفلسطينيين العاملين في مستشفى الشفاء بغزة، وكذلك شهادات الأطباء العرب والأجانب الذين تطوعوا للعمل في ذلك المستشفى أثناء وبعد العدوان الإسرائيلي على غزة، تفيد أن إسرائيل لجأت إلى استخدام الفوسفور الأبيض.

وهذا الأخير سلاح فتاك، عبارة عن قنابل يترتب على انفجارها إصابة الضحايا بجروح مختلفة وحروق من الدرجة الثالثة، تخترق جلد المصاب لتصل إلى الأعضاء الداخلية، فتسبب في إتلافها بشكل جزئي أو كلي.

- **القنابل الوقودية الهوائية وقنابل الحرارة والضغط الفراغية:** وهي نوع من السلاح الفتاك المفرط الضرر، لأنه يؤدي كما دلت التجربة في حروب سابقة استخدمت فيها إسرائيل هذا

النوع من السلاح⁽¹⁾ إلى إصابة الرئتين بالتلف وتوقف القلب، فضلاً عن حدوث نزيف حاد بالدماغ، وتلف عدد من أعضاء الجسم الداخلية الأخرى⁽²⁾.

إن الأفعال المرتكبة من قبل القادة السياسيين والعسكريين الإسرائيليين والمتمثلة في قتل المدنيين وقصف أهداف مدنية، واستعمال أسلحة محرمة تشكل جريمة دولية في قواعد القانون الدولي الإنساني، والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

فتعمد الجيش الإسرائيلي في قتل السكان العزل وإحداث الأذى في جسمهم وصحتهم بالقصف المستمر دون تمييز للمدن والقرى والمباني التي لا تشكل أهدافاً عسكرية، وتوجيه غارات وهجمات ضد السكان المدنيين مع قتل الأطفال والنساء، وتدمير الممتلكات بدون وجود أية ضرورة تبرر ذلك، بالإضافة إلى قصف المستشفيات وأماكن تجمع الجرحى والمرضى، واستخدام الغازات السامة والأسلحة المحرمة دولياً.

وأكثر من ذلك تعمد الجيش الإسرائيلي في توجيه غارات ضد الأشخاص الذين يقومون بالإغاثة والأعمال الإنسانية، يمكن تكيفها بأنها جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الإبادة الجماعية بجميع أركانها المادية والمعنوية والدولية وفقاً للمواد (5، 6، 7، 8) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وثبت ارتكاب القوات المسلحة الإسرائيلية لها أثناء عدوانها

(1) ومن هذه الحروب على سبيل المثال: الحرب الإسرائيلية على لبنان، صيف عام 2006.

(2) وهذا ما يخالف تماماً نص المواد (2/8/ب/، و17، و18، و19، و20) من نظام روما الأساسي، وكذلك معاهدة حظر استخدام بعض الأسلحة التقليدية التي تسبب أضراراً مفرطة لا مبرر لها، وهي المعاهدة التي أبرمت عام 1980، أنظر: **عابد عبيد الزبيعي**، "الجرائم الإسرائيلية المرتكبة في الأراضي الفلسطينية أثناء الحرب على غزة، السياق التاريخي والقانوني"، ملتقى دولي حول الجرائم الدولية والمحكمة الجنائية الدولية والقانون الدولي الإنساني، بجاية، 24 و25 جوان 2009، ص ص 6-7.

- أكد النائب الأوربي (فرانسيس فورتز) بأن ما وقع في غزة لم يكن يشبه آثار مواجهة بين متحاربين، وإنما كان عبارة عن مذبحه قضت على مئات المدنيين العزل، بالتزامن مع تدمير أحياء سكنية برمتها وتشريد سكانها، ولدنيا الآن يقين لا يتزعزع بأن الجيش الإسرائيلي ارتكب جرائم حرب حقيقية في غزة" أنظر: **العشاوي عبد العزيز**، "الجرائم الدولية المرتكبة في الأراضي الفلسطينية والقائمة في الحال (المستوطنات، الجدار العازل، آثار الاعتداء على غزة)"، ملتقى دولي حول الجرائم الدولية والمحكمة الجنائية الدولية والقانون الدولي الإنساني، بجاية في 24 و25 جوان 2009، ص ص 23-25.

على قطاع غزة شتاء 2009/2008 من خلال ما ورد من حقائق ثابتة في التقارير الدولية والدراسات والأبحاث التي أشرنا إليها من قبل⁽¹⁾.

وفي هذا السياق من الجدير بالذكر أن تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة (تقرير غولدستون) وردت به عدّة استنتاجات وتوصيات غاية في الأهمية، نذكر منها على وجه الخصوص: "الولاية العالمية- في سياق القدر المتزايد من عدم استعداد إسرائيل لفتح تحقيقات (جنائية) تمتثل للمعايير الدولية"⁽²⁾، فإن البعثة تدعم الاعتماد على (الولاية العالمية) كسبيل متاح أمام الدول للتحقيق في انتهاكات أحكام اتفاقيات جنيف لعام 1949 المتعلقة بارتكاب خروق خطيرة ولمنع الإفلات من العقاب وللنهوض بالمسؤولية الدولية"⁽³⁾.

ولقد شنت إسرائيل حرباً ثانية على قطاع غزة بتاريخ: 14 نوفمبر 2012، أسمتها "عامود السحاب"، فيما أسمتها حركة حماس "حجارة السجيل"، واستمرت لمدة 8 أيام، وبدأت الحرب عقب اغتيال إسرائيل، لأحمد الجعبري، قائد كتائب عز الدين القسام، الجناح العسكري لحركة حماس.

وفي السابع من جويلية 2014، شنت إسرائيل حربها الثالثة على قطاع غزة، أسمتها "الجرف الصامد"، فيما أطلقت عليها حركة المقاومة الإسلامية (حماس) اسم "العصف المأكول"، واستمرت 51 يوماً (انتهت في 26 أوت 2014)، وتعرض قطاع غزة لعدوان

⁽¹⁾ أحمد سي علي، "المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم الناجمة عن العدوان على غزة"، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الخامس، ص ص 255-256.

⁽²⁾ Après la publication du rapport Goldstone, Israël avait annoncé l'ouverture de quatre-cents enquêtes. Une commission présidée par Mary McGoan - la juriste américaine qui succédera à Michael Schabas à la tête de la Commission d'enquête indépendante (COI) en 2015 - déplora qu'aucune enquête ou poursuite n'ait visé les échelons supérieurs du commandement militaire, voir: **Alia Aoun**, op.cit., p.153.

⁽³⁾ أنظر: الفقرة (دال-المحاسبة) البند (3) من الموجز التنفيذي لتقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة (تقرير غولدستون)، ص 25 وما بعدها.

- وهنا نجد من الضروري الإشارة إلى أن البرلمان الأوروبي أعرب بتاريخ 10 مارس 2010 عن تأييده تقرير غولدستون، وطالب بالعمل على تطبيق التوصيات الواردة فيه، وتحديد المسؤوليات عن جرائم الحرب، التي ارتكبت خلال العمليات العسكرية الإسرائيلية على قطاع غزة نهاية عام 2008، والمعروفة باسم (الرصاص المصبوب).

عسكري إسرائيلي جوي وبري، تسبب بمقتل 2322 فلسطينيًا، بينهم 578 طفلًا، و489 امرأة، و102 مسنًا، بحسب وزارة الصحة الفلسطينية.

أعدت البعثة التي يرأسها القاضي (غولدستون) تقريرًا مفصلاً عن الجرائم التي ارتكبتها القوات الإسرائيلية خلال العمليات التي أطلقت عليها "عملية الرصاص المصبوب"، والذي أحيل إلى مجلس حقوق الإنسان في 23 سبتمبر 2009⁽¹⁾، كما أعدت لجنة التحقيق الثانية تقريرًا مفصلاً عن الجرائم التي ارتكبتها القوات الإسرائيلية خلال عملياتها العسكرية ضد غزة من تاريخ 13 جوان 2014، وصادق عليه مجلس حقوق الإنسان بتاريخ: 24 جوان 2015⁽²⁾.

ما يميز تقرير "غولدستون" هو احتوائه على استنتاجات يحث فيها صراحة المحكمة الجنائية الدولية لمقاضاة الأشخاص الذين ارتكبوا هذه الجرائم، كما قدّم أدلة تثبت بأن إسرائيل تعتمد على سياسة ممنهجة لغرض ذلك على مدى سنوات الاحتلال، وهو ما يشكل دليلاً قاطعاً على توفر النية لدى القادة السياسيين والعسكريين الإسرائيليين في ارتكاب جرائم تدخل في اختصاص المحكمة⁽³⁾.

لقد تعاملت آليات العدالة الجنائية الدولية، مجلس الأمن، والأمين العام للأمم المتحدة، ومجلس حقوق الإنسان، والمدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية بأقل من المطلوب، فقد اكتفى الأمين العام للأمم المتحدة بالشجب ودعوة الأطراف إلى ضبط النفس، وكذلك كان دور مجلس الأمن، حيث تماطل في التعامل، ثم أصدر قراراً وحيداً ساوى فيه بين الضحية والمعتدي، وبين شعب تحت الاحتلال والحصار والقصف وبين سلطة الاحتلال. دعا في قراره إلى وقف إطلاق

⁽¹⁾ انظر قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 48/12 الصادر بتاريخ: 23 سبتمبر 2009، المتضمن المصادقة على بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق حول النزاع في غزة، الوثيقة رقم: (2009) Doc: A/HRC/RES/12/48، وثيقة متوفرة على الرابط الإلكتروني:

www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/HRC/12/48

⁽²⁾ انظر قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 52/29 الصادر بتاريخ: 24 جوان 2015، المتضمن المصادقة على اللجنة المستقلة لتقصي الحقائق بموجب القرار رقم: د/1/21 الوثيقة رقم: (2015) Doc: A/HRC/RES/29/52، وثيقة متوفرة على الرابط الإلكتروني:

www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Pages/ListReports.aspx

⁽³⁾ راجع: شينتر عبد الوهاب، "نتائج انضمام فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية في مواجهة الجرائم الإسرائيلية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 2، 2015، ص 234.

النار الفوري والانسحاب الكامل للقوات الإسرائيلية من غزة، ومنع تهريب الأسلحة إلى الفصائل في قطاع غزة، وإدانة جميع أشكال العنف، والأعمال الحربية الموجهة ضد المدنيين وجميع أعمال الإرهاب⁽¹⁾.

وأمام تقاعس مجلس الأمن بسبب ضغط الدول القوية الداعمة لإسرائيل أنشأ مجلس حقوق الإنسان بعثة لتقصي الحقائق في الجرائم التي ارتكبتها إسرائيل في قطاع غزة خلصت في تقريرها إلى أن القوات الإسرائيلية قد ارتكبت جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، وكذلك الفصائل الفلسطينية، ثم تراجع القاضي غولدستون رئيس البعثة عن تقريره نافيا تلك الجرائم عن إسرائيل، مؤكداً أن لديه الآن معلومات بخصوص ما حدث في غزة أكثر مما كان لديه أثناء ترؤسه البعثة، ولو كانت هذه المعلومات متوفرة آنذاك لكانت نتائج تقرير البعثة مختلفة⁽²⁾.

إن الجرائم الدولية الخطيرة التي تنتهك حقوق الإنسان لا تسقط بالتقادم حسب اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1968 الخاصة بعدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وإن كان لإسرائيل رأي آخر في هذا الموضوع إذا أنها تعتبر أن هذه الجرائم سقطت بالتقادم لأن إسرائيل لم تصادق على هذه الاتفاقية⁽³⁾.

بالرغم مما توصلت إليه نتائج التحقيقات التي قامت بها المنظمات الدولية الحكومية، والغير حكومية بشأن العدوان الإسرائيلي على قطاع غزة والتي تثبت مسؤولية الحكومة الإسرائيلية، إلا أن إمكانية تحرك مجلس الأمن لمتابعة المجرمين ومعاقبتهم تبقى حظوظها ضئيلة جداً، وذلك لأسباب مرتبطة بتشكيلة وعمل المجلس ذاته وهو جهاز سياسي بحت، لا

(1) راجع: قرار مجلس الأمن رقم (1860) الصادر في 8 جانفي 2009، تحت رقم: S/RES/1860(2009)

(2) انظر: **بومدين محمد**، "العدالة الجنائية الدولية والظروف المشددة للجرائم الجسيمة في قضية غزة"، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 3، العدد 1، ص ص 3-4.

(3) فعلى سبيل المثال عندما طلبت مصر من إسرائيل التحقيق في الجرائم المرتكبة من قبل المسؤولين الإسرائيليين عام 1956 و1967 تجاهلت إسرائيل هذا الطلب، وأصدرت الحكومة الإسرائيلية في أوت 1995 قرارا باستبعاد محاكمة مرتكبي هذه الجرائم، استنادا إلى سقوط الجريمة بالتقادم لممرور (20) سنة على ارتكابها، وأن إسرائيل غير ملزمة باتفاقية عام 1968 لأنها لم تصادق عليها، انظر: **محمود شريف بسيوني**، "حرب 1956 وجرائم تطالب بحقها"، مجلة السياسة الدولية، أبريل 2002، في:

<http://www.siyassa.org.eg/asiyassa/Ahnam/2002/9/1/Essa3.htmtop>

تبتعد ممارسته عن الانتقائية وضغط القوى العظمى، خاصة عندما يتعلق الأمر بمصالح دول حليفة كإسرائيل التي تستفيد من دعم غير مشروط من طرف الغرب⁽¹⁾. إن أهم أسباب عدم إقدام مجلس الأمن الدولي وتردده لحد الآن في إصدار قرار، بموجبه تتم إحالة المسؤولين الإسرائيليين السياسيين منهم والعسكريين على حدّ سواء إلى المحكمة الجنائية الدولية لمقاضاتهم عن جرائم الحرب في قطاع غزة، خاصة تلك التي ارتكبت أثناء العدوان الإسرائيلي نهاية عام 2008، تكمن في أن مجلس الأمن أضحي في غياب توازن القوى وسيطرة القطب الأوحّد تحت تأثير ضغوط قوية مصدرها الولايات المتحدة الأمريكية، وتتمثل أخطر هذه الضغوطات، في الفيتو الأمريكي المحتمل في مجلس الأمن⁽²⁾، قوة العلاقات الأمريكية الإسرائيلية⁽³⁾.

⁽¹⁾ تاجر محمد، المرجع السابق، ص 173.

⁽²⁾ وتعود مساندة الولايات المتحدة الأمريكية لإسرائيل، واستخدامها حق النقض بشكل روتيني بهدف إجهاض المشروع الفلسطيني كونه مرهون بموقف وقرار الولايات المتحدة، ولحماية كيان إسرائيل من الانتقادات الدولية، أو محاولات الحدّ من جرائم جيش الإحتلال في الأراضي الفلسطينية المحتلة، وبناء المستوطنات دون شرعية قانونية، فالموقف العدائي الأمريكي للقضية الفلسطينية داخل أروقة الأمم المتحدة ليس جديدا، فقد لجأت إلى استخدام الفيتو في مجلس الأمن منذ عام 1947 إلى حد الآن أكثر من 85 مرة، مما أعاق تنفيذ قرارات الشرعية الدولية الخاصة بحل القضية الفلسطينية، ووفر للكيان حاضنة للحماية، والدعم والتأييد، انظر: جمال عبد الناصر محمد عبد الله أبو نحل، سهام فتحي أبو مصطفى، " دور الولايات المتحدة الأمريكية في التأثير على قرارات الأمم المتحدة - فلسطين نموذجا " 2008-2017 - "، مجلة جامعة الإسراء للمؤتمرات العلمية، العدد 2، 2018، ص ص 287-288.

⁽³⁾ تهتم الولايات المتحدة الأمريكية بشكل مباشر بالصراع الفلسطيني الإسرائيلي، لأن إسرائيل تقع في منطقة الشرق الأوسط، وهي المنطقة الأكثر حيوية للمصالح الأمريكية في العالم، والتي طالما حظيت هذه المنطقة بموقع متقدم في الإستراتيجية الأمريكية، خاصة قرب إسرائيل من منطقة الخليج العربي الغنية بالنفط، فهي نقطة انطلاق مثالية من أجل القيام بعمليات عسكرية، وتخزين السلاح والعتاد، وهذا ما يسمح لتدخل عسكري أمريكي، ومواجهة أي أزمة ممكن لها أن تندلع في منطقة الخليج، بالإضافة إلى وجود قيم مشتركة وتواصل ثقافي لا محدود بين المجتمعين الأمريكي والإسرائيلي، للتفصيل أكثر، راجع: أمل سليم الوزير، ميرزا أسمر بيچ، "أثر العلاقات الأمريكية الإسرائيلية على دور الأمم المتحدة تجاه القضية الفلسطينية (2016-2018)"، مجلة جامعة الإسراء للمؤتمرات العلمية، العدد 2، 2018، ص ص 711-712-713. -Voir: **Ann M. Lesch**, «L'ambition hégémonique de George W. Bush sur le Moyen-Orient», *Confluences Méditerranée*, Vol. 4, N°43, 2002, pp. 76-77.

2-2- انضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية:

أودع وزير العدل في حكومة فلسطين "علي خشان" في 22 جانفي 2009، إعلانا رسميا بموجب المادة (3/12) من نظام روما الأساسي يؤكد فيه قبول حكومة فلسطين ممارسة المحكمة لولايتها القضائية والتحقيق في الأفعال التي ارتكبت منذ جويلية 2002، ووفقا للمادة (15) بدأ مكتب المدعي العام دراسة أولية لتحديد ما إذا كان هناك أساس معقول للمضي قدما في التحقيق، مع التركيز أولا على تحديد مفهوم الدولة لأغراض المادة (12) من نظام روما الأساسي والفقرة الثالثة من المادة (125) التي تفتح باب الانضمام إلى النظام الأساسي أمام جميع الدول، وتودع صكوك الانضمام لدى الأمين العام⁽¹⁾.

وفي شهر مارس 2012، أصدر مكتب المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية بيانا حول الوضع في فلسطين، تطرق فيه إلى مسألة "من يُعرّف ما هي "الدولة" لغايات المادة (12) من النظام؟"⁽²⁾.

وقد شعر المدعي العام بأنه لا مكتبه ولا المحكمة في موقع يسمح لهما باتخاذ مثل هذا القرار، واعتبر المدعي العام أن هذا القرار يعود إلى الأمين العام للأمم المتحدة، الذي يستطيع أن يلاحظ التوجيهات التي تصدر عن الجمعية العامة في هذا الشأن، أو إلى الجمعية العمومية للدول الأطراف في نظام روما الأساسي، وقد شدّد المدعي العام في تقريره على أن "الوضع الحالي الذي منحتة الجمعية العامة للأمم المتحدة، لفلسطين

⁽¹⁾ انظر : بوعيشة بوغفالة، " فلسطين بين الشرعية الدولية والانضمام إلى المحكمة الجنائية الدولية"، مجلة الحقوق والعلوم

الإنسانية، المجلد 9، العدد 1، ص 32

⁽²⁾ «La question qui se pose alors est de savoir à qui il revient de définir ce qu'est un «État» aux fins de l'Article 12 du Statut ? Conformément à l'Article 125, le Statut de Rome est ouvert à l'adhésion de «tous les États», et tout État souhaitant devenir partie au Statut doit déposer un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire Général de l'Organisation des Nations Unies. Dans le cas où la question de savoir si le requérant peut être considéré ou non comme un «État» est sujette à controverse ou fait débat, le Secrétaire Général suit habituellement les recommandations de l'Assemblée Générale, dont les résolutions fournissent à ce titre des indications permettant d'y répondre. La responsabilité de définir le terme «État» au sens de l'Article 12 incombe donc en premier lieu au Secrétaire Général de l'ONU, lequel s'en remettra aux recommandations de l'Assemblée Générale en cas de doute. En vertu de l'Article 112-2-g, l'Assemblée des États parties au Statut de Rome peut également décider d'examiner cette question en temps utile.»، voir: CPI, Le Bureau du Procureur, Situation en Palestine, le 3 avril 2012, para.5, in: www.icc-cpi.int

هو وضع "دولة مراقبة" وليس وضع "دولة غير عضو"، في ذات الوقت الذي قرر فيه أنه "جرى الاعتراف بفلسطين بصفتها دولة في العلاقات الثنائية من قبل ما يزيد عن 130 دولة، ومن قبل بعض المؤسسات الدولية، بما فيها أجهزة الأمم المتحدة"، وأنه تم تقديم طلب إلى مجلس الأمن للحصول على وضع الدولة العضو⁽¹⁾.

وفي المحصلة، لاحظ المدعي العام بأن "المكتب يستطيع أن ينظر في المستقبل في الجرائم التي يدعى بأنها ارتكبت في فلسطين في حال اتخذت أجهزة الأمم المتحدة المتخصصة، أو الجمعية العمومية للدول الأعضاء في نظام روما الأساسي قرارها بشأن القضية القانونية المتصلة بتقييم المادة (12)"⁽²⁾.

وانتقد البروفسور (وليام شاباس Schabas - William) البيان الذي صدر عن المدعي العام من خلال عقد مقارنة بين المنهجية التي اعتمدت في انضمام "جزر كوك" إلى نظام روما الأساسي والإعلان الفلسطيني، حيث لم يمنع الأمين العام "جزر كوك" من انضمامها إلى نظام روما في 18 جويلية 2008، كما افترض "وليام شاباس" بأنه كان ينبغي للمدعي العام أن يولي أكبر الانتباه لنتيجة تصويت منظمة اليونسكو في عام 2011، وذلك على أساس أن الأمين العام يشير إلى قبول العضوية في وكالة متخصصة من وكالات الأمم المتحدة قد يؤخذ بمثابة توجيهات مناسبة يجب إتباعها، لأنها تتلاءم في معنى من المعاني مع توجيهات التي يمكن تلقيها من الجمعية العامة⁽³⁾.

(1) «Le Bureau prend acte du fait que la Palestine a été reconnue comme un État dans le cadre de relations bilatérales par plus de 130 gouvernements et par certaines organisations internationales dont des organes onusiens. Il n'en reste pas moins que le statut qui lui est actuellement conféré par l'Assemblée Générale des Nations Unies est celui d'«observateur» et non pas d'«État non membre». Le Bureau croit comprendre que, le 23 septembre 2011, la Palestine a demandé à devenir membre des Nations Unies en qualité d'État en vertu de l'Article 4 2) de la Charte des Nations Unies, mais que le Conseil de sécurité ne s'est pas encore prononcé sur ce point. Cette procédure ne se rapporte pas directement à la déclaration déposée par la Palestine, mais elle nous éclaire sur le statut juridique actuel de cette dernière aux fins d'interprétation et d'application de l'Article 12.»، Ibid., para.7.

(2) «Le Bureau n'exclut pas la possibilité d'examiner à l'avenir les allégations de crimes commis en Palestine si les organes compétents de l'ONU, voire l'Assemblée des États parties, élucident le point de droit en cause dans le cadre d'une évaluation au regard de l'Article 12 ou si le Conseil de sécurité lui attribue compétence en déférant cette situation conformément aux dispositions de l'Article 13-b.»، Ibid., para.8.

(3) للتفصيل أكثر، راجع: بوعيشة بوغفالة، المرجع السابق، ص 33.

بعد الحصول على تأشيرة الاعتراف بفلسطين من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة كدولة غير عضو لها صفة المراقب سنة 2012، بعث وزير العدل الفلسطينية "سليم السقا"، والنائب العام "اسماعيل جبر" رسالة بتاريخ 25 جويلية 2014، إلى مكتب المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية مطالبا بفتح تحقيق على أساس بلاغ 2009، غير أن المدعية العامة رفضت الطلب على أساس أن المخولون بإيداع الإعلان وفتح التحقيق هم رئيس الدولة، ورئيس الحكومة، ووزير الخارجية فقط، كما أوضحت بأن الجرائم التي يزعم ارتكابها في فلسطين تقع خارج نطاق المحكمة، لأن الحكومة الفلسطينية لم تتخذ الخطوات اللازمة لتفعيل اختصاص المحكمة، إما بإيداع جديد أو الانضمام إلى نظام روما الأساسي كدولة عضو جديدة⁽¹⁾.

- «En soulignant qu'il appartient aux organes compétents de l'ONU ou à l'Assemblée des États parties de décider si la Palestine est un État aux fins de l'Article 12, le Procureur protégeait l'institution en externalisant la question délicate au profit des acteurs politiques qu'il estimait compétents. De plus, le Procureur pouvait réaliser ce mouvement sous l'apparence de la retenue, en affirmant refuser d'exercer des compétences qui ne lui sont pas conférées par le Statut. Le Procureur se faisait ainsi stratège.», voir: **Idris Fassassi**, «Le procureur de la Cour pénale Internationale et le jeu d'échecs», Revue de Droit International et de Droit Comparé, N° 3, 2014, p. 406.

-Voir: **Jean Salmon**, «La qualité d'État de la Palestine», Revue belge de Droit International, N° 1, 2012, pp. 26-27.

- **Mathias Forteau**, «La Palestine comme "État" au regard du statut de la Cour pénale internationale», Revue belge de Droit International, Vol. 45, N° 1, 2012, pp. 41- 64.

-Voir également: **Alain Pellet**, «The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court», Journal of International Criminal Justice, N° 4, 2010, pp. 981-999.

- **Yaël Ronen**, «ICC Jurisdiction over acts committed in the Gaza Strip: Article 12(3) of the ICC Statute and Non-state Entities», Journal of International Criminal Justice, N° 1, 2010, pp. 3-27.

-«Les critères de sélection doivent notamment être transparents, objectifs et surtout cohérents. Ces exigences font que cette justice internationale, tout en étant sélective, soit néanmoins non-discriminatoire», voir: **Manon Dosen**, «Sélection et hiérarchisation des affaires devant la CPI: les dits et non-dits de la politique pénale du Procureur», La Revue des Droits de l'Homme, 2016, p.3.

- **Daniel Benoliel, Ronen Perry**, «Israel, Palestine, and the ICC», Michigan Journal of International Law, Vol.32, N° 1, 2010, pp. 145 – 162.

⁽¹⁾ راجع: **فالتينا أزاروف**, " فلسطين في المحكمة؟ التداويات غير المتوقعة للتقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية"،

شبكة السياسات الفلسطينية، 1 أبريل 2015، ص 3، في الموقع الإلكتروني: www.al-shabaka.org

- Plusieurs pays, dont certains européens, ont usé de pressions financières et politiques pour convaincre le président Abbas d'abandonner sa démarche. Israël et les États-Unis, qui pourtant ne sont pas membres de la CPI. Pour plus de détails, voir: **Françoise DU**,

في الواحد جانفي 2015، قامت السلطة الفلسطينية بإيداع إعلان جديد بموجب المادة (3/12) من نظام روما الأساسي، وبأثر رجعي يعود إلى تاريخ: 13 جويلية 2014، وذلك لتوثيق الانتهاكات التي ارتكبتها الجيش الإسرائيلي أثناء غزوه لقطاع غزة في جويلية، أوت 2014، وليتزامن كذلك مع لجنة تقصي الحقائق التي أنشأها مجلس حقوق الإنسان في سياق العمليات العسكرية الإسرائيلية سواء قبل هذه العمليات أو أثناءها أو بعدها، قصد تحديد المسؤولين عن الجرائم وتقديم توصيات بشأن تدابير المساءلة بغية تغادي الإفلات من العقاب، وتقديم توصيات بشأن سبل ووسائل حماية المدنيين من أي اعتداءات أخرى، ودخل صك الإيداع حيز التنفيذ في 2 جانفي 2015، ليصبح ساريا بعد ذلك في أول أبريل 2015⁽¹⁾.

أكدت لجنة تقصي الحقائق بأن ما قامت به إسرائيل من انتهاكات في حربها على غزة ترقى إلى جرائم حرب، وتحت اللجنة جميع المعنيين إلى اتخاذ خطوات فورية لمساءلة المتسببين المتهمين، وعبرت اللجنة عن قلقها من الإفلات من العقاب السائد في جميع المجالات عن انتهاك القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، المرتكبة من قبل القوات الإسرائيلية سواء أكان ذلك في سياق الأعمال العدائية في غزة، أو القتل والتعذيب وسوء المعاملة في الضفة الغربية.

كما حملت اللجنة القادة العسكريين مسؤولية استهداف المدنيين، والأعيان المدنية باستخدام المدفعية والأسلحة المتفجرة في مساحات واسعة ذات كثافة سكانية عالية، مع تدمير أحياء بأكملها في غزة، مما يثبت انتهاك قوانين الحرب.

وتدعو اللجنة جميع الأطراف إلى الاحترام الكامل للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، بما في ذلك المبادئ الأساسية للتمييز والتناسب والحيطة، ووضع آليات المساءلة ذات مصداقية على وجه السرعة، فعالة وشفافة ومستقلة، كما يجب على جميع الأطراف التعاون الكامل مع الفحص الأولي للمحكمة الجنائية الدولية ومع أي تحقيق لاحق قد يفتح.

«L'adhésion de la Palestine à la CPI, un tournant», Hommes & Libertés, N° 174, juin 2016, pp.36-37.

(1) انظر: بوعيشة بوغفالة، المرجع السابق، ص 34.

ودعت أيضا اللجنة المجتمع الدولي إلى دعم نشاط عمل المحكمة الجنائية الدولية فيما يتعلق بالأراضي الفلسطينية المحتلة، لممارسة الولاية القضائية العالمية، والامتثال لطلبات التسليم المتعلقة بالمشتببه بهم بارتكاب الجرائم إلى بلدان يمكن أن يتعرضوا فيها إلى محاكمة عادلة⁽¹⁾.

يُعبأ على هذه التقارير أنها لم تشير إلى وقوع جريمة الإبادة الجماعية ضد الفلسطينيين، وهذا على الرغم من تطابق الأفعال المرتكبة من قبل القوات الإسرائيلية للمواصفات الواردة في المادة (6) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي تشمل أفعال ارتكبت بقصد إهلاك جماعة قومية أو أثنية أو عرقية أو دينية، بصفقتها هذه إهلاكا كلياً أو جزئياً، كقتل أفراد الجماعة وإلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بهم، وإخضاعهم عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أنه وفقاً لأحكام المادة (11) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽³⁾، فإن المحكمة لا تختص إلا بالنظر في الجرائم التي ترتكب بعد نفاذ نظامها الأساسي، والتي تقع في الدول التي تنظم إليه بعد دخوله حيز النفاذ القانوني، ويشكل هذا القيد أحد الحدود القانونية التي تعرقل نظر المحكمة في الجرائم المرتكبة قبل انضمام فلسطين للنظام الأساسي.

يظهر ذلك من خلال قبول انضمام فلسطين كدولة إلى النظام الأساسي بداية من الثاني من شهر جانفي 2015، ودخوله حيز النفاذ عليها بداية من الأول من شهر أفريل 2015، وهذا علماً أن فلسطين قد أعلنت قبولها باختصاص المحكمة بداية من 13 جوان 2014، نتيجة لذلك، لا يمكن للمحكمة أن تحقق في الجرائم الإسرائيلية الواردة في تقرير "غولدستون"،

(1) Voir: Report of independent commission of established pursuant to Human Rights Council, Resolution S-21/1, pp. 19-20-21-22.

(2) انظر: شيتير عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 236.

(3) تنص المادة (11) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية:

1- ليس للمحكمة اختصاص إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام الأساسي.

2- إذا أصبحت دولة من الدول طرفاً في هذا النظام الأساسي بعد بدء نفاذه، لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إلا فيما يتعلق بالجرائم التي تُرتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام بالنسبة لتلك الدولة، ما لم تكن الدولة قد أصدرت إعلاناً بموجب الفقرة 3 من المادة 12).

على أساس عدم توفر شروط الاختصاص الزمني، لأن النظام الأساسي لم يدخل حيز النفاذ بالنسبة إلى فلسطين، ولم تقبل إسرائيل أثناء وقوع هذه الجرائم، وهذا على الرغم من عدم تقادمها في نظر القانون الدولي⁽¹⁾.

قامت المدعية العامة (فاتو بنسودا) بإجراء الدراسة الأولية في الفترة ما بين 2015 و2019 فيما يتعلق بجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية في الأرض الفلسطينية المحتلة، وقد أوردت تفاصيل عمليات الدراسة الأولية، التي تم إجراؤها على مدى عدة سنوات ضمن التقارير السنوية لمكتب المدعية العامة⁽²⁾.

وخلصت إلى نتيجة مفادها أن هناك جرائم حرب يتم ارتكابها على إقليم دولة فلسطين وبعد دراسة شؤون المقبولية بموجب قواعد المحكمة الجنائية الدولية، وأن المباشرة بإجراء تحقيق من شأنه أن يخدم سير العدالة، أعلنت المدعية العامة أنها ستغلق الدراسة الأولية في 20 ديسمبر 2019⁽³⁾.

إلا أنه قبل المباشرة بعملية التحقيق، رفعت المدعية العامة طلبًا للدائرة التمهيدية، بموجب المادة (3/19) من نظام روما الأساسي، تطلب منها تأكيدًا بأن الإقليم الذي تمارس عليه المحكمة اختصاصها في دولة فلسطين يشمل الضفة الغربية، بما فيها القدس الشرقية، وقطاع غزة⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ نقلا عن: شيتير عبد الوهاب، المرجع السابق، ص241.

⁽²⁾ Sur ce point, voir: The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities (2016), 14 November 2016, pp. 25-32, in:

https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_ENG.pdf.

- The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities (2017), 4 December 2017, pp.12-18, in:

https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2017-PE-rep/2017-otp-rep-PE_ENG.pdf.

-The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities (2019), 5 December 2018, pp.63-70, in: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf>.

⁽³⁾ The Office of the Prosecutor, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the Situation in Palestine, and seeking a ruling on the scope of the Court's territorial jurisdiction, 20 December 2019, in:

<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20191220-otp-statement-palestine>.

⁽⁴⁾ ICC, Situation in the State of Palestine, Prosecution request pursuant to Article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine (Request), 22 January 2020, ICC-01/18-12, para. 5, in: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00161.PDF.

وكجزء من هذه المرحلة، طلبت الدائرة التمهيدية أيضاً أن يتم تقديم مذكرات أو إفادات أصدقاء المحكمة⁽¹⁾، بموجب القاعدة 103 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات⁽²⁾، وكانت حالة أفغانستان هي الحالة التي سجلت رقماً قياسياً فيما يتعلق بعدد إفادات أصدقاء المحكمة التي تم قبولها، وهي 15 إفادة في مجملها، بما فيها إفادة واحدة مقدمة من دولة، قدمتها دولة أفغانستان نفسها⁽³⁾.

وكرر فعل من إسرائيل، قام رئيس وزراء إسرائيل (بنيامين نتانيا هو) بالتهديد بفرض عقوبات على المحكمة الجنائية الدولية، والسعي لنزع الشرعية عنها وعن عملها، متهمًا إياها بأنها مؤسسة لاسامية⁽⁴⁾، كما أدان وزير الخارجية الأمريكي (مايك بومبيو) المحكمة ناعثاً إياها "بالمارقة التي تسمى محكمة" و "بالمؤسسة السياسية التي تفتقر للمساءلة والتي تتصرف تحت قناع هيئة قانونية"⁽⁵⁾، وأطلق تهديدات شخصية ضد أعضاء من موظفيها⁽⁶⁾.

وبعد الانضمام الفلسطيني، أصبح يمكن للمحكمة الجنائية الدولية أن تحاكم أي متهم بارتكاب جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية أو أمر بارتكابها، سواء ارتكبت الجريمة من قبل

⁽¹⁾ كان المعيار في ضوء المحاكم الجنائية المؤقتة في دعوة صديق المحكمة، أو الإذن له هو مصلحة الإدارة الحسنة للعدالة، بينما توسع المعيار في ظل المحكمة الجنائية الدولية، التي منحت سلطة تحديد الموضوع الذي يناسبها وفي أي مرحلة من مراحل الإجراءات، وما يؤخذ على هذه القاعدة أنها أعطت الادعاء والدفاع فرصة الرد على الملاحظات المقدمة من صديق المحكمة، دون تمكين الضحية من ممارسة هذا الإجراء، ولقد تنوعت ممارسة المحكمة الجنائية الدولية، حيث قبلت بعض الطلبات كونها تـُعزز وتحمي حقوق الدفاع الأساسية للمتهمين، إذ أذنت لمنظمة المحامين لمنطقة باريس في قضية (Thomas Lubanga Dyilo) بالتدخل كصديق للمحكمة، انظر: **كمال سعداوي**، "مشاركة صديق المحكمة في إدارة العدالة الدولية"، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 12، العدد 20، ص 295.

⁽²⁾ ICC, Situation in the state of Palestine, Pre-Trial Chamber I, N°: ICC-01/18, Amicus Brief (Yael Vias Gvirsman), 16/03/2020, in: www.icc-cpi.int

⁽³⁾ ICC, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, N°: ICC-02/17-97, Decision on the participation of amici curiae, the office of Public Counsel for the Defence and the cross-border victims, 24 October 2019, available at: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_06256.PDF.

⁽⁴⁾ **The Times of Israel**, «ICC prosecutor: Netanyahu's anti-Semitism charge is 'particularly regrettable'», 13 January 2020, in: <https://www.timesofisrael.com/icc-prosecutor-netanyahus-anti-semitism-charge-is-particularly-regrettable/>.

⁽⁵⁾ **CNN**, «Pompeo slams International Criminal Court decision to authorize Afghanistan war crimes investigation», 5 March 2020, in: <https://edition.cnn.com/2020/03/05/politics/icc-afghanistan-pompeo/index.html>.

⁽⁶⁾ **Human Rights Watch**, «US again threatens International Criminal Court», 19 March 2020, in: <https://www.hrw.org/news/2020/03/19/us-again-threatens-international-criminal-court>.

مسؤولين إسرائيليين أو فلسطينيين أو مسلحين أو أفراد عاديين، لكن إسرائيل ستكون المتضرر الأكبر من انضمام فلسطين للمحكمة كون إسرائيل هي المعتدية، وكونها ترتكب مجازر وجرائم بشكل متكرر ومستمر، ومع ذلك يمكن أن يحاكم الفلسطينيون بشكل رئيسي في حالتين هما: الأولى، تعمد استهداف مدنيين إسرائيليين، والثانية القيام بانتهاكات حقوق الإنسان من قبل السلطات الفلسطينية ضد فلسطينيين. وربما هذا الأمر سيدفع الفلسطينيين إلى تبني وسائل مقاومة غير مسلحة أو أن يوجهوا هجماتهم ضد القوات العسكرية، ومن أجل أن يتجنب الفلسطينيون الملاحقة من قبل المحكمة، يمكنهم تشكيل محاكم خاصة من أجل محاكمة أي فلسطيني يرتكب أي مخالفة من المخالفات التي تعاقب عليها المحكمة، كون القضاء الدولي لا يختص طالما قام القضاء المحلي بمهمة المحاكمة، لذلك من الواضح أن المستفيد الأكبر من الانضمام للمحكمة الجنائية هم المدنيون، سواء الفلسطينيون أو الإسرائيليون.⁽¹⁾

○ خاتمة:

تبيّن من خلال هذه الدراسة، أن الجرائم التي ارتكبتها إسرائيل في فلسطين، وخاصة في غزة، تعدّ انتهاكا صارخا لقواعد القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، فالإحتلال في حدّ ذاته جريمة مستمرة مخالفة للقانون الدولي، ولجميع الأعراف والمواثيق الدولية، مع بشاعة تفاقم جرائم الاستيطان، ومواصلة إسرائيل سياسة التحدي والإصرار على الاستمرار في سياساتها الاستيطانية.

فموقف إسرائيل بقي ثابتا في معارضة ومعاداة المحكمة الجنائية الدولية، حيث حذر المستشار القانوني للحكومة الإسرائيلية (الياكيم روبنشتاين Elyakim Rubinstein) أعضاء الحكومة خلال مناقشتهم لمعاهدة روما حول المحكمة الجنائية في 19 مارس 2000 من احتمال مثولهم أمام هذه المحكمة، إذ قال: (إن زعماء إسرائيل قد يمثلون أمام المحكمة الدولية الجنائية بتهمة ارتكاب جرائم ضد الإنسانية، وجرائم حرب تتعلق بالسياسة الإسرائيلية في

⁽¹⁾ انظر: أمحمدي بوزينة آمنة، "انضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية وإمكانية تفعيل اختصاصها في مواجهة جرائم إسرائيل ضد الشعب الفلسطيني"، أعمال المؤتمر الدولي الثالث عشر: فلسطين... قضية وحق، طرابلس، لبنان، 3-2 ديسمبر 2016، ص 231.

فلسطين المحتلة ولبنان)، ولهذا السبب رفضت إسرائيل التصديق على النظام الأساسي والتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية.

ولقد جاء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لمصلحة إسرائيل، إذ أن جرائمها ستبقى بعيدة عن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، لأنها لا تمارس اختصاصها إلا على الجرائم التي ترتكب بعد نفاذ النظام الأساسي، والتي تقع في الدول التي تنظم إليه بعد دخوله حيز النفاذ القانوني، ويشكل هذا القيد أحد الحدود القانونية التي تعرقل نظر المحكمة في الجرائم المرتكبة قبل انضمام فلسطين لنظام روما الأساسي.

علما أن فلسطين قد أعلنت قبولها باختصاص المحكمة بداية من 13 جوان 2014، ودخول النظام الأساسي للمحكمة حيز النفاذ بداية من الأول من شهر أفريل 2015، ونتيجة لذلك، لا يمكن للمحكمة أن تحقق في الجرائم الإسرائيلية الواردة في تقرير "غولدستون"، على أساس عدم توفر شروط الاختصاص الزمني.

كما أن إسرائيل لم تصبح بعد طرفا في النظام الأساسي، وأعلنت أنها ترفض تفسير نصوص النظام الأساسي تفسيراً سياسياً ضدها، ومن غير المتصور أن تتعاون إسرائيل في المستقبل مع المحكمة الجنائية الدولية، وكذلك عدم التزام الدول بالقبض وتسليم مرتكبي هذه الجرائم بسبب وجود اتفاقيات ثنائية بينها وبين إسرائيل تقضي بعدم التسليم.

لقد فُرض على نشاط وفعالية المحكمة الجنائية الدولية لممارسة اختصاصاتها في محاربة الإفلات من العقاب رقابة غير مباشرة من طرف القوى العظمى، خاصة الولايات المتحدة الأمريكية، العضو الدائم في مجلس الأمن، وتتجسد هذه الرقابة في سلطة إرجاء التحقيق أو المقاضاة وفقاً لنص المادة (16) من نظام روما الأساسي.

وعليه يمكن لإسرائيل أن تطلب من حلفائها خاصة الولايات المتحدة الأمريكية، باتخاذ قرار في مجلس الأمن يجمد بموجبه اختصاص المحكمة.

إن محاسبة المسؤولين الإسرائيليين عن جرائمهم يبقى صعب التحقيق أمام التأثير السلبي لتسييس المحكمة الجنائية الدولية في مباشرتها لصلاحياتها القضائية، من خلال تمتع مجلس الأمن بمركز قوي أدى إلى تغليب الطابع السياسي على الصلاحيات القضائية المخولة للمحكمة، خاصة وأن هذه السلطة الكبيرة التي يتمتع بها مجلس الأمن تضل بعيدة عن أي شكل من أشكال الرقابة على هذه الأعمال، ومدى مطابقتها لمبادئ ميثاق الأمم المتحدة، وهذا ما يؤدي إلى ازدواجية المعايير في المساءلة والعقاب على الجرائم الأشد خطورة.

Expériences des pays de la rive sud de la méditerranée en matière d'investissement en télécommunications: Cas de l'Algérie et de l'Egypte

Jaouad BOUDAN⁽¹⁾

Les investissements dans les infrastructures des télécommunications sont des éléments-clés de l'amélioration du climat des affaires et génèrent des emplois, mais l'augmentation sensible des besoins en infrastructures dans la région de la Méditerranée du Sud, les investissements dans les infrastructures des télécommunications dans les pays du sud de la Méditerranée en fournissant des services de conseil aux gouvernements sur la réduction des risques juridiques liés à des projets spécifiques d'infrastructure, en menant un dialogue public-privé sur les améliorations à apporter au cadre légal et réglementaire général, ainsi qu'en relayant auprès des investisseurs potentiels une information détaillée sur les instruments de réduction de risques qui sont à leur disposition dans la région.

L'expérience des pays de la rive sud de la méditerranée à savoir l'Egypte et l'Algérie a souligné le rôle crucial des télécommunications dans la réalisation des objectifs de la stratégie de ces pays en matière de compétitivité et la qualité de services et la création des postes d'emploi. Ces objectifs ont été étayés par un cadre réglementaire pour les communications électroniques conçu pour stimuler la concurrence sur le marché, les investissements et l'innovation. Ce cadre a largement inspiré les régulations des pays méditerranéens, même si les dispositions en vigueur peuvent assez sensiblement différer d'un pays à l'autre.

⁽¹⁾ Docteur en droit international et relations internationales Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fès, Maroc.

1. L'expérience Algérienne

Le secteur des télécommunications en Algérie a connu des mutations remarquables, notamment après la promulgation de la loi de Juillet 2000, qui a supprimé le monopole sur ce secteur, séparant les activités d'exploitation de la poste de celle des télécommunications. Cela a donné la possibilité à des opérateurs étrangers d'y investir. En outre, une Autorité de Régulation de la Poste et Télécommunications (ARPT) a été créée en 2001, qui veille au respect de la réglementation et garantit la concurrence entre les différents opérateurs.

A. La démonopolisation des télécommunications et la stratégie d'ouverture

Durant les dernières années, la plupart des pays a engagé des stratégies visant à introduire la concurrence, instituant en outre des organes de régulation indépendants. L'Algérie en parallèle a engagé des négociations en vue de son intégration à différents organismes internationaux. Un accord d'association aussi a été signé avec l'Union Européenne. Des discussions sont en cours pour l'adhésion de l'Algérie à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), programmée en 2004.⁽¹⁾

Et même si le marché des télécommunications s'est ouvert tardivement à la concurrence par rapport aux autres pays voisins notamment le Maroc qui a ouvert leur marché à la concurrence depuis 1997. Le secteur des télécommunications alors occupe une place primordiale et s'impose comme un des chantiers économiques prioritaires. Il est, depuis 2000, au cœur de la réforme engagée par le gouvernement, l'objectif étant de rattraper le retard encore important constaté sur ce secteur: sur le plan économique, les revenus du secteur des télécommunications ne représentent, en 2017, qu'environ 1,39% du PIB national selon l'estimation de la BIRD contre 2,5% en Tunisie.

L'objet de cette concurrence est de réfléchir à des stratégies gagnantes d'ouverture et de financement du secteur de télécommunications afin de satisfaire à trois exigences-clés interdépendantes les unes les autres:

⁽¹⁾ Rapport annuel de l'autorité de régulation des télécommunications, Alger, Janvier 2003, p. 15.

- Donner le maximum de chances au développement optimal du secteur en mettant en adéquation, d'une part, les spécificités et les attentes de l'Algérie et, d'autre part, le contexte mondial des télécoms et les nouvelles dispositions des opérateurs internationaux en matière d'investissement étranger;
- Attirer les meilleurs acteurs possibles (opérateurs, fournisseurs, intégrateurs de services...) afin de transmettre les savoir-faire et d'assurer une bonne qualité de management, ce qui rassurera les investisseurs locaux et internationaux, privés et institutionnels et favorisera la concurrence au profit du marché par effet d'émulation⁽¹⁾;
- Etablir une industrie des télécommunications autour d'un opérateur historique fort, condition sine qua non^(2) le développement du secteur.

Outre l'importance stratégique du secteur pour le pays, considérant que la qualité de cette expérience dépendra la réussite de l'ouverture des autres industries de réseaux en Algérie (gaz, électricité, eau...).

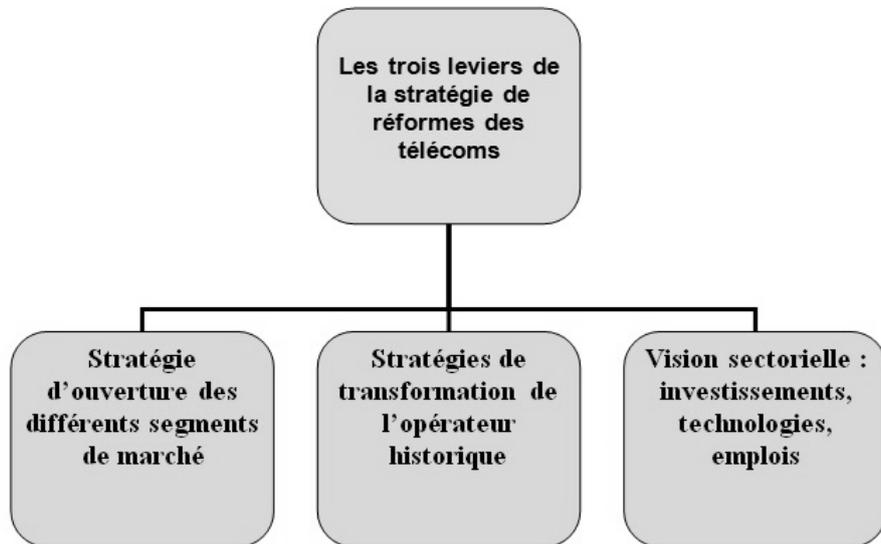
En Revanche, la réforme du secteur doit s'appuyer principalement, outre la mise en place de l'autorité de régulation de la poste et des télécoms, sur la transformation de l'opérateur historique. Le rythme de cette transformation doit effectivement donner le tempo de la réforme et la cadence d'ouverture de segments de marché ainsi que son déroulement dans le temps. En amont de cette démarche, le gouvernement algérien doit définir une version sectorielle claire, tenant compte des possibilités d'investissements, des choix technologiques, de création d'emplois ciblés, du rôle de l'industrie dans la sphère économique et sociale algérienne, au niveau régional⁽³⁾.

Le schéma ci-dessous illustre le cercle vertueux de la réforme des télécommunications en Algérie:

⁽¹⁾ BENCHENHOU Abdellatif, Du budget au marché, éditions Alpha, 2004, p.p. 111-112.

⁽²⁾ La condition sine qua non était à l'origine un terme juridique latin signifiant « sans laquelle cela ne pourrait pas être ». Dans plusieurs langues, telles l'italien, le français et l'anglais, l'expression est utilisée dans tous les domaines, incluant le droit et l'économie.

⁽³⁾ Ibid.



Cette réforme tant attendue, pourrait cependant se heurter à l'environnement général dans lequel évolue l'économie nationale et à la loi fondamentale. Il est dit que les postes et les télécommunications sont considérées comme une propriété publique selon la constitution algérienne qui prévoit dans son article 17 que *«la propriété publique est un bien de la collectivité nationale⁽¹⁾. Elle comprend le sous-sol, les mines et les carrières, les sources naturelles d'énergie, les richesses minérales, naturelles et vivantes des différentes zones du domaine maritime national, les eaux et les forêts. Elle est, en outre, établie sur les transports ferroviaires, maritimes et aériens, les postes et les télécommunications, ainsi que sur d'autres biens fixés par la loi»*.

Ce secteur alors était régi avant la loi 2000 par des dispositions basées sur un monopole étatique qui ont engendrés des contraintes telles que⁽²⁾:

- Un mode de gestion des procédures assez lourd;
- L'absence de concurrence;

⁽¹⁾ Article 17 de la constitution algérienne, portant domaines publics, 1996.

⁽²⁾ HADJAR Ahmed, MILANI Sid-Ahmed et MOUSSAOUI Wasilla. Le marché des NTIC en Algérie Potentiels et Perspectives, forum AFAC Développement., Paris, 8/03/2008, p. 8. Disponible sur le lien: <http://www.slideshare.net/medafco/les-march-des-tic-en-algrie>.

- Des capacités d'autofinancement insuffisant.

Ce qui a donné lieu à un résultat dérisoire notamment un retard important dans la diffusion des services Internet par exemple.

Dans cette perspective, l'Algérie s'est dotée d'une Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications (ARPT) qui est une institution indépendante dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière⁽¹⁾, elle a été créée en Août 2000 et instituée en Mai 2001, dans le cadre de la libéralisation des marchés postaux et des télécommunications. Leur ouverture à la concurrence et à la promotion de la participation de l'investissement privé dans ces marchés ont été consacrés par la loi fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, pour l'accomplissement de ses missions en toute indépendance⁽²⁾, son conseil est composé de sept membres, dont le président, elle est gérée par un directeur général tous désignées par le président de la république⁽³⁾. C'est ainsi qu'au titre de l'article 13 de la loi 2000-03 du 05 Août 2000, cette institution est chargée de veiller:

- L'existence d'une concurrence effective et loyale sur les marchés postaux et des télécommunications;
- Fournir, dans le respect du droit de propriété, le partage des infrastructures de télécommunications;
- Planifier, gérer, assigner et contrôler l'utilisation des fréquences dans les bandes qui lui sont attribuées;
- Etablir un plan national de numérotation, examiner les demandes des numéros et les attribuer aux opérateurs⁽⁴⁾;
- Approuver les offres de références d'interconnexion;
- Octroyer les autorisations d'exploitation;
- Agréer les équipements de la Poste et des Télécommunications et préciser les spécifications et normes auxquelles ils doivent répondre⁽⁵⁾;
- Se prononcer sur les litiges en matière d'interconnexion;

⁽¹⁾ Article 11 de la loi 2000-03 du 05 Août 2000(5 Joumada El Oula 1421) fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications.

⁽²⁾ <http://www.itu.int/ITU-D/membership/portal/index.asp?Name=42854>.

⁽³⁾ DAHMANI Ahmed, DO-NASCIMENTO José, LEDJOU Jean Michel, et GABAS Jean Jacques, La démocratie à l'épreuve de la société numérique, éditions Karthala, 2007, p. 306.

⁽⁴⁾ Rapport annuel de l'autorité de régulation des télécommunications, Alger, Janvier 2012, p. 19.

⁽⁵⁾ Ibid, p. 7.

- Arbitrer les litiges qui opposent les opérateurs entre eux ou avec les utilisateurs;
- Recueillir auprès des opérateurs les renseignements nécessaires à l’accomplissement des missions qui lui sont assignées⁽¹⁾;
- Coopérer, dans le cadre de ses missions, avec d’autres autorités ou organismes tant nationaux qu’étrangers ayant le même objet;
- La certification électronique c’est une nouvelle mission de l’ARPT et sans doute aussi la plus sensible de ses missions⁽²⁾.

L’ARPT est consultée, également, par le Ministre de la Poste et des Technologies de l’Information et de la Communication, pour la préparation de tout texte relatif à l’activité du secteur et notamment l’élaboration des cahiers des charges ainsi que la préparation de la procédure de sélection des candidats, pour l’exploitation des licences de télécommunications. Elle est habilitée, par la loi, à formuler toute recommandation à l’autorité compétente préalablement à l’octroi, la suspension, le retrait ou le renouvellement de licences⁽³⁾.

Elle donne son avis sur les questions relatives à la poste, aux télécommunications ainsi qu’à la fixation des tarifs maximum du service universel aussi bien postal que celui des télécommunications.

Elle propose les montants des contributions au financement des obligations du service universel. De même, elle est habilitée à effectuer tout contrôle entrant dans le cadre de ses attributions conformément au cahier des charges.

Enfin, l’ARPT est aussi en charge d’apporter sa contribution à la préparation de la position algérienne dans les négociations internationales dans le domaine de la Poste et des Télécommunications.

En parallèle, il est introduit dans la nouvelle loi sur les télécommunications un article qui soustrait ce secteur au cadre juridique appliqué à la propriété publique et le soumet à la privatisation. Celle-ci prendra quatre formes d’exploitation: la Licence, l’Autorisation, la Déclaration, ou l’Agrément⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Rapport annuel de l’autorité de régulation des télécommunications, Alger, Janvier 2010, p. 5.

⁽²⁾ Rapport annuel de l’autorité de régulation des télécommunications, Alger, Janvier 2011, p. 7.

⁽³⁾ Idem.

⁽⁴⁾ KARA Sidi Ali, démonopolisation du secteur des télécommunications en Algérie, Article juridique publié le 26/01/2014:

Le secteur des télécommunications s'assimile dans sa réglementation aux autres secteurs hormis quelques détails dont la loi n°2000-03 qui prévoit que:

- L'Etat algérien représenté par l'Agence Nationale du Développement des Investissements (ANDI)⁽¹⁾ qui succède à l'Agence Nationale du Soutien et de Suivi des Investissements (APSI) doit émettre un appel d'offre international en vue d'attribution d'une Licence de téléphonie cellulaire GSM mobile à un opérateur étranger. Ce dernier sera autorisé à l'effet d'établir un réseau de téléphonie mobile ouvert au public en Algérie et à fournir les services liés à l'exploitation de ce réseau⁽²⁾;
- L'opérateur doit remettre une offre tout en respectant le cahier des charges pour l'attribution de cette licence, dans le cas d'un avis favorable l'opérateur est déclaré adjudicataire provisoire par une autorité de régulation conformément au règlement d'appel d'offres.

B. L'investissement algérien dans les télécommunications: enjeux et défis

Le gouvernement algérien, particulièrement depuis l'adoption audacieuse et la promulgation de la loi 2000-03 du 05 Août 2000, fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, les opérateurs télécoms nationaux et étrangers cherchant à investir dans ce secteur, cette loi a permis la création, dès 2001, du premier opérateur privé de télécommunications mobile, Orascom Telecom Algérie⁽³⁾ sous la marque Djazzy⁽⁴⁾, Algérie Télécom est un opérateur public de

<http://www.legavox.fr/blog/sid-ali-kara/demonopolisation-secteur-telecommunicationsalgerie-13646.pdf>.

⁽¹⁾ L'Agence nationale du développement de l'investissement (ANDI). Créée sous la forme d'un établissement public administratif, l'ANDI succède à l'ancienne Agence de promotion et de soutien de l'investissement (APSI) et exerce sa mission sous l'autorité et le contrôle du CNI (10). Dans le cas de la convention d'investissement entre OTA et l'Etat Algérien, ce dernier a été représenté par l'APSI.

⁽²⁾ Ibid.

⁽³⁾ Le décret 01- 129 du 31 Juillet 2001 porte approbation de cette licence à Orascom Télécom Algérie Spa, pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de norme GSM et fournitures des services de télécommunications au public.

⁽⁴⁾ Djazzy est une entreprise de droit Algérien d'origine égyptienne. Créée en Juillet 2001, elle est devenue leader dans le domaine de la téléphonie mobile.

téléphonie fixe, d'Internet et de télécommunications par satellite, créé le 10 Avril 2003, d'une séparation des activités postales et télécommunications, L'opérateur koweïtien Wataniya a remporté la troisième licence de téléphonie mobile en Janvier 2004, pour 421 millions de dollars⁽¹⁾, Nedjma, marque commerciale de WTA, a débuté son exploitation commerciale le 25 Août 2004. Deux licences VSAT ont également été attribuées courant 2004 à Djezzy et à un consortium composé du monégasque Divona Telecom et de l'algérien Kpointcom⁽²⁾, enfin, une licence en Avril 2005 à Orascom Telecom Holding en partenariat avec Telecom Egypt.

Lors de l'exercice 2005, le cadre réglementaire régissant le secteur des télécommunications a connu une importante évolution en matière de réglementation des activités de télécommunications, subséquemment à l'ouverture du marché de la téléphonie fixe à la concurrence par l'attribution d'une licence d'établissement et d'exploitation à un opérateur privé, en l'occurrence «le Consortium Algérien des Télécommunications»⁽³⁾, et de deux autres licences d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de communications personnelles mobile mondiale par satellite de type GMPCS à deux nouveaux entrants, à savoir: Thuraya Satellite Algérie et France Télécom Mobile Satellite Communications Algérie.

Le marché des télécommunications en Algérie continu sur la lancée en 2006, les segments fixe et mobile ont connu une progression de l'ordre de 147 points par rapport à 2005, en terme d'abonnés le nombre est passé de 16 millions d'abonnés avec un taux de pénétration de 49,31% en 2005, à plus de 24 millions d'abonnés et un taux de pénétration de 72,24% en 2006.

Par ailleurs, six ans plus tard et notamment en 2012, le marché des télécommunications continue d'enregistrer une forte croissance, essentiellement axée sur les segments de la téléphonie où le nombre de clients des opérateurs fixes et mobiles est passé de 38,68 millions en

(1) Ambassade de France en Algérie, Mission économique, Le secteur des télécommunications en Algérie, 25 Février 2009.

(2) Rapport annuel de l'autorité de régulation des télécommunications, Janvier 2007, Alger, p. 46.

(3) Rapport annuel de l'autorité de régulation des télécommunications, Alger, Janvier 2006, p. 24.

2011 à 40,82 millions d'abonnés en 2012, soit une progression de l'ordre de 5,5%⁽¹⁾. La croissance du parc d'abonnés a eu pour résultat d'atteindre le taux de pénétration de 107,98% en 2012. En parallèle ce secteur a généré un chiffre d'affaires de 456,27 milliards de dinars, contre 412,072 milliards de dinars réalisés durant l'année 2011, soit une augmentation de 10,73%. La téléphonie mobile, avec un chiffre d'affaires de 324,3 milliards de dinars algériens réalisés en 2014⁽²⁾, reste le segment le plus porteur du marché des télécommunications en Algérie; il représente environ 60,19% des revenus du secteur⁽³⁾.

Ainsi, durant l'année 2016, l'Algérie comptait 47 041 321 abonnés mobiles actifs, avec une hausse de 8,48% comparativement à l'année 2015; soit plus d'une SIM par habitant, avec des parts de marchés qui se rapprochent pour les trois opérateurs de la téléphonie mobile à savoir 36,87% pour ATM Mobilis, 34,79% pour OTA Djezzy et 28,34% pour WTA Ooredoo d'après les dernière statistique de l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications.

Le tableau et la courbe ci-dessous illustrent l'évolution considérable du nombre d'abonnés en fixe et mobile durant la période 2006-2016:

Parc des abonnés En millions Année	Téléphonie mobile	Téléphonie fixe	Total	Taux d'accroissement annuel %
2006	20,998	2,841	23,839	46,85%
2007	27,563	3,068	30,631	28,49%
2008	27,031	3,069	30,101	-1,7%
2009	32,73	2,576	35,306	17,29%
2010	32,78	2,922	35,702	1,12%
2011	35,615	3,059	38,675	8,33%

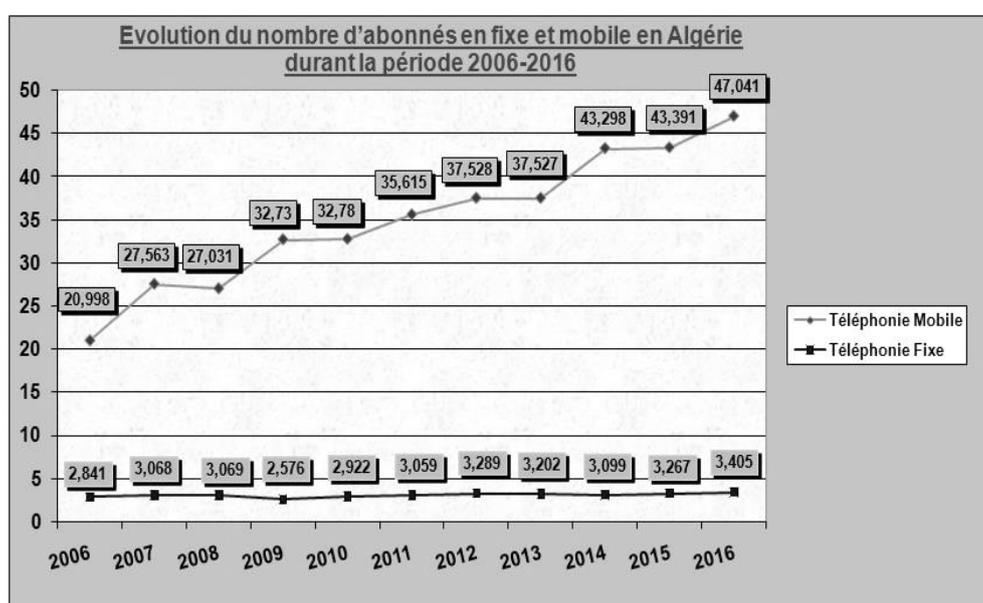
⁽¹⁾ Rapport annuel de l'autorité de régulation des télécommunications, Alger, Janvier 2013, p. 42.

⁽²⁾ Rapport annuel de l'autorité de régulation des télécommunications, Alger, Janvier 2015, p. 53.

⁽³⁾ Ibid.

2012	37,528	3,231	40,759	5,39%
2013	39,630	3,139	42,769	4,93%
2014	43,298	3,099	46,397	8,48%
2015	43,391	3,267	46,658	0,56%
2016	47,041	3,405	50,446	8,12%

Source: Ensemble des statistiques de l'ARPT.



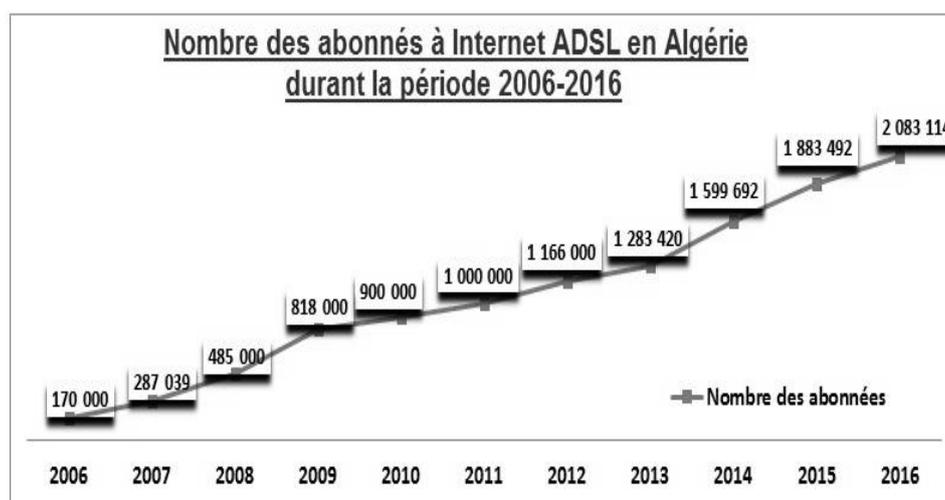
Concernant l'implantation des nouvelles technologies de l'information en Algérie, L'Internet est opérationnel depuis 1997⁽¹⁾. L'accès Internet est réglementé par le décret n° 98-257 du 25 Août 2001, définissant les modalités de mise en place et d'exploitation des services Internet. Il connaît ces dernières années une extension remarquable⁽²⁾.

⁽¹⁾ Rapport annuel de l'autorité de régulation des télécommunications, Alger, Janvier 2003, p.19.

⁽²⁾ BESSAMRA Sonia et Bénédic SAINT-LAURENT, Investir dans la région MEDA, pourquoi, comment ? Ouvrage collectif, note et études ANIMA n°22, Avril 2007, pp. 56-57.

S'agissant du nombre des abonnés à l'Internet (ADSL), il a atteint durant l'année 2016 s'élève à 2 083 114 contre 1 883 492 en 2015 soit une augmentation de l'ordre de 26,4%⁽¹⁾.

L'historique ci-dessous illustre l'accroissement annuel des abonnés à Internet durant la période 2006-2016:



Source: Données de l'ARPT+UIT

Les cybercafés ont un rôle moteur dans la politique d'appropriation des TIC par la population et d'inclusion numérique, et de développement des services de proximité. Ils ont pour mission de faciliter l'accès à l'information, de permettre aux populations dans les zones enclavées de rompre l'isolement et de créer des synergies, de permettre la recherche de l'information, de faire de l'alphabétisation numérique et d'offrir un large choix de services à valeur ajoutée par un transfert de savoir-faire, en capitalisant les expériences menées ailleurs, par l'incubation et la promotion des initiatives arrêtées dans les dispositifs d'aide à la création de l'emploi.

Durant l'année 2000, très peu de foyers étaient reliés au réseau, l'écrasante majorité des connexions des particuliers s'effectuant à partir de cybercafés. Il existe près de 350 en Algérie, dont 150 à Alger. En

⁽¹⁾ Rapport annuel de l'autorité de régulation des télécommunications, Alger, Janvier 2017, p.32.

Octobre 2002, les 2000 cybercafés algériens ont commencé à multiplier les initiatives pour baisser les prix des connexions 50 et 70 dinars algériens (0,65 et à 0,72 euros)⁽¹⁾.

L'opérateur historique de télécommunications, Algérie Telecom a lancé, en 2010, le premier bouquet de télévision par Internet du pays. Safir Box, développée en collaboration avec le groupe français Netgem, elle intégrera l'internet, le téléphone ainsi qu'un bouquet de 60 chaînes⁽²⁾.

En revanche, le retard accusé en matière du lancement de la 3G (son arrivé est devenue officielle le 13/12/2013) a retardé le lancement de ce service en Algérie qui fait partie des dix derniers pays au monde à ne pas s'être dotée de cette technologie⁽³⁾. En réalité, les abonnés naviguent avec un débit de faible vitesse de 52 kbps, ce qui est largement insuffisant pour accéder à des applications plus performantes dans le domaine du développement, comme la télémédecine, le commerce électronique ou l'administration en ligne. Ce retard explique également l'absence de l'Algérie dans les 10 pays africaines les mieux classés dans la vitesse de connexion Internet et le taux de pénétration en haut débit alors que le Maroc et la Tunisie figurent en tête de liste.

Après quatre mois de lancement de la 3G mobile, l'Algérie a lancé officiellement sa nouvelle offre Internet haut débit 4G LTE⁽⁴⁾ pour la téléphonie fixe le 29 Avril 2014, par l'opérateur Algérie Telecom. La commercialisation des offres ont débuté le 1^{er} Mai 2014, et pour le lancement de 4G pour la téléphone mobile en Septembre 2016⁽⁵⁾.

Ce service devra être conforme aux normes recommandées par l'Union Internationale des Télécommunications (UIT) ou par les organismes internationaux de normalisation reconnus⁽⁶⁾. Ces offres

⁽¹⁾ BA Abdoul, Internet, cyberspace et usages en Afrique, éditions l'Harmattan, Paris, 2003, p. 50.

⁽²⁾ Méditerranée audiovisuelle, Lettre d'information mensuelle, n° 85, Marseille, Avril 2010.

⁽³⁾ LEDJOU Jean-Michel et RANDRIANASOLO RAKOBOKE Hanitra, Des réseaux et des Hommes, les Suds à l'heure des technologies de l'information et de la communication, éditions Karthala, Paris, 2013, p. 98.

⁽⁴⁾ Le LTE (Long Term Evolution) est l'évolution la plus récente des normes de téléphonie mobile GSM/EDGE, CDMA2000, TD-SCDMA et UMTS.

⁽⁵⁾ Rapport annuel de l'autorité de régulation des télécommunications, 2017, op.cit, p.5.

⁽⁶⁾ BENSALAH Abdelkader, Stratégie nationale du haut et très haut débits la licence d'Algérie Télécom réaménagée, Le Carrefour d'Algérie, n°3789, Jeudi 27 Février 2014, p. 2.

s'inscrivent dans la dynamique d'investissements, impulsée par Algérie Télécom et visant à moderniser et à développer un réseau national de très haut débit⁽¹⁾.

En ce qui concerne les équipements de télécoms, L'équipementier français Alcatel a signé un contrat cadre pour le déploiement du réseau GSM avec l'opérateur Orascom Telecom qui représente plus de 50% des infrastructures, le reste des équipements étant fourni par l'Allemand Siemens^(2). Ericsson possède une part majoritaire dans les infrastructures du réseau Mobilis GSM. Les équipementiers chinois comme Huawei^(3) et ZTE^(4) sont très actifs et sont présents essentiellement sur la téléphonie filaire, les PABX^(5) des administrations et dans la téléphonie mobile et fixe. Wanadoo a également signé un contrat d'assistance technique avec l'EEPAD⁽⁶⁾, premier fournisseur d'accès Internet privé.

Par ailleurs, Les technopoles spécialisées dans les TIC mises en place en Algérie en 2002 avec la création du premier parc technologique «le Cyberparc de Sidi Abdallah» s'inscrit dans le cadre de la stratégie nationale visant à édifier une société de l'information et accélérer la transition de l'Algérie vers une économie du savoir. Il s'agit d'un projet stratégique d'envergure nationale, il est à la fois un catalyseur du secteur des NTIC et un propulseur de l'innovation.

¹ BENNACEUR Chérif, Idoom, la nouvelle offre illimitée d'Algérie Télécom, Le soir d'Algérie, N° 7140, Lundi 31 Mars 2014, p. 6.

⁽²⁾ BESSAMRA Sonia et Bénédicte SAINT-LAURENT, Investir dans la région MEDA, pourquoi, comment ? Ouvrage collectif, op.cit, pp. 56-57.

⁽³⁾ Huawei Technologies Co. Ltd. est une entreprise fondée en 1988, dont le siège social se trouve à Shenzhen en Chine, qui fournit des solutions dans le secteur des technologies de l'information et de la communication (TIC).

⁽⁴⁾ ZTE, ou Zhong Xing Telecommunication Equipment Company Limited est un équipementier en télécoms coté à la Bourse de Hong Kong et la Bourse de Shenzhen. L'entreprise a été fondée en 1985 à Shenzhen par Hou Weigui.

⁽⁵⁾ C'est un autocommutateur téléphonique privé est souvent désigné par l'anglicisme Private Automatic Branch exchange, lequel est abrégé par le sigle PABX et parfois PBX.

⁽⁶⁾ EEPAD est une entreprise privée algérienne, fondée en 1991. Historiquement, elle est le premier fournisseur d'accès internet privé d'Algérie. L'année 2009 a été marquée par la volonté de l'opérateur public, Algérie Télécom d'entrer dans son capital.

En principe cette technopole envisager l'attractivité des investissements directs étrangers dans le secteur des technologies de l'information et de communication et de services liées à ce secteur⁽¹⁾.

De ce qui précède, il est permis de conclure que l'investissement dans le secteur des télécommunications en Algérie demeure précaire malgré l'essor économique qu'a connu le pays pendant la dernière décennie. Ainsi alors même qu'on a assisté à une modification du code des investissements et l'adoption de la loi sur les postes et télécommunications n° 2000-03, qui a donné lieu à une libéralisation fictive du marché, s'accompagnant d'une protection de l'investisseur quasi inexistante. Il reste à constater que l'Algérie a adopté un modèle politico-administratif dans lequel, la régulation est partie intégrante du processus de politique du gouvernement qui n'est alors pas assez efficace⁽²⁾. L'un des points faibles le plus significatif du système s'illustre à travers l'omniprésence de l'Etat, amplifié par les lenteurs des procédures administratives et la complexité des législations.

En contrepartie, l'Égypte a entrepris l'ouverture de ce secteur à la concurrence en application de ses engagements vis-à-vis de l'Accord général sur le commerce des services. Dans ce contexte, plusieurs actions importantes ont été entreprises pour actualiser le cadre réglementaire des télécommunications. A ce propos, quelles sont les procédures et les réformes ont été prises pour améliorer et libéraliser le secteur des télécommunications?

2. L'expérience Egyptienne

Les potentiels de la réforme des télécommunications en Égypte dépendent des changements remarquables après la libéralisation de ce secteur. Cette partie de cette section présente d'abord les changements probables, l'Égypte déplace à une concurrence accrue, la réglementation incitative et la participation du secteur privé⁽³⁾. Il résume

⁽¹⁾ DAHMANI Ahmed, DO-NASCIMENTO José, LEDJOU Jean Michel, et GABAS Jean Jacques, La démocratie à l'épreuve de la société numérique, op.cit, p. 307.

⁽²⁾ BERRI Noureddine, La régulation des services publics: le secteur des télécommunications. Revue Académique de la recherche Juridique, N°02/2010, Université A/Mira de Bejaïa, 2010, p. 23.

⁽³⁾ FAWZY Samiha et GALAL Ahmed, Partners for development, new roles for government and private sector on the Middle East and North Africa, The World Bank, Washington, September 2009, p. 143.

ensuite comment ces changements sont modélisés pour estimer les gains de cette réforme et l'impact de la réforme des télécommunications sur les principaux acteurs économiques.

A. Le processus de libéralisation des télécommunications en Egypte

Le secteur égyptien des Télécommunications a connu une croissance considérable et très rapide au cours des dernières années. Ces résultats sont le fruit de la stratégie de libéralisation et d'ouverture de ce secteur fondé sur un partenariat public-privé autour de l'initiative pour la société de l'information en Egypte⁽¹⁾. Ce projet intégré aspire à développer une industrie locale des télécommunications et assurer une meilleure pénétration des technologies de l'information et des télécommunications grâce à des initiatives originales (Internet gratuit, ordinateur à bas coût et offerts à crédits...) et un développement comportent les axes suivants: e-connaissance, e-santé, e-business et e-gouvernement⁽²⁾.

La libéralisation du secteur égyptien des télécommunications également a été couronnée de succès. Grâce à la réalisation intégrale du plan mis en œuvre, le délai d'attente pour l'obtention de nouvelles lignes téléphoniques est passé de deux ans à seulement quelques semaines, voire quelques jours dans le Caire. D'autres améliorations ont permis l'ouverture immédiate de lignes d'entreprises et l'installation progressive de lignes numériques⁽³⁾.

Etant donné l'ampleur des gains potentiels, l'Egypte est mieux réformée de son secteur des télécommunications avec les marchés concurrentiels, l'efficacité des incitations, et la participation du secteur privé⁽⁴⁾.

Par ailleurs, Le monopole de l'État dans Telecom Egypt a pris fin le 29 Novembre 2005, avec le lancement d'une souscription de 20% de son capital. L'idée de privatiser la société avait déjà été lancée en

(1) BESSAMRA Sonia et Bénédicte SAINT-LAURENT, Investir dans la région MEDA, pourquoi, comment ? Ouvrage collectif, note et études ANIMA n°22, Avril 2007, p. 89.

(2) Ibid.

(3) Equipe d'experts du cabinet Sabaudia Consulting, secteur privé, Profil Pays – Egypte 2009– Banque Africaine de Développement, 2010, p.115.

(4) FAWZY Samiha et GALAL Ahmed, Partners for development, new roles for government and private sector on the Middle East and North Africa, op.cit, p. 144.

1999/2000 mais elle avait été ajournée à cause de l'instabilité du marché international des télécommunications⁽¹⁾.

Une loi de régulation des télécommunications n° 10-2003 a été promulguée en 4/02/2003 et une Autorité Nationale de Régulation des Télécommunications a été créée à cet effet⁽²⁾.

L'Autorité Nationale de Régulation des Télécommunications dotée d'une personnalité juridique publique, il doit être subordonné au ministre concerné et aura son quartier général au Caire et à Gizeh. Cet organisme a le droit d'établir des succursales partout dans la République Arabe d'Egypte⁽³⁾.

En ce qui concerne la réalisation de ses objectifs, avoir le droit de prendre toutes les mesures nécessaires, notamment les suivantes:

- Mise en place des stratégies, des programmes, des règles et des techniques de gestion en fonction de son activité en conformité avec les dispositions de la loi n° 10 du 2003 relative au règlementation des télécommunication en Egypte et les résolutions pris pour son exécution, sans limitation les règles et les règlements gouvernementaux;
- Garder le contact avec le progrès technique et technologique dans le domaine des télécommunications dans le respect des normes de santé et d'environnement⁽⁴⁾;
- Préparer et de publier un rapport énumérant les services des télécommunications, les noms des opérateurs, fournisseurs de services et les règles générales relatives à la délivrance des licences et des permis;
- Définition des règles générales opérateurs et fournisseurs de services de télécommunications de liaison;
- Définition des normes et réglementations relatives aux services des télécommunications non rentables possibles qui devront être accordé à toutes les régions souffrant de pénurie de celui-ci et

⁽¹⁾ BAFD/OCDE 2006 Perspectives économiques en Afrique, p. 275.

⁽²⁾ Ibid, p. 276.

⁽³⁾ Article 3 de la loi n° 10-2003 relative à la réglementation des télécommunications en Egypt.

⁽⁴⁾ National Telecom Regulatory Authority, Telecommunication regulation law, Law n° 10 of 2003, Arab Republic of Egypt, February 2003, p. 4.

mise en place opérateurs et les fournisseurs au titre de ces services conformément aux dispositions de la loi précitée⁽¹⁾;

- Mise en place des règles garantissant la protection des utilisateurs qui assureront la confidentialité des télécommunications, la fourniture de services les plus avancés dans la plupart des prix convenables assurer la qualité de ces services et établir un système pour les utilisateurs plaintes réception, d'enquête et de suivi avec les fournisseurs de services⁽²⁾;
- Supervision des institutions répondant pour obtenir les certificats internationaux de télécommunications en coordination avec l'Institut National des Télécommunications (INT);
- Mise en place des règles requises pour l'octroi de permis d'équipement;
- Mise en place d'un plan national de numérotation des télécommunications et surveillance de son exécution.

B. L'analyse de la démarche stratégique des télécommunications en Egypte

Le marché des télécommunications est en plein essor en Egypte et offre de nombreuses opportunités aux entreprises françaises⁽³⁾. Les licences pour la fourniture de tous les services des télécommunications en Egypte sont accordées par une autorité de réglementation des télécommunications et l'offre égyptien souligne que c'est sur la base d'un examen des besoins économiques que seront accordées ces licences juste pour les sociétés immatriculées en Egypte. Vodafone Egypt, Orange Egypt (ex-Mobinil) et Etisalat Egypt sont les trois principaux fournisseurs de services mobile et Internet du pays. Etisalat Egypt est l'opérateur historique qui gère la téléphonie fixe.

Etisalat Egypt est un opérateur historique national et bénéficie de droit exclusifs pour la fourniture de services de transmission transfrontalière en provenance ou à destination de l'Egypte, quel que soit le moyen technologique utilisé, jusqu'au 3/12/2005, date à laquelle

⁽¹⁾ Ibid.

⁽²⁾ Ibid, p. 5.

⁽³⁾ Les télécommunications en Egypte, Bureau UBIFRANCE du CAIRE:
<http://www.ubifrance.fr/egypte/001B1402657A+les-telecommunications-en-egypte.html>.

les services de base ont été totalement libéralisés conformément aux engagements de l’Egypte dans le cadre du GATS⁽¹⁾.

L’opérateur public national de lignes fixes Etisalat Egypt a massivement investi pour moderniser ses infrastructures et étendre sa gamme de services proposés. Il dispose aujourd’hui d’un réseau digitalisé à près de 100%. Depuis 1999, près d’un million de lignes fixes supplémentaires par ans ont été installés⁽²⁾.

Le capital de Telecom Egypt est de 17 milliards de livres égyptiennes et le nombre de ses clients est passé de 6.7 millions en 2001 à 9.5 millions en 2004⁽³⁾. La compagnie a par ailleurs acquis 25% du capital de Vodafone Egypt et concourt à 50%, avec le groupe égyptien Orascom Telecom, à la création du récent réseau de téléphonie fixe en Algérie lancé le 22 Février 2006. La moitié des actions sont réservées aux institutionnels, 45% aux particuliers et 5% aux employés de la société. Les titres sont échangés depuis le 7 Décembre 2006, à la Bourse du Caire, à la Bourse d’Alexandrie et à la Bourse de Londres. En ce qui concerne l’ouverture des marchés, l’entrée en service du troisième opérateur de téléphones portables est lancé en 2007 sous la norme 3G (troisième génération)⁽⁴⁾.

Par ailleurs, l’Egypte s’est lancée dans une politique d’expansion régionale, Etisalat Egypt et Orascom Telecom ayant acquis en 2005 la deuxième licence de téléphonie fixe algérienne pour 65 millions dollars américain pour une durée de 15ans, et son dirigeant Naguib SAWIRIS ayant été à l’origine de la création du Holding Weather, qui détient la majorité d’Orascom et octroyé le rachat de l’opérateur mobile italien Wind fin 2005, en partenariat avec le fond IPE et Wilbur ROSS. En fin, 20% du capital d’Etisalat Egypt a été ouvert au public en Décembre 2005.

En 2007, plus de 4 millions d’égyptiens abonnés auprès d’un deux fournisseurs de téléphonie cellulaire, Etisalat Egypt-Vodafone et ECMS-ex-MobiNil, contre 4,3 millions fin 2002. Une troisième licence de téléphonie mobile a été annulée faute de preneur mais un autre appel

(1) BESSAMRA Sonia et Bénédicte SAINT-LAURENT, Investir dans la région MEDA, pourquoi, comment ? Ouvrage collectif, note et études ANIMA n°22, Avril 2007, p. 89.

(2) Ibidem, p.42.

(3) BAFD/OCDE 2006 Perspectives Economiques en Afrique, op.cit.

(4) Ibid.

d'offres devait intervenir avant 2006. Le régulateur a d'ores et déjà annoncé qu'il s'agit d'une licence 3G dont la mise en service intervient à la fin de la période d'exclusivité accordée aux deux opérateurs actuels, fin 2007.

Le nombre d'abonnés au téléphone mobile en Egypte a atteint 55,35 millions, soit un taux de pénétration de 71%, à la fin de Décembre 2009. Selon les chiffres de l'Autorité Nationale de Régulation des Télécommunications, le taux de pénétration a connu une augmentation de 34,1% par rapport à l'année précédente 2008, où le nombre d'abonnés était de 41,29 millions⁽¹⁾.

Le nombre d'abonnés mobile est passé de 93,72 millions de consommateurs en 2012 à 97,47 millions des abonnés en 2013, soit un taux de croissance annuel de 4%⁽²⁾.

Par ailleurs, le nombre d'abonnés à la téléphonie mobile en Egypte a atteint, à fin Juin 2017, quelque 100,3 millions de personnes, contre 96,2 millions par rapport à la même période de l'année précédente soit une progression de l'ordre de 4.2%.

A cet effet, le parc d'abonnés de l'opérateur Vodafone Egypt a atteint 41,256 en Juin 2017 soit 34% du nombre des abonnés à la téléphonie mobile, l'opérateur Orange Egypte (ex- Mobinil) vient de la deuxième position avec 34,326 en Juin 2017 soit 34% du nombre des abonnés à la téléphonie mobile, tandis que le parc des abonnés d'Etisalat Egypt s'élève à 24,191 millions soit 25% du marché mobile.

En revanche la téléphonie fixe, c'est plutôt le mauvais temps. Le nombre de clients qui était de 8,47 millions en Septembre 2012 est demuni à 6,9 millions en Septembre 2017. Soit une régression de l'ordre de 22,75%. Plus grave, ce taux est de 49,81% par rapport aux 13,75 millions d'abonnés fixe que l'Egypte avait en 2008⁽³⁾.

⁽¹⁾ Egypte Express - Toujours plus de mobiles, baisse de profits et nouveau contrat, Le Mercredi 10 Mars 2010.

<http://www.lepetitjournal.com/le-caire/accueil/breves/53764-egypte-express-toujours-plus-de-mobiles-baisse-de-profits-et-nouveau-contrat>.

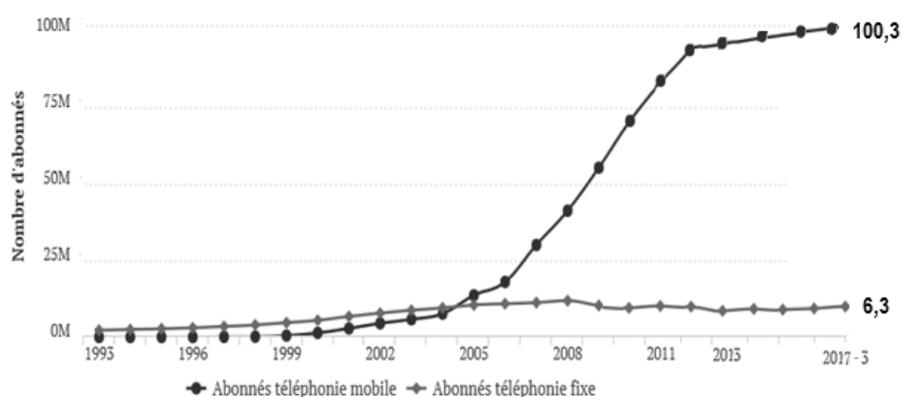
⁽²⁾ Egypte: Le nombre d'abonnés mobile et Internet en croissance Jeudi, 06 Février 2014

<http://www.agenceecofin.com/regulation/0602-17372-egypte-le-nombre-d-abonnes-mobile-et-internet-en-croissance>.

⁽³⁾ Equipe d'experts du cabinet Sabaudia Consulting, secteur privé, Profil Pays – Egypte 2009– Banque Africaine de Développement, 2010, p. 114.

La courbe ci-après retrace l'évolution de nombre des abonnés de téléphonie fixe et mobile en Egypte durant la période allant de 01 Janvier 1993 et 30 Septembre 2017

Evolution de nombre d'abonnés de téléphonie fixe et mobile en Egypte (en millions)



Source : Ensemble des statistiques de la Banque Mondiale et de l'Autorité Nationale de Régulation des Télécommunications en Egypte

Du côté de l'Internet, le nombre d'utilisateurs est passé de 30,8 millions de personnes en Septembre 2016 à 36,5 millions d'internautes en Septembre 2017. Cette augmentation de clients représente un taux de croissance de 18,5%.

Concernant Le lancement des services télécoms 4G sur mobile en Egypte ont commencé le 28 Septembre 2017, d'après le site d'informations Daily News Egypt, l'information a été révélée par un haut responsable de l'Autorité National de Réglementation des Télécommunications.

En contrepartie, ces dernières années, les investissements dans les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) ont progressé de façon spectaculaire en Egypte. Ces technologies permettent de contribuer au développement de la zone à travers les flux d'IDE drainés.

Concernant les compagnies de télécoms sont accompagnées d'équipementiers. Ces derniers ont pour mission la construction des infrastructures et du réseau de télécommunications. Les équipementiers

sont quelques-uns à se partager le marché⁽¹⁾. Les principaux sont Alcatel-Lucent et Motorola, qui sont notamment en Egypte, les principaux fournisseurs d'ex-Mobinil (Orange Egypte). Ericsson est pour sa part, le partenaire stratégique de Vodafone Egypte mais aussi de la compagnie émiratie Etisalat en collaboration avec les chinois Huawei. Siemens s'occupe en Egypte des infrastructures de téléphonie fixe⁽²⁾.

Le développement des infrastructures de télécommunications fixes et mobiles offre nombreuses opportunités, que ce soit en termes d'équipements d'infrastructures ou équipements pour entreprises et particuliers⁽³⁾.

La production locale d'équipements est assurée par deux sociétés NTC et EGTI, filiale de Siemens et Etisalat Egypt, qui assemblent simplement quelques produits sous licence (équipements pour centraux, PABX, terminaux...). La fabrication de câbles en cuivre est aujourd'hui assurée par des sociétés locales et le pays, comptent désormais un fabricant de câble à fibre optique. Cependant, cette production ne peut satisfaire la demande locale qui repose à plus de 80% sur les importations.

Plusieurs entreprises étrangères se partagent le marché égyptien des infrastructures des télécommunications (téléphonie mobile et fixe) à savoir: Alcatel, Siemens, Lucent, Ericsson, Nortel Networks, Motorola, Nokia, Nec...etc. Les entreprises chinoises sont également présentes notamment Huawei et ZTE. Ericsson et deux compagnies de télécommunications du Golfe ont manifesté leur intérêt pour l'acquisition de la 2^{ème} licence de téléphonie fixe⁽⁴⁾.

Il est à signaler que l'Egypte a lancé le technopôle «Smart Village» vise le développement technologique dans ce pays. Parmi les secteurs ciblés, le développement de l'industrie informatique en termes de

(1) ÉTÉ Valériane, LEPAIS Clémentine, VACHEZ Samantha, Géopolitique des technologies de l'information et de la communication au Moyen-Orient: Entre compétitivité étatique et stratégie de contrôle, Editions L'Harmattan, 2011, p. 38.

(2) Siemens et Telecom en Egypt se sont regroupés en joint-venture en 1990 et ont créé la société EGTI (the Egyptian German Telecommunication industries).

(3) BESSAMRA Sonia et Bénédicte SAINT-LAURENT, Investir dans la région MEDA, pourquoi, comment? op.cit, p. 90.

(4) Les Afriques, le journal de la finance africaine hebdomadaire, n° 28, 8 au 14 Mai 2008, rédaction: Casablanca, Alger, Dakar, p. 2.

formation, logiciels et recherche en NTIC mais aussi centre d'appels, comme ceux d'XEED et Raya, installés sur le site. Ce technopôle compte attirer les investisseurs soit nationaux ou étrangers en mettant en avant les compétences de la main d'œuvre égyptienne et son coût relativement bas par rapport aux autres pays⁽¹⁾.

Parmi les sociétés implantées sur le site, on dénombre plusieurs entreprises internationales à savoir: Alcatel, Microsoft, Vodafone, Telecom Egypt, et Motorola et d'autre société sont en cours de négociations. Les entreprises étrangères s'installant au technopole «Smart Village» bénéficient des dispositions de la loi n° 8 sur l'investissement notamment de 10ans d'exemption fiscale et du rapatriement des bénéfices sans contrôle.⁽²⁾

○ **Conclusion:**

Malgré les réformes et les politiques adoptées par les pays de la rive sud de la méditerranée dans le secteur des télécommunications, L'état des lieux des télécoms en Algérie et en Egypte affiche globalement des infrastructures encore limitées et faiblement interconnectées à l'échelle internationale.

De manière générale, l'impact socio-économique des télécommunications «reste très faible» dans ces pays. Ils imputent cela notamment aux mauvaises conditions pour stimuler l'innovation et l'esprit d'entreprise dans les pays, ainsi qu'au faible niveau des compétences de base.

⁽¹⁾ Ibid.

⁽²⁾ BESSAMRA Sonia et Bénédicte SAINT-LAURENT, Investir dans la région MEDA, pourquoi, comment? op.cit, p. 92.

القسم الثاني: دراسات في القانون

- د. عبد السلام عوض الرجوب و د.عدنان صالح العمر، إشكالية الالتزام في الإفصاح عن المعلومات وحق الشركة الاحتفاظ بها في التشريع الأردني والنظام السعودي
- د. سليم سمير خصاونة و د. محمد احمد سعيد المومني، دعوى المسؤولية المدنية كوسيلة للحماية في مواجهة أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة جراء إخلالهم بواجباتهم
- أ.د. جليل الساعدي وسعد حسون، ماهية التزام صاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء في القانونين العراقي والمصري
- د. علاء وصفي المستريحي، التأصيل القانوني لالتزام البائع باصلاح المبيع أو استبداله لوجود العيب الخفي (دراسة تحليلية في القانون المدني الأردني)
- د. عبدالله عبدالكريم عبدالله، الضمانات القانونية لحماية الدائن في القانون المدني القطري، تجديد قيد الرهن العقاري كآلية لتعزيز الضمان الخاص للدائن في ظل قصور الضمان العام
- د. محمد حسين بشايره وعماد محمد العمارين، أثر العادات التجارية وحماية المستهلك في تفسير خطاب الضمان المصرفي في القضاء الأردني
- د. إبراهيم محمد عبيدات، حق العدول كمعيار لتحقيق التوازن بين المستهلك والتاجر في العقود الالكترونية، دراسة تحليلية مقارنة
- د. عائشة بوعزم، حق الرعاية البديلة للطفل المحروم من العائلة، القانون الجزائري نموذجا

- د. أسر محمد أبوضيف أمين، تحديد مسؤولية الناقل البحري للبضائع فى ظل قانون التجارة البحرية المصرى رقم 8 لسنة 1990 واتفاقية هامبورج لسنة 1978 وقواعد روتردام لسنة 2008
- د. بلغازى نور الدين، مدى خصوصية التأمين البحرى من خلال نظام التخلي لتسوية الخسائر البحرية
- د. عصام حسن العقرباوى، تصرف الشريك فى حصة مُفرزة من المال الشائع وتأصيل انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه فى القانون المدنى الأردنى
- د. محمد عربيات، نطاق حماية المصنفات الادبية والفنية فى القانون الفلسطينى
- المحامى د. حسين عاهد عيسه، أراضى الوقف غير الصحيح فى إطار التشريعات السارية فى فلسطين
- د. عبد اللاوى جواد، الشذوذ الإجرامى فى الجزائر دراسة نفسية وجنائية
- سامية قلوشة، التحكيم لدى السلطات الإدارية المستقلة، دراسة تحليلية مقارنة
- أ.د. كمال جعلاب، اللامشروعية والمسؤولية الإدارية فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى
- د. أحمد الضلاعين و د. صفاء السويلميين، الاختصاص القضائى للعقود الإدارية الالكترونية فى النظام القانونى الأردنى، دراسة مقارنة

إشكالية الالتزام في الإفصاح عن المعلومات وحق الشركة الاحتفاظ بها في التشريع الاردني والنظام السعودي

د. عبد السلام عوض الرجوب⁽¹⁾

د. عدنان صالح العمر⁽²⁾

لا شك في أن الإفصاح له دور هام ومحوري في عمليات المضاربة التجارية المتعلقة بأسهم الشركات وسنداتها (أوراقها المالية) التي تجرى من خلال الأسواق المالية؛ والإفصاح الذي نقصده هو المتعلق بالأوراق المالية التي تصدرها الشركات المدرجة في البورصة، والذي يمكن من خلاله بيان حقيقة المركز المالي للشركة، ولذا فقد حرصت العديد من التشريعات على توفير المعلومات الكافية واللازمة عن هذه الاوراق التي يتم تداولها في الأماكن المخصصة لها، وهي الأسواق المالية (البورصات)، والقيام بنشرها وإفصاح المجال للإطلاع عليها من قبل جميع الأطراف التي تتعامل بها، من أجل زيادة ثقة المتعاملين بها من جهة، ورفع مستوى كفاءة الأسواق المالية للعمل بشكل متوازن وعادل من جهة أخرى.

ولا تقتصر أهمية الإفصاح على الأشخاص الذين يتعاملون بالاوراق المالية للشركة، وإنما يتعدى ذلك للدولة والشركة والمتعاملين معها على حدٍ سواء. وأما عن أهميته للدولة، فهو الوسيلة الفعالة لبيان حقيقة الدخل القومي للدولة، على اعتبار أن الشركات المصدرة لهذه الأوراق، والأرباح المتحققة عنها تشكل جزءاً أساسياً من الناتج القومي، كما وتستفيد الشركة أيضاً من المعلومات المفصح عنها، متى كانت جيدة، وينعكس ذلك بدوره على تشجيعها لتحسين أدائها للسنوات القادمة لزيادة الأرباح، أو مضاعفة جهودها، في حال أن كانت تلك المعلومات تعطي مؤشراً سلبياً، للبحث عن أسباب الفشل والبحث عن طرق لتحسين وضعها.

(1) أستاذ القانون التجاري المشارك-كلية الحقوق- جامعة الملك فيصل-المملكة العربية السعودية.

(2) أستاذ القانون التجاري المساعد-كلية القانون-جامعة اليرموك-المملكة الأردنية الهاشمية.

أما أهميتها بالنسبة للغير والمتعاملين معها، فلأنها تعد أهم المصادر التي يعتمدون عليها لاتخاذ قراراتهم في مسألة الاستثمار بالأوراق المالية، حيث يفترض فيها أن تبين بصورة واضحة طبيعة المركز المالي للجهة المصدرة لها، فهذه الأوراق تعد المؤشر لنجاح الشركة وقدرتها على تحقيق مشروعها، وبيان المخاطر التي يمكن ان تتعرض لها، بحيث يؤدي الى تقليل الغموض عن مستقبل الشركة وادائها، ويساعد أيضًا أصحاب الاختصاص في القدرة على التحليل والاستنتاجات المالية بدرجة عالية ودقيقة؛ الأمر الذي يعود بالفائدة على المستثمرين. كما يساعد الإفصاح في تحقق درجة عالية من التنافسية والحد من مكافحة الفساد كما تساعد في الابتعاد عن التعثر المالي.

• أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة الى معرفة ماهية المعلومات التي يجب على الشركة المصدرة للأوراق المالية الإفصاح عنها، والمعلومات التي يجوز للشركة الاحتفاظ بها، وعدم الإفصاح عنها لضرورتها، وبيان إمكانية إقامة التوازن بين الجمهور والمتعاملين بهذه الأوراق وبين الشركة بتمسكها بهذا الحق، والوقوف كذلك على القواعد والمعايير المستخدمة في التشريعات المقارنة، لكي نستطيع التوفيق بين حق المستثمرين في الحصول على المعلومات وبين حق الشركة في الاحتفاظ ببعضها.

• أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في تحديد دور الإفصاح القانوني، وحق الشركة بالاحتفاظ بالمعلومة الداخلية، وذلك من خلال منظور قانوني بسبب قلة الدراسات القانونية والقرارات القضائية الى حد ما، بالرغم من توافره في الدراسات الاقتصادية، إلا إنه لم تخلو تلك الدراسات من خلط في بعض المفاهيم.

• مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في التعارض بين المعلومات التي يتوجب على الشركة الإفصاح عنها لبيان مركزها القانوني، سواء أكانت مالية أو غير مالية، وبين حق الشركة في احتفاظها ببعض المعلومات المهمة المتعلقة بأسرارها التجارية، لحماية نفسها من المنافسات غير

المشروعة. وفي الحالة التي تعتمد فيها الشركة إلى عدم نشر بعض البيانات الإجبارية أو المعلومات المتعلقة بها، ويؤدي ذلك إلى التأثير سلبيًا في قيمة أوراقها المالية، فهل يمكننا في هذه الحالة مساءلة الشركة والقائمين على ادارتها بسبب ذلك؟، أم يمكنها الدفع بعدم المسؤولية بحجة حقها بالاحتفاظ بالمعلومات الداخلية التي تحميها من المنافسة غير المشروعة؟ ومما لا شك فيه إن هناك تعارض بين مصالح المستثمرين في معرفة كافة المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية، وحق الشركة بالاحتفاظ بها كمعلومات داخلية لها مصلحة بعدم نشرها، للمحافظة على اسرارها.

• أسئلة الدراسة

1. ما هي المعلومات التي يجب على الشركة الإفصاح عنها وهل ذكرت على سبيل المثال ام على سبيل الحصر؟
2. هل يجوز للشركة المصدرة الاحتفاظ ببعض المعلومات الجوهرية التي يمكن ان تؤثر على سعر الورقة المالية، وهل هذا الاحتفاظ مطلق ام نسبي، وهل الشركة هي صاحبة الاختصاص في هذا الحق؟
3. مدى كفاية النصوص الناظمة للإفصاح لتطبيق مفهوم الإفصاح بشكل كافي ام بحاجة الى إضافة الى نصوص قانونية أخرى؟
4. ما هو الجزاء القانوني في حالة عدم الالتزام بالإفصاح او استغلال المعلومات بطريقة غير مشروعة؟

○ المبحث الأول: ماهية الإفصاح الإجمالي

يقسم الإفصاح إلى نوعين إفصاح إجباري، وأجبت التشريعات ضرورة القيام به، نظرًا لما له من دور تقديم المعلومات والبيانات التي تؤثر في سعر الورقة المالية، ويمثل هذا الإفصاح الحد الأدنى من المعلومات والبيانات المتعلقة بالورقة المالية، ويعرف لدى المنظم السعودي بالإفصاح المستمر. وأما النوع الثاني فهو الإفصاح الاختياري، وهو الإفصاح الذي له دور أيضًا في التأثير في الورقة المالية إيجابًا وسلبيًا، إلا أنه يمثل زيادة على الحد الأدنى الذي

أوجب الإفصاح عنه⁽¹⁾، وسوف نقصر في دراستنا هذه على الإفصاح الإجمالي دون الاختياري. سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين نبحث في المطلب الاول مفهوم الإفصاح الاجباري، ونخصص المطلب الثاني لطبيعة المعلومات التي يجب على الشركة الاعلان عنها.

♦ المطلب الاول: مفهوم الإفصاح الإجمالي

وللوقوف على مفهوم الإفصاح الإجمالي يلزما بيان تعريف الإفصاح بوجه عام، ومن ثم الولوج منه إلى تعريف الإفصاح الإجمالي وبيان المزايا التي يحققها، ونتناول أيضاً شروط المعلومات التي يجب الإفصاح عنها.

• الفرع الأول: تعريف الإفصاح

أولاً: الإفصاح لغة

كلمة الإفصاح مشتقة في اللغة من أفصح، وأفصح عن يُفصح، إفصاحاً، فهو مُفصح، والمفعول مُفصح عنه، إفصاح: (اسم) مصدر أفصحَ في مثلِ هذهِ المواقفِ لا بُدَّ مِنَ الإفصاحِ عَنِ الرَّأْيِ: التَّعبيرُ عَنْهُ أفصحَ عن مراده، بيَّنه، أظهره. أفصح عن نواياه، أفكاره، ألمح إلى ما يريد ولكنه لم يفصح عنه، كان قليل الكلام نادراً ما يُفصح عن مراده⁽²⁾. ويتضح المعنى اللغوي من كلمة الإفصاح على أنه إظهار الشيء بحيث يكون واضحاً ومعلومًا، وهو عكس السرية، وإخفاء المعلومات.

ثانياً: الإفصاح في الاصطلاح

يعرفه البعض بأنه عبارة عن بث للمعلومات او للمعارف ممن يعلمها لمن لا يعلمها⁽³⁾. وعرفه البعض الآخر بأنه: الكشف عن المعلومات المهمة لجميع الأطراف في السوق المالي بمختلف الوسائل لكشف تلك المعلومات، وإشهار كافة الحقائق عن الشركة سواء الدورية والغير

(1) الخيال، توفيق عبدالمحسن، الإفصاح الاختياري ودوره في ترشيد القرارات الاستثمارية في السوق المالي السعودي دراسة ميدانية، مجلة العلمية للاقتصاد، جامعة عين شمس، عدد 3، سنة 2009، ص 108.

(2) أنظر قاموس المعاني، معجم عربي عربي. <https://www.almaany.com>

(3) د. طاهر مؤمن، معلومات الشرات المقيدة بالبورصة بين الإفصاح والسرية، بحث منشور، ص 6.

دورية، المالية والغير مالية من اجل التتبؤ بمقدور الشركة على تحقيق الأرباح والوفاء بالتزاماتها⁽¹⁾. وهناك من ذهب إلى تعريف الإفصاح بأنه اتصال الشركة بالعالم الخارجي بالوسائل المختلفة للكشف عن حقيقية ووضع الشركة للمستثمرين والمساهمين وغيرهم من أصحاب المصالح⁽²⁾.

وعلى ذلك فالإفصاح اصطلاحاً هو الكشف عن البيانات والمعلومات لجمهور المتعاملين مع الشركة، يساعدهم في تكوين تصور واقعي عن المركز المالي لها من خلال بيان البيانات والمعلومات التي تتعلق بأوراقها المالية، التي تعد المؤشر الأساس في تحديد المركز المالي للشركة. وتجدر بنا الإشارة للقول بأن الحد الأدنى من المعلومات والبيانات الواجب الكشف عنها لجمهور المتعاملين مع الشركة، يسمى بالإفصاح الإجمالي (المستمر)؛ في حين أن ما زاد عن ذلك فإنه يدخل في مفهوم الإفصاح الاختياري، الذي لم يوجب المشرع ضرورة تزويد المتعاملين بالشركة عنها.

وبناء على ما تقدم يذهب جانب من الفقه إلى تعريف الإفصاح الإجمالي بأنه: التزام الشركات بتقديم المعلومات التي تؤثر في سعر الورقة المالية والسماح للجميع بالاطلاع عليها بصفة دورية وفي الحالات الاستثنائية إلى الجهات الرقابية، وان تعلنها إلى المساهمين وإلى المستثمرين المتوقع دخولهم الشركة⁽³⁾ لكي يتخذوا قراراتهم المناسبة⁽⁴⁾.

(1) السويدي، محمد، النظام القانوني لحوكمة الشركات واثر الإفصاح والشفافية عليها، مجلة الدراسات الاجتماعية، اليمن، سنة 2016، ص 20

(2) د. أحمد خضر الإفصاح والشفافية كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012، ص 52.

(3) محمد تنوير الرافي، صغار المستثمرين ودور هيئة سوق المال في حمايتهم مقارنة بأسواق المال الأجنبية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2007، ص 497. أنظر بحث قرياش، محمد، القوصي همام، الالتزام القانوني بالإفصاح في سوق الأوراق المالية وفقاً للتشريع السوري مفهومه وأنواعه مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، مج 33، عدد4، سنة 2011.

(4) البجاد، محمد بن ناصر، النطاق القانوني لحظر المعلومات الداخلية، مجلة الحقوق والبحاث القانونية والاقتصادية، مصر سنة 2007، ص 252، عرف قانون انشاء هيئة الأوراق المالية السوري الإفصاح بأنه ث اعتبرت هذه التعليمات أن الإفصاح هو: "الكشف عن المعلومات التي تهم المستثمرين وتتضمنها البيانات المالية وتقارير مفتشى الحسابات والتي تؤثر في سعر الورقة المالية، ويجب أن يكون الكشف عاماً وللجمهور وليس فقط لحملة الأوراق المالية والمستثمرين وذلك من خلال الصحف اليومية..". "الكشف عن المستثمرين، القوصي، الالتزام القانوني بالإفصاح، مرجع سابق.

ونحن بدورنا نرى أن الإفصاح الإلزامي هو بيان الحد الأدنى من المعلومات التي أُلزم بها المشرع، والتي تؤثر في قيمة الورقة المالية والمعلومات الإدارية المهمة بصورة واضحة تسمح للمساهمين والدائنين والجمهور بالاطلاع على وضع الشركة الحقيقي والاحتمالات المتوقعة في المستقبل.

• الفرع الثاني: المزايا التي يمكن أن يحققها الإفصاح الإلزامي

إن توافر مستوى كافي من الإفصاح في التقارير الصادرة عن الشركة يساهم في مساعدة المستثمرين على اتخاذ القرارات السليمة حيث يتوقف ذلك على مستوى الإفصاح لذلك فالمزايا التي يحققها الإفصاح تكمن بالآتي:

1- تحقيق السعر العادل للورقة المالية:

لكي يتخذ المستثمرون قراراتهم بالتعامل بالأوراق المالية، لا بد إن يكون قرارهم مبني على معلومات واضحة وصحيحة، تمكن كل من يتعامل بها بالوصول الى تحقيق السعر العادل للورقة المالية، وبالطبع لا يتحقق ذلك إذا ما كان هناك نقص في المعلومات أو مبالغة فيها⁽¹⁾؛ لأنها تفسح المجال لعمليات المضاربة الغير المشروعة في السوق المالي، فالوصول الى السعر الحقيقي لا يكون إلا بالإفصاح الصادق؛ لان انعدام الثقة من قبل المستثمرين بالشركة سيؤدي الى انخفاض القيمة السوقية للأسهم الذي ينعكس بدوره سلبا على الشركة، المتمثل بعدم اقبال مستثمرين على المتاجرة بأسهمها أو بالمساهمة فيها في حالة زيادة راس المال⁽²⁾.

(1) جاء في المادة (81/ب) " يحق لاي مستثمر تعرض لاضرار مالية نتيجة عدم صحة او دقة او كفاية الافصاح الوارد في نشرة الاصدار او مرفقاتها او التقارير الواجب تقديمها الى الهيئة وفق احكام هذا القانون مطالبة أي شخص وقع على أي منهما بالتعويض عن الاضرار التي لحقته...."

(2) العموش، إبراهيم، التعامل بالأوراق المالية بناء على معلومات سرية ذات تأثير على أسعار هذه الأوراق (التعامل المحظور بالأوراق المالية) دراسة مقارنة، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات -العلوم الانسانية والاجتماعية -الأردن، المجلد/العدد: مج 12، ع 3، سنة 1997، ص 336

2- تقييم الورقة المالية:

لا شك في أن الورقة المالية تمثل جزءاً مادياً من المشروع، سواء أكانت تمثل حقوقاً له أو ديناً عليه، ونظراً لارتباط أوراق الشركة المالية بمعاملات الشركة وحساباتها واحتياجاتها، فقد يصعب على الشخص العادي تقديره بطريقة دقيقة؛ لذا فإنه يتوجب على الشركات المصدرة لهذه الأوراق المالية وجهات الرقابة المختلفة توفير البيانات المتعلقة بكل ورقة بدقة وأمانة، بالإضافة إلى جميع البيانات التي يحتاج إليها المتعامل بالأوراق المالية⁽¹⁾.

3- تحقيق مبدأ المساواة في الحصول على المعلومات:

يتمثل الهدف الأساس للإفصاح في تحقيق المساواة بين جميع المساهمين والمستثمرون المحتملون الذين يتتبعون أسهم الشركات في الأسواق المالية في الاطلاع على المعلومات التي يحتاجونها، والتي يتوجب على الشركات الإفصاح عنها وفقاً للتعليمات والقوانين وغيرها من التشريعات⁽²⁾، وتحقيق العدالة بين المستثمرين وغيرهم من مستخدمي التقارير المالية والغير المالية هو الأمر الذي يقلل من فرص المتاجرة بناءً على المعلومات الداخلية. ويكون تحقيق العدالة من خلال إضاعة الفرصة على المطلعين على المعلومات الداخلية في تحقيق مصالحهم الخاصة على حساب باقي المستثمرين⁽³⁾. كما يعتبر الانتقائية في الإفصاح لجهة على حساب جهة يؤدي إلى فقدان ثقة المستثمرين وعدالة السوق.

• الفرع الثالث: شروط المعلومات الواجب على الشركة الإفصاح عنها

يظهر لنا مما تقدم، أن الإفصاح الإجمالي عن بيانات ومعلومات الورقة المالية يعد أمراً جوهرياً وأساسياً يلزم للمتعاملين والمستثمرين في مجال الأوراق المالية، لإمكانية التعامل فيها والمضاربة عليها، وحتى يكون هذا الإفصاح مؤشراً حقيقياً يعكس الواقع الحقيقي للورقة المالية،

(1) أنظر المادة (8، 36، 81، 108) من قانون الأوراق المالية رقم (18) لسنة 2017م، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 5460 رقم الصفحة 3362. أنظر كذلك المواد (42، 43، 44) من نظام السوق المالية السعودي.

(2) انظر نص المادة (1/35) من قانون الأوراق المالية الأردني، انظر نص المادة (46/أ) من نظام السوق المالية السعودي

(3) خضر، احمد على، مرجع سابق، ص 55

يجب أن يتوافر فيه شروط معينة؛ بحيث يكون واضحاً، ومعبراً عن حقيقة المركز المالي للشركة وظروفها الحالية، وأن يتم توجيهها الى كافة من مساهمين والجمهور، بمعنى لا يقتصر الاستفادة من المعلومات جهة على حساب جهة أخرى، كما يجب ان يكون بشكل دوري ومنتظم⁽¹⁾، كما يجب أن تكون هذه المعلومات لها أثر في قيمة السوقية للورقة المالية. ومن أجل الوقوف على النطاق الموضوع لهذه الدراسة، يلزمنا بيان هذه الشروط وفقاً لما جاء به المنظم السعودي والمشرع الأردني، حيث اشترط مجموعة من الشروط التي تلزم في الإفصاح الإجمالي، حتى يكون منتجاً لآثاره القانونية، ويمكننا بيانها على النحو الآتي:

1- إن تكون المعلومة حقيقة ومحددة:

يعتبر المستثمر من أهم الجهات المستفيدة من المعلومات المفصح عنها، واللازمة لمساعدته على اتخاذ قراره الاستثماري فلا بد أن يكون الإفصاح كافياً من حيث المعلومات الضرورية، حيث تعتبر المعلومات المرآة العاكسة عن الواقع الحقيقي للشركة⁽²⁾. وإذا ما حدث تغيرات على المعلومات المفصح عنها، فانه يجب الإفصاح من جديد عن المعلومات الحديثة وإزالة أي اعتقاد لدى الجمهور باستمرارية المعلومات القديمة⁽³⁾، كما يجب أن تكون المعلومة المفصح عنها واضحة، بحيث يستطيع المستفيد منها أن يتوصل الى نتيجة معينة وقابلة للمقارنة⁽⁴⁾، مما يعني كل اعلان صادر عن الشركة يجب ان يتسم بالأمانة والدقة، ويحظر على الشركة ان تحجب أي حقيقة او معلومة جوهرية او ان تقدم معلومات مضلله قد يؤثر على سلامة اتخاذ القرار للأشخاص الموجبة لهم الإفصاح⁽⁵⁾، حيث اعتبر المشرع الاردني

(1) أنظر قرياش، محمد، القوصي، همام، مرجع سابق.

(2) Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 5 octobre 1999, 97-17.090, Publié au bulletin; Cour d'appel de Paris, 7 octobre 2008, 08/01096.
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019691033>

(3) انظر بدوي، بلال عبد المطلب، مرجع سابق، 83

(4) يوسف، محمد طارق، الإفصاح والشفافية كاحد مبادئ حوكمة الشركات، بحث مقدم الى مؤتمر شرم الشيخ، ص 15، سنة 207، انظر نص المادة (166) من قانون الأوراق المالية الأردني، انظر الفقرة (أ) من المادة (61) من لائحة قواعد طرح الأوراق المالية والالتزامات المستمرة السعودي.

(5) خضر، محمد علي، الإفصاح والشفافية، دار الفكر الجامعي، ص 55، انظر نص المادة (48/أ) من نظام السوق المالي السعودي.

والمنظم السعودي إذا تم الإفصاح بنشر معلومات غير كاملة أو كاذبه أو ما شابه ذلك وأثرت على حقيقة مبدأ الإفصاح تعتبر من قبيل التضليل⁽¹⁾ وتسال الشركة المصدرة عن هذه المعلومات مسؤولية قانونية، إما هذا كانت المعلومات عبارة عن تكهنات متوقعة فلا تعتبر معلومات وتعتبر بمنزلة الاشاعة⁽²⁾.

2- إن تكون المعلومات لها أثر ملموس في سعر الورقة

يجب ان تكون المعلومات المفصح عنها ذات أهمية وملتصبة بنشاط الشركة، ولها تأثير جوهري على القيمة السوقية للأوراق المالية بغض النظر عن الاثر الذي يمكن ان تحققه سواء كان أثر سلبي أو إيجابي، فيجب على الشركة المصدرة ان تفصح عنها. وقد عرف قانون الاوراق المالية الأردني في نص المادة (2) المعلومة الجوهرية بانها" اي واقعة او معلومة قد تؤثر في قرار الشخص لشراء الورقة المالية او الاحتفاظ بها او بيعها او التصرف بها" بين هذا النص الاثر المترتب على المعلومة بانه القرار الاقتصادي للمستثمر هو الذي سوف يدفعه الى التصرف بالورقة المالية⁽³⁾.

3- وصول المعلومة نوعا ووقتا إلى الجميع

كما يشترط أيضاً ان تكون المعلومات المفصح عنها موجهة الى جميع الجهات المعنية و كافة فئات مستخدمي المعلومات بصورة متماثلة ومتساوية، أي أن يتم اتخاذ جميع التدابير الاحترازية لضمان عدم تسرب أي من المعلومات والاحداث قبل إعلانها وفقا لقواعد الإفصاح⁽⁴⁾، مما يعني وصول المعلومة الى المستخدمين بوقت واحد من أجل تحقيق مبدأ

(1) عرف قانون الاوراق المالية لأردن في المادة (2) التضليل بانه هو "أي بيان غير صحيح يتعلق بمعلومة جوهرية او أي حذف او إخفاء لمعلومة جوهرية او أي معلومة أخرى لازمة لتكون البيانات المقدمة صحيحة ودقيقة".

(2) انظر نص المادة (56/أ) نظام السوق المالية السعودي.

(3) القوصي، همام، الالتزام القانوني بالإفصاح في سوق الأوراق المالية وفقا للتشريع السوري مفهومه وأنواعه مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، مج 33، عدد4، سنة 2011.

(4) انظر نص الفقرة(ج) من المادة (61) من اللائحة قواعد طرح الأوراق المالية والالتزامات المستمرة السعودي

العدالة والمساواة⁽¹⁾، ليتمكنوا من معرفة وضع الشركة من جميع جوانبها ولضمان مصالحهم وحماية حقوقهم واتخاذ قراراتهم دون تمييز فئة على حساب فئة أخرى.

كما يجب ايضا أن يكون الإفصاح في فور حصول الحدث وبدون أي تأخير، إذا ما لها تأثير على الشركة أو أسعار الأوراق المالية الصادرة عنها⁽²⁾ وقبل ان تفقد أثرها في اتخاذ القرار المناسب⁽³⁾، سواء كانت هذه الاحداث لصالح الشركة أو ضدها، لأن وصول المعلومة في الوقت المناسب يساعد على الحد من الاشاعات وتسريب المعلومات مما يحسن على قدرة الأسواق المالية وخلق قدرة من الثقة في الاستثمار⁽⁴⁾، كما يجب على الشركة ان تعلم هيئة الأوراق المالية فور حدوث المعلومات الواجب الإفصاح عنها في المواعيد القانونية او لحظة حدوثها اما إذا حدث امر يتوجب الإفصاح عنه ايام عطل رسمية يجب على الشركة ان تعلن عنها في الصحف اليومية باللغة العربية واللغة الإنجليزية اذا امكن وإبلاغ هيئة الأوراق في اول يوم داوم⁽⁵⁾.

♦ **المطلب الثاني: المعلومات التي يتوجب على الشركة المصدرة الإفصاح عنها**

يثار تساؤل حول المعلومات التي يمكن أن يكون لها تأثير على قرار المستثمر بالاستثمار بالورقة المالية بمختلف صور الاستثمار من بيع او شراء او الاحتفاظ، هل هي المعلومات المرتبطة بالقيمة المالية للورقة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ويجب على الشركة الإفصاح عنها.

(1) دليل الإفصاح والشفافية الصادر عن مركز إيداع الأوراق المالية

(2) قانون الأوراق لمالية الأردني م(43)، انظر نص المادة (46/أ) من نظام السوق المالية السعودي.

(3) لسويدي، محمد، مرجع سابق، ص 25

(4) مصطفى، محمد فراس عمر، الإفصاح وسيلة لحوكمة الشركات، رسالة ماجستير مقدمه لجامعة جرش، الأردن، سنة

2016، ص 94

Daniel Goyeau et Amine Tarazi, Les marchés boursiers: définition et fonctionnement, La Bourse (2007), pages 10 à 29.

(5) ارخيص، طاهر خالد، مرجع سابق، ص 452

• الفرع الأول: المعلومات الواجب الإفصاح عنها

أوجب كل من المنظم السعودي والمشرع الأردني الإفصاح بشكل مستمر وفي المواعيد المعينة عن المعلومات المالية والغير مالية والتقارير الادارية الدورية والمعلومات الجوهرية⁽¹⁾ وهي على الشكل الآتي:

أولاً: التقارير الدورية

حيث يتوجب على الشركة أن تزود هيئة الأوراق المالية والجهات الرقابية الأخرى بتقارير دورية كل فترة زمنية معينة⁽²⁾ وذلك حسب كل نوع تقرير، فهناك التقرير الربع السنوي الذي يجب ان يقدم خلال ثلاثين يوم من انتهاء الربع المعني من السنة المالية للشركة، والتقرير النصف سنوي خلال ثلاثين يوماً، والتقرير السنوي خلال تسعين يوم من انتهاء السنة المالية⁽³⁾، بشرط ان تكون هذه التقارير مصادق عليها من مدقق الحسابات القانوني، من أجل إطلاع المستثمرين والجمهور على تطورات الشركة كل فترة زمنية معينة، بحيث تشمل هذه التقارير على الميزانية العامة والقوائم المالية والحسابات التابعة لها؛ كحسابات الأرباح والخسائر والايضاحات المتممة فور اعتمادها من مجلس ادارة الجهة مرفقا به تقرير مجلس الادارة وتقرير المحاسب الخارجي⁽⁴⁾.

ويعتبر الإفصاح السنوي قاعدة أساسية بالنسبة للمستثمر حتى يتخذ قراره بعد دراسته ومقارنته مع السنوات السابقة، بينما يظهر الإفصاح نصف السنوي كإفصاح ضروري لإظهار

(1) انظر نص المادة (62) من لائحة قواعد طرح الأوراق المالية والالتزامات المستمرة السعودي، انظر نص المادة (43) من قانون الأوراق المالية الأردني.

(2) انظر نص المادة (45) من اللائحة قواعد طرح الأوراق المالية والالتزامات المستمرة، انظر أيضا نص المادة (43) قانون الاوراق المالية الاردني

(3) انظر المادة (1،2/43) من قانون الأوراق المالية الأردني

(4) بدوي، بلال عبد المطلب، الالتزام بالإفصاح عن المعلومات في الأسواق الأوراق المالية دراسة مقارنة في القانونين المصري والإماراتي، دار النهضة العربية، مصر، ط1، سنة 2006، ص108

تطوّر أعمال الشركة منذ آخر إفصاح سنوي لها⁽¹⁾. ونظرًا لأهمية هذا التقرير فإنه يجب أن يشتمل على معلومات أساسية منها على سبيل المثال التوقعات المستقبلية والقروض المترتبة على الشركة بالإضافة الى أسماء الشركات التابعة للشركة ونسبة ملكية الشركة من أسهم في الشركة التابعة وغير ذلك⁽²⁾، كما يجب ان يبين التقرير الامتيازات التي يتمتع بها أعضاء مجلس الإدارة والإدارة العليا والسياسية التي تتوي الشركة اتجاه المجتمع المحلي⁽³⁾.

ثانياً: المعلومات الجوهرية

يجب على الشركة ان تنشر المعلومات والقرارات الجوهرية الطارئة، والأحداث المستجدة⁽⁴⁾ التي من المتوقع ان تؤثر على نشاطها او مركزها المالي، والتي لها اثر على نشاطها سلبا او إيجابيا⁽⁵⁾، ويجب الاحتفاظ بهذه المعلومة ونشرها بعد اعلان الهيئة لهذة المعلومات وإعلانها وفقا قواعد الأدرج، ويجب تنشر بأسرع وقت ممكن من اجل تحقيق مبدأ المساواة إذا ما كان لها أثر في سعر الورقة المالية بأي وسيلة ممكنة ان تحقق السرعة المطلوبة⁽⁶⁾ وان تزود الهيئة بتقرير مفصل عن أي معلومة خلال أسبوع من حدوث الطارئ.

(1) القوصي، مرجع سابق، ص، عابنة، محمود، مدى كفاية نصوص قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته في تحقيق حوكمة الشركات المساهمة العامة، مجلة الدراسات للشريعة والقانون / الجامعة الأردنية، سنة 2018، مرجع سابق، ص 12

(2) لمعرفة المعلومات الواجب توافرها في تقرير مجلس الإدارة في النظام السعودي راجع نص المادة(90) من لائحة حوكمة الشركات السعودي الصادر بتاريخ 2017/2/12

(3) انظر نص المادة (14/هـ) من تعليمات حوكمة الشركات المساهمة المدرجة لسنة 2017 الأردنية

(4) Article L451-1-2 du CMF modifié par loi n 2010/1249 du 22 Octobre 2010.

(5) بدوي، بلال عبد المطلب، مرجع سابق، ص 10-11؛ انظر كذلك نص المادة(46/أ/ب) من نظام السوق المالية

السعودي اجبر الشركات ابلاغ الهيئة بالتطورات الجوهرية او بناء على طلب الهيئة بتزويدها بمعلومات او بيانات

(6) انظر نص المادة (24/أ) من تعليمات بينت دليل الإفصاح والشفافية وسائل الإفصاح الواجب على الشركات ان يتم من خلالها الإفصاح حيث ترك لمجلس الإدارة الطرق الملائمة والفعالة وأعطى بعض الأمثلة مثل الصحف والنشر على الموقع الالكتروني للشركة وتسليم التقارير الى أصحاب ذات العلاقة، كما اوجب ان يتم استخدام شبكة الانترنت وكافة الوسائل التكنولوجية المتوفرة قدر الإمكان في عملية الإفصاح وذلك لتحقيقي افصاح كامل وسريع عن المعلومات في الوقت المناسب

وقد عرف المشرع الأردني المعلومة الجوهرية في عرف قانون الأوراق المالية الأردني في نص المادة (2) المعلومة الجوهرية بأنها "اي واقعة او معلومة قد تؤثر في قرار الشخص لشراء الورقة المالية او الاحتفاظ بها او بيعها او التصرف بها"، اما المنظم السعودي لم يضع مفهوم محدد للمعلومة الجوهرية ولكن يمكن من مجموع النصوص المتعلقة بطرح الأوراق المالية يمكن استخلاص مفهوم المعلومة الجوهرية بأنها هي المعلومة التي لا يعرفها الجمهور ويكون لها تأثير في الوضع المالي لأعمال الشركة مما تؤثر في القرار الاستثماري من قبل الجمهور⁽¹⁾. اما الفقه فقط عرف المعلومة الجوهرية بأنها: هي كل واقعة او حدث حصل للشركة ويمكن أن يؤثر على سعر الورقة المالية، ويؤثر الى حد كبير على اتخاذ المستثمر في التعامل بالورقة، وبغض النظر إذا ما كان هذا الحدث سلبياً او إيجابياً للشركة، كون هذه المعلومات المفصح عنها تحقق استقرار جيد في الأسواق المالية، ونفس الوقت لا يؤثر نشر مثل هذه المعلومات على سير عمل الشركة بشكل عام⁽²⁾.

وحسنا فعل المنظم السعودي عندما ذكر في المادة (63) من لائحة قواعد طرح الأوراق المالية والالتزامات المستمرة سبعة وعشرون معلومة اعتبرها معلومات جوهرية، يجب الاعلان عنها فور حدوثها وبهذا بين المنظم المعلومة الجوهرية، ووضع لها معايير موضوعية يمكن أن يتم على أساسها تقدير وضع الورقة المالية والقياس عليها، وبذلك يكون قد ابتعد عن مسألة التقدير الشخصي للشركة المصدرة باعتبارها معلومات جوهرية يجب الإفصاح عنها او الاحتفاظ بها على أساس انها معلومات غير جوهرية⁽³⁾، وهذا ما اخذ به ايضا المشرع الأردني

(1) انظر البجاوي، عماد، قانون سوق الأوراق المالية وفق نظام تاسوق المالية السعودي ولوائح التنفيذية وقرارات لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية، ط1، سنة 2019، ص 177

(2) زايد، احمد، سليمان حسن، التعامل المحظور باسهم الشركات المساهمة العام: دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والانجليزي، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، 2005 ص 107-108

(3) وهذا ما اخذت به لجنة التداول الأوراق المالية الامريكية حيث اعترت بان المعلومات التالية معلومات جوهرية يجب الاعلان عنها فوراً وهي على الشكل التالي معلومات عن الدخل والتوقعات الخاصة به.

1- معلومات عن الاندماج والاعمال المشتركة واي تغيير جوهرى في الأصول والعقود الجديدة

2- معلومات عن المنتجات الجديدة او الاكتشافات والتحسين الخاص بالعملاء والموردين

3- معلومات عن أي تغيير في الإدارة

4- معلومات عن حدوث أي تغيير في المراجعين الخارجيين

في المادة (8) من تعليمات الإفصاح للشركات المصدرة الأردنية لعام 2004 المعدلة لسنة 2018 بضرورة الإفصاح عن معلومات على وجه السرعة وبأي وسيلة ممكنة اعتبرها جوهرياً وهي كانت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر بدلالة عبارته، "وخاصة"، مما يعني هناك قد تكون معلومات جوهرياً ولكن لم تذكر في نص المادة بحيث ترك امر تقديرها للشركة المصدرة في الإعلان عنها من عدمه.

وتعتبر هذه المعلومات جوهرياً لها تأثير مباشر على قرار المستثمرين وبمختلف أطرافهم تجاه الشركة من شراء او تنازل عن الاوراق المالية التي يملكونها؛ لأنه بغير ذلك، أي عدم توفر المعلومة جزئياً او كلياً، يمكن ان يؤدي الى سوء تصرف بالمستثمر، وبالتالي الإضرار به. وبناء على ذلك فإن تحديد المعلومات يجب أن يكون بناء على اساس موضوعي وليس على أساس تقديرات شخصية؛ دون مبالغة لا داعي لها أو نقصان مخل، وقد ذهبت محكمة التمييز الفرنسية بهذا الاتجاه⁽¹⁾. حيث جاء في عدد من قراراتها المتعاقبة بضرورة أن تكون المعلومات التي تم الكشف عنها دقيقة وغير مضللة.

كما وتجدر الإشارة إلى أن الأضرار التي يمكن أن تلحق بالمستثمرين بعد الإعلان عن الجوهرياً على النحو السابق بيانه؛ لا يمكن مسائلة الشركة أو الشركاء؛ كأن ينتج ذلك من سوء التحليلات والاستنتاجات التي بنيت عليها الدراسات، وليس بسبب نقص في المعلومات، أو عدم توافرها بوقت واحد لجميع المتعاملين مع الشركة من مستثمرين.

ثالثاً: الأوراق المالية المصدرة

على الشركة ان تفصح عن الاسهم التي يمتلكها أعضاء مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية العليا واقربائهم من اسهم الشركة او أسماء الشركات التي يمتلكون اسهما فيها⁽²⁾، ورأس المال

5- معلومات عن أي احداث بخصوص الأوراق المالية مثل الإصدارات الإضافية وتقسيمات الأسهم

6- معلومات عن حالات الإفلاس او التفتيش القضائي، انظر ارخيص، طاهر خالد، واقع الإفصاح العادل والفعال

في سوق الأوراق المالية الليبي، 2016، ص 444

⁽¹⁾ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 13 décembre 2011, 10-28.337, Publié au bulletin; Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 11 juillet 2006, 05-18.528, Publié au bulletin (Compagnie du développement).

⁽²⁾ انظر نص المادة (14/ب) تعليمات حوكمة الشركات المدرجة لسنة 2017 الأردنية.

(سواء المصدر أو المدفوع) وأنواع الأسهم ومزاياها، أصحاب الأسهم العينية والمؤسسين، امتلاك احد العاملين في الشركة نسبة معينة من أسهمها لأنه قد تؤثر على قرارات المتعاملين بهذه الأوراق⁽¹⁾. وقد اوجب المنظم السعودي ان يتم الإعلان عن التغييرات التي يمكن ان تحدث على الورقة المالية بإعادة شراء او استرداد او عرض شراء أوراق مدرجة والتغيرات التي تحدث في الحقوق المرتبطة بها كما يجب ان تتضمن المعلومات عن الأرباح والية توزيعها على المساهمين⁽²⁾.

○ المبحث الثاني: حق الشركة بالاحتفاظ بالمعلومات الداخلية ومسؤولية الإفصاح عنها

قد لا يرغب القائمون على إدارة الشركة بالإفصاح عن بعض البيانات والمعلومات التي تتعلق بنشاط الشركة ومركزها المالي، بالرغم من أهميتها في التأثير على أسعار الأوراق المالية ودورها في بيان المركز المالي للشركة، ويفضلون الاحتفاظ بها خوفاً من استغلال منافسيهم لهذه المعلومات قبل تحقيق الاستفادة والفائدة المطلقة والمرجوة منها؛ الامر الذي قد يضر في حالة الكشف عنها بمصلحة الشركة؛ لهذا تلجأ مجالس إدارة الشركات لاختفاء هذه المعلومات والبيانات حتى يحين الوقت المناسب للإفصاح عنها⁽³⁾، وهذا ما يعرف بمصطلح المعلومات الداخلية أو المعلومات المميزة⁽⁴⁾، ولهذا سوف نبحث في مفهوم المعلومة الداخلية؟ وما الشروط الواجب توافرها لكي تستطيع الشركة الاحتفاظ بها وعدم الإفصاح عنها بالإضافة ما هي الوسائل التي يجب على الشركة اتباعها للمحافظة على المعلومة الداخلية؟ لهذا سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناولهما على النحو الآتي:

(1) عباينة، محمود، مرجع سابق، ص 333-334

(2) انظر عماد البجاوي، مرجع سابق، ص 180

(3) أمحمد طارق يوسف، لإفصاح والشفافية كأحد مبادئ حوكمة الشركات، مؤتمر (متطلبات حوكمة الشركات واسواق لمال العربية، المنظمة العربية لتنمية الإدارية، شرم الشيخ، سنة 2007، انظر أيضا ارخيص، طاهر خالد، واقع الإفصاح العادل والفعال في سوق الأوراق المالية الليبي، الفكر المحاسبي، مصر، سنة 2016، ديسمبر.

(4) V. Article L621-1, Code de AMF, Modifié par LOI n°2017-55 du 20 Janvier 2017 - art. 34.

♦ المطلب الأول: مفهوم المعلومة الداخلية

يلزمنا للوقوف على مفهوم المعلومات الداخلية التي يجوز للشركة الاحتفاظ بها ببيان المقصود بها، والشروط الواجب توافرها لاعتبارها معلومات داخلية، يجوز عدم الإفصاح عنها، ونتناول ذلك على النحو الآتي:

• الفرع الأول: المقصود بالمعلومة الداخلية

عرف المشرع الأردني في المادة الثانية من قانون الأوراق المالية المعلومة الداخلية بأنها " تلك المعلومات غير المعلن عنها المتعلقة بمصدر شركة أو أكثر أو بورصة أو أكثر والتي قد تؤثر في سعر اية ورقة مالية في حال الإعلان عنها، ولا يشمل ذلك الاستنتاجات المبنية على الدراسات والبحوث والتحليل الاقتصادية والمالية "، وعرفها المنظم السعودي في المادة (50/أ) من نظام السوق المالية بأنها " المعلومة التي يحصل عليها الشخص المطلع والتي لا تكون متوافرة لعموم الجمهور ولم يتم الإعلان عنها والتي يدرك الشخص العادي بالنظر الى طبيعتها ومحتوى تلك المعلومات ان إعلانها وتوافرها سيؤثر جوهريا على سعر الورقة المالية او قيمتها التي تتعلق بها هذه المعلومات ويعلم الشخص المطلع انها غير متوافره عموما وانها لو توافرت لاثرت على سعر الورقة المالية تأثيرا جوهريا".

وقد استقر الفقه والقضاء الفرنسي على تعريفها بأنها معلومات سرية محددة، غير متاحة للجمهور بالاطلاع عليها، ويؤدي الإفصاح عنها إلى التأثير في المركز المالي للشركة، وترتبط بأدوات المالية للشركة⁽¹⁾.

وتستند الشركات المصدرة للأوراق المالية بعدم الإفصاح عن المعلومات الداخلية على مضمون المادة (6/35) من قانون الأوراق المالية الأردني، حيث جاء في نصها على "جميع العقود التي تحتوي على معلومات جوهريّة ولا يشترط الإفصاح عن مضمون أي جزء من أي تلك العقود اذ رأت الهيئة ان الإفصاح عن هذا الجزء قد يؤدي الى اضعاف قيمة العقد وأنها غير ضرورية لحماية المستثمرين"، فهذا النص يمنح الحق للشركة بحق الاحتفاظ بالمعلومات

(1) Hubert De Vauplane, J. Pierre Bornet, Droit de la bourse, Paris – éditions litec, 1994, p. 277; Pierre-Cyrille Hautcoeur, Les marchés financiers: péril ou opportunité pour l'industrie? Quelques enseignements d'un épisode oublié de l'histoire de la Bourse de Paris, Revue d'économie financière 2011/4 (N° 104), pages 51 à 70.

الداخلية، كون هذا الحق يعطي الشركات ميزة تنافسية وأنه لا يجب المطالبة بالإفصاح عنها، أو حتى لا يستغل هذه المعلومات من قبل أصحاب المشروعات المنافسة، فمثل هذه المعلومات إذا حصلت عليها مشروعات منافسة في وقت معين، قد تؤدي إلى خسارة كبيرة للشركة، كما يعتبر الإفصاح المبكر عن بعض المعلومات بسبب تدخل المنافسين يمكن ان تفقد الشركة قوتها التفاوضية او بعض المزايا قبل الوصول الى مفاوضات شبة الزامية او اتفاقيات ابتدائية. كما ان احتمال تدخل الشركات المنافسة قد يؤدي الى ان يخسر احد اطراف التفاوض بعض المزايا او جوانب القوة في عقده⁽¹⁾.

من المفهوم السابق يتضح بانه يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط المعينة للمعلومة الداخلية، لكي تدفع الشركة أمام الغير بحقها بالاحتفاظ بهذه المعلومة وعدم الإفصاح عنها وهذا ما سنبينه في الفرع الآتي:

• الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لاعتبار المعلومة داخلية

يشترط في المعلومة لاعتبارها من المعلومات الداخلية، والتي يجوز للشركة التمسك بأحقيتها بعدم الإفصاح عنها، أن تتوافر فيها الشروط الآتية:

أولاً: ان تكون المعلومة غير معروفة للجمهور (سرية)⁽²⁾

لكي تعتبر معلومة داخلية فيجب أن تكون سرية، وغير معلن عنها لجمهور المستثمرين وللمنافسين على حد سواء⁽³⁾، ويبقى الحق للشركة الاحتفاظ بالمعلومة حتى لو علم بها فئة

(1) Noëlle Duport, Éric Fina et Daniel Goyeau, Diversification des institutions financières et risque systémique: la prise en compte des risques extrêmes, Revue économique 2018/3 (Vol. 69), pages 477 à 504.

(2) ولا يقصد بذلك الأسرار التجارية هنا بمعناها "كحق من حقوق الملكية الصناعية" أو سراً تجارياً المعنى المعروف التي عادة ما تحتفظ فيه الشركة لنفسها ولا تقوم بالإفصاح عنه؛ وإنما هي قرارات او عقود أو شراكات لا ترغب الشركة بالإفصاح عنها في وقت معين قد لا يكون مناسباً للشركة وخطتها التنافسية.

(3) المحافظة، قيس، الآثار القانونية على حماية الاسرار التجارية والاختراعات. مجلة الدراسات، علوم الشريعة والقانون، مج 32، عدد1، سنة 2011، ص95، العموش، ابراهيم، مرجع سابق، ص 322

معينة الأشخاص من خلال طبيعية عملهم مع الشركة⁽¹⁾، أو من قبل الجهات الحكومية، حيث يعتبر علم عدد من الأشخاص سواء العاملين لدي الشركة أو لمن تستدعي الحاجة أن يعلموا بها بسبب طبيعة عملهم مثل الذي الوارد ذكرهم في المادة (166) من قانون الأوراق المالية. وقد ذهب القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه، حيث جاء في العديد من قرارات محكمة التمييز الفرنسية، أن المعلومات الداخلية هي معلومات سرية طالما لم تقم الشركة بالافصاح عنها حتى ولو علم بها الغير بطريقة مشروعة أو غير مشروعة، طالما أنه لا يعلم بها سوى عدد محدد من الأشخاص الذين يتعاملون بالأوراق المالية⁽²⁾.

لا يؤثر على حق الشركة بالاحتفاظ وعلى الحماية القانونية للمعلومة ما دامت تحتفظ بميزة اقتصادية، والمعيار القانوني لإزالة صفة المعلومة الداخلية هو اعلان الشركة عن المعلومة وفقا لمتطلبات الإفصاح القانوني باي وسيلة كانت فعندئذ لا يمكن الادعاء بأن المعلومة ما زالت تتمتع بطابع السرية⁽³⁾ كما ان المعلومة الداخلية ليس بالضرورة إن تكون المعلومة جديدة؛ بل يمكن إن يكون هناك تأثير على سعر الورقة من خلال تعديل أو تفسير أمر معلوم للكافة من قبل ورغم ذلك تظل المعلومة سرية طالما قد تؤثر على قرار البيع أو الشراء. فالقاعدة العامة في الالتزام بسرية المعلومات بان المعلومات والبيانات والوثائق التي يتم مداولتها او الاطلاع عليها في مجالس إدارات الشركات تعتبر من المعلومات السرية التي تخضع للالتزام بالسرية من قبل المطلعين⁽⁴⁾. وتجدر بنا الإشارة للقول بأن عدم علم الجميع لا علاقة له بعدد الأشخاص، فربما أن معرفة شخص واحد من ذوي الخبرة ينفي السرية عنها⁽⁵⁾. كما لا يوجد ما يمنع الغير من البحث بالطرق العلمية المشروعة باستخدام الداراسات والتقارير من قبل

(1) مواجدة، مراد، الحماية القانونية من التعامل بالأوراق المالية وعلى معلومات داخلية غير معلنه في التشريع الأردني، مجلة الاردنية في القانون ولعلوم السياسية، جامعة مؤتة، سنة 2017، ص 293.

(2) Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 5 Octobre 1999, N: 97-17090; Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 29 March 2011, N: 10-15866; CA Paris, 7 Octobre 2008, N: 08-01096, www.legifrance.gouv.fr.

(3) المواجدة، مراد، المرجع سابق، ص 294، وهذا ما اخذ به القضاء الفرنسي حيث قضت محكمة استئناف باريس في 7 أكتوبر 2008 برفض عقوبات لجنة AMF لانقضاء صفة المعلومة المميزة بعد نشر المعلومات في الصحافة مشار اليه في بحيث الدكتور صالح البربري، بزاطن الامور ص 217.

(4) فتحي حسين، مرجع سابق، ص 51، خضر، احمد، مرجع سابق، ص 81

(5) محافظة، قيس، مرجع سابق ص 57

الشركة للتوصل إلى المعلومات التي تؤدي للوصول المعلومة الداخلية الذي سبق الوصول إليه ويحظى بالحماية⁽¹⁾.

ثانياً: أن تكون المعلومة محددة

يجب أن تكون معلومة صحيحة ومحددة متعلقة بوقائع معينة محددة، وهي تشمل جميع العناصر المعلومات بحيث تؤدي إلى معنى مؤكد ولا يقبل الشك بحيث تؤثر على بشكل أو بآخر على قرار المستثمرين وعلى القيمة السوقية للورقة المالية⁽²⁾، أما إذا كانت المعلومة غير مؤكدة ومبنية على الاحتمالات أو الإشاعات قد تصيب أو تخطئ فلا يمكن اعتبارها معلومة داخلية.

وأما عن المعيار الذي يمكن اعتماده الشركة لاعتبار المعلومة داخلية وليست معلومة من الواجب الإفصاح عنها خلال المدة القانونية، فهو معيار موضوعي وليس معيار شخصي، حيث يمكن أن تستند الشركة الى ان جميع المعلومات التي يتم تداولها في اجتماعات مجلس الإدارة؛ مثل رغبة الشركة بتغيير سياستها الاستثمارية او المعلومات التي يتم ذكرها الى الأجهزة الرقابية على الشركة هي معلومات داخلية لها الحق بعدم الإفصاح عنها الى الجمهور الى اللحظة المناسبة، فلا يجوز ان تعتمد الشركة على معيار شخصي متروك لاعتقاد حامل المعلومة بانها داخلية او غير داخلية.

ثالثاً: ان تكون هذه المعلومة لها أثر مباشر او غير مباشر على القيمة السوقية للورقة

المالية

تتعدد المعلومات داخل الشركة فليس كل معلومة تحدث بالشركة يمكن اعتبارها معلومة داخلية⁽³⁾، ذات اثر مالي فاذا ما استأثر شخص بمعلومة داخلية، وهذه المعلومة غير مؤثرة على قرار المستثمر - أي لا يستفيد منها مالياً في حالة استغلاله لها - فلا تعتبر معلومة

(1) المواجدة، مراد، مرجع سابق، ص 294 محافظة، قيس، مرجع سابق، ص 57، نص المادة (2) من قانون الاوراق المالية الاردني لسنة 2002

(2) Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 26 May 2009, N: 08-17175, www.legifrance.gouv.fr.

(3) V. V. Article L621-1, Code de AMF, op.cit.

داخلية بالمعنى المقصود، فلكي تعتبر المعلومة داخلية ويحق للشركة الاحتفاظ بها بحيث تبقىها سرية عن الجمهور، لابد ان يكون لها اثر مالي؛ سواء كان هذا الأثر مباشر او غير مباشر على سعر الورقة في حال وصولها الى الجمهور⁽¹⁾. وأما عن المعيار في اعتبارها مؤثرة، فإنه يكون عندما يدرك الشخص العادي بناء على طبيعة ومحتوى المعلومة أن إعلانها وتوافرها سيؤثر تأثير جوهري على سعر الورقة التي تتعلق بهذه المعلومات الموضوعية، وبعيدا عن التقديرات الجزافية لمضمون المعلومة⁽²⁾، لأنه بخلاف ذلك يؤدي الى حرمان طائفة كبيرة من الجمهور والعاملين في الشركة من التعامل بأسهم الشركة، إذ يجوز ان معلومات لا تصل الى كافة الجمهور وهذا انتهاك لحقوقهم الطبيعية بتحقيق أرباح لأشخاص معينين على حساب الآخرين.

فاذا لم يتم اثبات اثر مباشر او غير مباشر للقيمة السوقية للمعلومة فلا يمكن اعتبارها داخلية⁽³⁾، الا انه يبقى الحق للمحكمة ان تتدخل في مدى اعتبار مثل هذه المعلومات داخلية بالمعنى القانوني أم لا، ما دامت النصوص الناظمة لم تحدد على وجه الدقة المعلومة الداخلية ولم تحدد المعلومة الواجب الإفصاح عنها على سبيل الحصر. الا ان المشرع الاردني اشترط في المادة (5/35) على الشركة أن تعرض المعلومة الداخلية على هيئة الاوراق المالية، يتوقف هذا الحق بالاحتفاظ على قرار من الهيئة الأوراق المالية فهي صاحبة الصلاحية بذلك⁽⁴⁾. ونحن بدورنا نرى أن جعل تحديد سرية المعلومة متوقف على قرار هيئة الاوراق المالية، يشوبه نوع من عدم التوفيق؛ مما قد يخلق معيارا شخصيا للهيئة في اجبار الشركة على

(1) العموش، ابراهيم، مرجع سابق، ص 322

(2) البجاد، محمد ناصر، مرجع سابق، ص 29، عماد البجاوي، مرجع سابق، ص 239، وهذا ما به اخذ القضاء الفرنسي

في قضية 1192،30Juin،11edh،PARIS،TGL

(3) محافظة، قيس، مرجع سابق، ص 135، وهذا ما اخذ به القضاء الفرنسي حيث قضت حيث محكمة النقض الفرنسية في قرار لها 29 مارس 2011 أنه يشترط لتحقيق الإخلال بالالتزام بالامتناع عن الانتفاع بالمعلومة المميزة أن تكون المعلومة ذات تأثير على أسعار الأدوات المالية وتؤثر على قرار المستثمر في اتخاذ قرار الاستثمار مشار الية في د/

صالح البربري، مرجع سابق، ص 34

(4) زايد، احمد، مرجع سابق، ص 103، انظر نص المادة (5/35) من قانون الاوراق المالية الاردني "5. جميع العقود التي تحتوي على معلومات جوهريه وأي حقوق امتياز، ويجوز للهيئة عدم الافصاح عن مضمون أي جزء من أي من تلك العقود إذا رأت ان الافصاح عن هذا الجزء قد يؤدي الى اضعاف قيمة العقد وأنها غير ضرورية لحماية المستثمرين".

الإعلان عن المعلومة وعدم اعتبارها سرية؛ وأنها حق للجمهور في الاطلاع عليها، وتعرض الشركة للمسائلة القانونية في حالة عدم قيامها بذلك، لذا يفضل أن تحتفظ الشركة بالمعلومة، بحيث إذا تبين سوء نية لدى الشركة أو تم استغلالها بطريقة غير مشروعة، فإنها تعرض في هذه الحالة للمسائلة القانونية.

• الفرع الثالث: شروط احتفاظ الشركة بالمعلومات الداخلية

لكي تتمكن الشركة من الدفاع عن حقها بعدم الإفصاح عن بعض المعلومات المؤثرة في الأوراق المالية الصادره عنها، ومن أجل الموازنة بين حق الشركة في ذلك وحق المستثمرين في الاطلاع على المعلومات التي تؤثر في قراتهم الاستثمارية، يتوجب على الشركة القيام ببعض الواجبات لاحتفاظها بالمعلومات الداخلية، وذلك من أجل خلق حالة من التوازن، وضمان مبدأ المساواة بين المستثمرين، وتحقيق العدالة للجميع في الوصول للمعلومات التي تساعد في الوقوف على المركز المالي للشركة، وتتمثل هذه الواجبات في الأمور الآتية:

اولاً: ان يتم الاحتفاظ بها لفترة زمنية معينة

تحتفظ الشركة بحقها بعدم الإفصاح عن المعلومات الداخلية لفترة زمنية، ومن ثم لا بد للمستفيدين والمتعاملين بالأسواق المالية أن يعلموا بهذه المعلومة في وقت معين، من أجل أن يتخذ المستثمر قراره بالاستمرار أو الانسحاب، وبهذا الإعلان يتحقق التوازن ما بين الشركة والمستثمر. فالمعلومة الداخلية هنا ليست سرا تجاريا بالمعنى المعروف بالأسرار التجارية كحق من حقوق الملكية الصناعية، التي لا تقوم الشركات بالإفصاح عنها⁽¹⁾؛ وإنما هي قرارات او اتفاقيات وشراكات، وعندما يأتي الوقت الملائم للشركة فإنه يتوجب عليها الإفصاح عنها للجميع من مساهمين او مهتمين الأوراق المالية. وهنا نتكلم عن الإفصاح بطريقة مشروعة، وإن كان يمكن العلم بها من خلال قدرة شخص الوصول إليها من خلال الطرق المشروعة من البحث

(1) المجالي، احمد عبدالرحمن احمد، حماية الاسرار التجارية في القانون السعودي، مجلة جامعة الملك سعود / الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2015، ص 69

والتحليل ووصول الى المعلومة، وكما يمكن أن تنتهي مدة سرية المعلومات بعد فترة بسبب انتهاء المشروع او وصولها الى علم الجمهور⁽¹⁾.

وأما عن الفترة الزمنية التي يحق للشركة الاحتفاظ بالمعلومات الداخلية، فإنها تختلف باختلاف المعلومة والمرحلة التي وصلت لها الشركة في تحقيق الهدف المنشود منها، وفي حالة الخلاف حول الفترة الزمنية اللازمة للإفصاح عنها، يترك تحديده للقضاء ليفصل في كل حالة على حده، وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن استخلاص الخصائص المعلومة السرية غير صحيح حسب ما ورد في القانون من مجرد التحليل الذي يقوم به من يتلقى المعلومة ويستخدمها، ولكن يجب إن يتم ذلك بطريقة موضوعية بعيدا عن التقديرات الجزافية ووفقا لمضمون المعلومة فقط⁽²⁾.

هذا ولم يرد نص في قانون الأوراق المالية الأردني أو نظام السوق المالي يحدد الفترة التي يتوجب فيها على الشركة الاحتفاظ بالمعلومات الداخلية، مما يعني أن ذلك يترك لما تراه الشركة مناسبًا ومتلائمًا مع مصلحتها، ونحن بدورنا نرى ضرورة بيان مدة زمنية على وجه التحديد تحتفظ فيها الشركة بالمعلومة الداخلية، وبخاصة أن هذه المعلومات يمكن الاستفادة منها في تحديد وبيان المركز المالي للشركة، فهي إن كانت ضرورية في وقت معين لحماية المستثمرين؛ فإنها قد تكون في أوقات أخرى ضرورية للمستثمرين من أجل الوقوف على حقيقة المركز المالي للشركة.

ثانيا: ان تتخذ الشركة التدابير الاحترازية للمحافظة على سرية المعلومات الداخلية

لكي تستطيع الشركة التمسك بعدم الإفصاح عن المعلومة الداخلية فيجب عليها أن تبذل الجهد الكافي لاتخاذ التدابير الاحترازية من أجل عدم علم الغير بها او التوصل إليها بسهولة ومعرفتها⁽³⁾ وهذه التدابير هي معيار أثر المعلومة على القيمة السوقية للورقة المالية، فإذا لم

(1) محافظة، قيس، مرجع سابق، ص 96

(2) Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 26 mai 2009, 08-13.891, Inédit, www.legifrance.gouv.fr.

(3) المجالي، احمد، مرجع سابق، في الإجراءات المتخذة من قبل المنظم السعودي في حماية الاسرار التجارية، ص 71-72، انظر العموش، مرجع سابق، نص المادة (58) من قانون العدالة الجنائية البريطاني حيث بين القانون الحالات التي

تتخذ الشركة الإجراءات والتدابير الاحترازية اللازمة للمحافظة على سرية المعلومة الداخلية، فإن حقها يسقط في التمتع بالحماية التي يقرها القانون. وقد عد القانون البريطاني المعلومة بأنها غير داخلية، إذا كان من السهل الحصول عليها من قبل المتعاملين بالأوراق المالية، وبالتالي لا يشكل الإفصاح عنها أو استغلالها جريمة. أما إذا اثبتت الشركة اتخاذها التدابير الاحترازية للمحافظة عليها داخلياً، فإن استغلال هذه المعلومة يشكل في هذه الحالة جريمة. وتحديد مدى كفاية مثل هذه التدابير يعد مسألة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع⁽¹⁾.

ويعتبر اتخاذ التدابير الاحترازية من قبل الشركة بمثابة قيد على المطلعين على المعلومة الداخلية بعدم الإفصاح عنها، وتختلف طبيعة التدابير الاحترازية والمدة الزمنية حسب طبيعة المعلومة الداخلية والقيمة التجارية لها⁽²⁾، فمن التدابير الاحترازية التي يمكن للشركة اتخاذها على سبيل المثال، عقد اتفاقيات للمحافظة على سرية المعلومات وتنبه العاملين والمطلعين بعدم الإفصاح عن هذه المعلومات قبل الميعاد المناسب⁽³⁾، وأن تطلب من المطلعين على عدم ابداء أية آراء بخصوص المعلومات، لكي لا يتم تحليلها واقتناص الفرصة، كما يمكن اعتبار مراقبة التحايل من المراقبين للأسواق المالية⁽⁴⁾.

تعتبر المعلومات معلنه غير داخلية، انظر نص المادة (58) من قانون العدالة الجنائية في القانون البريطاني حيث اعتبر المعلومة معلنه في الحالات التالية:

- 1- ان يكون قد تم نشرها وفقاً لتعليمات السوق المالي لغايات اعلام المستثمرين.
 - 2- إذا كانت مدونة في سجلات تبيح التشريعات من قبل الراغبين في التعامل بالأوراق المالية.
 - 3- إذا كان يمكن ليحصل عليها من قبل الراغبين في التعامل بالأوراق المالية.
 - 4- إذا كان بالإمكان استخلاصها من معلومات منشورة أو معلنه.
- (1) العموش، إبراهيم مرجع سابق، ص 322
- (2) لمعرفة اليات التدابير الاحترازية لحفظ المعلومات انظر محافظة، قيس، الشروط الموضوعية لمفهوم الاسرار التجارية، هل تقي بالغرض، مجلة القانون والعلوم السياسية، مج، 8، عدد، 1، ص 141
- (3) انظر نص(35) من لائحة قواعد طرح الأوراق المالية والالتزامات المستمرة في النظام السعودي، اريص، عبدالسلام، مرجع سابق، ص 454، المجالي، مرجع سابق، ص 78
- (4) راجع نشرة هيئة السوق المالية السعودي بخصوص التداول بناءً على معلومات داخلية، حيث قدمت بعض الاقتراحات بهذه المسألة،

ثالثاً: عدم استغلال المعلومات الداخلية للبعض دون البعض الآخر

لكي تعتبر الشركة ملتزمة بمبدأ الافصاح وتتمتع بحقها بالاحتفاظ بالمعلومات الداخلية، فتوجب على الشركة وعلى جميع المطلعين بالمعلومات الداخلية عدم استغلال مثل هذه المعلومات لمصالحهم المباشرة أو الغير مباشرة بهدف تحقيق مزايا إقتصادية بفضل معرفته للمعلومة الداخلية، ويشمل ذلك جميع المزايا من منافع ومكاسب وأرباح وثمار وغير ذلك من فوائد عند قيامه بالتعامل مع الأدوات المالية للشركة التي يملك المعلومات الداخلية عنها⁽¹⁾. وقد اوجب المشرعان الأردني والسعودي على المطلعين⁽²⁾ الالتزام بالاحتفاظ بسرية المعلومات وعدم استغلالها أو إفشائها للغير للاستفادة منها في لمصالح شخصية الى حين إعلام الجمهور بها في وقت واحد، تحقيقاً لمبدأ العدالة والمساواة في الحصول على المعلومات، وهذا ما تضمنته تعليمات حوكمة الشركات المساهمة العامة لسنة 2017 في المادة (17/و) "لا يجوز لأي شخص مطلع في الشركة افشاء المعلومات الداخلية المتعلقة بالشركة لغير المرجع المختص او القضاء كما لا يجوز تداول الاوراق المالية الصادرة عن الشركة أو حمل الغير على تداولها بناء على معلومات داخلية أو استغلال معلومات داخلية أو سرية لتحقيق مكاسب مادية او معنوية"، ان مثل هذا التصرف من شأنه ان يؤدي الى احتكار بعض الأوراق وعدم عرضها للتداول وذلك اذا كانت المعلومات التي بيد حائزها تكشف عن ان أسعارها في طريقها الى الارتفاع كما وهذا يؤثر على كفاءة الأداء في السوق من ناحية ثانية ويكون اهدر مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة في الحصول على المعلومات مما يحدث إخلالاً في قانون العرض والطلب مما سيؤدي الى تأثير في كفاءة وثقة سوق الاوراق المالية من الناحية السلبية الذي سيؤثر بشكل مباشر على الاقتصاد الوطني فضلاً عن الاخلال القانوني المعاقب عليه⁽³⁾.

(1) Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 7 décembre 2010, 09-72.581, Publié au bulletin; Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 8 février 2011, 10-11.896, Publié au bulletin.

(2) عرفت تعليمات حوكمة الشركات المساهمة لسنة 2017 الشخص المطلع بانه " الشخص الذي يطلع على المعلومات الداخلية بحكم منصبه او وظيفته في الشركة بما في ذلك رئيس واعضاء مجلس الادارة والمدير العام والمدير المالي والمدقق الداخلي ومدقق الحسابات الخارجي وممثل الشخص الاعتباري وامين سر المجلس واقرباء الاطراف المشار اليها " وذات المادة حددت اقرباء وهم الاب والام والزوج والزوجة والاخت والاخ والاولاد اي الدرجة الاولى فقط، انظر نص المادة(50/أ) من نظام السوق المالي السعودي

(3) مصطفى، عمر، مرجع سابق، ص 94

اما إذا ما تم التعامل من خلال معلومات توصل لها البعض من خلال استنتاجات مبنية على دراسات وتحليل وتم اتخاذ القرار على هذا الاساس لا يعد مثل هذا التصرف من قبيل العمل المحظور⁽¹⁾.

♦ المطب الثاني: المسؤولية القانونية عن الإفصاح بالمعلومات الداخلية

وازن المنظم السعودي والمشرع الأردني في الحماية القانونية للمستثمرين والمتعاملين بالاوراق المالية في حالة الاخلال بالإفصاح القانوني او استغلال المعلومات داخلية، حيث عمل كل منهما على تأمين المستثمرين بكل طرق الحماية الممكنة، وذلك لخطورة الاخلال بالإفصاح أو استغلال المعلومات الداخلية وأثره على الاقتصاد الوطني، لذلك تقوم المسؤولية القانونية على الجهات المسؤولة عن الاخلال بالإفصاح أو استغلال المعلومات الداخلية بطريقة غير مشروعة. ولهذا سوف يتم البحث أولاً التعرض للجزاء المترتب على هذا الاخلال.

• الفرع الأول: المسؤولية الجزائية

رتب المشرع الأردني جزاء في حالة الإفصاح الاجباري بشكل غير سليم او استغلال افشاء معلومات داخلية مسؤولية جزائية حيث نص قانون الأوراق المالية الاردني⁽²⁾ على عقوبة جزائية وهى الحبس مدة لا تزيد عن سنة في حالة السماح لأي شخص باستغلال معلومات قبل الإفصاح عنها، او حمل الغير على تداول ورقة مالية بناء عل معلومات داخلية او افشى معلومات لغير المرجع المختص، وهذا يعاقب كل من يخالف ايا من احكام هذا القانون او الانظمة او التعليمات او القرارات الصادرة بمقتضاه بغرامة لا تزيد على (100,000) مائة الف دينار إضافة الى غرامة لا تقل عن ضعف الربح الذي حققه او ضعف الخسارة التي تجنّبها على ان لا تزيد على خمسة اضعاف ذلك الربح أو الخسارة. اذا ما افصح بمعلومات مضللة او غير صحيحة (86) كما تضمنت المادة (110/ب/1) من القانون ذاته بعقوبة

(1) انظر نص المادة (2) من تعليمات الإفصاح والشفافية الأردنية، الحربي محمد، مرجع سابق، ص 130

(2) انظر نصوص المواد (108،109،110) من قانون الأوراق المالية الأردني

الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة سنوات ب. مع عدم الاخلال بأي عقوبة اشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر

الا ان حكم المشرع الأردني لم يكن بات بل منح السلطة الجوازية للمحكمة المختصة بان لا تحكم بعقوبة الحبس إذا كانت المخالفة التي ارتكبها المخالف للمرة الأولى، او إذا أودع المخالف لصندوق المحكمة او للهيئة مبلغا كافيا لدفع قيمة الغرامات التي قد يحكم بها، شريطة دفعها قبل اكتساب الحكم الدرجة القطعية. اما ما أفصح لمصدر بطريقة غير صحيحة يقاعب بغرامة حسب نص المادة (63) من قانون الاوراق المالية.

اما المنظم السعودي فقد جعل المنازعات المتعلقة بالاوراق المالية من اختصاص لجنة فصل المنازعات الأوراق المالية حيث نصت المادة (57/ج) من نظام السوق المالية " بالإضافة الى الغرامات والتعويضات المالية المنصوص عليها في هذا النظام يجوز للجنة بناء على دعوى مقامة من الهيئة معاقبة من يخالف المادتين (49،50) من هذا النظام بالحبس لمدة لا تزيد عن خمسة سنوات " بالإضافة الى غرامة مالية تفرض من اللجنة لا تقل عن عشرة الاف ريال ولا تزيد على مائة الف ريال (م49)، كما نص المنظم السعودي في م (64) على إمكانية عقد صلح بين مستغل المعلومات الداخلية والمتهم بان يدفع ثلاثة اضعاف الأرباح التي حققها او ثلاثة اضعاف الخسائر التي تجنبها، وبذلك يكون النظام السعودي والقانون الاردني متقاربين من ذات المسؤولية والعقوبة.

• الفرع الثاني: المسؤولية الادارية

لم يكتف المشرع الأردني بإيقاع الجزاء الجنائي بحق المخالف لقواعد الافصاح بل منح حق ايقاع عقوبة من قبل الجهات الادارية التي تقوم بسلطة الاشراف والرقابة على الاوراق المالية، وذلك من خلال هيئة الاوراق المالية وذلك تحقيقا لحماية المستثمرين المتعاملين بالأوراق المالية والسوق المالي بشكل عام، فقد منح المشرع الاردني للهيئة امكانية ايقاف تداول الاوراق المالية للمدة التي يراها مناسبة اذا ثبتت مخالفته لقواعد الافصاح⁽¹⁾. وهذا ما نهج عليه النظام السعودي حيث نص في المادة (36) من قواعد الادراج "يجوز لهيئة السوق المالية

(1) انظر نصوص المواد (19، 21/ب) من قانون هيئة الأوراق المالية الأردني

تعليق او الغاء ادرج اوراق مالية كعقوبة لمصدرها في حالات معينة منها اذا اطلعت الهيئة على معلومات او ظروف تتعلق بالمصدر ومن تتعلق ومن شأنها التأثير في السوق او المس من حقوق المستثمرين"،

كما مكن المشرع الأردني في المادة (22) من ذات القانون لمجلس هيئة الأوراق المالية إيقاع غرامات مالية على أن لا تتجاوز خمسون الف دينار على أي شخص ارتكب مخالفة لنصوص قانون الأوراق المالية والتعليمات المعول بها او ادلى او تسبب بالأدلاء او قدم معلومات غير صحيحة او مضللة تتعلق بمعلومات جوهرية او اخفى معلومات تتعلق بمعلومات جوهرية كان يتوجب عليه ذكرها، اذا ما تم ارتكاب مخالفة لاحكام قانون الهيئة بصورة عمدية على تقديم معلومات غير صحيحة او مضللة او اخفاء معلومات جوهرية كان يتوجب ذكرها في الاعلان، (22، 21/ب/4) قانون الاوراق المالية، وهذا ما اخذ به المشرع السعودي في المادة (49/أ) بايقاع غرامة مالية على الاشخاص المسؤولين عن المخالفات العمدية لاحكام ولوائح السوق المالية بحيث لا تقل الغرامة عن عشرة الالف ريال ولا تزيد عن مائة الف ريال عن كل مخالفة.

• الفرع الثالث: المسؤولية المدنية

تضمن قانون الاوراق المالية جزاء مدني على الجهة المرتكبة اخلالاً في الافصاح حيث منح المتضرر حق طلب التعويض إذا حدث له ضرر بسبب الاخلال عن الافصاح بشرط ان يثبت المتضرر بانه تعامل بالورقة المالية على اساس الافصاح الذي صدر عن الشركة بطريقة غير قانونية او بسبب عدم كفايته وحصلت له خسارة سواء بالشراء او بالبيع، كما اجاز القانون للشخص المتضرر من الافصاح الغير صحيح طلب البطلان إذا أمكن (م 194 شركات، 110/ب/1) والمادة (166) من قانون الشركات ولكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان وللمحكمة ان تحكم من تلقاء ذاتها بالبطلان⁽¹⁾.

(1) زايد، احمد، مرجع سابق، ص 152

حيث تقوم مسؤولية على جميع المطلعين⁽¹⁾ والمعنين بالإفصاح او بالمحافظة على المعلومات الداخلية مسؤولية تقصيره بسبب الاخلال بالالتزام قانوني والالتزام هو تحقيق نتيجة وليس ببذل عناية وهي عدم افشاء معلومات داخلية او افصاح غير قانوني ويعتبر باطل كل اتفاق خلاف ذلك لأنه يعتبر من النظام العام فلا يجوز مخالفته.

تقوم المسؤولية المدنية قبل المتسبب في ارتكاب هذه المخالفة فيكون للمتضرر من مثل هذه الأفعال اللجوء للتقاضي لتعويضه عما لحق من إضرار بشرط إن يثبت إن ما لحق به من ضرر قد نشأ عن هذا الخطأ، وذلك لا يتأتى إلا إذا قام بإثبات إن قيامه بعملية البيع أو الشراء على النحو الذي الحق به ضررا انما كان نظرا لاعتمادا على ما قامت الشركة بإعلانه من بيانات ومعلومات كاذبة أو مضللة⁽²⁾.

المنظم السعودي نص(4/أ/49) على تعويض المتضرر بناء معلومات داخلية او افصاح غير صحيح بالتعويض في الفرق بين السعر الذ دفع بالفعل لشراء الورقة وبين قيمة الورقة في تاريخ الدعوى او السعر الذي كان من الممكن التصرف في الورقة به في السوق قبل رفع الدعوى امام اللجنة.

○ الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة اشكالية عدم الافصاح وحق الشركة بالاحتفاظ بالمعلومات الداخلية وما يتصل به من موضوعات، فإننا توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات، والتي سنعرض لها على النحو الآتي:

◆ أولاً: النتائج

1. تبين من الدراسة بأنه يجب على الشركة الإفصاح الفوري عند حدوث امر جوهري للشركة سواء هذا الحدث يؤثر ماليا على الشركة ام لا. وقد حددت الانظمة مواعيد معينة يجب الشركة ان تعلن فيها عن بعض المعلومات المالية والإدارية لجميع

(1) انظر نص المادة (108) من قانون الأوراق المالية الأردني

(2) محمد تنوير، مرجع سابق، ص 549.

- المهتمين بأسرع الوسائل الممكنة تمكن من الاطلاع عليها بسهولة وفي مواعيد دورية ومحددة كما يجب ان تكون المعلومة صادقة واضحة ويمكن فهمها ببساطة.
2. حظرت التشريعات على الشركات المصدرة الادلاء باي معلومات تؤثر على قيمة الورقة السوقية بطريقة مخالفة او غير حقيقية، أو قدمت المعلومات لجهة مستفيدة قبل ان يتم الإعلان عنها وفقا لأحكام الإفصاح.
3. عند احتمال حدوث أمر ولم يصل الى درجة التمام وترغب الشركة بالمحافظة على هذه المعلومة بان لا يعلم بها المستثمرين والمنافسين يجوز للشركة الاحتفاظ بها بشرط ان تتخذ التدابير اللازمة للمحافظة على مثل هذه المعلومة وعدم استغلالها، وبخلاف ذلك لا تستطيع الشركة الادعاء بخصوصية هذه المعلومة. وهذه المعلومات تكون مجهولة لفترة معينة، ومن ثم لا بد للشركة التصريح بها.
4. ما زالت المعلومات الواجب الإفصاح عنها يسودها الكثير من الغموض من حيث كمية المعلومات ونوعيتها يصعب تحقق الإفصاح المستمر في ظل معايير القياس المعتمدة والمحددة لغاية الان.
5. كما لم تبيّن التشريعات بصورة واضحة طبيعة المعلومات الداخلية المحظور التعامل بها والفترة الزمنية لهذا الحظر الا انه يمكن الاستنباط من نصوص المواد والتقدير يعود لقاضي الموضوع حيث تتعامل المحاكم في مدى اعتبار المعلومة داخلية ما بين الإفصاح وعدم الإفصاح على أساس كل قضية مستقلة عن الأخرى وتتخذ بعين الاعتبار العوامل التي وسبق بيانها كدليل على انها داخلية.
6. حدد المشرع الأردني والمنظم السعودي بان لا يتم الاحتفاظ بالمعلومات الجوهرية الواجب الإفصاح عنها مدة زمنية أكثر من أسبوع من تاريخ حدوثها، والا سوف تعتبر مرتكبة مخالفة للأنظمة والتشريعات، على العكس من المعلومات الداخلية التي لم يحدد لها وقت وتركت لقرار الشركة في الإفصاح عنها في الوقت المناسب، ولكن منح الحق للقضاء في تقدير الوقت المناسب من عدمه.
7. كما قرر المنظم السعودي والمشرع الأردني المسؤولية القانونية بمختلف اشكالها في حالة تم افصاح غير قانوني، او تعامل معتمد على معلومات داخلية بطريقة غير

مشروعة، كونه يؤدي الى اثار سلبية بالاستثمار بالأوراق المالية. كما تبين بان المعلومات التي يحصل عليها المستثمرين من التحليلات او الاستنتاجات لا تعتبر استغلالاً لمعلومات داخلية، او افصاح غير قانوني وبالتالي لا تسال الشركة عن سوء إدارة هذه التحايلات او التعامل على اساسها.

♦ ثانياً: التوصيات

1. نتمنى على كل من المنظم السعودي والمشرع الأردني وضع معايير محددة، لكي يستعين بها قاضي الموضوع والشركة المصدرة لضبط نوعية، وكمية والوقت المناسب للمعلومة الداخلية، كون الاحتفاظ بمعلومة، او الإفصاح عنها يخضع للعديد من المتغيرات من الصعب في ظل هذه الاحكام ان يتم تحديدها بدقة.
2. نتمنى على كل من المنظم السعودي والمشرع الأردني وأن يتم تحديد المدة التي تحتفظ فيها الشركة بالمعلومة الداخلية بشكل دقيق ومتناسب مع مصلحة المستثمرين والشركة على حد سواء وان تكون مدة الاحتفاظ بالمعلومة الداخلية لفترة زمنية قصيرة، لكي نحقق التوازن ما بين الشركة والمهتمين بالأسواق المالية.
3. نتمنى على المشرع، وعلى غرار ما أخذ به المشرع الانجليزي، الأخذ بالمعيار الموضوعي للتمييز بين المعلومة الواجب الافصاح عنها والمعلومة التي يحق للشركة الاحتفاظ بها، واعتبار أن المعلومة تعد داخلية ما دام يمكن الحصول عليها بسهولة، في حين لا تعد المعلومة كذلك، متى كان يصعب الحصول عليها.
4. نتمنى على المشرع الاردني ان يتخلى عن حق هيئة الاوراق المالية في تقرير ما اعتبار المعلومة داخلية ام لا، وأن يترك للشركة المصدرة تقرير ذلك، وأن ينص على مسالة عدم الإفصاح عن معلومة من قبل الشركة على اعتقاد انها داخلية بدون سوء نية، ولم يتم استغلالها من جانب على حساب جانب اخر بان لا تعاقب كما بالنصوص الواردة كون المسالة من التحوط وعدم ضياع الفرص.

دعوى المسؤولية المدنية كوسيلة للحماية في مواجهة أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة جراء إخلالهم بواجباتهم

د. سليم سمير خصاونة⁽¹⁾

د. محمد احمد سعيد المومني⁽²⁾

إن مزاولة التجارة ليس قاصرة على الأفراد بل تزاولها أيضا جماعات من الأشخاص في شكل قانوني هو الشركة التجارية، فبسبب سعة وتنوع المشاريع التجارية والصناعية التي لا يقوى الفرد الواحد على النهوض بها لما تتطلبه من مجهودات عظيمة وأموال كثيرة، تضافر الأفراد وقاموا بتوحيد جهودهم وأموالهم ليتسنى لهم القيام بالمشروعات الكبيرة التي يعجز الفرد عن القيام بها لوحده، وقد زادت الحاجة إلى توحيد الجهود وتجميع الأموال بعد الثورة الصناعية لما أصبحت تتطلبه المشروعات الكبيرة من طاقات مالية كبيرة وخبرات فنية متنوعة لا يقوى الأفراد متفرقين على القيام بها.

ومن أهم هذه الشركات هي شركات المساهمة العامة التي تعتبر من شركات الأموال لأنها لا تقوم على الاعتبار الشخصي بين الشركاء بل تقوم أساساً على الاعتبار المالي بحيث يستطيع كل شخص المساهمة في رأس مالها، أي أن الشركة توجه اهتمامها إلى جمع رأس المال اللازم لها دون بحث في شخصية الشريك.

وتتكون الشركات المساهمة من هيئات مختلفة تشترك في إدارتها يتم توزيع اختصاصاتها بموجب القانون ونظام الشركة، فللشركة هيئة عامة تتداول في أمورها وتعديل نظامها إذا اقتضى الحال هذا التعديل، وأيضاً للشركة مجلس إدارة يصرف شؤونها الإدارية ويكون مسؤولاً أمام الهيئة العامة، إضافة إلى وجود هيئة للمراقبين تشرف على أعمال مجلس الإدارة وتقدم تقارير

(1) استاذ مساعد- كلية القانون جامعة اليرموك.

(2) استاذ مساعد- كلية القانون جامعة اليرموك.

عنها للهيئة العامة، وتلتقي هذه الهيئات جميعاً بالغاية التي تأسست من أجلها هذه الشركة ألا وهو تحقيق مصلحة مشتركة متمثلة بدفع عجلة الاقتصاد في الشركة لغايات تحقيق الربح. وتكمن أهمية شركات المساهمة بأنها تقوم بدور هام في مختلف نواحي النشاط الاقتصادي بسبب قدرتها على الاضطلاع بالمشروعات الاقتصادية الضخمة التي يعجز أي شخص بمفرده أو بالاشتراك مع عدد قليل من الشركاء من النهوض بأعبائها.

أما من ناحية أخرى، فإن المزايا الجمة التي تحققها هذه الشركة أدت إلى تزايد الإقبال عليها بحيث أن الأسهم التي ينقسم إليها رأس مالها تكون قليلة القيمة مما يمكن متوسطي الدخل وصغار المدخرين من شرائها، وبهذا فإنها تجتذب أموال المدخرين والأموال المتعطلة عن الاستغلال من خلال الاكتتاب في تلك الأسهم.

ويمكن تعريف الشركة المساهمة العامة من خلال خصائصها بأنها من شركات الأموال التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول، يكون كل مساهم فيها مسؤولاً عن التزامات الشركة بقدر أسهمه في رأس المال ولا تعنون الشركة باسم أحد الشركاء إلا استثناءً حيث اجازت المادة (135/ب) من مشروع قانون الشركات الأردني⁽¹⁾ والتي تقابل المادة (90/ج) من قانون الشركات الأردني⁽²⁾ أن يكون اسم الشركة من اسم شخص طبيعي إذا كانت غاية الشركة استثمار براءة اختراع مسجلة بصورة قانونية باسم ذلك الشخص، وإنما يكون لها اسم تجاري يشير إلى غايتها وتخصصها.

أما من حيث إدارة هذه الشركة، فإنه من حق جميع المساهمين الاشتراك في إدارة الشركة، ولكن هذا الاشتراك في الإدارة يصعب من الناحية العملية أن يباشر جميعهم الإدارة الفعلية بالنظر لكثرة عددهم الأمر الذي يتطلب أن تتناوب الإدارة الفعلية ببعضهم وان يتولى الباقيون الرقابة والإشراف.

لذا فلا بد للشركة باعتبارها شخصاً معنوياً أن تستعين بأشخاص طبيعيين يتولون إدارة أعمالها وتمثيلها تجاه الغير، ولذلك عهد المشرع بهذه المهمة إلى عدد قليل من الأشخاص

(1) مشروع قانون الشركات الأردني المنشور على الموقع الإلكتروني لديوان التشريع والرأي www.lob.gov.jo
(2) قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته المنشور بالجريدة الرسمية رقم 4204 الصادرة بتاريخ 1997/5/15 في الصفحة 2038.

ينتخبون من المساهمين ليكونوا مجلس إدارة الشركة الذي يتولى رسم سياسة الشركة تحت إشراف ورقابة الهيئة العامة، وقد ترتب على ذلك أن زادت أهمية مجلس الإدارة الذي صار يمسك بدفة الأمور في الشركة، مما حث المشرع على التدخل لتنظيم المسائل المتعلقة بمجلس الإدارة.

فإذا صدر عن هذا المجلس غش أو خطأ جسيم أو تجاوز صلاحياته الممنوحة له وترتب على ذلك ضرر لحق بالشركة أو المساهم أو الغير فهل تقوم المسؤولية على هذا المجلس من خلال رفع دعوى المسؤولية عليه لتعويض ما لحق بالشركة أو بالمساهم أو بالغير من ضرر نتيجة هذا الخطأ؟

ولتحديد المسؤول عن الواجبات التي تتعلق بإدارة الشركة فلا بد لمؤسسي شركة المساهمة العامة من تحديد اختصاصات كل من الهيئة العامة للشركة ومجلس إدارتها والتي غالباً ما يكون عقد الشركة أو نظامها الأساسي قد نص على كيفية توزيع السلطات فيما بينها، كما قام المشرع بالتدخل بقواعد قانونية أمره حول هذه الاختصاصات.

ولذلك سيتناول هذا البحث دعوى المسؤولية المدنية كوسيلة للحماية في مواجهة مجلس إدارة شركة المساهمة العامة جراء إخلالهم بواجباتهم، وذلك بتقسيمه إلى مبحثين نتناول في الأول منها واجبات مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة، ثم نتناول في الثاني وسيلة الحماية المقررة قانوناً جراء إخلال أعضاء مجلس الإدارة بواجباتهم.

○ المبحث الأول: واجبات مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة

إن القانون ونظام الشركة يمنح مجلس الإدارة أوسع السلطات ويخوله حق مباشرة جميع التصرفات التي تحقق أغراض الشركة والتي يقتضيها حسن إدارتها، وإلى جانب هذه السلطات فإن المشرع فرض على مجلس الإدارة مجموعة من الواجبات وألزمه بمراعاتها.

ويمكن القول أن واجبات مجلس الإدارة كثيرة يصعب حصرها، وهي إما أن تكون واجبات إيجابية أو سلبية. فلمجلس الإدارة مباشرة كافة الأعمال القانونية أو المادية اللازمة لتحقيق غرض الشركة، فلا فرق في ذلك بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة. ولا يحد من هذه السلطات سوى غرض الشركة والقيود التي يتضمنها نظامها التأسيسي بشرط أن لا تصل هذه القيود إلى

الحد الذي يسلب فيه المجلس اختصاصه الأصيل في إدارة الشركة، وهو اختصاص يستمد من القانون مباشرة. كما يجدها ما يدخل في اختصاص الهيئة العامة، وما تقرره النصوص القانونية الأمرة.⁽¹⁾

وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في الأول منها الواجبات الإيجابية لمجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة والآخر الواجبات السلبية الواقعة على مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة.

♦ المطلب الأول: الواجبات الإيجابية لمجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة

يرتب القانون على مجلس الإدارة بالإضافة إلى اختصاصاته العامة في إدارة الشركة المساهمة واجبات يجب عليه القيام بها لكي يستطيع المشروع التجاري القيام بنشاطاته وتحقيق الغاية والغرض الذي قام من أجله، وهذه الواجبات مما يقتضيه حسن سير المشروع الذي يبتغيه المساهمون، ويترتب على عدم قيام مجلس الإدارة بهذه الواجبات مسؤوليتهم تجاه الشركة وتجاه المساهمين في هذه الشركة.

إن التدقيق في صحة تأسيس الشركة هو اول الواجبات التي تقع على مجلس الإدارة الأول الذي يتم تعيين أعضائه من خلال العقد التأسيسي للشركة ونظامها الأساسي، ويعتبر بيان أسماء أعضاء مجلس الإدارة من البيانات الهامة التي يتضمنها العقد التأسيسي للشركة، وهذا ما أكدته مشروع قانون الشركات الأردني في المادة (137/ب) والتي تقابل المادة (92/ب) من قانون الشركات الأردني وقد نص المشرع المصري على هذا الواجب في المادة (65) من اللائحة التنفيذية⁽²⁾ لقانون الشركات المصري⁽³⁾ رقم 159 لسنة 1981.

(1) محمد العريني، القانون التجاري- الشركات التجارية، (الإسكندرية: الفتح للنشر، 1992)، دون طبعة، ص 325-326.

(2) قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة الصادر بالجريدة الرسمية العدد 40 في أول أكتوبر سنة 1981.

(3) اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم و الشركات ذات المسؤولية المحدودة رقم 159 لسنة 1981 الصادر بقرار من وزير شؤون الاستثمار والتعاون الدولي رقم 96 لسنة 1982 والمنشور في الوقائع المصرية العدد 145 تاريخ 1982/6/23.

فمن خلال عقد التأسيس يتم تعيين مجلس إدارة من قبل المؤسسين أنفسهم على أن يتم عرض أسماء أعضاء هذا المجلس في أول اجتماع تعقده الهيئة العامة للموافقة عليهم أو استبدالهم جميعاً أو بعضهم.

ويكون لمجلس الإدارة الأول دور هام في حياة الشركة، إذ أن المؤسسين يعهدون إليه السعي لاستصدار التراخيص اللازمة للشركة ومباشرة إجراءات التأسيس والقيام بعمليات النشر والقيود في السجل التجاري وإدخال التعديلات التي تراها الحكومة لازمة سواء في العقد الابتدائي أو في نظام الشركة.⁽¹⁾

فعلى مجلس الإدارة الأول أن يدقق في صحة الأوراق اللازمة لتسجيل الشركة والتي يتطلبها القانون عند قيد هذه الشركة في سجل الشركات وهذه الأوراق هي عقد الشركة التأسيسي ونظامها الأساسي التي اوجب المشرع أن يتضمنان بيانات محددة وذلك في المادة (137/ب) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (92/ب) من قانون الشركات الأردني كما نص المشرع المصري في المادة (65) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري على هذه البيانات.

كما يتوجب على مجلس الإدارة التأكد من أن عقد الشركة التأسيسي ونظامها الأساسي قد تم توقيعه من قبل المؤسسين أو الأشخاص المفوضين خطياً أمام مراقب الشركات أو الكاتب العدل أو أحد المحامين الأساتذة المجازين، وهذا ما نصت عليه المادة (137/د) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (92/ج) من قانون الشركات الأردني، وكذلك نصت المادة (15) من قانون الشركات المصري.

وبعد أن يقوم مجلس الإدارة بفحص هذه الأوراق جميعاً يقدم طلباً إلى مراقب الشركات لتسجيل الشركة في سجل الشركات حتى تكتسب الشخصية القانونية ويكون لها اسم وموطن وجنسية وذمة مالية مستقلة عن المؤسسين وجميع الآثار الأخرى التي تترتب للشخصية القانونية.

(1) محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1955)، دون طبعة، الجزء الثاني، ص 479.

وإن دور مجلس الإدارة لا يقتصر فقط على التأكد من صحة الأوراق اللازمة لتأسيس الشركة وإنما يكون له دور بارز عند تعديل نظام الشركة، كما في حالة زيادة رأس المال أو خفضه، فيتعين أيضاً على مجلس الإدارة أن يدقق في هذا التعديل ليراقب فيما إذا قد تم حسب القانون والأصول أم لا.

أما الواجب الثاني الذي يقع على مجلس الإدارة والتي اشارت اليه المادة (179/أ) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (137/أ) من قانون الشركات الأردني فيتمثل في، تعيين رئيس مجلس الإدارة ونائب لهذا الرئيس يقوم مقامه بكافة الصلاحيات الممنوحة للرئيس في حالة غيابه أو مرضه حيث يعتبر هذا الواجب من الأمور الأساسية في باكورة أعمال مجلس الإدارة، فطالما أن المجلس هو الجهاز التنفيذي الهام الذي يتولى إدارة الشركة وتحقيق أهدافها وغاياتها، ويمثلها لدى الغير والقضاء وغيرها من الأمور التي لا يعقل أن يقوم بها المجلس بكامل أعضائه،⁽¹⁾ لذا يقوم مجلس الإدارة بانتخاب رئيس من بين أعضائه تكون مهمته دعوة المجلس إلى الانعقاد ورئاسة جلساته وتمثيل الشركة أمام القضاء سواء أكانت الشركة مدعية أو مدعى عليها وذلك سناً لنص المادة (191/أ) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (152/أ) من قانون الشركات الاردني.

وليس للرئيس سلطات خاصة فهو لا يدعو أن يكون عضواً في مجلس الإدارة يختاره زملاؤه لرئاسة الاجتماعات بسبب صفات خاصة فيه، ككبر سنه أو تجاربه أو حسن سمعته،⁽²⁾ ويزود مراقب الشركات بنسخة عن قرار مجلس الإدارة بانتخاب الرئيس ونائبه، لكي يحتج بها في مواجهة الغير .

وقد يلجأ مجلس الإدارة في بعض الأحيان إلى تعيين مدير عام للشركة يعنى بتصريف شؤون الشركة اليومية والأمور العاجلة التي لا يمكن إرجاء البت فيها إلى حين اجتماع مجلس

(1) عادل الطراونة، واجبات ومسؤوليات أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة / دراسة مقارنة، (عمان: رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1992)، دون طبعة، ص 120.

(2) محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص 626.

الإدارة، وقد يكون هذا المدير العام هو رئيس مجلس الإدارة أو أحد أعضائه أو شخصاً من خارج هؤلاء ويكون ذا كفاءة عالية تؤهله لممارسة مثل هذا النشاط.⁽¹⁾

ويخصص المدير العام كل وقته أو معظمه على الأقل لتسيير أمور الشركة اليومية، ولهذا فقد فرض القانون عليه بأن لا يكون مديراً عاماً لأكثر من شركة مساهمة عامة واحدة وذلك بموجب المادة (192/أ) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (153/أ) من قانون الشركات الاردني، وذلك حتى يتسنى لرئيس مجلس الإدارة أن يتفرغ تماماً للمسائل الفنية ذات الاعتبار دون أن ينصرف إلى المسائل ذات الطابع الإداري في المشروع.⁽²⁾

ويكون لمجلس الإدارة تحديد راتب المدير العام وأيضاً تحديد صلاحياته واختصاصاته التي يمارسها في الشركة، ويقوم المدير العام بهذه الصلاحيات تحت رقابة وإشراف مجلس الإدارة، فإذا خالف هذه الصلاحيات يكون مسؤولاً شخصياً عن هذه الأعمال، ويتوجب على المدير العام عرض الأعمال الهامة على مجلس الإدارة قبل البت فيها حتى لو كانت هذه الأعمال تدخل ضمن اختصاصاته، وقد منح مشروع قانون الشركات الأردني في المادة (192/ب) والتي تقابل المادة (153/ب) من قانون الشركات الأردني لمجلس الإدارة سلطة عزل المدير العام في أي وقت يشاء.

من خلال نص المادة (192/ب) من مشروع قانون الشركات الأردني والمقابلة لنص المادة (153/ب) من قانون الشركات الاردني يتضح أنه يجب إخطار مراقب الشركات بكل قرار يتخذه مجلس الإدارة بخصوص تعيين المدير العام للشركة أو إنهاء خدماته وذلك لكي يتم تسجيل هذه التغييرات في سجل الشركة لديه ليتمكن الكافة من الاطلاع عليه ومعرفة من هو المدير العام للشركة.

أما الواجب الثالث الذي يقع على عاتق مجلس الإدارة، فيتمثل بدعوة المساهمين لاجتماع الهيئة العامة العادية وغير العادية، لأن هذا الواجب من أهم الواجبات الملقاة على عاتق مجلس الإدارة. ويجب على مجلس الإدارة في حالة دعوة الهيئة العامة أن يراعي أحكام القانون والنظام

(1) ادوارد عيد، الشركات التجارية - شركات المساهمة، (بيروت: مطبعة النجوى، 1970)، دون طبعة، ص 528-530.

(2) رشدان الرشدان، واجبات ومسؤوليات أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة، (القاهرة: رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، 2000)، دون طبعة، ص 176.

المتعلقة بدعوتها من حيث شروط انعقاد الاجتماع بحيث يكون النصاب القانوني مكتملاً وكذلك صحة القرارات الصادرة عن هذه الهيئة من حيث نسبة التصويت على القرارات، وقد نص المشرع الأردني في المواد (186 و209) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المواد (1/144 و172) من قانون الشركات الأردني على هذا الواجب، كما نص المشرع المصري في قانون الشركات على هذا الواجب في المواد (61 و69 و70/أ) منه.

وبالإضافة إلى الدعوة التي يوجهها هذا المجلس إلى كل مساهم سواء أكانت بالبريد أم باليد أوجب مشروع قانون الشركات الأردني في المادة (186) على مجلس الإدارة أن يعلن عن الموعد المقرر لعقد اجتماع الهيئة العامة للشركة في ثلاث صحف يومية محلية ولمرتين على الأقل. أما المادة (145) من قانون الشركات الأردني فتتص على أن الإعلان عن موعد الاجتماع يتم في صحيفتين يوميتين، وقد احسن المشرع بتضمين المشروع عدداً أكثر من الصحف اليومية وذلك لغايات تحقق الحكمة التشريعية من اشتراط الإعلان لوصول العلم إلى كافة المساهمين في الشركة المساهمة العامة.

وقد أوجب مشروع قانون الشركات الأردني في المادة (186/ب) على تضمين دعوة الاجتماع على إمكانية حصول المساهمين على جدول أعمال الهيئة العامة وتقرير مجلس الإدارة الشركة وبياناتها المالية السنوية وتقرير المحاسب القانوني من المركز الرئيسي للشركة في حين أن قانون الشركات الأردني في المادة (144/ب) اوجب على مجلس الإدارة عند توجيهه الدعوة إلى المساهمين لحضور الهيئة العامة العادية إرفاق بعض المستندات مع الدعوة لتمكين المساهمين من الاطلاع عليها، وهذه المستندات هي جدول أعمال الهيئة العامة وتقرير مجلس إدارة الشركة وميزانيتها السنوية العامة وحساباتها الختامية وتقرير مدققي الحسابات والبيانات الإيضاحية، ونعتقد أن النص الحالي أكثر نفعاً مما ورد في مشروع القانون من الناحية العملية فقد يتراخى المساهم من الحضور إلى مركز الشركة لغايات الحصول على هذه الوثائق والتي تعتبر ذات أهمية بالغة في اجتماع الهيئة العامة مما يجعل قرارات الهيئة العامة لا يصب في مصلحة الشركة إضافة إلى هيمنة أعضاء مجلس الإدارة على هذه الاجتماعات. وكذلك نص المشرع الأردني في المادة (211) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (174) من قانون الشركات الأردني على وجوب أن تتضمن الدعوة إلى

اجتماع الهيئة العامة غير العادية المواضيع التي ستناقش في هذا الاجتماع وإذا تضمن جدول الأعمال تعديل عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي فيجب إرفاق التعديلات المقترحة مع الدعوة إلى الاجتماع.

وهكذا نجد أن القانون نظم كافة الأمور المتعلقة بدعوة الهيئة العامة إلى الاجتماع سواء كان اجتماعها عادياً أم غير عادي، وفي حالة عدم دعوة مجلس الإدارة لهذه الجمعية فإن المساهمين الذين تقدموا بطلب لهذا الاجتماع أن يلجأوا إلى الجهات الإدارية المتمثلة بمراقب الشركات، بحيث يقوم بدعوة المساهمين إلى الاجتماع على نفقة الشركة.

وحيث إن الهيئة العامة هي التي تنتخب مجلس الإدارة الذي يتولى إدارة الشركة لحسابها وتحت إشرافها ورقابتها، ولكن يتعذر من الناحية العملية على الهيئة العامة القيام بهذه الرقابة بصورة فعالة ومستمرة نظراً لكثرة عدد المساهمين بحيث لا يتصور أن يسمح لكل واحد منهم بالإشراف و الرقابة على أعمال الشركة، وإلا كان ذلك سبباً لعرقلة سير أعمالها، ولأن المساهمين لا يحرصون على حضور اجتماعات الهيئات العامة ولا يهتمون إلا بقبض نصيبهم من أرباح الشركة، إضافة إلى عدم تمتع غالبية المساهمين بثقافة وخبرة فنية وخاصة المحاسبية منها تؤهلهم للقيام بمهمة الرقابة والإشراف على أعمال الشركة بصورة فعالة.

فإنه، ولكل هذه الأسباب أناط المشرع هذه المهمة بمدقق حسابات أو أكثر من المحاسبين القانونيين الذين تتوافر فيهم شروط من الكفاءة المهنية والاستقلال تعينهم الهيئة العامة للمساهمين لمعاونتها في الرقابة والإشراف على أعمال الشركة عن طريق مراجعة حساباتها وتدقيق الميزانية وحساب الأرباح والخسائر للسنة المالية التي عينوا لها، كما ويقومون بمراقبة تطبيق أحكام القانون وعقد الشركة ونظامها على النحو المطلوب⁽¹⁾.

وقد خول مشروع قانون الشركات الأردني في المادة (228/ب) منه والتي تقابل المادة (192/ب) من قانون الشركات الأردني مجلس الإدارة بتسيب أسماء ثلاثة مدققين للحسابات على الأقل إلى مراقب الشركات خلال مدة أربعة عشر يوماً من تاريخ شغور وظيفة مدقق الحسابات أو في حالة تخلف الهيئة العامة للشركة عن انتخابه أو إذا أعتذر المدقق المنتخب

(1) عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، (عمان: دار الفكر للنشر، 2007)، دون طبعة، ص 335-336.

عن العمل أو أمتنع عن القيام به لأي سبب من الأسباب أو في حالة وفاته، حيث يقوم مراقب الشركات باختيار احدهم على الأقل.

وكما هو معلوم بأن إجراءات العمل في مجلس الإدارة تتطلب القيام بالعديد من الوظائف والمهام التي تقتضيها طبيعة العمل في المجلس والمتعلقة بتنظيم أمور العمل، فقد نص مشروع قانون الشركات الأردني بصورة واضحة على تعيين أمين سر لمجلس الإدارة من قبل مجلس الإدارة، ويعود للمجلس تحديد راتبه وهذا يعتبر الواجب الرابع الواقع على عاتق مجلس الإدارة فقد ورد في المادة (193) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (154) من قانون الشركات الاردني، ويتولى أمين السر تنظيم اجتماعات المجلس وإعداد جداول أعماله وتدوين محاضر اجتماعاته وقراراته في سجل خاص، وفي صفحات متتالية مرقمة بالتسلسل وتوقع من رئيس وأعضاء المجلس الذين حضروا الاجتماع وتختم كل صفحة بخاتم الشركة. ومن الطبيعي أن تمارس الشركة نشاطاتها التجارية من لحظة انشائها إلى لحظة انقضائها حيث يتم تقسيم حياتها إلى سنوات مالية، ويقع على عاتق مجلس الإدارة الواجب الخامس المتمثل بتنظيم الأمور المالية والمحاسبية للشركة وذلك من خلال إصدار أنظمة داخلية تحدد صلاحيات ومسؤوليات هذا المجلس بشكل دقيق على أن يتم إرسال نسخة من هذه الأنظمة إلى مراقب الشركات وذلك وفقاً لنص المادة (190) من مشروع قانون الشركات والتي تقابل المادة (151) من قانون الشركات، حيث بمقارنة النصين المشار إليهما نجد أن النص الوارد في قانون الشركات يمنح الشركة والمساهمين حماية افضل كون أنه من خلال النص الوارد في مشروع قانون الشركات منح صلاحيات مطلقة لمجلس الادارة في اعداد مثل هذه الانظمة والتي تعتبر ذات اثر بالغ في حياة الشركة دون ادنى رقابة من قبل الجهات الادارية المختصة، حيث أن القانون المعمول به حالياً كان يمنح وزير الصناعة والتجارة صلاحية التدخل في أنظمة الشركة بطلب تعديل اي منها بناء على تنسيب مراقب الشركات اذا وجد ان النص يمكن ان يسهل الاضرار بمصالح الشركة أو المساهمين.

كما الزم المشرع مجلس الإدارة في نهاية كل سنة مالية بتحرير قائمة جرد وميزانية وحساب الأرباح والخسائر وتقرير مشتمل على أعمال الشركة في غضون السنة المالية المنصرمة، خلال مدة لا تزيد على اربعة اشهر من انتهاء السنة المالية للشركة وذلك في نص المادة

(182/أ) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (140/أ) من قانون الشركات الأردني حيث يلاحظ أن المشرع الاردني مدد المدة الواجب على مجلس الادارة اعداد هذه البيانات خلالها حيث كانت المدة وفقاً لقانون الشركات لا تزيد على ثلاثة أشهر، أما المشرع المصري فقد اوجب أن تكون ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر وتقرير مجلس الإدارة معدةً خلال شهرين على الأكثر من انتهاء السنة المالية للشركة، كما أوجب وضع هذه الوثائق تحت تصرف مراقبي الحسابات خلال تلك الفترة بموجب نص المادة (189) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري، ونجد أن الاتجاه الذي سار به المشرع المصري يفضل على الاتجاه الذي اتخذه المشرع الأردني في مشروع قانون الشركات من خلال تقليص المدة اللازمة لإعداد هذه البيانات ليتسنى للمساهمين معرفة الوضع المالي للشركة خلال السنة المالية المنصرمة.

كما لزم المشرع الأردني سناً لنص المادة (183) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (141) من قانون الشركات الأردني مجلس الإدارة بنشر الميزانية العامة للشركة وحساب أرباحها وخسائرها وخلصتها وافية عن التقرير السنوي للمجلس وتقرير مدققي حسابات الشركة خلال مدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً من تاريخ اجتماع الهيئة العامة.

أما المشرع المصري بموجب نص المادة (190) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري فقد لزم مجلس الإدارة بوضع الوثائق بمركز الشركة لكي يتسنى للمساهمين الاطلاع عليها قبل اجتماع الهيئة العامة للمساهمين، كما يجب نشر هذه الوثائق في صحيفتين يوميتين خلال ثلاثة أشهر من انتهاء السنة المالية على الأكثر ويجوز إذا كان نظام الشركة يسمح بذلك - الاكتفاء بإرسال نسخة واحدة من الأوراق إلى كل مساهم بطريق البريد المسجل قبل تاريخ عقد الجمعية بثلاثين يوماً على الأقل وترسل صورة مما ينشر أو يرسل إلى المساهمين إلى كل من الهيئة العامة لسوق المال ومراقب الشركات.

ونجد أن الاتجاه الذي سار به المشرع المصري يفضل على الاتجاه الذي اتخذه المشرع الأردني في مشروع قانون الشركات حيث انه ضمن علم الوصول لجميع المساهمين بالوثائق اللازمة من خلال جعلها متاحة في مركز الشركة والاعلان عنها إضافة إلى امكانية ارسالها من خلال البريد المسجل.

وتصدر الميزانية بشكل دوري وتنظم في نهاية السنة المالية للشركة، والمقصود هنا بالسنة المالية وفقاً لنص المادة (223) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (185) من قانون الشركات الأردني هي فترة اثني عشر شهراً من حياة الشركة ويكون نظام الشركة قد حدد بداية هذه الفترة ونهايتها، وإذا لم ينص نظام الشركة على تاريخ بداية ونهاية السنة المالية تعتبر السنة المالية قد بدأت من تاريخ تأسيس الشركة على أن تنتهي بعد اثني عشر شهراً.

♦ **المطلب الثاني: الواجبات السلبية الواقعة على مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة**

بالإضافة إلى الواجبات الإيجابية التي ذكرت سابقاً والتي يتوجب على مجلس الإدارة القيام بها، نص القانون على واجبات سلبية تتمثل في أفعال يجب أن يمتنع مجلس الإدارة عن القيام بها، وعلّة هذا المنع هو للحفاظ على مصالح الشركة التي يتولى إدارتها أعضاء مجلس الإدارة ولكي يقوم هؤلاء الأعضاء بمهامهم على خير وجه وضماناً لتجربتهم من المصلحة الخاصة وحيادهم التام. فقد حظر المشرع على أعضاء مجلس الإدارة القيام ببعض الأعمال في شركات مساهمة أخرى غير الشركة التي يتولون إدارتها، كما حظر عليهم الحصول على مزايا خاصة من الشركة التي يديرونها.

وتتمثل هذه الواجبات بعدم جواز اسناد أية وظيفة من وظائف الشركة أو أي عمل دائم أو مؤقت بها إلى عضو مجلس الإدارة خلال فترة العضوية مقابل اجر، الا في الحالات التي تقتضيها طبيعة عمل الشركة وبقرار يصدر عن أكثرية ثلثي أصوات أعضاء المجلس وبحيث لا يشترك ذلك العضو في التصويت، وقد تم النص على ذلك في المادة (192/ج) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (153/د) من قانون الشركات الأردني و المادة (235) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري. ونعتقد بأن صاحب الصلاحية في اتخاذ مثل هذا القرار يتوجب أن يكون للهيئة العامة في الشركة وليس مجلس الإدارة كون أن أعضاء الهيئة العامة أكثر عدداً من أعضاء مجلس الإدارة الذين قد تربطهم علاقات شخصية أو مصالح متبادلة، الأمر الذي يمكن إلى يؤدي إلى إلحاق الضرر بالشركة وبالمساهمين لذا فإن ربط القرار بموافقة الهيئة العامة سيؤدي إلى منح جماعة المساهمين ضماناً أفضل.

و يحظر أيضاً على عضو مجلس الإدارة في شركة المساهمة أن يكون عضواً في مجلس إدارة شركة أخرى إذا كانت تمارس أعمالاً مشابهة أو مماثلة في الغاية أو منافسة لها، حيث نص المشرع على هذا الحظر في المادة (2/أ/188) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (148/ب) من قانون الشركات الأردني، ويشترط لتطبيق هذا الحكم تماثل النشاط بين الشركتين منعاً للإضرار بمصالح الشركة والمساهمين. أما إذا انتفى التماثل فينتفي الحظر، حيث أجاز المشرع الأردني للشخص أن يكون عضواً في مجالس إدارة ثلاثة شركات مساهمة عامة على الأكثر في وقت واحد بصفته الشخصية وفقاً لصريح نص المادة (187/أ) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (146/أ) من قانون الشركات الاردني، أما المشرع المصري في المادة (95) من قانون الشركات فقد حظر على عضو مجلس الإدارة أن يقوم بصفة دائمة بأي عمل فني أو إداري في شركة مساهمة أخرى إلا بترخيص من الهيئة العامة للشركة التي يكون عضواً في مجلس إدارتها، ولا يشترط لتطبيق هذا الحكم تماثل النشاط بين الشركتين، كما أنه حكم يقتصر على شركات المساهمة فقط، ولا يسري هذا الحظر على عضو مجلس الإدارة الذي يقوم بأي عمل فني أو إداري في شركة أخرى بصفة عرضية وليس بصفة دائمة.⁽¹⁾

كما يحظر تقديم قروض نقدية إلى أعضاء مجلس الإدارة، حيث لا يجوز للشركة المساهمة العامة تحت طائلة البطلان أن تقدم قرصاً نقدياً من أي نوع إلى رئيس مجلس إدارة الشركة أو إلى أي من أعضائه أو إلى أصول أي منهم أو فروعه أو زوجه، ويتمثل الباعث وراء منع المشرع هذا الأمر هو أن العضو قد يستغل نفوذه للحصول على امتيازات خاصة، أو على مبالغ فوق طاقته فيعجز عن السداد وبالتالي تضييع أموال الشركة، دون استغلال مال الشركة في الغرض الذي تأسست من أجله وذلك سندا لنص المادة (181) من مشروع قانون الشركات الأردني والمقابلة لنص المادة (139) من قانون الشركات الاردني، إضافة إلى أن عضو

(1) رشدان الرشدان، واجبات ومسؤوليات أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة، مرجع سابق، ص 158-159.

مجلس الإدارة الذي يملك الضمانات الكافية للحصول على القروض والامتيازات بمقدوره الحصول على الائتمان عن غير طريق الشركة التي يكون عضو في مجلس إدارتها.⁽¹⁾ ويستثنى من هذا الحظر وفقاً لنص المادة (181) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (139) من قانون الشركات الأردني والمادة (96) من قانون الشركات المصري أعضاء مجلس الإدارة في البنوك والشركات المالية، التي يجوز لها أن تقرض أي عضو من أعضاء مجلس إدارتها كون أن هذه العملية تقع ضمن غاياتها. وقد اشترط المشرع إن تتم عملية الإقراض بالشروط التي تتعامل بها هذه الشركات مع عملائها الآخرين. كما لا يجوز لأي عضو من أعضاء مجلس الإدارة في أي وقت أن يكون طرفاً في أي عقد من عقود المعاوضة التي تعرض على هذا المجلس لإقرارها، وعلّة هذا المنع هي وجود تعارض بين مصلحة العضو الشخصية ومصلحة الشركة،⁽²⁾ وحتى لا يكون لأعضاء مجلس الإدارة في الشركة مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في العقود والمشاريع والارتباطات التي تعقد مع الشركة أو لحسابها تمكنهم من استغلال مناصبهم للحصول لأنفسهم على مزايا عالية غير مشروعة.⁽³⁾

ويستثنى من ذلك طبقاً لقانون الشركات الأردني أعمال المقاولات والتعهدات والمناقصات العامة التي يسمح فيها لجميع المتنافسين الاشتراك في العروض على قدم المساواة، فإذا كان العرض الأنسب مقدماً من أحد أعضاء مجلس الإدارة فيجب أن يوافق ثلثا أعضاء المجلس على عرضه دون أن يكون للعضو المعين حق حضور جلسة المداولة في الموضوع المتعلق به. وتجدد الموافقة سنوياً من مجلس الإدارة إذا كانت تلك العقود والارتباطات ذات طبيعة دورية متجددة، ويتوجب على مجلس الإدارة إطلاع الهيئة العامة على القرار المتخذ في أول اجتماع تعقده، سناً لنص المادة (188/ج) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (148/ج) من قانون الشركات الأردني. أما المشرع المصري وفقاً لنص المادتين (99

(1) مصطفى طه، الشركات التجارية: الأحكام العامة في الشركات-شركات الأشخاص- شركات الاموال- انواع خاصة من الشركات، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2005)، دون طبعة، ص 314.

(2) عزيز العكلي، الوسيط في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 294.

(3) مصطفى طه، الشركات التجارية: الأحكام العامة في الشركات-شركات الأشخاص- شركات الاموال- انواع خاصة من الشركات، مرجع سابق، ص 314.

و100) من قانون الشركات المصري فقد وضع استثناء على هذا الحظر ألا وهو إجازة الهيئة العامة مقدماً إجراء هذا التصرف، ويعتبر باطلاً كل عقد يبرم على خلاف ذلك. حيث يتوجب أن يكون الترخيص خاصاً جداً أي مقررراً بشأن عقد معين مع ذكر عضو الإدارة المستفيد منه، ولا يصح الترخيص العام المعطى لأعضاء مجلس الإدارة أو لبعضهم لإبرام أية عقود مع الشركة في المستقبل، كما يجب أن يكون الترخيص صريحاً، فالترخيص الضمني، الذي ينتج مثلاً عن عدم معارضة تنفيذ العقد، لا يعتد به.⁽¹⁾

ونرى أن موقف المشرع المصري كان أكثر توفيقاً من المشرع الأردني حيث جعل أعمال الاستثناء هو من ضمن اختصاصات الهيئة العامة للمساهمين في حين أن المشرع الأردني جعلها من ضمن صلاحيات مجلس الإدارة الملزم بموجب المشروع بإطلاع الهيئة العامة على القرار المتخذ دون أدنى رقابة من قبل الهيئة على القرار المتخذ، الذي يعتبر ضماناً أفضل للمساهمين كون أن عدد أعضاء مجلس الإدارة محدد بنص القانون، وهو عدد ضئيل بمقابل عدد المساهمين في الشركة، فقد تربطهم روابط شخصية أو مصالح متبادلة فيما بينهم تؤدي بالنتيجة إلى الحاق الضرر بالشركة.

ويثور التساؤل حول الحكم فيما لو أبرم عضو مجلس الإدارة قبل اختياره للعضوية عقداً من عقود المعاوضة مع الشركة، ولم يتم تنفيذه إلا بعد توليه عضوية المجلس؟ لم يعرض القانون لمثل هذا الفرض، ونرى أنه يجب التمييز بين مرحلة الانعقاد ومرحلة تنفيذ العقد فإن لم يكن العقد قد انعقد ففي هذه الحالة ينطبق نص المادة (188/ج) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (148/ج) من قانون الشركات الأردني المذكورتين كون أن الحظر جاء لغايات حماية مصالح المساهمين وبالتالي تغلب المصلحة العامة على الخاصة. أما إذا كان العقد قد انعقد قبل انتخاب المساهم عضواً في مجلس الإدارة وتراخى تنفيذ العقد أو أن التنفيذ جاء بعد انتخابه ففي هذه الحالة يكون العقد صحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره القانونية. ويعتقد احد الفقهاء أن في ظل القانون المصري فإن هذه العقود تظل صحيحة وتقلت من حكم المادة 99 من قانون الشركات المصري الذي يتطلب ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من الهيئة العامة بشأنها، ولكن إذا تم تعديل العقد أو تجديده، ولو ضمناً، بعد

(1) ادوارد عيد، الشركات التجارية - شركات المساهمة، مرجع سابق، ص 519-520.

أن أصبح المتعاقد عضواً في مجلس الإدارة، ففي هذه الحالة لا بد من الحصول على الترخيص.⁽¹⁾

ويمتتع على عضو مجلس الإدارة أو مدير الشركة الاتجار لحسابه أو لحساب غيره في أحد فروع النشاط الذي تزاوله الشركة، حيث جاء هذا الحظر مطلقاً سناً لنص المادة (2/أ/188) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل نص المادة (148/ب) من قانون الشركات الأردني، على الرغم من أن نص المادة (98) من قانون الشركات المصري يجيز لعضو مجلس الإدارة أو مدير الشركة بعد الحصول على ترخيص خاص من الهيئة العامة الاتجار لحسابه أو لحساب غيره في أحد فروع النشاط الذي تزاوله الشركة، والجزاء على عدم احترام هذا المنع هو إما مطالبته بالتعويض من قبل الشركة، وإما اعتبار العمليات التي باشرها لحسابه كأنها أجريت لحساب الشركة، وبالتالي يلزم برد ما غنمه من هذا العمل إلى الشركة.⁽²⁾ ومضمون هذا الالتزام أنه يمتنع على عضو مجلس إدارة الشركة المساهمة أن يقوم بممارسة أعماله الخاصة بالاتجاه لحسابه أثناء قيامه بوظيفته في مجال إدارة الشركة، الأمر الذي يؤدي إلى التنافس وضياع مصالح الشركة، إذ أنه يجب على عضو مجلس الإدارة أن يقوم بعمله بصدق وإخلاص وبما يحقق مصلحة الشركة.⁽³⁾

ولهذا المنع ما يبرره، إذ طالما أن مجلس الإدارة أو مديري الشركة منوط بهم السهر على مصلحتها والعمل على تحقيق هدفها وهو الربح، فلا يقبل منهم، والحال هذه، منافسة الشركة في أحد فروع النشاط الذي تباشرها لتعارض ذلك مع سبب وجودهم في مجلس الإدارة.⁽⁴⁾ وجدير بالملاحظة أن الخيار بين طلب التعويض واعتبار العمليات كأنها لحساب الشركة يقتصر فقط على الحالة التي يجري فيها مجلس الإدارة أو المدير، العمليات لحسابه الخاص سناً لنص المادة (2/د/188) من مشروع قانون الشركات الأردني، أما إذا أجرى العملية

(1) محمد العريني، القانون التجاري - الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 334-335.

(2) محمد العريني، المرجع المشار إليه آنفاً، ص 332.

(3) رشدان الرشدان، واجبات ومسؤوليات أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة، مرجع سابق، ص 154-155.

(4) محمد العريني، القانون التجاري - الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 334.

لحساب الغير، فلا يكون أمام الشركة إلا طلب التعويض حتى لا يضار الغير الذي تم العمل لحسابه.⁽¹⁾

كما يتوجب على عضو مجلس الإدارة المحافظة على أسرار الشركة والامتناع عن إفشائها سناً لنص المادة (197/ج) من مشروع قانون الشركات الأردني والمادة (158) من قانون الشركات الأردني والمادة (2/245) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري، وأن يلتزم بهذا الحظر نظراً لما قد يلحقه ذلك بالشركة من ضرر بمصالحها وتعرضها للخطر أيضاً. كما أنه لا يليق ولا يجدر بأعضاء مجلس الإدارة أن يفوضوا إلى أحد أصدقائهم بمعلومات لا يعلمها المساهمون أو غيرهم يترتب عليها الإضرار بالشركة،⁽²⁾ وذلك تحت طائلة العزل والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالشركة.⁽³⁾ والحكمة من هذا المنع نابعة من كون عضو مجلس الإدارة مؤتمن على مصالح الشركة وتقتضي هذه الأمانة أن يمتنع عن كل فعل من شأنه الإضرار بمصالح الشركة أو المساهمين.⁽⁴⁾

○ المبحث الثاني: الجزاء المدني المترتب جراء إخلال أعضاء مجلس الإدارة بواجباتهم

كما رأينا في المبحث السابق فقد منح القانون سلطات واسعة لمجلس الإدارة للقيام بواجباته، وذلك لتحقيق غرض الشركة الذي قامت من أجله. فإذا قام أعضاء مجلس الإدارة بواجباتهم بعناية وحرص والتزموا بحدود سلطاتهم المرسومة لهم في القانون ونظام الشركة الأساسي وغرض الشركة، فلا مسؤولية عليهم حتى ولو لحق بالشركة خسائر لأن التجارة معرضة للخسارة.

أما إذا ارتكب أعضاء مجلس الإدارة مخالفة تشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات مثل توزيع أرباح صورية أو تزوير في أوراق الشركة أو خيانة الأمانة، ففي هذه الحالة تقوم

(1) رشدان الرشدان، واجبات ومسؤوليات أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة، مرجع سابق، ص 155.

(2) رشدان الرشدان، المرجع المشار إليه آنفاً، ص 157.

(3) اكرم ياملكي، القانون التجاري - الشركات التجارية، (عمان: دار الثقافة للنشر، 2006)، دون طبعة، 291.

(4) عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 294.

مسؤولية جزائية لمعاقبة مرتكب هذه الجريمة وفق أحكام ونصوص قانون العقوبات إضافة إلى العقوبات المقررة وفقاً لقانون الشركات، وهذا المبحث لن يتناول الحديث عن المسؤولية الجزائية لأنها تقع خارج نطاق البحث.

وقد تسبب تصرفات مجلس الإدارة الخاطئة ضرراً للشركة نفسها كشخص اعتباري أو قد تلحق ضرراً شخصياً بأحد المساهمين أو بفريق منهم، أو تحدث ضرراً يصيب الغير، ويستطيع كل من مسه ضرر شخصي من جراء الخطأ الصادر عن أعضاء مجلس الإدارة كلهم أو بعضهم تحريك دعوى المسؤولية.⁽¹⁾

فإلى جانب المسؤولية الجزائية لأعضاء مجلس الإدارة تقوم المسؤولية المدنية إذا أهمل أعضاء مجلس الإدارة في إدارة الشركة أو أخلوا بأداء واجباتهم، ولم يحترموا الواجبات المنصوص عليها في القانون أو في نظام الشركة فيكونون مسؤولين عن إهمالهم وعن عبثهم، وتقوم المسؤولية المدنية بالتعويض عما ألحقه من ضرر للشركة أو المساهمين أو الغير، لكن أساس هذه المسؤولية يختلف طبقاً لعلاقة مجلس الإدارة بالجهة التي تطالب بالتعويض. لهذا فقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين هما أساس دعوى المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في المطلب الأول أما المطلب الثاني فسيتم مناقشة أحكام دعوى المسؤولية المدنية في مواجهة أعضاء مجلس الإدارة.

♦ المطلب الأول: أساس دعوى المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة

تقع على عاتق مجلس إدارة شركة المساهمة العامة التزامات بالعمل لصالح الشركة التي يمثلها ويتصرف بشؤونها أشرنا لها في المبحث الأول، ويقتضي ذلك منه المحافظة على مستوى معين من العناية وهو يدير شؤون الشركة تتناسب وهذه الواجبات وطبيعة عمل الشركة.⁽²⁾

(1) علي سيد قاسم، قانون الأعمال - الشركات التجارية، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2001)، دون طبعة، الجزء الثاني، ص 464.

(2) عادل الطراونة، واجبات ومسؤوليات أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة / دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 99-100.

وهذا الالتزامات ترجع في أساسها إلى العقد الذي يتم بموجبه إنشاء الشركة والنصوص القانونية التي تحكم طبيعة المركز القانوني الذي يحتله ممثلو الشركة الذين يتولون تصريف أمورها، ولم يرق المشرع في قانون الشركات الأردني بتوضيح المركز القانوني لأعضاء مجلس الإدارة وإنما اكتفى بتوضيح قيام مسؤوليتهم من خلال النص على ذلك في مشروع قانون الشركات الأردني من المادة (196 إلى المادة 198) والمقابلة للمواد من (157-159) من قانون الشركات الأردني، وبهذا الاتجاه سار المشرع المصري في قانون الشركات.

ولتحديد المركز القانوني لأعضاء مجلس الإدارة ونظراً لعدم وجود تنظيم تشريعي من خلال مشروع قانون الشركات وقانون الشركات النافذ فإنه يتم الرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة فنجد أن القانونين المدنيين الأردني والمصري⁽¹⁾ تضمننا ضمن نصوصهما موضوع إدارة الشركة والتزامات الشريك الذي يتولى تدبير أمور الشركة، حيث اعتبر الشريك في مركز الوكيل وعليه أن يبذل في إدارة الشركة العناية التي تتناسب وهذا المركز القانوني الذي تقتضيه متطلبات وظيفته وذلك من خلال نص المادة (591) من القانون المدني الأردني والتي نصت على أنه (كل شريك يعتبر وكيلاً عن باقي الشركاء في مباشرة أعمال الشركة وفي التصرف بما يحقق الغرض الذي أنشئت من أجله ما لم يكن هناك نص أو اتفاق على غير ذلك) وفي هذا الاتجاه أخذ المشرع المصري في المادة (521) من القانون المدني.

والملاحظ أن المشرع الأردني في مشروع قانون الشركات في المواد (174/أ، 207، 208) وقانون الشركات النافذ في المواد (132/أ، 170، 171) منح صلاحية انتخاب مجلس الإدارة من قبل الهيئة العامة للشركة في الاجتماع العادي لها، بحيث يكون الاجتماع قانونياً إذا حضره مساهمون يمثلون أكثر من نصف أسهم الشركة المكتتب بها، حيث يتم انتخاب أعضاء مجلس الإدارة من خلال الاقتراع السري وبعد فرز الأصوات تظهر النتيجة ويفوز من يحصل على أغلبية الأصوات، وبعد إعلان النتيجة تصوت الهيئة العامة على هذه النتيجة

(1) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم 2645 بتاريخ 1976/8/1 في الصفحة 2 والقانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الصادر بالجريدة الرسمية العدد 108 مكرر أ في 16 يوليو سنة 1948.

وقرارها في هذه المرحلة يجب أن يحوز على الأغلبية المطلقة للأسهم الممثلة في اجتماعها، إلا أن المشرع الأردني ضمن نصوص مشروع قانون الشركات وقانون الشركات لم يفرق بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف بالنسبة للشريك متولي تدبير أمور الشركة وباعتقادنا أنه لغايات التفرقة يعاد إلى اقرب الأنظمة القانونية المتشابهة مع الشركة ألا وهو الشيوخ، فوجد المشرع انه فرق في حالة الشيوخ بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف وذلك من خلال نص المادة (1034) والمادة (1035) من القانون المدني الأردني فاشتراط حصول الشريك لغايات القيام بأعمال الإدارة الحصول على موافقة أغلبية الشركاء بواقع (50%+1)، أما بالنسبة لأعمال التصرف فقد اشترط القانون حصول الشريك على موافقة ثلاثة أرباع مجموع الشركاء.

وحيث يعتبر مجلس الإدارة وكيل عن المساهمين ويتمتع بصلاحيات واسعة متمثلة بتسيير أمور الشركة والقيام بكافة الأعمال اللازمة لتحقيق غرضها دون تفرقة بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة ومن خلال المقاربة فيما بين الشركة والشيوخ نقترح أن يشترط حصول مجلس الإدارة على نسبة أعلى من النسبة التي أشار لها في مشروع قانون الشركات أو قانون الشركات النافذ بحيث تصبح مشابهة للنسبة المنصوص عليها ضمن القانون المدني بالنسبة لأعمال التصرف في حالة الشيوخ.

والمقصود بالمسؤولية هنا هي المسؤولية عما يصيب الشركة بسبب أعمال مجلس إدارتها، ومجلس الإدارة لا يسأل بوصفه شخصاً مستقلاً، ولذلك تنصب المسؤولية في حالة إخلاله بواجباته أو تجاوزه لسلطاته على جميع أعضائه إما منفردين وإما مجتمعين قبل الشركة أو يسأل عنه أعضاء المجلس بصفتهم الشخصية.

فتستطيع الشركة باعتبارها شخصية قانونية مباشرة دعوى المسؤولية المدنية في مواجهة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة عن التصرفات والقرارات الضارة التي باشرها أو اتخذها المجلس والحقت أضراراً بها، وتستطيع مباشرة هذه الدعوى في جميع الأحوال التي تترتب فيها أضرار مباشرة للشركة، مثل الإهمال الجسيم في الإدارة أو التهاون في حقوقها أو إساءة استخدام أموالها أو تبيدها أو الإضرار بسمعتها المالية أو بالسلع التي تتعامل بها، فضلاً عن أي

مخالفة لنص القانون أو النظام الأساسي وكل تصرف خاطئ من شأنه تفويت كسب مؤكد للشركة.⁽¹⁾

فهذه الدعوى تهدف إلى تعويض الضرر الذي أصاب الشركة وتهدف أيضاً إلى حماية مجموع المساهمين الذين تمثلهم الشركة، وجبر الضرر الذي أصابهم، وأساس هذه المسؤولية هو سوء الإدارة الصادر من قبل مجلس الإدارة أو مخالفة القوانين والأنظمة حيث أن هذا مما تقتضيه القواعد العامة في المسؤولية العقدية.

حيث ألزم القانون الشريك الذي له حق تدبير مصالح الشركة ببذل العناية التي يبذلها في تدبير مصالحه الخاصة إلا إذا كان منتدبا للعمل بأجر فلا يجوز له أن ينزل عن عناية الرجل المعتاد، ويلزمه أيضاً أن يمتنع عن أي تصرف يلحق الضرر بالشركة أو يخالف الغرض الذي أنشئت من أجله، وهذا ما جاء في نص المادة (597) من القانون المدني الأردني والمقابلة لنص المادة (521) من القانون المدني المصري.

ونخلص من هذين النصين أن التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية وقد يكون التصرف القانوني محل الوكالة يتضمن التزاماً بتحقيق غاية كالبيع والرهن، أو يتضمن التزاماً ببذل عناية كالإيجار والعارية والوديعة ولكن التوكيل في أي تصرف قانوني ولو كان يتضمن التزاماً بتحقيق غاية ينشئ في جانب الوكيل التزاماً بالقيام بهذا التصرف بقدر معين من اليقظة، ويكون دائماً التزاماً ببذل عناية.⁽²⁾

والواقع أن الأصل في التزام الوكيل أن يعمل في حدود الوكالة المرسومة له فلا يخرج عن هذه الحدود، إلا أن طبيعة عمل الشركة والصلاحيات المخولة إلى مجلس إدارتها قد تتطلب منه أحياناً الخروج على حدود الوكالة إذا كانت مصلحة الشركة تقتضي ذلك كأن يبيع بسعر أعلى أو أن يخشى فوات صفقة عليه فيسارع إلى القيام بها والتي ما كان للشركة أو الموكل إلا أن يرفضها لو عرضت عليه.⁽³⁾

⁽¹⁾ ابو زيد رضوان، شركات المساهمة والقطاع العام، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1981)، دون طبعة، ص 143.

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1964)، دون طبعة، الجزء السابع، المجلد الأول، ص 459-460.

⁽³⁾ رشدان الرشدان، واجبات ومسؤوليات أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة، مرجع سابق، ص 164.

وبهذا فإن أعضاء مجلس الإدارة يسألون عن الضرر الناتج عن أعمال الإدارة الناتجة عن سوء إدارة الشركة أو مخالفة للقانون أو لنظام الشركة وذلك سندا لنص المادة (196) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (157/أ) من قانون الشركات الأردني والتي كانت تضيق من نطاق مسؤولية مجلس الإدارة من خلال اقتصار النص على قيام مسؤوليتهم على حالة الخطأ في إدارة الشركة وفي هذا الاتجاه اخذت محكمة التمييز الاردنية في العديد من قراراتها.⁽¹⁾ وتكون هذه المسؤولية تعاقدية إذا نتجت عن عقد مشوب بهذه العيوب في مواجهة الشركة.⁽²⁾

ويتوجب التمييز بين مسؤولية مجلس الإدارة باعتباره وكيلاً فيما إذا كان الضرر الذي الحقه بالشركة ناتجاً عن الغش أو الخطأ الجسيم، وبين مسؤوليتهم عن الضرر الناتج عن الخطأ العادي، فإذا كان الضرر ناتج عن الغش والخطأ الجسيم فلا يتم البحث في كون الوكالة مأجورة أو غير مأجورة، فالوكيل دائماً يكون مسؤولاً في تنفيذ الوكالة عن غشه وعن خطأه الجسيم حتى لو اتفق مع الموكل على إعفائه من هذه المسؤولية، فيكون الوكيل مسؤولاً عن تعمده عدم تنفيذ الوكالة دون أن يتنحى عنها في الوقت المناسب،⁽³⁾ ومن الأمثلة على الخطأ الجسيم إهمال مدير الشركة المتمثل في منح قرض إلى شخص ظاهر إفساره، أو دون الحصول على ضمانات كافية، أو أن يفشي معلومات سرية عن علاقات الشركة أو أسرار المهنة، مما يعتبر غشاً يوجب مسؤوليته⁽⁴⁾ وهنا قد تتحقق مسؤوليته الجزائية إلى جانب مسؤوليته المدنية. أما مسؤولية الوكيل عن الخطأ العادي (أي الخطأ اليسير) فإنه يجب التمييز بين ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة، فإذا كانت الوكالة مأجورة وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الشخص المعتاد أي أن المعيار هنا يكون معياراً موضوعياً لا شخصياً، فإذا لم يبذل هذه العناية حتى لو أثبت أن العناية الأقل التي بذلها فعلاً هي العناية التي يبذلها هو

⁽¹⁾ فعلى سبيل المثال لا الحصر القرار رقم 2015/1562 الصادر بتاريخ 2015/8/15 والقرار رقم 2015/752 الصادر بتاريخ 2015/6/30.

⁽²⁾ ادوارد عيد، الشركات التجارية - شركات المساهمة، مرجع سابق، ص 572-573.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 462-464.

⁽⁴⁾ عادل الطراونة، واجبات ومسؤوليات أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة / دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 102.

في شؤون نفسه، كان مع ذلك مسؤولاً، لأنه ملزم ببذل عناية الشخص المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته بشؤونه الشخصية. أما إذا بذل عناية الشخص المعتاد فإنه يكون قد نفذ التزامه، ولا يكون بعد ذلك مسؤولاً عن أي ضرر يصيب الموكل، حتى لو ثبت أنه كان يستطيع توقي هذا الضرر لو بذل عنايته في شؤون نفسه، لأنه غير مسؤول إلا عن عناية الشخص المعتاد، ولو نزلت هذه العناية بمعياريها الموضوعي عن عنايته بشؤون نفسه بمعياريها الشخصي،⁽¹⁾ وهذه الحالة تنطبق على أعضاء مجلس الإدارة.

أما إذا كانت إدارة الشركة غير مأجورة فإنه يتطلب من الشخص الذي يتولى الإدارة نوع من العناية يختلف عن عناية الرجل المعتاد، حيث هنا يتطلب أن يقاس مقدار العناية بمستوى عناية الشخص بتدبير أموره الشخصية ومصالحه الخاص، وهذا المعيار شخصي يختلف بين شخص وآخر حيث مستوى العناية المطلوبة من رجل يتمتع بخبرة وتأهيل معين يفترض أن يزيد عن ذلك المطلوب من شخص لا يتمتع بمثل كفاءته ومؤهلاته.⁽²⁾

ولكن يخرج عن المسؤولية الوقائع التي تحدث بسبب أجنبي. وككل مدين فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً عن السبب الأجنبي. فإذا كان الضرر الذي أصاب الشركة من جراء تنفيذ مجلس الإدارة أعماله راجعاً إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل الغير أو خطأ الموكل نفسه، فإنه يكون ضرراً ناجماً عن سبب أجنبي ومن ثم لا يكون أعضاء مجلس الإدارة مسؤولين عنه. وبالرجوع إلى نصوص قانون الشركات الأردني نجد أن على مجلس الإدارة ان يبذل في تنفيذ واجباته تجاه الشركة عناية الشخص المعتاد كون أن المشرع حدد مكافأة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة بشكل متساو بعد انتهاء السنة المالية للشركة وذلك وفقاً لنص المادة (199) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (162) من قانون الشركات الاردني وبذلك فتكون هذه الوكالة مأجورة.

إضافة إلى ما سبق، قد يقتصر خطأ أعضاء مجلس الإدارة على إلحاق ضرر شخصي خاص بأحد المساهمين أو بعضهم دون الباقيين، كما لو تسبب هؤلاء الأعضاء أو بعضهم في

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 465.

(2) عادل الطراونة، واجبات ومسؤوليات أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة / دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص

حرمان أحد المساهمين من الحصول على نصيبه من الأرباح، أو من مباشرة حقوقه المستمدة من صفته كشريك، في مثل هذه الأحوال يكون للمساهم المتضرر أن يرفع باسمه الخاص دعوى مسؤولية لتعويض ما لحقه من ضرر حتى ولو أبرئت ذمة أعضاء المجلس بقرار من الهيئة العامة.

والمسؤولية هنا مسؤولية عن الفعل الضار حيث لا يوجد علاقة تعاقدية بين مجلس الإدارة وأي مساهم على انفراد كما أنه لا يوجد ارتباط بين دعوى المساهم الفردية ودعوى الشركة التي ترفع لجبر الأضرار التي لحقت الشركة ذاتها كما تقدم، فلا يتوقف مصير أحدهما على الأخرى.⁽¹⁾

كما يستطيع الغير مطالبة كل أو بعض أعضاء مجلس الإدارة بتعويض ما لحقه من أضرار نتجت عن قراراتهم أو تصرفاتهم الخاطئة أثناء أدائهم لواجباتهم الوظيفية أو بسببها، كأن يصرح أعضاء مجلس الإدارة كذباً بأن أسهم زيادة رأس المال قد تم الاكتتاب فيها بالكامل مما يبعث الثقة في نفس الغير حول مكانة مركز الشركة المالي فيمنحها ائتمانه، أو أن يقدم رئيس مجلس الإدارة ميزانية ملفقة إلى أحد البنوك للحصول على قرض مما يلحق ضرراً بالبنك.⁽²⁾

ويقصد بالغير هم جميع من يتعامل مع الشركة من الخارج من دائني الشركة وحملة سندات ديون الشركة أو غيرهم من المقترضين أو المتعاملين معها، ويستوي في ذلك أن يكونوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين كالشركات الأخرى أو البنوك أو ما شابه.⁽³⁾

وأساس مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة تجاه الغير هي المسؤولية عن الفعل الضار، وتسأل الشركة عن الأخطاء التي يقترفها أعضاء مجلس الإدارة حال قيامهم بوظيفتهم أو بسببها ومن ثم يجوز للغير الرجوع على الشركة بالتعويض، على أن عضو مجلس الإدارة يسأل شخصياً متى كان الخطأ الصادر منه لا يتصل بالمهام العادية لوظيفته ومستقلاً عنها، فيسأل مدير الشركة مثلاً عن خطأه الشخصي الذي لا يتعلق بإبرام أو تنفيذ عقد يربط الشركة

(1) محمد العريني، القانون التجاري - الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 382.

(2) علي سيد قاسم، قانون الأعمال - الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 464.

(3) عادل الطراونة، واجبات ومسؤوليات أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة / دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص

بالمضرور أو الذي يسعى إلى تحقيق مصلحة شخصية إضراراً بمصالح الشركة وحقوق الغير.⁽¹⁾

♦ المطلب الثاني: احكام دعوى المسؤولية المدنية المترتبة في مواجهة أعضاء مجلس الإدارة

يتعين على أعضاء مجلس الإدارة احترام القانون ونظام الشركة عند أدائهم لأعمالهم، والأصل ألا يكون أعضاء مجلس الإدارة مسؤولين إلا عن الأخطاء التي تقع منهم في إدارة الشركة، فهم غير مسؤولين عن فشل الشركة طالما لا يرجع ذلك إلى أخطائهم. فإذا قام أعضاء مجلس الإدارة بواجباتهم بعناية وحرص والتزموا بحدود سلطاتهم التي رسمها القانون ونظام الشركة فلا يسألون، أما إذا أهملوا في شؤون الشركة أو عمدوا إلى العبث فإنهم يكونون مسؤولين عن هذا الإهمال والعبث.

ولذلك فإنه إذا وقع تقصير من جانب أعضاء مجلس الإدارة، فإنه يجوز للهيئة العامة في الشركة أن تقرر عزلهم، حيث نص المشرع الأردني على حق الهيئة العامة في اقالة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة وذلك في المادة (202) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (165) من قانون الشركات، حيث يكون لها الحق بعزل أعضاء مجلس الإدارة في أي وقت تشاء حتى ولو لم يكن العزل وارداً في جدول أعمال الهيئة. وإضافة إلى ذلك، فإن حق عزل أحد أعضاء مجلس الإدارة يكون من اختصاص الهيئة العامة للشركة، ويتم اتخاذ قرار العزل عن طريق الاقتراع السري. وعادة ما تصدر الهيئة العامة قرارها بعزل أعضاء مجلس الإدارة إذا كانت هناك أسباب وجيهة تبرر هذا العزل. فعلى سبيل المثال يعتبر سبباً مبرراً للعزل اخلال المجلس بالتزاماته تجاه الشركة، على أنه إذا أصدرت الهيئة العامة قرارها بالعزل دون وجود مبررات، فإن الرأي الراجح يذهب إلى أحقية العضو المعزول بمطالبة الشركة بالتعويض تطبيقاً للقواعد العامة.⁽²⁾

(1) علي سيد قاسم، قانون الأعمال - الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 468-469.

(2) علي البارودي، جلال وفاء محمدين، القانون التجاري، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1993)، دون طبعة، ص 266-267.

ويتخذ نطاق مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة احدى صورتين وذلك وفقاً لما جاء بنص المادة (196/أ) من مشروع قانون الشركات والتي تقابل المادة (157) من قانون الشركات الأردني فهي إما أن تكون مسؤولية شخصية أي ضد عضو واحد أو أكثر من أعضاء مجلس إدارة الشركة، متى كان الضرر سببه خطأ وقع من احد الأعضاء اثناء قيامه بأعمال الإدارة كأن يقع خطأ من قبل العضو المفوض بالتوقيع عن الشركة.

وقد تقوم هذه المسؤولية ضد جميع أعضاء مجلس الإدارة أي أنها مسؤولية جماعية متى كان الضرر نتيجة خطأهم المشترك كأن يصدر القرار الخاطئ بموافقة جميع الأعضاء، فإذا قامت المسؤولية الجماعية فإن أعضاء مجلس الإدارة يسألون عن التعويض عن قيامهم لمثل هذه الأفعال بالتكافل والتضامن. والتضامن في هذه المسؤولية تضامن قانوني قوامه الخطأ التقصيري في موقف كل عضو من أعضاء مجلس الإدارة.⁽¹⁾

ولذلك يجوز مطالبة أي عضو منهم بكامل التعويض المترتب على الخطأ المشترك الذي ارتكبه وبالنتيجة يستطيع هذا العضو الرجوع على باقي الأعضاء بما دفعه زيادة عن حصته بقدر نصيب كل واحد منهم في هذا التعويض وفقاً لدرجة خطأ كل واحد منهم حسب ما تقرره محكمة الموضوع.

وبذلك فإن من حق الشركة مطالبة مجلس الإدارة او أي عضو من أعضائه بالتعويض عن الضرر الذي لحقها من خلال إقامة دعوى المسؤولية في حال ثبوت اخلالهم بالقوانين والأنظمة المعمول بها، وقد أكدت على ذلك محكمة التمييز الأردنية،⁽²⁾ والذي يمارس هذه الصلاحية إما مراقب الشركات أو الشركة أو أي مساهم فيها، وذلك وفقاً لما نص عليه في المادة (198) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (160) من قانون الشركات الاردني والمادة (9/171) من قانون الشركات المصري.

وبما أن الهيئة العامة هي التي تنتخب مجلس الإدارة وأن هذه الهيئة هي التي تمثل مجموع المساهمين وهي القائمة على مصالحهم، فإذا أصاب الشركة بوصفها شخصاً معنوياً مستقلاً عن الشركاء ضرر بسبب أخطاء مجلس الإدارة كان فلهذه الهيئة أن تقرر مساءلة

⁽¹⁾ فوزي سامي، الشركات التجارية الاحكام العامة والخاصة، (عمان: دار الثقافة للنشر، 2007)، دون طبعة، ص 473.

⁽²⁾ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2006/854 تاريخ 2006/9/21.

أعضائه، ولهذا السبب يلزم القانون مجلس الإدارة أن يقدم للهيئة حساباً عن إدارته، ومتى قررت الهيئة العامة إقامة الدعوى وجب على رئيس مجلس الإدارة أن يرفعها، فإذا كان هو ممن تقرر مقاضاته وجب تعيين عضو آخر من المجلس لمباشرة الدعوى، فإذا كان أعضاء مجلس الإدارة كلهم مسؤولين عينت الهيئة مندوباً عنها في إقامة الدعوى.⁽¹⁾ وإما أن تقوم الهيئة العامة بعزل رئيس وأعضاء مجلس الإدارة من عضوية المجلس فيترتب على ذلك سقوط وظائفهم في مجلس الإدارة كونها تملك السلطة العليا ومن ثم يجري تعيين رئيس وأعضاء آخرين ليتولى رئيس مجلس الإدارة الجديد رفع الدعوى كونه الممثل القانوني عن الشركة.⁽²⁾ أما إذا تقاعست الهيئة العامة عن رفع دعوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة، خاصة أن المجلس يكون له فيها نسبة كبيرة من الأصوات وسلطان على المساهمين، فقد فيجوز للمساهم أن يرفع دعوى الشركة ليس بشكل جماعي كما هو الأصل وإنما بشكل فردي تأسيساً على أن المساهم تكون له مصلحة في حصول الشركة على تعويض من أعضاء مجلس الإدارة عن الأخطاء التي تقع منهم عندما تتقاعس الشركة عن المطالبة بهذا التعويض، ويعتبر الحق في إقامة هذه الدعوى حقاً احتياطياً أي أنه لا يجوز للمساهم رفع دعوى الشركة في مواجهة مجلس الإدارة إلا إذا أثبت رافع الدعوى تقاعس الشركة عن رفع دعوى المسؤولية، ولذلك يشترط أن يكون لرافعها صفة المساهم. ومع ذلك تبقى الدعوى التي يرفعها المساهم دعوى الشركة لا دعواه وما يحكم به من تعويض في الدعوى التي يرفعها المساهم يؤول إلى الشركة على أن تعوضه الشركة عما أنفقته في سبيل الدعوى من مصروفات، لأنه يتصرف كفضولي عن الشركة ويرفع دعوى المسؤولية دفاعاً عن حقوقها لا عن حقوقه،⁽³⁾ حيث تقام

(1) علي جمال الدين عوض، دروس في القانون التجاري، (القاهرة: دار النهضة العربية، بدون سنة نشر)، دون طبعة، ص 362-363.

(2) صادق جبران، مجلس إدارة الشركة المساهمة في القانون السعودي، (بيروت: منشورات الحلبي، 2006)، دون طبعة، ص 381.

(3) ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، (القاهرة: دار النهضة العربية، القاهرة، 1981)، دون طبعة، الجزء الأول، ص 442.

الدعوى من قبل المساهم بصفته نائباً قانونياً عن الشركة، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية.⁽¹⁾

فإن قصرت الهيئة العامة أو المساهم باتخاذ الجانب الإيجابي من خلال اتخاذ القرار بإقامة دعوى المسؤولية على رئيس وأعضاء مجلس الإدارة، وذلك نظراً لسيطرة أعضاء مجلس الإدارة وهيمنتهم على الهيئة العامة، فلمراقب الشركات إقامة هذه الدعوى نيابة عن الشركة لحماية مصالح الشركة ومصالح المساهمين، وذلك من خلال قرار صادر من وزير الصناعة والتجارة، حيث يقوم المراقب بالتنسيق إلى وزير الصناعة والتجارة بحل مجلس إدارة الشركة وتشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص لإدارة الشركة لمدة ستة أشهر قابلة للتمديد لمرة واحدة، ويعين رئيساً ونائباً للرئيس حتى يصار إلى دعوة الهيئة العامة لانتخاب مجلس إدارة جديد للشركة ويكون المدعي في هذه الحالة هو مراقب الشركات بتفويض من الوزير، وذلك سداً لنص المادة (205/ب) من مشروع قانون الشركات الأردني والتي تقابل المادة (168/ب) من قانون الشركات الاردني حيث نجد أن المشرع في مشروع قانون الشركات جعل المدة لمجلس الإدارة المشكل من قبل وزير الصناعة والتجارة قابلة للتمديد لمرة واحدة فقط أما قانون الشركات النافذ كانت لمرتين على الأكثر وقد احسن المشرع في مشروع قانون الشركات بذلك كي لا تبقى الشركة في وضع غير مستقر.

أما في حالة إفلاس الشركة فيعود الحق في رفع الدعوى إلى وكيل التفليسة الذي يمثل الشركة وحده، ودون الحاجة إلى ترخيص بذلك من مجلس الإدارة أو الهيئة العامة، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية،⁽²⁾ وإذا أهمل رفع الدعوى فيحق للمساهمين أو الدائنين رفع الأمر إلى القاضي المشرف الذي يتخذ الإجراء المقتضى بشأنه، أما بعد انحلال الشركة وتصفيته فيعود الأمر لرفع الدعوى إلى المصفي دون رجوع في ذلك إلى مجلس الإدارة أو الهيئة العامة إذ تنتهي وظائفها بعد الانحلال.⁽³⁾

⁽¹⁾ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2010/3363 تاريخ 2011/1/13 والقرار رقم 87/25 تاريخ 1987/2/18.

⁽²⁾ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2003/76 تاريخ 2003/3/18.

⁽³⁾ ادوارد عيد، الشركات التجارية - شركات المساهمة، مرجع سابق، ص 587.

أما إذا كانت الأفعال المقترفة من قبل أعضاء مجلس الإدارة تلحق الضرر بأحد المساهمين منفرداً فإن من حق المساهم وحده إقامة دعوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة أو مباشرة على الشركة بوصفها مسؤولة عن أعمالهم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، ويلاحظ أنه يصعب رفع دعوى المساهم الشخصية على أعضاء مجلس الإدارة أو على أحدهم عن الأخطاء المتعلقة بمجرد سوء الإدارة، حيث لا يترتب على ذلك ضرر مباشر للمساهمين عادة، ومن أمثلة ذلك انخفاض سعر الأسهم بسوق الأوراق المالية نتيجة سوء الإدارة حيث يصعب رفع دعوى المسؤولية هنا لصعوبة إثبات علاقة السببية بين انخفاض سعر هذه الأسهم وبين سوء الإدارة، ويمكن في حالة تسبب أضرار لعدة مساهمين أن يقوموا بتوكيل أحدهم في رفع دعوى المسؤولية الشخصية.⁽¹⁾

وفي جميع الأحوال لا يجوز حرمان المساهم بأي حال من حقه في مباشرة هذه الدعوى سواء بنص في النظام الأساسي للشركة أو بقرار من الهيئة العامة للمساهمين، حتى أنه لا يجوز تعليق مباشرة هذه الدعوى على إذن من أي جهاز من أجهزة إدارة الشركة.⁽²⁾ وترتيباً على ذلك يمكن للمساهم رفع الدعوى ولا يستطيع أعضاء مجلس الإدارة التحلل من هذه المسؤولية من خلال تمسكهم بصدور قرار الهيئة العامة ببراءة ذمة أعضاء مجلس الإدارة، وكذلك يكون التعويض المحكوم به حقاً خالصاً للمساهم، ويبقى للمساهم حق رفع الدعوى وإن تنازل عن أسهمه إلى الغير بينما يلزم لرفع دعوى الشركة من قبل المساهم أن يكون محتفظاً بهذه الصفة،⁽³⁾ إلا أنه يشترط لصحة قيام هذه المسؤولية أن لا يكون موضوع الدعوى الفردية جزءاً من الضرر العام الذي حاق بالشركة كون أنه إذا كان كذلك فيتوجب إقامة دعوى الشركة وليس دعوى المساهم.

كما يستطيع الغير مطالبة كل أو بعض أعضاء مجلس الإدارة بتعويض ما لحقه من أضرار نتجت عن قراراتهم أو تصرفاتهم الخاطئة أثناء أدائهم لواجباتهم الوظيفية أو بسببها،

(1) رشدان الرشدان، واجبات ومسؤوليات أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة، مرجع سابق، ص 193.

(2) أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1978)، دون طبعة، ص 460.

(3) هاني دويدار، التنظيم القانوني للتجارة، (بيروت: مؤسسة مجد للدراسات والنشر والتوزيع، 1997)، دون طبعة، ص 570.

وهذا ما جاء بقرار محكمة التمييز الأردنية،⁽¹⁾ ويستطيع الغير أن يقوم برفع إما الدعوى غير المباشرة حيث يلجأ بموجبها الغير في العادة إلى استعمال حقه في رفع الدعوى المباشرة التي تكون من حق الشركة ويرفعها الغير نيابة عن هذه الشركة باستعمال حق الشركة في رفع هذه الدعوى وهي دعوى الدائن تجاه مدين مدينه ويلجأ إليها الدائن إذا كان حقه مستحق الأداء وقد حدث تقصير من المدين في المطالبة بحقه تجاه مدينه نتيجة غش أو إهمال من شأنه أن يؤدي إلى اعساره، وهذا ما جاء بقرار محكمة التمييز الأردنية،⁽²⁾ وإما الدعوى المباشرة فيتم رفعها على مجلس الإدارة بصورة مباشرة ويشترط فيها إثبات الخطأ الذي صدر عن مجلس الإدارة الذي يوجب مسؤولية أعضائه عن الضرر الذي لحق بالغير وأيضاً تتطلب إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وإما أن يرجع الغير على الشركة بموجب دعوى المتبوع عن أعمال تابعيه، وذلك إذا كانت الأضرار التي لحقت بالغير ناجمة عن أعمال مجلس الإدارة أو أخطائهم التي تمت أثناء تأديتهم لواجباتهم في إدارة الشركة أو بسببها واخيراً يمكن له إقامة الدعوى المشتركة وهي الدعوى التي يختصم فيها مجلس الإدارة والشركة معاً إذا ما تبين له أن الشركة قد تواطأت مع المجلس للإضرار به، وبهذا الاتجاه اخذت محكمة التمييز الأردنية⁽³⁾. ولا يستطيع أي عضو من أعضاء مجلس الإدارة -كما سبق الإشارة- التحلل من هذه المسؤولية من خلال تمسكه بصدور موافقة الهيئة العامة على إبراء ذمة مجلس الإدارة من نتائج القرار أو المخالفة التي أدت إلى وقوع الضرر سناً لنص المادة (196/أ) من مشروع قانون الشركات والتي تقابل المادة (157/أ) من قانون الشركات، وإنما يستطيع التحلل من هذه المسؤولية وفقاً لنص المادة (196/ب) من مشروع قانون الشركات إلا إذا اثبت غيابه أو اعتراضه في الاجتماع الذي تضمن المخالفة أو سوء الإدارة، ومن خلال مقارنة النص المشار إليه بنص المادة (157/ب) من قانون الشركات الأردني نجد بأن نص المادة المعمول بها حالياً يعتبر أفضل مما جاء به المشرع في مشروع القانون من حيث إلزام العضو الراغب بدفع مسؤوليته من خلال الإثبات الخطي الوارد ضمن محاضر الجلسات التي يتبين من خلالها

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2003/384 تاريخ 2003/5/29.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2007/2642 تاريخ 2008/6/15.

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 69/143 تاريخ 1970.

اعترضه على هذا القرار أو أن يثبت أنه قد قام بتقديم استقالته قبل مناقشة القرار المترتب عليه المسؤولية والبت به هذا من جانب، ومن جانب آخر ألزم المشرع عضو مجلس الإدارة بأن يثبت بأنه قد تغيب عن حضور هذه الجلسات وأن يكون هذا الغياب مشفوعاً بمعذرة مشروعة مثل المرض أو السفر خارج البلاد أما في مشروع القانون فإنه يكتفى من قبل عضو المجلس أن يثبت غيابه عن الجلسة سواء أكان الغياب بعذر مشروع أو بدون عذر.

أما من حيث المحكمة المختصة بنظر المنازعة المقامة في مواجهة أعضاء مجلس الإدارة في الشركة فهي محكمة البداية سواء اكانت الدعوى مقامة من قبل الشركة أو احد المساهمين أو الغير كون أن هذه الدعوى يتعذر تقدير قيمتها وفقاً للقواعد المقررة قانوناً للتقدير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني⁽¹⁾ فتعتبر الدعوى غير مقدرة القيمة التي يتوجب تقديرها ابتداءً لغايات الرسوم، وتكون من الدعاوى المقدرة القيمة لغايات الرسوم عند إقامتها لذا فإن قيمتها تعتبر زائدة عن نصاب الاختصاص الصلحي وذلك سناً لنص المادة (55) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

أما من حيث الاختصاص المكاني بنظر الدعوى فقد ميز المشرع الأردني بين نوعين من الدعاوى، الدعوى المقامة من قبل الشركة والدعوى المقامة من احد المساهمين أو من الغير، ففي الدعوى المقامة من قبل الشركة في مواجهة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة فقد خرج المشرع الأردني عن القاعدة المتعلقة باختصاص محكمة موطن المدعى عليه بنظر الدعوى وجعله من اختصاص مركز إدارة الشركة وفقاً لنص المادة (38) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، وقد قصد المشرع من ذلك تجميع الدعاوى المتعلقة بالشخص المعنوي أمام محكمة واحدة بهدف التيسير على القضاء وتحقيق حسن سير العدالة، إذ أن الفصل في هذه الدعاوى قد يتطلب الاطلاع على المستندات الموجودة في مركز إدارة الشركة مما يجعل المحكمة التي يتبعها اقدر المحاكم على نظرها لقربها منه.⁽²⁾

(1) قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988 وفقاً لآخر التعديلات المنشور بالجريدة الرسمية رقم 3545 الصادرة بتاريخ 1988/4/2 في الصفحة 735.

(2) عوض الزعبي، أصول المحاكمات المدنية/دراسة مقارنة، (عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، 2003)، دون طبعة، الجزء الأول، 332-333.

أما الدعوى التي يقيمها أحد المساهمين أو الغير في مواجهة رئيس مجلس الإدارة أو أحد الأعضاء فلم ينص المشرع الأردني على قاعدة خاصة لغايات الاختصاص المكاني لذلك يتم تطبيق اختصاص محكمة موطن المدعى عليه فإن تعدد المدعى عليهم فتقام الدعوى في محل إقامة أحدهم شريطة أن تكون المحكمة المرفوع اليها الدعوى هي المحكمة المختصة طبقاً لموطن أحدهم وأن يكون تعدد المدعى عليهم جدياً وحقيقياً وإن يكون المدعى عليهم ملتزمين بصفة اصلية.⁽¹⁾

وحرصاً على التوفيق بين مصالح المساهمين والمسؤولية الواقعة من مجلس الإدارة تسعى التشريعات عادةً إلى وضع تقادم متوسط لدعوى المسؤولية حتى لا يترك أعضاء مجلس الإدارة في قلق دائم بسبب دعوى المسؤولية الامر الذي يترك أثراً غير إيجابي فيما يتعلق بأداء مهمتهم تجاه الشركة وما يترتب عليه من خسارة للمساهمين والغير.

إلا أن المشرع الأردني في مشروع قانون الشركات لم يحدد مدة لتقادم دعوى المسؤولية على رئيس وأعضاء مجلس الإدارة بنص المادة (196/أ) من مشروع القانون على عكس ما هو مأخوذ في قانون الشركات الأردني النافذ الذي نص في المادة (157/ب) على مدة تقادم دعوى المسؤولية بمضي خمس سنوات على تاريخ اجتماع الهيئة العامة الذي صادقت فيه على الميزانية السنوية والحسابات الختامية للشركة، وتسري على هذه الدعوى القواعد المتعلقة بوقف التقادم وقطعه المنصوص عليها في المواد (457-464) من القانون المدني الأردني. وإزاء عدم النص في مشروع قانون الشركات على مدة لتقادم دعوى المسؤولية فلا بد بحال إقرار المشرع لهذا النص من الرجوع إلى القواعد العامة والتي توجب التمييز بين تقادم دعوى الشركة على رئيس وأعضاء مجلس الإدارة من جانب ودعوى المساهم أو الغير من جانب آخر نظراً لاختلاف الأساس القانوني التي تقوم عليه هذه دعوى، ففي دعوى الشركة والقائمة على أساس المسؤولية العقدية فنجد أن تقادمها يكون طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة (58) من قانون التجارة الأردني⁽²⁾ كونها من الالتزامات التجارية والتي حددتها

(1) عوض الزعبي، المرجع المشار إليه آنفاً، ص 319-322.

(2) قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 المنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم 1910 بتاريخ 1966/3/30 في الصفحة 472.

بمضي عشر سنوات من تاريخ نشوء الحق بالمطالبة، أما دعوى المساهم أو الغير والقائم على أساس المسؤولية عن الفعل الضار فنجد تقادمها بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسؤول عنه ولا تسمع دعوى الضمان في جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الضرر، ومن خلال مشروع القانون نجد أن المشرع الزم مجلس الادارة في مواجهة الشركة بمدة زمنية طويلة مما سيلحق الضرر بالشركة بشكل خاص من خلال عزوف جماعة المساهمين من الترشح لعضوية مجلس الإدارة، وفي المقابل قلص المشرع مدة التقادم بالنسبة للدعاوى المقامة في مواجهة مجلس الإدارة والمقامة من قبل المساهم أو الغير .

أما في قانون الشركات المصري فقد نصت المادة 2/102 على أن دعوى الشركة تسقط بمضي سنة من تاريخ صدور قرار الجمعية العامة بالمصادقة على تقرير مجلس الإدارة إذا كان الفعل الموجب للمسؤولية قد عرض على الجمعية العامة بتقرير مجلس الإدارة أو مراقب الحسابات ومع ذلك إذا كان الفعل المنسوب إلى أعضاء مجلس الإدارة يكون جنائية أو جنحة فلا تسقط الدعوى إلا بسقوط الدعوى العمومية.

ويرى أحد الفقهاء أن دعوى الشركة، أي تلك الدعوى التي تمارسها الشركة نفسها بصفة أصلية أو يمارسها أحد المساهمين كشخص مستقل بسبب خطأ أعضاء مجلس الإدارة أو بعضهم هي وحدها التي تخضع للسقوط المنصوص عليه في المادة 102 من القانون رقم 159 لسنة 1981 فمصادقة الجمعية العامة على تقرير مجلس الإدارة بعد عرض الفعل الموجب للمسؤولية عليها ومضي سنة دون تحريك دعوى المسؤولية المدنية من الشركة ولا من أحد المساهمين يستفاد منه أن الشركة قد عفت عن الخطأ وأسقطت حقها في رفع دعوى المسؤولية، أما الدعوى الفردية المقررة للمساهم أو للغير الذي لحقه ضرر شخصي نشأ عن التصرف الخاطئ الصادر من مجلس الإدارة أو بعض أعضائه فلا تخضع للسقوط لأنها دعوى مسؤولية تقصيرية وإنما تتقدم وفقاً للقواعد العامة،⁽¹⁾ ومن الملاحظ أن مدة السنة المنصوص

(1) علي سيد قاسم، قانون الأعمال - الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 470.

عليها في المادة (102) من قانون الشركات المصري ليست مدة تقادم وإنما مدة سقوط وبالتالي فلا تقبل الوقف أو الانقطاع.⁽¹⁾

ونعتقد أن النهج الذي انتهجه المشرع المصري بالنسبة لتمييز دعوى الشركة عن دعوى المساهم أو الغير جدير بالإلتباع حيث أنه لم يلزم مجلس الإدارة بدعوى المسؤولية لمدة زمنية طويلة مما يحقق التوازن فيما بين مصلحة الشركة أو الشركاء أو الغير ومصلحة مجلس الإدارة، حيث أن هذا النهج لا يتماشى مع ما ذهب إليه المشرع الأردني في مشروع قانون الشركات حيث أنه قام بتمييز الدعاوى عن بعضها إلا أنه قدم حلاً معاكساً للنهج المتبع من قبل المشرع المصري حيث أنه قام بإطالة أجل دعوى الشركة وفي المقابل قصر أجل دعوى المساهم أو الغير أما قانون الشركات الاردني أيضاً لم يتبع نهج المشرع المصري كونه قد عمل على وضع مدة واحدة لجميع دعاوى المسؤولية المدنية المرفوعة على مجلس إدارة الشركة بجميع صورها حيث جاء النص عاماً، ونقترح أن ينتهج المشرع الأردني ذات النهج الذي اتبعه المشرع المصري لما يحقق توازن المصالح فيما بين مجلس الإدارة من جهة والشركة أو الشركاء أو الغير من جهة أخرى.

○ الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة دعوى المسؤولية المدنية المترتبة على أعضاء مجلس الإدارة جراء الاخلال بواجباتهم، وبعد أن بين هذا البحث مدى السلطة التي يتمتع بها مجلس الإدارة في هذه الشركة حيث أن لهذا المجلس السلطة الفعلية لرسم سياسة هذه الشركة وهو الذي يعبر عنها، وما منحه المشرع من سلطة واسعة لممارسة نشاطاته إلا أنه وضع حدوداً لا يجوز أن يتجاوزها هذا المجلس لأنه إذا تجاوزها ولم تكن تعود بالنفع على هذه الشركة ترتبت مسؤولية على أعضاء هذا المجلس.

(1) سميحة القليوبي، الشركات التجارية، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1993)، دون طبعة، ص 475.

وتعتبر مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة بمثابة الحاجز النهائي الذي يحكم تصرفات أعضاء مجلس الإدارة بحالة إخلالهم بالالتزامات التي تترتب عليهم جراء توليهم مسؤولية إدارة الشركة ورعاية أمورها أو عند خروجهم عن القواعد والنظم القانونية التي تحكم طبيعة عمل الشركة. وخلصنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوردتها فيما يلي:

♦ أولاً- النتائج:

- إن المشرع الأردني قد ضمن مشروع قانون الشركات الأردني في معظم نصوصه أحكام متطابقة مع قانون الشركات النافذ، وبذلك لم يرقم بأي إضافة تذكر ضمن المشروع على الرغم من مضي مدة زمنية طويلة على نفاذ قانون الشركات المعمول به.
- وسع المشرع الأردني ضمن مشروع قانون الشركات الصلاحيات الممنوحة لمجلس الإدارة فيما يتعلق بتنظيم الأمور المالية والمحاسبية والإدارية من خلال ربطها بمجلس الإدارة وحدة دون أي رقابة من قبل الجهات الإدارية مما قد يوسع من احتمالية إلحاق الضرر بالشركة والشركاء والغير.
- لم يتطرق المشرع الأردني ضمن نصوص مشروع قانون الشركات إلى حكم العقود التي يبرمها أعضاء مجلس الإدارة مع الشركة قبل اختيارهم لعضوية مجلس الإدارة.
- لم يرقم المشرع الأردني ضمن مشروع قانون الشركات بتوضيح طبيعة المركز القانوني لأعضاء مجلس الإدارة.
- أصاب المشرع الأردني ضمن نصوص مشروع قانون الشركات بتقليص مدة التمديد لمجلس الإدارة المشكل من قبل وزير الصناعة والتجارة من مرتين بحيث أصبح مرة واحدة كي لا تبقى الشركة بوضع قانوني غير مستقر لمدة زمنية طويلة.
- أصاب المشرع الأردني ضمن نصوص مشروع قانون الشركات باستبدال عبارة (خطأ في إدارة الشركة) بعبارة (سوء إدارة الشركة) الواردة ضمن نص المادة (196) من المشروع، حيث أنه وسع نطاق المسؤولية الواقعة على مجلس الإدارة.

♦ ثانياً - التوصيات:

- ضرورة تقليص المدة الزمنية الواجب على مجلس الإدارة اعداد ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر للسنة المالية المنصرمة ليتمكن المساهمون من الاطلاع على الوضع الاقتصادي للشركة.
- ضرورة النص ضمن نصوص مشروع الشركات على إلزام مجلس الإدارة بإرفاق تقرير مجلس إدارة الشركة وميزانيتها السنوية العامة وحساباتها الختامية وتقرير مدقي الحسابات والبيانات الإيضاحية مع جدول أعمال الهيئة العامة اضافة إلى نشر هذه البيانات على الموقع الالكتروني للشركة وذلك لقيام القرينة القانونية القاطعة على اطلاع جميع المساهمين على هذه الوثائق.
- ضرورة ربط قرار الموافقة على اسناد أية وظيفة من وظائف الشركة أو أي عمل دائم أو مؤقت بها إلى عضو مجلس الإدارة خلال فترة العضوية مقابل اجر للهيئة العامة في الشركة.
- ضرورة ربط الموافقة في أعمال المقاولات والتعهدات والمناقصات التي يتقدم بها احد أعضاء مجلس الإدارة بالهيئة العامة للمساهمين.
- ضرورة النص ضمن مشروع القانون على نسبة أعلى من النسبة المحددة ضمن نصوص مشروع القانون لغايات انتخاب أعضاء مجلس الإدارة في الشركة تتجاوز نسبة الأغلبية المطلقة.
- ضرورة النص بشكل صريح وواضح على مدة التقادم الخاصة بدعوى المسؤولية المدنية وعدم ربطها بالقواعد العامة المعمول بها في القانون التجاري والمدني حتى لا يؤدي ذلك إلى عزوف المساهمين على الترشح لعضوية مجلس الإدارة، إضافة إلى ضرورة التمييز بين تقادم دعوى مسؤولية الشركة ومدة تقادم دعوى المسؤولية الممنوحة للمساهم أو للغير.
- ضرورة إعادة نص المادة (196/ب) كما كانت في القانون النافذ لتصبح أن على عضو مجلس الإدارة الراغب بدفع مسؤوليته من خلال الإثبات الخطي أو أن يثبت بأنه قد تغيب عن حضور هذه الجلسات وأن يكون هذا الغياب مشفوع بمعذرة مشروعة.

ماهية التزام صاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء في القانونين العراقي والمصري

أ.د. جليل الساعدي⁽¹⁾

سعد حسون⁽²⁾

إن دخول النزلاء أو السياح إلى الفنادق يكون بمقتضى عقد يبرمونه مع صاحب الفندق يطلق عليه عقد الفندق، والذي يعد من المقومات الأساسية التي يقوم عليها النشاط السياحي، ومن ثم فهو يأخذ الأهمية ذاتها التي تكون للسياحة، وعلى الرغم من هذه الأهمية، إلا إن هذا العقد لم يحظَ من مشرع القوانين المقارنة، إلا بتناول بعض جوانبه، فهذا العقد ما يزال غير مسمى في القوانين المقارنة، ويعد ذلك قصوراً بالغاً من مشرع القوانين المقارنة، لأن عقد الفندق لم يعد هامشياً أو ثانوياً، بل أصبح يحتل مكانة مهمة تفوق الكثير من العقود المسماة. فصاحب الفندق باعتباره مهنياً شأنه شأن أي مهني آخر في المجتمع، ومن ثم فإن المتعاقدين معه يحتاجون إلى حماية وعناية مماثلة لتلك التي وفرها المشرع للعملاء المتعاملين مع المهنيين الآخرين.

ويرتب عقد الفندق التزامات متقابلة على عاتق طرفيه، ومن أهمها، التزام صاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء التي يجلبها النزيل معه إلى الفندق، وتبدو أهمية هذا الالتزام بالنسبة لطرفي العقد، فله أهمية كبيرة بالنسبة لصاحب الفندق، لأن الفندق كلما كان مهيباً بصورة جاذبة وموفراً لكل متطلبات سلامة النزلاء أو السياح وأشيائهم، سيكون ذلك مشجعاً للنزيل أو للسائح للإقامة لفترة أطول من التي كان يريد، أو العودة إليه متى ما حضر للبلد الذي يوجد فيه الفندق، ومن ثم يساهم في إقبال النزلاء على الفندق وزيادة أرباحه ونمو مركزه الإقتصادي،

(1) أستاذ القانون المدني كلية القانون - جامعة بغداد.

(2) باحث قانوني العراق - بغداد.

وله أهمية بالنسبة للنزول، لأنه يمكنه من الحصول على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق بأشيائه، إذا ما أخل صاحب الفندق بهذا الإلتزام، لذلك نظم أحكامه القانون المدني الفرنسي وكذلك المصري والعراقي، فضلاً عن القانون الإنكليزي بنصوص قانونية صريحة.

• أولاً- مشكلة البحث:

- تتجسد إشكالية البحث، في إيجاد إجابة مناسبة لأسئلة كثيرة تشكل مداراً للبحث، ومنها:
- 1- كيف نشأ الإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقة في ظل القوانين المقارنة؟
 - 2- ما هو تعريف الإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقة، وما هي شروط قيامه؟
 - 3- ما هي الطبيعة القانونية للإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقة؟
 - 4- من هم أطراف الإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقة؟
 - 5- ما هو النطاق الزمني للإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقة؟
 - 6- ما هو النطاق المكاني للإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقة؟
 - 7- ما هو تعريف الوديعة الفندقية، وما هو محلها؟
 - 8- هل يقتصر الإلتزام بضمان سلامة الأشياء على صاحب الفندق، أم يقع على النزول التزم بضمان سلامة الأشياء أيضاً؟.
 - 9- ما هي المخاطر التي تهدد سلامة أشياء النزلاء داخل الفنادق؟
- وما إلى ذلك من الأسئلة الأخرى التي تطرح في هذا الشأن، والتي سنحاول الإجابة عليها في هذا البحث.

• ثانياً- منهجية البحث:

إن هذا البحث هو محاولة متواضعة لدراسة ماهية الإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقة من خلال منهج في البحث يقوم على تحليل الآراء الفقهية والأحكام القضائية والنصوص القانونية التي تعنى بهذا الإلتزام، والعمل على تأصيلها في القانونين العراقي والمصري، وسنأخذ من القانونين الفرنسي والإنكليزي الأساس في هذه المقارنة.

فأما القانون الفرنسي، فبوصفه مصدراً إستقى منه القانون المصري والعراقي بعض نصوصه، وأما القانون الإنكليزي، فبوصفه مدرسة قانونية قائمة بذاتها يحتذى بها في الدراسات القانونية.

• ثالثاً- أهداف البحث وخطته:

على الرغم من أهمية إلترام صاحب الفندق بضمان سلامة أشياء النزلاء، وكثرة الإشكاليات التي يثيرها هذا الموضوع، لاسيما إذا ما علمنا إن العراق ليس بمنأى عن إمكانية إبرام هذا العقد لاسيما في مجال السياحة لاحتوائه على أنواع متعددة من الأماكن السياحية، كأماكن السياحة الدينية والأثرية والترفيهية، لم نجد على حد علمنا رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه، أو دراسة بحثية تحمل هذا العنوان، لهذا ارتأينا عقد هذه الدراسة عن الإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندق، لتحقيق الأهداف التالية:

1. الإجابة عن الأسئلة التي طرحت في فقرة مشكلة البحث سالفه الذكر.
 2. إعداد دراسة تساعد المشرع العراقي عند تنظيمه لقانون خاص بعقد الفندق، والإلتزام بضمان سلامة الأشياء الناشئ عنه.
 3. إثراء الوعي القانوني بهدف تحقيق الحماية القانونية لأشياء النزيل في عقد الفندق، والذي يكون في الغالب طرفاً ضعيفاً وليس محترفاً ولا خبيراً بهذا العقد، على العكس من صاحب الفندق الذي يكون قوياً؛ لكونه محترفاً ويمتلك خبرة كبيرة في مجال عمله.
 4. إيضاح موقف القانون الفرنسي والقانون الإنكليزي من الإلتزام بضمان سلامة الأشياء الناشئ عن عقد الفندق.
- ومن أجل إعطاء البحث بُعداً وتحقيق أهدافه، سنقسمه على مطلبين، نفردهم الأول منهما لبيان مفهوم الإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندق، ونعقد الثاني لإيضاح نطاق الإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندق.

○ **المطلب الأول: مفهوم الإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية**

لغرض بيان مفهوم هذا الإلتزام وإعطاء صورة واضحة عنه، سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نورد الأول منها لبيان نشأته، ونعقد الثاني لبيان تعريفه وطبيعته القانونية، أما الفرع الثالث فنخصصه لتحديد أطرافه.

◆ **الفرع الأول: نشأة الإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية**

يعد التزام صاحب الفندق بضمان سلامة أشياء النزول من الإلتزامات الأساسية التي تقع على عاتقه في مواجهة النزول، لذا نظم أحكامه القانون المدني الفرنسي وكذلك المصري والعراقي⁽¹⁾، وذلك خلافاً لالتزام صاحب الفندق بضمان سلامة جسد النزول، إذ لم ينظمه بنصوص صريحة، فلم يكن الإيواء أو الإقامة من المسائل المطروحة آنذاك⁽²⁾، وهو ما لم يحدث مثلاً في عقد النقل الذي انصب فيه اهتمام الفقه والقضاء والمشرع على الإلتزام بضمان سلامة جسد الأشخاص على الرغم من وجود صعوبات كثيرة تتعلق بالأمتعة التي كانوا يحملونها، والتي كان يتعرض بعضها للتلف أو السرقة أو الضياع⁽³⁾.

وتعود ولادة الإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية⁽⁴⁾ في ظل القانون الانكليزي إلى القانون العام (Common Law) الناشئ عن السوابق القضائية، والسبب وراء ولادة هذا

(1) ينظر: المواد (1952-1954) من القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 المعدل بالمرسوم رقم (131) الصادر في 2016/2/10، (727-728) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 (المعدل)، (972-973) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 (المعدل).

(2) د. أحمد السعيد الزقرد، عقد النزول في الفندق دراسة في التزامات الفندقية ومسؤوليته المدنية في مواجهة السائح أو العميل، ط1، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر 2008، ص85.

(3) د. حسن حسين البرواري، المسؤولية المدنية لصاحب الفندق، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 75، 2005، ص38.

(4) وتجدر الإشارة إلى إن الفقهاء الإنكليز يطلقون على عقد الفندقية أسم عقد الحجز (the contract of booking) أو عقد حارس أو صاحب الفندق (hotel-keeper's contract) ويعده من العقود البسيطة (الرضائية) ويعرفونه بأنه: "اتفاق ملزم قانوناً بين صاحب الفندق والنزيل (الضيف) يلتزم بمقتضاه صاحب الفندق بتوفير الإقامة للنزيل، مع توفير الطعام والشراب إذا كان ذلك مطلوباً أو أي خدمة أخرى مثل تنظيم المؤتمرات أو الحفلات"، وتتنطبق المبادئ العامة لقانون العقد الإنكليزي أيضاً على العقد المبرم بين صاحب الفندق (innkeeper) والنزيل (guest) بما فيها القواعد التي تحكم الإيجاب والقبول.

الالتزام على عاتق صاحب الفندق هو الظروف التي كانت سائدة في القرون الماضية في عصر الإقطاع عندما كانت الفنادق عبارة عن أبنية صغيرة معزولة خارج المدن، إذ كان صاحب الفندق مسؤولاً عن ضمان سلامة النزلاء وممتلكاتهم الشخصية منذ عام 1367 م عندما كانت إحدى الوظائف الأساسية له هي حماية نزلائه من اللصوص، بحيث إذا تم نهب أحد النزلاء في الفندق فإن ذلك يعد خرقاً لواجبات صاحب الفندق المتمثلة بحماية النزلاء من هذه المحنة، زد على ذلك إذا قام أحد موظفي الفندق بسرقة ممتلكات النزلاء الشخصية يمكن للنزلاء استعادة ضعف قيمة مكان الإقامة فضلاً عن ذلك وحتى إذا لم يتم التعرف على مرتكب الجريمة، فإن صاحب الفندق يبقى مسؤولاً أمام النزلاء عن قيمة الممتلكات المسروقة، مما يعني إن صاحب الفندق كان مسؤولاً مسؤولية مشددة في مواجهة النزلاء⁽¹⁾.

وهذا هو ما عبر عنه القاضي كوكران (Cochrane) في قضية (Crapo v. Rockwell) قائلاً: "في تلك الأيام كان هناك القليل من الأمان خارج القلاع والمدن المحصنة للمسافرين سيراً على الأقدام، حيث كانوا يتعرضون في رحلتهم إلى السلب والنهب من قبل قطاع الطرق واللصوص، لأنهم يفتقرون إلى الحماية الكافية لاسيما في الليل فيضطرون للبحث عن مأوى مؤقت في الفنادق الموجودة على جانب الطريق والتي أنشئت وأقيمت لتسليتهم وراحتهم، ويتعرض المسافرون إلى السرقة والعنف كانوا مجبرين على التوقف عن مواصلة رحلتهم في الليل والسكن في الفنادق، وصاحب الفندق لم يكن مستثنى من الإغراء في ذلك الوقت، إذ من الممكن أن يشترك مع اللصوص في سرقة النزلاء، لذلك نشأ مبدأ مفيد يقول بأن صاحب الفندق مدين لنزليه ليس فقط بواجب الضيافة، بل بالحماية أيضاً"، ومن ثم يجب على

See: Oliver Radolović, *Hotel Guest's Liability for Non-Payment of Hotel Services in Comparative Law*, International Journal of Economics and Management Engineering, World Academy of Science, Engineering and Technology, Vol 4, No 6, 2010, p: 1115, Available on the website:

<https://pdfs.semanticscholar.org/a2d5/00259c75d42f8f4091eb3847d3d06171cdbc.pdf>, Date of entry: 3/4/2019. And Michael Boella and Alan Pannett, *Principles of Hospitality Law*, SECOND EDITION, copyright by The Thomson, London, 2000, P. 103. And John Downs, *United Kingdom*, Copyright © International Forum of Travel and Tourism Advocates IFTTA, **Establishment of the BTA and the Tourist Boards**, 2018, **Available on:** <http://iftta.org/united-kingdom>, **Date of entry:** 30\10\2018. Without the page number.

(1) RICHARD K.WESTBROOK AND DIANA SINGSON AND STEPHEN BARTH, *PROPOSED MODEL INNKEEPER'S LIMITATION OF LIABILITY STATUTE* © 2008-2020 *HospitalityLawyer.com, Inc*, P. 3.

صاحب الفندق الذي أخذ على عاتقه وظيفة تتمثل بتقديم خدمة عامة استقبال النزلاء وضمان سلامتهم وسلامة ممتلكاتهم داخل الفندق، ومبدأ التزام صاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء في القانون العام (Common Law) ينطلق من النظرية القائلة بأنه يسيطر على أبنيته والممتلكات والخدم والنزلاء⁽¹⁾.

وظل التزام صاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء خاضعاً لأحكام القانون العام (Common Law) إلى عام 1956 حينما صدر قانون أصحاب الفنادق لسنة 1956 (Hotel Proprietors Act 1956)⁽²⁾ الذي وضع القواعد التي تنظم مسؤولية صاحب الفندق وتفرض عليه واجباً مشدداً بضمان سلامة أشياء النزلاء.

♦ الفرع لثاني: تعريف الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية وبيان طبيعته القانونية

• أولاً- تعريف الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية:

ذهب جانب من الفقه⁽³⁾ إلى إن تعريف الإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية يمكن أن يتحدد بالنظر إلى شروطه فعرّفه بأنه اتجاه أحد المتعاقدين (النزيل) إلى المتعاقد الآخر الذي يكون مهنيّاً محترفاً (صاحب الفندق)، من أجل الحصول على خدمة (الإقامة)، في ظل وجود خطر يهدد سلامة المتعاقد الأول طالب الخدمة وسلامة أشياءه، ويُستخلص إن

(1) Joseph James Hemphling, *Innkeeper's Liability at Common Law and under the Statutes*, 4 Notre Dame L. Rev. 421, 1929, p. 426 - 427, Available at: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4407&context=ndlr>, Date of entry: 22/12/2018.

(2) Available on: <https://www.legislation.gov.uk>, Date of entry: 28/12/2018.

(3) د. سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بضمان السلامة في عقد العمل، ط 1، من دون مكان وسنة النشر، ص 34 - 38. د. محمد علي عمران، الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 143 وما بعدها. د. علي سيد حسن، الإلتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1990، ص 66 وما بعدها. د. أشرف جابر سيد، المسؤولية عن فعل الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 54 وما بعدها. وينظر في الفقه الفرنسي:

V. Goldschmidt, *L'obligation de sécurité*, Lyon, 1947, p. 131. Et s. J. Becque, *la protection de la victime d'un dommage corporel et ses proches dans le cadre contractuel*, ces paris II, 1943, p. 161. Et s.

هناك ثلاثة شروط لقيام الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندق وهي، أن يسلم النزيل أشياءه إلى صاحب الفندق أو يودعها داخل الفندق، وأن يوجد خطر يهدد سلامة أشياء النزيل، وأن يكون الملتزم بتقديم الخدمة (صاحب الفندق) مهنيًا ومحترفًا.

فيما عرف بعض الفقه⁽¹⁾ الإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندق بالنظر إلى ذاته بأنه: سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضرراً لأشياء الدائن المستفيد من السلعة أو الخدمة وهو التزام بتحقيق غاية وليس ببذل عناية.

وعلى الرغم من تسليمنا بتوافر جميع الشروط المتقدمة في التزام صاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء لكن يبدو بأن تعريف الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندق بالنظر إلى شروطه لا يسלט الضوء على ماهية هذا الالتزام، ولا يبين المقصود بفكرة السلامة التي يلتزم بها المدين وما هو المطلوب منه بالضبط، لذلك يقتضي التعرض لمفهوم هذا الالتزام بالنظر إلى ذاته من خلال بيان المقصود بفكرة السلامة في ذاتها، وتحديد ما هو المطلوب من صاحب الفندق بالضبط، حيث تعني السلامة الحالة التي تكون فيها أشياء النزيل محفوظة من أي ضرر يسببه لها تنفيذ الإلتزامات التعاقدية في الإتفاق المبرم بين الأخير وصاحب الفندق، وهي كمحل لالتزام صاحب الفندق بضمان السلامة غير قابلة للتجزئة، إذ لا يمكن التعبير عنها بشكل وسطي، لأن التنفيذ لها لا يمكن زيادته أو نقصانه، فهي مفهوم أحادي لا يقبل التدرج أو التنوع، ويتطلب الوفاء بالسلامة أن تكون مطلقة لا يشوبها نقص ولا تعترضها حادثة وأن تغطي كل الفترة اللازمة لتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد، كما تتطلب أن يمارس المدين بها (صاحب الفندق) سيطرة فعلية على جميع العناصر التي يمكن أن تسبب ضرراً للدائن بها (النزيل)، والسيطرة تعني التأثير الكامل أي توجيه ورقابة يمارسان بواسطة صاحب الفندق على هذا السلوك وتلك الأشياء بشكل يجعل استخدامها غير مضرًا بسلامة أشياء النزيل،

(1) د. عابد فايد عبد الفتاح فايد، الإلتزام بضمان السلامة في عقود السياحة في ضوء قواعد حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 13. د. أحمد عبد الحميد أمين، التزام الطبيب بضمان السلامة - دراسة مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة 2011، ص 246 وما بعدها. وينظر في الفقه الفرنسي: (F) Defferrad, *une analyse de l'obligation de sécurité a l'épreuve de la cause étrangère*, Dalloz revue, 1999, P. 368.

علاوة على ذلك تقتضي فكرة السلامة أن تكون هذه العناصر داخلة في نطاق العقد المبرم بين صاحب الفندق والنزيل أي ضرورة انتماء العناصر المسببة للضرر إلى عقد الفندقية⁽¹⁾. وهذا ما رسخته محكمة الاستئناف الانكليزية في حكمها الصادر في قضية (Olley v Marlborough Court) التي تتلخص وقائعها بذهاب المدعية وزوجها للإقامة في أحد الفنادق للسكن فيه لمدة أسبوع وقد دفعا قيمة السكن والطعام مقدماً وعند صعودهما إلى غرفتهما لاحظا وجود لافتة معلقة على أحد الجدران تنص على: "إن أصحاب الفندق لا يعدون أنفسهم مسؤولين عن الأشياء التي تفقد أو تسرق إلا إذا كانت قد سلمت إلى المديرين لإيداعها في مكان أمين" وبسبب إهمال موظفي الفندق سرق لص قسماً من ممتلكات الزوجة أثناء غيابهما، حيث حكمت المحكمة المذكورة بأن اللافتة المعلقة لا تعد جزءاً من العقد، لأن العقد تم قبل أن يصعد الزوجان إلى الغرفة، ومن ثم يكون صاحب الفندق مسؤولاً عن فقدان⁽²⁾.

ومن الضروري الإشارة إلى إن هناك علاقة طردية وصلة وثيقة جداً بين الأمن والسلامة في الفنادق بحيث كلما ارتفعت تدابير الأمن، ارتفعت درجة السلامة في الفندق، فلا يمكن تحقيق السلامة من دون اتخاذ إجراءات الأمن، فالجهة الأمنية في الفندق لها دور فعال في ضمان أمن وسلامة أشياء النزلاء والموظفين على حد سواء، لذلك أوجبت تعليمات تصنيف وتشغيل المرافق السياحية العراقية رقم (1) لسنة 2004 توفير موظف أمن الفندق مهمته الاهتمام بكافة النواحي الأمنية على أن يقيم في الفندق⁽³⁾، والغريب في الموضوع إن هذه التعليمات لم توجب توفير موظف أمن الفندق في فنادق الدرجة الأولى والثانية والمرتبة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنها اشترطت توفر موظف أمن واحد في فنادق الدرجة الثالثة والرابعة، ويبدو لنا إن هذا العدد قليل جداً قياساً بالمخاطر التي من الممكن أن تهدد أمن الفنادق في العراق.

(1) د. عابد فايد عبد الفتاح فايد، مصدر سابق، ص 16 - 18.

(2) See: G.H. Treitel, *An outline of the law of contract*, second edition, Butterworth's, London, 1979, p. 78.

(3) ينظر على سبيل المثال: المواد (7/أولاً/19) والمادة (7/ثانياً/22) من تعليمات تصنيف وتشغيل المرافق السياحية العراقية.

وبناءً على ذلك يمكننا تعريف الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقة بالنظر إلى ذاته بأنه سيطرة صاحب الفندق على الأشخاص والأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد والتي قد تلحق الضرر بأشياء النزيل، من خلال توقع ذلك الضرر واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوعه أو التخفيف من آثاره.

• ثانياً- الطبيعة القانونية للالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقة:

إن البحث في الطبيعة القانونية للالتزام بصاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء يقتضي تحديد ما إذا كان هذا الالتزام بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية، ولهذه التفرقة أهمية كبيرة في مجال الإثبات اللازم لقيام المسؤولية⁽¹⁾ وتزداد هذه الأهمية بسبب التفاوت الواضح في المعرفة والخبرة بين صاحب الفندق والنزيل، فإذا كان التزام صاحب الفندق بضمان سلامة أشياء النزيل هو التزام ببذل عناية، فلا ينتظر منه النزيل سوى بذل العناية اللازمة لتحقيق غايته، وبالتالي لا يعد صاحب الفندق مخالفاً بالتزامه إن لم تتحقق النتيجة المطلوبة طالما إنه بذل في سبيل تحقيقها عناية الرجل المعتاد، ومن ثم لا يكفي النزيل للحصول على التعويض أن يثبت حصول الضرر الذي أصابه، بل يجب عليه إقامة الدليل على خطأ صاحب الفندق والمتمثل بإخلاله بالتزامه بضمان السلامة⁽²⁾.

أما إذا كان التزام صاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء التزاماً بتحقيق نتيجة، فعدم تحقق الأخيرة كافٍ لقيام مسؤولية صاحب الفندق، والغاية المرجوة هنا هي سلامة أشياء النزيل من السرقة أو التلف أو فقدان من لحظة دخوله إلى الفندق إلى لحظة مغادرته، بحيث يخرج النزيل من الفندق وأشياءه سليمة كما دخله فإذا حقق صاحب الفندق هذه الغاية فإنه يكون قد أوفى بالتزامه⁽³⁾، وفي هذا الصدد يثار التساؤل عن طبيعة التزام صاحب الفندق بضمان سلامة أشياء النزيل المودعة لديه؟

(1) د. أحمد السعيد الزقرد، عقد النزول في الفندق، مصدر سابق، ص 105.

(2) د. أمل كاظم سعود ود. محمد علي صاحب، الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 7، المجلد 1، 2013، ص 109 - 112.

(3) د. حسن حسين البرواري، المسؤولية المدنية لصاحب الفندق، مصدر سابق، ص 46.

أخذ المشرع الفرنسي بما أستر عليه الفقه الفرنسي وجعل التزام صاحب الفندق بضمان سلامة أشياء النزيل هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، عندما شبه الوديعة الفندقية بالوديعة الاضطرارية، وهذا ما تضمنته المادة (1952) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على إنه: "أصحاب الخانات أو الفنادق مسؤولين بصفتهم مودع عندهم عن الملابس والأمتعة والأشياء المختلفة التي يحملها المسافرون معهم داخل منشآتهم وإيداع مثل هذه الأمتعة يجب اعتباره مثل الوديعة الاضطرارية" وعرف الأخيرة في المادة (1949) منه بأنها: "الوديعة التي يضطر فيها المودع إلى الإيداع تحت ظروف معينة كالحريق والتخريب والنهب والغرق وما شابه ذلك من الحوادث الطارئة"⁽¹⁾، والظروف التي يتم فيها الإيداع هي أهم ما يميز الوديعة الاضطرارية ويضيف بعض الفقه الفرنسي في حالات معينة شرطاً ثانياً للوديعة الاضطرارية، وهو أن لا يكون الحادث متوقعاً، ومن ثم تستبعد الحوادث المتوقعة من ذلك، كما لو أودع شخص معطفه في مخزن الأمانات وهو يدخل المسرح، حيث إن المودع في المثال الأخير قد اختار الإيداع بمليء إرادته، لأنه توقع الحادث الذي سيضطره إلى الإيداع، ومن ثم لا تكون الوديعة هنا اضطرارية⁽²⁾، ولكن القضاء الفرنسي لم يجمع على هذا الشرط، وقد تجاوز عنه في الوديعة الفندقية، ومن ثم لا يشترط أن يكون الحادث الذي ألجأ النزيل إلى إيداع أشياءه لدى صاحب الفندق غير متوقعاً، ويكفي أن يكون حادثاً أضطر النزيل على الإيداع⁽³⁾، والحكمة من إخضاع الوديعة الفندقية لأحكام الوديعة الاضطرارية بحسب رأي الفقه الفرنسي هي أن يستفيد النزيل من نظام الإثبات الميسر في الوديعة الاضطرارية لإثبات ما أودعه لدى صاحب الفندق⁽⁴⁾، لأن الوديعة الاضطرارية يمكن إثباتها بطرق الإثبات كافة بما فيها الشهادة⁽⁵⁾.

(1) Voir: La loi est disponible sur le site: <https://www.legifrance.gouv.fr>

(2) LOUIS JOSSE RAND, *COURS DROIT DE CIVIL POSITIF FRANÇAIS*, Troisième édition, vol. II, ÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS LES PRINCIPAUX CONTRATS DU DROIT CIVIL LES SURETES RECUEIL SIREY, LIBR, LIBRAIRIE RECUE IL SIREY, PARIS 1939, p. 806, no. 1369.

(3) Voir: l'arrêt de la Cour de cassation française du 24 juillet 1923.

(4) Henre leon et jean MAZEAUD, *lecons de droit civil*, tome, 3, 4 ed. 2 volumes, contrats principaux, par M. de JUGLART, 1974, n 1511, p. 754.

(5) Voir: l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation française du 14 février 1990.

وثمة رأي في الفقه الفرنسي يرى - وبحق - بأن الوديعة الفندقية لا تعد وديعة اضطرارية بالمعنى الدقيق لسببين الأول: إن النزول غير مضطر للإيداع والسبب الثاني: هو إن النزول في الفندق لا يعد حادثاً طارئاً، بل على العكس من ذلك لا يقدم النزول على إبرام عقد الفندق إلا بعد أن يكون خطط لذلك تخطيطاً كاملاً⁽¹⁾.

علاوة على ذلك، أكدت المادة (1953) من القانون المدني الفرنسي على إن التزام صاحب الفندق هو التزام بتحقيق نتيجة، وذلك عندما عدته مسؤولاً عن ضياع أو تلف أشياء النزول سواء أكان الضياع بفعله، أو بفعل المترددين على الفندق⁽²⁾، حيث نصت على إن: "صاحب الفندق مسؤول عن سرقة هذه الأشياء أو ضررها سواء أكانت السرقة أو الضرر قد ارتكبا مستخدميه أو تابعيه، أو من قبل أطراف ثالثة يأتون ويذهبون في الفندق"⁽³⁾، ويفهم من ذلك إن القانون المدني الفرنسي، لا يعد فعل الغير الذي توافرت فيه شروط قيام القوة القاهرة سبباً أجنبياً تنتفي به مسؤولية صاحب الفندق الناشئة عن الإخلال بالتزامه بضمان سلامة أشياء النزول⁽⁴⁾ وهذا يعكس مظاهر المسؤولية المشددة المفروضة على صاحب الفندق. أما المشرعان المصري والعراقي، فلم يتطرقا إلى الوديعة الاضطرارية، ويبرر بعض الفقه المصري هذا المسلك، في إن القواعد العامة فيها ما يغني عن أحكام الوديعة الاضطرارية، لأنها تجيز الإثبات بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن إذا كانت هناك استحالة أو موانع مادية أو أدبية تمنع المودع من الحصول على دليل كتابي وهو ما يتحقق في الوديعة

(1) philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Cours de droit civil, contrats spéciaux*, éd. Cujas, 2001, p. 564.

(2) Jean-Louis BERGEL, *Les Responsabilités des Hôteliers*, Gaz. Pal, 1977, doctrin, n. 10. François VAN DER ELST, *Hôtellerie, Ency*, Dalloz, Com. N ° 74. Et s. LUC BIHL, *La notion de dépôt à chaud*, Apres la loi du 24 decembre 1973, JCP, 1974, ed, G, 2616, no. 10. René de QUENAUDON, DEPOT, *Dépôt, Juris classeurs*, civil, Art, 1949 à 1954, Fasc, 60, n ° 7. François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, *contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 4 éd, 1998, n 819.

(3) Voir: La loi est disponible sur le site: <https://www.legifrance.gouv.fr>

(4) رشا مصطفى محمد أبو الغيط، التزام السلامة لنزلاء الفنادق والقرى السياحية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص 419.

الاضطرارية⁽¹⁾، ومع ذلك يرى البعض الآخر من الفقه المصري إن الوديعة الفندقية تكون في حكم الوديعة الاضطرارية وتسري عليها أحكام الأخيرة من حيث الأجر والإثبات والمسؤولية⁽²⁾. وقد نظم المشرعان المصري والعراقي الوديعة الفندقية تنظيمًا خاصاً ومميزاً عن الوديعة العادية حينما جعلتا التزام صاحب الفندق بضمان سلامتها التزاماً بتحقيق نتيجة، من خلال فرض مسؤوليته عن أفعال المترددين على الفندق، متفقين بذلك مع مسلك المشرع الفرنسي، حيث نصت المادة (1/727) من القانون المدني المصري التي نصت على أن: "يكون أصحاب الفنادق والخانات وما يماثلها فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها المسافرون والنزلاء مسؤولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان...."، وإلى معنى مقارب أشارت المادة (1/972) من القانون المدني العراقي بأن: "أصحاب الفنادق والخانات والمناوي (البنسيونات) فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها النزلاء مسؤولون عن فعل كل رائح أو غاد في الفندق أو الخان....".

وقد عرف البعض الوديعة الفندقية بأنها: "قيام النزول أو من ينوب عنه بإيداع أمتعته وأغراضه في الفندق"⁽³⁾ ويبدو إن هذا التعريف غير دقيق، لأنه يعرف عملية الإيداع وليس الوديعة الفندقية في ذاتها، كما أنه تضمن تكرار لا داعي له في عبارة (وأمتعته وأغراضه) مع إن المعنى يبدو واحداً، زد على ذلك إنه لم يتضمن الهدف أو الغرض من الإيداع، فضلاً عن ذلك فإنه يصور بأن النزول يمكنه إيداع أي شيء يدخل في نطاق أمتعته وأغراضه، في حين إن الواقع غير ذلك، إذ إن هناك أشياء لا يسمح للنزول بإيداعها داخل الفندق، كالحيوانات الحية والمخدرات، وعلى ذلك يمكن تعريف الوديعة الفندقية بأنها: الأشياء المنقولة التي يسمح للنزول أو تابعيه بإيداعها لدى صاحب الفندق أو من يمثله، لغرض المحافظة عليها وردها له أو إليهم عند المغادرة.

(1) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج 1 - العقود المسماة، المطبعة العالمية، مصر، 2005، ص 441.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص: 991، د. حسن حسين البروراري، المسؤولية المدنية لصاحب الفندق، مصدر سابق، ص 64.

(3) حسين عبيد شعواط الحميداوي، تكييف عقد الإقامة في الفندق، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، العدد 1، المجلد 5، 2012، ص 294.

وفيما يتعلق بالقانون الانكليزي، فلم ينص على الوديعة الإضطرارية، ولكن فرض على صاحب الفندق واجب مشدد يتمثل بالالتزام بضمان سلامة أشياء النزيل، حيث فرضت أغلب السلطات القضائية مسؤولية مشددة على صاحب الفندق وجعلته مسؤولاً عن جميع السرقات التي تحدث داخل الفندق سواء ارتكبها النزلاء الآخريين أو الخدم أو الغرباء، ما لم يكن النزيل المضرور هو المسؤول عن وجود اللص داخل الفندق، كأن يجلبه إلى الفندق كرفيق أو خادم⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المادة (2/2) من قانون أصحاب الفنادق لسنة 1956 حينما فرضت على صاحب الفندق مسؤولية مشددة (موضوعية) قائمة على ركن الضرر بالنسبة لجميع الأشياء التي يجلبها النزيل معه إلى الفندق، ما عدا سيارة النزيل والمركبات الأخرى والحيوانات الحية التي يحضرها معه النزيل ومواد تسخيرها، حيث يكون مسؤولاً عنها مسؤولية عادية غير مشددة، ولا تقوم مسؤوليته عنها إلا إذا أثبت النزيل إن فقدانها أو الأضرار التي تعرض لها كانت نتيجة خطأه أو خطأ تابعيه، مما يعني إن طبيعة التزام صاحب الفندق بضمان سلامة مركبات النزيل أو الأشياء الموجودة فيها، والحيوانات الحية أو معدات تسخيرها التي يجلبها معه النزيل إلى الفندق تكون التزام ببذل عناية، وفيما عدا ذلك تكون طبيعة التزامه التزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الانكليزية بمسؤولية صاحب الفندق في قضية (Carpenter v. Haymarket Hotel) والتي تتلخص وقائعها في إن السيد والسيدة كاربنتر قاما بتسجيل الوصول في الفندق وبعد تناول العشاء وشرب الشاي في الفندق، وضعت السيدة كاربنتر خاتماً من الألماس كانت ترتديه في علبة صغيرة وبعد ذلك في صندوق مفتوح تركته في غرفة النوم وأقفلت باب غرفة النوم، ثم قامت بإيداع مفتاح الغرفة لدى موظف الاستقبال في الفندق، وبعد ذلك سُرقت صندوق الجواهر والخاتم فأقامت على صاحب الفندق دعوى ولكن الأخير دفع بأنه غير مدين تجاه السيدة كاربنتر بأي واجب أو تعويض لأنها تصرفت بإهمال في ترك الخاتم وصندوق المجوهرات في غرفة النوم، فوجدت المحكمة بأن السيدة كاربنتر قد

(1) See: Joseph J. Hemphling, op. cit, p. 423.

(2) See: the law on the website: <https://www.legislation.gov.uk>.

بذلت العناية المعقولة في إحراز الخاتم وصندوق المجوهرات، وبناءً على ذلك، لم تكن الخسارة ناتجة عن إهمالها، ومن ثم قضت بمسؤولية صاحب الفندق وحكمت لها بالتعويض⁽¹⁾.
وبذلك يكون الراجح فقهاً وقضاءً والثابت قانوناً هو أن تكون طبيعة التزام صاحب الفندق بضمان سلامة أشياء النزلاء التزام بتحقيق نتيجة، وهو ما نرجحه ونتفق معه، لكونه يحقق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية، ولأنه أقرب إلى روح العدالة، ومن ثم يكون صاحب الفندق مسؤولاً عن الضرر والفقْدان الذي يلحق بأشياء النزلاء، ولا يستطيع نفي المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي.

♦ الفرع الثالث: أطراف الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية

• أولاً- الدائن بالالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية:

لقد اختلفت القوانين المقارنة في التسمية التي تطلق عليه، فقد أطلق عليه المشرع الفرنسي والمصري تسمية المسافر (le voyageur)، في حين أطلق عليه المشرع العراقي تسمية النزيل⁽²⁾، وهو كل من يتعاقد مع صاحب الفندق على مأوى سواء أكان سائحاً أجنبياً أم وطنياً مسافراً كان أو مقيماً في البلد⁽³⁾، كما يعرف النزيل بأنه: "هو الشخص الذي يتعاقد مع الفندق بغرض التمتع بالإقامة في الفندق مع سائر الخدمات التي يقدمها الفندق له سواء كانت خدمات ترفيهية أو رياضية أو صحية أو غذائية"⁽⁴⁾، ولكي يستفيد النزيل من أحكام الوديعة الفندقية التي تضمنتها القوانين المقارنة يشترط أن يقيم في الفندق إقامة فعلية، بمعنى أن يسكن في الفندق إما إذا عهد بأشياءه إلى صاحب الفندق من دون الإقامة في الفندق، فإن الوديعة هنا لا تخضع لأحكام الوديعة الفندقية، كما يشترط أن تكون إقامة النزيل قصيرة، وذلك لأن الإقامة

(1) See: ALAN PANNETT, *PRINCIPLES OF HOTEL AND CATERING LAW*, Third Edition, copyright by Cassel Educational Limited, London, 1992, p. 155.

(2) ينظر: المواد (1952-1954) من القانون المدني الفرنسي، و (728) من القانون المدني المصري، (972-973) من القانون المدني العراقي.

(3) د. حسن حسين البروراي، التزام صاحب الفندق بحفظ أمتعة العملاء في القانون القطري الجديد، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 76، 2006، ص 414.

(4) د. أيمن فوزي المستكاوي، عقد الفندقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 21.

الدائمة أو الطويلة تسمح للمقيم بالتعرف على شروط ووسائل الضمان والأمان الموجودة بالمنشأة، ومن ثم يصبح بمقدوره أخذ التدابير والاحتياطات اللازمة، فكلما طالت مدة الإقامة، كلما صعب ذلك من اعتبار العلاقة عقد فندقية وتختلط هنا بعقد الإيجار المفروش⁽¹⁾، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحكام كثيرة⁽²⁾.

ويبدو إن اشتراط الإقامة القصيرة للنزول لكي يخضع لأحكام الوديعة الفندقية لا داعي له، لأن النزول وإن أقام في الفندق لفترة طويلة، فلا يمكنه الإلمام بكل متطلبات ومستلزمات الأمان والسلامة، لأنه لا يملك إمكانية فحص ومراجعة وسائل الأمان والسلامة المتخذة من قبل صاحب الفندق، ولذلك ينبغي أن يخضع كل نزول لأحكام الوديعة الفندقية بغض النظر عن طول أو قصر مدة إقامته في الفندق.

أما المشرع الإنكليزي، فقد أطلق على الدائن بالالتزام بضمان السلامة في عقد الفندقية تسمية النزول (guest) أو المسافر (traveller) في قانون أصحاب الفنادق لسنة 1956 وميز بين النزول والمسافر، فالنزيل هو الشخص الذي يقيم في الفندق من دون أن يبيت فيه، كأن يقيم في الفندق لعدة ساعات، أما المسافر فهو الشخص الذي يقبل صاحب الفندق استقباله وتوفير مكان للإقامة والنوم له، أما إذا رفض صاحب الفندق استقباله ولو بشكل خاطئ فإنه لا يكون مسافراً، كما إن مصطلح المسافر لا يشمل كل من ينام في الفندق، حيث يستثنى منه عائلة صاحب الفندق وموظفيه وضيوفه الخاصين والمستأجرين المقيمين في الفندق لفترات طويلة بموجب عقد خاص، فضلاً عن ذلك لا يعد مسافراً الشخص الذي رفض صاحب الفندق إقامته في الفندق، ثم سمح له نزول آخر بمشاركة غرفة النوم معه من دون إذن صاحب الفندق، ويظل الشخص مسافراً حتى إذا بقي في الفندق لبعض الوقت، أو حتى لأشهر شريطة عدم حدوث أي شيء لتغيير وضعه كمسافر، ولا يوجد معيار محدد لتحديد متى يبقى المسافر المقيم في الفندق مسافراً ومتى تزول عنه هذه الصفة ويصبح مستأجراً، ويعتمد ذلك على

(1) د. محمد عبد الظاهر حسين، عقد الفندقية - طبيعته - آثاره - مسؤولية الفندقية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 38 - 39.

(2) Voir - Cass - Civ. 25/6/1913, S, 1913, 1, 487. Paris, 12/2/1934, Gaz. Pal, 1934, 1, 834. Cass - Soc.28/4/1939, S, 1939, 1, 205.

ملايسات كل قضية، كمدة إقامة المدعي والسعر المدفوع، ومقدار الإقامة الممنوحة⁽¹⁾، فإذا أجرى المسافر اتفاقاً على الإقامة في الفندق لفترة محددة، كأن تكون ثلاثة أشهر فإنه سيُعد مستأجراً وليس مسافراً⁽²⁾، علماً إن صفة المسافر تزول عن الشخص أما بمحض إرادته كأن يغادر الفندق، أو نتيجة إعطائه إشعاراً بمغادرة الفندق خلال فترة معقولة⁽³⁾.

كما حصل في قضية (Lamond v Richard) التي أجاز القضاء فيها لصاحب الفندق أن يطلب من النزيل المغادرة متى توقف عن كونه مسافراً وأصبح مقيماً، بشرط إمهاله مدة معقولة⁽⁴⁾.

فالقانون الانكليزي يفرض على صاحب الفندق واجب مشدد في العناية ببعض ممتلكات النزلاء، وهذا الواجب لا يكون تجاه جميع النزلاء الذين يأتون إلى الفندق، بل يقتصر على المسافرين الذي يقيمون في الفندق لليلة واحدة كحد أدنى⁽⁵⁾، وهذا ما تضمنه قانون أصحاب الفنادق الإنكليزي لسنة 1956⁽⁶⁾، ويبدو إن اشتراط المشرع الإنكليزي مبيت النزيل في الفندق لخضوعه لأحكام الوديعة الفندقية لا مبرر له، وكان عليه أن يجعل جميع النزلاء خاضعين لأحكام الوديعة الفندقية سواء باتوا في الفندق أم لا يبيتوا.

(1) DePaul College of Law, *The Illinois Innkeeper and the Goods of His Guests*, 7 DePaul L. Rev. 102, Volume 7, Issue 1, Article 10, 1 Fall-Winter, 1957, p. 103. Available on: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3632&context=law-review>, Date of entry: 24/1/2019.

(2) P. S. ATIYAH, D.C.L. F.B.A. And Others, *CHITTY ON CONTRACTS, TWENTY Specific Contracts, FIFTH EDITION, VOLUME II*, Copyright ©, SWEET & MAXWELL, LONDON, 1983, P. 135.

(3) LOUIS M. Alberto, *CONTEMPORARY ISSUES IN HOTEL AND RESTAURANT LAW: USE AND OCCUPANCY OF A GUEST'S ROOM-ENTRY BY INNKEEPER*, Published research by PENNSYLVANIA STATE UNIVERSITY, on May 12, 2016, P.1, Available on the website:

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.918.6772&rep=rep1&type=pdf>, Date of entry: 24/1/2019.

(4) John Downs, op. cit, Without the page number. And see also case: (Porozonoff v. Alberti, 1979), Available on the website: <https://law.justia.com>, Date of entry: 24/1/2019.

(5) Michael Boella and Alan Pannett, op. cit, p. 159.

(6) See Art 2- (1), and Section 2 in this law is available on the website: <https://www.legislation.gov.uk>.

ومن الجدير بالذكر أنه قد يتعاقد الشخص المعنوي مع صاحب الفندق نيابة عن النزيل، كما لو تعاقدت وكالة السياحة والسفر مع صاحب الفندق لتوفير إقامة لعملاء الوكالة⁽¹⁾، ففي هذه الحالة تكون وكالة السياحة والسفر دائنة ومدينة بالالتزام بضمان السلامة في الوقت ذاته، حيث تكون مدينة بالالتزام اتجاه النزيل، ودائنة به اتجاه صاحب الفندق⁽²⁾.

• ثانياً- المدين بالالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية:

إن المدين بالالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية، هو صاحب الفندق، وقد عرف قانون السياحة الفرنسي في المادة (4-311.D) منه الفندق السياحي بأنه: "عبارة عن منشأة إقامة تجارية مصنفة تقدم غرف أو شقق مفروشة وقد تشمل خدمة تقديم الطعام للإيجار لزوار عابرين تتميز إقامتهم بكونها مؤقتة بيوم أو أسبوع أو شهر، من دون اتخاذ الفندق موطن إقامة لهم، والفندق أما يتم تشغيله على مدار السنة بشكل دائم أو فقط خلال موسم واحد أو أكثر حيث يطلق عليه فندق موسمي عندما لا تتجاوز فترة افتتاحه تسعة أشهر في السنة في فترة واحدة أو أكثر"⁽³⁾، ويلاحظ من هذا التعريف إن المشرع الفرنسي اشترط لعد المنشأة التجارية المصنفة فندقاً إن تقدم الإقامة مع خدمة الطعام أو من دونها إلى زوار أشرط أن يكونوا عابرين وأن تكون إقامتهم مؤقتة أي لا يتخذون من الفندق موطناً، ولم يشترط في الزوار أن يكونوا قادرين ومستعدين على دفع مقابل الخدمات المقدمة وبحالة صالحة لاستقبالهم في الفندق.

أما المشرع المصري فقد عرف المنشآت الفندقية في المادة (1) من قانون المنشآت الفندقية والسياحية المصري رقم (1) لسنة 1973 بقوله: "تعتبر منشأة فندقية في تطبيق أحكام

(1) د. حسن حسين البراوي، التزام صاحب الفندق بحفظ أمتعة العملاء في القانون القطري الجديد، مصدر سابق، ص 415.

(2) د. أحمد السعيد الزقرد، الروابط القانونية الناشئة عن عقد الرحلة - دراسة تأصيلية مقارنة للالتزامات ومسؤولية وكالات السياحة والسفر في مواجهة السائح أو العميل، مجلة الحقوق الكويتية، المجلس العلمي، جامعة الكويت، العدد 1، السنة 22، 1998، ص 198.

(3) Voir: La loi est disponible sur le site: <https://www.legifrance.gouv.fr>. Et Francis Varennes, *Aspects juridiques, fiscaux et sociaux relatifs à l'hôtellerie*, Publié par, ADT ARDECHE, ADT 07 January 2014, p. 1. Disponible sur, http://www.adt-herault.fr/content/media/document.php?id_document=1557&id_format=1, Date d'entrée, 26/12/2018.

هذا القانون الفنادق والبنسيونات والقرى السياحية والفنادق العائمة والبواخر السياحية وما إليها من الأماكن المعدة لإقامة السياح وكذلك الاستراحات والبيوت والشقق المفروشة التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير السياحة ...". ويلاحظ على هذا النص إن المشرع المصري ميز بين المنشأة الفندقية وبين الفنادق، إذا إن الأولى أوسع نطاقاً من الثانية كما هو واضح من النص. وعد المشرع العراقي في المادة (12/ثانياً) من قانون هيئة السياحة رقم (14) لسنة 2010 الفنادق من ضمن المرافق السياحية، إذا جاء فيها: "يقصد بالمرفق السياحي لأغراض هذا القانون المطاعم والفنادق والشقق والدور السياحية وشركات ومكاتب ووكالات السفر والسياحة ومحلات اللهو والمقاهي السياحية وغيرها من المرافق المحددة بموجب التعليمات"، وبالرجوع إلى قانون المنشآت السياحية العراقي رقم (50) لسنة 1967 (المعدل) نجده عد الفندق من المنشآت السياحية وعرفه في المادة (1/هـ) التي نصت على إنه: "المنشآت السياحية- وهي: 1- الفندق- المكان المعد للمنام وتقديم الطعام والمشروبات أو للمنام فقط ويحتوي على عشر غرف للنوم فأكثر" وعلى الرغم من أننا نتفق مع هذا التعريف في إن المكان من الممكن أن يكون فندقاً ولو قدم المنام فقط، إلا إن ما يؤخذ عليه أنه بدأ التعريف بكلمة (المكان) من دون أن يحدد طبيعته وفيما إذا كان منقولاً أو عقاراً.

أما قانون أصحاب الفنادق الإنكليزي لسنة 1956 فقد عرف الفندق أو النزل (Hotel or Inn) في الفقرة الثالثة من المادة الأولى منه بأنه: "تعني عبارة "فندق" وفقاً لأحكام هذا القانون، المؤسسة التي أقامها المالك لتقديم الطعام والشراب، إن تطلب الأمر ومكان إقامة للنوم، دون عقد خاص لأي مسافر يقدم نفسه ويبدو قادراً ومستعداً لدفع مبلغ معقول مقابل الخدمات والمرافق المقدمة ويكون في حالة صالحة أو ملائمة لاستقباله"⁽¹⁾.

ولم ينعقد إجماع في الفقه على تعريف الفندق فقد قيل بأنه: هو مؤسسة اقتصادية تجارية صناعية تقدم خدمات الإيواء والمأكولات والمشروبات وخدمات الترفيه مقابل اجر معلوم لمدة

(1) See: The law on the website: <https://www.legislation.gov.uk>. See also: A. M. WILSHERE, M. A., LL.B., PRINCIPLES OF TH COMMON LAW {Originally based on Indermaur's Common Law}, FIFTH EDITION, VOL. 1, SWEET AND MAXWELL LIMITED, LONDON, 1944, P. 141.

معلومة داخل بناء مصمم لهذا الغرض⁽¹⁾، وقيل إنه: "بناية أو مؤسسة تقدم خدمة الإقامة بالدرجة الأولى والأطعمة والمشروبات وخدمات أخرى لعامة الناس لقاء اجر معين"⁽²⁾، ويبدو على هذه التعريفات إنها غامضة وذات صياغة مبهمه، واقتصرت على الفنادق الثابتة، ولم تتضمن الفنادق العائمة التي تكون منقولة وليست ثابتة.

وفي الفقه الإنكليزي عرف الفندق بأنه: "مبنى يستخدم في المقام الأول لأعمال توفير مرافق الإقامة لعامة الناس والتي تقدم واحدة أو أكثر من الخدمات الفندقية المعتادة مثل المطعم، خدمة الغرف، خدمة الجرس خدمة الهاتف، غسيل الملابس، واستخدام الأثاث والتركيبات"⁽³⁾، ويلاحظ على هذا التعريف أنه حصر نطاق الفندق بالعقار دون المنقول حينما استهل التعريف بكلمة مبنى، على الرغم من إن الفنادق من الممكن أن تكون منقولة كالفنادق العائمة، وتجدر الإشارة إلى إنه ثمة عوامل تكفل للفندق النجاح وتساعد على زيادة نسبة الاشتغال فيه والإقبال عليه كالإعلان الذي يعد من أهم وسائل التسويق والترويج للصناعة الفندقية، والموقع، والخدمات المقدمة⁽⁴⁾، وتصميم الفنادق، فكلما كان تصميم الفندق الداخلي والخارجي جذاباً ومؤثراً كان ذلك عاملاً من عوامل نجاحه في جذب العملاء⁽⁵⁾.

وبناءً على ذلك، فإننا نرى إن الفندق هو عبارة عن عقار أو منقول مخصص للمنام وتقديم خدمات أخرى أو توفير المنام فقط للنزول خلال مدة معينة لقاء مقابل معلوم. وإن صاحب الفندق بوصفه الطرف الثاني في عقد الفندقية، قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً والفرض الثاني هو الأكثر وقوعاً في الحياة العملية⁽⁶⁾، وأختلف الفقهاء فيمن

(1) د. نادرة محمود سالم، التشريعات السياحية في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون ذكر سنة النشر، ص 72.

(2) د. ماهر عبد العزيز توفيق، علم إدارة الفنادق، دار زهران، عمان، من دون ذكر سنة النشر، ص 18.

(3) See: JACK P. JEFFERIES AND BANKS BROWN, UNDERSTANDING HOSPITALITY LAW, FIFTH EDITION, Copyright By the AMERICAN HOTEL & LODGING EDUCATIONAL INSTITUTE, Michigan, The American, 2010, P. 7.

(4) عباس سلمان، الطبيعة القانونية لعقد الفندقية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت، كربلاء، العراق، العدد 19، 2016، ص 490 - 491.

(5) See: Links Editorial, *Design Hotels: Architectural Design*, Publisher Monsa, Spain, 1998.

(6) د. حسن حسين البراوي، التزام صاحب الفندق بحفظ أمتعة العملاء في القانون المدني القطري الجديد، مصدر سابق، ص 623.

يعد صاحب فندق، فمنهم من يرى بأن الشخص يكون صاحب فندق إذا قدم للنزيل السكن وخدمات أخرى، ومنهم من يرى بأن هذه الإضافة لا مبرر لها وإن الشخص يعد صاحب فندق متى ما قدم السكن فقط ولو لم يكن من عادته إن يقدم خدمات أخرى لنزلائه⁽¹⁾، ويبدو إن الرأي الثاني هو الراجح، فالشخص يكون صاحب فندق متى قدم السكن فقط ولو لم يقدم معه الخدمات الأخرى، لأن الالتزام الرئيس الملقى على عاتق صاحب الفندق لمصلحة النزيل هو التزامه بتوفير السكن، أما توفير الخدمات الأخرى فهي التزامات ثانوية وليس من الضرورة أن يشتمل عليها عقد الفندق، وما يؤيد ذلك ما ورد في المادة (أولاً/هـ/1) من قانون المنشآت السياحية العراقي رقم (50) لسنة 1967 (المعدل)⁽²⁾ التي عرفت الفندق بأنه: "المكان المعد للمنام وتقديم الطعام والمشروبات أو المنام فقط ويحتوي على عشر غرف للنوم فأكثر". كما إن صاحب الفندق يعد شخص مهنيًا، لأنه يحترف العمل التجاري والمتمثل باحترافه تقديم السكن فقط أو السكن مع خدمات أخرى في مقابل أجر متفق عليه⁽³⁾، لذا فهو يُعد تاجرًا وفق أحكام قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984، حيث عرفت المادة (7) منه التاجر بأنه: "أولاً- يعتبر تاجرًا كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق أحكام هذا القانون".

○ المطلب الثاني: نطاق الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية

لغرض رسم حدود الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية بشكل دقيق، لا بد أن نبين أولاً نطاق هذا الالتزام من حيث الزمان والمكان، ثم نوضح نطاقه من حيث الأشياء، ونحدد بعد ذلك نطاقه من حيث المخاطر وسنعمل على ذلك في ثلاثة فروع.

(1) د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، الحقوق العينية التبعية، المكتبة القانونية، بغداد، من دون ذكر سنة النشر، ج 2، ص 606.

(2) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية، العدد (1417) في 1967/5/29.

(3) زينب رزاق حسين، التزام صاحب الفندق بالإقامة الهادئة، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013، العدد 2، السنة 5، ص 231.

♦ الفرع الأول: نطاق الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية من حيث الزمان والمكان

• أولاً- نطاق الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية من حيث الزمان:

إن نطاق الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية من حيث الزمان يمتد من الوقت الذي ينشأ فيه الالتزام المذكور، ولا شك إن هذا الالتزام والمسؤولية المترتبة على مخالفته يرتبطان بتنفيذ عقد الفندقية، فصاحب الفندق يلتزم بضمان سلامة أشياء النزيل طيلة المدة التي يتطلبها تنفيذ العقد، فيبدأ الالتزام من تاريخ بدء تنفيذ العقد، وينقضي بنهاية تنفيذه، أي عند مغادرة النزيل للفندق، حيث لا توجد عبء بإبرام العقد ما لم يقترن ببدء تنفيذه، لأن الالتزام بضمان السلامة وإن كان من ضمن الالتزامات العقدية التي تترتب على العقد منذ إبرامه، إلا إن تنفيذه يتحدد بمقتضى تنفيذ الالتزام الأصلي⁽¹⁾.

ففي حكم لمحكمة باريس صدر بتاريخ 1990/11/28 قضت فيه بأن صاحب الفندق يتعهد لنزلائه ضمناً بضمان سلامتهم وسلامة أشياءهم خلال فترة إقامتهم في الفندق، وهذا الاتفاق ينسجم تماماً وطبيعة العقد الذي أبرمه معهم ولا يعفى من المسؤولية عن الإخلال بهذا الالتزام إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽²⁾.

وعلى الرغم من ذلك فإن صاحب الفندق يكون مسؤولاً عن فقدان أشياء النزلاء حتى قبل إبرام عقد الفندقية، وذلك في الحالة التي يتم فيها توصيل أشياء النزيل من مكان الوصول إلى الفندق بوسيلة نقل مملوكة للفندق⁽³⁾، باعتبار إن وسيلة النقل في هذه الحالة تعد جزءاً لا يتجزأ من الفندق، ومن ثم تنطبق عليها أحكامه بما فيها التعويض عن فقدان ودائع النزلاء، ولا يشترط في ذلك أن تكون وسيلة النقل تابعة لصاحب الفندق، بل يكفي أن يعتقد النزيل بأنها تابعة له، وفي هذه الحالة يكون التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة تتمثل بالمحافظة على سلامة أشياء النزيل في الفترة الزمنية الممتدة بين وصوله إلى محطة الوصول ونقله إلى الفندق من قبل مندوب

(1) Voir: l'arrêt de la Cour de cassation française, première chambre civile, du 20 mars 1999.

(2) Voir: Ency. Dalloz – Mise a jour- D, som, 1992- 82 Obs.

(3) د. وجدي عبد الواحد علي، التعويض عن الإخلال بالالتزام بضمان سلامة الراكب والمسافر، ط 1، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2004، ص 122.

الفندق وبالتالي لا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته عن فقد أو تلف أشياء النزيل إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽¹⁾.

وتنتهي الوديعة الفندقية عندما يترك النزيل مكان الإقامة في الفندق بشكل نهائي، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، حينما قضت بأن صاحب الفندق يظل ملتزماً بضمان سلامة أشياء النزيل إلى أن يغادر الأخير الفندق نهائياً، وتتلخص وقائع هذه القضية في إن أحد النزلاء قام بإخلاء الغرفة المخصصة له في الفندق وتسليمها لإدارة الفندق، ونقل كل أشيائه إلى سيارته المركونة في مرآب الفندق، ثم عاد إلى داخل الفندق ليتناول مشروباً وأثناء عودته إلى الفندق سرقت آلة التصوير الخاصة به من سيارته، فأقام دعوى تعويض على صاحب الفندق على أساس مسؤوليته عن سرقة آلة التصوير باعتبارها وديعة فندقية طبقاً للمادة (1954) من القانون المدني الفرنسي، فقضت المحكمة له بالتعويض المحدد في المادة سالفه الذكر وهو مبلغ الإقامة في الغرفة مضروباً في خمسين، لأن صاحب الفندق لم يرتكب خطأً جسيماً يستوجب تحميله التعويض الكامل، وأسست المحكمة حكمها على إن صاحب الفندق يظل ملتزماً بجميع الالتزامات المتولدة عن عقد الفندقية إلى أن يغادر النزيل الفندق بشكل نهائي⁽²⁾.

أما بالنسبة للقانون الإنكليزي، فقد حدد قانون أصحاب الفنادق الإنكليزي لسنة 1956 النطاق الزمني للالتزام صاحب الفندق بضمان سلامة أشياء النزيل في المادة (1/2) التي نصت على إنه: "دون المساس بأي التزام آخر يتحمله فيما يتعلق بأية أموال (property) يتم إحضارها إلى الفندق، فإن صاحب الفندق لن يكون مسؤولاً بصفته صاحب نزل بتعويض أي مسافر عن أية خسارة أو ضرر يلحق تلك الأموال إلا في الحالات التي يكون فيها... ب- حدوث الخسارة أو الضرر خلال الفترة التي تبدأ مع منتصف الليل السابق مباشرة، والتي تنتهي مع منتصف الليل التالي مباشرة للفترة التي يكون فيها المسافر ضيفاً في الفندق ويحق له استعمال مكان الإقامة هذا"⁽³⁾، مؤكداً بذلك ما كان سائداً ومطبوقاً قبل صدور القانون، أي أنه أخذ بما قضت به السوابق القضائية كما في قضية (Medawar v Grand Hotel)، والتي

(1) د. محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص 38.

(2) Voir: Cass, Ire Civ, 20 mars 1990 (réf. 387), Gaz, PAL, 7 août 1990, P, 122.

(3) See: the law on the website: <https://www.legislation.gov.uk>.

تتلخص وقائعها في إن (Medawar) ذهب إلى الفندق في ساعة مبكرة من الصباح وطلب غرفة نوم، وقيل له إنه لا يمكن تزويده بغرفة، لأن الفندق كان ممتلئاً ولكن كان هناك غرفة حجزها أشخاص لم يصل بعد إلى الفندق، وبإمكانه استخدامها، فشغلها، ثم نزل إلى غرفة القهوة لتناول وجبة الإفطار ودفع ثمن وجبة الإفطار وخرج، وترك حقائبه في الغرفة التي كان يستخدمها، مع حقيبة الملابس مفتوحة على الطاولة، وبعد خروجه وصل الأشخاص الذين كانوا حاجزين للغرفة، فوضعت حقائب (Medawar) كلها في الممر من قبل موظفي فندق (Grand)، وعندما عاد ليلاً سأل عن غرفته فقيل له مشغولة، وفي نهاية المطاف تبين إن غرفته قد تم إخلائها منذ الصباح وتم جلب أمتعة (Medawar) من الغرفة ووضعها في الممر، وفي صباح اليوم التالي اكتشف إن المجوهرات قد سرقت من حقيبته، فأقام دعوى على فندق جراند طالباً التعويض عن الضرر الذي أصابه خلال فترة إقامته في الفندق، وفشل صاحب الفندق في إثبات إهمال (Medawar)، فقضت المحكمة لـ (Medawar) بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء ذلك⁽¹⁾.

• ثانياً- نطاق الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية من حيث المكان:

المقصود بالنطاق المكاني هنا، تحديد الأماكن التي يكون فيها صاحب الفندق ملتزماً بضمان سلامة الأشياء تجاه النزيل، وفي هذا الصدد يثار تساؤل مفاده، هل يتقيد صاحب الفندق بهذا الالتزام إذا تم الإيداع في أي مكان في الفندق؟ أم يتقيد به عندما يتم الإيداع في مكان معين؟

أجابت على هذا التساؤل المادة (1952) من القانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون الصادر في 24 أيلول 1973، إذ أشارت إلى إن أصحاب الخانات والفنادق مسؤولون عن الأمتعة التي يحملها النزلاء (داخل منشأتهم)، ويرى الفقه الفرنسي بأن هذا المادة قننت ما استقر عليه القضاء الفرنسي قبل تعديل نص المادة المذكورة، حيث كان القضاء الفرنسي يرى بأن أماكن الإيداع لا تقتصر على الغرف، بل تشمل كل الأماكن الأخرى داخل الفندق،

⁽¹⁾ See: John E. H. Sherry, *The Laws of Innkeepers: For Hotels, Motels, Restaurants, and Clubs*, third edition, Cornell university press, Ithaca and, London, 1993, p. 471-472.

كصالات الطعام والنادي الرياضي وغيرها⁽¹⁾، فمعيار تحديد نطاق التزام صاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء من حيث المكان يتحدد في كل مكان يكون لصاحب الفندق عليه سلطة الرقابة والإشراف سواء كان هذا المكان مملوك لصاحب الفندق أو له عليه حق انتفاع⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك فقد قضي بعدم مسؤولية صاحب الفندق عن سرقة سيارة النزيل إذا قام الأخير بإيداعها في مرآب مستقل عن الفندق، وغير خاضع لرقابة وإشراف صاحب الفندق، وكذلك الحكم في حالة ما إذا قام النزيل بإيداع سيارته في الطريق العام المقابل للفندق، حيث لا يكون صاحب الفندق مسؤولاً عن سرقة السيارة أو سرقة ما بداخلها⁽³⁾، إلا إذا قام النزيل بإيداعها في مرآب مستقل عن الفندق أو في الطريق العام بناءً على مشورة صاحب الفندق، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية صاحب الفندق عن سرقة سيارة النزيل على الرغم من إن السيارة كانت مركونة في فناء يقع خارج نطاق مرآب الفندق، أي في مكان لا يمتلك صاحب الفندق فيه حق انتفاع خاص؛ وذلك لأن النزيل ركنها في ذلك المكان بناءً على مشورة صاحب الفندق لعدم وجود أماكن شاغرة في مرآب الفندق⁽⁴⁾.

أما القانون المدني المصري، والقانون المدني العراقي، فلم يتضمنوا نصاً يحدد مكان إيداع أمتعة النزلاء مثل ما تضمنه نص المادة 1952 من القانون المدني الفرنسي المعدل سالفة الذكر، كما لم يتناول الفقه تحديد نطاق التزام صاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء من حيث المكان، لذلك نؤيد الرأي الفقهي القائل بأن الحكم في القانون المصري هو الحكم ذاته الذي تضمنته المادة 1952 من القانون المدني الفرنسي المعدل، لاسيما إذا علمنا بأن المشرع المصري قد استقى حكم المادة (1/727) سالفة الذكر من المادة 1952 المذكورة سلفاً قبل تعديلها⁽⁵⁾، ونضيف بأن الرأي ذاته ينطبق على الحكم في القانون المدني العراقي، لأن المشرع العراقي قد استقى حكم المادة (1/972) من المادة (1/727) من القانون المدني المصري.

(1) LUC BIHL, op. cit, no. 8.

(2) René de QUENAUDON, op. cit, n. 31.

(3) Voir: Cass. Civ. 30 mai 2000. JCP, éd. G., 2000, 2265. Cass. Civ. 9 juill. 2000. JCP, éd. G., 2000, 1318.

(4) Voir: Cass, Civ, 6 juin 1961, Gaz, Pal, 1961, 11, 186.

(5) د. حسن حسين البروراي، التزام صاحب الفندق بحفظ أمتعة العملاء في القانون القطري الجديد، مصدر سابق، ص

وفيما يتعلق بالقانون الإنكليزي، فإن النطاق المكاني لالتزام صاحب الفندق بضمان سلامة أشياء النزلاء يفهم ضمناً من نص المادة (2/1) من قانون أصحاب الفنادق لسنة 1956 التي نصت على أنه: "ينبغي على مالك الفندق، بصفته صاحباً لنزل، أن يكون مسؤولاً عن تعويض أي نزول من نزلائه عن أي ضرر أو خسارة تلحق بأمواله التي يحضرها إلى الفندق"⁽¹⁾، وهو لا يختلف كثيراً عن موقف قوانين المدرسة اللاتينية المقارنة حيث لا يقتصر على الفندق نفسه، بل تتكون أماكن الضيافة في الفندق (Hospitium) من مباني الفندق ومن المنشآت التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتلك المباني والتي يمكن اعتبارها جزءاً منها، والأماكن التي تكون خارج الفندق ولكن دعا صاحب الفندق نزلائه، إلى وضع أي من ممتلكاتهم فيها سواء كانت الدعوة صريحة أو ضمنية، حيث يعامل هذا المكان كما لو كان داخلاً ضمن أماكن الضيافة في الفندق، وبالتالي سيكون صاحب الفندق مسؤولاً إذا فقدت البضاعة أو تضررت فيه، فضلاً عن ذلك فإن المباني المستقرة التي ترتبط بالنزل ومواقف السيارات والفناء الداخلي المحاط بجدران الفندق والحديقة التي بجانب الفندق، كلها تعامل كما لو كانت داخل مكان الضيافة، بخلاف المكان الذي لا يرتبط بشكل واضح بمباني الفندق، فلا يدخل ضمن أماكن الضيافة في الفندق، فمعيار تحديد نطاق التزام صاحب الفندق بضمان السلامة من حيث المكان طبقاً للقانون الإنكليزي هو ما إذا كان المكان المعني معد لكي يستخدم بشكل يتناسب ويرتبط مع الأعمال التجارية في الفندق، كالمسبح والمطعم⁽²⁾.

♦ الفرع الثاني: نطاق الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية من حيث الأشياء المقصود بنطاق الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية من حيث الأشياء هو تحديد محل الوديعة الفندقية، وفي هذا الشأن يثار التساؤل هل إن صاحب الفندق يلتزم بضمان سلامة جميع الأشياء التي يأتي بها النزلاء، ومن ثم يكون مسؤولاً عنها مسؤولية مشددة، أم يخرج من نطاق هذا الالتزام بعض الأشياء؟

(1) See: The law on the website: <https://www.legislation.gov.uk>.

(2) P. S. ATIYAH, D.C.L. F.B.A. and others, op. cit, p. 139.

يلتزم صاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء التي يجلبها النزلاء إلى الفندق وهو مسؤول عن حفظها وضمان سلامتها، حتى لو تعرضت للسرقة من قبل المترددين على الفندق⁽¹⁾، ففي القانون المدني الفرنسي (المعدل) نصت المادة (1952) منه على إن: "أصحاب الخانات والفنادق مسئولون بصفتهم مستودعين عن الملابس والأمتعة والأشياء المختلفة التي يحملها المسافرون معهم إلى داخل الفندق...". ويرى الفقه الفرنسي إن القضاء الفرنسي قد بالغ في تفسير كلمة الأشياء الواردة في النص المذكور بحيث وسع من نطاقها لتشمل جميع المنقولات التي يستخدمها النزيل ويجلبها معه إلى الفندق، كالنقود والكاميرات والمجوهرات وغيرها⁽²⁾، ولا تدخل الحيوانات الحية مثل الكلاب والقطط ضمن نطاق الأشياء المودعة المذكورة في المادة 1952 سالفة الذكر ومن ثم لا تعد وديعة فندقية، وذلك لأنها استبعدت من نطاقها صراحة في المادة (3/1954) التي نصت على إن: "لا تنطبق المواد 1952 و 1953 على الحيوانات الحية"⁽³⁾، وعليه فكل الأشياء التي يحملها النزيل إلى الفندق يصلح أن يكون محلاً للوديعة الفندقية طبقاً للقانون المدني الفرنسي ما عدا الحيوانات الحية.

وقد اتفق القانونان المصري والعراقي على إن صاحب الفندق يلتزم بضمان سلامة جميع الأشياء التي يأتي بها النزلاء معهم إلى الفندق، كالملابس والحقائب والنقود والمجوهرات وغيرها من الأشياء التي يأتي بها النزلاء وهذا يتضح من المادة (1/727) من القانون المدني المصري التي نصت على أن: "يكون أصحاب الفنادق والخانات وما يماثلها مسئولين فيما يجب عليهم من عناية في حفظ الأشياء التي يأتي بها المسافرون...". والمادة (1/972) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها "أصحاب الفنادق والخانات والمأوى (البنسيونات) فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها النزلاء مسئولين عن فعل كل رائح وغاد في الفندق أو الخان.....".

أما بالنسبة للحيوانات الحية التي يجلبها النزلاء معهم إلى الفندق، فلم يتضمن القانون المدني المصري وكذلك العراقي نصاً مشابهاً لما ورد في المادة (3/1954) من القانون المدني

(1) د. أحمد مدحت حسن، التشريعات السياحية وعقد الإقامة في الفندق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1993، ط 4، ص 157.

(2) Jean-pierre DUMAS, *la loi du 24 December 1973 relative ala responsabilite des hoteliers*, D, 1975, ch. 104.

(3) Art 1954-3 "Articles 1952 and 1953 shall not apply to living animals".

الفرنسي، ومن ثم فهي تعد أشياء تخضع لأحكام الوديعة الفندقية المنصوص عليها في المادة (727) من القانون المدني المصري والمادة (972) من القانون المدني العراقي، مع الإشارة إلى إن المادة (17) من قرار وزير السياحة المصري رقم (343) لسنة 1974 أجازت للعملاء اصطحاب الحيوانات إلى غرف النوم فقط في داخل المنشأة الفندقية، شريطة الحصول على موافقة إدارة المنشأة حيث نصت على إنه: "لا يجوز للعميل اصطحاب حيوانات بالمنشآت الفندقية إلا بموافقة إدارة المنشأة وفي هذه الحالة يقتصر قبولهم على غرف النوم دون التواجد في باقي الغرف أو البهو وبالأخص غرف الطعام كل ذلك بعد أداء رسوم إضافية ويكون العميل مسؤولاً عن أي أضرار تتجم عن هذه الحيوانات".

أما القانون الإنكليزي، فقد حدد نطاق الوديعة الفندقية التي يكون صاحب الفندق مسؤولاً عنها مسؤولية مشددة، وذلك في المادة (2) من قانون مالكي الفندق لعام 1956 التي نصت على إنه: "1- دون المساس بأي التزام آخر يتحمله فيما يتعلق بأية أموال (property) يتم إحضارها إلى الفندق، فإن صاحب الفندق لن يكون مسؤولاً بصفته صاحب نزل لتعويض أي مسافر عن أية خسارة أو ضرر يلحق تلك الأموال 2- دون المساس بأي التزام آخر أو حق يخصص مالك الفندق فيما يتعلق بذلك فإنه لا يكون مسؤولاً كصاحب فندق عن تعويض أي ضيف عن أية خسارة أو ضرر، أو يكون له أي امتياز على أية مركبة أو مال آخر ترك فيها، أو عن أي حصان أو حيوان حي آخر أو أدوات تسخيرها أو غيرها من المعدات"⁽¹⁾، ومن هذه المادة نستنتج بأن صاحب الفندق يكون ملتزماً بضمان سلامة جميع المنقولات والأموال التي يجلبها المسافر معه إلى الفندق وتشمل المجوهرات الوثائق والمستندات المهمة، وغيرها من المنقولات والوثائق الأخرى ويكون مسؤولاً عنها مسؤولية مشددة (موضوعية)، أما المركبات والأموال التي تركت فيها وكذلك الحيوانات الحية وأدوات تسخيرها، فإنها تخرج من نطاق الوديعة الفندقية، ومن ثم لا يكون صاحب الفندق مسؤول عنها مسؤولية مشددة ويقع على عاتق النزول عبء إثبات إهمال صاحب الفندق أو تابعيه في حالة تضررها أو فقدانها، وهذا ما أكدته المادة (1) من القسم الثاني من قانون أصحاب الفنادق الإنكليزي التي نصت على إنه: "بمقتضى قانون أصحاب الفنادق لعام 1956 فإن مسؤولية مالك الفندق عن

⁽¹⁾ See: The law on the website: <https://www.legislation.gov.uk>.

التعويض عن أية خسارة أو ضرر يصيب أموال النزيل قد تنهض في ظروف معينة، حتى وإن لم تكن ناشئة عن أي خطأ من جانب صاحب الفندق أو مستخدميه أو العاملين في الفندق، وعلى أية حال فإن هذه المسؤولية:.... ج - لا تغطي السيارات أو المركبات الأخرى من أي نوع، أو أية أموال تترك بداخلها، أو الخيول أو الحيوانات الأخرى الحية⁽¹⁾، ويبدو إن غاية المشرع الانكليزي من استبعاد المركبات والأموال التي تترك فيها والحيوانات وأدوات تسخيرها من نطاق الأشياء التي يكون صاحب الفندق مسؤولاً عنها مسؤولية مشددة، هي التخفيف عن كاهل صاحب الفندق، لأن تقرير مسؤوليته عن سرقة هذا الأشياء ربما يتقل كاهله، مما ينعكس سلباً على الأداء الاقتصادي له، لأنه سوف يكون ملتزماً بدفع مبالغ مالية كبيرة نتيجة لسرقة أو ضياع هذه الأشياء.

ومن الجدير بالذكر إن الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقة لا يقتصر على صاحب الفندق فقط بل يقع على النزيل أيضاً إلتزام بضمان سلامة أشياء أو ممتلكات صاحب الفندق، ولكن يبدو لنا في هذه الحالة تخلف شرط من شروط الإلتزام بضمان السلامة، وهو إن النزيل لا يشترط أن يكون شخصاً محترفاً أو مهنياً ونعتقد بأن هذا الشرط لا داعي له بالنسبة للنزيل، لإنتفاء مبررات اشتراطه والمتمثلة بالثقة والإطمئنان في التعاقد معه من دون حذر والقدرة على التأمين، لأن صاحب الفندق يملك الحق في رفض التعاقد مع النزيل إذا كان غير مطمئناً له ولديه أسباب جدية لذلك، كما أنه يملك القدرة على مقاضاته وإثبات مسؤوليته إذ ما أخل النزيل بالثقة بعد التعاقد معه لكونه محترف ويمتلك خبرة ومعرفة كافية تمكنه من ذلك، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التزم النزيل بضمان سلامة أشياء وممتلكات صاحب الفندق غالباً لا يفرض أعباء مالية كبيرة على عاتقه، لأن الأشياء المتضررة أو المسروقة من الغرفة أو من الفندق غالباً ما تكون بسيطة يمكنه التعويض عنها، كالمناشف المسروقة والأجهزة والمستلزمات الموجودة في الغرفة، ومن ثم تنتفي هنا العلة التي من أجلها اشترط أن يكون الملتزم بضمان السلامة مهنياً ويكون قادراً على التأمين.

والمشكلة الأمنية الحقيقية تكمن في النزلاء الذين يسرقون أشياء صاحب الفندق، وهذا ما يؤكد أصحاب الفنادق، فأى شيء قابل للإخفاء يكون معرض للسرقه من غرفة النوم في

⁽¹⁾ See: The law on the website: <https://www.legislation.gov.uk>.

الفندق، لاسيما المستلزمات الموجودة في الغرفة فهي معرضة للخطر بشكل خاص، وهذا يتطلب من صاحب الفندق تعيين موظفي التدبير المنزلي الذين يتقنون الغرفة في أسرع وقت ممكن، ويفضل أن يكون ذلك قبل مغادرة النزيل للفندق، كما يمكن لصاحب الفندق حماية مواده باهظة الثمن من خلال تثبيتها على الأثاث أو الجدران، أو من خلال وضع علامات الأمان عليها، إذ إن وضع علامة دائمة وواضحة ستجعل من الصعوبة بمكان على النزيل بيع السلعة وتسبب له إحراجاً كبيراً في حالة استخدامها في المنزل، كما إن وضع العلامة بشكل غير مرئي سيكون مفيداً في تتبع الأشياء المسروقة⁽¹⁾.

ولابد أن ننوه بأن طبيعة التزام النزيل بضمان سلامة أشياء وممتلكات صاحب الفندق هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، لأن صاحب الفندق هو الطرف القوي في عقد الفندق، لذلك تتنفي لديه صعوبة إثبات خطأ النزيل في حالة ما إذا ادعى بقيام النزيل بالإضرار بممتلكاته أو سرقتها، والمعيار المعبر هنا هو معيار موضوعي، أي إن على النزيل أن يبذل في المحافظة على ممتلكات صاحب الفندق ما يبذله الشخص المعتاد، وليس ما يبذله النزيل من عناية في المحافظة على ممتلكاته الخاصة⁽²⁾.

وقد منحت القوانين المقارنة صاحب الفندق حق امتياز على أشياء النزيل الداخلة في نطاق الوديعة الفندقية لكي تمكنه من استيفاء حقوقه في مواجهة النزيل⁽³⁾، مع الإشارة إلى إن المبلغ المضمون بالامتياز وفقاً لكل من القانون الفرنسي والإنكليزي يقتصر على مبلغ الإقامة والطعام التي تكون لصاحب الفندق على النزيل، ولا يشمل المال الذي أقرضه صاحب الفندق للنزيل أو صرفه عليه⁽⁴⁾، كما لا يغطي مبلغ تعويض الأضرار التي تسبب فيها النزلاء نتيجة

(1) Peter Abbot and Sue Lewry, *Front Office*, Second edition, Published by Elsevier Ltd, USA, 1999, p. 71.

(2) د. محمد عبد الوهاب خفاجي، التنظيم القانوني لحقوق المنشأة السياحية والفندقية والإرشاد السياحي والعاملين بها، دار الهناء، القاهرة، 2007، ص 333.

(3) ينظر: المواد (5/2332) من القانون المدني الفرنسي (المعدل)، (1144) من القانون المدني المصري، (1375) من القانون المدني العراقي، وفيما يتعلق بالقانون الإنكليزي.

See: John C. Hogan, *The Innkeeper's Lien at Common Law*, 8 Hastings L.J. 33 vol 8, iss 13, 1956, Available at:

https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1498&context=hastings_law_journal.

(4) P. S. ATIYAH, D.C.L. F.B.A. And Others, op. cit, p. 143.

إخلالهم بالتزامهم بضمان سلامة الأشياء أثناء إقامتهم في الفندق، كما جاء في قضية (Ferguson v Peterkin)⁽¹⁾ خلافاً لمسلك المشرعين المصري والعراقي اللذان قضيا بأن حق الامتياز يغطي جميع حقوق صاحب الفندق في مواجهة النزول بما في ذلك مبلغ تعويض الأضرار التي تسبب فيها النزلاء نتيجة إخلالهم بالتزامهم بضمان سلامة الأشياء أثناء إقامتهم في الفندق⁽²⁾.

♦ الفرع الثالث: نطاق الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندقية من حيث المخاطر غالباً ما يحمل نزلاء الفنادق مبالغ كبيرة من المال أو أشياء ثمينة أخرى معهم إلى الفندق، وهذه الممتلكات عادةً ما تكون معرضة لمخاطر كثيرة داخل الفندق، ومن أبرزها ما يأتي:

• أولاً- المخاطر الناجمة عن العمليات الإرهابية:

وتعد من أخطر وأعظم المخاطر المهددة للأمن في الفنادق بشكل عام وسلامة النزلاء وأشيائهم بشكل خاص، ومن أهم أسباب استهداف الفنادق هي أنها عادة ما توفر للإرهابيين والمجرمين درجة عالية من الوصول لها وخلال 24 ساعة في اليوم، لأن الفنادق الكبيرة تحتوي على العديد من الأماكن العامة والمداخل والمخارج ويتجمع فيها الكثير من الأجانب، فمن غير المرجح أن يكون الأمان مبدأً توجيهاً في الهندسة المعمارية لمعظم الفنادق، أي يستبعد أن يؤخذ الجانب الأمني بعين الاعتبار عند وضع خارطة بناء معظم الفنادق كما أن بعض الميزات، مثل ردهات الفنادق الكبرى والمداخل الواسعة تكون عرضة للحزام الناسف والسيارات المفخخة، ومع ذلك يسعى أصحاب الفنادق جاهدين إلى تهيئة بيئة تتسم بالترحيب والأمان في أن واحد ضد مظاهر متنوعة من الإجرام، علماً إن هذه ليست مهمة سهلة، فقد يزعج الأمن النزلاء إذا تضمن إفراط في التطفل وانتهاكاً للخصوصية، لذا يجب أن يكون حذراً، على الرغم من أن الوجود أو التحرك الواضح والعلني يمكن أن يكون رادعاً للإرهابيين والمجرمين، لذلك تطبق الفنادق في الوقت الحاضر خطة للسلامة والأمن من دون أن تؤثر على جودة الخدمات

(1) John Downs, op.cit, Without the page number.

(2) ينظر: المواد (1144) من القانون المدني المصري و(1375) من القانون المدني العراقي.

المقدمة، من خلال إتخاذ إجراءات معينة، كتدريب الموظفين وتثقيفهم بشكل يضمن للنزلاء سلامتهم وأمنهم⁽¹⁾ والإبلاغ عن أي نزيل مشبوه لا يبدو من المناسب تركه من دون مراقبة⁽²⁾. ومن العمليات الإرهابية التي طالت الفنادق في العراق، التفجير الإرهابي الذي وقع في فندق المنصور ميلا في بغداد⁽³⁾ وكذلك التفجيرات الإرهابية التي نفذها تنظيم داعش الإرهابي في فندقي (Babylon Warwick Hotel) و (Cristal Grand Ishtar) والتي تسببت بوقوع خسائر مادية وبشرية كبيرة⁽⁴⁾.

• ثانياً- المخاطر الناجمة عن السارقين بطريق السطو أو اللصوص المتسللين:

توفر غرفة الفندق مكاناً هادئاً وآمناً من الاعتداء فإذا تمكن المجرم من الوصول إلى النزيل المطمئن وفتح باب غرفته وأسلمه ما يملك، فإن الفنادق لا تقدم طرق سهلة للمهرب إذا ترك المعتدي الضحية قادر على رفع التنبيه والإبلاغ عن الخطر بعد ذلك، ولحسن الحظ إن بعض المجرمين يتركون الضحية قادراً على الاتصال والإبلاغ عن الخطر الذي ألم به، فغالباً ما يقوم المعتدي بقتل الضحية وسلبه⁽⁵⁾.

علاوة على ذلك تقدم الفنادق الكبيرة والمزدحمة مناطق صيد مؤاتية لأنواع معينة من اللصوص المحترفين، فقد يعمل النشالون وسعاة الخطف في البار أو المسبح الموجود في

(1) Jaswinder Singh, *Safety & Security Concerns in Hospitality Industry*, International Journal of Management and Commerce Innovations ISSN 2348-7585 (Online), Vol. 2, Issue 2, October 2014 - March 2015, p. 2 -3, Available at: [file:///C:/Users/LG/Downloads/Safety%20and%20Security%20Concerns%20in%20Hospitality-639%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/LG/Downloads/Safety%20and%20Security%20Concerns%20in%20Hospitality-639%20(1).pdf)

(2) Peter Abbot and Sue Lewry, op.cit, p. 68 -69.

(3) RICHARD A. OPPEL Jr. and ALI ADEEB, *Iraq Bombing Kills Sunni Sheiks Allied With U.S.* Available on: <https://www.nytimes.com/2007/06/25/world/middleeast/25cnd-Iraq.html>, Date of entry:10/4/2019.

(4) Lizzie Dearden, *Isis Baghdad Hotel bombing: death toll rises to 15 as police defuse third bomb after night f chaos-2015*, Available on: <https://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/baghdad-hotel-bombings-death-toll-rises-to-15-as-police-defuse-third-bomb-after-night-of-chaos-10284256.html>, Date of entry:10/4/2019.

(5) Dimcho TODOROV, *Legal liability and claims for the hotel industry*, Economics and computer science, Publishing house "Knowledge and business" Varna, issue 5, pages, 2017, P. 69, Available on the website: http://eknigibg.net/Volume3/Issue5/spisanie-br5-2017_pp.7-20.pdf, Date of entry: 30/3/2019.

الفندق أو ما شابه، وهناك أيضاً لصوص الغرف الذين يتجولون بثقة حول الممرات دون عائق، ويختبرون أبواب غرف النوم لمعرفة ما إذا كانوا قد أغلقت بشكل آمن، أو يحاولون تجريب مفاتيحها، فإذا وجدوا أنفسهم في مواجهة النزول الحقيقي، فيمكنهم دائماً الاعتذار والانسحاب، لأن الغلط بالغرفة شيء وارد وهين ومقبول إلى حد ما، بعد كل ذلك، من الواضح أنه من الأفضل للسارق من وجهة نظره إذا كان ضيفاً حقيقياً، لأنه عندئذ لديه حقاً مثالياً في التجول حول الفندق، لذلك يقوم بعض اللصوص بتسجيل الوصول كنزلاء شرعيين بهدف سرقة ما يكفي لتغطية نفقاتهم⁽¹⁾.

• ثالثاً- المخاطر الناجمة عن خائني الثقة أو المخادعين:

توفر الفنادق باهظة الثمن بيئة مناسبة لمثل هؤلاء الأشخاص حيث يكون نزلاء هذه الفنادق بمستوى مالي جيد في كثير من الأحيان، لكن في الغالب يكونوا ساذجين بشكل مدهش وبدرجة كبيرة، إذ يقوم محتالي الثقة بالحجز في الفندق كنزلاء شرعيين وبعد ذلك يتحركون على أهدافهم التي يرومون تحقيقها، وتختلف حيلهم من شخص إلى آخر لكنهم دائماً ما يعتمدون على نقاط الضعف الشخصية للضحايا، والنتيجة هي إن الضحية غالباً ما يكون محرراً للغاية من الشكوى بعد ذلك مما يجعل منعهم والوقاية منهم أمراً صعباً للغاية ثم يقوم محتالي الثقة بشكل عام بدفع فواتيرهم بطريقة طبيعية تماماً ويغادرون⁽²⁾، لذلك يجب على النزلاء في الفنادق توخي الحذر والإمتناع عن جعل غرفهم مكاناً يأوي اللصوص أو الهاربين من القانون⁽³⁾.

• رابعاً-المخاطر الناجمة عن المومسات أو البغايا:

تعاني الفنادق في الوقت الحاضر من مشكلة مشابهة لمشكلة محتالي الثقة والتي تتمثل في إن النزلاء سيجدون أنفسهم بعيدون عن قيود بيئاتهم المنزلية ومجتمعهم المحافظ، فيقومون أحياناً باستدعاء الفتيات أو تأجيرهن في الفندق للحصول على التسلية، كم إن من المعروف

(1) Peter Abbot and Sue Lewry, op.cit, p. 69.

(2) Ibid, p. 69, 74.

(3) د. محمد ، عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص: 99.

إن المسافرين بغرض الأعمال يأخذون رفقاء مؤقتين معهم في رحلاتهم، ومن ثم تجد الفنادق نفسها في بعض الأحيان تعمل كمنازل مخصصة لاجتماع العشاق بسرية نسبية، حيث إن النزلاء يتعمدون التآمر لتهريب المومسات إلى غرفهم وتجنب أي إجراءات أمنية تكون قد اتخذت لمنع حدوث ذلك، والنزلاء في هذه الحالة نادراً ما يشتكون إذا انتهى الأمر بأنهم الجانب الخاسر، كأن يتعرضوا للسرقة من قبل المومس، وبالتالي تصبح الوقاية من هذه الأمور صعبة للغاية⁽¹⁾، لذلك يجب على النزلاء أن يمتنعوا عن استعمال المكان الذي يقيمون فيه في الفندق لأغراض مخالفة للنظام العام والآداب كأن يستعملونه مكاناً للدعارة⁽²⁾.

وعلى الرغم من إن الدعارة في حد ذاتها لا تعد عملاً غير قانوني في القانون الانكليزي، إلا إن المومس تميل إلى العيش في الفنادق حتى لا تثير الشبهة، ولتستفيد أيضاً من الفرصة التي تتاح أمامها عندما تكون وحدها مع النزيل في غرفة النوم ثم يخلد النزيل للنوم ويترك محفظته بلا مبالاة على مرأى ومسمع، فتقوم بسرقتها، وهناك أسباب أخرى تدفع أصحاب الفنادق إلى بذل كل ما في وسعهم لثني الدعارة، وتقبيد حدوثها بقدر الإمكان، ومنها⁽³⁾.

1- إنها تؤثر على صحة عقد الفندقية، إذ يتم اعتبار بعض العقود باطلة، لأنها تتعارض مع السياسة العامة كالعقود التي تنطوي على الفجور الجنسي، وهذه القاعدة تنطبق على صاحب الفندق إذا سمح بتأجير غرفة مزدوجة لأثنين يعلم أنهما غير متزوجين، ففي مثل هذه الحالة، لن يكون صاحب الفندق قادراً على مقاضاتهم إذا غادروا الفندق من دون دفع، لأن عقد الفندقية يكون باطلاً، ومع ذلك إذا كان النزيلان يسجلان باسم السيد والسيدة، فلن يكون لدى صاحب الفندق عادة سبب للافتراض بأنهما غير متزوجين وبالتالي لن يكون العقد باطلاً، إلا إذا كان يعلم بأن البنت هي عاهرة قامت بممارسة التتكر كزوجة للنزيل.

2- إن القانون الجنائي الإنجليزي يعاقب الطرف الثالث الذي يحاول الاستفادة منها، لأن العيش من الأرباح غير الأخلاقية وملكية أو إدارة بيت للدعارة كلاهما جريمتان

(1) Peter Abbot and Sue Lewry, op.cit, p. 69 - 70.

(2) د. نادرة محمود سالم، مصدر سابق، ص114.

(3) Peter Abbot and Sue Lewry, op.cit, p. 69 -74.

خطيرتان، ومن الممكن مقاضاة إدارة فندق عن واحدة أو أكثر من هذه الجرائم إذا ثبت أنها سمحت بتأجير الغرف إلى من تعرف أنهم من البغايا.

فضلاً عن ذلك إن المادة (100/4/ب) من قانون الترخيص الانكليزي لعام 1964 (Licensing Act 1964) تعد موافقة المرافق المرخصة مثل الفنادق بأن تكون الملاذ أو المكان المعتاد لاجتماع البغايا المشهورة، جريمة ويجوز للشرطة أن تعارض تجديد الترخيص الممنوح إلى الفندق لبيع الخمر⁽¹⁾، ومن ثم تجد الشرطة أنه من الأسهل لها اتخاذ إجراء بهذه الطريقة، لأن صاحب الفندق سرعان ما يجد نفسه يخسر بسبب عدم السماح له ببيع الخمر، أكثر مما يكسبه عن طريق موافقته على الدعارة داخل فندقه⁽²⁾.

• خامساً- المخاطر الناجمة عن العاملين في الفندق:

غالباً ما يكون هناك تفاوت في المستوى المالي للعاملين في الفندق والنزلاء الداخليين إلى الفندق كما إن النزلاء لا يكونوا دوماً حذرين بالمستوى المطلوب، وقد يكون من المغري جداً للعامل أن يصادف محفظة منتفخة ومليئة بالنقود موضوعة على المنضدة المخصصة لوضع الملابس، خاصة عندما يقوده سلوك النزيل إلى الشك بأنه لا يعرف بالضبط كم كان فيها عندما وضعها هناك، ومع ذلك نادراً ما يكون العاملين في الفندق لصوص⁽³⁾، ومن ثم فإن السرقات التي تحصل في الفنادق أما إن تكون من مصادر داخلية كالسرقة الحاصلة من بعض العاملين في الفندق، وأما أن تكون من مصادر خارجية كالسرقات التي تحصل من قبل اللصوص المتسللين⁽⁴⁾.

• سادساً- المخاطر الناجمة عن النزلاء أنفسهم:

يميل بعض النزلاء إلى أن يقوموا بتوجيه الاتهامات إلى الفندق عندما يكون إهمالهم هو سبب فقدانهم لأموالهم وأشياءهم، وقد يفعل نزلاء آخرون ذلك بدلاً من الاعتراف بأنهم فقدوها بطريقة محرجة لهم بدرجة كبيرة، مثل المقامرة أو البغاء، كما إن هناك عدد قليل من النزلاء

(1) See: The law on the website: <https://www.legislation.gov.uk>.

(2) Peter Abbot and Sue Lewry, op.cit, p. 74.

(3) Peter Abbot and Sue Lewry, op.cit, p. 75.

(4) Dimcho TODOROV, op. cit, p. 14.

الذين يكونون مخادعين بشكل تام، لأنهم يزعمون أنهم فقدوا شيئاً هم لا يملكوه أصلاً، على أمل أن يوافق الفندق على تعويضهم بدلاً من إجراء تحقيق محرج⁽¹⁾.
وننطق مع من يرى بأن صاحب الفندق يمكنه صد وتجنب كل هذه التهديدات أو التقليل منها من خلال خطوط دفاع معينة، ومنها:

1- يجب على صاحب الفندق أن يبذل قصارى جهده لضمان عدم تمكن الأشخاص غير المرغوب بهم مثل اللصوص والبنغايا من الوصول إلى المناطق العامة في الفندق كالبارات والنوادي الرياضية، فالفندق هو ملكية خاصة ولديه كل الحق في مطالبة المتسللين بمغادرة المكان، كما يجب على صاحب الفندق رفض استقبال النزلاء المعروفين بالاحتيال واللصوص من خلال قيامه بوضعهم في القائمة السوداء، ومن ثم رفض السماح لهم بإجراء حجز في الفندق، ولأجل ذلك يمكن إن يقوم أصحاب الفنادق بتبادل المعلومات حول هؤلاء الأفراد⁽²⁾.

2- نصب كاميرات مراقبة سرية في المناطق العامة في الفندق، كالمطعم والمسبح يمكن أن يقلل من السرقة العرضية، لاسيما في المناطق المزدحمة حيث يمكن أن يعمل النشالون ويفلتون من العقاب، كما يجب على صاحب الفندق نشر كاميرات مراقبة خارجية لمراقبة المحيط الخارجي للفندق⁽³⁾.

3- غالباً ما يتعرض النزلاء إلى عمليات سلب تقع خارج الفندق، لاسيما عندما لا يكونوا على دراية كاملة بالبيئة المحيطة بالفندق، ولذلك يتعين على صاحب الفندق تحذيرهم إذا كانوا يرومون الخروج في وقت متأخر من الليل سيراً على الأقدام، فهذا يجب أن يكون جزءاً أساسياً من عمله⁽⁴⁾.

○ الخاتمة:

في ختام هذا البحث نوجز أهم النتائج والمقترحات على النحو الآتي:

(1) Peter Abbot and Sue Lewry, op.cit, p. 75.

(2) Ibid.

(3) Dimcho TODOROV, op. cit, p. 12.

(4) Peter Abbot and Sue Lewry, op.cit, p. 70 – 71.

♦ أولاً- النتائج:

- 1- من المستبعد أن يكون الأمان والسلامة مبدأً توجيهياً في الهندسة المعمارية لمعظم الفنادق، أي يستبعد أن يؤخذ الجانب الأمني بعين الاعتبار عند وضع تصميم أو خارطة بناء معظم الفنادق.
- 2- توجد علاقة طردية وصلة وثيقة جداً بين الأمان والسلامة في الفنادق، بحيث كلما ارتفعت تدابير الأمان، ارتفعت درجة السلامة في الفندق، فالجهة الأمنية في الفندق لها دور فعال في ضمان الأمان والسلامة في الفنادق.
- 3- إن النطاق الزمني للإلتزام صاحب الفندق بضمان سلامة الأشياء يرتبط بتنفيذ عقد الفندق، فيبدأ الإلتزام من تاريخ بدء تنفيذ العقد، وينقضي بنهاية تنفيذه، وفي بعض الأحيان يبدأ النطاق الزمني لهذا الإلتزام قبل إبرام عقد الفندق، وذلك عندما يلتزم صاحب الفندق باستقبال النزيل في محطة الوصول ونقله إلى الفندق بوسائله الخاصة.
- 4- إن النطاق المكاني للإلتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندق يتحدد وفقاً لقوانين المدرسة اللاتينية المقارنة في كل مكان يكون لصاحب الفندق عليه سلطة الرقابة والإشراف، ويتحدد وفقاً للقانون الانكليزي في كل مكان يكون مخصص للاستخدام الذي يتناسب ويرتبط مع الأعمال التجارية في الفندق، كما يدخل في النطاق المكاني لهذا الإلتزام وفقاً لجميع القوانين المقارنة، الأماكن التي يدعو صاحب الفندق نزلائه إلى الإقامة فيها أو وضع أي من ممتلكاتهم فيها سواء أكانت الدعوة صريحة أو ضمنية.
- 5- إن محل الوديعة الفندقية في القانون الفرنسي والمصري والعراقي يشمل جميع المنقولات التي يودعها النزيل في الفندق والأماكن التابعة له، ما عدا الحيوانات الحية، إذ تخرج الأخيرة من نطاق الوديعة الفندقية بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فقط، ومن ثم لا يكون صاحب الفندق مسؤولاً عنها مسؤولية مشددة، وفي القانون الانكليزي يشمل جميع المنقولات التي يجلبها معه إلى الفندق وأماكن الضيافة الداخلة في نطاقه ويكون مسؤول عنها مسؤولية مشددة، باستثناء المركبات والممتلكات التي تترك في داخلها،

والحيوانات الحية وأدوات تسخيرها، حيث تخرج عن نطاق مسؤولية صاحب الفندق المشددة.

6- إن مسؤولية صاحب الفندق عن الأضرار أو فقدان التي تلحق بأشياء النزيل تكون مفترضة في القانون الفرنسي والمصري والعراقي، ولا يختلف الحال في القانون الإنكليزي سوى في بعض الحالات التي تكون فيها مسؤولية صاحب الفندق موضوعية.

7- إن الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندق لا يقتصر على صاحب الفندق فقط، بل يقع على النزيل أيضاً التزام بضمان سلامة أشياء وممتلكات صاحب الفندق، وطبيعة التزام النزيل بضمان السلامة، هي إنه التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة.

8- لا يعد فعل الغير سبباً أجنبياً يمكن لصاحب الفندق بواسطته أن يدفع مسؤوليته الناشئة عن الإخلال بالتزامه بضمان سلامة أشياء النزيل، طبقاً للأحكام التي تضمنتها نصوص القوانين المقارنة والتي صرحت بمسؤولية صاحب الفندق عن فعل الغير (كل رائح أو غاد في الفندق).

♦ ثانياً- المقترحات:

1- يمكن تعريف الفندق بأنه عبارة عن عقار أو منقول مخصص للسكن وتقديم خدمات أخرى أو توفير السكن فقط للنزيل خلال مدة معينة لقاء مقابل معلوم.

2- يمكن تعريف الالتزام بضمان سلامة الأشياء في عقد الفندق بالنظر إلى ذاته بأنه سيطرة صاحب الفندق على الأشخاص والأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد والتي قد تلحق الضرر بأشياء النزيل، من خلال توقع ذلك الضرر واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوعه أو التخفيف من آثاره.

3- يمكن تعريف الوديعة الفندقية بأنها: الأشياء المنقولة التي يسمح للنزيل أو تابعيه بإيداعها لدى صاحب الفندق أو من يمثله، لغرض المحافظة عليها وردها له أو إليهم عند المغادرة.

- 4- في ظل عدم وجود قانون خاص ينظم عقد الفندقية بشكل كامل، نهيب بالمشرع العراقي أن يشرع قانون خاص ينظم هذا العقد من كافة جوانبه، وقد تعلق الأمر بموضوع بحثنا نقترح على المشرع العراقي أن يضمنه النصوص القانونية الآتية:
- أ- يلتزم صاحب الفندق بضمان سلامة أشياء النزول في أثناء مدة إقامته في الفندق وخلال انتقاعه في المرافق التابعة له أو في الأماكن التي يجيز صاحب الفندق صراحة أو ضمناً للنزول ارتيادها أو إيداع أشياءه فيها، ولا يعفى من المسؤولية الناشئة عن الإخلال بهذا الالتزام إلا إذ أثبت إن الضرر أو الفقدان كان بسبب قوة القاهرة، أو خطأ النزول.
- ب- يجوز للمتعاقدین تضمين العقد شرطاً يشدد من المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بضمان سلامة الأشياء أو يقضي برفعها أو تخفيفها.
- ج- لا تنطبق أحكام الفقرة (أ) على الحيوانات الحية وأدوات تسخيرها والسيارات والمركبات الأخرى أو أية أشياء تترك فيها)، على غرار ما ذهب إليه المشرع الانكليزي، لكي لا يتم تحميل صاحب الفندق أعباء مالية كبيرة قد تؤدي إلى عرقلة نشاطه الاقتصادي.
- د- يلتزم كل نزول بضمان سلامة أشياء الفندق ويعفى من المسؤولية عن الضرر الناشئ عن الإخلال بهذا الالتزام إذا أثبت أنه بذل عناية معقولة في ذلك.
- هـ- يجب على النزول مراعاة اللوائح والتعليمات التي يضعها الفندق والتي يتم نشرها في مباني الفندق.
- 5- في حالة عدم الأخذ بالمقترح الوارد في الفقرة (4) أعلاه نأمل من المشرع العراقي على الأقل إضافة البند (د) من الفقرة (4) إلى المادة (972) من القانون المدني العراقي، لتلافي القصور الذي ورد فيه والمتمثل بعدم الإشارة بشكل صريح إلى التزام النزول بضمان سلامة أشياء الفندق والعاملين فيه.
- 6- ندعو المشرع العراقي إلى إضافة فقرتين جديدتين إلى المادة (3) من الفصل الثالث من تعليمات تصنيف وتشغيل المرافق السياحية رقم (1) لسنة 2004 والمتعلق بالشروط العامة لتشغيل المرافق السياحية الخاصة بالمطاعم والفنادق، وتكون على

الشكل الآتي: (التنسيق مع الجامعات والكليات الرصينة ذات العلاقة بنشاط المرفق السياحي والإطلاع على ما يكتب فيها من رسائل وأطاريح وبحوث)، من أجل الإستفادة مما طُرح فيها من أفكار وتوصيات ومقترحات ووضعها موضع التطبيق. (توفير سيارة إطفاء في المرفق السياحي مزودة بالمعدات والمواد اللازمة لإطفاء الحرائق التي من الممكن أن تحصل جراء العمليات الإرهابية)؛ من أجل السيطرة على الحرائق الكبيرة التي قد تحصل في المرافق السياحية بالسرعة الممكنة ومنع إنتشارها في سائر أرجاء الفندق، وضمان سلامة أشياء الفندق وأشياء العاملين فيه والنزلاء.

7- ينبغي على من يريد بناء فندق أن يأخذ بعين الاعتبار الجانب الأمني عند وضعه تصميم أو خارطة بناء الفندق كأن يوسع مساحة الفناء الداخلي والخارجي للفندق وأحاطته بسور مرتفع وحصين، بدرجة تجعل مبنى الفندق والمرافق التابعة له في مأمن من إقتحام السيارات المفخخة أو على الأقل تقلل نسبة الأضرار التي من الممكن أن تحصل نتيجة وقوع عمليات إرهابية، من أجل المحافظة على الفندق وضمان سلامة نزلائه والعاملين فيه وسلامة ممتلكاتهم.

8- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل البند (19) من المادة (7/أولاً/أ) والبند (22) من المادة (7/ثانياً/أولاً) من الفصل السابع من تعليمات تصنيف وتشغيل المرافق السياحية رقم (1) لسنة 2004 ليكون على الشكل الآتي: (توفير عدد كافٍ من موظفي أمن الفندق تحدده هيئة السياحة العامة بالتشاور مع أصحاب الفندق مهمتهم الاهتمام بالنواحي الأمنية كافة على أن يقيموا في الفندق)، ونقترح على المشرع العراقي إضافة بند مماثل للبند المقترح سلفاً إلى الفقرات (ثالثاً، رابعاً، وخامساً) من المادة (7/أ)، من أجل توفير موظفي الأمن في الفنادق بشكل عام بغض النظر عن درجة تصنيفها؛ لما للأمن من دور مهم في حماية الفندق وضمان سلامة نزلائه والعاملين فيه وسلامة ممتلكاتهم وممتلكات الفندق.

التأصيل القانوني لالتزام البائع باصلاح المبيع أو استبداله لوجود العيب الخفي

(دراسة تحليلية في القانون المدني الأردني)

د. علاء وصفي المستريحي⁽¹⁾

لئن كان سبب العقد من ضمن الأركان المكونة له؛ لذا فإن السبب المباشر من عقد البيع بالنسبة للمشتري هو تملك المبيع لغايات التصرف المطلق فيه عينا ومنفعة واستغلالا، وحتى يتحقق للمشتري ذلك فقد كان من المنطقي أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم المبيع للمشتري خاليا من أي عيب خفي قد يؤثر على الانتفاع بالمبيع أو ينقص من قيمته، ومن هذا المنطلق فقد عمد المشرع الأردني - وعلى غرار ما جاء في مختلفة الأنظمة القانونية- بتشريع ما يصطلح عليه بالالتزام البائع بضمان العيوب الخفية.

• الإشكالية:

إن الإشكالية الأساسية التي ينبثق منها هذا البحث تتمثل في التساؤلين التاليين:
بموجب القواعد العامة الناظمة لخيار العيب، وبموجب القواعد الخاصة الناظمة لضمان العيوب الخفية في عقد البيع إلى أي حد يلزم البائع قانونيا باصلاح المبيع أو استبداله لوجود العيب الخفي؟

وإن كان من غير الممكن قانونيا إلزام البائع باصلاح المبيع أو استبداله لوجود العيب الخفي بموجب القواعد العامة الناظمة لخيار العيب، وبموجب القواعد الخاصة بعقد البيع، فهل يمكن إلزامه قانونيا بذلك سندا للقواعد العامة الناظمة للوفاء بالالتزامات التعاقدية؟

(1) أستاذ القانون المدني المساعد/ كلية القانون/ قسم القانون الخاص/ جامعة اليرموك/ المملكة الأردنية الهاشمية.

• أهمية البحث:

إن أهمية هذا البحث تنبثق من جانبين أحدهما نظري والأخر عملي. أما على صعيد الأهمية النظرية فإن من شأن هذا البحث تحديد نطاق التزام البائع بضمان العيوب الخفية بموجب القواعد العامة الناظمة لخيار العيب وبموجب القواعد القانونية الناظمة لعقد البيع للكشف عن مدى إمكانية التزام البائع قانونياً بضمان العيب الخفي من خلال اصلاح المبيع أو استبداله.

كما أن الأهمية النظرية لهذا البحث تظهر من خلال تحديد مدى شمولية النصوص القانونية الناظمة لخيار العيب بموجب القواعد العامة، والنصوص القانونية الناظمة لالتزام البائع بضمان العيوب الخفية بموجب القواعد الخاصة بعقد البيع، الأمر الذي يسهم في تحديد الايجابيات والسلبيات التي اكتنفت التنظيم القانوني لمسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية. علاوة على ذلك فإن من شأن هذه البحث أن يزيل الغموض عن الأثر القانوني المترتب على أعمال قواعد المسؤولية المدنية العقدية في ايجاد التأصيل القانوني لالتزام البائع باصلاح المبيع أو استبداله لوجود العيب الخفي.

أما على الصعيد العملي فإن من شأن هذا البحث تسليط الضوء للمشرع الأردني على الايجابيات والسلبيات التي اكتنفت التنظيم القانوني لضمان العيوب الخفية حتى يتم مستقبلياً ترسيخ الايجابيات وتلافي السلبيات.

كما أن الأهمية العملية لهذا البحث تظهر من خلال ما يمكن أن يحققه على أرض الواقع من إرشاد للقانونيين من قضاة ومحامين وباحثين إلى الاساس القانوني التزام البائع بضمان اصلاح المبيع أو استبداله لوجود العيب الخفي.

هذا علاوة على أن من شأن هذا البحث اثراء المكتبة العربية عامة والمكتبة الأردنية خاصة بمادة علمية متخصصة في موضوع ضمان العيوب الخفية، لا سيما وأن هذا البحث جاء ليعالج جزئية لم يسبق -على حد اطلاقنا- البحث فيها بموجب القانون المدني الأردني فجميع الدراسات التي اطلعنا عليها عالجت موضوع ضمان العيوب الخفية بصورة عامة دون أن تبحث التزام البائع باصلاح أو استبدال المبيع نظراً لوجود العيب الخفي.

• أهداف البحث:

1. تحديد الأساس القانوني لالتزام البائع باصلاح المبيع أو استبداله لوجود العيب الخفي.
2. المقارنة بين التنظيم القانوني لضمان العيوب الخفية في القواعد العامة الناظمة لخيار العيب وفي القواعد الخاصة بعقد البيع بما يسهم بكشف الايجابيات والسلبيات ويساهم في تعزيز الايجابيات وتلافي السلبيات.
3. إرشاد القانونيين من قضاة ومحامين وباحثين إلى الأساس القانوني لالتزام البائع باصلاح المبيع أو استبداله لوجود العيب الخفي.
4. اثراء المكتبة العربية عامة والمكتبة الأردنية خاصة بمادة علمية متخصصة في جزئية لم يسبق - على حد اطلاقنا - البحث فيها بموجب القانون المدني الأردني.

• حدود البحث:

إن هذا البحث جاء لمعالجة موضوع التأصيل القانوني لالتزام البائع باصلاح المبيع أو استبداله لوجود العيب الخفي بموجب القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م، والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 2645.

• منهج البحث والتقسيم

إن الباحث اتبع في سبيل إعداد هذا البحث المنهج التحليلي، فجرى من خلاله تحليل النصوص القانونية الناظمة لخيار العيب بموجب كل من القواعد العامة والقواعد الخاصة الناظمة لالتزام البائع بضمان العيوب الخفية، والقواعد القانونية العامة لوفاء المدين بالتزاماته التعاقدية، والقواعد القانونية الخاصة بالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري. وإلى جانب المنهج التحليلي، فقد اتبع الباحث المنهج المقارن كمنهج مساند وريديف تم الاعتماد عليه في المقارنة بين النصوص القانونية الناظمة التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري والتزام البائع بضمان العيوب الخفية سواء بموجب القواعد العامة وبموجب القواعد الخاصة في القانون المدني الأردني.

أما بشأن تقسيم هذا البحث فقد وجدنا من الضروري اتباع التقسيم الثنائي وذلك على النحو التالي:

- المبحث الأول: الحدود القانونية للعييب الموجب للضمان
- المبحث الثاني: النطاق القانوني لمسؤولية البائع عن ضمان العيب الخفي

○ المبحث الأول: الحدود القانونية للعييب الموجب للضمان

إن المبدأ العام الذي تقوم عليه فكرة ضمان العيوب الخفية أن هذا الضمان يسري على كافة أنواع البيوع مهما تعددت مواضعها، وعليه فإن هذا الضمان يعمل فيه سواء بالنسبة إلى الأموال المنقولة أو الأموال غير المنقولة وسواء أكانت عقارات بطبيعتها أو بالتخصيص، وبناء عليه فإن الأساس القانوني لدعوى ضمان العيوب الخفية تقتضي أن يكون المبيع خالياً وسليماً من كل عيب لأن الأصل هو السلامة العامة من العيوب وهو ما يحتمه مبدأ حسن النية في التعاقد⁽¹⁾، ولأن المنطق السليم يقتضي بأن العاقل لا يقدم على التعاقد إلا على الشيء السليم والخالي من العيوب⁽²⁾.

إلا أن ذلك لا يعني بأن كل عيب في المبيع يستوجب الضمان لأن الحكم بذلك سوف يفضي لاعتبار أغلب عقود البيع موجبة لضمان العيوب وهذا بالنتيجة سوف يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات المالية وكثرة النزاعات الناشئة عن عقود البيع وإهمال القاعدة الفقهية القاضية بأن أعمال العقود وتنفيذها أولى من إهمالها، وكل ذلك من شأنه أن يؤثر سلباً على السلم الاقتصادي والسلم الاجتماعي في الدولة.

ومن هذا المنطلق فإن المشرع وإن كان أخذ بفكرة ضمان العيوب الخفية في عقود المعاوضات عامة وفي عقد البيع خاصة إلا أن ذلك لم يكن على إطلاقه بل نظم هذا الضمان ضمن شروط معينة ينبغي أن تتوفر في العيب حتى يجب على البائع ضمانه.

ونظراً لأن المشرع نظم فكرة ضمان العيوب الخفية في عقود المعاوضات عامة بموجب القواعد العامة تحت مسمى خيار العيب، ونظم هذه الفكرة بموجب القواعد الخاصة بعقد البيع

(1) Chibli, Mallat, Introduction to Middle Eastern Law, OUP Oxford, 2007, p:282.

(2) عيد، خالد، الضمان في عقد البيع "دراسة مقارنة"، دار الفحاء للنشر والتوزيع، عمان، 1998م، ص 156،

تحت مسمى ضمان العيوب الخفية؛ لذا فإن دراستنا سوف تتصب في هذا المبحث على شروط العيب الموجب للضمان بموجب القواعد العامة وبموجب القواعد الخاصة في القانون المدني. وحيث أن المنتبغ لشروط العيب الموجب للضمان يلمس بوضوح أن هذه الشروط يمكن تقسيمها إلى نوعين، وهما: الشروط العامة الموجبة لضمان العيوب في المبيع، والشروط الخاصة الموجبة لضمان العيوب في المبيع؛ لذا فقد وجدنا من الأنسب تقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: الشروط العامة الموجبة لضمان العيوب في المبيع

المطلب الثاني: الشروط الخاصة الموجبة لضمان العيوب في المبيع

♦ المطلب الأول: الشروط العامة الموجبة لضمان العيوب في المبيع

يراد بالشروط العامة الموجبة لضمان العيوب في المبيع هي الشروط التي لا تتعلق بذات العيب الموجب للضمان وإنما هي الشروط التي تتعلق بعقد البيع المنشئ للضمان وبطرفي العقد، وفي هذا المطلب فإننا سنعمد لبث هذه الشروط تباعا، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب لفرعين نتناول في أولهما الشروط المتعلقة بذات عقد البيع، ثم نتناول في الفرع الثاني الشروط المتعلقة بطرفي عقد البيع.

• الفرع الأول: الشروط المتعلقة بذات عقد البيع

نظرا لأن ضمان العيوب الخفية في المبيع ينبثق عن ذات العقد؛ لذا فإن هذا العقد يجب أن يكون صحيحا قانونيا، كما ويجب أن يكون من عقود البيع الموجبة لضمان العيوب الخفية، وتقصيل كل من هاذين الشرطين هو على النحو التالي:

- الشرط الأول: أن يكون عقد البيع المنشئ لالتزام بضمان العيوب الخفية صحيحا قانونيا

نظرا لأن التزام البائع بضمان العيوب الخفية لا يعدو عن كونه أثرا من آثار عقد البيع؛ لذا فإنه حتى يقوم التزام البائع بضمان العيوب الخفية الموجودة في المبيع فإنه لا بد من أن

يكون هذا الضمان نابعا عن عقد بيع صحيح بين البائع والمشتري، أما إن كان العقد باطلا - لأي سبب كان- فإن بطلان العقد يحول دون قيام التزام البائع بضمان العيوب الخفية نظرا لأن العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر قانوني، ولا ترد عليه الاجازة⁽¹⁾.

- الشرط الثاني: أن يكون عقد البيع من ضمن عقود البيع المنشئة للالتزام بضمان العيوب الخفية

يراد بهذا الشرط أن يكون عقد البيع ليس من ضمن عقود البيع التي تجريها السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية سواء بشأن بيع أموال الدولة أو بيع أموال المدين المحجوز عليها لاستيفاء الدين الذي في ذمته، وذلك سواء أكان البيع تم بواسطة المزاد العلني أو المزاد غير العلني والذي يتم بواسطة المظاريف، علما بأن المتتبع لتنظيم المشرع لضمان العيوب الخفية بموجب القواعد العامة يلمس بأن هذا الشرط لم يتم النص عليه في القواعد العامة الناظمة لخيار العيب وإنما اقتصر النص عليه بموجب القواعد الخاصة بعقد البيع وتحديد نص المادة 5/514 والتي جاء فيها: لا يكون البائع مسؤولا عن العيب القديم في الحالات التالية: 5. إذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية أو الإدارية.

وتجدر الإشارة إلى أننا نتفق مع الرأي القاضي بأن الحكمة التشريعية من وراء عدم جواز ضمان العيوب الخفية في عقود البيع التي تجرى بواسطة السلطات العامة أن الاجراءات التي ترافق هذا النوع من عقود البيع تستغرق زمنا طويلا تتيح للمشتري فرصة التعرف على المبيع ومعاينته وفحصه بصورة دقيقة؛ مما يجنبه خطر وجود العيب الخفي، ومن ناحية آخر فإن مثل هذه العقود تحتاج إلى الكثير من المصروفات لذا فإنه من باب تجنب هدر الوقت والمال وتحقيقا للمصلحة العامة فقد جاء النص على عدم جواز ضمان العيوب الخفية في هذا النوع من عقود البيع⁽²⁾.

(1) جاء في المادة 1/168 من القانون المدني الأردني النص على أنه: العقد الباطل ما ليس مشروعاً باصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه والشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي اثر ولا ترد عليه الاجازة.
(2) غانم، اسماعيل، مذكرات في العقود المسماة "عقد البيع"، مطبعة دار الكتب العربي، القاهرة، 1985م، ص 197.
العبيدي، علي، العقود المسماة "البيع والايجار"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2017م، ص ص 148، 149.

ومن جانب آخر، فإننا نرى من جانبنا رجاحة الرأي القاضي بأنه ليس كل بيع يجري بواسطة السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية يعتبر مقترا للالتزام بضمان العيوب الخفية، فالبيع المقصود في المادة 5/514 من القانون المدني هو ذلك البيع الذي يوجب القانون أن يتم بإشراف السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية أما البيوع التي يكون فيها تدخل السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية عارضا لم يشترطه القانون فإن البائع فيه يضمن العيوب الخفية وذلك كما هو الحال بشأن قسمة التصفية الاتفاقية التي تتم بواسطة السلطات العامة⁽¹⁾.

• الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بطرفي عقد البيع

حتى ولو كان عقد البيع عقدا صحيحا قانونيا ومنشأ للضمان إلا أن ذلك لا يكفي لقيام مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية بل ينبغي علاوة على ذلك أن يكون المشتري جاهلا بالعيوب وقت استلام المبيع، كما وينبغي أن لا يكون البائع اشترط لنفسه البراءة من ضمان العيوب الخفية، وتفصيل كل من هذين الشرطين على النحو التالي:

- الشرط الأول: أن يكون المشتري جاهلا بالعيوب

نظرا لأن عقد البيع في جوهره لا يقتصر على مجرد النقل المادي لملكية الشيء المبيع إلى المشتري بل إنه يتجاوز ذلك إلى ضرورة ضمان تحقيق المبيع للجدوى الاقتصادية التي رمى إليها المشتري بإبرامه لعقد البيع؛ لذا فإن الحكمة الأساسية التي لأجلها تم تشريع ضمان العيوب الخفية هي حماية المشتري من نقص القيمة أو المنفعة التي قد تلحق بالمبيع بسبب وجود العيب الخفي إلا أنه ومن باب الموازنة بين مصلحتي البائع والمشتري، وتحقيقا للعدالة فإن المشرع نص في المادة 194 من القانون المدني على شرط جهل المشتري بالعيوب لقيام مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية، فنص على أنه: يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار أن يكون قديما مؤثرا في قيمة المعقود عليه وأن يجهله المشتري وأن لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه.

⁽¹⁾ سلطان، أنور، العقود المسماة " شرح عقدي البيع والمقايضة" دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، 1980م، ص 342.

وإن كان المشرع نص في القواعد العامة الناظمة لخيار العيب على شرط جهل المشتري بالعيب لقيام مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية إلا أنه بموجب القواعد الخاصة بعقد البيع وتحديد نص المادة 3/2/1/514 من القانون المدني عمد إلى حصر الحالات التي يعتبر فيها المشتري غير جاهل بالعيب الخفي، وهذه الحالات هي: 1. إن علم المشتري عن العيب عن طريق البائع شخصياً أو عن طريق الغير قبل استلام المبيع. 2. إن كشف المشتري العيب قبل استلام المبيع بنفسه أو من خلال فحصه. 3. إن علم المشتري بالعيب قبل استلام المبيع بسبب صلته بالبائع أو صلته المسبقة بالمبيع كأن يكون مثلاً حائزاً للمبيع قبل إبرام عقد البيع.

وفي هذا الصدد فإننا لا نتفق مع ما اتجه إليه بعض الفقه بالقول بأن العلم بالعيب هو مفترض في بعض أنواع البيوع كما يحصل عادة بعقود بيع الأشياء المستعملة نظراً لأن من المفترض ومن المتوقع وجود العيوب فيها⁽¹⁾، حيث أننا نتفق من جانبنا مع الرأي القاضي بأن العلم الذي يسقط ضمان العيوب الخفية هو العلم الحقيقي "الفعلي" دون العلم الافتراضي⁽²⁾، فالأصل العام هو انعقاد العقد على أساس خلو المبيع من العيوب وبالتالي فحتى في عقود بيع الأشياء المستعملة فإنه يوجد ضمان العيوب الخفية وعلماً المشتري بهذه العيوب غير مفترض وحتى لو كان مفترضاً فإنه لا يكفي وحده لحرمان المشتري من ضمان العيوب الخفية، ومن جانب آخر فإننا لا نجد صحة التوسع في الحالات المذكورة في متن المادة 514 بشأن علم المشتري بالعيب الخفي بل نجد أن المشرع عندما ذكر هذه الحالات ذكرها على سبيل الحصر وكاستثناء على الأصل العام، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه، هذا علاوة على أنه لو أراد المشرع إخراج هذا النوع من البيوع من دائرة ضمان العيوب الخفية لنص على ذلك صراحة كما فعل عندما نص على عدم ضمان العيوب الخفية في البيوع التي تجريها السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية.

(1) العبيدي، علي، العقود المسماة "البيع والإيجار"، مرجع سابق، ص 145.

(2) المقطوف، فوزي، ضمان العيوب الخفية في المبيع "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير المنشورة، جامعة المرقب، "ترهونة"، ليبيا، 2009م، 83.

- الشرط الثاني: أن لا يكون البائع اشترط لنفسه البراءة من ضمان العيوب الخفية ورد في المادة 194 من القانون المدني النص على أنه: "يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار أن يكون قديماً مؤثراً في قيمة المعقود عليه وأن يجهله المشتري، وأن لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه"، وجاء في المادة 4/514 من ذات القانون النص على أنه: "لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية: 4. إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب".

وعطفاً على كل من هذين النصين فإنه يلاحظ بأن المشرع شرع قاعدة عامة في كل من القواعد العامة والقواعد الخاصة وهي انتفاء المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية إن كان البائع اشترط لنفسه البراءة من العيوب الخفية، وهذا الشرط يمكن أن يكون عاماً شاملاً لكافة العيوب ويمكن أن يكون مقيداً بعيب أو بعيوب معينة⁽¹⁾.

إلا أن المشرع كان أكثر وضوحاً وتفصيلاً في تنظيمه لشرط البراءة من ضمان العيوب الخفية بموجب القواعد الخاصة بعقد البيع، فبموجب القواعد الخاصة بعقد البيع فإن البائع وإن كان يملك حق أن يشترط لنفسه البراءة من ضمان العيوب الخفية إلا أن هذا الشرط لا يُوخذ على إطلاقه بل إن هناك حالات يقع فيها هذا الشرط باطلاً على الرغم من قبول المشتري به وهذه الحالات تتمثل بحالتين اثنتين هما:

1. إن تعمد البائع إخفاء العيب من خلال القيام بأعمال مادية من شأنها إخفاء العيب عن المشتري، وفي هذا الصدد فإننا لا نتفق مع الرأي القاضى بأن علم البائع بالعيوب الخفية وعدم إخبار المشتري به يعتبر حائل يحول دون صحة شرط البراءة من العيب الخفية⁽²⁾، فمن جانبنا فإننا نرى بأن البائع ليس عليه التزام بإخبار المشتري عن العيوب الخفية الموجودة في المبيع بل إن على المشتري الالتزام بفحص المبيع قبل الإقدام على شرائه، ونظراً لأنه قصر

(1) العيساوي، كاظم، أحكام العيب الخفي في الفقه الإسلامي، دار عمار للنشر والتوزيع، عمان، 1998م، ص 147.
(2) Waelkens, Laurent, Amne adverso: Roman Legal Heritage in European Culture, Leuven University Press, 2015 P:379

في حق نفسه باعتباره لم يفحص المبيع على الرغم من قدرته على فحص المبيع بل وقبل بشرط البراءة من العيوب الخفية فهو أولى بالخسارة سندا لقاعدة أن المقصر أولى بالخسارة. وفي هذا الصدد فإننا نرى بأن هناك اشكالية قد تتور وهي في الحالة التي يسكت فيها البائع عن العيب الخفي على الرغم من سؤاله من المشتري عن العيوب الخفية، فهل يعتبر سكوت البائع مبررا لحرمانه من شرط البراءة من العيوب الخفية؟

وبالرجوع للقواعد القانونية الناظمة لخيار العيب والقواعد القانونية الناظمة لعقد البيع فإننا لا نجد بأن المشرع نص على حكم لمثل هذه الحالة إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 1/95 من القانون المدني نجد أنه ورد النص فيه على أنه: "1. لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولا".

وبالعطف على هذا النص ونظرا لأن على المشتري فحص المبيع قبل الاقدام على شرائه فإننا نرى بأن مجرد سكوت البائع عن اخبار المشتري بالعيوب الخفية إن كان يعلم بها لا يعتبر مبررا لعدم صحة شرط البراءة من العيوب الخفية ما لم يكن المشتري سأل البائع عن العيوب الخفية وسكت الأخير فإن سكوته قد يفسر على أنه خلو للمبيع من العيوب الخفية لأن السكوت في هذا المقام جاء في معرض الحاجة للبيان، وقد كان من الاجدر بالمشرع النص صراحة في القواعد الخاصة بعقد البيع على عدم صحة شرط البراءة من العيوب الخفية إن أثبت المشتري أن البائع كان يعلم بالعيب الخفي وسكت عن الافصاح عنه على الرغم من سؤاله عن العيوب الخفية من المشتري.

2. إن كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب كأن يكون خارج البلاد وقت التعاقد.

♦ المطلب الثاني: الشروط الخاصة الموجبة لضمان العيوب الخفية

أشرنا منذ مقدمة هذا المبحث بأنه ليس كل عيب يوجد في المبيع يستلزم بالضرورة قيام مسؤولية البائع بضمانه بل إن هناك شروط خاصة لا بد من أن تتوفر في العيب حتى تقوم مسؤولية البائع بشأن ضمانه وهذه الشروط يصطلح عليها بالشروط الخاصة نظرا لأنها تتعلق بذات العيب الموجب للضمان، ونظرا لأن المشرع - كما أشرنا سابقا - نظم التزام البائع

بضمان العيوب الخفية بموجب القواعد العامة "خيار العيب"، وبموجب القواعد الخاصة بعقد البيع؛ لذا فإن دراستنا لهذه الشروط سوف تنصب من جانب تنظيمها في القواعد العامة، ومن جانب تنظيمها في القواعد الخاصة.

- الشرط الأول: أن يكون العيب قديماً - شرط القدم⁽¹⁾

إن العيب حتى يكون محلاً للضمان من البائع فإنه ينبغي أن يكون قديماً ويراد بذلك أي أن يكون موجوداً في المبيع قبل تسليمه للمشتري⁽²⁾، والمتتبع للنصوص القانونية الناظمة لهذا الشرط في القواعد العامة وكذلك في القواعد الخاصة فإنه يلمس بوضوح أن المشرع اكتفى بالنص على هذا الشرط في القواعد العامة الناظمة لخيار العيب وتوسع في بيان المقصود بماهية هذا الشرط بموجب القواعد الخاصة بعقد البيع، والمتتبع لهذه النصوص القانونية يلمس بوضوح بأن تحديد ماهية القدم يستدعي تحديد الوقت الذي وجد فيه العيب الخفي، وذلك يتطلب التمييز بين الفرضيين التاليين على التفصيل التالي:

• الفرض الأول: إن كان العيب موجوداً قبل واقعة التسليم

بموجب نص المادة 2/513 فإن الأصل بالعيب حتى يعتبر قديماً أن يكون موجوداً قبل واقعة تسليم المبيع، فالعبرة في الحكم على العيب إن كان قديماً أم لا هو في وقت تسليم المبيع وليس العبرة في وقت انتقال ملكية المبيع⁽³⁾، وهذا يقودنا للتمييز بين الفرضيين التاليين:

1. إن كان العيب غير موجود قبل التسليم ووجد بعد التسليم فالأصل أنه لا ضمان لمثل هذا العيب لأن المشتري يكون قد أوفى بالتزامه بتسليم المبيع خالياً من العيوب.
2. إن كان العيب موجوداً قبل التسليم وزال قبل التسليم فلا ضمان للعيب حتى وإن كان موجوداً عند التعاقد أو وجد بعد التعاقد ما دام أنه زال وأنه لم يكن موجوداً عند التسليم.

(1) حسين، علي، ضمان عيوب المبيع "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986م، ص 20. الفتلاوي، صاحب، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997م، ص 77 وما يليها.

(2) Williams, Stephen, Cases Argued and Decided in the Supreme Court of the United States, Lawyers Co-operative Publishing Company, 1960, p:390.

(3) الجبوري، ياسين، الوجيز في شرح القانون المدني (العقود المسماة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2016م، ص 374.

إلا أن الإشكالية تثور في الحالة التي يوجد فيها العيب الخفي بسبب أجنبي بعد انتقال ملكية المبيع وقبل تسليمه للمشتري، فهل يعتبر البائع في هذه الحالة مسؤولاً عن ضمان العيب الخفي أم لا؟

وللإجابة على هذا التساؤل فقد ذهب رأي في الفقه للقول بأنه تحقيقاً للعدالة فإن البائع لا يتحمل تبعية العيب الناجم عن سبب أجنبي بعد انتقال ملكية المبيع وقبل تسليمه ما دام أن البائع بذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة على المبيع⁽¹⁾.

ومن جانبنا فإننا لا نتفق مع هذا الرأي وإنما نرى بأن العيب طالما وجد في المعقود عليه قبل تسليمه فإن من يتحمل تبعيته هو البائع لأن يده على المبيع قبل التسليم هي يد ضمان وليست يد أمانة ما لم يكن مرد هذا العيب هو سبب يرجع للمشتري، وهذا ما ينسجم أكثر ونص المادتين 472، 489 من القانون المدني⁽²⁾.

• الفرض الثاني: إن وجد العيب بعد واقعة التسليم

إن الأصل إن كان العيب غير موجود عند واقعة التسليم ووجد بعدها فإن البائع لا يضمن هذا العيب لأن العبرة - كما أشرنا سابقاً - في وقت التسليم لا بوقت انتقال الملكية، إلا أنه بموجب نص المادة 3/513 فإن العيب يعتبر بحكم العيب القديم حتى وإن وقع في المعقود عليه بعد واقعة التسليم إن كان مرده سبباً قديماً كان في المبيع قبل تسليمه للمشتري، وبرأينا فإن هذا الحكم ينصرف ليطبق على الحالة التي يتفاقم بها العيب بعد التسليم ليصبح عيباً مختلفاً بيد المشتري إن كان أصله عيباً موجوداً في المعقود عليه قبل واقعة التسليم.

(1) مصطفى، منصور، العقود المسماة " البيع والمقايضة والايجار"، بلا ناشر، بلا مكان نشر، 1956م، ص 547.

(2) جاء النص في المادة 472 من القانون المدني الأردني على أنه: إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن المسمى للبائع وإذا هلك قبل التسلم بسبب لا يد للمشتري فيه يكون مضموناً على البائع. وجاء في المادة 489 من ذات القانون النص على أنه: يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع.

- الشرط الثاني: أن يكون العيب خفياً⁽¹⁾

بموجب نص المادة 193 من القانون المدني فإن خفاء العيب يعتبر من الشروط التي ينبغي أن تتوفر لقيام مسؤولية البائع عن العيوب الخفية، وإن كان المشرع نص على هذا الشرط بموجب القواعد العامة الناطمة لخيار العيب إلا أنه عمد للنص عليه وتنظيمه بصورة أكثر تفصيلاً ووضوحاً بموجب نص المادة 4/513 من القانون المدني والتي جاء فيها النص على أنه: "يشترط في العيب القديم أن يكون خفياً، والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي أو لا يكشفه غير خبير أو لا يظهر إلا بالتجربة". وعطفاً على ما سبق فإنه يشترط بالعيب حتى يكون خفياً أن يكون غير ظاهر بحيث أنه من غير الممكن التنبيه إليه بمجرد رؤية المبيع، فحتى يعتبر العيب خفياً فإنه يجب أن لا يمكن التوصل إليه إلا بفحص المبيع من أهل الخبرة والاختصاص، أو من خلال تجربة المبيع. وفي هذا الصدد فإنه يجدر التنبيه إلى أن العيب الفني حتى وإن كان ظاهراً في جسم المبيع ولكن لا يمكن التوصل إليه إلا من خلال أهل الخبرة والاختصاص أو من خلال التجربة بمرور الزمن فإن هذا العيب يأخذ حكم العيب الخفي، وفي هذا الصدد جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 99/2778 النص على أنه: "حيث أن أجهزة المدعى عليها والتي سلمتها للمميز ضده كانت كلها غير صالحة للعمل بسبب وجود عيب فني خفي فيها فإن المادة 193 من القانون المدني أعطت حق فسخ العقد بخيار العيب في العقود التي تحتل الفسخ دون اشتراطه في العقد وحيث ثبت أن المبيع معيب وغير صالح فنياً للاستعمال، وحيث أن هذا العيب الفني هو من العيوب الخفية التي ليس باستطاعة المشتري اكتشافه إلا بعد الاستعمال فيكون المدعى قد مارس حقه القانوني بطلب فسخ العقد وإعادة الجهاز إلى المدعى عليها واسترداد الثمن المدفوع"⁽²⁾.

وعند بحث شرط الخفاء فإن الإشكالية تثور في الحالة التي يكون فيها العيب ظاهراً ولكن البائع تعمد إخفاء العيب، فهل يعامل هذا العيب معاملة العيب الخفي؟

(1) الزرقا، مصطفى، شرح العقود المسماة "البيع والمقايضة"، مطابع فتى العرب، دمشق، 1965م، ص 205.

(2) منشورات قسطاس، تاريخ الزيارة 2018/12/27م. qistas.com

وبالرجوع إلى النصوص القانونية الناظمة للعيوب الخفية سواء في القواعد العامة أو في القواعد الخاصة فإننا لا نجد حلاً لهذه الإشكالية؛ لذا فإننا نرى من جانبنا بأنه في مثل هذه الحالة فإن البائع يعتبر ملزماً بالقيام بضمان العيوب الخفية نظراً لأن هذا العيب تم إخفاؤه عن المشتري باستخدام وسائل مادية وبالتالي فمن باب أولى للمحافظة على المصلحة العامة وتحقيقاً للعدالة التفاضلية عن تقصير وإهمال المشتري المتمثل بعدم فحص المبيع في سبيل محاسبة البائع عن غشه المتعمد، وحبذا لو أن المشرع نص على هذا الحكم صراحة بموجب القواعد القانونية الناظمة للعيوب الخفية.

ومن جانب آخر فإن من الإشكاليات التي تثار عند بحث شرط الخفاء هي في الحالة التي يكون فيها العيب خفياً ويكون المشتري من أهل الخبرة إلا أنه لا يقوم بفحص المبيع، ففي هذه الحالة هل تقوم بحق البائع المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية؟

ونظراً لسكوت المشرع عن معالجة هذه الإشكالية؛ لذا فإننا نرى من جانبنا بأنه - وتحققاً للعدالة - لا يجوز غض الطرف عن خبرة المشتري وينبغي معاملة العيب في هذه الحالة معاملة العيب غير الخفي لأنه يكون من السهولة على المشتري كشفه بالفحص العادي الذي يكون من الرجل متوسط الخبرة الذي يحمل خبرته.

- الشرط الثالث: أن يكون العيب مؤثراً

لا يكفي حتى يكون العيب موجباً للضمان من البائع أن يكون قديماً وخفياً بل وينبغي لزاماً أن يكون مؤثراً في المبيع وقد اكتفى المشرع بالنص على هذا الشرط صراحة بموجب المادة 194 من القانون المدني عند تنظيمه لخيار العيب، وعلى الرغم من أهمية هذا الشرط فإن المشرع لم ينص عليه بموجب القواعد الخاصة الناظمة لعقد البيع.

والعيب المؤثر هو العيب الذي من شأنه أن يؤدي للانتقاص من القيمة السوقية للمبيع أو من شأنه أن يؤدي للانتقاص من المنفعة المستحصل عليها من المبيع بحسب الغاية المراد تحقيقها من المبيع كما بينها العقد، وفي الأغلب الأعم فإن العيب المؤثر الموجب للضمان

هو ذلك العيب الذي يقع في مادة المبيع والمعيار في تحديد مدى تأثير العيب سواء على قيمته السوقية أو على منفعته هو معيار موضوعي بحث(1).

إن هناك من الفقه من يميز بين قيمة الشيء ومنفعته معتبرا أن كلا منهما يتميزان عن الآخر وينفصلان عن بعضهما البعض، فقد ينقص العيب من قيمة الشيء إلا أنه لا ينقص من منفعته، وقد ينقص من منفعة الشيء ولا ينقص من قيمته(2).

وفي هذا الصدد فإن التساؤل الذي يثور بأي من المعيارين أخذ المشرع في تحديد العيب المؤثر؟

وللاجابة على هذا التساؤل فإنه وبالرجوع إلى القواعد القانونية الناظمة لهذا الشرط وتحديدا نص المادة 194 من القانون المدني فإننا نجد أن المشرع نص صراحة على الأخذ بمعيار قيمة المبيع معتبرا بأن العيب الخفي الموجب للضمان هو العيب الذي ينقص من قيمة المعقود عليه.

وعند تقييم موقف المشرع في هذا الصدد فإننا نرى أن هذا الموقف هو موقف سلبي ومنتقد لأن الأخذ بأحد المعيارين دون الآخر من شأنه أن يضيق من نطاق المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية على الرغم من أن الضرر الذي قد يلحق بالمشتري بسبب نقصان منفعة المبيع قد لا يقل - بل يزيد في بعض الاحيان - عن الضرر الذي يلحق به بسبب نقصان قيمة المبيع السوقية، فليس ثمت مبرر لتبني أحد المعيارين دون الآخر؛ لذا فإنه وتحقيقا للعدالة كان أجدد بالمشرع في سبيل تحديد ماهية العيب المؤثر الموجب للضمان تبني كل من معياري نقصان القيمة السوقية ونقصان المنفعة.

وعلى الرغم من هذا الموقف للمشرع بشأن المعيار المتبع لتحديد العيب المؤثر إلا أن هناك من الفقه من يرى بأنه إن تم الرجوع للحكمة التشريعية من التزام البائع بضمان العيوب الخفية فإننا سوف نجد بأن العيب سواء أكان مؤثرا في قيمة المبيع السوقية أو في المنفعة

(1) أبو هزيمة، محمد، الضمان في عقد البيع "دراسة مقارنة"، دار الفحاء للنشر والتوزيع، عمان، 1986م، ص 175.

(2) يراد بالمنفعة: هي كل ما فيه نفع سواء بالجلب والتحصيل أو بالدفع والاتقاء فهي هيئات قائمة في المحل وهي أعراض متجددة توجد وتنتفي وهي مستعدة لتلبية الغرض المنشود منها. المعموري، ضمير، منفعة العقد والعيب الخفي "دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009م، ص 23.

المقصودة منه يصلح لأن يكون عيباً مؤثراً من شأن وجوده أن يؤدي لقيام مسؤولية البائع عن ضمانه⁽¹⁾.

ومن جانبنا فإننا نؤيد هذا الرأي، ونرى بأنه يمكن تأصيل التزام البائع بضمان العيوب الخفية سواء أكان من شأن العيب انقاص قيمة المبيع أو انقاص المنفعة سندا لنص المادة 1/512 من القانون المدني نظراً لأن المشرع في هذه المادة اعتبر بأن البيع يكون منعقداً على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه، وعليه فسواء أكان النقصان بسبب العيب انصب على القيمة أو المنفعة فإنه طالما كان لم يجري العرف على التسامح فيه فإنه يعتبر عيباً مؤثراً، ومسألة تحديد إن كان العيب؛ مما جرى التسامح فيه عرفاً أم لا يدخل ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مستعينة في ذلك بأهل الخبرة والاختصاص. علماً بأن محكمة التمييز الأردنية الموقرة قد أخذت بمعيار نقصان القيمة وحده كمعيار متبع لتمييز العيب المؤثر عن العيب غير المؤثر معتبرة بأن العيب المؤثر الذي يستوجب الضمان هو ذلك العيب الخفي الذي ينقص من قيمة المبيع نقصاً محسوساً، فقد جاء في قرارها رقم 952 لسنة 1987م النص على أنه: "إن العيب قد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المادية أو نفعه المادي وقيمة الشيء ونفعه أمران متميزان فقد ينقص العيب من قيمة الشيء دون أن ينقص من نفعه، كما إذا كان المبيع سيارة صالحة لجميع الأغراض المقصودة ولكن بها عيب في المقاعد أو الغطاء أو غير ذلك من اجزائها؛ مما لا يؤثر مطلقاً في صلاحيتها فإذا كان هذا العيب مؤثراً بحيث ينقص من قيمة السيارة نقصاً محسوساً كان للمشتري الرجوع على البائع لضمان العيب الخفي⁽²⁾."

○ المبحث الثاني: النطاق القانوني لالتزام البائع بضمان العيوب الخفية

لاحظنا من خلال المبحث الأول بأنه ليس كل عيب في المبيع يستوجب قيام مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية بل يجب لزاماً أن تتوفر مجموعة من الشروط لقيام هذه المسؤولية بحق البائع، والتساؤل الذي يثور ليكون محلاً لدراستنا في هذا المبحث هو:

(1) العبيدي، علي، العقود المسماة "البيع والايجار"، مرجع سابق، ص 146.

(2) منشورات قسطاس، تاريخ الزيارة 2019/1/10م. qistas.com

إن توفرت الشروط اللازمة لقيام مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية، فما هو النطاق القانوني لالتزام البائع بضمان هذه العيوب؟ وبتعبير آخر ما هي الخيارات المتاحة أمام المشتري في مواجهة البائع بشأن ضمان العيوب الخفية؟

وللاجابة على هذا التساؤل فإنه يقع علينا لزاماً أن نعالج الآثار القانونية المترتبة عن قيام مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية وذلك من جانب القواعد القانونية الناظمة للعيوب الخفية، ثم نعد لتحديد الآثار المترتبة على اخلال البائع بتنفيذ التزامه التعاقدى بتسليم المبيع خالياً من العيوب بموجب القواعد القانونية الناظمة للتنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية، وتحقيقاً للغاية المنشودة من هذا المبحث فقد وجدنا ضرورة تقسيمه على النحو التالي:

المطلب الأول: آثار المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية بموجب القواعد القانونية الناظمة للعيوب الخفية

المطلب الثاني: آثار العيب الخفي بموجب القواعد العامة الناظمة للتنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية

♦ **المطلب الأول: آثار المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية بموجب القواعد القانونية الناظمة للعيوب الخفية**

بموجب القواعد القانونية الناظمة للعيوب الخفية إذا ما توفرت الشروط التي سبق الإشارة إليها في العيب ترتب على ذلك جملة من الآثار، وكل أثر من هذه الآثار يجسد بحد ذاته خيار للمشتري يمكن اللجوء إليه في مواجهة البائع ضمن ضوابط قانونية محددة⁽¹⁾، وفي هذا المطلب فإننا سوف نعد لتحديد آثار المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية بموجب القواعد القانونية الناظمة للعيوب الخفية من خلال الاجابة على التساؤل التالي:

إن نشأت مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية، فما هي الخيارات المتاحة قانونياً أمام المشتري في مواجهة البائع بموجب القواعد القانونية الناظمة للمسؤولية المدنية عن العيوب الخفية؟

⁽¹⁾ International Chamber of Commerce Staff, International Art Trade and Law, Springer Science and Business Media, 2013, P:395.

وللاجابة على هذا التساؤل فإنه وبالرجوع للقواعد العامة الناظمة لخيار العيب والقواعد الخاصة الناظمة لضمان العيوب الخفية في عقد البيع فإننا نجد أن هناك أثرين يترتبان على قيام مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية وهما: حق المشتري برد المبيع واسترداد الثمن، وحقه بالاحتفاظ بالمبيع والرجوع بنقصان الثمن، وفي هذا المطلب سوف نعدم لدراسة كل من هذين الأثرين من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نعالج في أولهما حق المشتري برد المبيع واسترداد الثمن، ونعالج في ثانيهما حق المشتري بالاحتفاظ بالمبيع وانقاص الثمن.

• الفرع الأول: حق المشتري برد المبيع واسترداد الثمن

نص المشرع في المادة 195 من القانون المدني على أنه: 1- إذا توفرت في العيب الشروط المبينة في المادة السابقة كان العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار قبل القبض قابلاً للفسخ بعده. 2- ويتم فسخ العقد قبل القبض بكل ما يدل عليه دون حاجة إلى تراضي أو تقاضي بشرط علم العاقد الآخر به، وأما بعد القبض فانما يتم بالتراضي أو التقاضي.

وبالعطف على هذا النص فإنه يلاحظ بأن المشرع بموجب القواعد العامة ميز بين فرضين بشأن التكييف القانوني لعقد البيع الذي يكون فيه المبيع معيباً بعبء خفي، والخيار متاح للمشتري حال قيام مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية وذلك على النحو التالي:

1. في الحالة التي يكتشف فيها العيب قبل استلام المبيع من المشتري فإن عقد البيع يكون بالنسبة للمشتري حصراً هو عقد غير لازم، فلاحير وحده الحق بفسخ العقد بإرادته المفردة دون حاجة للفسخ بالتراضي أو بالتقاضي بل يكفي لصحة هذا الفسخ أن يتصل بعلم العاقد الآخر "البائع".

ويجوز الفسخ في هذه الحالة بالإرادة المنفردة من المشتري سواء أكان الفسخ صريحاً أو ضمناً، ويتحقق الفسخ الصريح متى أنذر البائع المشتري برغبته بالفسخ كإذاره عدلياً بذلك، ويتحقق الفسخ الضمني متى رفض المشتري تسلّم المبيع أو رفض دفع الثمن فيفسخ البيع سواء

أرضي البائع أم لم يرضى، ويترتب على الفسخ في هذه الحالة إن كان البائع قد قبض الثمن أو أي جزء منه أن يرد ما قبضه للمشتري⁽¹⁾.

2. أما في الحالة التي يكتشف فيها العيب بعد استلام المبيع من المشتري فإن العقد يكون بالنسبة للمشتري كما هو الحال للبائع عقدا لازما، فلا يحق للمشتري فسخه بالارادة المنفردة بل لصحة الفسخ لا بد من أن يقع إما بالتراضي أو بالتقاضي.

وهناك من الفقه من يبرر هذا الموقف للمشرع الأردني بالقول بأن المشرع ميز بين حق المشتري بالفسخ قبل القبض وبعد القبض نظرا لأن العقد لا يكون لازما قبل القبض فهو أقرب ما يكون للرجوع عن الايجاب، أما بعد القبض فإن العقد يكون لازما فلا يجوز فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي⁽²⁾.

ومن جانبنا فإننا لا نتفق مع هذا الرأي ونرى عدم دقته لأن عقد البيع يعتبر منعقدا سواء أكان قبل تسليم المبيع أو بعده فهو منعقد وإرادة كل من العاقدين تكون قد تطابقت ولا يكون العقد قبل القبض غير لازم لأنه أقرب ما يكون للإيجاب فالعقد قد انعقد ولكنه يكون غير لازم لأن المشرع نص المادة 195 من القانون المدني كنص خاص يقضي بعدم لزوم العقد بالنسبة للمشتري وحق الأخير بفسخه بالارادة المنفردة قبل قبض المبيع.

ومن جانبنا فإننا نرى بأن المشرع ميز بين حق المشتري بالفسخ بالارادة المنفردة قبل القبض وعدم حقه بذلك بعد القبض انطلاقا من حرصه على تحقيق العدالة والموازنة بين مصلحة البائع والمشتري، ففي الحالة التي يكتشف فيها العيب والمبيع بيد البائع فإنه لن يكون هناك ثمت شكاً بأن هذا العيب قديما وأنه لا يد للمشتري فيه لذلك فعقد البيع يكون غير لازم بالنسبة للمشتري ويجوز له فسخه بالارادة المنفردة بشرط أن يتصل الفسخ بعلم العاقد الآخر، بيد أنه في الحالة التي يكون فيها المشتري قد استلم المبيع فإنه قد يثور الشك حول مدى قدم هذا العيب ومدى تدخل المشتري في وجوده؛ لذا فإن المشرع اعتبر العقد في هذه الحالة عقدا

(1) الوزان، وليد، إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2011م، ص34.

(2) الفار، عبد القادر. ملكاوي، بشار، أحكام الالتزام " آثار الحق في القانون المدني"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2016م، ص 122.

لازما لطرفيه ولم يجز للمشتري فسخه بالارادة المنفردة بل اشترط أن يكون الفسخ إما بالتراضي أو بالتقاضي.

وبالمقابل فإن المشرع نص في المادة 1/513 من القانون المدني على أنه: "1- إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا إن شاء رده أو إن شاء قبله بالثمن المسمى وليس له امساكه والمطالبة بما انقصه العيب من الثمن".

وبالعطف على هذا النص فإنه يلاحظ بأن المشرع لم يميز لصحة الفسخ بين حالة استلام المبيع من المشتري وعدم استلامه وإنما جاء نصه مطلقا معتبرا بأن العقد بكافة الأحوال يكون غير لازم بالنسبة للمشتري حال اكتشاف العيب الخفي وأتاح له الحق بفسخ العقد بالارادة المنفردة بل وأكثر من ذلك فإنه لم ينص صراحة على اعتبار أن الفسخ حتى يكون صحيحا ينبغي أن يقترن بعلم العاقد الآخر.

ونظرا لأن الأصل في الأمور الاباحة وسندا للقاعدة القاضية بأن المطلق يأخذ على اطلاقه؛ لذا فإننا نرى بأنه بموجب القواعد الخاصة يحق للمشتري فسخ العقد بارادته المنفردة دون حاجة لصحة هذا الفسخ أن يقع بالتراضي أو بالتقاضي وإن تم اللجوء للقضاء لتقرير الفسخ فإن دوره لا يعدو عن كاشف للفسخ لا مقرر له.

وبناء على ما سبق فإنه يظهر حجم التناقض بين القواعد العامة والقواعد الخاصة بشأن التكييف القانوني لعقد البيع في حال وجود العيب الخفي والحكم القانوني لفسخ العقد بسبب العيب الخفي، وعند البحث في سبب هذا التناقض فإن هناك من الفقه من أسس هذا التناقض نظرا لأن المشرع في القواعد العامة الناظمة لخيار العيب تبني موقف المذهب الحنفي، أما بموجب القواعد الخاصة الناظمة لعقد البيع فإنه تبني موقف المذهبي الشافعي و موقف المذهب الحنبلي⁽¹⁾.

ومن جانبنا فإنه عند تقييمنا لموقف المشرع بشأن تكييف عقد البيع وحكمه بالنسبة للمشتري في حال وجود العيب الخفي بموجب القواعد العامة وبموجب القواعد الخاصة فإننا نرى بأن موقفه بموجب القواعد العامة جاء أكثر ايجابية نظرا لأنه يكفل تحقيق الموازنة بين حقوق البائع وحقوق المشتري وذلك من شأنه أن يحقق العدالة أكثر من موقفه بموجب القواعد الخاصة التي

(1) الزعبي، محمد، شرح العقود المسماة في القانون المدني الأردني، بلا ناشر، عمان، 1993م، ص 434.

قدم فيها مصلحة المشتري على مصلحة البائع بخاصة أن المشتري قد لا يكون محق في فسخه للعقد لوجود العيب الخفي.

ومن جانب آخر فإننا نرى بأن موقف المشرع بموجب القواعد العامة جاء أكثر ايجابية من موقفه بموجب القواعد الخاصة نظرا لأنه ينسجم أكثر مع الأصل الذي قام عليها القانون المدني وهو أحكام الفقه الحنفي.

ونظرا لهذا التناقض الموجود، فإننا نتفق مع الرأي الفقهي القاضي بأن ما ينبغي أن يطبق هو نص المادة 1/513 وليس نص المادة 195 من القانون المدني نظرا لأن نص المادة 513 هو نص خاص يقدم على نص المادة 195 والذي هو نص عام عطا على القاعدة الفقهية القاضية بأن الخاص يقدم على العام⁽¹⁾، وهذا هو الموقف الذي تبنته محكمة التمييز الأردنية الموقرة في قرارها رقم رقم 91/196 والذي جاء فيه النص على أنه: "إذا تبين للمشتري أن الشقة التي اشتراها فيها العديد من النواقص الخاصة والعامة فليس للمشتري أن يطالب بما أنقصه العيب من الثمن وإنما له أن يرد المبيع أو أن يقبله بالثمن المسمى عملا بالمادة 513 من القانون المدني"⁽²⁾.

• الفرع الثاني: حق المشتري بالاحتفاظ بالمبيع وانقاص الثمن

نص المشرع في المادة 198 من القانون المدني على أنه: "لصاحب خيار العيب أيضا امسك المعقود عليه والرجوع بنقصان الثمن"، ومن خلال هذا النص فإنه يظهر بأن المشرع أجاز للمشتري عوضا عن رد المبيع للبائع واسترداد الثمن الرجوع على البائع بنقصان القيمة نظرا لوجود العيب الخفي.

وبالتالي فإنه وفقا للقواعد العامة الناظمة لخيار العيب فإن المشتري دائما يكون مخيرا بين خيارين وهما: إما أن يقوم بفسخ العقد أو أن يقوم بمسك المبيع والرجوع على البائع بقصان القيمة، فلا يوجد ما يحتم على المشتري استخدام أحد الخيارين دون الآخر بل له مطلق الحرية

(1) العبيدي، علي، العقود المسماة "البيع والايجار"، مرجع سابق، ص 150.

(2) منشورات قسطاس، تاريخ الزيارة 2019/1/22م. qistas.com

في استخدام أي من هذين الخيارين، على أننا نجد من جانبنا بأن رجوع المشتري على البائع بقصان الثمن يحرمه قطعاً من حقه بفسخ العقد واسترداد الثمن.

وإن كان موقف المشرع الأردني جاء واضحاً بموجب القواعد العامة بشأن حق المشتري بكافة الأحوال بأن يقوم إما بفسخ العقد لوجود العيب الخفي أو بالرجوع على البائع بنقص القيمة والاحتفاظ بالمبيع لوجود العيب الخفي إلا أنه بموجب القواعد الخاصة جاء موقفه مغايراً لذلك حيث نص في المادة 1/513 على أنه: "1- إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً إن شاء رده أو إن شاء قبله بالثمن المسمى وليس له امساكه والمطالبة بما انقصه العيب من الثمن"، وجاء في المادة 516 النص على أنه: "إذا هلك المبيع المعيب بعيب قديم في يد المشتري أو استهلكه قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن"، وجاء في المادة 2/1/517 النص على أنه: "1- إذا حدث في المبيع لدى المشتري عيب جديد فليس له أن يرده بالعيب القديم وإنما له مطالبة البائع بنقصان الثمن ما لم يرضى البائع بأخذه على عيبه الجديد. 2- إذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع على البائع بالعيب القديم".

وبناء عليه فإن الأصل العام بموجب القواعد الخاصة أن حق المشتري ينحصر فقط بفسخ العقد لوجود العيب الخفي والاستثناء على ذلك أن للمشتري الحق بالرجوع بنقص الثمن وذلك لأن السلامة من العيب هي وصف من الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تابعة للمعقود عليه.

وإن كان المشرع بموجب القواعد الخاصة حصر حق المشتري بضمان العيوب الخفية في حدود رد المبيع واسترداد الثمن إلا أنه أوجد استثناءات على هذه الأصل العام فأجاز للمشتري الاحتفاظ بالمبيع والرجوع على البائع بنقص الثمن ضمن حالات معينة وردت على سبيل الحصر، وهي:

- أولاً: إن هلك المبيع أو استهلك وهو في يد المشتري قبل علمه بالعيب الخفي، فلو هلك المبيع هلاكاً كلياً أو جزئياً ولأي سبب كان قبل علم المشتري بالعيب الخفي فإن حقه ينحصر بطلب انقاص الثمن بناء على مقدار ما نقص من قيمة المبيع بسبب وجود العيب الخفي.

وفي هذا الصدد فإننا من جانبنا نتفق مع الرأي القاضي بأنه وفقا لمفهوم المخالفة لنص المادة 516 فإن هلاك المبيع أو استهلاكه إن حدث بعد العلم بالعيب الخفي فإن ذلك يحول دون قيام مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية نظرا لأن علم المشتري وسكوته عن العيب الخفي حتى هلاكه أو استهلاكه يعد قبولا ضمنيا منه بالمبيع مع عيبه بالثمن المسمى⁽¹⁾.

- **ثانيا:** إن تعيب المبيع بعيب جديد وهو في يد المشتري قبل العلم بالعيب الخفي ففي هذه الحالة بموجب نص المادة 1/517 ينحصر حق المشتري بالرجوع على البائع بنقص القيمة والاحتفاظ بالمبيع مالم يقبل البائع برد المبيع إليه بعيبه الجديد، إلا أنه بموجب الفقرة الثانية من المادة 517 فإنه إن زال العيب الجديد فإنه يعود حق المشتري لينحصر فقط بارجاع المبيع واستعادة الثمن.

- **ثالثا:** إذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد قبل علم المشتري بالعيب الخفي⁽²⁾، ومن الأمثلة على الزيادة المانعة من الرد ما ورد النص عليه في المادة 349 من مجلة الأحكام العدلية كضم الخيط للثوب أو صبغ الثوب، أو غرس الشجر بالأرض من جانب المشتري. وفي هذا الصدد فإن ما يثير الانتباه هو أن المشرع حصر بموجب الفقرة الثانية من المادة 517 الزيادة المانعة من الرد بالزيادة التي تكون من مال مملوك للمشتري وبالتالي فإنه وفقا لمفهوم المخالفة فإن الزيادة التي تكون بحكم الطبيعة أو التي تكون بمال الغير لا تعتبر مبررا لعدم رد المبيع وإنما على المشتري رد المبيع إن كان لا يرغب بالمبيع بعيبه وبالثمن المسمى بالعقد.

وعند تقييمنا لهذا الموقف للمشرع فإننا نجد أنه موقف سلبي ومنتقد نظرا لأنه إن تم كشف العيب الخفي في المبيع بعد الزيادة التي طرأت عليه من غير مال المشتري ورغب المشتري بالرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية فسوف ينحصر حقه بفسخ العقد ورد المبيع للبائع واسترداد الثمن وبالتالي فإن الاشكالية تثور حول الحق بالزيادة التي تكون في المبيع فهي

(1) الزعبي، محمد، شرح العقود المسماة في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 416.

(2) جاء في المادة 518 من القانون المدني النص على أنه: " 1- إذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد ثم ظهر للمشتري عيب قديم فيه فإنه يرجع على البائع بنقصان العيب وليس للبائع الحق في استرداد المبيع. 2- والزيادة المانعة هي كل شيء من مال المشتري يتصل بالمبيع.

سوف ترد مع المبيع الأمر الذي يعني بأن البائع يكون في هذه الحالة حقق ربحا غير مبرر من وراء رد المبيع إليه وفي هذا اثناء بلا سبب.

لذا فإننا نرى بأنه كان أجدر بالمشرع اعتبار الزيادة المانعة من الرد هي كل زيادة في المبيع لا يمكن فصلها عنه سواء أكانت من مال المشتري أم من مال الغير وسواء أكانت بفعل المشتري أم بفعل الغير أم أن مردها للطبيعة.

وعطفا على ما سبق، فإنه يظهر التناقض بين التنظيم القانوني للأثار المترتبة على العيب الخفي بموجب القواعد العامة الناظمة لخيار العيب وبموجب القواعد الناظمة لعقد البيع، فبموجب القواعد العامة فإن للمشتري دون قيد أو شرط الخيار بين فسخ العقد أو الرجوع على البائع بنقصان القيمة والاحتفاظ بالمبيع، أما بموجب القواعد الخاصة بعقد البيع فإن حق المشتري ينحصر فقط بفسخ العقد، وكاستثناء وفي حالات حصرية فإنه يحق له الرجوع على البائع بنقصان القيمة والاحتفاظ بالمبيع، ومن جانبنا فإننا نرى بأن مرد هذا التناقض هو أن المشرع تأثر بموقف الفقه الحنفي في تشريعه لخيار العيب، وتأثر بموقف الفقه الشافعي والفقه الحنبلي في تشريعه لضمان العيوب الخفية في عقد البيع.

وعطفا على هذا التناقض الموجود فإننا نرى بأن موقف المشرع بموجب القواعد العامة جاء أكثر ايجابية من موقفه بموجب القواعد الخاصة نظرا لأنه ينسجم أكثر مع الأصل الذي قام عليها القانون المدني وهو أحكام الفقه الحنفي ومن شأنه أن يحقق العدالة أكثر لأنه يتيح للمشتري الاحتفاظ بالمبيع دون أي ضرر يلحق بالبائع لأن الاخير سوف يأخذ الثمن الذي يستحقه المبيع فعليا بعد انقاص الثمن.

وفي ظل التناقض الموجود حاليا ما بين التنظيم القانوني للأثار المترتبة على العيب الخفي بموجب القواعد العامة الناظمة لخيار العيب وبموجب القواعد الخاصة الناظمة لعقد البيع، فإننا نرى بأنه وعلى الرغم من ايجابية ما ورد في القواعد العامة مقارنة مع ما ورد في القواعد الخاصة إلا أن ما ينبغي أن يطبق هي القواعد القانونية الناظمة لمسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفي في عقد البيع سندا للقاعدة الفقهية القاضية بأن الخاص يقدم على العام، والقاعدة الفقهية القاضية بأن اللاحق ينسخ السابق.

♦ المطلب الثاني: آثار العيب الخفي بموجب القواعد العامة الناظمة للتنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية

نص المشرع في المادة 488 من القانون المدني على أنه: "يلتزم البائع بتسليم المبيع الى المشتري مجردا من كل حق آخر، وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إليه"، ونص في المادة 489 من ذات القانون على أنه: "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع"، وبناء عليه فإن على البائع التزام بنقل ملكية المبيع للمشتري، وهذا الالتزام يتفرع عنه التزامين وهما:

1. التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري بذات الحالة التي كان عليها وقت التعاقد.

2. التزام البائع بالمحافظة على المبيع لحين تسليمه للمشتري.

وإن كان كل من هذين الالتزامين يتقاطع مع الآخر بكونهما التزاما بالقيام بعمل وأنهما فرع من التزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري إلا أنهما يختلفان عن بعضهما البعض بأن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق نتيجة أما التزام البائع بالمحافظة على المبيع فهو التزام ببذل عناية⁽¹⁾، ونظرا لأن عقد البيع يعتبر منعقدا على أساس خلو المبيع من كل عيب لأن الأصل هو السلامة العامة من العيوب؛ لذا فإن المشرع نص في المادة 491 من القانون المدني على أنه: "إذا سلم البائع المبيع للمشتري بصورة صحيحة أصبح غير مسؤول عما يصيب المبيع بعد ذلك"، الأمر الذي يعني أنه حتى تبرأ ذمة البائع تجاه المشتري فإنه ينبغي على البائع أن يسلم المبيع للمشتري تسليما صحيحا وكأصل عام لا يكون التسليم صحيحا إلا إن قام البائع بالوفاء بالتزامه بتسليم المبيع للمشتري بذات الحالة التي كان عليها وقت التعاقد، فإن ظهر في المستقبل بعد تسليم المبيع للمشتري عيبا خفيا مؤثرا وقديما فإن البائع لن يكون قد سلم المبيع للمشتري ذلك التسليم الصحيح المبري لذمته.

وعطفا عليه فإن التساؤل الذي يكون محلا للبحث في هذا المطلب: إلى أي حد يجوز قانونيا إلزام البائع باصلاح المبيع من العيب الخفي أو استبداله كأثر مترتب على التزامه التعاقدى بتسليم المبيع تسليما صحيحا للمشتري؟

(1) فرج، توفيق، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1979م، ص43.

إن الأصل بالالتزام المدني إن نشأ صحيحاً من الناحية القانونية بفعل مصدر من مصادر الالتزام فإنه يولد آثاراً وأهمها وجوب تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً طبقاً لما اشتمل عليه والأصل أن تنفيذ الالتزام يكون تنفيذاً عينياً طوعياً إلا أن المدين إن رفض التنفيذ الطوعي للالتزام فإنه يتم اللجوء للتنفيذ العيني الجبري⁽¹⁾، وفي سبيل ذلك فقد نص المشرع في المادة 312 على أنه: "يجب الوفاء بالحق متى استوفى شرائط استحقاقه قانونياً فإن تخلف المدين فقد وجب تنفيذه جبراً عليه تنفيذاً عينياً أو تعويضياً طبقاً لنصوص القانون⁽²⁾."

ونظراً لأن التزام البائع بتسليم المبيع تسليمياً صحيحاً هو التزام بالقيام بعمل يتجسد بتسليم ذات المبيع المتفق عليه بذات الحالة التي كان عليها وقت التعاقد؛ لذا فإنه بموجب نص المادة 1/239 من القانون المدني فإن محل الالتزام إن كان تسليم مال قيمي فإن التنفيذ العيني من قبل المدين لا يكون معتبراً قانونياً ما لم يتم الأخير بتسليم ذات المال المتفق عليه، ونظراً لأن البائع في عقد البيع هو مدين بتسليم المبيع للمشتري الأمر الذي يعني بأنه يتعين عليه تسليم المبيع المتفق عليه بذات الحالة التي كان عليها وقت نشوء الالتزام - إبرام عقد البيع - إن كان المبيع مالا قيمياً، وهذا الحكم ينصرف أيضاً للمال المثلي طالما أنه تم إفرازه وقت نشوء الالتزام فإن سلم المبيع على الرغم من تعيبيه فإنه لا يكون قد أدى ما في ذمته من التزام ما لم يقبل المشتري بذلك، وطالما أن تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم ذات المبيع بذات الحالة المتفق عليها وقت نشوء الالتزام ممكناً؛ لذا فإن تنفيذ هذا الالتزام سواء أكان تنفيذاً طوعياً أو جبرياً فإنه لا

(1) الفضل، منذر، مصادر الالتزام وأحكامها "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012م، ص387. خاطر، صبري، النظرية العامة للالتزام "دراسة مقارنة"، جامعة البحرين، 2006م، ص26.

(2) يراد بالتنفيذ العيني للالتزام وهو أن يؤدي المدين الالتزام المتفق عليه ويمكن أن يكون التنفيذ العيني للالتزام إما طوعاً أو جبراً، أما التنفيذ العيني الطوعي فيراد به أن يقوم المدين بمحض إرادته ودون جبر عليه بأداء ما في ذمته من التزام للدائن، وهو إما أن يتم بالوفاء أو بما يعادله، أما التنفيذ العيني الجبري فهو إلزام المدين بواسطة السلطات العامة على أداء ما في ذمته من التزام للدائن، وقد يتم بطريق التعويض إن تعذر تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً. جاء النص في المادة 315 من القانون المدني الأردني على أنه " يجب الوفاء بالحق متى استوفى شرائط استحقاقه قانوناً فإن تخلف المدين فقد وجب تنفيذه جبراً عليه تنفيذاً عينياً أو تعويضياً طبقاً لنصوص القانون."، وجاء النص في المادة 316 من ذات القانون على أنه " 1 - يكون التنفيذ اختيارياً إذا تم بالوفاء أو ما يعادله. 2 - ويكون جبرياً إذا تم عينياً أو بطريق التعويض. الكسواني، عامر، أحكام الالتزام "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010م، ص118.

بد من أن يكون دائما عينيا لأن اللجوء للتنفيذ بطريق التعويض لا يكون إلا ضمن حالات استثنائية بعينها، وهي⁽¹⁾:

1- إن استحيل مطلقا تنفيذ الالتزام تنفيذيا عينيا، وهذه الحالة متصورة دائما إلا إن كان محل الالتزام أداء مبلغ معين من النقود.

2- إن كان في اجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام ارهاقا له ولم يكن بالعدول عن التنفيذ العيني ضررا جسيما قد يلحق بالدائن.

3- إن كانت شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام وأصر المدين على رفض تنفيذ الالتزام تنفيذيا عينيا.

4- إن لم تكن شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام وأصر المدين على رفض التنفيذ العيني ولم يطلب الدائن تنفيذ الالتزام بواسطة شخص آخر.

ففي هذه الحالات وكاستثناء على الأصل العام فإنه يجوز التنفيذ بطريق التعويض، أما فيما خلا هذه الحالات فإن على المدين تنفيذ ما في ذمته تنفيذيا عينيا إما طوعيا أو جبريا. إن تسليم المبيع معيبا بعيب خفي للمشتري يعني أن أركان المسؤولية العقدية قد توفرت في حق البائع، فهناك خطأ عقدي تجسد بعدم تسليم المبيع خاليا من العيوب، وهناك ضرر تمثل بنقصان قيمة المبيع أو تفويت المنفعة المقصودة منه، وهناك أيضا علاقة سببية تجسدت بأن الضرر كان نتيجة الخطأ العقدي.

وبناء عليه فإنه بموجب القواعد العامة النازمة للوفاء بالالتزامات التعاقدية فإن على البائع تسليم المبيع خاليا من العيوب أي بذات الحالة التي كان عليها وقت التعاقد وبخلاف ذلك فإن البائع لن يكون قد نفذ التزامه تنفيذيا عينيا مبرئا لذمته وعليه قانونيا أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذيا عينيا وهو ما يكون باصلاح المبيع وإعادة تسليمه للمشتري خاليا من العيب الخفي إن كان المبيع مالا قيميا أو باستبدال المبيع بأخر مطابق له من حيث النوع والموصفات والخصائص والقيمة والجودة إن كان المبيع مالا مثليا⁽²⁾.

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " ج3"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015م، ص ص 758، 768.

(2) الشراوي، جمال، شرح العقود المدنية "البيع والمقايضة"، دار النهضة العربية، مصر، 1991م، ص324.

وعطفا عليه فإن المشتري إن قام باخطار البائع بوجود العيب الخفي وضرورة اصلاحه أو استبدال المبيع المعيب ورفض البائع تلبية طلب المشتري جاز للمشتري أن يطلب من المحكمة الزام البائع بتنفيذ التزامه التعاقدى تنفيذا عينيا جبريا مع حقه بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به، وحيث أن التزام البائع بتسليم المبيع خاليا من العيوب هو التزام بالقيام بعمل؛ لذا فإنه بالرجوع لنص المادة 2/356 من القانون المدني فإنه يحق للمشتري اللجوء للقضاء وأن يطلب الإذن باصلاح العيب الخفي أو استبداله على نفقة البائع، على أنه إن توفرت حالة الضرورة والاستعجال لدى المشتري جاز له القيام باصلاح العيب الخفي أو استبدال المبيع دون إذن البائع ثم اللجوء للقضاء لالزام البائع بالنفقات التي قامت على المشتري، على أن التزام البائع باصلاح العيب باستبدال المبيع المعيب بآخر خال من العيوب كتفويض عيني لالتزامه ولإزالة الضرر الذي لحق بالمشتري يكون مرهونا بشرط أن يكون المبيع من المثليات نظرا لأنها تحل محل بعضها البعض، أما إن كان المبيع من القيميات فإن الزام البائع على استبداله بآخر غير ممكن لأن القيميات لا تحل محل بعضها البعض.

على أننا نرى من جانبنا بأنه حتى يكون طلب الزام البائع باصلاح العيب الخفي أو استبدال المبيع المعيب مقبولا فإنه ينبغي أن تتوفر مجموعة من الشروط وهي:

1. أن يكون اصلاح العيب الخفي ممكنا أما إن كان العيب جسما أو جوهريا بحيث لا يمكن اصلاحه فإنه لن يكون طلب اصلاح العيب الخفي مقبولا قانونيا.
 2. أن لا يؤدي اصلاح العيب الخفي أو استبدال المبيع المعيب إلى الحاق الضرر الجسيم بالبائع فإن كان اصلاح العيب الخفي أو استبدال المبيع يتطلب نفقات كبيرة فإنه من باب أولى أن يتم فسخ العقد أو انقاص الثمن.
 3. حتى يصار إلى استبدال المبيع فإنه ينبغي أن يكون المبيع من المثليات نظرا لأنها تحل محل بعضها البعض، أما إن كان المبيع من القيميات فإن الزام البائع على استبداله بآخر غير ممكن لأن القيميات لا تحل محل بعضها البعض.
- ومن جانب آخر فإننا نجد من جانبنا بأن البائع ليس له الحق بالزام المشتري بقبول اصلاح المبيع أو استبداله وذلك منعا من التحايل على أحكام ضمان العيوب الخفية.

○ الخاتمة

إن من خلال هذا البحث تم التوصل إلى النتائج، والمقترحات التالية:

◆ النتائج:

1. تحقيقا للمصلحة العامة فإنه بموجب القواعد الخاصة حتى يضمن البائع العيوب الخفية في المبيع فإن عقد البيع يجب أن لا يكون من ضمن عقود البيع التي تجريها السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية إلا إن كان تدخلها بالعقد عارضا.
2. بموجب كل من القواعد العامة الناظمة لخيار العيب والقواعد الخاصة بعقد البيع فإن البائع حتى يضمن العيب الموجود في المبيع فإن العيب يجب أن يجهله المشتري وقت استلام المبيع، وأن لا يكون البائع اشترط لنفسه البراءة منه، وأن يكون قديما، وخفيا.
3. بموجب القواعد العامة فإنه يشترط لضمان العيوب الخفية أن يكون العيب مؤثرا في قيمة المبيع أما العيب الذي ينقص من منفعة المبيع فقط فإنه لا يوجب الضمان، إلا أنه بالرجوع إلى القاعدة القانونية القاضية بأن البيع يعتبر منعقدا على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه، فسواء أكان النقصان بسبب العيب قد تعلق بالقيمة أو بالمنفعة فإنه طالما لم يجري العرف على التسامح فيه فإنه يعتبر عيبا مؤثرا موجبا للضمان.
4. لا يكفي العلم المفترض بالعيوب الخفي لسقوط حق المشتري بضمان العيوب الخفية وإنما ينبغي توفر العلم الفعلي بالعيوب الخفي.
5. بموجب القواعد الخاصة بعقد البيع يسقط شرط البراءة من العيوب الخفية إن تعمد البائع بأفعال مادية اخفاء العيب الخفي أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب، ويعتبر سكوت البائع عن العيب الخفي على الرغم من سؤاله من المشتري عن العيوب الخفية سببا في سقوط شرط البراءة لأن السكوت في هذا المقام قد يفسر على أنه بيان بخلو المبيع من العيوب الخفية.

6. إن العيب الخفي يعتبر قديماً طالما أنه كان في المبيع قبل استلامه من المشتري بصرف النظر عن سبب العيب طالما أنه لم يكن يرجع للمشتري، وبموجب القواعد الخاصة فإن العيب يعتبر بحكم القديم حتى وإن أصاب المبيع بعد تسليمه للمشتري طالما أن مرده سبباً قديماً كان في المبيع قبل تسليمه للمشتري، وهذا الحكم ينصرف ليطبق على الحالة التي يتفاقم بها العيب بعد التسليم ليصبح عيباً مختلفاً إن كان أصله عيباً موجوداً في المبيع قبل تسليمه للمشتري.
7. بموجب القواعد الخاصة فإن العيب الخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي أو لا يكشفه غير خبير أو لا يظهر إلا بالتجربة، ويعامل العيب الفني حتى وإن كان ظاهراً في جسم المبيع معاملة العيب الخفي طالما أنه لا يمكن التوصل إليه إلا من أهل الخبرة والاختصاص أو من خلال التجربة بمرور الزمن، على أن العيب وإن كان خفياً فإنه لا يقيم مسؤولية البائع عن ضمانه إن كان المشتري من أهل الخبرة والاختصاص.
8. للمحافظة على المصلحة العامة وتحقيقاً للعدالة إن ثبت بأن العيب كان ظاهراً ولكن البائع تعمد إخفاؤه باللجوء إلى وسائل مادية فإن العيب يعامل معاملة العيب الخفي حتى وإن ثبت إهمال وتقصير المشتري في فحص المبيع.
9. بموجب القواعد العامة فإن عقد البيع يكون غير لازم بالنسبة للمشتري لوجود العيب الخفي قابلاً للفسخ بالارادة المنفردة للمشتري بشرط علم البائع دون حاجة لا للتراضي ولا للتقاضي قبل استلام المبيع وبالتراضي أو التقاضي بعد استلام المبيع، أما بموجب القواعد الخاصة فإن عقد البيع يكون غير لازم بالنسبة للمشتري لوجود العيب الخفي قابلاً للفسخ بالارادة المنفردة للمشتري دون حاجة لا للتراضي ولا للتقاضي سواء قبل استلام المبيع أو بعد استلامه.
10. بموجب القواعد العامة فإنه حال اكتشاف العيب الخفي يكون المشتري مخيراً بين أن يحتفظ بالمبيع والرجوع على البائع بنقصان الثمن أو فسخ عقد البيع، أما بموجب القواعد الخاصة فإن حق المشتري ينحصر حال اكتشاف العيب الخفي بقبول المبيع بالثمن المسمى في عقد البيع أو بفسخ العقد.

11. بموجب القواعد الخاصة فإنه يحق للمشتري وكاستثناء أن يحتفظ بالمبيع ويرجع على البائع بنقصان الثمن إن هلك المبيع أو استهلك أو تعيب وهو في يد المشتري قبل علمه بالعييب الخفي، أو إذا حدث في المبيع قبل علم المشتري بالعييب الخفي زيادة من مال المشتري مانعة من الرد.
12. إن اخلال البائع بالتزامه التعاقدي بتسليم المبيع تسليماً صحيحاً للمشتري يؤدي لقيام المسؤولية العقدية بحقه الأمر الذي يخول المشتري بعد اخطار البائع بوجود العيب الخفي ورفضه اصلاح المبيع أو استبداله أن يطالب بالتنفيذ العيني الجبري للالتزام وهو ما يكون من خلال اصلاح المبيع إن كان من القيميات أو استبداله إن كان من المثليات طالما أن اصلاح العيب الخفي أو استبدال المبيع ممكناً، ولا يلحق ضرراً جسيماً بالبائع.
13. سندا للقواعد العامة الناظمة للوفاء بالالتزامات التعاقدية فإنه يحق للمشتري اللجوء للقضاء وأن يطلب الإذن باصلاح العيب الخفي أو استبدال المبيع على نفقة البائع، على أنه إن توفرت حالة الضرورة والاستعجال لدى المشتري جاز له القيام بإصلاح العيب الخفي أو استبدال المبيع دون إذن ثم اللجوء للقضاء لالزام البائع بالنفقات التي قامت على المشتري.
14. على الرغم من امكانية الزام البائع باصلاح العيب الخفي أو استبدال المبيع المعيب بموجب القواعد العامة الناظمة للوفاء بالالتزامات التعاقدية إلا أنه ليس للبائع الحق بالزام المشتري بقبول اصلاح المبيع أو استبداله وذلك منعا من التحايل على أحكام ضمان العيوب الخفية.

♦ المقترحات:

1. نقترح على المشرع تعديل الفقرة الأولى من نص المادة 513 لتصبح على النحو التالي:
- إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان العقد غير لازم بالنسبة للمشتري قبل القبض قابلاً للفسخ بعده، ويتم فسخ العقد قبل القبض بكل ما يدل عليه دون حاجة إلى تراضي أو تقاضي بشرط علم العاقد الآخر به، وأما بعد القبض

فيتم بالتراضي أو التقاضي، وللمشتري امساك المعقود عليه والرجوع بنقصان الثمن، وللمشتري الرجوع على البائع باصلاح المبيع أو استبداله إن كان ذلك ممكنا ولا يلحق ضررا جسيما بالبائع".

2. نقترح على المشرع تعديل الفقرة الثالثة من نص المادة 513 لتصبح على النحو التالي: يشترط في العيب القديم أن يكون مؤثرا في قيمة المبيع أو منفعته إلا ما جرى العرف على التسامح فيه، وأن يكون خفيا، والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي أو لا يكشفه غير خبير أو لا يظهر إلا بالتجربة، ويعامل العيب الظاهر معاملة العيب الخفي إن كان البائع تعمد اخفاؤه.
3. نقترح على المشرع تعديل نص المادة 4/514 ليصبح على النحو التالي: اذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع اخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب أو كان المشتري سأل البائع عن العيب وسكت البائع عن العيب.
4. نقترح على المشرع اضافة الفقرة التالية في المادة 514: إن كان المشتري قادرا على التوصل للعيب كونه من أهل الخبرة والاختصاص.
5. نقترح على المشرع تعديل نص المادة 1/517 ليصبح على النحو التالي: 1. إذا حدث في المبيع لدى المشتري عيب جديد فليس له أن يرده بالعيب القديم أو أن يستبدله وله مطالبة البائع بنقصان الثمن أو اصلاح المبيع إن كان ممكنا ولا يلحق ضرار جسيما بالبائع ما لم يرضى البائع بأخذه على عيبه الجديد.
6. نقترح على المشرع تعديل نص المادة 2/518 ليصبح على النحو التالي: والزيادة المانعة هي كل شيء يتصل بالمبيع اتصال قرار من مال المشتري أو الغير.

الضمانات القانونية لحماية الدائن في القانون المدني القطري تجديد قيد الرهن العقاري كآلية لتعزيز الضمان الخاص للدائن في ظل قصور الضمان العام

د. عبدالله عبدالكريم عبدالله⁽¹⁾

تعتبر فكرة الائتمان ركيزة من الركائز الأساسية التي يقوم عليها قطاع الأعمال، لما لهذه الفكرة بالغ الأهمية في الحياة الاقتصادية عموماً وفي المعاملات المدنية أيضاً،⁽²⁾ فحاجات الافراد في المجتمع ما فتأت تتزايد بتطور مظاهر الحياة وكذا أوجه النشاط الاقتصادي الذي تحرص الدول على رعاية كافة جوانبه.⁽³⁾

ويرتبط الائتمان بحق الملكية ارتباطاً وثيقاً بالأوصاف، بحيث يستطيع الشخص عن طريق رهن ملكه الحصول على ائتمان يوظفه في نشاطه الاقتصادي ومتطلبات حياته المتزايدة،⁽⁴⁾ فيلجأ حينها الى الاقتراض من شخص آخر أو بنك، وقد يطلب هذا الأخير ضمانات للوفاء

⁽¹⁾ أستاذ القانون المدني المشارك -كلية القانون بجامعة قطر .

⁽²⁾ انظر في أهمية الائتمان وتطور فكرته نحو ما يسمى بالمصالح الضمانية: الأمم المتحدة، قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة (2016)، متاح الكترونياً على الموقع الإلكتروني

https://uncitral.un.org/ar/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions

انظر أيضاً الأمم المتحدة، دليل الاشتراع الخاص بهذا القانون، منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2017

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml_st_a_ebook.pdf

⁽³⁾ تنص المادة 28 من الدستور القطري على أن " تكفل الدولة حرية النشاط الاقتصادي على أساس العدالة الاجتماعية والتعاون المتوازن بين النشاط العام والخاص، لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وزيادة الإنتاج، وتحقيق الرخاء للمواطنين، ورفع مستوى معيشتهم وتوفير فرص العمل لهم، وفقاً لأحكام القانون".

⁽⁴⁾ انظر في أهمية الائتمان بالنسبة للنظام الاقتصادي في الدولة وكذا تعزيز سهولة ممارسة الأنشطة الاقتصادية: البنك الدولي، قياس أنظمة أنشطة الاعمال لسنة 2019:

<https://arabic.doingbusiness.org/ar/rankings?region=middle-east-and-north-africa>

بقرضه، وذلك كله ضمن إطار دورة الحياة الاقتصادية المرتبطة بفكرة الائتمان.⁽¹⁾ وقد عرض المشرع القطري لمجموعة من الضمانات التي تحمي الائتمان،⁽²⁾ وبالتالي تعزز فرص تداول الأموال السلع والخدمات مما ينشط دورة الحياة الاقتصادية في المجتمع،⁽³⁾ وكذلك التنمية الاقتصادية الشاملة في الدولة.⁽⁴⁾ حيث كرس المشرع هذه الضمانات عبر منح العديد من التأمينات لحماية الدائن من خطر عدم قدرة المدين على الوفاء بالتزامه أو تقاعسه عن تنفيذه، ففي ظل وجود فكرة الضمان العام للدائنين، اوجد المشرع الضمان الخاص تبعاً للحاجة الى هذا الضمان وتقوية للضمانات الحمائية الممنوحة للدائن.⁽⁵⁾

وتثور الإشكالية حوى مدى كفاية الحماية التي كرسها المشرع القطري للدائن في مواجهة مدينه من وسائل للضمان، في ظل وجود ضمان عام يشار اليه عادة بأنه ضمان غير كاف، ووجود ضمان خاص يشار اليه في العديد من الأحيان بان دونه تحديات وإجراءات لإعماله. ويهدف البحث الى رصد مظاهر قصور الضمان العام عن تأمين الحماية الكافية للدائن والحاجة المتزايدة للحصول على ضمان خاص، وكيفية تطور صور الضمان الخاص شخصياً كان هذا الضمان او عينياً، وصولاً الى أهمية تجديد قيد الرهن العقاري كألية لتعزيز الضمان الخاص للدائن في ظل قصور الضمان العام، وذلك ضمن منهج استقرائي تحليلي لأحكام القواعد القانونية الحاكمة لهذه المسائل في القانون القطري.

وقد قسمنا بحثنا هذا الى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: قصور حماية الدائن في ظل فكرة الضمان العام والحاجة الى ضمان خاص

(1) انظر في علاقة ممارسة أنشطة الأعمال بالائتمان: البنك الدولي، تقرير ممارسة أنشطة الاعمال، 2019
<https://arabic.doingbusiness.org/ar/methodology/getting-credit>

(2) انظر في الاطار القانوني المنظم للمعلومات الائتمانية: قانون رقم (13) لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية، المواد 151 - 159 :

<http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=14741&lawId=4782&language=ar>

(3) انظر: البنك الدولي، تقرير سهولة الاعمال في دولة قطر لعام 2019:
<https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/q/qatar/QAT.pdf>

(4) انظر رؤية قطر الوطنية 2030:
<https://www.diwan.gov.qa/about-qatar/qatar-national-vision-2030>

(5) في فكرة ضمانات حماية الدائن: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص4.

المطلب الثاني: مدى كفاية الرهن العقاري كتأمين عيني لضمان حق الدائن

○ المطلب الأول: قصور حماية الدائن في ظل فكرة الضمان العام والحاجة الى ضمان خاص

نتناول في هذا الإطار مظاهر عدم كفاية الضمان العام لحماية الدائن ومن ثم الحاجة الى ضمان خاص وصور هذا الضمان الخاص.

◆ أولاً: عدم كفاية حماية الدائن العادي بالضمان العام على كافة أموال المدين

كرس المشرع القطري في المادة 269 من القانون المدني القطري حماية الدائن العادي عبر منحه ضماناً عاماً على كافة أموال المدين، حيث جعل جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه. وفي هذا الإطار نصت المادة المشار إليها على أن " 1- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. 2- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون ". وهذا يعني أنه في حال عدم تنفيذ المدين لالتزامه اختياراً فإن للدائن اللجوء الى جبر المدين على التنفيذ عن طريق القضاء، بحجز أموال المدين كاملة او حجز جزء منها، تمهيداً لبيعها تحت اشراف القضاء بالمزاد العلني وفق الإجراءات المحددة قانوناً، بغية استيفاء حقه من الثمن الناتج عن حصيلة البيع بالمزاد.⁽¹⁾ كما يعني ذلك ان ما يترتب على الضمان العام من نتائج يتمثل في وروده على جميع أموال المدين المملوكة له وقت نشوء الالتزام إضافة الى الأموال التي يملكها المدين بعد ذلك وحتى وقت التنفيذ على أمواله، بحيث يتمكن الدائن من الحجز على أي مال يكون مملوكاً للمدين وقت الحجز. بيد أن هذا الامر دونه خطر خروج بعض الأموال او كلها من ملكية المدين وبالتالي من نطاق الضمان العام، ولو كان هذا المال مملوكاً للمدين وقت نشوء الالتزام، حيث الضمان العام لا يمنع المدين من التصرف في أمواله ولا يجعل للدائن مكنة تتبع أموال المدين لدى من تنتقل إليهم ملكية هذه الاموال قبل الحجز، فحق الدائن المتمثل بضمانه العام يقتصر فقط على جميع أموال المدين الموجودة وقت توقيع

(1) جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام، ج2، الاحكام العامة للالتزام في القانون القطري، منشورات كلية القانون بجامعة قطر، الدوحة - قطر، 2016، ص101.

الحجز. يضاف الى ذلك خطر مشاركة دائنين آخرين في الضمان العام، حيث أن هذا الضمان لا يتقرر لدائن بعينه أو لدائنين معينين، بل يشترك فيه جميع الدائنين على قدم المساواة، وهو الامر الذي يحمل خطر عدم كفاية الأموال لسداد حقوق جميع الدائنين المشتركين في هذا الضمان،⁽¹⁾ حيث أن قيام أحد دائني المدين بالحجز على مال من أموال هذا المدين لا يمنع باقي الدائنين من الحجز على المال ذاته فلا أولوية لدائن على آخر، ولا يتقدم دائن على غيره، بل يشترك جميع الدائنين في اقتسام الثمن الناتج عن بيع الأموال المحجوزة بالمزاد العلني بنسبة حقوقهم، بغض النظر عن تاريخ نشوء هذه الحقوق او تاريخ الحجز الموقع من الدائن، حيث يتم توزيع الثمن على الدائنين قسمة غرماً دون إعطاء أولوية لأي دائن على آخر مع الاخذ بعين الاعتبار نسبة حق كل دائن،⁽²⁾ الا في حالة كان لأحد الدائنين تأمينات عينية - كرهن مثلاً- على أموال المدين ضماناً لاستيفاء حقوقه حيث يكون له سلطة الأولوية والتقدم على الدائنين العاديين في استيفاء حقوقه من أموال المدين المحملة بالتأمينات العينية، علاوة على حقه الأساسي في الضمان العام كما هو الحال بالنسبة للدائن العادي، بحيث يستطيع إذا لم يكف ثمن المال المحمل بالتأمين العيني للوفاء بكامل حقه، أن يحصل على ما بقي له من حق من الضمان العام لمدينه بالمساواة مع بقية الدائنين في هذه الحالة.⁽³⁾

وعلى الرغم من ان المشرع وضع العديد من الوسائل القانونية للمحافظة على الضمان العام، الا ان هذه الوسائل تبقى غير كافية لتحقيق الحماية الكاملة لحقوق الدائن. وتتمثل وسائل حماية الضمان العام بالدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرفات إضافة الى دعوى الصورية والحق في الحبس. ويشترط في كل وسيلة من هذه الوسائل الكثير من الشروط التي وفي حال توفرها فإن كل هذه الوسائل تبقى قاصرة في مواجهة المخاطر التي عرضنا لها بشأن مدى كفاية الضمان العام للدائنين.

فالدعوى غير المباشرة وهي التي يستعمل الدائن من خلالها حقوق مدينه تجاه مدين المدين في حال نقاعس المدين عن المطالبة بحقوقه تجاه مدينه، يشترط المشرع لاستعمالها

(1) همام زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص15.

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص4.

(3) مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى - مصر، 2006،

ص5.

شروطاً متعددة تتمثل بعدم استعمال المدين لحقه إضافة إلى أن يؤدي عدم استعمال المدين لحقوقه إلى إعساره أو زيادة هذا الإعسار، كما يشترط أن يكون حق الدائن موجوداً بأن يكون لهذا الدائن حق ثابت ومحقق تجاه المدين بغض النظر عن كونه مستحق الأداء من عدمه وقت رفع الدعوى.⁽¹⁾ مع تطلب عدم تعلق الحق بشخص المدين أو أن يكون الحق غير قابل للحجز. فالحقوق المتصلة بشخص المدين لا يجوز للدائن أن يطالب بها باسم مدينه، كحق المضرور في التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه، كما لا يجوز للدائن أن يطالب باسم مدينه بالحقوق التي لا يجوز الحجز عليها، كالحق في النفقة مثلاً.⁽²⁾

ودعوى عدم نفاذ التصرفات "الدعوى البوليسية" منح المشرع القطري بموجب نص المادة 272 من القانون المدني القطري "لكل دائن حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عليه إعسار المدين أو زيادة إعساره..." واشترط المشرع أن يكون العمل الذي قام به المدين تصرفاً قانونياً، وأن يكون هذا التصرف قد أدى إلى إفقار المدين، كذلك إلى إعساره أو زيادة إعساره، وأن يكون ضاراً بالدائن، كما يشترط لكي يستطيع الدائن أن يطعن في تصرفات مدينه طالباً عدم نفاذها في حقه أن يكون حقه مستحق الأداء وأن يكون حقه كذلك سابقاً على التصرف المطعون فيه، يضاف إلى ذلك ما نصت عليه لمادة 273 من القانون المدني القطري من أنه " 1- إذا كان تصرف المدين بعوض، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن غش المدين وعلم المتصرف إليه بهذا الغش. ويفترض غش المدين إذا أثبت الدائن علمه وقت التصرف بأنه معسر، كما يفترض علم المتصرف إليه بغش المدين إذا أثبت الدائن أن المتصرف إليه كان يعلم وقت التصرف بأن المدين معسر. 2- وإذا كان تصرف المدين تبرعاً، فإنه لا يشترط لعدم نفاذه في حق الدائن غش المدين ولا حسن نية المتصرف إليه".⁽³⁾

(1) جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام، ج2، الأحكام العامة للالتزام في القانون القطري، مرجع سابق، ص 105
(2) انظر في القيود التي ترد على الدعوى غير المباشرة: عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في احكام الالتزام، منشورات مطبعة نهضة مصر، القاهرة، دون ذكر سنة النشر، ص132.
(3) جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام، ج2، الأحكام العامة للالتزام في القانون القطري، مرجع سابق، ص 116

اما بشأن دعوى الصورية، فقد منح المشرع للدائن ان يطعن بصورية تصرفات مدينه مع الغير في حال لجوء المدين الى ابرام تصرفات صورية الهدف منها إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته، كأن يبيع بعض أمواله بيعاً صورياً بغرض إخراج هذه الأموال من الضمان العام للدائنين، أو يقترض من الغير قرضاً صورياً فيدخل المقترض مع الدائنين في اقتسام أمواله بما يؤدي إلى إنقاص ما يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ على أموال المدين. وقد بينت المادة 174 من القانون المدني القطري حكم الصورية في هذه الحالة بالنسبة للغير بنصها على أنه "1- لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص لكل منهما، أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. كما أن لهم، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري...". بما يعنيه ذلك من حق الدائن في كشف صورية تصرفات مدينه التي ابتغى من خلالها نقل ملكية هذه الأموال إلى غيره في الظاهر، في حين أن إرادته وإرادة المتعاقد معه لم تتجه إلى إبرام أي تصرف، وبالتالي لم تتجه إلى نقل الملكية إلى المتصرف إليه. ولذلك يجوز للدائن إذا أراد الحجز على المال موضوع العقد الصوري أن يثبت هذه الصورية، أي أن يثبت أن العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، أو أن العقد الحقيقي مخالف للعقد الظاهر. ويستفيد من الحكم الصادر بصورية التصرف جميع دائني المتصرف، وليس فقط الدائن الذي رفع الدعوى. وعلى ذلك إذا حكم بصورية عقد بيع صورية مطلقة، فإن المبيع يعتبر أنه لا يزال مملوكاً للبائع، ومن ثم يستطيع جميع دائني البائع الحجز على هذا المبيع وبيعه بالمزاد العلني استيفاء لحقوقهم، فلا يكون حق التنفيذ على المبيع مقصوراً على الدائن الذي رفع دعوى الصورية⁽¹⁾.

اما بشأن الحق في الحبس، فهو يتمثل في السلطة التي تثبت لمدين تقوم به في الوقت ذاته صفة الدائن قبل دائه وتخوله أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مرتبط به أو لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بهذا الالتزام، فالحق في الحبس يفترض وجود شخصين كل منهما دائن و مدين للآخر في نفس الوقت، ويجوز لكل منهما أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه إذا لم يقم الطرف الآخر بالوفاء بالتزامه أو لم يقدم تأميناً يضمن هذا الوفاء، والحق في الحبس إحدى الوسائل التي تضمن الوفاء بالالتزام، ذلك أن امتناع المدين عن الوفاء

(1) جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام، ج2، الاحكام العامة للالتزام في القانون القطري، مرجع سابق، ص 137

بالتزامه من شأنه أن يحمل دأئنه على الوفاء بالتزامه المرتبط بالتزام المدين وذلك حتى يقوم المدين بتنفيذ التزامه. ويشترط لإعمال هذا الحق مجموعة من الشروط عرضت لها المادة 280 من القانون المدني القطري التي نصت على انه " 1- لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء ومرتبب بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه. 2- ومع ذلك يجوز لحائز الشيء أو محرزهُ أن يتمتع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له من مصروفات ضرورية أو نافعة يكون قد أنفقها على الشيء، إلا إذا كان التزامه بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع". حيث يشترط وجود التزام على عاتق الحابس، وكذلك وجود حق للحابس قبل الدائن في الالتزام الأول، مع وجود ارتباط بين التزام الحابس وحقه.⁽¹⁾ ومثال ذلك عقد البيع فهو ينشئ على البائع الالتزام بتسليم المبيع، ويقرر له حقاً في تسلّم الثمن، فيكون بين كل من الالتزام بتسليم المبيع والحق في تسلّم الثمن ارتباط، يستطيع من خلاله حبس المبيع الى ان يتقاضى الثمن.⁽²⁾

ولعل الوسائل الأربعة سالفة الذكر وفي حال توفر شروطها المتعددة بضوابطها المختلفة تعد ناجعة في الحفاظ على الضمان العام للدائنين، بيد انها قاصرة على الحماية الفاعلة للدائن للحصول على حقه كاملاً،⁽³⁾ وذلك في ظل أخطار عدم توفر شروط هذه الوسائل لاستعمالها وصعوبة اثبات توفر تلك الشروط وكذلك مخاطر قيام المدين بإضعاف الضمان العام خاصة ان هذا الضمان العام يعتبر مشتركاً بين كافة الدائنين العاديين ويقتسمون فيه قسمة الغرماء.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ في تطبيق ذلك وفي حكم صادر عن القضاء القطري رأَت المحكمة أنه " لما كان الحق في الحبس المقرر بمقتضى المادة (280) من القانون المدني يبيح للطاعن الامتناع عن رد الشيء "المبلغ متار الاتهام" حتى يستوفى ما هو مستحق له طرف الشاكي طبقاً للاتفاق وعقد الشراكة المحرر بينه وبين المدعى المدني، وهو من شأنه -إن صح وحسنت نيته- انعدام مسؤوليته الجنائية بالتطبيق لأحكام المادة (47) من قانون العقوبات" بما يعني ان استخدام مكنة الحق في الحبس تجعل من الحابس غير مرتكب لجريمة من منظور القانون الجنائي. انظر: محكمة التمييز القطرية - تمييز جنائي- جلسة 18 من أكتوبر سنة 2010 - الطعن رقم: 156 لسنة 2010، منشور على الموقع الالكتروني للمجلس الأعلى للقضاء بدولة قطر: http://eservices.sjc.gov.qa/Portal_2/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&slno=1411&Artcode=572

⁽²⁾ جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام، ج2، الاحكام العامة للالتزام في القانون القطري، مرجع سابق، ص 159

⁽³⁾ لاشين الغياتي ورضا وهدان، الوجيز في محاضرات التأمينات العينية والشخصية، دون ذكر للناشر، القاهرة، 1995، ص6.

⁽⁴⁾ محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، ط3، دون ذكر للناشر، القاهرة، 1979، ص18.

من هنا كان الحل وللحفاظ على حق الدائن كاملا البحث عن ضمان خاص يجعل من الدائن يتميز عن بقية الدائنين، ويرتقي به من مرتبة الدائن العادي الى الدائن ذي الضمان الخاص.

♦ ثانيا: الحاجة الى ضمان خاص يحمي الدائن

تعني الحاجة الى ضمان خاص يحمي الدائن أن هنالك حاجة الى تأمينات خاصة شخصية وعينية، وقد عرضنا فيما سبق لمسألة عدم كفاية الضمان العام للدائنين لحماية حق الدائن تجاه مدينه والمخاطر التي تكتنف الركون الى وسائل حماية هذا الضمان، مما يفتح المجال للبحث عن ضمان خاص يلجأ له الدائن لحماية حقوقه بصورة أكثر فعالية. ويتمثل هذا الضمان الخاص بتأمين يحصل عليه الدائن سواء ارتبط هذا التامين بشخص يكفل للدائن حماية حقه تجاه المدين او ان التامين يرتبط بعين معينة مملوكة للمدين او لغيره يتعلق بها حق الدائن في حال عدم سداد المدين لدينه.⁽¹⁾ والتأمين المرتكز على ضمان شخص اخر لحق الدائن تجاه المدين في حال عدم وفاء هذا الأخير هو تامين شخصي يتمثل بالكفالة التي يؤمنها هذا الكفيل لحق الدائن في حال عدم وفاء المدين لالتزامه،⁽²⁾ بينما في حال ارتكز التامين على تخصيص مال مملوك للمدين او لغيره لضمان الوفاء بدين الدائن في حال عدم قيام المدين بالوفاء ولجوء الدائن للتنفيذ على هذا المال المملوك للدائن او لغيره كي يستوفي حقه من هذا المال قبل غيره من الدائنين فإن التامين حينها يكون تأمينا عينيا.⁽³⁾ ولعل هذه التأمينات شخصية كانت ام عينية تمنح الدائن حماية متميزة عن غيره من الدائنين العاديين باعتباره صاحب ضمان خاص، وحماية متميزة تجعله ذا أولوية عن بقية الدائنين في اقتضاء حقه قبلهم ومن الضمان الخاص الذي يحق له استخدامه لتحصيل حقوقه قبل المدين. وتتمثل التأمينات الشخصية بالكفالة اما التأمينات العينية فتتمثل بالرهن والامتياز. وقد خص المشرع القطري الكفالة بأحكام خاصة منصوص عنها في الباب الخامس من القانون

(1) سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر سنة النشر، ص8.

(2) لاشين الغياتي و رضا وهدان، مرجع سابق، ص76.

(3) سمير تناغو، مرجع سابق، ص 8.

المدني، معرفاً إياها بأنها "عقد يكفل شخص بمقتضاه تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه" وذلك وفق نص المادة 808 من القانون المدني القطري. بيد انه هذه الالية تعد أيضاً قاصرة عن توفير الحماية الكافية للدائن، لاحتمال أن يكون الكفيل معسراً إضافة الى المدين، فيتعذر على الدائن الحصول على حقه. أما التأمينات العينية أي الحقوق العينية التبعية فقد كرس لها القانون المدني القطري المواد 1058-1174، وسوف نبحت فيما يلي الرهن الرسمي للعقار كضمان عيني يلعب دور الوسيلة الحمائية للدائن في مواجهة عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

○ المطلب الثاني: مدى كفاية الرهن العقاري كتأمين عيني لضمان حق الدائن

وضع المشرع القطري في القانون المدني تنظيمًا قانونياً للرهن الرسمي للعقار كضمانة يقدمها المدين أو شخص آخر للدائن لضمان حقه في ذمة المدين وسنعرض فيما يلي لضوابط الرهن الرسمي العقاري ثم لأهمية تجديد قيد الرهن العقاري كآلية لحماية الدائن المرتهن.

◆ أولاً: ضوابط الرهن الرسمي العقاري

يعرف الرهن الرسمي بأنه عقد به يكسب بموجبه الدائن حقاً عينياً على عقار مخصص لوفاء دينه، وهذا الحق العيني يخوله التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له مرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار ويتبعه في أي يد يكون.⁽¹⁾ وقد اشترط القانون شكلية معينة في هذا العقد لانعقاده،⁽²⁾ حيث تطلب أن يتم موثقة وفقاً للقانون.⁽³⁾ وجعل القانون نفقات عقد

(1) المادة 1058 من القانون المدني القطري

(2) انظر في الكتابة المطلوبة كشكل في العقد: على نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتب الأول - مصادر الالتزام، طار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص12. وانظر أيضاً: فتحي عبد الرحيم عبدالله، شرح النظرية العامة للالتزامات، الكتب الأول - مصادر الالتزام، ط4، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص39.

(3) وفي ذلك قضت محكمة التمييز القطرية بأن "... مؤدى النص في المادتين (1058)، (1059) من القانون المدني أن المشرع فرض شكلاً معيناً لعقد الرهن الرسمي بأن يتم إفراغه في ورقة رسمية وإلا كان باطلاً" وأضافت المحكمة "... لما كان القانون رقم (14) لسنة 1964 بنظام التسجيل العقاري قد نص في المادة الرابعة منه على أن "يجب تسجيل جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك...." كما نظمت اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه الأحكام الخاصة بطريقة التسجيل وإجراءاته فصحت المادة الثانية

الرهن على الراهن سواء كان مديناً او شخصاً آخر قدم عقاره على سبيل الرهن،⁽¹⁾ ويستطيع الأطراف الاتفاق على ان تكون نفقات الرهن على الدائن المرتهن.⁽²⁾

وقد وضعت المادة 1061 من القانون المدني القطري حكماً خاصاً برهن ملك الغير، حيث اعتبر عقد الرهن في هذه الحالة صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون. أما في حال لم يصدر هذا الإقرار من المالك الحقيقي فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا في حالة أصبح العقار مملوكاً للراهن. وحماية للدائن المرتهن حسن النية فإن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن إذا كان حسن النية عند إبرام عقد الرهن.⁽³⁾

كما حدد القانون مشتملات هذا الرهن بحيث يشمل ملحقات العقار المرهون وبخاصة الأبنية والأشجار، وحقوق الارتفاق، والعقارات بالتخصيص، والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك، سواء ما كان من هذه الملحقات قائماً وقت الرهن أو استحدث بعده، وذلك

منها على أن " يتولى مدير إدارة التسجيل العقاري والتوثيق: أ- استلام طلبات التسجيل ب- تنظيم معاملات البيع والشراء والرهن وغيرها الواجب تسجيلها في السجل العقاري...." والمادة (23) من ذات اللائحة على أن "تقدم طلبات البيع والشراء والرهن والقسمة وغيرها.... إلى إدارة التسجيل العقاري والتوثيق..." يدل على أن هدف الشارع من هذه الأحكام التي تناولها القانونان المدني والتسجيل العقاري هو شهر التصرفات العقارية حمايةً للائتمان العقاري ومن ثم فهي أحكام متعلقة بالنظام العام وبالتالي واجبة التطبيق ولا يسوغ مخالفتها".

محكمة التمييز القطرية - الدائرة المدنية والتجارية - الطعن رقم: 167 / 2016 - تاريخ الجلسة: 2016/06/14، منشور على الموقع الإلكتروني للبوابة القانونية القطرية - الميزان - :

<http://www.almeezan.qa/RulingPage.aspx?id=1506&language=ar&selection=>

⁽¹⁾ المادة 1060 من القانون المدني القطري تنص على أنه " 1-يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين، أو كفيلاً عينياً يقدم الرهن لمصلحة المدين. 2-وفي كلتا الحالتين، يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون، وأهلاً للتصرف فيه".

⁽²⁾ المادة 1059 من القانون المدني القطري

⁽³⁾ المادة 1062 من القانون المدني القطري، وفي التطبيق القضائي لهذه المادة انظر حكمة محكمة التمييز القطرية: تمييز مدني - جلسة 19 يونيو سنة 2007 - الطعان رقما 19 و33 لسنة 2007، متاح على الموقع الإلكتروني للمجلس الأعلى للقضاء بدولة قطر:

http://eservices.sjc.gov.qa/Portal_2/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&slno=223&Artcode=16

ما لم يتفق على خلاف ذلك.⁽¹⁾ اما من حيث مدى تبعية الرهن للدين، فقد جعل المشرع الرهن تابعاً للدين المضمون في صحته وانقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك.⁽²⁾ ويترتب على عقد الرهن مجموعة من الاثار القانونية بين المتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير، فبالنسبة للمتعاقدين،⁽³⁾ أجاز القانون للراهن التصرف في العقار المرهون، من دون ان يؤثر هذا التصرف على حق الدائن المرتهن، فإن تم بيع العقار المرهون، فإن الملكية تنتقل محملة بالرهن، ويستطيع الدائن المرتهن عند حلول اجل الدين وعدم استيفاء دينه اللجوء الى القضاء والتنفيذ على العقار المرهون. كما سمح القانون للراهن بالحق في إدارة العقار المرهون طيلة مدة الرهن كون الحيازة لم تنتقل الى الدائن المرتهن، ووضع ضوابط لنفاذ الايجار الصادر من الراهن في حق الدائن المرتهن.

والزم المشرع الراهن بضمان سلامة الرهن، وعدم اضعاف الرهن، ومنح المشرع في سبيل ذلك للدائن المرتهن حق الاعتراض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً، كما له في حالة الاستعجال اتخاذ ما يلزم من الوسائل التحفظية، والرجوع على الراهن بما أنفق في سبيل حماية الضمان. وإذا حصل أي اضعاف للرهن، يفرق القانون بين حالتين، فإن كان الراهن بخطئه قد تسبب في هلاك العقار المرهون أو تلفه فإن القانون يعطي الخيار للدائن المرتهن بين أن يطلب من الراهن تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه المتمثل بالدين فوراً، اما في حال كان الهلاك أو التلف الذي أصاب العقار قد نشأ عن سبب أجنبي، فإن الخيار للمدين في أن يقدم تأميناً كافياً للدائن أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل، وذلك ما لم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين.

وفي ذلك فإن للدائن المرتهن استيفاء حقه من العقار المرهون وفقاً للإجراءات القضائية المقررة لذلك في حال عدم وفاء الدين في الاجل المحدد لذلك، وفي حالة لم يستوف الدائن دينه كاملاً من ثمن العقار بعد بيعه، فإن الدائن يحق له الرجوع بباقي الدين على أموال المدين ولكن بصفته دائناً عادياً.⁽⁴⁾ وحماية للمدين من استغلال الدائن لحاجته للمال، أبطل القانون

(1) المادة 1064 من القانون المدني القطري

(2) المادة 1070 من القانون المدني القطري

(3) السنهوري، مرجع سابق، ص414.

(4) المواد 1071-1079 من القانون المدني القطري.

كل شرط يجعل للدائن المرتهن الحق في أن يمتلك العقار المرهون مباشرة مقابل الدين أو بأي ثمن كان، أو في بيعه دون مراعاة الإجراءات القانونية، ولو كان هذا الشرط قد أبرم بعد الرهن، طالما تم إيراد هذا الشرط قبل حلول أجل الدين.⁽¹⁾ أما من حيث أثر الرهن بالنسبة إلى الغير فقد اعتبر القانون الرهن نافذا بالنسبة للغير إذا قيد قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار. ويتم التمسك بذلك عبر التأشير بوجود رهن في هامش القيد الأصلي في السجل العقاري.⁽²⁾ ويترتب على ذلك ان للدائن المرتهن حق التقدم، بحيث يستوفي الدائن المرتهن حقه قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار⁽³⁾. كما ان للدائن المرتهن حق التتبع بالنسبة للعقار المرهون بحيث يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين التنفيذ على العقار المرهون في يد أي حائز لهذا العقار، على انه يستطيع الحائز توقي إجراءات التنفيذ على العقار في حال قيامه بدفع الدين، أو تطهير العقار من الرهن أو التخلي عن العقار محل الرهن.⁽⁴⁾

وقد أشار المشرع في المادة 1113 الى كيفية انقضاء لرهن الرسمي،⁽⁵⁾ محددًا ذلك بانقضاء الدين المضمون، مع عدم الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته مشيراً الى أنه في حالة بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني تنقضي حقوق الرهن على هذا العقار بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.⁽⁶⁾

♦ ثانياً: تجديد قيد الرهن العقاري كآلية لحماية الدائن المرتهن

عرضنا فيما سبق الى حماية الدائن عبر الية الرهن العقاري كتأمين عيني للدائن في مواجهة مخاطر عدم سداد المدين لدينه، بيد أن الرهن العقاري بحد ذاته يكتنفه خطر عدم تجديد قيده، والمرتبب بسقوط القيد في حال عدم تجديده خلال عشر سنوات من اجرائه.

(1) المادة 1080 من القانون المدني القطري

(2) المادة 1081 من القانون المدني القطري.

(3) المادة 1088 من القانون المدني القطري

(4) المادة 1092 من القانون المدني القطري

(5) السنهوري، مرجع سابق، ص 614

(6) المادة 1115 من القانون المدني القطري.

فالمادة 1081 من القانون المدني القطري تنص على أنه "1- لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار. وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس". كما ان المادة 1083 تنص على أن: "يسقط القيد إذا لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه، على أن للدائن أن يجري قيماً جديداً إن أمكن ذلك قانوناً، تكون مرتبته من وقت إجرائه. وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذي أُجري فيه."

ومؤدى ذلك أن المشرع لم يكتف بإجراء قيد الرهن الوارد على عقار مرة واحدة، بل
تطلب تجديده خلال عشر سنوات والا ترتب سقوط القيد في حال عدم تجديده.⁽¹⁾
كما ان معنى ذلك أنه ليس من المحتم أن ينتظر الدائن المرتهن انتهاء مدة العشر السنوات المنصوص عليها حتى يجري التجديد للقيد، بل إنه يستطيع خلال عشر سنوات من تاريخ إجراء القيد تجديده.

وحال تجديد القيد يحسب ميعاد التجديد عشر سنوات من وقت التجديد، لا من وقت القيد الأصلي. وإذا كان هناك قيد أُجري منذ أكثر من عشر سنوات ولم يجدد فإنه يكون معدوم الأثر.

ولما كانت حكمة المشرع من التجديد حماية الملكية العقارية وما يتعلق بها من حقوق، فقد يحدث أن ينقضي الدين المضمون بالرهن، ويهمل صاحب الشأن شطب القيد، لذا نص المشرع على أنه إذا انقضى على هذا القيد عشر سنوات ولم يجدد، فإن القيد يسقط وبالتالي يستطيع الدائن المرتهن ألا يشطب القيد، معتمداً على سقوطه بعد عشر سنوات.

وإذا أُجري قيد، وجدد في خلال العشر سنوات من وقت إجرائه، فإن القيد يبقى محافظاً على آثاره عن طريق التجديد، وتكون مرتبة التجديد، وكل تجديد آخر يتلوه في الميعاد القانوني، هي مرتبة القيد الأصلي ذاتها، وبذلك يستطيع الدائن المرتهن، عن طريق التجديد، أن يحتفظ

(1) ويبدو أن اشتراط تجديد القيد مرده التأثير بما كان سائداً في معظم الدول العربية من نظام للشهر الشخصي، ولعل الأنسب في ظل اتباع نظام الشهر العيني هو حذف هذا الشرط لما فيه من ارهاق بين بالنسبة للدائنين المرتهين، خاصة ان الجزاء المترتب على عدم القيام بهذا المتطلب يعتبر كبير الأثر يتمثل في خطر فقدان مرتبة الرهن: مقابلة شخصية مع الأستاذ عامر الغافري مساعد مدير إدارة التسجيل العقاري بوزارة العدل القطرية حول المشكلات العملية في الرهن العقاري، بتاريخ 2019/10/6.

بمرتبه الأصلية، وهو بذلك يستطيع، إذا كان أجل استحقاق حقه طويلاً كما في الديون طويلة الأجل التي تلجأ بعض البنوك إلى التعامل بها، أن يحتفظ بمرتبه الأصلية مدة عشرين أو ثلاثين سنة أو أكثر.

وإذا لم يجدد القيد خلال العشر سنوات المحددة قانوناً من وقت إجرائه، ترتب على ذلك سقوط القيد وانعدام أثره، فتضيع مرتبة الدين التي يكون القيد قد حفظها. ولكن الرهن يبقى صحيحاً حيث يجوز للدائن المرتهن أن يجري به قيداً جديداً يأخذ مرتبة من وقت إجرائه، وذلك إذا كان هذا ممكناً ولم يحل دونه مانع يمنع إجراء القيد كإفلاس الراهن مثلاً.

ويترتب على سقوط القيد لعدم تجديده ان يعود مركز الدائن المرتهن إلى ما كان عليه قبل إجراء القيد. فإذا رهن شخص عقاره لدائن مرتهن أول، ثم رهنه مرة ثانية لدائن مرتهن ثان في خلال العشر السنوات الأولى لقيد الرهن الأول، وتأخر الدائن المرتهن الأول في تجديد قيده عن عشر سنوات، ولم يتأخر الدائن المرتهن الثاني عن تجديد رهنه، فإن الدائن المرتهن الثاني يصبح دائناً مرتباً أولاً، ويتقدم على الدائن المرتهن الأول، ولو كان يعلم بوجود هذا الرهن عند ما ارتهن العقار.

أما بالنسبة لإجراءات التجديد فلم يذكر القانون رقم (14) لسنة 1964 بنظام التسجيل العقاري والقوانين المعدلة). واللائحة التنفيذية للقانون رقم 14 لسنة 1964 بنظام التسجيل العقاري شيئاً عن إجراءات التجديد، ولكن يمكن استخلاصها من إجراءات القيد ذاتها؛ حيث يتم التجديد بناء على طلب الدائن المرتهن أو من ينوب عنه أو خلفه سواء كان الخلف عاماً كالوارث أو خاصاً كالمحال له إذا حول الدائن المرتهن الحق إلى الغير. فيجوز للمحال له، ولو قبل أن تصير الحوالة نافذة في حق الغير، أن يطلب تجديد القيد، سواء باسمه أو باسم المحيل، ولمن توجب مصلحته إجراء التجديد في ميعاده. ويحصل التجديد في مواجهة الراهن، فإذا كان العقار المرهون قد انتقل وقت التجديد إلى ورثة الراهن أو إلى غيرهم من الخلف، جاز عند تجديد القيد في مواجهة الراهن تجديده أيضاً في مواجهة هذا الخلف.

وتتوافق هذه الإجراءات مع ما تنص عليه المادة 23 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 14 لسنة 1964 بنظام التسجيل العقاري والتي ورد فيها " تقدم طلبات البيع والشراء والرهن

والقسمة وغيرها شفاهاً أو كتابة بشكل محررات إلى مدير إدارة التسجيل العقاري والتوثيق ويرفق بها دوماً سند التمليك.

يشار هنا الى أهمية التأشير على هامش القيد، وذلك لتمكين ذي المصلحة من العلم بما يطرأ على مصير القيد الأصلي من تغيير، قد يصل إلى حد أن يصيبه في بقائه، أو يمنح آثاره إلى دائن آخر غير الدائن الذي تقرر القيد أصلاً لمصلحته.

وتنص المادة 1081 / 2 من القانون المدني القطري على أنه " ولا يصح التمسك قبلاً الغير بتحويل حق مضمون برهن مقيد، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق، ولا التمسك بالتنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي" فإجراء التأشير في هامش القيد قد لا يقل أهمية عن إجراء القيد الأصلي، لأن إغفاله يترتب عليه آثار هامة مثل الآثار التي طالعناها في النص المتقدم الذكر.

ومن هذه الآثار نقل الدائن المرتهن الالتزام المضمون إلى دائن آخر عن طريق حوالة الحق، فالحوالة تضمن هذا الالتزام بما كان يكفله من تأمينات كالرهن الرسمي، فلا يجوز التمسك بالرهن في مواجهة الغير إلا بالتأشير على هامش القيد الأصلي بهذه الحوالة. ويسري الحكم المتقدم إذا كان الدائن المحيل قد رهن الدين، فيجب على الدائن المحال له أن يؤشر بذلك على هامش قيد الرهن الرسمي.

وإذا حل شخص حلوياً قانونياً أو اتفاقياً محل الدائن الأصلي، امتد هذه الحلول إلى التأمينات ومنها الرهن الرسمي. فيتعين على الحال أن يؤشر على هامش القيد الأصلي بما يفيد حلوله محل الدائن المرتهن. وللدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن، لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار. فالتنازل عن مرتبة الرهن لصالح دائن مرتهن آخر لنفس العقار لا يجوز الاحتجاج به على الغير، إلا إذا أُشِرَ بذلك على هامش القيد الأصلي الذي أجرى لمصلحة الدائن المرتهن المتنازل عن مرتبته.

ويقدم طالب التأشير سنداً يثبت توافر السبب القانوني لإجراء هذا التأشير، كأن يقدم الدائن المحال إليه بحق مضمون برهن الورقة المثبتة لحوالة الحق، أو يبرز الدائن الموفي مخالصة

الوفاء وما يثبت أنه قد حل محل الدائن. وإذا كان التأشير خاصاً بالتنازل عن مرتبة، فعلى من تلقاها أن يرفق طلبه بسند هذا التنازل.

ويقدم الطلب إلى ادارة التسجيل العقاري، ويدرج في دفتر معد لهذه الطلبات، ويأخذ رقماً متتابعاً نقيده أسبقته مع ذكر تاريخ اليوم والساعة وما تم بشأنه الطلب وإذا تحققت الادارة من استيفاء الطلب للشروط القانونية، أثبتت التأشير في هامش قيد الرهن الرسمي أو في ورقة تلحق به. ويشتمل التأشير على جميع البيانات التي سيق ذكرها، وعلى بيان تاريخه والساعة التي تم فيها.

ويبرز في هذا الإطار الفرق بين الآثار القانونية المترتبة عن كل من القيد الأصلي للرهن وتجديد القيد، حيث يمنح القيد الأصلي للدائن المرتهن مرتبته، أما التجديد فيقتصر على المحافظة على هذه المرتبة إذا أجري في الميعاد فإذا أجري بعد الميعاد كان قيده جديداً له مرتبته من وقت إجرائه. فالتجديد في الميعاد القانوني هو استمرار للقيد القديم، أما التجديد بعد الميعاد فهو قيد جديد وليس استمراراً للقيد القديم ومن ثم يأخذ مرتبته من وقت حصوله.

○ خاتمة

يعد الضمان العام الية لحماية حقوق الدائن في مواجهة المدين، بيد ان هنالك مخاطر تجعل من الضمان العام قاصراً عن توفير الحماية الكافية للدائن في حقوقه تجاه المدين، لذلك فقد اوجد المشرع نوعاً من الضمان الخاص الذي يقدم للدائن كي يجعله في مرتبة متميزة عن غيره من الدائنين، حيث يقدم المدين تأميناً شخصياً او عينياً للدائن يكفل له حماية أكثر فعالية لحقوقه. وقد خلصنا في ختام ورقتنا هذه الى ما يلي:

◆ أولاً: النتائج

1. تصور الضمان العام عن حماية الدائن حماية فاعلة، حيث الاكتفاء بالضمان العام دونه مخاطر قسمة الغرماء بين دائني المدين، واحتمالية عدم كفاية ما يملكه المدين من اموال لسداد الدين.

2. الفعالية النسبية للتأمين الشخصي كالكفالة حيث أنه أفضل من الضمان العام ولكن تكتنفه بعض المخاطر كعدم توفر أموال لدى الكفيل تعجزه عن سداد ما تعهد به في حال عدم وفاء المدين بالتزامه.
3. فعالية التأمين العيني كضمان خاص، حيث يستطيع الدائن التنفيذ عن طريق القضاء على أموال المدين في حال حلول أجل الدين وعدم وفاء المدين بالتزامه، والاثار المترتبة على التأمين العيني خاصة ان كان عبارة عن رهن رسمي عقاري مما يخول الدائن مرتبة متميزة عن غيره من الدائنين المرتهنين التاليين له باعتباره دائناً مرتبها اول، ومتميزة عن الدائنين العاديين باعتباره دائناً مرتبها اول.
4. أهمية المحافظة على مرتبة قيد الرهن خوفاً من سقوط المرتبة بمضي عشر سنوات دون تجديد قيد الرهن مما يتيح المجال للتالي مرتبة والذي يجدد قيده من الإفادة من سقوط مرتبة الدائن المرتهن الأول، فيصبح من قام بالتجديد أولاً هو الأعلى مرتبة والأولى قانوناً في اقتضاء دينه.

♦ ثانياً: التوصيات

1. التأكيد على أهمية الضمانات الممنوحة للدائنين باعتبارها أداة من أدوات تطوير النشاط الاقتصادي، مع ضرورة تعزيز هذه الضمانات وحمايتها.
2. ضرورة التنبه الى أهمية مسألة تجديد قيد الرهن للمحافظة على المرتبة المتميزة للدائن المرتهن، خاصة إذا كان الدائن المرتهن شخصاً معنوياً.
3. أهمية وضع قواعد تشريعية واضحة في القانون المدني وكذا في قانون التسجيل العقاري القطري تحدد كيفية التجديد بحيث يتم مراعاة القواعد الآتية:
أ- الأشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب التجديد:
- يقدم تجديد قيد الرهن بناء على طلب الدائن المرتهن أو من ينوب عنه أو خلفه سواء كان الخلف عاماً كالوارث أو خاصاً كالمحال له إذا حول الدائن المرتهن الحق إلى الغير. فيجوز للمحال له، ولو قبل أن تصير الحوالة نافذة في حق الغير، أن يطلب تجديد القيد، سواء باسمه أو باسم المحيل.

ب- إجراءات التجديد:

- يتم تقديم طلب التجديد إلى مدير إدارة التسجيل العقاري ويرفق بها دوماً سند التمليك.
 - بعد الموافقة على طلب التجديد يتم التأشير على هامش القيد، وذلك لتمكين ذوي المصلحة من العلم بما يطرأ على مصير القيد الأصلي من تغيير.
4. من الأهمية بمكان دراسة جدوى حذف اشتراط تجديد قيد الرهن ابتداء خاصة في ظل اتباع نطل السجل العيني، ورفعاً لأي ارهاق على عاتق الدائن المرتهن الذي قد يفقد حقه في مرتبة الرهن في حال عدم تجديد القيد، ولعل في هذا الاقتراح ما يتواءم مع توجه الدولة من تعزيز لفكرة الائتمان العقاري مما ينعكس إيجاباً على تسهيل عمل قطاع الاعمال في الدولة، وبالتالي تحسين مرتبة الدولة عالمياً على مؤشرات سهولة الاعمال.

أثر العادات التجارية وحماية المستهلك في تفسير خطاب الضمان المصرفي في القضاء الأردني

د. محمد حسين بشايره^(*)

عماد محمد العمارين^(**)

خطاب الضمان هو من خدمات الائتمان المصرفي المعروفة، حيث يصدر البنك بناء على طلب عميله خطابا يبلغه للطرف المستفيد، المرتبط بعلاقة عقدية مع العميل، ويتعهد البنك بموجب الخطاب بدفع مبلغ معين من المال للمستفيد بمجرد تقديم هذا الأخير مطالبة للبنك. لا شك أن خطاب الضمان المصرفي ينشئ على عاتق البنك مصدر الخطاب التزاما مستقلا لمصلحة المستفيد لا يتأثر بظروف العقد الذي بينه وبين العميل، وسواء كان العميل أودع قيمة خطاب الضمان مسبقا لدى البنك أم لم يتم بتغطية تلك القيمة. ويعد استقلال التزام البنك بموجب خطاب الضمان هو الفرق الجوهرى بينه وبين آثار الكفالة العادية. ينبثق استقلال التزام البنك بموجب خطاب الضمان من تجريد هذا الخطاب عن سببه الواقعي وهو العقد المبرم بين العميل والمستفيد وكذلك عن العلاقة بين البنك وعميله، حيث يتمتع خطاب الضمان بكفاية ذاتية فيخضع التزام البنك في العلاقة بينه وبين المستفيد لمضمون الخطاب دون أن يتأثر بالعلاقات الأخرى المشار إليها والسابقة على إصداره. ومع ذلك، يبدو أن مفهوم استقلال تعهد البنك ليس موحدًا بين الدول، إذ جاء في المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة

^(*) أستاذ مشارك في القانون التجاري، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن.

^(**) ماجستير في القانون الخاص، جامعة اليرموك؛ مرشح للدكتوراة في كلية القانون، جامعة شمال ماليزيا.

1995⁽¹⁾ أنه "مع أن من المسلم به على نطاق واسع أن التعهدات من النوع المشمول بالاتفاقية تعهدات "مستقلة: فليس هناك، على الصعيد الدولي، توحيد فيما يتعلق بفهم هذه الخاصية الأساسية والاعتراف بها."⁽²⁾

ومع أن خطابات الضمان المصرفية عادة ما تتضمن عبارات مخصوصة تعبر عن استقلال تعهد البنك عن العلاقة الأصلية بين العميل الأمر والمستفيد، مثل عبارة (الدفع عند أو طلب وبالرغم من معارضة العميل أو البنك)، وإن مثل هذه العبارة أو ما في معناها يرد في تعريف خطاب الضمان من قبل الشراح والمحاكم والقواعد النموذجية مثل القواعد الموحدة واتفاقية اليونسيف، إلا أن الممارسات القضائية، على الأقل في الأردن، تكشف أن بعض خطابات الضمان قد لا تستخدم عبارات صريحة دالة على استقلال تعهد البنك، وفي الوقت نفسه لا تتضمن تعليق تعهده على عنصر خارجي. فهل يفترض في هذه الحالة أننا أمام خطاب ضمان مصرفي أم كفالة عادية؟ تكشف أحكام المحاكم الأردنية عن أن تحديد ماهية التزام البنك يخضع لتفسير الخطاب الصادر عنه.

فمع أن العميل يطلب إصدار (خطاب ضمان) وتوسم الوثيقة الصادرة عن البنك بعنوان (خطاب ضمان) أو تستخدم هذه التسمية في متن الوثيقة، قد تجد المحكمة أن الوثيقة في حقيقتها تتضمن كفالة عادية لا يلزم البنك بالدفع بموجبها فور الطلب بل بعد ثبوت سبب المطالبة، وهو إخلال العميل بتنفيذ العقد المبرم بينه وبين المستفيد. وبالعكس، قد يصدر البنك تعهداً باسم (كفالة مصرفية) ويجد قاضي الموضوع أن التعهد في حقيقته هو خطاب ضمان مصرفي.⁽³⁾

(1) اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة بتاريخ 11 كانون أول 1995 ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ بتاريخ 1 كانون الثاني 2000، بين الدول المصادقة أو المنضمة، وعددها ثمانين دولة فقط. نص الاتفاقية ومذكرتها التفسيرية متاح على:

<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/payments/guarantees/guarantees-a.pdf>

تاريخ آخر زيارة 2019/1/23.

(2) المذكرة التفسيرية لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة، المرجع السابق، ص 28.

(3) محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (عمليات البنوك - دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 306-307.

قد تصل المحكمة إلى هذه النتيجة من خلال تطبيق قواعد التفسير العادية على صيغة التعهد الصادر عن البنك. من هنا تنشأ إشكالية في تفسير خطاب الضمان من حيث خضوعه لقواعد التفسير العادية التي قد تفاجئ نتيجتها المستفيد. حيث يثور سؤال حول ما إذا كان تجريد خطاب الضمان يفترض ضمناً ما لم ينص الخطاب صراحة على ما ينفي تجريده أم العكس؟ لا تزال قرارات محكمة التمييز الأردنية، القديم منها والحديث، مفترقة في اتجاهين، الأمر الذي يجعل من الضروري البحث في كيفية تفسير التعهد الصادر عن البنك لتحديد فيما إذا كان خطاب ضمان مستقل أن كفالة عادية تابعة للالتزام العميل.

يهدف الباحثان إلى عرض وجهة نظرهما بأن العرف التجاري وأحكام حماية المستهلك ترجح عدم اشتراط عبارات مخصوصة في خطاب الضمان كي يتمتع بالاستقلال والكفاية الذاتية، لا سيما بعد استقرار الأحكام الخاصة بالوثيقة الموسومة (خطاب ضمان)، بحيث يصبح استخدام هذه التسمية بحد ذاته دليلاً على إرادة البنك الالتزام بصورة مستقلة تجاه المستفيد ما لم يثبت عكس ذلك بعبارات صريحة في متن الخطاب.

من أجل عرض وجهة النظر هذه والدفاع عنها، لا بد من الإجابة عن أسئلة محددة، هي: هل الألفاظ الخاصة بالالتزام بالبنك بالدفع دون شرط وبمجرد تقديم المطالبة بالدفع الواردة في تعريفات خطاب الضمان هي جزء من ماهيته أم أن العرف التجاري أصبح دالات عليها كآثار للخطاب وليست كركن فيه؟ ما هي التزامات البنك بشأن توضيح ماهية خطاب الضمان الذي يطلبه العميل الأمر بوصفه مستهلكاً؟ هل يعد المستفيد مستهلكاً بالنسبة للبنك مصدر خطاب الضمان؟ إلى أي مدى ينسجم اشتراط ألفاظ خاصة في صيغة خطاب الضمان مع أحكام حماية المستهلك؟ وكيف نميز خطاب الضمان المشروط (الذي لا يخرج عن ماهية خطاب الضمان المجرد والمستقل) عن خطاب الضمان المعلق الذي يلتزم بموجبه البنك وفق أحكام الكفالة العادية؟

للإجابة عن هذه الأسئلة لا بد من استقراء قرارات محكمة التمييز الأردنية ذات العلاقة لاستخلاص اتجاهاتها بشأن تفسير خطاب الضمان المصرفي وتحليلها في ضوء أحكام حماية المستهلك. في سبيل ذلك نتناول في المبحث الأول تجريد خطاب الضمان وكفايته الذاتية ومفهوم خطاب الضمان المشروط في إطار الكفاية الذاتية؛ وفي المبحث الثاني نعرض

لاتجاهات تفسير خطاب الضمان في القضاء الأردني بهدف تحديد الاتجاه الأكثر انسجاما مع أحكام حماية المستهلك موضحين أن المستفيد من خطاب الضمان يعد مستهلكا ماليا في هذا الإطار.

○ المبحث الأول: تجريد خطاب الضمان وعلاقته بخطاب الضمان المشروط

لم يعرف قانون التجارة الأردني خطاب الضمان، ولم يفرد له نصوصا تنظم أحكامه. ومع ذلك لا شك أن خطاب الضمان مستقر في التعامل المصرفي ويعترف به القضاء كالالتزام مصرفي ذي أحكام خاصة مصدرها العرف. فقد قضت محكمة التمييز الأردنية، مثلا، بأن "خطاب الضمان الذي لم يرد عليه نص في قانون التجارة يجب أن تستنبط أحكامه بالاسترشاد بالسوابق القضائية واجتهاد الفقهاء وبمقتضيات الإنصاف والعرف التجاري وفقا لأحكام المادة 3 من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966".⁽¹⁾

وعرفت المحكمة نفسها خطاب الضمان بأنه: "تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن، بناء على طلب عملية (الامر)، بشأن عملية محددة أو غرض محدد، يلتزم بموجب البنك، بأن يدفع إلى طرف ثالث (المستفيد) مبلغا معيناً من النقود عند أول طلب منه سواء كان طلبا مجردا أو مبررا أو مصحوبا بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد خلال أجل محدد عادة أو غير محدد في أثناء سريان أجله، رغم أي معارضة، من العميل المضمون أو البنك الضامن على أن يكون الضامن شخصا غير المتعاقد مع المستفيد الذي طلب الضمان لصالح شخص المستفيد".⁽²⁾

ينسجم تعريف القضاء الأردني لخطاب الضمان المصرفي مع تعريف الخطاب (ككفالة مستقلة) بموجب اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995 حيث نصت المادة الثانية منها على أن تعهد البنك بموجب خطاب الضمان يمثل "التزاما مستقلا، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد خاص مقدم من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل/المصدر) بأن يدفع للمستفيد مبلغا معيناً

(1) تمييز حقوق 1999/2462 تاريخ 1999/4/24 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية www.qistas.com.

(2) تمييز حقوق 2016/32 تاريخ 2016/4/17 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

أو قابلاً للتعيين، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، تيين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حدث طارئ آخر، أو سداد لمال مقترض أو مستلف، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على (الأصيل/الطالب) أو شخص آخر. " (هذا الانسجام بين قرارات المحاكم الأردنية واتفاقية الأمم المتحدة ليس تاماً بالضرورة إذ سنبيين في المبحث الثاني تبايناً محدداً بينها).

يعترف القضاء الأردني في الواقع باستقلال تعهد البنك الناشئ عن خطاب الضمان والكفاية الذاتية لهذا الخطاب، ومن الواضح أن ذلك الاستقلال وتلك الكفاية الذاتية إن هما إلا مظهران لتجريد خطاب الضمان (المطلب الأول). ومع أن من صور خطاب الضمان المصرفي أن يكون مشروطاً، حسب قواعد خطابات الضمانات الموحدة، فإن مفهوم الخطاب المشروط بمقتضى تلك القواعد لا يعني تعليق التزام البنك على شرط يتعارض مع كفايته الذاتية (المطلب الثاني).

♦ المطلب الأول: استقلال التزام البنك بموجب خطاب الضمان المصرفي

يقصد باستقلال خطاب الضمان المصرفي أن العلاقة الناشئة عنه بين البنك والمستفيد مستقلة عن العقد المبرم بين المستفيد والعميل من جهة، وعن العلاقة بين البنك والعميل طالب إصدار خطاب الضمان من جهة أخرى. وعادة تعبر صيغة خطاب الضمان عن هذا الاستقلال بقولها إن البنك يتعهد بالدفع عند أول طلب وبالرغم من أية معارضة ودون الحاجة لحكم قضائي. وقررت محكمة التمييز الأردنية أن "استقلال الضمان عن التزام العميل هو القاعدة."⁽¹⁾ ويترتب على هذا الاستقلال أن العلاقة بين البنك والمستفيد تحكمها بنود خطاب الضمان ومضامينه بغض النظر عن أي تباين بينها وبين العقود الأخرى. يسمى هذا بحرفية خطاب الضمان المصرفي. وقضت محكمة التمييز الأردنية أن "علاقة البنك بالمستفيد يحكمها خطاب الضمان وحده ويكون التزام البنك هو الوفاء بالمبلغ الوارد في خطاب الضمان وليس ضمان تنفيذ المدين لما التزم به... وإن العبارات التي يدرجها البنك في الخطاب هي وحدها

(1) تمييز حقوق 2004/3187 تاريخ 2005/2/16 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

التي تحدد مضمون التزام البنك وشروطه.⁽¹⁾ يعد استقلال تعهد البنك والتزامه المباشر تجاه المستفيد بدلا للتأمينات التقليدية التي قد تستدعي تجميد أموال العميل الأمر كتأمين لمصلحة المستفيد؛⁽²⁾ وأصبح استقلال التزام البنك عصب تمويل التجارة الدولية حيث يسري هذا المفهوم ليس فقط على خطاب الضمان بل أيضا على الاعتمادات المستندية بأنواعها المختلفة.⁽³⁾ أكدت محكمة التمييز الأردنية استقلال خطاب الضمان بقولها "... حيث نجد أن خطاب الضمان المصرفي هو تعهد نهائي أصدره البنك بناءً على طلب من عميله بدفع مبلغ نقدي إلى المستفيد فور طلبه خلال مدة محددة، وهو التزام منقطع الصلة بالتزام المكفول، ذلك لأن خطاب الضمان ينشئ بين البنك والمستفيد علاقة مباشرة لا صلة لها من الناحية القانونية بالعلاقة بين المكفول والبنك أو بين المكفول والمستفيد من خطاب الضمان، وعليه فإن البنك في خطاب الضمان يلتزم بإرادته المنفردة وبشكل مجرد التزاماً مباشراً غير معلق على شرط ودون تحقق أية واقعة خارجة عن خطاب الضمان بدفع المبلغ المحدد به إلى المستفيد فور طلبه ذلك. كما أن التزامه ليس مرتبطاً بالتزام عميله ولا تابعاً له، ولا يتوقف عليه أو على تحقق أي شرط أو عنصر خارجا عنه، لأن من أبرز خصائص خطابات الضمان المصرفية كونها مستقلة عن أصل العلاقة التي كانت سبب لوجودها.⁽⁴⁾ يترتب على ذلك أيضاً إنه إذا "دفع البنك للمستفيد إنما يدفع ديناً عليه هو لا ديناً على غيره لأنه يلتزم بصفته أصيلاً."⁽⁵⁾ وينشأ عن استقلال خطاب الضمان وحرفيته كفايته الذاتية بحيث لا يتوقف التزام البنك على أي عنصر خارجي غير مذكور في الخطاب.⁽⁶⁾ وجوهر الكفاية الذاتية هو أن أطراف خطاب الضمان يتعاملون مع وثائق ومستندات فقط دون الرجوع إلى ظروف العلاقة الأصلية

(1) تمييز حقوق 2004/3187 تاريخ 2005/2/16 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(2) Hamed Alavi, 'Autonomy Principle and Fraud Exception in Documentary Letters of Credit, a Comparative Study between United States and England' International and Comparative Law Review (15)2 (2015), pp. 47-68, at p. 49.

(3) N. Enonchong, The Independence Principle of Letters of Credit and Demand Guarantees, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 93.

(4) تمييز حقوق 98/2077 تاريخ 1999/4/14 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(5) تمييز حقوق 2016/32 تاريخ 2016/4/17 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(6) هاني محمد دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 286.

بين العميل الأمر والمستفيد، مما يرسخ الثقة واليقين من ناحية حق المستفيد تجاه البنك المصدر، وكذلك من ناحية حق البنك في الرجوع على العميل الأمر (أو غطاء خطاب الضمان) بناء على التقيد بنص خطاب الضمان.⁽¹⁾

أكدت محكمة التمييز الأردنية أن من أهم خصائص خطاب الضمان "أن يكون التزام البنك... الذي يصدر الكفالة مستقلا عن التزام عميله المكفول، وأن يكون لهذا الخطاب كفايته الذاتية فلا يرتبط استحقاق المبلغ الوارد فيه بعنصر خارجي عنه وأن يكون المبلغ الثابت مستحقا فور إصدار الخطاب ووصوله إلى علم المستفيد منه."⁽²⁾ فلا يجوز إذا تعليق بدء سريان التزام البنك على قيام المستفيد مثلا بشحن البضاعة، بل يكون تعهد البنك ناجزا بمجرد وصول الخطاب إلى المستفيد. كما أن البنك يلتزم تجاه المستفيد "دون أن يحتج بأي عيب أو دفع مستمد من علاقه أو سبب خارجي عنها باعتبار الخطاب مستقل عن أي علاقة أخرى."⁽³⁾ كما أنه يجب على البنك الوفاء بموجب خطاب الضمان "ودون أن يكون البنك مضطرا لإخطار عميله لأن البنك في مثل هذه الحالة يؤدي... قيمة الكفالة التي تعهد فيها وسواء وافق أو لم يوافق طالب إصدار خطاب الضمان وسواء وجد سبب أو لم يوجد سبب لطلب المستفيد دفع قيمة خطاب الضمان له."⁽⁴⁾ وكنتيجة لاستقلال خطاب الضمان أيضا عن العلاقة القانونية بين البنك والعميل الأمر، يبقى البنك ملزما تجاه المستفيد إذا أفلس العميل الأمر.⁽⁵⁾

وبهذا يختلف خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية العادية الخاضعة لأحكام القانون المدني حيث يكون الالتزام الناتج عنها تابعا لالتزام العميل المكفول سواء من حيث الصحة والبطلان أم من حيث تمسك البنك بالدفع التي يجوز للعميل التمسك بها في مواجهة

(1) Chung-Hsin Hsu, 'The Independence of Demand Guarantees, Performance Bonds and Standby Letters of Credit,' National Taiwan University Law Review (1)2 (2006) pp. 1-32, at p. 7-8.

(2) تمييز حقوق 89/1060، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة 1989، ص 1379.

(3) تمييز حقوق 2004/3187 تاريخ 2005/2/16 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(4) تمييز حقوق 2015/4414 تاريخ 2016/3/30 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(5) Chung-Hsin Hsu, *Op. cit.*, p. 13-14.

المستفيد؛⁽¹⁾ "ومرد ذلك أن عقد الكفالة عقد تابع لا يأتي بأكثر من الالتزام الأصلي وا بشروط أشد."⁽²⁾

غير أن خطاب الضمان عادة ما يشير إلى نوع العلاقة التي تربط العميل بالمستفيد، كأن ينص الخطاب على أنه (بالإشارة إلى عقد التوريد المبرم بينكم وبين عميلنا لتوريد مائة طن من السكر) أو أنه مثلا (ضمانا للمبلغ المدفوع منكم مقدما من ثمن البضاعة). إن مثل هذه الإشارة تهدف في التعامل التجاري إلى تعزيز الثقة بين الأطراف، بحيث يحدد الغرض من خطاب الضمان بما يقلل احتمالات غش المستفيد وييسر مهمة العميل في استرداد المبلغ الذي قد يكون المستفيد استوفاه من البنك بموجب خطاب الضمان دون وجه حق. وقد أشارت محكمة التمييز إلى أن خطاب الضمان يصدر بشأن عملية محددة أو غرض محدد،⁽³⁾ ويدل ذلك على أن سبب طلب العميل إصدار الخطاب قد يكون مذكورا في متنه. وتبرز الحاجة العملية إلى ذكر الغرض من خطاب الضمان عندما يتكرر التعامل بين العميل والمستفيد بإبرام عدد من عقود البيع مثلا، يكون العميل فيها هو البائع ويستصدر خطابات ضمان لصالح المستفيد (المشتري) لضمان رد المبلغ المدفوع مقدما من الثمن إذا لم يتم تسليم البضاعة. فيرغب العميل (البائع) بتجنب إمكانية أن يقوم المستفيد باستخدام خطاب ضمان صدر بخصوص عقد بيع معين لتحصيل مبلغ مدفوع بموجب عقد بيع آخر.

أوضحت محكمة التمييز الأردنية أن ذكر سبب إصدار خطاب الضمان لا يخرج بالضرورة عن ماهية خطاب الضمان المصرفي، فقالت: "إن من المتفق عليه فقها أن خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يرسله البنك بناء على طلب عميله إلى دائن هذا العميل... وإن إدراج بيان الرابطة القانونية التي تقوم بين الأمر وبين المستفيد الذي يحرر الخطاب لصالحه والتي تبرر إصدار الخطاب لهذه الغاية... ليس معناه أن يعتبر الخطاب تابعا لعقد الأساس ولا ينفي استقلاله كليا عنه إذ المقصود بذكره تحديد وبيان أن الخطاب، ما صدر إلا بمناسبة بحيث لا يطلب الوفاء به تأمينا لعملية أخرى قد تكون بين الأمر والمستفيد."⁽⁴⁾ كما لاحظت

(1) محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 236، 273-274.

(2) محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 250.

(3) تمييز حقوق 2016/32 تاريخ 2016/4/17 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(4) تمييز حقوق 2004/3187 تاريخ 2005/2/16 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

محكمة التمييز في قرار آخر أن ذكر سبب إصدار خطاب الضمان أمر معتاد في صياغته ولا يتعارض مع الاستقلال.⁽¹⁾

لذلك يمكن القول إن ذكر الغرض من خطاب الضمان لا يعني تعليق التزام البنك بموجبه على إثبات عدم تنفيذ العميل لالتزاماته بموجب العلاقة التي بينه وبين المستفيد، حيث إن بيان الغرض من إصدار الخطاب يرمي في الحقيقة إلى تنظيم العلاقة بين العميل والمستفيد وليس بين هذا الأخير والبنك.⁽²⁾

ولمزيد من الإيضاح فإن نطاق استقلال التزام البنك بموجب خطاب الضمان ينحصر في العلاقة بينه وبين المستفيد، أما في العلاقة بين البنك والعميل فإن القواعد العامة للكفالة هي التي تحكمها، بما في ذلك مدى حق البنك في الرجوع على العميل المكفول،⁽³⁾ وذلك بمقتضى المادة 1/59 من قانون التجارة الأردني رقم 1966/12 التي تنص على أن (... جميع العقود التي لم تحدد قواعدها في هذا القانون تخضع للقانون المدني وللعرف). وأكدت محكمة التمييز الأردنية تطبيق قواعد الكفالة بين البنك والعميل حيث قضت "أن البنك الضامن في خطاب الضمان هو الكفيل والأمر هو المكفول والمستفيد فيه هو المكفول له الدائن، وعلى ذلك فإن حكم المادة (1/979) من القانون المدني الأردني والتي تحكم العلاقة بين أطراف الكفالة تنطبق على خطاب الضمان بحيث يصح القول بأن البنك الضامن ليس له أن يرجع على الأمر بشيء من قيمة الضمان إلا إذا قام البنك بأداء هذه القيمة للمستفيد، وكذلك إذا أدى جزءا من قيمة الضمان فلا يرجع على الأمر إلا بما أداه فقط، لا بجميع الدين قياسا على أحكام المادة (٩٨٢) منه."⁽⁴⁾

بالمقابل، فإن العلاقة بين العميل والمستفيد يحكمها العقد الأصلي المبرم بينهما، والذي بموجبه استصدر العميل خطاب الضمان لمصلحة المستفيد، ويشار إليه بعقد الأساس أو العقد الأصلي. فإذا قام المستفيد بصرف قيمة الخطاب، ولم يكن محقا في ذلك، فإن للعميل أن

(1) تمييز حقوق 1998/1776 تاريخ 1999/3/18 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(2) محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الإفلاس-العقود التجارية - عمليات البنوك)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 431.

(3) محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 275-276.

(4) تمييز حقوق 1992/367 تاريخ 1993/8/6 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

يطلب استرداد القيمة (التي إما أنه غطاها مسبقاً لدى البنك أو اقتضاها البنك منه بعد صرف القيمة للمستفيد).

وأوضحت المادة الثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995 استقلال تعهد البنك بقولها "لأغراض هذه الاتفاقية، يكون التعهد مستقلاً عندما لا يكون التزام الكفيل/المصدر تجاه المستفيد: (أ) مرهوناً بوجود معاملة أصلية أو صلاحيتها، أو بأي تعهد آخر (بما في ذلك خطابات الاعتماد الضامنة أو الكفالات المستقلة التي يتعلق بها أي تثبيت للتعهد أو أي كفالة مقابلة)، أو (ب) خاضعاً لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد، أو بأي فعل أو واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع عدا تقديم المستندات، أو أي فعل أو واقعة أخرى من هذا القبيل تدخل في نطاق عمليات الكفيل/المصدر."

لذلك لا يكون الخطاب الصادر عن البنك خطاب ضمان مصرفي إذا كان معلقاً على شرط، بمعنى الواقعة غير مؤكدة الوقوع،⁽¹⁾ كأن ينص الخطاب على وجوب تقديم دليل على إخلال العميل الأمر بالتزامه تجاه المستفيد أو أن الدفع يكون بموجب حكم قضائي يثبت مسؤولية العميل أو أن الدفع مشروط بوجود رصيد للعميل لدى البنك يغطي قيمة الخطاب أو بثبوت صحة العقد الأصلي إذا كان متنازعا فيه أمام القضاء أو بصحة كفالة مقابلة قدمها بنك ثان للبنك المصدر لتغطية تعهد الأخير بموجب خطاب الضمان. فإذا نص خطاب الضمان على تعليق التزام البنك على عنصر خارجي يرجع إلى علاقات أخرى، لا نكون أمام خطاب ضمان مصرفي بالمعنى التجاري الخاص، بل إزاء كفالة عادية.

غير أن تعليق التزام البنك على عنصر خارجي يرتبط بعلاقات أخرى يختلف عن فرض شروط خاصة بين البنك والمستفيد، حيث نكون في هذه الحالة أمام خطاب ضمان مشروط، وهو بالرغم من وصفه بالمشروط لا يعلق فيه التزام البنك على عناصر خارجية مستمدة من علاقة البنك بالعميل أو المستفيد بالعميل، بل هي شروط خاصة بعلاقة المستفيد بالبنك تستمد من حرفية خطاب الضمان، ولذلك لا تتعارض مع كفايته الذاتية، وقد أشارت اتفاقية الأمم

(1) محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 353.

المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة إلى هذه الحالة في المادة 3(ب) منها وأسستها (شروطا مستندية)، وهو ما يبينه المطلب الآتي.

♦ المطلب الثاني: مفهوم خطاب الضمان المشروط في إطار كفايته الذاتية

خطاب الضمان يصدر عادة بدون شروط بحيث يكون ملزما للبنك بمجرد إصداره وتبليغه للمستفيد.⁽¹⁾ لكن قد ينص خطاب الضمان على شروط شكلية يجب أن يحققها المستفيد كي يلتزم البنك بصرف قيمة الخطاب عند الطلب دون أن يخل ذلك بالكفاية الذاتية لخطاب الضمان واستقلال تعهد البنك. وهذا أمر مألوف في التعامل، وأقرته اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، حيث نصت في المادة الثانية على أن طلب المستفيد المقدم إلى البنك المصدر قد يكون "مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية"، وأكدت في ذلك في المادة 3(ب) منها التي أوضحت أن استقلال تعهد البنك المصدر لا يتأثر بوجود شرط "تقديم المستندات".

مع ذلك فإن فكرة خطاب الضمان المشروط قد لا تكون واضحة دائما، حيث يرى بعض الشراح أن الخطاب المشروط هو كفالة مصرفية عادية دون بحث في طبيعة الشرط.⁽²⁾ لكن الأمر يحتاج إلى تفصيل حيث إن الشروط "التي تلحق بخطابات الضمان إذا أثرت في طبيعتها القانونية، باعتبار أن الالتزام فيها التزام بات ومنجز، تخرجها من طائفة خطابات الضمان. أما إذا كانت الشروط الواردة فيها لا تؤثر في طبيعتها القانونية وتبقي على خصائصها من حيث استقلالها وأنها باتة منجزة فيبقى لخطابات الضمان المشروطة بمثل هذه الشروط ذات الطبيعة القانونية... التي تمتاز بها ومنها الكفاية الذاتية."⁽³⁾

(1) سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 15.

(2) محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 430.

(3) محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 353-354.

فما هو ضابط التفرقة بين تعليق تعهد البنك على شرط خارجي يجعل التعهد من قبيل الكفالة العادية والشرط الذي لا يتعارض مع الكفاية الذاتية والاستقلال في خطاب الضمان المصرفي؟

نقترح أن ضابط التفرقة هو كون تحقيق الشرط خاضعا لإرادة المستفيد أم لا. فإذا كان خاضعا لإرادة المستفيد لا يكون تعهد البنك معلقا بل يكون ذلك الشرط في الحقيقة التزاما على عاتق المستفيد، وليس شرطا بالمعنى الاصلاحي المعروف في نظرية الشرط الواقف أو الفاسخ. على سبيل المثال، إذا كان تعهد البنك بالدفع بموجب خطاب الضمان مشروطا بتقديم طلب خطي، وأن يكون الطلب مبررا، بحيث يذكر المستفيد سبب المطالبة كبيان شكلي يرد في الطلب دون اشتراط تقديم ما يثبت هذا السبب، نكون أمام خطاب مشروط متمتع بالكفاية الذاتية ما دام أن تقديم الطلب الخطي متضمنا بيانات محددة هو أمر خاضع لإرادة المستفيد.

يؤكد التعامل هذا الفهم لخطاب الضمان المشروط، حيث يعرف الخطاب في المثال السالف الذكر بخطاب الضمان المبرر، أي الذي يجب أن يتضمن طلب الدفع بموجبه تبريرا للمطالبة، بحيث يذكر المستفيد السبب، كأن يكون عدم تنفيذ المقاول (عميل البنك) لالتزاماته تجاه المستفيد (صاحب العمل) بموجب عقد المقاولة. لكن المستفيد ليس مطالبا بتقديم ما يثبت إخلال العميل في هذه الحالة.

وأكدت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة ذلك إذ نصت على أن تحقق البنك المصدر من الشروط المستندية يتم من خلال الفحص الظاهري للمستندات (المادة 16 من الاتفاقية) دون التحقق من صحة مضمونها أو وقع الأفعال المذكورة فيها (مثل تحويل الدفعة المقدمة من الثمن المضمونة بخطاب الضمان، والتي يمكن اشتراط أن يقدم المستفيد سند التحويل المصرفي الخاص بها مع المطالبة)، في حين شددت الاتفاقية على التزام المستفيد بالمطالبة بحسن نية إذ نصت المادة 15(3) منها على أن المستفيد إذ يقدم المطالبة يعتبر مصادقا على صحة المستندات والمطالبة.

فلا يخرج خطاب الضمان عن كفايته الذاتية إذا كان الخطاب صادرا لمصلحة المشتري (المستفيد) لضمان استرداد الدفعة المقدمة التي يجب عليه أدائها قبل شحن البضاعة من البائع (عميل البنك)، وذلك في حالة إخلال الأخير بالتسليم، واشترط الخطاب أن يرفق المستفيد

بالمطالبة الصرف سند تحويل الدفعة المقدمة. وبتقديرنا إن هذا لا يخرج خطاب الضمان عن طبيعته لأن تحويل الدفعة المقدمة هو أصلاً التزام على عاتق المستفيد وليس العميل ولأنه ليس هو سبب المطالبة، فسبب المطالبة هو إخلال العميل (البائع) المفترض والذي لا يلزم المستفيد بإثباته، كما أن البنك المصدر ليس ملزماً بالتحقق من صحة المستند وإنما يفحصه ظاهرياً فقط.

يمكن القول إن مثل هذه الشروط المستندية خاضعة لإرادة المستفيد ولا تتطوي على إثبات أي عنصر يتعلق بالتزامات العميل الأمر أو إخلاله بها.⁽¹⁾ لذلك فما هي في الحقيقة إلا التزامات تسمى شروطاً بحكم العادة التجارية وليس بالمعنى القانوني للشرط كوصف للالتزام الملقى على عاتق البنك، ولذلك فإنها لا تتعارض مع وظيفة خطاب الضمان بل تعزز حسن النية في التعامل لأنها تظهر حسن نية المستفيد أو تيسر على العميل الأمر إجراءات استرداد المبلغ من المستفيد إذا لم يكن محققاً في صرفه لقيمة خطاب الضمان.

ومع أن خطاب الضمان قد يتضمن الغرض منه بالإشارة إلى نوع العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد، والتي من أجلها طلب العميل من بنكه إصدار الخطاب، كما أن الخطاب قد يتضمن شروطاً تتعلق بالمستفيد وليس بإخلال العميل تجاه المستفيد، إلا أن بعض قرارات المحاكم الأردنية تبدو وكأنها تنفي عن تعهد البنك وصف خطاب الضمان وتخضعه لأحكام الكفالة العادية إذا تضمن الغرض من إصداره أو إذا فرض على المستفيد التزامات تسمى عرفاً وليس حقيقة شرطاً يصف التزام البنك بالدفع. لذلك يسلط المبحث الثاني الضوء على اتجاهات القضاء الأردني بشأن تفسير خطاب الضمان المبرر أو المشروط.

○ المبحث الثاني: اتجاهات القضاء الأردني بشأن تفسير خطاب الضمان المصرفي

السؤال التفسيري الذي يهدف هذا البحث إلى معالجته هو هل يتوقف تحديد ماهية خطاب الضمان كتعهد مستقل على استخدام عبارات مخصوصة تفيد ذلك أم أنه يكفي أن يدل مظهر الوثيقة، لا سيما اسمها، على أنها خطاب ضمان دون أن تتضمن شرطاً صريحاً يجعل التزام البنك معلقاً على عنصر خارجي؟ يتولى قاضي الموضوع تفسير العقود حيث تقضي القواعد

⁽¹⁾ Chung-Hsin Hsu, *op. cit.*, p. 13.

العامة في التفسير بالأخذ بالمعنى الظاهر المستفاد من عبارة النص، فلا يجوز الانحراف عن هذا المعنى الظاهر إلا بمسوغ معقول مثل التناقض أو العيب المادي في الصياغة أو الغموض. يلاحظ أن محكمة التمييز الأردنية لها اتجاهان في تفسير خطاب الضمان أحدهما يأخذ بقواعد التفسير العادي ومن ثم تستلزم عبارات مخصوصة تفيد استقلال تعهد البنك وإلا كان كفالة عادية، في حين اعترفت بعض الأحكام بخطاب الضمان كتعهد مستقل وإن لم يتضمن صراحة ما يثبت استقلاله (المطلب الأول)؛ ونقترح أن تفسير خطاب الضمان ينبغي أن يأخذ في الحسبان العادات المصرفية المتعلقة بصياغة خطاب الضمان وعدم النص فيه دائما على عبارات مخصوصة تفيد صراحة استقلال تعهد البنك وكذلك حقيقة أن العميل الأمر والمستفيد جديران بالحماية بموجب أحكام قانون حماية المستهلك (المطلب الثاني).

♦ المطلب الأول: اتجاهات المحاكم الأردنية في تفسير خطاب الضمان المصرفي

باستقراء عدد من قرارات محكمة التمييز الأردنية يستبين لنا اتجاهان في تفسير التعهد الصادر من البنك لتحديد فيما إذا كان يعد خطاب ضمان مصرفي يتمتع بالاستقلال والكفاية الذاتية أم كفالة عادية مرتبطة بالتزام الأصيل. الاتجاه الأول يعول على وجود عبارات وألفاظ تؤكد استقلال تعهد البنك صراحة حتى إن كانت الوثيقة التي تحتوي التعهد مسماة بخطاب ضمان. بالمقابل، ذهب اتجاه ثان في اجتهاد محكمة التمييز إلى أن التعهد الصادر باسم خطاب ضمان يعد كذلك ما لم يرد في صيغته تعليق لالتزام البنك على وقائع خارجية مما ينافي استقلال تعهد البنك.

• الفرع الأول: اتجاه يشترط صيغة صريحة تنص على استقلال التزام البنك عن العقد الأصلي

شدت محكمة التمييز أحيانا على أنه كي يكون تعهد البنك خطاب ضمان مصرفي مستقلا عن التزام العميل الأمر تجاه المستفيد يجب ان ينص الخطاب على هذا الاستقلال، وإلا كان التعهد كفالة عادية وإن لم يتضمن صراحة تعليق التزام البنك على واقعة خارجية. فقررت محكمة التمييز في القضية رقم 2016/32 "أن المعيار الحاسم هو العبارة التي تقطع

الصلة بين الضمان وبين العقد الأصلي وهي التي تفيد أن وفاء البنك يكون بالرغم من أي معارضة من البنك أو المدين فلا يشترط للوفاء أن يقوم البنك أو المدين بأي تحقيقات أو تحريات أو أن يقوم العميل بأي عمل مماثل إذ يكفي أن يطلب المستفيد الوفاء فيحصل عليه.⁽¹⁾ لذلك قررت المحكمة في تلك القضية أن الوثيقة الصادرة عن البنك والمبلغة للمستفيد كانت خطاب ضمان مستقل لا كفالة عادية بناء على "الصيغة التي جاءت بها عبارات الخطاب أو محتواه" التي جاء فيها أنه "يكفل البنك العربي [العميل الأمر] بمبلغ (150000) دولار أمريكي... وذلك لضمان أي عطل أو ضرر يلحق [بالمستفيد] جراء إلقاء الحجز على بضائعها في ميناء العقبة من قبل [العميل الأمر] ويتعهد البنك العربي بدفع قيمة الكفالة إليكم عند أول مطالبة خطية منكم خلال فترة سريانها رغم أي معارضة من المكفول...".

في القرار السالف الذكر فإن المحكمة رجحت - بحق - استقلال تعهد البنك رغم أن الخطاب أشار إلى سببه، أي العلاقة التي بسببها تم إصداره والتي كانت كفالة للأضرار التي قد تترتب على الحجز التحفظي إذا تبين أن العميل الأمر لم يكن محقا في دعواه، وهي كفالة يشترط قاضي الأمور المستعجلة على طالب الحجز تقديمها بموجب قانون أصول المحاكمات المدنية. فاستقلال تعهد البنك يعني التزامه بالدفع دون حاجة لإثبات أن العميل خسر دعواه في مواجهة المستفيد. لكن يلاحظ أن المحكمة ركزت في الوقت نفسه على أن استقلال تعهد البنك عبرت عنه صيغة الخطاب التي تضمنت التزام البنك بالدفع "رغم أي معارضة".

أكدت محكمة التمييز في قرارات أخرى أن الصيغة الدالة صراحة على استقلال تعهد البنك هي العلامة الفارقة لخطاب الضمان التي تميزه عن الكفالة المدنية. ففي أحد القرارات قضت المحكمة أن "ما يقطع علاقه بين عقد الأساس وبين خطاب الضمان هو تعهد البنك محرر الخطاب بالدفع للمستفيد لدى أول طلب مدونا بعبارة صرف النظر عن أي اعتراض من جانب المقاول على إجراء الدفع... فهو مستحق الأداء غب الطلب وبغض النظر عن أي اعتراض على الدفع من جهة العميل. وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي."⁽²⁾ وفي قرار آخر كررت

(1) تمييز حقوق 2016/32 تاريخ 2016/4/17 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(2) تمييز حقوق 2004/3187 تاريخ 2005/2/16 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

المحكمة القول إن استقلال خطاب الضمان يستفاد من "تعهد البنك محرر الخطاب بالدفع للمستفيد لدى أول طلب مقرونا بعبارة (بالرغم من أي معارضة للعميل)".⁽¹⁾

وجريا مع هذا الاتجاه أيضا الذي يربط ماهية خطاب الضمان بعبارات مخصوصة تفيد استقلاله مثل (التعهد بالدفع رغم المعارضة)، ذهبت محكمة التمييز إلى أن ذكر سبب إصدار خطاب الضمان دون وجود عبارات صريحة تفيد استقلال تعهد البنك بموجبه يجعل منه كفالة عادية فقط لا تلزم البنك ما لم يثبت تقصير العميل الأمر بموجب سبب الخطاب. فقضت محكمة التمييز بأنه "إذا تضمنت الكفالة الموجهة [المستفيد] أنه بناء على طلب [العميل الأمر] يتعهد البنك بأن ندفع لكم أو لممثليكم القانونيين لدى أول طلب مبلغ 1800 دينار وذلك ضمانا لحسن تنفيذ أعمال المنيوم... فإنها كفالة بنكية مدنية على صورة خطاب ضمان؛ ذلك أن مسؤولية الكفيل البنك (المميز) بها غير منفصلة أو مستقلة عن مسؤولية العميل... بل تابعة لها بدليل أن هذه الكفالة هي ضمان لحسن تنفيذ أعمال المنيوم... تنطبق عليها أحكام الكفالة المدنية لأن التزام المميّزة هو التزام تابع لالتزام الشركة المكفولة ومرتبطة به من حيث صحته وبطلانه... ما دام أن استحقاق قيمة الكفالة هذه لا يتم إلا عند عدم تحقق سبب الضمان وهو حسن تنفيذه وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة التمييز".⁽²⁾

وعلى المنوال ذاته، قررت محكمة التمييز أن كفالة بنكية نصت على أنها صدرت "ضمانا لحسن تنفيذ عقد توريد وتركيب مساعد كهربائية... وتصبح هذه الكفالة لاغية بعد انتهاء مدتها أو عند تنفيذ تعهدنا أيهما كان أسبق تاريخا ولا ينظر فيها سواء أعيدت إلينا الكفالة أم لم تعد... وإن كان لها مظهر خطاب الضمان فإنها في حقيقتها كفالة مدنية ذلك أن مسؤولية الكفيل المميّزة فيها غير منفصلة أو مستقلة عن مسؤولية [العميل الأمر] بل تابعة لها بدليل أن هذه الكفالة هي لضمان حسن تنفيذ عقد توريد وتركيب مساعد كهربائية... ما دام ان استحقاق قيمة خطاب الضمان لا يتم إلا عند عدم تحقق سبب الضمان وهو حسن تنفيذ العقد".⁽³⁾

(1) تمييز حقوق 1998/1776 تاريخ 1999/3/18 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(2) تمييز حقوق 1996/350 تاريخ 1996/3/28 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(3) تمييز حقوق 1989/1038 تاريخ 1990/4/16 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

لكننا نجد أيضا أن محكمة التمييز رجحت اعتبار تعهد البنك كفالة عادية عندما تضمن التعهد سببه مع عبارة الدفع رغم المعارضة. ففي قضية⁽¹⁾ تتلخص وقائعها بأن البنك (المدعي) أصدر وثيقة مسماة (خطاب ضمان) للمستفيد (دائرة الجمارك) تضمنت أنه بناء على طلب العميل "يكفل [البنك عميله] بكفالة مالية بمبلغ (395) ألف دينار لمدة عام وذلك ضمانا للرسوم الجمركية والغرامات في حال توجبها والرسوم والضرائب الأخرى... وفي حال تخلف البنك عن دفع قيمة هذه الكفالة أو أي جزء منها لدى طلبها للجمارك فإن هذا البنك يفوض معالي محافظ البنك بقيد قيمتها لحساب الخزينة." طالب المستفيد البنك بالدفع، وقام البنك بالوفاء عند الطلب، ثم رجع على العميل لاسترداد ما دفعه.⁽²⁾ قررت محكمة التمييز الأردنية أن الخطاب تضمن شرطا هو (حال توجب الضرائب) مما يعني تعليق التزام البنك على شرط؛ وعليه فإن الكفالة التي أعطيت على صورة خطاب الضمان هي في حقيقتها كفالة مدنية تنطبق عليها أحكام الكفالة المدنية بحيث يكون التزام البنك تابعا لالتزام العميل ويدور معه وجودا وعدما، وبما أن التزام العميل بدفع ضرائب ورسوم لم يثبت فإن دعوى البنك كانت غير محقة. في القضية سالفة الذكر، غلبت محكمة التمييز الأردنية صيغة الشرط المتعلقة باستحقاق ضرائب ورسوم على معنى الاستقلال المفهوم من التعهد بدفع قيمة الكفالة (لدى طلبها). وفسرت الوثيقة بأنها كفالة مدنية. ويلاحظ أن الوقوف عند عبارات الخطاب الظاهرة جاء مخالفا لتوقعات البنك نفسه الذي تصرف وأوفى باعتبار تعهده خطاب ضمان مصرفي. نهجت محكمة التمييز إذاً في عدد من قراراتها منهاجاً يرسى ماهية خطاب الضمان على صيغته الدالة صراحة على استقلاله، الأمر الذي يستفاد عادة من عبارات مثل (الدفع بالرغم من معارضة العميل) أو (الدفع عند أول طلب خطي). فإذا خلا الخطاب الصادر من البنك للمستفيد من مثل تلك العبارات فسرت المحكمة الخطاب بأنه كفالة عادية لاسيما إذا ذكر سبب الإصدار كأن يكون (لتأمين سلفة مدفوعة مقدما)⁽³⁾ أو إذا استعمل البنك كلمة كفالة بدلا من

(1) تمييز حقوق 2011/3147، تاريخ 2012/1/19 قاعدة بيانات قسطاس الإلكترونية.

(2) تمييز حقوق 2011/3147، تاريخ 2012/1/19 قاعدة بيانات قسطاس الإلكترونية.

(3) تمييز حقوق 2002/1095 تاريخ 2002/7/16 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

خطاب ضمان،⁽¹⁾ وكل ذلك رغم عدم وجود ربط تعليق صريح لالتزام البنك على ثبوت إخلال العميل الأمر بالتزامه تجاه المستفيد.

• الفرع الثاني: اتجاه يقرر استقلال تعهد البنك بناء على مظهر الخطاب ما لم يتضمن تعليقا صريحا

على نحو مغاير للقرارات المعروضة آنفا، قررت محكمة التمييز أن الوثيقة الصادرة من البنك للمستفيد باسم كفالة، والتي تضمنت أنها (كفالة حسن تنفيذ عقد مقاوله) "إلا أنها لم تربط تسهيل المبلغ للمدعي بتحقق شروط حسن التنفيذ فهي خطاب ضمان وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي".⁽²⁾ في هذه القضية، لم تستلزم المحكمة أن يتضمن الخطاب ألفاظا صريحة تدل على استقلال تعهد البنك، وبالعكس اكتفت المحكمة بخلو التعهد من أي تعليق صريح لالتزام البنك على إخلال العميل الأمر بالعقد المبرم بينه وبين المستفيد، مع ملاحظة أن البنك استعمل في الوثيقة تسمية (كفالة) وليس (خطاب ضمان).

كذلك أقرت محكمة التمييز أن تعهدا أصدره البنك كان خطاب ضمان مصرفي رغم أنه صدر "ضمانا لحسن تنفيذ [عقد]" ولم يرد فيه عبارات تدل صراحة على الاستقلال، مثل (الدفع بالرغم من معارضة العميل) وفي الوقت نفسه لم يشترط ثبوت إخلال العميل الأمر في علاقته بالمستفيد.⁽³⁾

وفي قضية أخرى تلخصت وقائعها في أن المستفيد طالب البنك بالدفع بموجب وثيقة صادرة عنه بوصف "سند كفالة" تضمنت تعهد البنك بالدفع "لضمان أي عطل أو ضرر يلحق [بالمستفيد]... ويتعهد [البنك] بدفع قيمة الكفالة إليكم عند أول مطالبة خطية منكم خلال فترة سريانها رغم أي معارضة من المكفول..." قررت المحكمة بالأغلبية أن الوثيقة هي في حقيقتها خطاب ضمان بناء على تعهد البنك بالوفاء بالرغم من أي معارضة، في حين ذهب قاض مخالف إلى أن ذكر سبب الكفالة جعلها كفالة مدنية عادية.⁽⁴⁾

(1) تمييز حقوق 2017/701 تاريخ 2016/6/15 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(2) تمييز حقوق 2016/1237 تاريخ 2016/8/23 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(3) تمييز حقوق 2010/4150 تاريخ 2011/5/18 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(4) تمييز حقوق 2016/32، تاريخ 2016/ 4/ 14 قاعدة بيانات قسطاس الإلكترونية.

ففي قضية⁽¹⁾ تتلخص وقائعها بأن البنك أصدر كفالات (خطابات ضمان) للمستفيد نص فيها على أنها ضمان لحسن تنفيذ عميله لعقود توريد. قام المستفيد بمطالبة البنك بموجب هذه الكفالات، إلا أن محكمة البداية اعتبرت أن هذه الخطابات هي كفالات خاضعة للقانون المدني وليست خطابات ضمان منشئة لتعهد مستقل في ذمة البنك. طعن المستفيد في هذا القرار لدى محكمة استئناف عمان التي اعتبرت أن تعهد البنك ناشئ عن خطابات ضمان رغم النص فيها على أنها تضمن حسن التنفيذ. وأيدت محكمة التمييز ذلك رغم أن الخطاب ذكر أنه (ضمان حسن التنفيذ) واستندت محكمة التمييز في ذلك إلى أن البنك نفسه سمي هذه الكفالات (خطابات ضمان).

وفي قضية أخرى تعلقت بوقائع مماثلة،⁽²⁾ أصدر البنك كفالة بناء على طلب عميله والتمزم بموجبها للمستفيد بأن يدفع قيمة الكفالة مبينا أن الغرض من الكفالة هو ضمان حسن تنفيذ العميل للعقد. طالب المستفيد بقيمة الكفالة إلا أن محكمة الاستئناف وجدت أن البنك يكفل حسن تنفيذ العقد وفقا لأحكام القانون المدني وليس خطاب الضمان، وبالتالي لا تستحق قيمة الكفالة ما لم يثبت المستفيد إخلال العميل. طعن المستفيد في القرار، فنقضت محكمة التمييز قرار محكمة الاستئناف، مبينة أن الكفالة في حقيقتها خطاب ضمان يمثل تعهدا مستقلا على عاتق البنك رغم الإشارة إلى أنه يكفل حسن التنفيذ وسواء تحقق سبب طلب الدفع أم لا. بعبارة أخرى، رفضت المحكمة تفسير عبارة (كفالة حسن التنفيذ) الواردة في متن الكفالة بأنها تشترط ضمنا ثبوت إخلال العميل بحسن التنفيذ.

وفي قضية أخرى،⁽³⁾ أصدر البنك كفالة بناء على طلب عميله تعهد بموجبها للمستفيد بأن يدفع مبلغا معيناً عند أول طلب (وذلك الالتزام بتسديد فواتير وشيكات معادة). لدى مطالبة المستفيد بالدفع، قررت محكمة الدرجة الأولى أن التزام البنك يتحقق إذا أعيدت فواتير وشيكات، أي إذا أخل العميل بالوفاء للمستفيد. وبالتالي وجدت محكمة الدرجة الأولى، وأيدتها محكمة استئناف عمان في ذلك، أن التزام البنك كان على سبيل الكفالة المدنية لا خطاب الضمان.

(1) تمييز حقوق 2061 / 2014، تاريخ 2015/2/23 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(2) تمييز حقوق 767 / 2015، تاريخ 2015/6/28 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(3) تمييز حقوق 4414 / 2015، تاريخ 2016/3/30 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

لكن محكمة التمييز نقضت هذا القرار على أساس أن الكفالة موضوع الدعوى هي في حقيقتها خطاب ضمان؛ فلم تأخذ محكمة التمييز بظاهر عبارة (الالتزام بدفع فواتير وشيكات معادة) التي يمكن أن يستفاد منها أنه يجب تحقق عدم وفاء العميل بقيمة فواتير وشيكات.

♦ المطلب الثاني: مناقشة اتجاهات التفسير القضائي في ضوء العادات المصرفية وأحكام حماية المستهلك

رأينا أن قرارات محكمة التمييز اختلفت إلى اتجاهين مختلفين بشأن تفسير تعهد البنك الموجه إلى المستفيد فاعتبرته تارة خطاب ضمان مصرفي مستقل إذا تضمن ألفاظا تدل على استقلال تعهد البنك بالدفع بالرغم من أي معارضة، بحيث يعد التعهد كفالة عادية خاضعة للقانون المدني إذا خلا التعهد من عبارة بذلك المعنى، بل في أحد القرارات رجحت المحكمة تطبيق أحكام الكفالة العادية أحيانا إذا تعارض ذكر سبب إصدار التعهد مع عبارة الدفع لدى الطلب، إذا لم ينص التعهد على الدفع بالرغم من أي معارضة. أما الاتجاه الثاني فهو الذي يرجح إكساء تعهد البنك ثوب خطاب الضمان المصرفي وإن ذكر السبب، لأن هذا معتاد في صياغة خطاب الضمان، بحيث يفترض استقلال تعهد البنك ما لم ينص التعهد على تعليقه على عنصر خارجي أو جعله تابعا لالتزام العميل الأمر.

بتقديرنا فإن الاتجاه الأول المشار إليه آنفا يقوم على التفسير الحرفي للعقود الذي يأخذ بمبدأ الإرادة الظاهرة في التفسير والذي يعرف أيضا بالمذهب المادي أو الموضوعي، الذي يفترض أن عبارات العقد تجسد حقيقة ما اتفق عليه الأطراف. وبعبارة أخرى أن الإرادة الظاهرة تطابق الإرادة الباطنة.⁽¹⁾ وتضمن القانون المدني الأردني رقم 1976/43 قواعد تفسير تعطي الأولوية للمعنى الظاهر من عبارات العقد. فتتص المادة (213) من القانون المدني الأردني على أن "الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزموا في التعاقد" كما تقضي المادة (2/214) من القانون ذاته بأن "والأصل في الكلام الحقيقة...".

(1) مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجمهورية الجزائرية، 2009، ص 64.

بالمقابل، يمكن وضع الاتجاه القضائي الثاني في تفسير خطاب الضمان في إطار التفسير المقاصدي، أي تفسير العقد أو التعهد طبقاً لمقاصد الأطراف واعتبارات الثقة التي تسوغ أن يتحرى القاضي القصد الحقيقي الذي هدف إليه المتعاقدان وما تقتضيه طبيعة التعامل والثقة المتبادلة بينهما. ينبثق هذا المنهج في التفسير من مذهب الإرادة الباطنة الذي يجعل الأساس في التفسير هو الإرادة المشتركة الباطنة لأن العبرة بالقصد الحقيقي للمتعاقدين، ولا يجوز الركون للظاهر فقط (أي ألفاظ العقد).⁽¹⁾ ونصت المادة 213(1) من القانون المدني الأردني على أن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني." ومع ذلك، يستفاد من الفقرة (1) من المادة 239 من القانون ذاته أنه لا يصح البحث في المقاصد وطبيعة التعامل واعتبارات الثقة إلا إذا لم تكن عبارة العقد واضحة، حيث تقضي الفقرة المشار إليها بأنه "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين." فإذا لم تكن العبارة واضحة، يتم تفسيرها وفقاً لأحكام الفقرة (2) من المادة 239 من القانون المدني من خلال "البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات."⁽²⁾

يبدو لنا أن الاتجاه الثاني هو الأقرب إلى النظرة الواقعية والقانونية لخطاب الضمان المصرفي، فالنظرة الواقعية تؤيدها العادات المصرفية المتعلقة بصياغة خطاب الضمان (الفرع الأول)، وأما الناحية القانونية فيعززها مبدأ حسن النية وأحكام حماية المستهلك (الفرع الثاني).

• الفرع الأول: العادات المصرفية المتعلقة بصياغة خطاب الضمان

بموجب عقد فتح الضمان يفترض أن يطلب العميل من بنكه إصدار خطاب ضمان، حيث يقوم العميل الأمر بذلك تنفيذاً لعقد الأساس بينه وبين المستفيد. ويحدد العميل الأمر في طلب الإصدار عادة اسم المستفيد والغرض من الإصدار ومبلغ الضمان ومدة سريانه. وبعد أن يتلقى البنك الطلب من العميل لإصدار خطاب الضمان يبدأ البنك دراسة الطلب والغاية

(1) المرجع السابق، ص 69.

(2) القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976.

منه وشروطه ويقيم جدارة العميل الأمر الائتمانية.⁽¹⁾ وفي النهاية يكون البنك هو المسؤول عن صياغة خطاب الضمان الذي يبلغ إلى المستفيد، إذ أن عبارة الخطاب أو محتواه أو صيغته هي التي تحكم العلاقة بين البنك والمستفيد.⁽²⁾

ويقع على البنك عند صياغة خطاب الضمان أن يستوضح من العميل عن أي غموض في الطلب لاسيما إذا تضمن عبارات متناقضة مثل " الالتزام بالدفع لدى أول طلب إذا ثبت عدم تنفيذ العقد " فيتأكد البنك من عميله فيما إذا كان المطلوب هو كفالة عادية أم خطاب ضمان بالمعنى المصرفي المتعارف.⁽³⁾ لذلك فإن البنك وانطلاقاً من خبرته في العمل المصرفي يجب أن يراجع الصيغة التي يقترحها العميل الأمر.⁽⁴⁾ بيد أن البنك ليس له تعديل الصيغة المقدمة من العميل حال عدم موافقة هذا الأخير، وليس له في هذه الحالة إلا رفض إصدار الخطاب إذا كان من شأنه إثارة منازعات عند المطالبة لا تتضح فيها حدود مسؤولية البنك. فالبنك ليس ملزماً بأن يقبل في جميع الأحوال إصدار خطاب الضمان بل له الحق في رفض إصداره دون إبداء الأسباب.⁽⁵⁾

يتضح مما سبق أنه من الناحية العملية يتحمل البنك مسؤولية عن صياغة خطاب الضمان المصرفي، حتى عندما يقدم العميل لأمر صيغة مقترحة. ومما يسوغ ذلك أن للبنك مصلحة في صياغة خطاب الضمان إذ أن هذه الصيغة تحكم علاقته بالمستفيد دون الرجوع إلى طلب إصدار الخطاب أو عقد الأساس.

وجرت العادة المصرفية أيضاً على أن تتضمن صيغة الخطاب عناصر محددة مثل اسم المستفيد والبنك والعميل الأمر مبلغ الضمان ومدة سريانه وكذلك الغرض منه، كما مر سابقاً

(1) محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (عمليات البنوك - دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 373.

(2) علي جمال الدين عوض، خطاب الضمان المصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 127.

(3) سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، ط1، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2009، ص 190.

(4) هزار سليمان حيدر، الضمانات المصرفية التعاقدية في نطاق التجارة الدولية، اتحاد المصارف العربية، بيروت، 1989، ص 190.

(5) محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 375.

وكما أكدت محكمة التمييز الأردنية من أن ذكر الغرض من الخطاب يحقق مصلحة للبنك والعميل الأمر للتحقق من عدم تقديم مطالبة بمناسبة علاقة مختلفة بين العميل والمستفيد نفسه. من هنا، يمكن القول إن الاتجاه القضائي الذي فسر ذكر الغرض من خطاب الضمان على أنه تعليق للوفاء على شرط خارجي لا ينسجم مع العادة المصرفية في صياغة الخطاب، مما يجعل هذا التفسير تحميلاً لعبارة الخطاب أكثر مما تحتمل من معنى.

يمكن إذاً أن نفهم قرارات محكمة التمييز المذكورة في المطلب الثاني من هذا المبحث والتي أقرت ماهية خطاب ضمان رغم الإشارة في متنته إلى أن البنك يكفل حسن التنفيذ أو أنه يلتزم بالدفع في حالة رجوع الشيكات والفواتير بأنها تتفق مع حقيقة قصد الأطراف. حيث يتم الوقوف على الإرادة المشتركة للأطراف من خلال طبيعة التعامل والعرف، الذي يوضح بأن اللجوء إلى البنك يكون للغاية الائتمانية المتمثلة بتعهد البنك على نحو مستقل وفور الطلب بحيث يعفى المستفيد من عبء التقاضي وإثبات مسؤولية العميل. ومن المعلوم أن طبيعة التعامل والعرف هي من طرق الاستهداء إلى الإرادة المشتركة للأطراف.⁽¹⁾

من ناحية ثانية، فمع استقرار خطاب الضمان المصرفي في التعامل، حتى أصبح هذا المصطلح دالاً على تعهد البنك بالدفع عند أول طلب، وبما أن العادة محكمة، فإن طلب العميل الأمر بإصدار خطاب ضمان، وقيام البنك بإصداره ينبغي أن يعد خطاب ضمان مستقلاً وإن لم يحتوي عبارات صريحة بالدفع بالرغم من أي معارضة. حيث يفترض أن البنك التزم بشكل مستقل ما لم يذكر غير ذلك صراحة. بعبارة أخرى، فإن ممارسات البنوك الأردنية المتعلقة بصياغة خطابات الضمان والتي ظهرت لنا من خلال الأحكام القضائية لا تذكر هذه الصيغة المخصوصة دائماً، وبالتالي فإن على البنك الذي يريد إصدار كفالة مدنية أن يذكر فيها صراحة أنه يلتزم في حالة ثبوت مسؤولية العميل عن الإخلال بالتزاماته.

صفوة القول، إنه إذا لم يتضمن الخطاب الصادر من البنك عبارات صريحة تجعل التزام البنك تابعا لالتزام العميل، ولم ينص في الوقت نفسه بصيغة

(1) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت (دون تاريخ)، صفحة 608-612.

مخصصة على التزام البنك بالدفع عند أول طلب ورغم المعارضة، فإن تعهد البنك بالدفع ينبغي أن يفسر كخطاب ضمان مستقل ما دام العرف جار على إصدار خطابات ضمان بهذه الصيغة، لأنه ينبغي ترجيح التفسير الذي ينتج أثرا قانونيا متفقا مع طبيعة التعامل.⁽¹⁾ لا ينسجم هذا التفسير مع العادات المصرفية فقط، بل يتفق مع مبادئ حسن النية وأحكام حماية المستهلك أيضا.

• الفرع الثاني: تفسير خطاب الضمان في ضوء مبدأ حسن النية وأحكام حماية المستهلك
إذا كان البنك لا يتحمل كقاعدة عامة التزامات بتقديم النصح للعميل، فإن مبادئ حماية المستهلك قد تملّي على البنك التزاما بإرشاد العميل إلى ماهية الوثيقة المطلوبة وتحديد ما إذا كانت خطاب ضمان (تعهد مستقل من البنك تجاه المستفيد) أم كفالة مدنية (التزام البنك تابع لثبوت مسؤولية العميل) وذلك في حالة التعارض بين تسمية الوثيقة ومضمونها أو غموض الطلب المقدم من العميل الأمر لإصدار الخطاب.

ابتداءً ينبغي توضيح أن العميل الأمر والمستفيد يعدان مستهلكين. عرفت المادة الثانية من قانون حماية المستهلك رقم 7 لسنة 2017⁽²⁾ المستهلك بأنه "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو دون مقابل إشباعا لحاجاته الشخصية أو لحاجات الآخرين ولا يشمل ذلك من يشتري السلعة أو الخدمة لإعادة بيعها أو تأجيرها". كما عرفت المادة ذاتها الخدمة بأنها "الخدمة التجارية سواء أكانت بمقابل أو بدون مقابل التي يقدمها أي شخص للمستهلك بما في ذلك تأجير الأموال المنقولة". وحسب المادة 24 من القانون ذاته "بالإضافة إلى التشريعات ذات العلاقة تسري أحكام هذا القانون على المزودين الخاضعين للجهات التنظيمية القطاعية". لذلك تسري أحكام قانون حماية المستهلك على الخدمات المصرفية مع أن البنوك تخضع لتنظيم ورقابة بموجب قانون البنوك.

(1) السنهوري، المرجع السابق، ص 209-210.

(2) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 5455، تاريخ 2017/4/16، صفحة 2725.

وإذا كان العميل الأمر يعد مستهلكا لأنه يطلب خدمة تجارية من البنك (المزود للخدمة) بموجب علاقة عقدية بين العميل والبنك، فإن المستفيد يعد أيضا مستهلكا وإن كان مستهلكا عابرا أو عرضيا لا يرتبط بالبنك بعلاقة مستمرة، لأن هناك علاقة تنشأ بين البنك والمستفيد بمجرد إصدار الخطاب وتبليغه للمستفيد،⁽¹⁾ حيث يكون التزام البنك تجاهه نافذا بمجرد الإصدار،⁽²⁾ بل يرى جانب من الفقه أن المستفيد يصدر عنه قبول لخطاب الضمان صراحة أو دلالة من خلال سكوته وعدم اعترضه على صيغة الخطاب.⁽³⁾

مما يؤيد أن المستفيد يعد مستهلكا وإن لم تكن له علاقة مستمرة مع البنك أن تعليمات مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب رقم 14 لسنة 2018 تعرف "العميل العارض" بأنه "العميل الذي ليس له حساب لدى البنك ولا تربطه بالبنك علاقة مصرفية". كما أن هناك تطبيقات قانونية لمسؤولية البنك تجاه عملاء عابرين أو عارضين مثل مسؤولية البنك تجاه المستفيد من الشيك عن تأشير الشيك أو عن إصدار دفتر شيكات لعميل غير جدير بذلك.⁽⁴⁾

تأسيسا على اعتبار العميل الأمر والمستفيد مستهلكين تشملهم أحكام قانون حماية المستهلك، نجد في هذا القانون أحكام ذات علاقة بإصدار خطاب الضمان. فالقانون الأردني رقم 7 لسنة 2017 لحماية المستهلك يفرض على مقدم الخدمة، كالبنك، أن يبين للعميل آثار العقد والمسؤوليات المترتبة عليه، حيث تنص الفقرات 1 و2 و3 من المادة الثالثة من القانون المذكور على أنه من حقوق المستهلك (- الحصول على سلع أو خدمات تحقق الغرض منها. - الحصول بصورة واضحة على المعلومات الكاملة والصحيحة عن السلعة أو الخدمة التي يشتريها وشروط البيع لها. - الحصول على معلومات كاملة وواضحة قبل إتمام عملية الشراء عن الالتزامات التي تترتب في ذمته للمزود [كالبنك] وحقوق المزود في مواجهة المستهلك).

(1) عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الثاني الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ص 456.

(2) تمييز حقوق 2012/794، تاريخ 2012/5/3 قاعدة بيانات القسطاس الإلكترونية.

(3) عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 453.

(4) فائق الشماع، الحساب المصرفي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 58.

كما أن تعليمات البنك المركزي الأردني وإرشاداته بخصوص حماية المستهلك المالي تفرض على البنوك تبصير العملاء أيضا بمخاطر العمليات المطلوبة وآثارها، حيث تنص إرشادات البنك المركزي الأردني بشأن حقوق العميل ومسؤولياته على أنه (ينبغي على البنوك والمؤسسات المالية تزويد المستهلكين الماليين بكافة المعلومات التي تخص الخدمات والمنتجات المقدمة بشكل واضح).⁽¹⁾

يمكن تطبيق التزامات البنك المتعلقة بحماية المستهلك على مرحلة طلب إصدار خطاب الضمان وصياغته. فالعميل يطلب إصدار خطاب ضمان بناء على اتفاهه مع المستفيد، وبموجب ذلك فإن البنك يفترض فيه أن يصدر صيغة تتفق مع طلب العميل وهي خطاب الضمان. فإذا قدم العميل صيغة اتفق عليها مع المستفيد لخطاب الضمان، وكانت الصيغة تحتل التفسير كخطاب ضمان أو كفالة مدنية، ينبغي على البنك أن يبصر العميل بذلك، ويستوضح منه عن حقيقة الضمان المطلوب.

أما إذا اكتفى العميل بطلب إصدار خطاب ضمان، وقام البنك بصياغته أو استعمال نموذج معد مسبقا لديه، فإن البنك بصفته مقدم الخدمة المحترف ينبغي أن يقدم صيغة تحقق المطلوب، وهو خطاب الضمان. فإذا كانت الصيغة المستخدمة لا تحقق ذلك بوضوح إذا خلت من عبارات مثل (الدفع بالرغم من أي معارضة) فالخطأ يقع على عاتق البنك، ما لم تكن العبارات صريحة بأن الضمان على سبيل الكفالة المدنية.

ينسجم هذا التحليل المبني على أحكام حماية المستهلك مع مبدأ حسن النية، حيث لا يبدو سائغا أن يحاول البنك التحلل من التزامه بموجب خطاب الضمان بناء على تفاصيل دقيقة في صياغته ما دام ليس صريحا في استقلال الالتزام أو تعليقه، إذ أنه يفترض أن البنك كمؤسسة متخصصة عالم بهذه التفاصيل أكثر من العميل الأمر والمستفيد، ولا ينبغي أن يكون في صيغة الخطاب ثغرات فنية لا يدركها العملاء ثم يتمسك بها البنك لمصلحته. بعبارة أخرى، ينبغي تفسير الخطاب غير الواضح بصورة تتشدد مع البنك الذي يتحمل المسؤولية النهائية عن صياغته وفقا للعادات المصرفية كما مر سابقا.

⁽¹⁾ موقع البنك المركزي الأردني الإلكتروني: <http://www.cbj.gov.jo/Pages/viewpage.aspx?pageID=136> تاريخ الزيارة 2019/1/20.

○ الخاتمة

يمثل خطاب الضمان المصرفي مجالاً واسعاً لتطبيق العرف والعادات التجارية في القضاء الأردني نظراً لعدم وجود تنظيم تشريعي لهذا العمل المصرفي. لا غرو إذاً أن تكون الأعراف والعادات التجارية مرجعاً لتفسير خطاب الضمان وليس فقط لتحديد الآثار المترتبة عليه. لكن القضاء الأردني ذهب في تفسير التعهدات الصادرة عن البنوك على سبيل الكفالة أو الضمان في اتجاهين أحدهما يأخذ بقواعد التفسير العادية التي تحمل الألفاظ على معناها الظاهر، والآخر يعطي التعهد صفة خطاب الضمان بما يترتب عليه من كفاية ذاتية واستقلال للالتزام البنك تجاه المستفيد بناء على المظهر العام للتعهد، ما لم يتضمن تعليقا صريحا للالتزام البنك على ثبوت إخلال العميل الأمر.

هذان الاتجاهان لا يزالان حيين ويتعاصران في اجتهادات محكمة التمييز الأردنية، حيث ظهر من استقراء عدد من القرارات القضائية أن الاتجاهين المذكورين لا يمثلان مرحلتين زمنيتين متعاقبتين بل ما فتئت هيئات محكمة التمييز تصدر قرارات بهذا الاتجاه أو ذاك من حين لآخر حتى في السنوات الأخيرة التي شملها الاستقراء مما يبرز أهمية معالجة هذا التباين في الاتجاهات القضائية.

أدى الأخذ بقواعد التفسير العادية في حالات ذكر الغرض من إصدار التعهد (كأن يكون: لضمان تسليم البضاعة أو لحسن التنفيذ) إلى نفي صفة خطاب الضمان عن تعهد البنك واعتباره تعهداً غير مستقل وإنما تابع للالتزام العميل الأمر وفقاً لأحكام الكفالة العادية، لا سيما إذا خلا التعهد من عبارات خاصة تدل على استقلال التزام البنك صراحة عن العلاقة القانونية التي بين العميل الأمر والمستفيد، مثل (التزام البنك بالدفع بالرغم من أي معارضة). بالمقابل، أكدت محكمة التمييز تارة أخرى أن تعهد البنك يعد خطاب ضمان مستقلاً وإن تضمن ذكراً للغرض من إصداره لأن مثل هذا البيان هو مما درجت البنوك على ذكره في صيغة خطاب الضمان لمنع المستفيد من المطالبة بموجب الخطاب في إطار علاقة أخرى بينه وبين العميل الأمر.

أوضح هذا البحث فكرة خطاب الضمان المبرر والمشروط على نحو لا يتعارض مع الكفاية الذاتية لخطاب الضمان واستقلال التزام البنك بموجبه، وبما يتفق والعادات التجارية

المصرفية. وفي ضوء ذلك رجح الباحثان الاتجاه القضائي الذي لا يستلزم استعمال عبارات خاصة تدل على استقلال التزام البنك حتى يكون تعهده خطاب ضمان مصرفي وليس كفالة مدنية، حيث ينسجم هذا الاتجاه مع العادات المصرفية في صياغة خطاب الضمان، على الأقل في ممارسة البنوك الأردنية التي كشفت عنها القرارات القضائية التي تم استقراؤها في هذا البحث. كما أن هذا الاتجاه تؤيده أحكام حماية المستهلك، حيث يعد العميل الأمر والمستفيد مستهلكين يتلقيان خدمة مصرفية من البنك، ويقع إزاءها على البنك واجب تبصير العميل الأمر بماهية خطاب الضمان الذي يطلب إصداره وآثاره والفرق بينه وبين الكفالة العادية كما يلتزم البنك بصفته مزود الخدمة للمستهلك بأن تكون الخدمة محققة للغرض المقصود منها، وذلك بموجب أحكام القانون الأردني رقم 2017/7 بشأن حماية المستهلك.

فإذا لم يتضمن الخطاب ما يدل صراحة على استقلال التزام البنك، وفي الوقت نفسه خلا من أي تعليق صريح له على عنصر خارجي مثل إخلال العميل الأمر في علاقته القانونية بالمستفيد، ينبغي اعتبار التعهد خطاب ضمان مستقل؛ أي التشدد في تفسيره بحق البنك المسؤول عن صياغته وتوضيح طبيعته للعميل الأمر والمستفيد. هذا التفسير المتشدد ينسجم مع مبدأ حسن النية، حيث ليس من السائع أن يتاح للبنك الاستفادة من جوانب في الصياغة الفنية للخطاب قد لا يدركها العميل الأمر أو المستفيد.

بالنتيجة، نحن أمام مظهر جديد لمرونة القانون التجاري. فإذا كان خطاب الضمان نشأ ابتداء كعمل تجاري ذي طابع خاص تميزه عبارات مخصوصة تدل على التزام البنك بالدفع عند أول طلب يقدمه المستفيد وبالرغم من أي معارضة، فإن استقرار خطاب الضمان في التعامل وشيوع العادات المصرفية المتعلقة بصياغته أثرت في تفسيره بحيث أصبح استقلال خطاب الضمان، وفقاً لاتجاه التفسير الذي يرجحه الباحثان، يستفاد ضمناً من مظهره أو اسمه وإن خلا من تلك العبارات المخصوصة.

حق العدول كمعيار لتحقيق التوازن بين المستهلك والتاجر في العقود الإلكترونية - "دراسة تحليلية مقارنة"

د. إبراهيم محمد عبيدات⁽¹⁾

يُعد العدول عن العقد الإلكتروني من أهم المُكنات القانونية المتاحة لإقامة التوازن بين المستهلك والتاجر الإلكتروني، حيث يعطي الحق للمستهلك بالرجوع عن العقد المبرم إلكترونياً دون إبداء الأسباب لاعتبارات متعددة، من أهمها أن المستهلك يعد الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية، والسبب في ذلك يعود إلى قدرة التاجر على فرض شروطه التعاقدية التي تقلص من التزاماته وتحمل المستهلك التزامات تخلّ بمبدأ التوازن⁽²⁾؛ لاسيما عند إبرام العقود النموذجية التي تتطلب الضغط على زر الموافقة لإبداء القبول على الإيجاب الموجه من قبل التاجر، كما أن طريقة العرض الاحترافية للسلع والخدمات على المواقع الإلكترونية تحفز وترغب المستهلك للتعاقد معتقداً بصحة العرض وموثوقيته للقبول بالشروط التعاقدية المُصاغة بشكل احترافي قد يلحق الضرر بالمستهلك، لهذا ارتأت التشريعات ضرورة حماية المستهلك في هذه العقود من خلال إعطائه الحق بالعدول عن العقد، سواء كان ملبياً لرغباته ومتوافقاً مع العرض أم لم يكن كذلك.

ونرى أن هذا التوجه من المشرع يستند على قواعد حماية المستهلك من الغش والتلاعب والتضليل الذي يمكن أن يمارسه التاجر عموماً، ولهذا تعدّ مُكنة العدول واحدة من المقيدات التي تعيق مثل هذه الممارسات من قبل التاجر، فأقرار العدول بحد ذاته يجعل من التاجر حريصاً على الوفاء بالتزاماته التعاقدية لأنه بخلاف ذلك سيتحمل إعادة السلعة أو الخدمة

⁽¹⁾ أستاذ القانون التجاري الملكية الفكرية المشارك كلية القانون - جامعة اليرموك الأردن.

⁽²⁾ Jiangqiu Ge, A Comparative Analysis of Policing Consumer Contracts in China and the EU, Springer, 2019, p200-201.

لمحله التجاري مما يزيد من أعبائه المالية. فما هو حق العدول عن العقد التجاري الإلكتروني؟؛ وما هي المبررات القانونية لإقرار هذا الحق؟؛ ثم ما هي الأحكام الناظمة له؟، فهل هو مطلق أم مقيد؟؛ وأخيراً ما هي الآثار المترتبة على ممارسته؟.

نظم المشرع الأردني قواعد التجارة الإلكترونية في قانون المعاملات الإلكترونية في القانون رقم (85) لسنة 2001، ومع التطورات المتلاحقة لهذه التجارة شرع قانوناً جديداً في العام 2015 وهو القانون رقم (15)، كما اشترع قانون حماية المستهلك رقم (7) لسنة 2017، الأ أنه وباستقراء القواعد الناظمة للعقود في هذه التشريعات نجد أن المشرع الأردني لم يعالج مسألة العدول عن العقد في قانون المعاملات الإلكترونية، بينما عالجه باستحياء في قانون حماية المستهلك؛ فهي معالجة مبتورة غلّبت بين تفاصيلها مصلحة التاجر على مصلحة المستهلك، فقد قصرت الحق بالعدول على حالة وجود العيب في السلعة أو الخدمة موضوع العقد، كما أن هذا القانون لم يتطرق لمُدّد العدول والإرجاع والآلية التي تُمكن المستهلك حماية نفسه في العقود الإلكترونية. من خلال هذه المعطيات تتجلى إشكالية هذه الدراسة المتمثلة بمدى تحقيق المشرع الأردني الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني في إطار العقود الإلكترونية، وهل حققت التشريعات المعنية التوازن العقدي من خلال إقراره حق العدول عن العقد دون ابداء الأسباب أو المبررات لهذا العدول كما فعلت التشريعات الحديثة؟، ويتفرع عن هذه الإشكالية عدّة تساؤلات:

- هل كانت قواعد قانون حماية المستهلك الأردني كافية لتحقيق التوازن العقدي بين التاجر والمستهلك وذلك بإقرار حق العدول؟، وإن لم تكن كذلك؛ فهل تكفي القواعد العامة الواجب الرجوع إليها في هذه الحالة لتحقيق ذلك حينما يلجأ إليها المستهلك عند الفسخ أو الإبطال؟.
- ما هي الوسائل القانونية المتاحة أمام المستهلك لممارسة حقه في العدول عن العقد التي وقرها قانون حماية المستهلك الأردني؟.
- هل قدّم قانون حماية المستهلك القواعد الناظمة لإرجاع السلعة أو الخدمة بعد ممارسة حق العدول؟.

وتتوضح قيمة وأهمية هذه التساؤلات لدى تحقق معطياتها في إطار الواقع التشريعي الناظم للعقود الالكترونية في التشريعات المقارنة، مما يفيد في بيان أهمية هذه الدراسة المتمثلة في إبراز حق عدول المستهلك عن العقد الالكتروني باعتباره مكنة قانونية أتاحتها المشرع للمستهلك خارج إطار القوة الملزمة للعقد بهدف إقامة التوازن بينه وبين التاجر الالكتروني المحترف، كما تتمثل بالتعرّف على القواعد الحديثة التي أقرتها التشريعات المقارنة نظراً لما تُجسده العقود الالكترونية من خصائص تميزها عن العقود العادية من حيث آليات الإبرام والتنفيذ.

كما تهدف الدراسة الى إعطاء تصوّر واضح ودقيق عما توصلت اليه التشريعات لتنظيم هذا الحق والآليات التي اتبعتها لتنظيم الأعمال الالكترونية بما يتوافق مع الطبيعة القانونية للعقود من جهة، وبما يعد استثناء على ذلك في إطار قواعد قانونية ملزمة تحيّد قوة الإرادة في هذا النوع من العقود من جهة أخرى.

ولتحقيق الإجابة المثلى على إشكالية هذه الدراسة؛ فقد اتبعنا فيها المنهج التحليلي لأجل تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية التي تناولت الموضوع بُغية إظهار دقائقها كي نتحقق أهداف الدراسة وغاياتها، ولكي تصلح للمقارنة؛ فقد اتبعنا الأسلوب المُقارن للتوصل إلى ما أقرته التشريعات وما تناوله الفقه حول موضوعها. ولتحقيق هذه الغايات فقد تم تقسيم الدراسة الى محورين رئيسيين: الأول يتناول عدول المستهلك عن العقد الالكتروني في التشريع الأردني، وتطرق لخيارات العدول في القواعد العامة وقواعد حماية المستهلك؛ أما المحور الثاني فقد تناول عدول المستهلك عن العقد الالكتروني في التشريعات المقارنة وتطرق لأحكام العدول وضوابطه وآثاره، وقد سبقهما مطلب تمهيدي يبيّن مفهوم حق العدول عن العقد.

♦ المطلب التمهيدي: مفهوم حق العدول عن العقد

يرى البعض أن العدول عن العقد هو "آلية قانونية منحها المشرع للمستهلك الذي تعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة منها الانترنت، ذلك بأن يعدل عن عقد أبرمه خلال مدة معينة يحددها القانون دون إبداء أسباب العدول مع تحمّله مصاريف الرجوع"⁽¹⁾، وعلى الرغم من

(1) عبد الرحمن العيشي، الحق في الرجوع عن القبول في العقد الالكتروني كآلية قانونية لحماية المستهلك، دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، العدد 20، 2014، ص 57.

شمول هذا التعريف على معظم العناصر المكونة لهذا الحق، إلا أن مسألة مصاريف الرجوع مرهونة باستعمال الحق من قبل المستهلك وكذلك الاتفاق على تحملها بين طرفي العقد، فهي ليست معيارية مقترنة بالمستهلك.

فيما ذهب البعض الى اعتبار حق العدول ميزة أو رخصة منحها التشريعات للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية للرجوع عنه بإرادته في مهلة معينة لاعتبارات تتعلق بظروف التعاقد والوسائل المستخدمة فيها، وذلك حماية للمستهلك الذي يكون حُكمه على السلعة أو الخدمة غير دقيق بسبب التباعد بين الأطراف⁽¹⁾، وهذه الرؤية للعدول تتناول المُكوّنات الأساسية له، ولكن -في الحقيقة- لا يمكن قصر الاعتبارات التي استند عليها هذا الحق مُختصرة فقط بظروف التعاقد ووسائله، إنما تتركز بالأساس على اعتبارات إقامة التوازن العقدي بين الطرفين، لهذا أجاز المشرع للمستهلك العدول دون إبداء الأسباب التي جعلته يتراجع عن العقد رغم تحقيق التاجر لكافة التزاماته العقدية.

فيما يُعرّفه آخر بأنه "قُدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة والاختيار بين إمضائه أو الرجوع عنه"⁽²⁾، يُؤخذ على هذا التعريف أنه لم يحدد المستهلك كطرف مخوّل بالعدول دون التاجر، كما أنه لم يُوضّح فيه الضوابط والقيود على استعمال هذا الحق.

واعتبره البعض بأنه أداة يستعملها المستهلك لحماية خياراته المعقولة، وتثبت له من خلال أوضاع محدّدة يكون فيها المستهلك طرفاً ضعيفاً عند إبرام العقد، وبالتالي يُعد وسيلة لإقامة التوازن بين مصالح المستهلك والتاجر لتجنب الأول مخاطر التعاقد، ويتحدد هذا الحق بمدة معقولة يستطيع خلالها المستهلك إنهاء العقد⁽³⁾.

وفي ضوء التعريفات السالفة للعدول عن العقد الالكتروني، نقول أن الأساس في تحديد هذا المفهوم يرتكز على المعايير الآتية:

(1) هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية-دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2009، ص329 و 343.

(2) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص767.

(3) Geraint Howells, Iain Ramsay, Handbook of Research on International Consumer Law, Second Edition, Research Handbooks in International Law Series, Edward Elgar Publishing, 2018, p124,25; Jiangqiu Ge, A Comparative Analysis of Policing Consumer Contracts in China and the EU, supra, p243.

أولاً: تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والتاجر الإلكتروني، وذلك لأجل حماية الأول من الاستغلال والغش الذي يمكن ممارسه التاجر بسبب المركز الأقوى الذي يتمتع به، فهو الذي يصيغ العقود وفق معايير احترافية قد تقيّد المستهلك وتحدّ من حريته التعاقدية أو تحمّله التزامات لم يلاحظها عند الإبرام، وكما يرى البعض أن حق العدول يعكس الحاجة لبيان الحدود الواضحة لأجل تحقيق التوازن بين مصالح المستهلك والتاجر، وتجنب الأحوال التي قد يتجاوز فيها الحق الحدود المشروعة من خلال وضع قيود قانونية على ممارسته، فهو بالتالي ليس مطلقاً إنما يتحدد بمحددات قانونية تساهم في إيجاد هذا التوازن⁽¹⁾.

ثانياً: يُعد العدول عن العقد التجاري الإلكتروني حالة استثنائية من القواعد العامة التي تقرر الزامية العقد لطرفيه مادام أنه قد نشأ صحيحاً⁽²⁾، ولهذا يجب أن ينظر إلى هذا الجانب باعتباره كذلك، فلا يجوز التوسّع فيه ولا القياس عليه، ومعنى هذا أن القواعد التشريعية الناظمة للعدول تتسم مع هذه الاعتبارات، وهذا حقيقة ما جاءت به تشريعات حماية المستهلك والتشريعات الإلكترونية الناظمة له بوضع ضوابط لممارسة العدول.

ثالثاً: إن العدول عن العقد الإلكتروني يقع على عقد مبرم، وهو عقد صحيح ملزم لجانبه، فلا يقع على عقد باطل أو قابل للفسخ بالاتفاق وإلاّ عدنا للقواعد العامة بهذا، وبالتالي لا يمكن النظر لهذا المسألة بأكثر من ذلك، فمن يقول بأنه لا يبرم بصورة نهائية وإنما هو في مرحلة التكوين التي تنتهي بانتهاء المهلة فيصبح بعدها العقد نهائياً، بمعنى أن رضی المستهلك لا يتم التعبير عنه مرة واحدة بل مرتين الأولى عند الإعلان عن التعاقد؛ والثانية بعد العدول عند انتهاء المهلة⁽³⁾، فقد جانب الصواب في قوله لأنه خالف الأحكام الملزمة للعقود التي تقضي باعتبار العقد منعقداً بمجرد تلاقي الإيجاب مع القبول⁽⁴⁾.

(1) Christian Twigg-Flesner, Research Handbook on EU Consumer and Contract Law, *Research Handbooks in European Law Series*, Edward Elgar Publishing, 2016, p253.

(2) تنص المادة 241 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه الا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون"، وتقابلها المادة 147 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والمادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر سنة 1932.

(3) مشار إليه في: هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة، سابق، ص 339.

(4) المادة 90 من القانون المدني الأردني تنص على: "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول..."، تقابلها المادة 89 من القانون المدني المصري، والمادة 183 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

رابعاً: يجب أن يُقرّر هذا الحق بموجب قواعد قانونية لأنه يُعد خروجاً عن أحكام العقد - كما أسلفنا-، وأن يكون محدداً بـمدة والآن انتقت الغاية المرجوة منه، كما أن إطلاقه دون تحديد مدة قد يلحق الضرر بالتاجر ويعيق التعاملات التجارية الإلكترونية.

وبالتالي يُمكن تعريف العدول عن العقد التجاري الإلكتروني بأنه مُكنة قانونية تتيح للمستهلك الرجوع عن رضاه في العقد الذي أبرمه بوسائل الكترونية بإرادته المنفردة خلال مدة معينة دون ابداء أسباب هذا الرجوع وفقاً للأوضاع القانونية المحددة له. وتتجسد أهمية العدول باعتباره أحد أهم الوسائل القانونية التي تهدف إلى التقريب بين المراكز القانونية لأطراف العقد ودرء مسائل التنازع من أجل إيجاد نظام قانوني متوازن يحقق جميع المصالح ويتكيف مع التطورات التي تلحق بالتجارة الإلكترونية.⁽¹⁾

ولتفسير الأساس القانوني للعدول عن العقد الإلكتروني -دون الخوض في الاتجاهات التي تناولت هذه الموضوع- نقول أن العدول عن العقد الإلكتروني يُعد حالة استثنائية على القواعد العامة في العقود التي تجعل من العقد شريعة المتعاقدين، بما يفسر الزاميته لأطرافه بعد الإبرام؛ فلا يجوز لهم التحلّل عن الالتزامات التي يربتها العقد الا باتفاقهم على ذلك، ولكننا هنا أمام وضع مختلف؛ فهذه حالة أقرها المشرع بقواعد ملزمة حتى لا يدع مجالاً لأي من الأطراف مخالفتها، ويتأكد ذلك بتوجّه المشرع نحو حماية المستهلك باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة لأن رضاه قد يعتريه بعض العيوب الناشئة عن انعدام التواصل المباشر ووسائل الدعاية والاعلان الاغرائية التي يقدمها له التاجر الإلكتروني.⁽²⁾

وبالتالي فإنّ حق العدول الممنوح للمستهلك من قبل المشرع لا يؤثر في العلاقة التعاقدية شيئاً؛ بمعنى أن العقد يبرم بمجرد توافر شروطه وأركانه، فينصبّ العدول على عقد مبرم تام

⁽¹⁾ E Hall, G Howells and J Watson (2012), *The Consumer Rights Directive - An assessment of its contribution to the development of European consumer contract law*, 8, European Review of Contract Law, 141.

⁽²⁾ محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2008، ص108، موجود في: هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص340؛ وانظر كذلك: عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2008، ص42.

ونافذ فيستطيع المستهلك بإرادته المنفردة العدول عنه دون إبداء مبررات خلال المهلة القانونية.⁽¹⁾

وبناء على هذه المعطيات، سنتحدث عن عدول المستهلك في التشريع الأردني في المبحث الأول، للتعرف على القواعد الناظمة له من حيث ملاءمتها ومواكبتها لما توصلت اليه التشريعات في العالم، وعلى هذا الأساس يكون المبحث الثاني محوراً هاماً لتحقيق غايات الدراسة لأنه يتناول حق العدول في التشريعات المقارنة.

○ المبحث الأول: عدول المستهلك عن العقد الإلكتروني في التشريع الأردني

استوجبت الدراسة الحديث عن خيارات العدول في التشريع الأردني في مبحث مستقل لأجل الإحاطة بهذا الموضوع من كافة جوانبه القانونية، والسبب الذي دعانا لذلك أن المشرع الأردني لم يتناول خيارات العدول في قانون المعاملات الإلكترونية، كما أنه لم ينظم الأحكام المتعلقة به تنظيمًا كافيًا يحقق التوازن بين المستهلك والتاجر في قانون حماية المستهلك على غرار معظم تشريعات حماية المستهلك في العالم، بل ربط هذا الخيار بوجود العيب في السلعة أو الخدمة موضوع العقد. ولهذا سنبحث في خيارات العدول في إطار القواعد العامة (المطلب الأول)، ثم في إطار قانون حماية المستهلك الأردني (المطلب الثاني).

◆ المطلب الأول: خيارات العدول في القواعد العامة

لم يتعرض المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية وكذلك القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (الأونسترال) -الذي استمد منه قواعده- لحالات العدول أو الرجوع عن العقد الإلكتروني، ولهذا يتوجب الرجوع إلى القواعد العامة الناظمة للعقد لبيان إمكانية رجوع المستهلك الإلكتروني عن العقد الذي أبرمه مع التاجر الإلكتروني (البائع)، وبالرجوع للقواعد العامة في التشريع الأردني؛ تنص (المادة 161 من القانون المدني الأردني) على "1- يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر

(1) محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص 108.

مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة. 2- وإذا كان المحل معلوماً للمتعاقدين فلا حاجة إلى وصفه وتعريفه بوجه آخر. 3- فإذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً.

ولكي يتحقق شرط التعيين للمحل فيجب أن يكون نافياً للجهالة، وتنتفي الجهالة بالعلم بأحوال المحل وأوصافه بما يقتضي المعرفة التامة للأطراف وبما لا يدع مجالاً للشك بذلك، ولهذا أقر المشرع ضرورة الإشارة إلى المحل وبيان أوصافه وذكر مقداره، فإذا لم يعين بهذا الشكل عُدَّ العقد باطلاً.

وشرط التعيين لمحل العقد يخلق اشكالات عديدة عند إبرام العقود الالكترونية، حيث أن الطرف المشتري (المستهلك) ليس بإمكانه معاينة الشيء محل العقد كما هو الوضع في العقود التقليدية التي يستطيع فيها تجريبه ومشاهدته ومعرفة كل أحواله ومدى صلاحيته، أما في العقود الالكترونية ففي كثير من الأحيان يصعب التأكد من مواصفات الشيء وإن كان معروضاً وبشكل تفصيلي على الموقع الالكتروني، فإذا لم يعين المحل بهذه الصورة يكون العقد باطلاً⁽¹⁾، كما قد تحدث اشكالات في تسليم ذات الشيء المتفق عليه بين الطرفين، فقد يقوم البائع بتسليم بضاعة مختلفة عن البضاعة المتفق عليها، أو قد تكون مواصفات هذه البضائع غير التي تم الاتفاق عليها، ولكن هذه الاشكالات يمكن التصدي لها من خلال إعطاء المشتري (المستهلك) مهلة بعد تسلمه البضاعة تمكنه من معاينتها، فإذا لم تكن وفقاً لما تم الاتفاق عليه فيكون له الخيار بإعادة تلك البضائع مع التزام البائع برد الثمن إن كان قد قبضه.

وأتاح المشرع الأردني كذلك خياراً آخر يُمكن طرفي العقد من العدول عنه؛ ألا وهو خيار اشتراط المدة (خيار الشرط)، حيث يتمثل بأحقية أحد العاقدين أو كليهما بفسخ العقد أو إجازته خلال مدة معينة شريطة أن يتضمن العقد هذا الشرط، فيكون لأي منهما فسخ العقد أو إجازته خلال هذه المدة، فإذا أجازها اعتبر العقد منعقداً من وقت نشوئه، وإن اختار الفسخ إنفسخ العقد واعتبر كأن لم يكن⁽²⁾، فإذا لم يتم الاتفاق على المدة جاز للقاضي تحديدها وفقاً للعرف

(1) عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، العقد، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة نشر، ص338.

(2) المادة 179 من القانون المدني الاردني، سابق.

السائد الناظم لهذا النوع من العقود⁽¹⁾، ويكون هذا الخيار في العقود اللازمة التي تحتل الفسخ كعقد البيع والإجارة والكفالة والحوالة.⁽²⁾ وإذا انقضت مدة الخيار دون أن يبدي صاحب الخيار رغبته في الفسخ أو الاجازة لزم العقد،⁽³⁾ لأن هذا يعتبر امضاء للعقد⁽⁴⁾، ويكون الفسخ أو الاجازة بما يدل عليهما من قول أو فعل صراحة أو ضمناً.⁽⁵⁾

الحقيقة أن الأحكام المتعلقة بخيار اشتراط المدة (الشرط) يمكن تطبيقها على العقود التجارية الالكترونية، بحيث يستطيع أي من طرفي العقد اشتراط الفسخ أو الاجازة خلال مدة معينة، فقد يمكّن التاجر (البائع) الالكتروني المشتري (المستهلك) من إعادة السلعة أو الخدمة خلال مدة معينة شريطة عدم استعمالها أو فض غلافها في أي نوع من أنواع العقود الالكترونية؛ سواء النموذجية أو التفاوضية أو التفاعلية، ويُمكن كذلك للمشتري أن يشترط لنفسه خيار العدول خلال مدة معينة من وصول السلعة أو الخدمة عند إبرام العقد، ويتحقق ذلك في العقود التفاوضية التي تتم من خلال البريد الالكتروني أو العقود التفاعلية التي تتم من خلال تقنية المرئي المسموع دون العقود النموذجية. ولكن ذلك لا يمنع حقيقة من وجود كثير من إشكالات التطبيق، مع ما يحيط هذه القواعد من ضبابية يصعب تطبيقها على العقود التجارية الالكترونية، ومن أهم هذه الإشكالات:

أولاً: لتطبيق هذا الخيار يجب اشتراطه في العقد عند ابرامه، ولكن إذا لم يقر أي من طرفي العقد التجاري الالكتروني باشتراط هذا الخيار فلا مجال لتطبيقه وفقاً للقواعد العامة، فإذا لم يتم ذلك فلا يثبت هذا الخيار.

ثانياً: يشترط اللجوء إلى خيار الفسخ خلال المدة المعينة في العقد، فإن تم اللجوء اليه بعد انتهاء المدة انتهى الخيار فلزم العقد.

(1) المادة 177 من القانون المدني الاردني، سابق.

(2) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني - دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، 1987، ص 215.

(3) المادة 2/181 من القانون المدني الأردني، سابق.

(4) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني - دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 217.

(5) المادة 1/181 من القانون المدني الأردني، سابق.

ثالثاً: أقر هذا الشرط لطرفي العقد؛ البائع والمشتري، وهو بالتالي لا يحقق الهدف من حماية الطرف المستهلك.

ولهذا نقول بأن تطبيق خيار اشتراط المدّة على العقود التجارية الالكترونية لا يكون في صالح المستهلك وهو الطرف الأضعف في هذه العلاقة لاسيما إذا غفل عن اشتراط العدول عند الإبرام، كما أنه ليس بإمكانه تحقيق ذلك في العقود النموذجية لأنها معدّة سلفاً، لا سيما أننا أمام بائع الكتروني يتمتع بخبرة صياغة العقود بما يتوافق مع تحقيق مصالحه، وهو في الغالب لا يرغب بإبداء إمكانية العدول للمستهلك لأن ذلك ليس في مصلحته، لذا فإنه من المهم النص على قواعد خاصة ملزمة في قانون المعاملات الالكترونية تعالج مسائل العدول حماية للمستهلك الالكتروني كما فعلت بعض التشريعات.

ويرى البعض أنه يمكن الاستناد الى ما يسمى خيار الرؤية، حيث يثبت الحق للمستهلك الالكتروني بفسخ العقد أو إمضائه عند تسلّمه السلعة لأنه لم يرى تلك السلعة على أرض الواقع؛ بل رأى صورتها على الشاشة، شريطة ألا يكون قد تسلمها فعلاً لأن ذلك ينفي حق خيار الرؤية⁽¹⁾، ويستند هذا الرأي الى إنعدام التواصل بين المستهلك والتاجر الالكتروني، وأن المستهلك قد تسيطر عليه اغراءات الدعاية والاعلان والتسهيلات التي تمنحها الأسواق الالكترونية له مما يدفعه إلى إبرام العقد دون تدبّر، لذلك فمن اعتبارات العدالة وجوب منح المستهلك فرصة الرجوع عن العقد دون تبرير ذلك ودون مسؤولية لأنه يعد الطرف الأضعف في العقد.⁽²⁾

والجدير ذكره أن الفقه الإسلامي تطرق لحق خيار الرؤية مستنداً في ذلك الى ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله "من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه"⁽³⁾، حيث أجازته

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2008، ص42.

(2) محمد شكري سرور، التجارة الالكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الأول حول "الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية"، أكاديمية شرطة دبي، الامارات العربية المتحدة، 26-28 نيسان 2003، مجلد 1، ص125.

(3) الحديث موجود في محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص618، حيث أثبت صاحب نصب الراية ضعفه والظعن فيه، الجزء الرابع، ص9.

الحنفية وقننته مجلة الاحكام العدلية⁽¹⁾، والرؤية هي العلم الحسي بالمبيع لذلك يثبت خيار الرؤية في حق المشتري وليس البائع اذا لم يرى المبيع الا اذا كان المبيع قد اختلف في الرؤية الثانية عن الرؤية الاولى، وبالتالي يجوز للمشتري بعد الرؤية اجازة العقد أو فسخه.⁽²⁾ وقد أخذ المشرع الأردني بهذا الخيار في العقود التي تحتمل الفسخ كعقد البيع، ويثبت لمن صدر إليه التصرف، ويبقى الخيار قائماً حتى تتم الرؤية في الأجل المتفق عليه أو يوجد ما يسقطه كرؤية المعقود عليه وقبوله صراحة أو ضمناً، وأن خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد ولكنه يمنع لزومه بالنسبة لمن شرط لمصلحته، بمعنى أنه يجوز لصاحبه فسخ العقد أو اجازته بعد رؤية المعقود عليه.⁽³⁾

وبتطبيق هذه القواعد على العقد التجاري الالكتروني نرى أنها لا تتوافق مع طبيعة العقد التجاري الالكتروني، والسبب الرئيس أن الرؤية في هذه العقود متوافرة، حيث يستطيع المشتري تحديد خياراته بمعاينة المعقود عليه معاينة دقيقة بما يوفره له البائع الالكتروني من خيارات تساعده على ذلك، لاسيما أن تقنية العرض في المعارض الالكترونية وصلت الى درجة كبيرة من الدقة تصل الى درجة المعاينة الواقعية، فيستطيع المستهلك اختيار السلعة أو الخدمة التي تناسبه ومعاينها من حيث الجودة والشكل واللون والدرجة والمقاس وغيره من مواصفاتها المعلنة، فان حصل خلاف بالسلعة أو الخدمة بين المعارض والمُسلّم للمشتري، فإن ذلك يعود لإخلال البائع بالتزامه بتسليم ذات السلعة أو البضاعة، أضف الى ذلك أن تشريعات حماية المستهلك والتشريعات التجارية الالكترونية ألزمت البائع الالكتروني بعرض السلع والخدمات بما لا يدع مجالاً للشك في سلامة اختيار المستهلك لها.

لهذا نقول أن الخيارات التي جاءت بها القواعد العامة يصعب تطبيقها كقواعد ناظمة للعدول عن العقد التجاري الالكتروني باعتبارها استثناء عن القوة الملزمة للعقد، لهذا أقرت

(1) تنص المادة (230) من المجلة على "من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار حتى يراه".

(2) عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار البحوث العلمية، الكويت، 1975، ص246؛ أشرف محمد مصطفى، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديث في ظل أحكام القانون المدني والفقهاء الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص212-217؛ انظر كذلك: محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقهاء الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، سابق، ص617-624.

(3) المواد 184-188 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

التشريعات قواعد حديثة تتلاءم مع طبيعة العقد الالكترونية لتحقيق الحماية للمستهلك وتقييم التوازن المستهلك والبائع، وكما يرى البعض أن التدخل التشريعي لتعديل العقود أخذ بالتزايد نتيجة للتطورات الاقتصادية نحو الاقتصاد الموجّه⁽¹⁾، وهذا يستلزم مواكبة التطورات التي تطرأ على نظام التعاقد.

♦ المطب الثاني: خيارات عدول المستهلك في قواعد حماية المستهلك

ونتيجة لصعوبة تطبيق القواعد العامة؛ فإنه يتوجب الرجوع الى القواعد القانونية الضامنة حماية المستهلك، وبالرجوع لقانون حماية المستهلك الأردني نجد أنه تناول تنظيم الالتزامات التعاقدية وفقاً لقواعد حماية المستهلك عموماً؛ التقليدية منها أو الالكترونية، لذلك يُمكن تطبيق هذه القواعد على العقود التجارية الالكترونية باعتبارها تحقق الحماية للمستهلك في الالتزامات التعاقدية الالكترونية.

نظم المشرع الأردني في قانون حماية المستهلك أحكام العدول عن العقد، حيث أُلزم التاجر (المزود) بإرجاع السلعة التي اشتراها المستهلك ورد ثمنها إذا طلب المستهلك ذلك شريطة أن تكون السلعة معيبة، وإذا لم يتمكن التاجر من إرجاع السلعة نظراً لظهور العيب خلال الاستهلاك فعليه أن يعرض قيمة الضرر للمستهلك⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالخدمات؛ فعلى التاجر إعادة ثمنها للمستهلك اذا كانت الخدمة معيبة وذلك في الحالة التي لم يتلقى فيها المستهلك تلك الخدمة، أو كان بإمكان المزود الرجوع عنها بناء على طلب المستهلك، وإذا ظهر العيب في الخدمة بعد استعمالها فيلتزم التاجر بتعويض المستهلك بما يعادل قيمة الضرر الناجم عن هذا العيب، مع مراعاة أنه يمكن تصويب العيب الذي اعتري السلعة أو الخدمة من قبل التاجر وإعادتها الى الحالة السليمة إذا قبل المستهلك بذلك⁽³⁾، وتعتبر السلعة أو الخدمة معيبة في الحالات الآتية:

(1) عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، العقد، مرجع سابق، ص442.

(2) المادة 7/ قانون حماية المستهلك الأردني رقم 7 لسنة 2017، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5455، تاريخ 16 نيسان 2017.

(3) المادة 7/ب و ج من قانون حماية المستهلك الأردني.

• أولاً: عدم توفير متطلبات السلامة.

إذا لم تتوافر فيها متطلبات السلامة عند استعمالها العادي أو المتوقع، والمقصود بذلك أن استعمال هذه السلعة أو الخدمة سيؤدي إلى إلحاق الضرر بمستهملها لأن الإمكانيات الفنية لها لا توفي بهذا الغرض، فهي قد تؤدي الغاية التي وجدت لأجلها ولكنها تسبب أضراراً جانبية سواء بالإنسان أو الحيوان أو النبات مما يجعلها غير صالحة للإستعمال، ويرى البعض أن هذا العيب يتعلق بتعريض السلامة والأمان للخطر، أو هو الصفة الخطرة غير المألوفة للمنتج وليس العيب الذي ينقص من الفائدة المرجوة منه.⁽¹⁾

ونرى أن عدم تحقيق متطلبات السلامة من العيوب الخفية في السلعة أو الخدمة التي تؤدي إلى إنقاص قيمتها بالنتيجة ولا تحقق غايات الانتفاع بها والاستفادة منها وفق الغاية التي أعدت لها، لذا يجب أن يكون العيب قديماً مؤثراً في قيمة المنتج كما يُشترط عدم علم المستهلك به عند التعاقد وأن لا يكون التاجر البائع قد اشترط البراءة من وجوده⁽²⁾، فإذا تحققت هذه الشروط يصبح العقد غير لازم للمستهلك قبل التسلم وقابل للفسخ بعد تسلمه⁽³⁾.

وقد تطرقت بعض التشريعات لهذا العيب في المنتج أو الخدمة باعتباره لا يقدم السلامة والأمان المرجوة منه، فقد اعتبر التوجيه الأوروبي المنظم للمسؤولية عن المنتجات المعيبة المنتج معيباً إذا لم يوفر السلامة المنتظر توقعها من قبل المستهلك عند استعماله، وتقدر معايير السلامة في المنتج عند الاخذ بالاعتبار كل الظروف من حيث طريقة ووقت عرضه، والإستعمال المعقول المعول عليه.⁽⁴⁾

• ثانياً: عدم مطابقة السلعة أو الخدمة للمواصفات الفنية

يقصد بالمواصفات الفنية الخصائص التي تتميز بها الخدمة أو المنتج أو طرق الإنتاج وأنظمة الإدارة، وتشمل كذلك على المصطلحات والرموز والبيانات والتغليف ووضع العلامات

(1) محمود السيد خيال، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص12.

(2) المادة 194 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(3) المادة 195 من القانون السابق.

(4) Article 6/1, EU Directive No: 374/1985.

ومتطلبات بطاقة البيان التي تطبق على المنتج أو طريقة انتاجه⁽¹⁾، ويتم وضع المواصفات والقواعد الفنية من قبل لجان فنية متخصصة، ويكمن الهدف من وضع تلك المعايير والمواصفات في المنتجات والخدمات لتحقيق الأهداف المشروعة كالحفاظ على الأمن الوطني ومنع الغش وحماية سلامة وصحة الانسان أو الحيوان أو النبات أو البيئة، ويشترط عند وضع هذه المواصفات أن لا تؤدي الى تقييد الأعمال التجارية ضمن إطار الأهداف السابقة.⁽²⁾ وتطبق المواصفات الفنية على جميع المنتجات سواء كانت محلية أو مستوردة، وهذا يقتضي عدم تداول هذه المنتجات في السوق إلا بعد التأكد من مطابقتها للمواصفات⁽³⁾، وبالتالي إذا لم تطابق المنتجات أو الخدمات الالكترونية هذه القواعد فتعتبر معيبة وتكون قابلة للإرجاع واسترداد ثمنها من البائع.

• ثالثاً: عدم مطابقتها للخصائص المعلن عنها من قبل البائع

وهذا الشرط يعني عدم وضوح خصائص المنتج أو الخدمة بما ينفي عنه الجهالة، أو أن الإعلان يغير طبيعته وخصائصه بما يوقع المستهلك في الغلط، وبالتالي يختل عنصر التعيين الذي يتحدد على أساسه محل العقد، وفي ذلك نص القانون المدني الأردني في المادة (161) على وجوب تعيين المحل تعييناً تتنفي معه الجهالة الفاحشة، حيث تتنفي هذه الجهالة ببيان الاوصاف المميزة له، فاذا لم يعين المحل بهذه الصورة أصبح العقد باطلاً. ولهذا يجب على البائع الالكتروني تحديد مواصفات المنتج أو الخدمة تحديداً نافياً للجهالة، بأن يكون الإعلان عنه واضحاً لا لبس فيه ولا غموض ولا تضليل، لهذا حظر المشرع الأردني نشر الإعلانات المضللة للمستهلك أو تلك التي توقعه في الخطأ في السلعة أو الخدمة، ويكون الإعلان كذلك إذا اشتمل على بيانات أو معلومات غير صحيحة أو خاطئة أو غير كاملة عن طبيعة السلعة أو جودتها أو تركيبها أو صفاتها الجوهرية أو العناصر التي تتكون منها أو كميتها أو مصدرها أو وزنها أو حجمها أو طريقة صنعها أو تاريخ انتهاء صلاحيتها أو شروط

(1) المادة 2 من قانون المواصفات والمقاييس الأردني رقم 22 لسنة 2000 وتعديلاته.

(2) المادة 13 من قانون المواصفات والمقاييس، السابق.

(3) المادة 18 من قانون المواصفات والمقاييس، السابق.

استعمالها أو محاذير هذا الاستعمال. أما فيما يتعلق بالإعلان عن الخدمة فيجب أن يحدد فيه نوع الخدمة أو المكان المتفق عليه لتقديمها أو محاذير تلقيها أو صفاتها الجوهرية. كذلك يعتبر الإعلان مضللاً إذا اشتمل على بيانات أو معلومات غير صحيحة أو خاطئة أو غير كاملة عن شروط التعاقد ومقدار الثمن الإجمالي وطريقة تسديده والتزامات المعلن وهوية مزود الخدمة ومؤهلاته إذا كانت حل اعتبار عند التعاقد.⁽¹⁾

وقد تناولت التشريعات الإعلان المضلل أو الخادع بالتعريف والتحديد، فقد عرّفه المشرع اللبناني بأنه "الإعلان الذي يتم بأية وسيلة كانت، ويتناول سلعة أو خدمة، ويتضمن عرضاً أو بياناً أو ادعاءً كاذباً أو أنه مصاغ بعبارات من شأنها أن تؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خداع أو تضليل المستهلك"⁽²⁾، وبين بعض الأحوال التي يعتبر فيها الإعلان خادعاً على سبيل المثال لا الحصر، كأن يتعلق الإعلان بطبيعة السلعة أو تركيبها أو صفاتها الجوهرية أو مصدرها السلعة أو وزنها أو حجمها أو طريقة صنعها أو تاريخ إنتهاء صلاحيتها أو شروط إستعمالها، وكذلك فيما يتعلق بالخدمة إذا تضمن الإعلان خداعاً حول نوع الخدمة والمكان المتفق عليه لتقديمها ومحاذير إستعمالها وصفاتها الجوهرية، وإذا تضمن الإعلان كذلك خداعاً في شروط التعاقد والالتزامات المترتبة على المعلن.

كما عرّف التوجيه الأوربي الصادر في عام 1984 الإعلان المضلل أو المخادع بأنه "أي إعلان بأي طريقة كانت يحتوي في طريقة تقديمه على أي تضليل، أو قد يؤدي إلى تضليل للذين يواجه اليهم أو يصل اليهم الإعلان"، ويكون الإعلان مضللاً إذا كان يُغفل إحدى الخصائص الجوهرية للسلعة المُعلن عنها.⁽³⁾

وبالنتيجة؛ لم يحدد قانون حماية المستهلك الأردني المدة التي يجوز فيها للمستهلك إرجاع المنتج أو الخدمة على غرار باقي التشريعات، كما أنه اشترط للعدول وجود العيب في السلعة أو الخدمة، فإذا لم تكن معيبة فلا يستطيع المستهلك إرجاعها، ومثل هذا الشرط قد يُخل بالحماية المقررة للمستهلك في العقد التجاري الإلكتروني بسبب أن تداول السلع والخدمات قد

(1) المادة 8 من قانون حماية المستهلك الأردني، سابق.

(2) المادة 11 من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005.

(3) المادة 2 والمادة 3 من التوجيه الأوربي الصادر في 10 أيلول 1986.

يعتريه خلل التعيين النافي للجهالة، على عكس الحالة في التداول المادي لها، ولهذا نقول أن هذه القواعد قد لا تحقق للمستهلك الإلكتروني الحماية المطلوبة، فالأصل أن ينظم المشرع هذه القواعد في قانون المعاملات الإلكترونية تحقيقاً لمصلحة المستهلك والتاجر الوطني الإلكتروني كما فعلت بعض التشريعات، كما أن حق المستهلك بالعدول عن العقد هو حق مَصون بموجب التشريعات، فهو مقرر لصالحه لحمايته من الغش والخداع من قبل البائع الإلكتروني، وبالتالي فإن مسألة العدول عن العقد لا يُفترض أن تقتزن بالعيب في السلعة أو الخدمة.⁽¹⁾

أضف الى ذلك أن عبء اثبات العيب يقع على المستهلك، وهذا بالطبع يترتب عليه التزامات مالية ونفقات زائدة لإثبات ذلك، مما يحدو بنا الى القول بأن القواعد الناظمة لحماية المستهلك في قانون حماية المستهلك الأردني لا تلبّي حقيقة متطلبات الحماية المطلوبة التي أقرتها معظم تشريعات الدول في العالم -كما سنرى-، بل هي على العكس من ذلك؛ وبنسبة تطبيقها من قبل القاضي نجد أنها قدمت الحماية للبائع الإلكتروني بما حملته للمستهلك من واجبات وفقاً للمبررات التي سلف ذكرها.

ومن جهة أخرى نجد أن قواعد قانون حماية المستهلك لا تشمل التاجر الوطني الذي يتعامل بالعقود التجارية الإلكترونية، بسبب أن نطاق تطبيقه يشمل المستهلك فقط دون التاجر وفقاً لنص المادة الثانية من قانون حماية المستهلك الأردني التي عرّفت المستهلك بأنه "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو دون مقابل اشباعاً لحاجاته الشخصية أو لحاجات الآخرين ولا يشمل ذلك من يشتري السلعة أو الخدمة لإعادة بيعها أو تأجيرها"، والحال كذلك في قانون حماية المستهلك اللبناني الذي نص صراحة على استثناء التاجر الذي أسماه "المحترف" من نطاق تطبيق القانون في المادة الأولى منه⁽²⁾، ولهذا نرى بأن قواعد الحماية يجب أن تشمل التاجر الوطني في الاستيراد عند ممارسة الأعمال التجارية الإلكترونية لاسيما أن هذه التجارة أصبحت رائدة في الأردن ولبنان كونهما من الدول المستوردة،

(1) فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الانترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص54.

(2) تنص المادة I من قانون حماية المستهلك اللبناني على "يهدف هذا القانون الى: تحديد القواعد العامة التي ترعى حماية المستهلك وصحة وسلامة السلع والخدمات وجودتها... إن أحكام هذا القانون لا ترعى العلاقات التي تربط المحترفين فيما بينهم".

لهذا يتوجب حماية التاجر الوطني وهذا لا يتم بالتأكيد بموجب قواعد حماية المستهلك، لذا يكون من الأولى تقرير هذه الحماية في قانون المعاملات الالكترونية على غرار ما فعل المشرع التونسي.

○ **المبحث الثاني: عدول المستهلك عن العقد الالكتروني في التشريعات المقارنة**
نتناول في هذا المبحث الأحكام الناظمة للعدول عن العقد التجاري الالكتروني وفقاً للتشريعات المقارنة، بهدف التوصل الى مضمون هذه المُكنة القانونية وآلية ممارستها من قبل المستهلك، وبالمجمل التوصل الى غايات المشرع من إقرارها المتمثلة بتحقيق التوازن العقدي بين التاجر والمستهلك وذلك من خلال الحديث عن أحكام العدول (المطلب الأول)، ضوابط العدول عن العقد التجاري الالكتروني (المطلب الثاني)، ثم نبيّن الآثار المترتبة على ممارسة هذه المُكنة القانونية (المطلب الثالث).

◆ **المطلب الأول: أحكام العدول**

نهجت التشريعات الالكترونية وتشريعات حماية المستهلك نهجاً يراعي مصلحة المستهلك في التجارة الالكترونية، حيث منح المشرع الأوروبي في التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك منح المستهلك حق العدول عن العقد خلال مدة أربعة عشر يوماً دون إبداء أية مبررات أو أسباب لذلك، كنعقص الخيارات المتعلقة بالبيانات الجوهرية أو الاستناد على الإخلال بالعقد أو التنفيذ المعيب⁽¹⁾، كما أجاز للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي تمديد المدة الى ثلاثين يوماً في حالة الزيارات غير المرغوب فيها أو تلك التي تهدف للتأثير على خيارات المستهلك من قبل التاجر⁽²⁾، ويهدف تمديد المدة الى حماية المستهلك من ممارسات التضليل التي يقوم بها التاجر الالكتروني، وتبدأ مدة العدول عن العقد من تاريخ إبرام العقد فيما يتعلق بالخدمات والسلع غير الملموسة كتوريد الكهرباء والغاز والماء، ومن تاريخ تسلّم المبيع وحيازته

(1) Geraint Howells, Iain Ramsay, Handbook of Research on International Consumer Law, supra, p126.

(2) Article 9/1 of Consumer rights directive 2011/83/EU and its amendments, Directive (EU) 2015/2302; Directive (EU) 2019/2161.

من قبل المستهلك أو من يفوضه بذلك فيما يتعلق بالسلع، فإذا كان تسليم السلع يتم على دفعات أو قطع فتبدأ المدة من تاريخ تسليم آخر دفعة أو قطعة⁽¹⁾.

كما أجاز المشرع الفرنسي للمستهلك العدول عن العقد الإلكتروني خلال فترة أربعة عشر يوماً دون الحاجة إلى تبرير قراره بالعدول، وذلك من تاريخ إبرام العقد بالنسبة للخدمات، ومن تاريخ استلام البضاعة من قبل المستهلك أو من يفوضه بذلك⁽²⁾، ويمارس المستهلك خياره بالعدول خلال هذه المدة من خلال إخطار التاجر بذلك⁽³⁾، وعلى المستهلك إرجاع البضاعة للتاجر دون تأخير غير مبرر في غضون أربعة عشر يوماً على الأقل من تاريخ الإبلاغ عن قراره بالعدول.

كما ألزم المشرع اللبناني كل من يمارس التجارة الإلكترونية أن يؤمن للأشخاص الذين يتعامل معهم ولوجاً سهلاً ومباشراً ودائماً للبيانات التفصيلية المتعلقة بأثمان أو بدلات السلع والخدمات، كما عليه أيضاً تبيان مقدار الضرائب والرسوم والنفقات المستحقة عند شرائها⁽⁴⁾، كما ألزم التاجر (العارض الإلكتروني) تضمين العرض الموجه للجمهور المراحل الواجب اتباعها لإبرام العقد بالوسيلة الإلكترونية، شروط العقد، الوسائل التقنية التي تسمح لمتلقي العرض بالتحقق من الأخطاء المرتكبة عند استعمال الوسائل الإلكترونية وبتصحيحها قبل إبرام العقد، التزام التاجر (العارض الإلكتروني) بالمحافظة على الآثار الإلكترونية لمرحلة المفاوضات ومرحلة الإبرام وتحديد مدة هذا الالتزام وشروط الولوج الى المستندات المحفوظة لكي يتسنى الرجوع إليها لإثبات العقد عند التقاضي⁽⁵⁾.

ورغم إقرار المشرع اللبناني للقواعد المنظمة للعقد التجاري الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية، إلا أنه لم يتناول الأحكام المتعلقة بالعدول عن العقد تاركاً ذلك وبنص صريح الى أحكام قانون حماية المستهلك⁽⁶⁾، وبالرجوع للقواعد النازمة للعدول عن العقد الإلكتروني في

(1) Article 9/2 of Consumer rights directive 2011/83/EU.

(2) Article L221-18, Code de la consommation, Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016.

(3) Article L221-21, Code de la consommation.

(4) المادة 31 من قانون المعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي اللبناني رقم 81 لسنة 2018.

(5) المادة 33 من قانون المعاملات الإلكترونية اللبناني، السابق.

(6) المادة 40 مكررة من قانون المعاملات الإلكترونية اللبناني، السابق.

قانون حماية المستهلك، نجد أن المشرع أجاز للمستهلك العدول عن قراره بشراء أو استئجار السلعة أو الاستفادة من الخدمة في مهلة مدتها عشرة أيام تبدأ من تاريخ التعاقد بالنسبة للخدمات ومن تاريخ التسليم بالنسبة للسلع، وهنا يتوجب على البائع الالكتروني إعادة الثمن ويتحمل المستهلك نفقات ومصاريف التسليم⁽¹⁾، والملاحظ هنا أن المشرع اللبناني لم يشترط في السلعة أو الخدمة أن تكون معيبة على خلاف ما جاء به المشرع الأردني، كما أنه لم يقصُر الخيار بعقود البيع بل شملت أيضاً عقود الاستئجار.

وكذلك الحال أوجب المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية على التاجر الالكتروني أن يوفر للمستهلك قبل إبرام العقد إمكانية العدول عن الشراء وأجله وطريقة إرجاع المنتج أو الإبدال وإرجاع المبلغ⁽²⁾، كما أجاز للمشتري إرجاع المنتج إلى البائع خلال عشرة أيام من تاريخ التسليم، وقد ميّز المشرع حالة العدول الاختياري عن العدول بسبب إخلال التاجر بشروط العقد أو عدم إلتزامه بما يوجب عليه القانون، ففي حالة العدول الاختياري لا يكون العدول ناشئاً عن إخلال البائع بالتزاماته وإنما يكون برغبة من المستهلك، فيجب عليه أن يعدل عن الشراء في مدة عشرة أيام عمل تحسب بالنسبة للبضائع والسلع من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك، وبالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد⁽³⁾. أما حالة العدول بسبب الإخلال حيث يشترط أن يكون المنتج غير مطابق للطلب، أو في حالة عدم احترام البائع أجل التسليم المتفق عليه، فعلى التاجر البائع في هذه الحالة إرجاع المبلغ المدفوع والمصاريف الناجمة عن ذلك إلى المستهلك في مدة عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع المنتج⁽⁴⁾.

♦ المطلب الثاني: ضوابط العدول عن العقد التجاري الالكتروني

يستطيع المستهلك الالكتروني ممارسة العدول عن العقد وفقاً للقواعد التشريعية الناظمة له، ولكن هل تعتبر هذه الممارسة مطلقة يلجأ إليها المستهلك كيفما يشاء وأتّما يشاء؟، أم هناك ضوابط وقيود يجب التقيد بها لصحة هذه الممارسة؟. للإجابة على هذه التساؤلات؛

(1) المادتين 55 و56 من قانون حماية المستهلك اللبناني، السابق.

(2) المادة 25 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.

(3) المادة 30 من المرجع السابق.

(4) المادة 31 من المرجع السابق.

نتحدث أولاً عن مدة ممارسة العدول، ثم بعد ذلك نتناول الحالات التي حظر فيها المشرع ممارسته.

• الفرع الأول: مدة العدول عن العقد التجاري الإلكتروني

تختلف مدة السماح للمستهلك بالعدول عن العقد من تشريع إلى آخر، حيث أعطى التوجيه الأوروبي للمستهلك في التعديلات الأخيرة الحق بالعدول خلال مدة أربعة عشر يوماً، خلال هذه المدة يستطيع المستهلك إرجاع السلعة أو الخدمة للبائع، كما منح المستهلك مدة إضافية تصل إلى ثلاثين يوماً في حالة الزيارات غير المرغوب فيها أو تلك التي تهدف للتأثير على خيارات المستهلك من قبل التاجر⁽¹⁾، والجدير ذكره أن التوجيه الأوروبي قبل التعديل كان ينص على مدة سبعة أيام كخيار للمستهلك بالعدول عن العقد، والهدف من تمديد هذه المدة هو إعطاء الفرصة للمستهلك مراجعة خياراته حول العقد في اطار مدة معقولة، كما يهدف الى حماية المستهلك من ممارسات التضليل التي يقوم بها التاجر الإلكتروني، وتبدأ مدة العدول عن العقد من تاريخ إبرامه فيما يتعلق بالخدمات والسلع غير الملموسة كتوريد الكهرباء والغاز والماء، ومن تاريخ تسلّم المبيع وحيازته من قبل المستهلك أو من يفوضه بذلك فيما يتعلق بالسلع، فاذا كان تسليم السلع يتم على دفعات أو قطع فتبدأ المدة من تاريخ تسليم آخر دفعة أو قطعة⁽²⁾. وقد نهج المشرع الفرنسي ذات النهج في التعديل الأخير، حيث انعكست قواعد المدة تماماً في قانون حماية المستهلك الفرنسي⁽³⁾.

أما المشرع اللبناني فقد حدد مدة العدول بعشرة أيام تبدأ من تاريخ التعاقد بالنسبة للخدمات ومن تاريخ التسليم بالنسبة للسلع⁽⁴⁾، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع التونسي الذي حددها أيضاً بعشرة أيام عمل تحسب بالنسبة للبضائع من تاريخ تسلّمها من قبل المستهلك، ومن تاريخ العقد بالنسبة للخدمات⁽⁵⁾.

(1) Article 9/1 of Consumer rights directive 2011/83/EU and its amendments, Directive (EU) 2015/2302; Directive (EU) 2019/2161.

(2) Article 9/2 of Consumer rights directive 2011/83/EU.

(3) Article L221-18, Code de la consommation, Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016.

(4) المادتين 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني، السابق.

(5) المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

وبما أن مدة العدول أُقرت لحماية المستهلك من التضليل وحماية سلامة خياراته للدخول في العقد الإلكتروني، فقد جاء التوجيه الأوروبي بقاعدة هامة تقضي بمد مدة العدول حتى تصل الى اثني عشر شهراً تبدأ من تاريخ انتهاء المدة الاصلية (أربعة عشر يوماً أو ثلاثين يوماً حسب الحالة التي تم بيانها)، ولكن يشترط لممارسة هذه الميزة عدم التزام التاجر بالقيام بواجبه بإعلام المستهلك عن خيار العدول وشروطه ومهلاته والإجراءات المحددة لممارسته⁽¹⁾، لأن التاجر ملزم بتزويد المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بشروط وأحكام العقد وحالة العدول عنه قبل إبرامه⁽²⁾، ويستطيع التاجر القيام بهذا الواجب بأية وسيلة فعالة وميسرة، فالوسائل التي نص عليها التوجيه الأوروبي في المادة (1)6(c) ليست حصرية، بل يمكن له استخدام أية وسيلة إتصال شريطة أن توفر المعلومات بطريقة واضحة ومفهومة⁽³⁾ كما أقر عدم فرض شروط شكلية أو إجراءات قد تعقد العدول وقد حدّد نموذج خاص للعدول يعبأ من قبل المستهلك، كما يمكن ارسال العدول بأي وسيلة وبطريقة مُيسرة، ويُعتمد وقت القبول من لحظة ارسال العدول من المستهلك⁽⁴⁾، وهذا ما أقره المشرع الفرنسي كذلك⁽⁵⁾. ويهدف تحديد المدة الى إعطاء الفرصة للمستهلك بإرجاع السلعة أو الخدمة في حالة عدم رغبته فيها، وقد حدت التشريعات هذه المدة بغية إقامة التوازن بين الحقوق والالتزامات التي يترتبها العقد على الطرفين⁽⁶⁾، ولهذا يجب على المستهلك الاستفادة من هذه المُكنة القانونية التي أتاحتها له المشرع، وبالتالي لا يجوز له أن يبطن أو يتأخر باستعمالها، فاذا انتهت المدة يفقد المستهلك خيار العدول عن العقد، والحقيقة أن التشريعات المقارنة لم تنظم حالة انتهاء حق العدول⁽⁷⁾، وفي هذه الحالة اذا عدل بعد انتهاء المدة فإننا نعود للقواعد العامة للعقد التي

(1) Article 10/1 of Consumer rights directive 2011/83/EU.

(2) E Hall, G Howells and J Watson, The Consumer Rights, supra, 139.

(3) EU Court Of Justice, Case: C-649/17, 28 February 2019. Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211189&pageIndex=0&oclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1456917> , (last visited on; 14 April 2020).

(4) Article 11 of Consumer rights directive 2011/83/EU; see also: Jiangqiu Ge, A Comparative Analysis of Policing Consumer Contracts in China and the EU, supra, p243.

(5) Article L221-20, 21, Code de la consommation.

(6) Geraint Howells, Iain Ramsay, Handbook of Research on International Consumer Law, supra, p124.

(7) Christian Twigg-Flesner, Research Handbook on EU Consumer and Contract Law, supra, p256, 59.

تلتزمه بشروط وأحكام العقد فلا يجوز له فسخه أو النكول عنه، وإذا ما قام بذلك فإنه يتحمل المسؤولية الناتجة عن الاضرار التي يسببها للتاجر⁽¹⁾.

لم يتطرق المشرع الأردني لتحديد مدة العدول، وهذا بالطبع لا يحقق الحماية للمستهلك لا سيما أنه الطرف الأضعف وأن التاجر يستطيع أن يفرض شروطه التعاقدية عليه، فكيف يترك هذا الأمر للتاجر لتحديده، لأنه بالتأكيد سيتقلت من هذا الالتزام.

• الفرع الثاني: حالات منع العدول

على الرغم من إقرار المشرع حق العدول عن العقد دون إبداء الأسباب أو المبررات لهذا العدول، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً في جميع الأحوال، فقد أقرت التشريعات المقارنة وجود بعض الحالات التي لا يجوز فيها للمستهلك العدول عن العقد. هذه الحالات سنتحدث عنها تباعاً.

• أولاً: توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول

هذه الحالة تتناول توفير الخدمات، حيث يقوم المستهلك بطلب الخدمة من التاجر الذي يوفرها في مدة قصيرة؛ أي قبل انتهاء الأجل المحدد للعدول الذي لا يتجاوز أربعة عشر يوماً وفقاً لما هو مقرر في التشريعات المقارنة، وبالتالي يكون التاجر قد أوفى بالتزاماته تجاه المستهلك، وبرأيي أن الحكمة من عدم السماح للمستهلك بالعدول أن التاجر يكون قد وقر هذه الخدمة وفقاً لما هو متفق عليه ضمن الوقت الذي حدده له المستهلك، فقد يكون تحديد مدة تسلّم الخدمة مكلف للتاجر بسبب أنه يُرتّب عليه التزامات ونفقات تزيد عما هو في الأحوال العادية، أو يتطلب منه التسريع في إنتاج أو توفير الخدمة بشكل يتطلب نفقات زائدة.

وقد نص المشرع التونسي على هذه الحالة⁽²⁾، وكذلك المشرع اللبناني الذي لم يقصر هذه الحالة على الخدمات، بل أضاف إليها السلع إذا تم استعمالها قبل انقضاء مدة العدول من قبل المستهلك⁽³⁾، كما تناول التوجيه الأوروبي هذه الحالة مقررراً عدم جواز العدول عن عقد

(1) المادة 199 والمادة 246 من القانون المدني الأردني.

(2) المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

(3) المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني.

الخدمة التي طلب المستهلك توفيرها من التاجر خلال مدة العدول عن العقد المحددة بأربعة عشر يوماً، ويكون التاجر في هذه الحالة قد وقر له تلك الخدمة، أو إذا أقر المستهلك بفقدان حقه بالعدول عن العقد عند توفير الخدمة من قبل التاجر خلال المدة التي حددها له⁽¹⁾، كما تناول المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك هذه الحالة التي قصرها أيضاً على الخدمات التي يتم تنفيذها بالكامل خلال فترة العدول باشتراط موافقة المستهلك المسبقة والصريحة بالتنازل عن حقه في العدول بعد تلقي الخدمة.⁽²⁾

• ثانياً: السلع والخدمات الخاضعة لتقلبات الأسعار

إذا كانت السلع والخدمات خاضعة لتقلبات الأسعار وفقاً لمقتضيات العرض والطلب في السوق فإنها بالطبع لا تكون خاضعة لسيطرة التاجر حتى يتمكن من تحديد ثمنها، ويشترط هنا أن يتحقق عدم الثبات بالسعر خلال فترة العدول؛ كالسلع المرتبطة بالمعادن النفيسة أو الخدمات المتعلقة بالنفط مثلاً، بالتالي لا يجوز للمستهلك العدول عن العقد، والعبرة من ذلك تتمثل بعدم إلحاق الضرر بأي من طرفي العقد بسبب إختلاف سعرها بين وقت التعاقد ووقت العدول على إفتراض إجازته، كما يُعدّ مخالفاً لأحكام الفسخ التي تقتضي إعادة الحالة الى ما قبل التعاقد، وقد تناول التوجيه الأوروبي الخاص بحقوق المستهلك والمشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك هذه الحالة⁽³⁾، بينما لم ينص عليها المشرع التونسي والمشرع اللبناني.

• ثالثاً: السلع المطلوبة وفق مواصفات شخصية أو خاصة

تناولت التشريعات المقارنة هذه الحالة وأقرت عدم جواز العدول عنها من قبل المستهلك⁽⁴⁾، والسبب في ذلك أن هذه السلع تكون مطلوبة من قبل المستهلك كي تلبي رغباته

(1) Article 16/a of Consumer rights directive 2011/83/EU.

(2) Article L221-28/1, Code de la consommation.

(3) Article 16/b of Consumer rights directive 2011/83/EU; Article L221-28/2, Code de la consommation.

(4) المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي؛ المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني؛ وكذلك انظر:

Article 16/c of Consumer rights directive 2011/83/EU; Article L221-28/3, Code de la consommation.

واحتياجاته الخاصة أو الشخصية، كأن يطلب سلعة يلزم التاجر تضمينها مواصفات لا تكون موجودة فيها ضمن مواصفاتها العادية؛ مثل إضافة اسمه على السلعة، والعبرة من عدم إجازة العدول عن العقد أن مثل هذه السلع لا تكون قابلة للتسويق وهذا يلحق الضرر بالتاجر⁽¹⁾.

• رابعاً: السلع القابلة للتلف

إذا كانت السلع قابلة للتلف أو أن مدّة صلاحيتها قصيرة بحيث لا تحتتمل أوضاع الشحن والإرجاع، فإن ذلك سيؤدي الى تلفها مما يلحق الضرر بالتاجر، ويكون المستهلك عالماً بحالة هذه السلع ومدّة صلاحيتها، لذلك اشترطت التشريعات عدم جواز العدول عن العقود التي يكون محلها هذا النوع من السلع.⁽²⁾

• خامساً: نزع الأغلفة والأختام عن السلعة

إذا نُزعت أغلفة السلع أو أختامها فلا يجوز للمستهلك العدول عن العقد بإرجاعها، والسبب في ذلك أنه يصعب تسويقها من جديد، وهذا بالطبع ينقص من قيمتها السوقية وقد يضر بالصحة كالمواد الكيميائية، وتحاشياً للإضرار بالتاجر وحماية الصّحة فقد منع المشرع إعادتها بعد فتح أغلفتها أو نزع أختامها، كما أنه لا يجوز إرجاع السلع التي يمكن أن تُخلط أو تختلط بحسب طبيعتها مع عناصر أخرى لا يمكن فصلها عنها بعد فتح أغلفتها أو استعمالها؛ كوضع الوقود في السيارة مثلاً.⁽³⁾

وإذا كان موضوع العقد يتعلق بالتسجيلات الصوتية أو المرئية أو برامج الحاسوب وقام المستهلك بإزالة أغلفتها، فلا يجوز له إرجاعها، والحكمة من ذلك بالطبع عدم الاضرار بالتاجر

⁽¹⁾ Christian Twigg-Flesner, Research Handbook on EU Consumer and Contract Law, supra, p255.

⁽²⁾ المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي؛ المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني؛ وكذلك انظر:

Article 16/d of Consumer rights directive 2011/83/EU; Article L221-28/4, Code de la consommation.

⁽³⁾ Article 16/ e, f of Consumer rights directive 2011/83/EU; Article L221-28/5,6, Code de la consommation.

لعدم قدرته على تسويق هذه المنتجات، والوضع ذاته فيما يتعلق بالمطبوعات كالجرائد والصحف والكتب فلا يجوز للمستهلك إرجاعها لذات السبب.⁽¹⁾

والجدير ذكره أن هذه الحالات لا تنطبق على السلع والخدمات المعيبة سواء عيباً ظاهراً أو خفياً، فإذا تسلّم المستهلك هذه السلع أو الخدمات وظهر فيها العيب فإنه يجوز له إرجاعها للتاجر⁽²⁾، ولكن إذا تعيبت نتيجة سوء استعمالها أو حيازتها من قبل المستهلك فنعود الى قاعدة منع إرجاعها⁽³⁾.

♦ المطلب الثالث: آثار العدول

بما أن خيار العدول هو مُكنة قانونية أتاحتها المشرع للمستهلك لإقامة التوازن العقدي في العقود الإلكترونية، وغب ممارسة هذا الحق من قبل المستهلك فإنه يترتب على ذلك آثار ترتبط بذات العقد وأخرى ترتبط بأطرافه سنتناولها تباعاً.

• الفرع الأول: فسخ العقد

يترتب على قيام المستهلك بالعدول عن العقد فسخه بقوة القانون الذي أقر هذا الحق، وهذا يفيد بإعادة الأوضاع الى ما كانت عليه قبل التعاقد⁽⁴⁾، وهذا يعني إنحلال العقد من وقت الإبرام وليس وقت الفسخ⁽⁵⁾، أي أن أثر الفسخ لا يقتصر على المستقبل بل يسري بأثر رجعي فيعتبر العقد كأن لم يكن، مما يقتضي أن يردّ كل من الطرفين ما تسلّمه بموجب العقد. وهذا بالفعل ما أقرته التشريعات المقارنة، فقد نص التوجيه الأوروبي والمشرع الفرنسي في قانون

(1) المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي؛ المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني؛ وكذلك انظر:

Article 16/ i, j of Consumer rights directive 2011/83/EU; Article L221-28/9,10, Code de la consommation.

(2) المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

(3) المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني.

(4) تنص المادة 248 من القانون المدني الأردني على "إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض".

(5) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني - دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 261.

حماية المستهلك على هذه الأحكام واعتبر أنه بمجرد ممارسة حق العدول فإن ذلك ينهي التزامات الطرفين⁽¹⁾، كما أقر المشرع التونسي والمشرع اللبناني ذلك بمجرد ممارسة المستهلك لهذا الحق فعليه إرجاع البضاعة أو الخدمة للتاجر، كما على الأخير إعادة مبلغها للمستهلك خلال مدة عشرة أيام من تاريخ الإرجاع.⁽²⁾

أما بالنسبة للعقود مستمرة المدة كعقود توريد السلع أو الخدمات، فإن عدول المستهلك عن العقد لا يمتد بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد وإنما يسري على العقود التي ترد بعد العدول، ويعزى البعض ذلك إلى أن الزمن في عقود المدة يعتبر ركناً أساسياً فلا يُتصور أن يوجد هذا العقد إلا مقترناً بأجل⁽³⁾، وبالتالي يتركز أثر العدول هنا على تعجيل الأجل المنهي للعقد قبل انتهاء الأجل المتفق عليه فيكون من قبيل الإنهاء لا الفسخ.

وهذا بالفعل ما أقره التوجيه الأوروبي، حيث أوجب على المستهلك عند ممارسة حق العدول أن يدفع للتاجر مبلغاً يتناسب مع ما تم تقديمه حتى الوقت الذي أبلغ فيه التاجر بالعدول عن العقد، ويحسب هذا المبلغ وفقاً لنسبة التنفيذ من الثمن الإجمالي المتفق عليه بالعقد، وإذا كان هذا المبلغ مجحفاً فتحسب نسبته على أساس القيمة السوقية لما تم تقديمه⁽⁴⁾. وفي بعض الحالات قد يقوم التاجر بمنح المستهلك عقد قرض استهلاكي لتمويل شراء السلعة أو الخدمة، فيكون ثمنها بصورة هذا القرض، فما هو حال عقد القرض هذا إذا ما عدل المستهلك عن عقد الشراء؟. الحقيقة أن التشريعات المقارنة نظمت هذا الوضع حيث اعتبر المشرع التونسي العقد التابع (عقد القرض) مفسوخاً تلقائياً بمجرد إعلان المستهلك بالعدول عن رغبته في اتمام عقد الشراء، ولم يكتفِ بفسخ عقد القرض الممنوح من قبل التاجر البائع؛ وإنما امتد الفسخ إلى عقود القرض الممنوحة من قبل الغير لتمويل عقد الشراء وذلك دون إلزام المستهلك بأيّ تعويض عن الفسخ للمقرض⁽⁵⁾.

(1) Article 13 of Consumer rights directive 2011/83/EU; Article L221-27, Code de la consommation.

(2) المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي؛ المادة 55 والمادة 56 من قانون حماية المستهلك اللبناني.

(3) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني - دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 263.

(4) Article 14/3 of Consumer rights directive 2011/83/EU.

(5) المادة 33 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

وقد نهج التوجيه الأوروبي النهج ذاته؛ فقد أقر فسخ العقود الملحقة لعقد الشراء تلقائياً بمجرد ممارسة المستهلك حق العدول عن العقد الأخير، ولم يحلّ التوجيه المستهلك أية تكاليف نتيجة هذا الفسخ إلا تلك المقررة وفقاً للأحكام الواردة على حق العدول⁽¹⁾، وهذا ما سار عليه المشرع الفرنسي في قانون حماية المستهلك⁽²⁾.

ويؤكد هذا التوجّه من المشرع إلى وجود ارتباط بين العقدين حيث اعتبر عقد القرض تابعاً لعقد البيع أو ملحقاً به، فإذا انفسخ الأصيل ترتّب على ذلك فسخ التابع أو الملحق، ومثل هذه الأحكام تجسّد ضمانات كبيرة للمستهلك من خلال المحافظة على حقوقه وصيانتها من كل ضرر قد يلحق به جزاء لجوئه الى هذا النوع من التعاملات، لهذا نتمنى على المشرع الأردني واللبناني تبني هذه الأحكام لحماية المستهلك.

• الفرع الثاني: إعادة التاجر للمبالغ التي تقاضاها من المُستهلك

عندما يعدّل المُستهلك عن العقد يترتب على البائع التزام يتمثل بإعادة المبالغ المستحقة التي قام المستهلك بدفعها نتيجة إبرام العقد، ويشترط أن يقوم البائع بذلك خلال مدّة محدّدة، وتختلف هذه المدة باختلاف النصوص التشريعية النازمة للعدول، فقد أوجب المشرع الفرنسي في التعديل الجديد لقانون الاستهلاك لعام (2016) على التاجر إعادة جميع المبالغ المدفوعة من قبل المستهلك بما في ذلك تكاليف التسليم، دون تأخير لا مبرر له وعلى أبعد تقدير في غضون أربعة عشر يوماً من تاريخ علمه بقرار المستهلك بالعدول بالنسبة لعقود بيع البضائع؛ وإذا لم يقم التاجر باسترجاعها بنفسه؛ فيجوز للتاجر تأجيل السداد حتى استرداد البضائع أو حتى يقَدّم المستهلك دليلاً على شحن هذه البضائع للتاجر، وفي هذه الحالة يعتمد التاريخ الأسبق لغايات تحديد مدة إرجاع المبالغ. ويتم إرجاع المبلغ بذات وسيلة الدفع التي أُستعملت عند الشراء، وإذا تعذر ذلك فيختار المستهلك وسيلة الدفع التي تناسبه وبما يقلّ عليه من نفقات الدفع، فإذا ما قام المستهلك باختيار وسيلة دفع ذات تكلفة عالية وفقاً للوضع الاعتيادي لوسيلة الدفع التي اقترحها التاجر، فلا يلتزم التاجر بسداد التكاليف الإضافية.⁽³⁾

(1) Article 14/3 of Consumer rights directive 2011/83/EU.

(2) Article L221-27, Code de la consommation.

(3) Article L221-24, Code de la consommation.

والحقيقة أن التعديلات التي أجراها المشرع الفرنسي والمتعلقة بالعدول عن العقد تُصَب في صالح المستهلك، فمن حيث مدة ارجاع المبلغ نجد أنه قلصها الى أربعة عشر يوماً بعد أن كانت ثلاثين يوماً قبل التعديل، وهذا يشير الى توفير حماية أكبر للمستهلك بحيث يستطيع الحصول على نقوده ضمن فترة أقصر من ناحية؛ كما أن مدة ارجاع المبلغ تبدأ من تاريخ إبلاغ المستهلك للبائع بالعدول عن الشراء، وفي حال تأخر البائع عن إعادة المبلغ خلال المدة فإنه يتحمل الفوائد التأخيرية التي أقرها المشرع والمتمثلة بالقيم الآتية: الفائدة القانونية إذا كان التأخير لا يتجاوز عشرة أيام، و5% إذا كان التأخير بين عشرة وعشرين يوماً، و10% إذا كان التأخير بين عشرين وثلاثين يوماً، و20% إذا كان التأخير بين ثلاثين وستين يوماً، و50% إذا كان التأخير بين الستين والتسعين يوماً، وخمس نقاط اضافية عن كل شهر تأخير حتى تصل الى سعر المنتج ثم سعر الفائدة⁽¹⁾.

وقد تناول المشرع التونسي القواعد المتعلقة بإعادة التاجر البائع لمبلغ السلعة أو الخدمة في حالتين: الأولى إعادة المبلغ المدفوع والمصاريف الناجمة عن الإعادة إلى المستهلك في مدة عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع المنتج، ولكنه اشترط أن يكون العدول عن العقد بسبب عدم مطابقة المنتج للطلب، أو في حالة عدم احترام البائع أجل التسليم المتفق عليه⁽²⁾، أما الحالة الثانية فهي إرجاع البائع المبلغ الذي دفعه المستهلك في مدة عشر أيام من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، وهنا يتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن الإرجاع، فلا يكون التاجر ملزماً بدفع المصاريف الزائدة عن مبلغ السلعة أو الخدمة لأن العقد جرى وفقاً للاتفاق دون إخلال من قبله وكان عدول المستهلك اختيارياً⁽³⁾.

وتطرق المشرع اللبناني إلى آثار العدول عن العقد الإلكتروني إلا أنه تناولها بإيجاز، حيث أوجب على التاجر المحترف إعادة المبالغ التي يتقاضاها من المستهلك بسبب العقد ويتحمل التاجر تكاليف الإرجاع إذا تم العدول قبل التسليم، أما إذا عدل المستهلك عن التعاقد بعد إجراء التسليم فإنه يتحمل مصاريف التسليم، يُلاحظ على هذه الأحكام أن المشرع لم يُحدد مدة الإعادة معتبراً أن الفيصل في تحديد الآثار هو واقعه التسليم التي تحدد أيلولة التكاليف

(1) Article L242-4, Code de la consommation.

(2) المادة 31 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

(3) المادة 56 من قانون حماية المستهلك اللبناني.

والنفقات المترتبة على تنفيذ العقد، ولكن يثور التساؤل حول النفقات التي تكبدها التاجر إذا تم العدول أثناء شحن البضائع وقبل تسليمها؟، فطبقاً للنص يتحملها التاجر؛ ولكن من المفترض أن العدول كان هنا اختيارياً بالتأكيد لأنه لم يتسلم تلك البضائع، وهذا حقيقة يتنافى مع العدالة لأنه يغلب جانب المستهلك على جانب التاجر، ودائماً يكون المقصود بالعدول هنا العدول الاختياري لأن العدول الناجم عن العيب تناوله المشرع اللبناني في الفصل الخاص بالضمان وتحديداً المادة 32 من قانون حماية المستهلك، ويخالف ما جاء به القانون التونسي الذي حمّل المستهلك النفقات والتكاليف في حالة العدول الاختياري.

كما أوجب التوجيه الأوروبي على التاجر إعادة المبالغ التي يتقاضاها من المستهلك وتشمل تكلفة التوصيل وذلك خلال مدة أربعة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه عدول المستهلك عن العقد، وعلى التاجر إعادة المبالغ بذات الطريقة التي تلقاها من المستهلك إلا إذا وافق المستهلك على طريقة أخرى اقترحها التاجر شريطة أن لا يتحمل المستهلك أية نفقات زائدة⁽¹⁾، وفي المقابل لا يتحمل التاجر أية نفقات زائدة وفقاً للوضع الاعتيادي للوسيلة التي اقترحها التاجر، وفي حالة عدم التزام التاجر باستعادة البضائع بنفسه يجوز له أن يحتفظ بها حتى يتلقى البضائع من المستهلك أو يشعره الأخير بأنه قد أعاد البضاعة وفي أقرب الأجلين⁽²⁾ وبطبيعة الحال لم يتناول المشرع الأردني هذه الأحكام مكتفياً بالزام التاجر رد الثمن بناء على طلب المستهلك إذا كانت السلعة أو الخدمة معيبة، وإذا ظهر العيب في السلعة أو الخدمة بعد الاستعمال يلتزم التاجر بدفع مبلغ تعويض للمستهلك بما يعادل قيمة الضرر الناجم عن ذلك العيب⁽³⁾. الملاحظ أن المشرع الأردني لم يعطي للمستهلك حق العدول حتى في حالة ظهور العيب في الاستعمال؛ فالأصل أن السلعة أو الخدمة تؤدي وظيفتها المرجوة منها التي من أجلها تعاقد المستهلك، فلو تفاجأ بالعيب أثناء الإستعمال فلا يحق له كذلك إعادة السلعة أو الخدمة؛ بل يُكتفى بتعويض من التاجر يعادل قيمة الضرر، وهنا نجد أن المشرع الأردني إنحازَ تماماً للتاجر وذلك لسببين:

(1) Article 13/1 of Consumer rights directive 2011/83/EU.

(2) المادة 1/13 من التوجيه الأوروبي

(3) المادة 7 من قانون حماية المستهلك الأردني.

الأول: أنه يعطي للمستهلك حق العدول عن العقد لوجود عيب خفي في السلعة أو الخدمة كحد أعلى، في حين أعطت التشريعات المقارنة هذا الحق حتى دون وجود العيب ودون مبرر، ولكنّ المشرع الأردني حَرَم المستهلك هذا الحق حتى مع ظهور العيب بعد الاستعمال.

الثاني: إنّ التعويض مسألة تتوقف على إثبات الضرر في حال التنازع، لذلك يتوجب على المستهلك الدخول في تبعات الإثبات عند إقامة الدعوى، وهذا يتطلب نفقات وجهود ووقت من المستهلك قد تزيد عن ثمن السلعة أو الخدمة محل العقد، في حين كان من الأجدى بالمشرع أن يحسم هذه المسألة ويجتنب المستهلك الدخول في هذه الدائرة للوصول الى حق يجب أن يكفله القانون.

• الفرع الثالث: إرجاع المستهلك للسلعة أو الخدمة

عند ممارسة خيار العدول عن العقد الالكتروني يتوجب على المشتري إرجاع السلعة أو الخدمة للبائع ضمن المدة المحددة، وبما أن العدول يترتب عليه زوال العقد؛ فإنه يتوجب على المشتري والبائع إعادة الوضع الى ما كان عليه قبل التعاقد، فيعتبر إرجاع السلعة أو الخدمة من الالتزامات المترتبة على عاتق المستهلك، وقد تباينت التشريعات في تنظيم أحكام إرجاع السلعة أو الخدمة من حيث المدة والنفقات المترتبة على ذلك.

تناول المشرع الاردني في قانون حماية المستهلك قواعد الارجاع، حيث أعطى الحق للمستهلك بإرجاع السلعة أو الخدمة للبائع شريطة أن تكون معيبة، ولم يتناول المشرع تحديد المدة التي يحق للمستهلك خلالها إرجاع السلعة أو الخدمة المعيبة؛ بل تركها على إطلاقها⁽¹⁾، فإذا ما انتفى النص على مدة إرجاع السلعة أو الخدمة في العقد؛ فإن ذلك سيخلق اشكالات عديدة سواء للمستهلك أو للتاجر البائع. ونقول هنا أنه على الرغم من أن المشرع تناول مسألة المدة عند تسليم السلعة أو الخدمة من البائع للمستهلك وبيّنها بالمدة المتفق عليها أو المدة المعتادة في نوع العقد، إلا أن هذا لا يسعفنا في قياس هذه الأحكام على مدة إرجاع السلعة أو الخدمة من قبل المستهلك للبائع، والسبب في ذلك أننا أمام تجارة الكترونية قد لا يُحدّد فيها البائع مثل هذه المدة لا سيما في العقود النموذجية، وكذلك فإن اللجوء إلى المدة المعتادة قد

(1) المادة 7 من قانون حماية المستهلك الأردني، سابق.

تعطي للبائع مبررات تصعب من آلية إرجاع السلعة أو الخدمة؛ من أهمها تعذره بالتأخر بتسليمها أو تعييبها بسبب استعمالها وغيرها من المبررات التي تؤدي إلى خلق نزاع بين الطرفين، ولهذا كان على المشرع تنظيم هذه المسألة بدقة من حيث تحديد مدة الإرجاع على غرار باقي التشريعات.

والمستغرب من المشرع الأردني كذلك أنه ألزم البائع بدفع مبلغ يعادل قيمة الضرر عند ظهور العيب في السلعة أو الخدمة بعد الاستعمال⁽¹⁾، بدلاً من أن يتيح خيار العدول عن هذه السلعة أو الخدمة لا سيما أنه نص على ذلك عند الحديث عن التزامات البائع والاخلال بها⁽²⁾ عند الحديث عن السلعة أو الخدمة المعيبة⁽³⁾، وهي من المبررات التي أعطاه المشرع للمستهلك للعدول عن العقد، فلماذا يتحمل المستهلك مثل هذه الخيارات التي لا تُسمن ولا تُغني من جوع؟، فالقواعد العامة في القانون المدني تعالجها أصلاً؛ بل وأفضل من ذلك. فالتساؤل الذي يثار هنا؛ لماذا لم تُنظم هذه القواعد لكي تحكم العلاقة بين البائع والمستهلك- الإلكتروني تحديداً- بما يحقق التوازن من خلال ضمان حقوق المستهلك؟.

وبالعودة للتشريعات المقارنة؛ لم يتناول المشرع التونسي المدة التي يجب فيها على المستهلك إعادة السلعة أو الخدمة، مكتفياً بالنص على مدة العدول عن الشراء⁽⁴⁾، ولكن باستثناء نص المادة (31) من قانون المبادلات نجد أن المشرع حدّد مدة إرجاع المنتج الذي لا يكون مطابقاً للطلبية أو إذا لم يحترم التاجر أجل تسليمه في مدة عشرة أيام تبدأ من تاريخ تسليمه، وبالتالي يمكن قياس هذه المدة على العدول الاختياري، فيجب على التاجر إرجاع السلعة أو الخدمة خلال مدة عشرة أيام، والمقصود بالمدة هنا هي الخيار الزمني المتاح للمستهلك لإرجاع السلعة أو الخدمة بعد اعلام التاجر بالعدول عن العقد، وبالتالي يجب التقيد بها من قبل المستهلك فإذا انتهت هذه المدة دون قيام المستهلك بالإرجاع أو ما يثبت قيامه بذلك خلال المدة فإنه يفقد حقه بإرجاعها مما يترتب عليه فقدان حقه بالعدول.

(1) المادة 7/أ وب/2 من قانون حماية المستهلك الأردني، سابق.

(2) المادة 4 و المادة 6/ب من القانون السابق.

(3) المادة 3/6 من القانون السابق.

(4) المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

ومن المهم التمييز بين مدة العدول ومدة الإرجاع رغم الارتباط الوثيق بينهما، فمدة العدول تبدأ من تاريخ التسليم أو العقد كما أسلفنا، أما مدة الإرجاع فتبدأ من تاريخ إعلام المستهلك للتاجر بالعدول عن العقد، فقد يُعلم المستهلك التاجر بعدوله عن العقد ولكنه يتراخى عن إرجاع السلعة أو الخدمة إلى ما بعد انتهاء مدة الإرجاع، في هذه الحالة يفقد حقه بالعدول رغم إعلام التاجر بذلك، وعلى العكس من ذلك قد يقوم المستهلك بإرجاع السلعة أو البضاعة قبل أن يُعلم التاجر بعدوله، وبرأينا أن هذه مسألة خلافية بالنظر للقواعد القانونية الناظمة للعدول، فالمشرع التونسي لم يتناول تفصيل هذا الموضوع ولكنّه ترك وسائل الاعلام لما اتفق عليه الطرفان عندما نص في متن المادة (30) من قانون المبادلات على "... ويتم الاعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقاً بالعقد..."، وهنا لا إشكالية إذا اتفق الطرفان على اعتبار إرجاع السلعة أو الخدمة عدولاً عن العقد حتى لو لم يُعلم المستهلك التاجر رغبته بالعدول عن العقد، ولكن الاشكالية تثور في حالة عدم وجود اتفاق حول ذلك، وبرأينا أن قيام المستهلك بإرجاع السلعة أو البضاعة خلال المدة المحددة للعدول في القانون يُعد دليلاً قاطعاً على رغبة المستهلك بالعدول عن العقد حتى لو تجاوز وقت وصولها للتاجر المدة المحددة، لأن العبرة هنا بالوقت الذي أعاد فيه المستهلك السلعة أو البضاعة فعلاً وليس وقت وصولها للتاجر.

ونستند في ذلك إلى نصوص التوجيه الأوروبي الذي كان أكثر وضوحاً في تحديد مدة الإرجاع، حيث ألزم المستهلك إرجاع السلعة أو الخدمة في مدة لا تتجاوز أربعة عشر يوماً من تاريخ إعلامه للتاجر بالعدول عن العقد، إلا إذا تعهد التاجر ارجاعها بنفسه أو من خلال مفوض عنه بذلك⁽¹⁾، وفي هذا دلالة واضحة على أن مدة الإرجاع تبدأ من تاريخ إعلام التاجر بالعدول وليس من تاريخ تسلّم السلعة أو البضاعة من قبل المستهلك كما هو الحال في مدة العدول، وبهذا يختلف بدء سريان مدة العدول عن مدة الإرجاع. والحكم ذاته عند المشرع الفرنسي الذي ألزم المستهلك بإرجاع البضاعة للتاجر دون تأخير غير مبرر في غضون أربعة عشر يوماً على الأقل من تاريخ الإبلاغ عن قراره بالعدول⁽²⁾.

وتناول المشرع اللبناني الأحكام المتعلقة بمدة العدول حيث حددها بمهلة عشرة أيام تسري إعتباراً من تاريخ العقد إذا كان محل العقد خدمة، أو من تاريخ التسليم إذا كان سلعة، ولكنه

(1) Article 14/1 of Consumer rights directive 2011/83/EU.

(2) Article L221-23, Code de la consommation.

لم يتناول مدة الإرجاع، وبالتالي يكون قد دمج مدّة الإرجاع بمدّة العدول وهو ما يُستفاد من نص المادة (55) من قانون حماية المستهلك، مما يتوجب على المستهلك إرجاع السلعة أو الخدمة خلال مدّة العشرة أيام، وهنا يستوي أن يتم الإعلام بالعدول أو إرجاع السلعة أو الخدمة فهو صحيح إن تم خلال المدّة، وما دام أن المشرع اللبناني لم يُفصل مدّة الإرجاع فيكون قد ترك تفصيل ذلك لاتفاق الطرفين، حيث يُمكن للمستهلك اللّجوء الى المدّة التي حدّدها القانون بعد الإعلام عن العدول.

ويترتب على إرجاع السلعة أو الخدمة تحمّل المستهلك ما يُنتقص من قيمتها أثناء الإرجاع إلاّ النقص العائد لطبيعتها وخصائصها وأدائها، ولكن إذا لم يُعلم التاجر المستهلك بآلية حقه بالعدول عن العقد فإن الأول يتحمل ذلك.⁽¹⁾

• الفرع الرابع: دفع مصاريف إرجاع السلعة

إن لجوء المستهلك الى العدول الاختياري يُرتب عليه دفع مصاريف ونفقات التسليم لأن التاجر يعتبر موفي لالتزاماته في مواجهة المستهلك، وبالتالي ليس من العدالة تحميل التاجر هذه النفقات، لهذا نصت التشريعات المقارنة بصراحة على ذلك، حيث أوجب المشرع التونسي والمشرع اللبناني على المستهلك تحمّل المصاريف إذا عدل عن التعاقد بعد اجراء التسليم⁽²⁾، ويُفهم من هذا النص أن المستهلك لا يتحمّل المصاريف إذا كان عدوله قبل التسليم وهذا يُتصور فقط في الخدمات التي يبدأ حق العدول فيها من تاريخ التعاقد، كما يُفهم من النص أن المستهلك يتحمّل مصاريف الإرجاع في كل الأحوال بالنسبة للسلع، والسبب في ذلك أن

(1) Article 14/2 of Consumer rights directive 2011/83/EU. Article L221-23, Code de la consommation.

(2) تنص المادة 56 من قانون حماية المستهلك اللبناني على "...على أن يتحمّل المستهلك في حال عدل عن قراره بالتعاقد بعد اجراء التسلم مصاريف التسليم"؛ كما تنص المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي على "مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، تحتسب بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك، بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد.... ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

حق العدول عن العقد يثبت له من تاريخ تسلّم السلعة، لهذا لا يُتصور العدول قبل التسلم⁽¹⁾، وهذه الأحكام تطبق على العدول الاختياري.

وهنا نستطيع القول أنه ما دام أن المشرع أعطى للمستهلك الحق بالعدول بعد تسلّم السلعة، فمن باب أولى ثبوت هذا الحق للمستهلك قبل تسلّمها، وبالتالي إذا عدل عن العقد قبيل التسلم فيُفترض أن يتحمّل المستهلك مصاريف إرجاع السلعة إذا كان التاجر قد أرسلها فعلاً، لأن خلاف ذلك يكون فيه إجحاف بحق التاجر الذي يتحمّل المصاريف رغم إيفائه بالتزامه. أما في حالة العدول الناجم عن العيب أو عدم التزام التاجر بشروط وأحكام العقد أو عدم توفير المعلومات الكافية للمستهلك، فإن التاجر هو الذي يتحمل مصاريف الإرجاع وليس المستهلك.⁽²⁾

والمشرع الأوروبي والمشرع الفرنسي كانا أكثر مرونة في موضوع تحمّل المصاريف، فقد ألزما المستهلك فقط بالتكاليف المباشرة لإعادة البضائع، ولكنهما أعطيا للطرفين الحرية في الاتفاق على تحمّلها، فلا ضير أن يتحمّلها التاجر إذا وافق على ذلك عند التعاقد أو بعده، كما أنهما نقلتا تحمّل المصاريف على التاجر إذا لم يبلغ المستهلك بأن هذه التكاليف هي مسؤوليته⁽³⁾، وفي عقود التسليم المنزلي يتوجب على التاجر استرجاع السلعة على نفقته الخاصة إذا كانت طبيعة تلك السلع يصعب إرجاعها بالشحن العادي.⁽⁴⁾

○ الخاتمة

بعد دراسة الأحكام والقواعد القانونية النازمة لحق العدول في التشريع الأردني والمقارن توصلنا إلى عدّة نتائج هامة تمخض عنها توصيات للمشرع الأردني نأمل الأخذ بها.

(1) المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني.

(2) المادة 31 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

(3) Christian Twigg-Flesner, Research Handbook on EU Consumer and Contract Law, supra, p260; see also: Article 14/1 of Consumer rights directive 2011/83/EU; Article L221-23, Code de la consommation.

(4) Article 14/1 of Consumer rights directive 2011/83/EU.

♦ النتائج:

أولاً: لم ينظم المشرع الأردني العدول عن العقد الإلكتروني تاركاً ذلك للقواعد العامة التي لا تُسعف في أغلبها حين لجوء المستهلك إليها، لا سيما إذا عرفنا طبيعة الإختلاف بين العقود المادية والعقود الإلكترونية.

ثانياً: تناول المشرع الأردني أحكام العدول عن العقد في قانون حماية المستهلك قارناً جوازه بوجود العيب في السلعة أو الخدمة التي يعقد عليها المستهلك، ونرى أن هذه القواعد غير كافية تماماً لحماية المستهلك في علاقته مع التاجر الإلكتروني من حيث ممارسة حق العدول للأسباب الآتية:

1- ارتباط حق العدول بالعيب في السلعة أو الخدمة؛ وهذا من شأنه الإنقاص من مُكنة العدول، وبالتالي لا يُمكن الجزم بأن المشرع قدم حماية للمستهلك في هذه المسألة تحديداً، لأن العيب في السلعة أو الخدمة هي أحوال عالجه المشرع الأردني في القواعد العامة أصلاً، فحماية المستهلك تقتضي منحه حق العدول عن العقد دون إبداء مبررات أو أسباب لهذا العدول، وذلك بهدف تحقيق مبدأ التوازن بين أطراف العقد الإلكتروني بسبب أن الظروف التي تحيط بالإبرام والتنفيذ تختلف في كل منهما وهذا ما درجت عليه التشريعات المقارنة.

2- لم يتطرق المشرع الأردني لتحديد مدة العدول عن العقد في قانون حماية المستهلك حتى في حالة العيب، وهذا بالطبع من شأنه ترك الأمر للتاجر الذي يُعدّ الطرف الأقوى في العقد، وهو في الغالب يراعي مصلحته على حساب مصلحة المستهلك؛ فهو يتهرب من تقديم المعلومات للمستهلك قدر استطاعته، لهذا كان الأولى تحديد هذه المدة تحديداً نافياً للجهالة كما درجت عليه التشريعات المقارنة.

3- إنّ ارتباط حق العدول بالعيب من شأنه تحميل المستهلك أعباء إثبات العيب من خلال اللجوء إلى القضاء في حالة رفض التاجر إرجاع السلعة أو الخدمة، وهذا يؤدي إلى تحميل المستهلك أعباء التقاضي؛ ناهيك عن الجهد والوقت الذي يبذله حتى يستطيع الحصول على حقه في إعادة السلعة المعيبة للبائع، عدا عن ضياع فرصة الإفادة من السلعة أو الخدمة التي أبرم العقد عليها، وبهذا لم يقدم القانون الأردني الحماية للمستهلك بل على العكس من ذلك قدّمها للتاجر.

4- والمستغرب من المشرع الأردني كذلك إلزام البائع بدفع مبلغ يعادل قيمة الضرر عند ظهور العيب في السلعة أو الخدمة بعد الاستعمال بدلاً من أن يتيح خيار العدول عن هذه السلعة أو الخدمة لا سيما أنه نص على ذلك عند الحديث عن التزامات البائع والاخلال بها عند الحديث عن السلعة أو الخدمة المعيبة، وهذه الحالات من المبررات التي أعطاهها المشرع للمستهلك للعدول عن العقد، فلماذا يتحمل المستهلك مثل هذه الخيارات التي تضر بمصلحته؟، فالقواعد العامة في القانون المدني تعالجها أصلاً؛ بل وأفضل من ذلك. فالتساؤل الذي يُثار هنا؛ لماذا لم تُنظم هذه القواعد لكي تحكم العلاقة بين البائع والمستهلك- الإلكتروني تحديداً- بما يحقق التوازن من خلال ضمان حقوق المستهلك؟.

ثالثاً: نظّمت التشريعات المقارنة في هذه الدراسة أحكام العدول عن العقد تنظيمياً مُحكماً بحيث حققت التوازن العقدي بين طرفي العقد، وبهذا لم تترك مسألة العدول للإتفاق أو العادات والأعراف التجارية وذلك بالنص على أحكامها بموجب قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها.

♦ وبناء على هذه النتائج؛ فإننا نضع أمام المشرع الأردني **التوصيات الآتية:**
أولاً: تنظيم الأحكام المتعلقة بالعدول عن العقد الإلكتروني، سواء في إطار قانون المعاملات الإلكترونية أو في إطار قانون حماية المستهلك، مع تفضيل تشريعها ضمن قانون المعاملات الإلكترونية حتى تشمل هذه القواعد التاجر الأردني في علاقته بالتجارة الإلكترونية الدولية.
ثانياً: أن يتم تنظيم أحكام العدول تنظيمياً شاملاً لكافة الأوضاع القانونية الحالية والمستجدة، بحيث تشمل تنظيم مدة العدول ومدة الإرجاع ومدة الإعادة للمبالغ التي دفعها المستهلك للتاجر.

ثالثاً: تنظيم الأحكام المتعلقة بآلية إرجاع السلع والخدمات وإعادة المبالغ من قبل التاجر، والقواعد الناظمة لمسؤولية كل منهما بما يتوافق مع طبيعة التجارة الإلكترونية وخصائصها.
رابعاً: تنظيم الأحكام المتعلقة بحالات منع ممارسة حق العدول كما فعلت التشريعات المقارنة.

حق الرعاية البديلة للطفل المحروم من العائلة - القانون الجزائري نموذجاً -

د. عائشة بوعزم⁽¹⁾

تسعى الدولة الجزائرية إلى توفير الحماية للأطفال المحرومين من العائلة والذين هم في وضع صعب، بمختلف فئاتهم لاسيما أولئك الموضوعون في المؤسسات التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الاجتماعي، بمعنى أدق الموضوعون في مؤسسات متخصصة ويعانون من حرمان عائلي ويحتاجون للرعاية البديلة، من خلال ترسانة من الأحكام القانونية، فهم يعتبرون فئة هشة من المجتمع تعاني على جميع الأصعدة النفسية، الاجتماعية، الطبية والتربوية.

بناء على ذلك، نص القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة⁽²⁾ على ضرورة توفير المساعدة الطبية الاجتماعية الهادفة إلى الوقاية من التخلي عن الأطفال في الهياكل والمؤسسات المختصة⁽³⁾، وعلى ضرورة توفير الحماية الصحية للأشخاص في وضع صعب من بينهم الأطفال الذين هم في خطر و/أو الموضوعون في المؤسسات التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني⁽⁴⁾.

هكذا، تضمن دولة الجزائر للطفل المحروم من العائلة "الطفل في وضع صعب" حقه في الرعاية البديلة، وذلك عن طريق توفير مؤسسات تكلف باستقباله منذ الولادة إلى غاية سن 18

(1) أستاذة محاضرة قسم كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم-الجزائر.

(2) القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، جريدة رسمية مؤرخة في 29 يوليو 2018، عدد 46، ص.3.

(3) المادة 82 من القانون رقم 18-11، السابق الذكر.

(4) المادة 88 من القانون رقم 18-11، السابق الذكر.

سنة، وأحيانا تتكفل به إلى ما بعد هذا السن بغرض إدماجه الاجتماعي والمهني، لها مهام محددة قانونا، يجب القيام بها⁽¹⁾.

تخضع هذه المؤسسات لرقابة مركزية من طرف هيئة وطنية لحماية وترقية الطفولة، ورقابة محلية من طرف مصالح الوسط المفتوح ومن طرف الجهات القضائية المختصة، بهدف توفير الحماية الاجتماعية والقضائية لهاته الفئة الهشة من المجتمع.

تهدف هذه الدراسة إلقاء الضوء على محورين أساسيين، الأول يتعلق بالنظام القانوني للأماكن المكلفة باستقبال الأطفال المحرومين من العائلة، والثاني يتعلق برقابة هذه المؤسسات من قبل الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة باعتبارها هيئة رقابة مركزية، ومن قبل مصالح الوسط المفتوح باعتبارها رقابة محلية، وكذا من قبل الجهات القضائية المختصة.

على هذا الأساس، ما المقصود بالطفل المحروم من العائلة وما هي مختلف الحقوق التي يتمتع بها داخل المؤسسات التي تكلف باستقباله، وما هي الآليات القانونية التي تكفل رقابة هذه المؤسسات لحماية الطفل المحروم من العائلة من أي تعسف، باعتباره من الفئة الهشة داخل المجتمع؟

للإجابة على هذه الإشكالية، سنستعين بالمنهج الوصفي، المنهج التاريخي، المنهج المقارن والمنهج التحليلي.

هكذا، سنحاول تقسيم الدراسة إلى مبحثين أساسيين، الأول يتعلق بالجهات القانونية المكلفة بضمان حق الرعاية البديلة للطفل المحروم من العائلة، والثاني يتعلق بالحماية القانونية للطفل المحروم من العائلة.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 04-12 المؤرخ في 4 يناير 2012، يتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، جريدة رسمية مؤرخة في 29 يناير 2012، ص.7.

○ المبحث الأول: الجهات القانونية المكلفة بضمان حق الرعاية البديلة للطفل المحروم من العائلة

أكد ميثاق حقوق الطفل أن الأسرة هي البيئة الأولى والمفضلة لتنشئة الطفل ورعايته، وأن الأسرة البديلة هي الخيار الضروري عند تعذر وجود الأولى⁽¹⁾.
على هذا الأساس سنتعرض في هذا المبحث إلى المصالح المخول لها ضمان حق الرعاية البديلة للطفل المحروم من العائلة وذلك في المطلب الأول، وإلى حق الطفل المحروم من العائلة في إيوائه داخل مؤسسات مكلفة بذلك قانوناً، في المطلب الثاني.

◆ المطلب الأول: المصالح المخولة قانوناً بضمان حق الرعاية البديلة للطفل المحروم من العائلة

سنتعرض في هذا المطلب إلى مفهوم الطفل المحروم من العائلة، وإلى تحديد الأماكن المكلفة بضمان منحه الحماية البديلة عن حماية الأسرة التي حرم منها لظروف خارجة عن إرادته.

• أولاً: مفهوم الطفل المحروم من العائلة

كان الأمر رقم 76-79 المتضمن قانون الصحة العمومية الملغى بموجب القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والملغى بدوره بموجب القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة⁽²⁾، ينص على أنه يعتبر طفلاً مسعفاً كل ولد مولود من أب وأم مجهولين ووجد في مكان ما أو حمل إلى مؤسسة وديعة وهو اللقيط، الولد المولود من أب وأم معلومين ومتروك منهما ولم يمكن الرجوع إليهما أو إلى أصولهما، وهو الولد المتروك، الولد الذي لا أب له ولا

(1) طيب عمور محمد، بلشير يعقوب، الحماية القانونية للطفل مجهول النسب في التشريعات المغربية، دراسة مقارنة، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، العدد السادس، سنة 2018، ص. 72.

(2) الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن قانون الصحة العمومية، جريدة رسمية مؤرخة في 19 ديسمبر 1976، عدد 101 السنة الثالثة عشر، ص. 1392. الملغى؛ القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية مؤرخة في 17 فبراير 1985، عدد 08، ص. 176. الملغى.

أم ولا أصل يمكن الرجوع إليهم وليس له أي وسيلة للمعيشة، وهو يتيم فقير، الولد الذي سقطت عنه سلطة الأبوين بموجب تدبير قضائي وعهد بالوصاية عليه إلى الإسعاف العمومي للطفولة⁽¹⁾.

غير أن القانون رقم 11-18 المتعلق بالصحة، لم يعرف الطفل المسعف ولم يحدد أصنافه مثلما جاء في الأمر رقم 76-79 الملغى، بل اكتفى بالنص على ضرورة توفير المساعدة الطبية الاجتماعية الهادفة إلى الوقاية من التخلي عن الأطفال في الهياكل والمؤسسات المختصة، وضرورة توفير الحماية الصحية للأشخاص في وضع صعب من بينهم الأطفال الذين هم في خطر معنوي و/أو الموضوعون في المؤسسات التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني⁽²⁾.

بالتالي يعتبر طفلاً في وضع صعب وفقاً للقانون رقم 11-18 المتعلق بالصحة:

1. الطفل في خطر معنوي.

2. الطفل الموضوع في المؤسسات التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني.

3. الطفل المتخلى عنه في المؤسسات المتخصصة.

في حين القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتعلق بقانون الأسرة المعدل والمتمم، نص في المادتين 44 و45 على مجهول النسب⁽³⁾، بالأحرى يسمى لقيطاً (طيب، بلبشير، 2018، ص.72).

أما القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، بين بعض الحالات التي يكون فيها الطفل في خطر مثل فقدانه لوالديه وبقائه دون سند عائلي، أو عجز الأبوين أو من يقوم برعاية الطفل عن التحكم في تصرفاته التي من شأنها أن تؤثر على سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية⁽⁴⁾، كما نص على حق الطفل المحروم من العائلة في ضرورة توفير الرعاية البديلة من قبل الدولة⁽⁵⁾.

(1) المادة 246 من الأمر رقم 76-79، الملغى، السابق الذكر.

(2) المادتين 82 و88 من القانون رقم 11-18، السابق الذكر.

(3) المادتين 44 و45 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

(4) المادة 2 من القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، جريدة رسمية مؤرخة في 19 يوليو 2015، عدد 39، ص.4.

(5) المادة 5 فقرة 5 من القانون رقم 15-12، السابق الذكر.

هكذا يمكن تعريف الطفل المحروم من العائلة كالآتي:

يسمى كذلك "الطفل المسعف"، "الطفل في خطر"، "الطفل في وضع صعب"، وهو كل طفل في خطر بسبب فقدانه لوالديه وبقائه دون سند عائلي، أو عجز الأبوين أو من يقوم برعايته عن التحكم في تصرفاته التي من شأنها تؤثر على سلامته، أو أي سبب آخر من شأنه تعريض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية للخطر، وتم وضعه أو التخلي عنه في مؤسسات متخصصة تلتزم بواجب توفير الرعاية البديلة.

• ثانيا: تحديد الأماكن المكلفة باستقبال الطفل المحروم من العائلة

عمد المشرع الجزائري على توفير الحماية البديلة للأطفال المحرومين من العائلة منذ إصداره لقانون الصحة العمومية سنة 1976، حيث تم إنشاء ما يسمى مصلحة الإسعاف العمومي للطفولة، من بين صلاحياتها إيداع الأطفال المسعفين "المحرومين من العائلة" في دور لرعايتهم، والتي تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 80-83، وفي سنة 2012 غير الاسم إلى مؤسسات الطفولة المسعفة، وفي سنة 2018 أصبحت تسمى المؤسسات التابعة للوزارة المكلف بالتضامن الاجتماعي.

غير أن مصلحة الإسعاف العمومي للطفولة، استبدلت بمصالح أخرى تسمى المصالح المكلفة بالنشاط الاجتماعي المعنية بضمان المرافقة والتكفل بالأطفال المحرومين من العائلة.

1- مصلحة الإسعاف العمومي للطفولة

تم إنشاء مصلحة الإسعاف العمومي للطفولة بموجب الأمر رقم 76-79 المتعلق بالصحة العمومية الملغى، وأطلق عليها مصطلح أيتام الدولة، حيث كان يتم قبول الأولاد من الجنسين في هذه المصلحة بموجب مقرر صادر عن الوالي بناء على اقتراح مدير الصحة للولاية، ويمكن أن يقدم الأولاد سرا إلى مكتب ترك الأطفال المفتوح ليل نهار دون شاهد آخر سوى مندوبة القبول، ويعين الوالي بناء على اقتراح مدير الصحة المؤسسة أو المؤسسات التي

يفتح فيها مكتب لترك الأطفال، ويتعين على مندوبة القبول قبل وضع تقرير الترك أن تعلم الشخص الذي يقدم الولد عن التدابير التي اتخذتها الدولة لتدارك الترك⁽¹⁾.

كان الوالي يمارس الوصاية على أيتام الدولة والمؤسسة وينتدب مدير الصحة في الولاية للقيام بهذه المهمة، ويساعد الوصي مجلس عائلة⁽²⁾، ويتولى تسيير نقود الأيتام أمين الخزينة في الولاية، ويصادق مجلس العائلة على حسابات الوصاية⁽³⁾.

ومن الالتزامات الملقاة على عاتق مصلحة الإسعاف العمومي، إيجاد عائلة يمكن للولد أن يجد فيها نفس شروط العيش المتوفرة لولد من أفرادها، وذلك بموجب عقد كفالة⁽⁴⁾، أو إيداعه في دار للأيتام داخل الولاية ينظمها الوالي بناء على اقتراح من مدير الصحة في الولاية⁽⁵⁾.

على إثر هذا الالتزام تم إصدار المرسوم رقم 80-83 المتضمن إحداث دور للأطفال المسعفين⁽⁶⁾.

2- المصالح المكلفة بالنشاط الاجتماعي المعنية بضمان المرافقة والتكفل بالأطفال

المحرومين من العائلة

تم إنشاء مديرية النشاط الاجتماعي عن طريق تجميع المصالح المكلفة بالنشاطات الاجتماعية ضمنها، وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-471 الذي يحدد القواعد الخاصة بتنظيم مصالح النشاط الاجتماعي في الولاية وسيرها، الملغى⁽⁷⁾، وبعدها تم تعديل التسمية

(1) المادة 249 من الأمر رقم 76-79، الملغى، السابق الذكر.

(2) المواد 250، 251، 252 من القانون رقم 76-79، الملغى، السابق الذكر.

(3) المواد 253، 254، 255، 256 من القانون رقم 76-79، الملغى، السابق الذكر.

(4) المادة 257 من القانون رقم 76-79، الملغى، السابق الذكر.

(5) المادتان 257 و260 من القانون رقم 76-79، الملغى، السابق الذكر.

(6) المرسوم رقم 80-83 المؤرخ في 15 مارس 1980، يتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية مؤرخة في 18 مارس 1980، عدد 12 السنة السابعة عشر، ص.457. الملغى.

(7) المرسوم التنفيذي رقم 96-471 المؤرخ في 18 ديسمبر 1996، يحدد القواعد الخاصة بتنظيم مصالح النشاط الاجتماعي في الولاية وسيرها، جريدة رسمية مؤرخة في 25 ديسمبر 1995، عدد 83، ص.21. الملغى.

بموجب المرسوم التنفيذي رقم 10-128 إلى مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن للولاية⁽¹⁾، وأضيفت لها مهام أخرى.

حيث تسهر في مجال التكفل بالطفولة المسعفة، على توفير الوسائل الضرورية وهياكل التكفل بالأطفال المحرومين من العائلة العمومية والخاصة وضمان متابعتها ومراقبتها والعمل على إعادة إدماجهم العائلي والاجتماعي⁽²⁾.

هكذا فقد تم نقل الصلاحيات التي كانت موكلة إلى مصلحة الإسعاف العمومي للطفولة والتي كانت تحت وصاية الوالي الذي كان ينتدب مدير الصحة في الولاية للقيام بهذه المهمة، إلى المصالح المكلفة بالنشاط الاجتماعي المعنية بضمان المرافقة والتكفل بهذه الفئة من السكان، التابعة لمديرية النشاط الاجتماعي والتضامن للولاية سنة 2010 تحت وصاية الوزارة المكلفة بالتضامن الاجتماعي، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 10-128.

♦ المطلب الثاني: حق الطفل المحروم من العائلة في إيوائه داخل مؤسسات مكلفة بذلك قانونا

تعتبر مؤسسات الطفولة المسعفة مرفقا لرعاية الأطفال وتربيتهم والتكفل بهم نفسيا واجتماعيا وصحيا وتربويا⁽³⁾، تعمل أساسا على توفير الرعاية على مدار الساعة للأطفال الذين يعيشون بعيدا عن أسرهم وتحت إشراف موظفين مدفوع لهم الأجر⁽⁴⁾.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 10-128 المؤرخ في 28 أبريل 2010، يتضمن تعديل تنظيم مديرية النشاط الاجتماعي للولاية، جريدة رسمية مؤرخة في 2 مايو 2010، عدد 29، ص.5.

(2) المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 10-128، السابق الذكر.

(3) بلعيساوي الطاهر، واقع مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة - دار الطفولة المسعفة النخيل بالأبيار أنموذجا - دراسة ميدانية استكشافية، مجلة المعيار، المجلد 16، عدد 31، د.س، ص.447.

(4) بختي زهية، طاهيري نصيرة، مؤسسة الطفولة المسعفة ودورها في الرعاية والتكفل بالأطفال مجهولي النسب - دراسة بمؤسسة الطفولة المسعفة بولاية الجلفة -، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، مجلد 10، عدد 1، سنة 2017، ص.88.

• أولاً: المؤسسات المكلفة باستقبال الأطفال المحرومين من العائلة

1- دور الأطفال المسعفين

تم إحداث دور للأطفال المسعفين بموجب المرسوم رقم 80-83، الملغى، خصصت لقبول الأولاد وأيتام الدولة وإيوائهم وتربيتهم منذ ولادتهم حتى سن البلوغ، وهي مؤسسات عمومية تنشأ في كل ولاية، وكانت تحت وصاية وزارة الصحة، وكان عددها آنذاك عشرة، موزعة بين الجزائر العاصمة، الأصنام، المدية، وهران، قسنطينة، عنابة، سطيف، قالمة وتبسة. بقي هذا المرسوم ساري المفعول حتى بعد إلغاء القانون المتعلق بالصحة العمومية بموجب القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وإلى غاية إصدار المرسوم التنفيذي رقم 12-04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة. وقد خضع المرسوم رقم 80-83 قبل إلغائه لعدة تعديلات تم من خلالها إضافة دور الأطفال المسعفين أهمها التعديلات التي جاءت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-201 المؤرخ في 19 يوليو 2004، المرسوم التنفيذي رقم 07-265 المؤرخ في 9 سبتمبر 2007، المرسوم التنفيذي رقم 08-281 المؤرخ في 6 سبتمبر 2008، المرسوم التنفيذي رقم 09-327 المؤرخ في 11 أكتوبر 2009، المرسوم التنفيذي رقم 10-147 المؤرخ في 27 ماي 2010، المرسوم التنفيذي رقم 10-247 المؤرخ في 14 أكتوبر 2010⁽¹⁾.

2- مؤسسات الطفولة المسعفة

حدد المرسوم التنفيذي رقم 12-04 القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، والتي أصبحت تحت وصاية الوزير المكلف بالتضامن الاجتماعي⁽²⁾، بعدما كانت في ظل المرسوم التنفيذي رقم 80-83 الملغى تحت وصاية وزارة الصحة. تكلف هذه المؤسسات باستقبال الأطفال المسعفين منذ الولادة إلى سن ثماني عشرة (18) سنة، والتكفل بهم ليلاً ونهاراً وهذا في انتظار وضعهم في وسط عائلي.

⁽¹⁾ https://www.msnfcf.gov.dz/?p=enfance_adolesc

⁽²⁾ المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 12-04، السابق الذكر.

تلتزم المصالح المكلفة بالنشاط الاجتماعي المعنية بضمان المرافقة والتكفل بهذه الفئة من السكان، وعند الاقتضاء، إلى ما بعد 18 سنة بغرض إدماجهم الاجتماعي والمهني⁽¹⁾، وقد حدد هذا المرسوم التنفيذي سبعة وأربعون (47) مؤسسة لاستقبال الأطفال المسعفين في كافة التراب الوطني.

3- المؤسسات التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الاجتماعي

نص القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة والذي ألغى القانون رقم 85-05، السابق الذكر، في المادة 82 على هياكل ومؤسسات تتولى المساعدة الطبية الاجتماعية الهادفة إلى الوقاية من التخلي عن الأطفال، غير أن هذه الهياكل والمؤسسات لم يصدر لحد الآن مرسوم تنفيذي يبين قواعد إنشائها وسيرها وتنظيمها.

كما نصت المادة 88 عن حماية الأشخاص في وضع صعب من بينهم الأطفال الموضوعون في المؤسسات التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني.

كذلك، نصت المادة 93 منه على أن الدولة ملزمة بضمان الشروط الخاصة المتعلقة بالمراقبة والتكفل في مجال صحة الأطفال الموضوعين في المؤسسات، لاسيما منها تلك التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني، حيث يجب أن يستفيد هؤلاء الأطفال من جميع التدابير الصحية والاجتماعية والتربوية الملائمة لنموهم المنسجم واندماجهم في الأسرة والمجتمع.

على هذا الأساس، فبالرغم من تغيير المشرع مصطلح "الطفولة المسعفة" بمصطلح الأطفال الموضوعون في المؤسسات التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني"، إلا أن المرسوم التنفيذي رقم 12-04، المتعلق بالقانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، لا يزال ساري المفعول.

• ثانياً: صلاحيات المؤسسات المكلفة باستقبال الأطفال المحرومين من العائلة

تتولى المصالح المكلفة بالنشاط الاجتماعي المعنية بضمان المرافقة والتكفل بالأطفال المحرومين من العائلة مهمة إيداع هؤلاء الأطفال في مؤسسات مكلفة باستقبالهم، وبهدف توفير

(1) المادة 5 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 12-04، السابق الذكر.

حق الرعاية البديلة لهذه الفئة من المجتمع أوكل المرسوم التنفيذي رقم 04-12 للمؤسسات المكلفة باستقبال الأطفال المسعفين جملة من المهام، كما حدد صلاحيات أجهزة تسيير هذه المؤسسات، وكذا التنظيم الداخلي لها.

1- مهام وتسيير المؤسسات المكلفة باستقبال الأطفال المسعفين

أ- مهام المؤسسات المكلفة باستقبال الأطفال المسعفين

تقوم المؤسسات المكلفة باستقبال الطفولة المسعفة بما يلي:

- ضمان الأمومة من خلال التكفل بالعلاج والتمريض.
 - ضمان الحماية من خلال المتابعة الطبية والنفسية والعاطفية والاجتماعية.
 - ضمان حفظ صحة وسلامة الرضيع والطفل والمراهق على المستويين الوقائي والعلاجي.
 - تنفيذ برامج التكفل البيداغوجي والتربوي.
 - مراقبة الأطفال والمراهقين أثناء فترة التكفل قصد اندماج مدرسي واجتماعي ومهني أفضل.
 - ضمان سلامة الأطفال والمراهقين الجسدية والفكرية.
 - ضمان التنمية المنسجمة لشخصية الأطفال والمراهقين.
 - ضمان المتابعة المدرسية للأطفال والمراهقين.
 - السهر على تحضير المراهق للحياة الاجتماعية المهنية.
 - العمل على وضع الأطفال في الوسط العائلي⁽¹⁾.
- كما يستفيد الأطفال المسعفون المعوقون من التكفل في مؤسسة متخصصة حسب إعاقاتهم في المجال النفسي والطبي والتربوي⁽²⁾.

ب- أجهزة تسيير المؤسسات المكلفة باستقبال الأطفال المسعفين

يسير المؤسسات المكلفة باستقبال الأطفال المسعفين مجلس إدارة، ويديرها مدير وتزود بمجلس نفسي طبي تربوي⁽³⁾.

(1) المادة 5 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 04-12، السابق الذكر.

(2) المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 04-12، السابق الذكر.

(3) المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 04-12، السابق الذكر.

- **مجلس الإدارة:** نظمه المرسوم التنفيذي رقم 04-12 في المواد من 10 إلى غاية 16، يرأسه الوالي أو ممثله، ويتكون من عدة ممثلين لعدة مديريات، بالإضافة إلى ممثلين عن المستخدمين البيداغوجيين والمستخدمين الإداريين، وممثلين عن الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي العاملة في نفس مجال نشاطات المؤسسة، بحضور مدير المؤسسة بصوت استشاري ويتولى أمانته، يجتمع مرتين في السنة في دورتين عاديتين ويمكن أن يجتمع في دورات غير عادية، له صلاحيات محددة قانوناً⁽¹⁾.
- **المدير:** يعين بقرار من الوزير المكلف بالتضامن الوطني، له عدة مهام محددة قانوناً⁽²⁾.
- **المجلس النفسي التربوي:** يضم مجموعة من الأعضاء، يكلف بدراسة وإبداء رأيه في المسائل المرتبطة بالنشاطات البيداغوجية وبرنامج التكفل بالطفولة المسعفة⁽³⁾.

2- التنظيم الداخلي لمؤسسات الطفولة المسعفة

نص المرسوم التنفيذي رقم 04-12 على تنظيم داخلي لمؤسسات الطفولة المسعفة يحدد بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالتضامن الوطني ووزير المالية والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية⁽⁴⁾، وبالفعل صدر هذا القرار بتاريخ 22 ماي 2013⁽⁵⁾.

حيث يضم هذا التنظيم تحت سلطة مدير المؤسسة ثلاثة (03) مصالح هي كالتالي: مصلحة الاستقبال والإيواء، مصلحة النشاطات الطبية والنفسية والاجتماعية والتربوية، بالإضافة إلى مصلحة الإدارة والوسائل.

حدد القرار المشترك المؤرخ في 22 ماي 2013، مهام كل مصلحة من هذه المصالح، حتى لا يكون هناك لبس وعراقيل تضر بالطفل المسعف.

(1) المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 04-12، السابق الذكر.

(2) المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 04-12، السابق الذكر.

(3) المواد من 20 إلى 26 من المرسوم التنفيذي رقم 04-12، السابق الذكر.

(4) المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 04-12، السابق الذكر.

(5) قرار وزاري مشترك مؤرخ في 22 مايو 2013، يحدد التنظيم الداخلي لمؤسسات الطفولة المسعفة، جريدة رسمية مؤرخة في 16 يونيو 2013، عدد 31، ص.17.

وفي حالة وجود ملحقة تابعة للمؤسسة، يجب هي الأخرى أن تضم فرع الاستقبال والإيواء، والفرع الطبي والنفسي والاجتماعي والتربوي⁽¹⁾.

○ المبحث الثاني: الحماية القانونية للطفل المحروم من العائلة

نظرا للوضعية الصعبة التي يعيش فيها الأطفال المحرومين من العائلة، أقر لهم المشرع الجزائري حماية اجتماعية وحماية قضائية، من خلال الرقابة على المؤسسات المتخصصة المكلفة باستقباله، سعيا منه للخروج بهذه الفئة الهشة من المجتمع إلى بر الأمان. على هذا الأساس سنتطرق في المبحث الثاني، إلى الحماية الاجتماعية للطفل المحروم من العائلة، وإلى الحماية القضائية له.

◆ المطالب الأول: الحماية الاجتماعية للطفل المحروم من العائلة

يمكن توفير الحماية الاجتماعية للطفل المحروم من العائلة عن طريق توفير آليات لرقابة المؤسسات المكلفة باستقباله. بناء على ذلك، تخضع المؤسسات المكلفة باستقبال الأطفال المحرومين من العائلة لرقابة مركزية من طرف هيئة وطنية لحماية وترقية الطفولة، ولرقابة محلية من طرف مصالح الوسط المفتوح، بهدف توفير الحماية الاجتماعية لهاته الفئة الهشة من المجتمع.

• أولا: رقابة مركزية

تتولى الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة توفير الحماية للأطفال في خطر، حيث نص المشرع الجزائري على مجموعة من الحالات التي يكون فيها الطفل في خطر على سبيل المثال لا الحصر، ومن بين هذه الحالات فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي⁽²⁾.

(1) المادة 6 من القرار الوزاري المشترك، السابق الذكر.

(2) المادة 2 من القانون رقم 15-12، السابقة الذكر.

على هذا الأساس خص المشرع الجزائري هذه الهيئة بإطار قانوني محكم للقيام بمهامها على أكمل وجه، لاسيما مهام الرقابة على المؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة، والتي تدخل ضمنها المؤسسات المكلفة باستقبال الأطفال المسعفين.

1- الإطار القانوني للهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة

يتمثل في القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفولة، والمرسوم التنفيذي رقم 16-334 الذي يحدد شروط وكيفيات تنظيم وسير الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة⁽¹⁾.

أ- القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل

نص المشرع في القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، في الباب الثاني المسمى حماية الأطفال في خطر، في الفصل الأول منه المتعلق بالحماية الاجتماعية، بالتحديد في القسم الأول من خلال المواد 11 إلى غاية 20، على الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة. يرأس هذه الهيئة المفوض الوطني لحماية الطفولة، يكلف بالسهر على حماية وترقية حقوق الطفل، له عدة مهام من بينها مهام الرقابة والمتمثلة في قيامه بزيارة المصالح المكلفة بحماية الطفولة، وتقديم أي اقتراح كفيل بتحسين سيرها وتنظيمها⁽²⁾.

كما يجب على الإدارات والمؤسسات العمومية وكل الأشخاص المكلفين برعاية الطفولة تقديم كل التسهيلات للمفوض الوطني وأن تضع تحت تصرفه المعلومات التي يطلبها مع وجوب تقيده بعدم إفشائها للغير⁽³⁾.

كذلك يعمل المفوض الوطني على المساهمة في إعداد التقارير المتعلقة بحقوق الطفل التي تقدمها الدولة إلى الهيئات الدولية والجهوية المختصة، كما يعد تقريرا سنويا عن حالة

(1) المرسوم التنفيذي رقم 16-334 المؤرخ في 19 ديسمبر 2016، يحدد شروط وكيفيات تنظيم وسير الهيئة الوطنية

لحماية وترقية الطفولة، جريدة رسمية مؤرخة في 21 ديسمبر 2016، ص.9.

(2) المادة 14 من القانون رقم 15-12، السابق الذكر.

(3) المادة 17 من القانون رقم 15-12، السابق الذكر.

حقوق الطفل ومدى تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل، ويرفعه إلى رئيس الجمهورية، ويتم نشره وتعميمه خلال الثلاثة أشهر الموالية لهذا التبليغ⁽¹⁾.

بناء على ذلك، يتولى المفوض الوطني لحماية الطفولة ممارسة الرقابة على جميع المؤسسات التي تكلف باستقبال الطفولة بما فيها مراكز استقبال الطفولة المسعفة، بالإضافة إلى إعداد التقارير الناتجة عن ممارسة مهام الرقابة.

ب- المرسوم التنفيذي رقم 16-334، الذي يحدد شروط وكيفيات تنظيم وسير الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة

تتولى الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة فحص كل وضعية مساس بحقوق الطفل في خطر، وذلك من خلال مهام الحماية الموكلة لها إلى جانب مهام ترقية حقوق الطفل⁽²⁾. تضم هذه الهيئة تحت سلطة المفوض الوطني لحماية الطفولة: أمانة عامة، مديرية لحماية حقوق الطفل، مديرية لترقية حقوق الطفل ولجنة تنسيق دائمة⁽³⁾. بناء على ذلك، من بين المهام الموكلة لمديرية حماية حقوق الطفل متابعة الأعمال المباشرة ميدانيا، في مجال حماية الطفل، والتنسيق بين مختلف المتدخلين⁽⁴⁾. بالتالي يمكن استنتاج أن كلا من المفوض الوطني لحماية الطفولة ومديرية حماية حقوق الطفل، مخولتان قانونا لممارسة الرقابة المركزية على كافة المؤسسات المكلفة باستقبال الطفولة بما فيها المؤسسات المكلفة باستقبال الطفولة المسعفة.

2- طرق ممارسة الرقابة المركزية

يمكن ممارسة الرقابة المركزية من قبل هيئة حماية وترقية حقوق الطفل عن طريق المعاينة التي يقوم بها المفوض الوطني لحماية الطفولة، الإخطار، وتكوين اللجان الموضوعاتية.

(1) المادتين 19 و 20 من القانون رقم 15-12، السابق الذكر.

(2) المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 16-334، السابق الذكر.

(3) المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 16-334، السابق الذكر.

(4) <http://www.onppe.dz/index.php/ar/>

أ- المفوض الوطني لحماية الطفولة

من المهام المخولة للمفوض الوطني لحماية الطفولة زيارة أي هيئة أو مؤسسة مكلفة بحماية الأطفال واستقبالهم، ويجب على هذه الهيئات والمؤسسات تقديم كل المساعدات اللازمة للمفوض الوطني، كما يمكن لهذا الأخير طلب أي وثيقة أو معلومة ذات صلة بالبلاغات المتعلقة بأي طفل يحتمل أنها مصدر الخطر الذي يعاني منه الطفل⁽¹⁾.
بالتالي، يمكن للمفوض الوطني لحماية الطفولة ممارسة الرقابة المركزية عن طريق الانتقال إلى عين المكان بالأحرى القيام بزيارة إلى المؤسسة المكلفة باستقبال الأطفال، وطلب أي وثيقة أو معلومة تساعده في ممارسة مهام الرقابة المخولة له قانوناً.

ب- وضع آليات للإخطار عن أي مساس بحقوق الطفل

في بداية سنة 2018 تم فتح بريد إلكتروني للهيئة الوطنية لحماية وترقية حقوق الطفل، بهدف الإخطار عن أي مساس بحقوق الطفل، بالإضافة إلى الإخطار عن طريق الفاكس أو البريد العادي، أو عن طريق الاستقبال في مقر الهيئة.
في شهر أبريل 2018، تم إطلاق الرقم الأخضر 1111 المجاني، لتسهيل عملية الإخطار⁽²⁾.

ج- تشكيل لجان موضوعاتية

يمكن تشكيل لجان موضوعاتية تكلف على الخصوص بالتربية، الصحة، الشؤون القانونية وحقوق الطفل، العلاقة مع المجتمع المدني⁽³⁾.
على هذا الأساس تم إنشاء اللجنة الموضوعاتية الخاصة بصحة الأطفال في شهر يناير سنة 2019، تضم أطباء ومختصين، أساتذة جامعيين وأخصائيين نفسيين، تقوم هذه اللجنة بزيارات ميدانية للمؤسسات المكلفة باستقبال الطفولة، للتمكن من التقرب أكثر من الأطفال⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 16-334، السابق الذكر.

⁽²⁾ <https://elbassair.org/5491/>

⁽³⁾ المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 16-334، السابق الذكر.

⁽⁴⁾ <https://elbassair.org/5491/>

• ثانيا: رقابة محلية

يتولى الوسط المفتوح توفير الحماية الاجتماعية للأطفال في خطر على المستوى المحلي بالتنسيق مع مختلف الهيئات والمؤسسات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة، حيث أن المشرع نص في المادة 22 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل على أن مصالح الوسط المفتوح تقوم بمتابعة وضعية الطفل في خطر .

على هذا الأساس خص المشرع الجزائري هذه المصالح بإطار قانوني محكم للقيام بمهامها على أكمل وجه، لاسيما مهام الرقابة المحلية على المؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة، والتي تدخل ضمنها المؤسسات المكلفة باستقبال الأطفال المسعفين.

1- الإطار القانوني لمصالح الوسط المفتوح

نص المشرع في القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، في الباب الثاني المسمى حماية الأطفال في خطر، في الفصل الأول منه المتعلق بالحماية الاجتماعية، بالتحديد في القسم الثاني من خلال المواد 21 إلى غاية 31، على مصالح الوسط المفتوح. حيث يجب إنشاء مصلحة على الأقل في كل ولاية تتشكل من موظفين مختصين لاسيما مربين ومساعدين اجتماعيين وأخصائيين نفسانيين وأخصائيين اجتماعيين وحقوقيين، غير أن المرسوم التنفيذي الذي يبين سير وتنظيم مصالح الوسط المفتوح لم يصدر لحد الأونة (2020/02/08).

2- طرق ممارسة الرقابة المحلية

تقوم مصالح الوسط المفتوح بالمتابعة بعد إخطارها، ولا يمكن أن ترفض التكفل بطفل يقيم خارج اختصاصها الإقليمي، ثم تتأكد من الوجود الفعلي لحالة الخطر عن طريق القيام بالأبحاث الاجتماعية والانتقال إلى عين المكان، كما يمكنها أن تطلب تدخل النيابة العامة أو قاضي الأحداث.

يجب على المؤسسات المكلفة برعاية الطفولة بما فيها المؤسسات المكلفة باستقبال الطفولة المسعفة تقديم كل التسهيلات للوسط المفتوح، وتضع تحت تصرفها كل المعلومات التي تطلبها مع وجوب تقيدها بعدم إفشائها للغير .

♦ **المطلب الثاني: الحماية القضائية للطفل المحروم من العائلة**

نص المشرع الجزائري في القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل على الحماية القضائية للطفل في خطر من خلال المواد 32 إلى غاية 45. غير أنه باستقراء هذه المواد لا نجد أحكاما قانونية تنص صراحة على إمكانية توفير الحماية القضائية للطفل المحروم من العائلة عن طريق توفير آليات لرقابة المؤسسات المكلفة باستقباله.

بناء على ذلك، سنحاول من خلال هذا المطلب تحديد دور قاضي الأحداث في توفير الحماية القضائية للطفل في خطر، بالإضافة إلى استنتاج دوره في توفير الحماية للأطفال المحرومين من العائلة داخل المؤسسات المكلفة باستقبالهم.

• **أولاً: دور قاضي الأحداث في توفير الحماية القضائية للطفل في خطر**

1- الاختصاص المحلي لقاضي الأحداث

يختص إقليمياً قاضي الأحداث في نظر الدعاوى المرفوعة إليه بخصوص جميع فئات الأطفال في خطر بما فيهم الطفل المحروم من العائلة:

- أ- لمحل إقامة الطفل المعرض للخطر أو مسكنه؛
- ب- لمحل إقامة أو مسكن ممثله الشرعي؛
- ج- المكان الذي وجد فيه الطفل.

2- الأشخاص المخول لهم قانوناً رفع هذه الدعاوى أمام قاضي الأحداث

- أ- الطفل أو ممثله الشرعي؛
- ب- وكيل الجمهورية؛

- ج- الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي لمكان إقامة الطفل؛
د- مصالح الوسط المفتوح؛
هـ- الجمعيات أو الهيئات العمومية المهتمة بشؤون الطفل؛
و- قاضي التحقيق عن طريق التدخل التلقائي⁽¹⁾.

3- أوامر قاضي الأحداث التي تهدف إلى حماية الأطفال في خطر

- يمكن لقاضي الأحداث أن يتخذ خلال مرحلة التحقيق تدابير مؤقتة بموجب أمر خلال مدة لا تتجاوز ستة (06) أشهر⁽²⁾، تتمثل فيما يلي:
- أ- أمر بالحراسة المؤقتة⁽³⁾؛
ب- أمر بوضع الطفل بصفة مؤقتة في:
- مركز متخصص بحماية الأطفال في خطر؛
 - مصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة؛
 - مركز أو مؤسسة استشفائية إذا كان الطفل في حاجة إلى تكفل صحي أو نفسي⁽⁴⁾.

بعد الانتهاء من إجراءات التحقيق يمكن لقاضي الأحداث أن يتخذ تدابير بموجب أمر منها إبقاء الطفل في أسرته، تسليم الطفل لوالده أو والدته الذي لا يمارس حق الحضانة، ما لم تكن قد سقطت عنه بحكم، تسليم الطفل لأحد أقاربه، تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة.

ويجوز للقاضي أن يكلف مصالح الوسط المفتوح متابعة وملاحظة الطفل وتقديم الحماية له من خلال توفير المساعدة الضرورية لتربيته وتكوينه ورعايته، مع وجوب تقديمها تقريراً دورياً له حول تطور وضعية الطفل⁽⁵⁾.

(1) المادة 32 من القانون رقم 15-12، السابق الذكر.

(2) المادة 37 من القانون رقم 15-12، السابق الذكر.

(3) المادة 35 من القانون رقم 15-12، السابق الذكر.

(4) المادة 36 من القانون رقم 15-12، السابق الذكر.

(5) المادة 40 من القانون رقم 15-12، السابق الذكر.

كما يجوز لقاضي الأحداث أن يأمر بوضع الطفل في:

- مركز متخصص بحماية الأطفال في خطر؛
- مصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة¹؛

جميع هذه التدابير مقررة لمدة سنتين (02) قابلة للتجديد في حدود السن الجزائي، ويمكن أن تمتد إلى غاية سن واحد وعشرين سنة (21 سنة) بناء على طلب من سلم له الطفل، أو المعني بالأمر أو من تلقاء نفسه، ويمكن أن تنتهي بناء على طلب المعني بالأمر حينما يصبح قادرا على التكفل بنفسه⁽²⁾.

• ثانيا: دور قاضي الأحداث في توفير الحماية للأطفال المحرومين من العائلة داخل

المؤسسات المكلفة باستقبالهم

1- الاختصاص المحلي لقاضي الأحداث في دعاوى موضوعها الطفل المحروم من العائلة

يعتبر قاضي الأحداث لمحل تواجد المؤسسة المكلفة باستقبال الأطفال المسعفين "الأطفال المحرومين من العائلة"، والتي تشكل محل إقامة الطفل المحروم مختصا إقليميا في نظر الدعاوى المرفوعة إليه والتي يكون موضوعها طفل محروم من العائلة.

كذلك يعتبر قاضي الأحداث للمكان الذي وجد فيه الطفل المحروم من العائلة مختصا في نظر الدعاوى المرفوعة إليه والتي يكون موضوعها طفل محروم من العائلة، غير متواجد بمؤسسة من المؤسسات المكلفة باستقبال الأطفال المسعفين.

2- الأشخاص المخول لهم قانونا رفع هذه الدعاوى أمام قاضي الأحداث

أ- الطفل الذي يتعرض لمساس بحقوقه داخل المؤسسة المكلفة باستقباله؛

ب- وكيل الجمهورية؛

ج- الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي لمكان إقامة الطفل، بالأحرى لمكان تواجد

المؤسسة المكلفة باستقبال الطفل المحروم من العائلة؛

د- مصالح الوسط المفتوح؛

(1) المادة 41 من القانون رقم 15-12، السابق الذكر.

(2) المادة 42 من القانون رقم 15-12، السابق الذكر.

هـ- الجمعيات أو الهيئات العمومية المهمة بشؤون الطفل في حال إخطارها؛
و- قاضي التحقيق عن طريق التدخل التلقائي.

3- أوامر قاضي الأحداث التي تهدف إلى حماية الأطفال المحرومين من العائلة

لم ينص المشرع صراحة على هذه الأوامر لكن يمكن استنتاجها انطلاقاً من الأوامر التي يصدرها قاضي الأحداث التي تهدف إلى حماية الأطفال في خطر، والتي سبق تحليلها. بناء على ذلك، يمكن لقاضي الأحداث أن يتخذ خلال مرحلة التحقيق تدابير مؤقتة بموجب أمر خلال مدة لا تتجاوز ستة (06) أشهر⁽¹⁾، تتمثل فيما يلي:

أ- أمر بالحراسة المؤقتة، عن طريق اتخاذ تدبير تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة؛

ب- أمر بوضع الطفل المحروم من العائلة بصفة مؤقتة في مؤسسة مكلفة باستقبال الطفولة المسعفة؛

- مركز أو مؤسسة استشفائية إذا كان الطفل في حاجة إلى تكفل صحي أو نفسي. بعد الانتهاء من إجراءات التحقيق يمكن لقاضي الأحداث أن يتخذ تدابير بموجب أمر بهدف تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة.

ويجوز للقاضي أن يكلف مصالح الوسط المفتوح متابعة وملاحظة الطفل وتقديم الحماية له من خلال توفير المساعدة الضرورية لتربيته وتكوينه ورعايته، مع وجوب تقديمها تقريراً دورياً له حول تطور وضعه الطفولي.

كما يجوز لقاضي الأحداث أن يأمر بوضع الطفل في مؤسسة مكلفة باستقبال الطفولة المسعفة.

جميع هذه التدابير مقررة لمدة سنتين (02) قابلة للتجديد في حدود السن الجزائي، ويمكن أن تمدد إلى غاية سن واحد وعشرين سنة (21 سنة) بناء على طلب من سلم له الطفل، أو المعني بالأمر أو من تلقاء نفس قاضي الأحداث، ويمكن أن تنتهي بناء على طلب المعني بالأمر حينما يصبح قادراً على التكفل بنفسه.

(1) المادة 37 من القانون رقم 15-12، السابق الذكر.

○ الخاتمة

تسعى الدولة الجزائرية إلى توفير الحماية للأطفال المحرومين من العائلة، من خلال ترسانة من الأحكام القانونية، لأن هذه الفئة الهشة من المجتمع تعاني على جميع الأصعدة النفسية، الاجتماعية، الطبية والتربوية.

يمكن استنتاج أن المشرع الجزائري استغنى عن مصطلح "الطفولة المسعفة" في قانون الصحة لسنة 2018، والذي كان ينص عليه في الأمر رقم 76-79، المتعلق بالصحة العمومية، والذي نص عليه كلا من المرسوم التنفيذي رقم 80-83، الملغى، السابق الذكر، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 12-04، السابق الذكر، الساري المفعول، واستبدله بمصطلح "الأطفال الموضوعون في المؤسسات التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني"، وهم بذلك يشكلون فئة الأطفال المحرومون من العائلة.

يمكن كذلك، استنتاج أن المشرع لم يخضع المؤسسات المكلفة باستقبال الطفولة المسعفة إلى رقابة مركزية ومحلية اجتماعية خاصة بها، وإنما تخضع لرقابة الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة ورقابة مصالح المفتوح، شأنها في ذلك شأن مختلف الإدارات والمؤسسات المكلفة باستقبال ورعاية الطفولة، كما أنه بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة أنها تخضع لرقابة قاضي الأحداث، إلا أنه يمكن لهذا الأخير حماية الأطفال المحرومين من العائلة الذين تأويهم المؤسسات المكلفة باستقبالهم ورعايتهم، وذلك بتكليف مصالح الوسط المفتوح بمتابعة وملاحظة الطفل وتقديم الحماية له من خلال توفير المساعدة الضرورية لتربيته وتكوينه ورعايته، مع وجوب تقديمها تقريراً دورياً له حول تطور وضعه الطفل.

هكذا فإن الدولة الجزائرية بذلت مجهودات معتبرة في مجال حماية الطفل بصفة عامة والطفل المحروم من العائلة بصفة خاصة، لتيقنها أن هاته الفئة الهشة من المجتمع تحتاج إلى تكفل نفسي، تربوي وصحي، حتى تنمو وتترعرع في ظروف جيدة شأنها في ذلك شأن فئة الأطفال التي تنشأ وتترعرع في كنف أسرهم.

تحديد مسؤولية الناقل البحري للبضائع في ظل قانون التجارة البحرية المصري رقم 8 لسنة 1990 واتفاقية هامبورج لسنة 1978 وقواعد روتterdam لسنة 2008

د. آسر محمد أبوضيف أمين⁽¹⁾

من المقطوع به أن موضوع عقد النقل البحري يحتل عقل الكثير من المشرعين أو المهتمين بأموره؛ ويرجع السبب في ذلك إلى أن عقد النقل البحري، مازال حتى الآن يتسيد كافة التصرفات القانونية في وسائل النقل عبر الدول مهما عظم شأنها⁽²⁾، ومما لا ريب فيه أن مسؤولية الناقل البحري تعد من أهم موضوعات عقد النقل البحري للبضائع، بل إن أغلب المنازعات تدور حول هذا الموضوع؛ لذلك فهو محل اهتمام من التشريعات الوطنية ومن الجماعة الدولية ومن الفقه - المصري والمقارن - فرغم ما تتعرض له السفينة أثناء الرحلة البحرية من مخاطر جسيمة ولحوادث الملاحة البحرية بآثارها الوخيمة على البضائع المشحونة التي تفضى كثيراً إلى الهلاك؛ إلا أن مسؤولية الناقل البحري تأخذ أقصى مداها في الأهمية من بين موضوعات القانون البحري⁽³⁾.

والمسؤولية تنعقد إذا أخل الناقل البحري بالتزاماته تجاه الشاحن، فهو ملتزم بضمان وصول الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل إليه، وهو التزام بتحقيق نتيجة كما عبرت عنه محكمة النقض المصرية حيث قضت أن " التزام الناقل البحري هو التزام بتحقيق غاية هي تسليم البضاعة المشحونة كاملة وسليمة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول أياً كانت الطريقة المتفق

⁽¹⁾ أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد قسم القانون الخاص كلية الحقوق جامعة الملك فيصل المملكة العربية السعودية.

⁽²⁾ د. سميحة القليوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 207.

⁽³⁾ د. هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 265.

عليها في العقد لهذا التسليم وكان عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر خطأ يرتب مسؤوليته التي لا يدرؤها عنه إلا أن يثبت السبب الأجنبي الذى تنتفى به علاقة السببية وهذا السبب قد يكون حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو الغير⁽¹⁾.

وهذه المسؤولية لا ترتفع عنه إلا إذا أثبت أن إخلاله بالالتزامه يرجع إلى العيب الذاتى فى الأشياء المنقولة أو بسبب قوة قاهرة أو خطأ من المرسل، ولا ينقضى عقد النقل إلا بتسليم الأشياء المنقولة إلى المرسل إليه تسليمياً فعلياً وقد قضت محكمة النقض فى هذا الشأن بأن " لا ينقضى عقد النقل إلا بتسليم الأشياء المنقولة إلى المرسل إليه ومن ثم فإن التزام الناقل لا ينقضى بوصول تلك الأشياء إلى جهة الوصول ولو أخطر المرسل إليه بوصولها وأعذر باستلامها طالما أنه لم يستلمها فعلاً"⁽²⁾.

وإذا انعقدت مسؤولية الناقل البحرى فعلاً بأن أخل بالتزاماته فإنه يلتزم بالتعويض، ولكن هذا التعويض حدده قانون التجارة البحرية بمبالغ قصوى أيّاً كان نوع هذه المسؤولية، وهو أمر مُتبع أيضاً فى الاتفاقيات الدولية وذلك مقابل إعفاء الناقل البحرى من إدراج شروط إعفاء من المسؤولية فى سند الشحن⁽³⁾.

ولاشك أن تقرير المسؤولية المحدودة للناقل البحرى ميزة بالغة الأهمية لمشروعات النقل البحرى، ذلك أن تحجيم مبالغ التعويضات فى حدود معينة يخفف من الآثار الوخيمة التى تترتب على مسؤولية الناقل وبصفة خاصة فى الأحوال التى تتعرض فيها السفينة لكارثة بحرية⁽⁴⁾.

وفى هذا المجال تقف الاتفاقيات الدولية - أيضاً - فى جانب الناقل لتخفف عنه عبء المسؤولية المفترضة، فلم تلزمه بتعويض الضرر كله وإنما هوّنت عليه الأمر بوضع حد أعلى للتعويض لكى لا ينوء تحت ثقل المسؤولية فيعجز عن مواصلة نشاطه البحرى، ولاسيما أن خطأ واحداً فى هذا النشاط قد يُحدث من الأضرار ما يشكل تعويضها مبالغ ضخمة لا يستطيع

(1) الطعن رقم 5067 سنة 65 ق جلسة 10 / 6 / 2002.

(2) الطعن رقم 353 سنة 32 ق جلسة 15 / 12 / 1966.

(3) د. كمال حمدى، مسؤولية الناقل البحرى للبضائع فى قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 177، بند 108.

(4) د. هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، ص 278.

الناقل مواجهتها، ثم إن إطلاق التعويض دون حدود ينجم عنه ارتفاع أسعار التأمين ضد المسؤولية، ومن ثمّ زيادة أعباء الناقل المالية⁽¹⁾.

وقد حرص المشرع المصرى على تقرير استنقادة أشخاص آخرين والذين يستعين بهم الناقل فى تنفيذ عقد النقل من التحديد للمسئولية المقررة للناقل البحرى حتى لا يكون للمضرور ذريعة للإلتفاف حول مبدأ تحديد المسؤولية المقرر فى القانون بالرجوع على من يكون مسئولاً عنهم الناقل فى تنفيذ عملية النقل، وهذا التقرير منصوص فى الفقرة الأولى من المادة 235، والفقرتين الثانية والثالثة من المادة 243 من قانون التجارة البحرية المصرى.

ومن هذا المنطلق فإن الباحث يخصص هذه الدراسة للحديث عن التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى فى قانون التجارة البحرية المصرى رقم 8 لسنة 1990، وإذا كان المشرع المصرى قد استعان بأغلبية أحكام مسئولية اتفاقية هامبورج 1978 كما أنها المطبقة فى مصر منذ 1997/12/1⁽²⁾، فإن ذلك يدعو الباحث لإدراج ما ورد فى الاتفاقية المذكورة بصدد التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى دونما الدخول فى تفاصيل أحكام تلك الاتفاقية فى هذا الصدد، كذلك سيتم إدراج ما ورد فى هذا الشأن بقواعد روتردام 2008 بإعتبارها أحدث اتفاقية فى النقل البحرى رغم عدم دخولها حيز النفاذ حتى الآن⁽³⁾.

(1) د. محسن شفيق، الجديد فى القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر، دار النهضة العربية، القاهرة ، بدون سنة نشر، ص98، بند 83.

(2) د. كمال حمدي، القانون البحرى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص414، بند 624.

(3) قواعد روتردام هى أحدث اتفاقية دولية تُعنى بالممارسات العملية الحديثة فى مجال النقل البحرى، وتم إقرار مشروعها من الجمعية العامة للأمم المتحدة فى 11 ديسمبر 2008 فى صورة اتفاقية دولية، وقد أقرت الجمعية العامة الاسم الرسمى للاتفاقية وهو "اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود نقل البضائع الدولية بالبحر كلياً أو جزئياً" بيد أنها قد أوصت أن يطلق على هذه الاتفاقية "قواعد روتردام" لتكون تسمية غير رسمية لها.

وقد أقامت الحكومة الهولندية احتفالاً كبيراً يوم 23 سبتمبر 2009 فى مدينة روتردام ودعت إليه كافة دول العالم للإحتفال بإبرام الاتفاقية والتوقيع عليها، وقد حضر ممثلون لتسع عشرة دولة. وتجدر الإشارة فى هذا الصدد أن إجمالى الدول الموقعة على الاتفاقية حتى الآن إحدى وعشرون دولة هم "أرمانيا - الكونغو - الدنمارك - فرنسا - الجابون - غانا - اليونان - غينيا - هولندا - نيجيريا - النرويج - بولندا - السنغال - أسبانيا - سويسرا - توجو - أمريكا - الكاميرون - مدغشقر - النيجر - مالى " انظر د. شريف محمد غنام، التزامات الشاحن ومسئوليته فى قواعد نوتردام 2008 لنقل البضائع دولياً عبر البحر، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2012، ص15، بند 624.

• أهمية البحث

يساعد هذا البحث جمهور الباحثين على فهم الموضوع محل البحث من خلال توضيح نقاط الالتقاء والإختلاف. كما يسعى البحث إلى استخراج المفاهيم القانونية من النصوص بصورة منهجية معتمدا على التحليل الفكري والمعرفي.

• مشكلة البحث

ترتبط مشكلة البحث بإبراز أهمية وضع حد أقصى للتعويض الذى يجب على الناقل البحرى أدائه سواء فى القانون المصرى أو الإتفاقيات الدولية عن طريق المقارنة بين القانون المصرى وقواعد هامبورج واتفاقية روتردام والوصول إلى نتائج متمخضة عن تلك المقارنة يستفيد منها جمهور الباحثين وللوصول إلى تلك النتائج ينبغى إثارة بعض التساؤلات ومناقشتها، فما المسئولية التى يسرى عليها الحد الأقصى للتعويض ومقدارها؟ ومن المستفيدون منها؟ وماهى الأحوال المستثناة؟ كل ذلك فى ظل القانون المصرى وأحدث الإتفاقيات الدولية للنقل البحرى فى هذا الشأن.

• أهداف البحث

تسهيل مهمة القراء وجمهور الباحثين فى هذا المجال، فهم أوجه الإختلاف بين الإتفاقيات الدولية والقانون المصرى فى الموضوع محل البحث ومساعدة جمهور الباحثين فى استنتاج العلاقات والروابط بين القانون المصرى والاتفاقيات الدولية فى هذا المجال، وذلك من خلال تطبيق المنهج المقارن.

• منهج البحث

يقوم هذا البحث على المنهج المقارن والذي يقوم الباحث من خلاله بتجميع أوجه التلاقي والإختلاف بين التشريع المصرى وأحدث اتفاقيتان دوليتان للنقل البحرى.

• خُطة البحث

إن التشريعات البحرية الدولية منها والوطنية تُعنى منذ القدم بتحقيق التوازن بين مصالح الناقلين ومصالح الشاحنين وقد راعى قانون التجارة البحرية المصرى مصالح الشاحنين بتشديد

مسئولية الناقل باعتبارها مسؤولية مفترضة أو موضوعية وهو نظام مسؤولية أقوى حتى مما تنص عليه اتفاقية هامبورج - والتي تصدق عليها مصر - باعتبار أساس مسؤولية الناقل وفقاً للاتفاقية المذكورة الخاطأ المفترض، وهو نفس النهج الذى نهجه المشرع الدولى بالنسبة لقواعد روتردام 2008، ذلك فضلاً عن بطلان شروط إعفاء الناقل من المسؤولية فى القانون المصرى والاتفاقيات الدولية.

ولكن فى المقابل - كما ذكر الباحث من قبل - راعى القانونى البحرى المصرى والاتفاقيات الدولية أيضاً مصالح الناقلين بتحديد مسؤوليتهم بمبالغ قصوى حتى يستطيع الناقلون مواصلة نشاطهم البحرى، ومع ذلك لا تكون مصالح الناقلين جديرة بالحماية إلا إذا كانوا يتمتعون بحسن النية فى مزاوله نشاط النقل البحرى للبضائع، فإن لم يكونوا كذلك فإن المشرع المصرى - والدولى أيضاً - قرر عدم تحديد مسؤولية الناقل البحرى ولا يجوز التمسك بأحكام تحديد المسؤولية بإهدارهم مبدأ حسن النية فى أثناء أداء عملية النقل.

وإذا كانت الدراسة تنصب على موضوع تحديد مسؤولية الناقل البحرى فى قانون التجارة البحرية المصرى وكذا الإشارة إلى ماورد فى هذا الشأن باتفاقية هامبورج 1978 وقواعد روتردام 2008، فإن الباحث سيقسم هذه الدراسة إلى مبحثين:

- المبحث الأول: المسؤولية التى يسرى عليها التحديد القانونى ومقدار حدها الأقصى.
- المبحث الثانى: المستفيدون من تحديد المسؤولية والأحوال المستثناه من التحديد.

○ المبحث الأول: المسؤولية التى يسرى عليها التحديد القانونى ومقدار حدها الأقصى

سيتناول الباحث فى هذا المبحث مسألتين وهما أنواع المسؤولية التى يسرى عليها الحد الأقصى للتعويض فى حالة انعقاد مسؤولية الناقل البحرى، والمقدار المقرر لهذا الحد وذلك على مطلبين:

- المطلب الأول: المسؤولية التى يسرى عليها التحديد القانونى.
- المطلب الثانى: مقدار الحد الأقصى للتعويض.

♦ المطلب الأول: المسؤولية التي يسرى عليها التحديد القانوني

• أولاً: في قانون التجارة البحرية

عرضت الفقرة الأولى من المادة 233 من قانون التجارة البحرية لتحديد مسؤولية الناقل البحري، وبدأت تلك الفقرة بعبارة "تحدد المسؤولية أيّاً كان نوعها....".
ويعنى ذلك أن التحديد الذي توردته المادة المذكورة يسرى على المسؤولية سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية أو ناشئة عن حراسة الأشياء أو عن أي سبب آخر⁽¹⁾.
وتحديد المسؤولية المذكور يكون على الضرر الحاصل للبضاعة، فقد يكون الضرر مادياً كالهلاك أو التلف كما هو منصوص عليه في المادة 1/233 من قانون التجارة البحرية التي نصت على أنه "تحدد المسؤولية أيّاً كان نوعها عن هلاك البضائع أو تلفها....". وقد يكون الضرر حكماً كما هو الشأن في المسؤولية عن التأخير وهو ما أشارت إليه صراحةً نص المادة 240 من ذات القانون حيث نصت على أنه "يسأل الناقل عن التأخير في تسليم البضاعة إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه".

وسريان التحديد القانوني للمسؤولية بالنسبة لحالة الهلاك أو تلف تكون في إطار النطاق الزمني لمسؤولية الناقل، وهي الفترة التي تكون فيها البضائع في حراسة الناقل منذ أن يتسلمها في ميناء الشحن، وحتى قيامه بتسليمها في ميناء التفريغ، وقد تم تقرير ذلك في المادة 1/227 من قانون التجارة البحرية، أما فيما هو خارج هذا النطاق فلا تسرى عليه أحكام تحديد المسؤولية المقررة في القانون البحري، ولكن تسرى القواعد العامة التي يتقرر فيها جبر كامل الضرر.
والجدير بالذكر في هذا الصدد أن نطاق تطبيق أحكام المسؤولية يخرج منها نوعان من النقل، أولهما النقل الساحلي وهو الذي يتم بين موانئ الجمهورية ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك، وكذلك النقل بموجب عقد إيجار إلا إذا صدر سند شحن تنفيذاً لهذا النقل وذلك بموجب المادة 2/227 والتي نصت على عدم سريان أحكام المنصوص عليها على هذين النوعين من النقل.
ويجب القول أنه لا يجوز التمسك بهذا التحديد إلا على الشاحن أو المرسل إليه حامل سند الشحن، دون الغير الذي يصيبه ضرر من تنفيذ عقد النقل، ويجب القول أيضاً أن للناقل أن يتمسك بتحديد المسؤولية على الشاحن أو المرسل إليه وكذلك ولورفعت الدعوى على تابعي

(1) د. كمال حمدي، القانون البحري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 2007، ص 512، بند 756.

الناقل، إذ يجوز مقاضاة هؤلاء التابعين في حالات معينة، فتتضمن المادة 235 بأنه "إذا أقيمت دعوى المسؤولية عن هلاك البضائع أو تلفها على أحد تابعي الناقل جاز لهذا التابع أن يتمسك بحالات الإعفاء من المسؤولية وتحديدها، بشرط أن يثبت أن الخطأ الذي ارتكبه وقع حال تأدية وظيفته أو بسببها⁽¹⁾".

• ثانياً: اتفاقية هامبورج

وفيما يتعلق باتفاقية هامبورج لسنة 1978 فإن المادة 1/7 من الاتفاقية تنص على أنه "تسرى الدفوع وتبقى حدود المسؤولية المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، في أية دعوى تقام على الناقل فيما يتعلق بهلاك أو تلف البضائع المشمولة بعقد النقل البحري، وكذلك فيما يتعلق بالتأخير في التسليم، سواء كانت الدعوى على أساس المسؤولية التعاقدية أو على أساس المسؤولية التقصيرية أو خلاف ذلك"، وهو ما قرره أيضاً قانون التجارة البحرية.

أما عن النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري في الاتفاقية، هو نفس نطاق المسؤولية المنصوص عليها في قانون التجارة البحرية، فقد نصت المادة 74 من الاتفاقية على أنه "مسؤولية الناقل عن البضائع بموجب هذه الاتفاقية تشمل المدة التي تكون فيها البضائع في عهدة الناقل في ميناء الشحن وفي أثناء النقل وفي ميناء التفريغ"⁽²⁾.

وأقصد اتفاقية هامبورج من الخضوع لأحكامها مشارطات الإيجار إلا في حالة صدور سند شحن يرتكن إلى مشاركة إيجار، فهنا تسرى أحكام الاتفاقية على مثل هذا السند الذي

(1) د. على جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، دار النهضة، القاهرة، 1992، ص546، بند 538.

(2) ويرى البعض أن المادة الرابعة من الاتفاقية تهدف إلى توسيع نطاق تطبيق نصوص الاتفاقية، وإذا كانت المادة تشير إلى أخذ الناقل البضائع في عهده في ميناء الشحن، فإن ذلك لا يمنع ما يجري عليه العمل في حالة النقل لحاوية كاملة الحمولة، أن يتم أخذها في عهدة الناقل في نقطة داخلية وليس في ميناء الشحن ويطلق على هذه الحالة "حاوية تعبئة المصنع"، د. أحمد محمود حسنى، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998، ص55، ص56. ويختلف الباحث مع هذا الرأي؛ لأنه لو تم الأخذ بهذا الرأي فمؤداه أن الاتفاقية يدخل في نطاقها النقل المتعدد الوسائط وهو أمر مردود؛ لأن في عام 1980 ظهرت اتفاقية خاصة للنقل المتعدد الوسائط وهي اتفاقية الأمم المتحدة للنقل الدولي المتعدد الوسائط والملقبة باتفاقية "جنيف" 1980 وهي مستنبطة من اتفاقية هامبورج 1978 وأحكامها إلى حد كبير تعتبر مماثلة لاتفاقية هامبورج، فلو كان هذا الرأي معتبراً ما كان هناك حاجة لسن اتفاقية جنيف 1980 من الأمم المتحدة؛ لذلك فإن اتفاقية هامبورج لم تتطرق لهذا الشكل من النقل؛ لإدراك أن النقل المتعدد الوسائط سيفرد له اتفاقية خاصة به.

ينظم العلاقة بين الناقل وحامل السند إذا لم يكن هذا الأخير هو المستأجر كما نصت المادة 3/2 من الاتفاقية وذلك نفس ما ورد في المادة 2/227 من قانون التجارة البحرية. وحيث إن اتفاقية هامبورج اتفاقية دولية خاصة بالنقل الدولي للبضائع بحراً، فإنها لا تطبق على الملاحة الساحلية، وهذا الحكم مقرر أيضاً في المادة 3/227 من قانون التجارة البحرية المصري.

• ثالثاً: قواعد روتردام

وبخصوص قواعد روتردام 2008 فإن المادة 1/17 نصت على أنه "يكون الناقل مسؤولاً عن هلاك البضائع أو تلفها وكذلك عن التأخير في التسليم..." ونصت المادة 1/4 أيضاً على أنه "يكون أى حكم في هذه الاتفاقية يمكن أن يوفر وسيلة دفاع للناقل أو أن يحد مسؤوليته منطبقاً في أية دعوى قضائية أو إجراء تحكيمى يقام سواء على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية...". ومن هنا يتضح إنطباق قواعد روتردام على المسؤولية عن الهلاك أو التلف أو التأخير سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية أو غير ذلك، وهو ما يتطابق مع اتفاقية هامبورج وقانون التجارة البحرية المصري.

بيد أن قواعد روتردام وسّعت من النطاق الزمني لمسئولية الناقل حيث نصت في المادة 1/12 على أنه "تبدأ مدة مسؤولية الناقل البحري للبضائع بمقتضى هذه الاتفاقية عندما يتسلم الناقل أو أى طرف منفذ البضائع بغرض نقلها وتنتهى عندما تُسلم البضائع" ومؤدى ذلك أن مسؤولية الناقل بشأن البضائع تشمل نطاقاً زمنياً يتحدد منذ استلام الناقل أو أى طرف منفذ البضائع لنقلها ولو خارج ميناء الشحن وتسليمها في المكان المتفق عليه ولو خارج ميناء التفريغ، وهو ما يعكس مدى اتساع فترة مسؤولية الناقل ليس كما هو الحال في اتفاقية هامبورج وقانون التجارة البحرية المصري والتي تكون مسؤولية الناقل فيهما من وقت تلقى الناقل البضاعة في ميناء الشحن وتسليمها في ميناء التفريغ تحديداً.

وأخرجت أيضاً الاتفاقية مشارطات الايجار - كما هو متبع باتفاقية هامبورج وقانون التجارة البحرية - من أحكامها وذلك وفقاً للمادة 1/6 منها والتي نصت على أنه "لا تنطبق هذه الاتفاقية على عقود مشارطات إيجار السفن في النقل الملاحي المنتظم".

أما عن النقل نفسه فإن قواعد روتردام تُعنى بالنقل الدولي للبضائع عبر الحدود، ولا تطبق على الملاحة الساحلية، وهو ما يتفق أيضاً مع اتفاقية هامبورج وقانون التجارة البحرية المصري.

♦ **المطلب الثاني: مقدار الحد الأقصى للتعويض**

• **أولاً: قانون التجارة البحرية**

يبين قانون التجارة البحرية مقدار الحد الأقصى لمسئولية الناقل البحري أو التحديد القانوني لمسئوليته، وذلك التحديد ليس تحديداً جزائياً كما أنه لا يعد شرطاً جزائياً⁽¹⁾، وقد نصت المادة 233 من قانون التجارة البحرية على أنه:

1- "تحدد المسئولية أياً كانت نوعها عن هلاك البضائع أو تلفها بما لا يجاوز ألفي جنيه عن كل طرد أو وحدة شحن أو بما لا يجاوز ستة جنيهات عن كل كيلو جرام من الوزن الإجمالي للبضاعة، أى الحدين أعلى".

2- "وإذا جمعت الطرود أو الوحدات في حاويات وذكر في سند الشحن عدد الطرود أو الوحدات التي تشملها الحاوية عدُّ كل منها طرداً أو وحدة مستقلة فيما يتعلق بتعيين الحد الأقصى للمسئولية، وإذا لم تكن الحاوية مملوكة للناقل أو مقدمة منه وهلكت أو تلفت، اعتبرت طرداً أو وحدة مستقلة".

أما الضرر الناتج عن التأخير في تسليم البضائع أو جزء منها فإن الحد الأقصى للتعويض هو نفس الحد المقرر للضرر الناشئ عن الهلاك أو التلف وذلك ما نصت عليه المادة 3/240 من ذات القانون حيث نصت على أنه "لا يجوز أن يزيد مبلغ التعويض الذي يحكم به على الناقل في حالة التأخير في تسليم البضائع أو جزء منها على الحد الأقصى للتعويض المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 233 من هذا القانون".

ويجب القول إذا كان الضرر الحقيقي يتعدى الحد المذكور، فلا يحصل المضرور إلا على المقدار المحدد قانوناً ولا يلتزم الناقل بدفع ما يزيد عن الحد الأقصى أما إذا كان الضرر اللاحق بالبضاعة أقل من الحد القانوني المذكور - ألفي جنيه للوحدة أو ستة جنيهات عن

(1) د. كمال حمدي، مسئولية الناقل البحري للبضائع في قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990، ص120، بند111.

كل كيلوجرام من البضائع - فليس للمضرور تعويض إلا بمقدار ما لحقه من ضرر، وهنا على الناقل دفع ما يجبر الضرر الفعلى⁽¹⁾.

ويقع على عاتق الشاحن أو المرسل إليه إثبات مقدار الضرر الحاصل فعلاً لكل طرد أو وحدة وذلك طبقاً للقواعد العامة، ويقدر التعويض على أساس قيمة البضائع في المكان والزمان اللذين تم فيهما التفريغ من السفينة، أو اللذين كانا ينبغي التفريغ فيهما، وتحدد قيمة البضائع طبقاً لثمن السوق في ميناء الوصول وقت التفريغ⁽²⁾.

ويتم احتساب الحد الأقصى للتعويض - كما بين الباحث آنفاً - على أساس ما لا يجاوز ألفي جنيه عن كل طرد أو وحدة شحن وبما لا يجاوز ستة جنيهات عن كل كيلو جرام من الوزن الإجمالي للبضاعة، أي الحديد أعلى، فلو فرض أن عدد الطرود الهالكة كان عشرة طرود ووزنها الإجمالي 5000 كيلو جرام فإن الحد الأقصى للتعويض يكون عشرين ألف جنيه إذا تم حسابه على أساس عدد الطرود، أو ثلاثين ألف جنيه إذا تم حسابه على أساس الوزن الإجمالي، ومن ثم تتحدد مسؤولية الناقل بأعلى الحديد أي بمبلغ ثلاثين ألف جنيه⁽³⁾.

ولئن كان الأمر كذلك، فهذا يجعل الباحث يتطرق إلى تحديد معاني المصطلحات الآتية: الطرد، وحدة الشحن، والحاوية.

• أولاً - الطرد: هو الشحنة المتفردة التي يكون لها ذاتيتها ويتسلمها الناقل بذاتها مستقلة عن غيرها من الشحنات، فقد يأخذ الطرد شكل صندوق أو كيس أو جوال أو كرتونة أو مغلّف من القماش، ويتضمن سند الشحن عدد هذه الطرود وما يميزها من علامات⁽⁴⁾.
وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن معنى الطرد بأنه "البضاعة التي تكون قد شحنت بعد حزمها في حزمة واحدة أو أكثر سواء تم تغليفها بورق أو ماشابه أو بوضعها في صندوق مثلاً أو في أجولة أو تم الاكتفاء بتحزيمها بأربطة شنابر بحيث تكون كل حزمة منها معينة

(1) د. محمود مختار بربرى، قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 386، بند 384.

(2) د. عاطف الفقى، قانون التجارة البحرية، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، 2007، ص 352.

(3) د. مصطفى كمال طه، القانون البحرى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 337، بند 400.

(4) د. محمود مختار بربرى، قانون التجارة البحرية، ص 384، بند 383.

بذاتها، وهذه الطرود يذكر عددها في سند الشحن، وعلى أساسه يتحدد الحد الأقصى لمسئولية الناقل عن هلاك البضاعة أو تلفها في أثناء الرحلة البحرية⁽¹⁾.

• **ثانياً- وحدة الشحن:** المقصود بها الأساس المُتَّبَع في تحديد حجم أو وزن البضاعة فقد تكون الوحدة هي المتر أو الطن أو الأردب أو الجرام أو الكيلوجرام⁽²⁾.

وقد عبرت محكمة النقض المصرية أيضاً عن معنى الوحدة بأنها "وحدة الوزن أو المقاس أو الحجم أو الكيل المثبت بسند الشحن بالنسبة للبضائع التي تشحن جملة دون ربط أو تغليف والتي لا تُمَيِّزُ إلا بوزنها أو قياسها أو عددها، وفي هذه الحالة تتخذ الوحدة المثبتة في سند الشحن أساساً لتقدير التعويض عن الهلاك أو التلف الذي يصيب الشحنة"⁽³⁾.

• **ثالثاً- الحاوية:** تُعرَّف الحاوية من شقين، الشق المادى والشق القانونى، فبالنسبة للشق المادى فهي عبارة عن وعاء أو صندوق متنوع السعة والشكل، يتم تصنيعه خصيصاً لتجميع البضائع بداخله سائبة أو مغلقة تغليفاً بسيطاً بغرض نقلها من مكان لآخر⁽⁴⁾.

أما الشق القانونى، فقد ثار خلاف حول التكييف القانونى للحاوية المنقولة على السفن ما إذا كانت من ملحقات السفينة أو من ملحقات البضاعة التي تتجمع بداخلها.

والراجح فقهاً وقضاءً - وهو ما يؤيده الباحث - أن الحاوية لا يمكن اعتبارها جزءاً من السفينة أو إدراجها في عداد البضاعة، لكنها عبارة عن مال يتخذ شكل التغليف، غاية الأمر أنها ليست كالتغليفات الأخرى العادية بل هي تغليف ذو طبيعة خاصة⁽⁵⁾.

ويثور التساؤل في حالة النقل بالحاويات، هل تعتبر الحاوية بما تحتويه من طرود وحدة شحن واحدة أم أن العبارة بعدد الطرود؟ وإذا هلك الحاوية ذاتها أو تلفت فهل تعتبر طروداً وتدخل في تقدير الحد الأقصى للتعويض؟

(1) الطعن رقم 1229 لسنة 53 ق جلسة 26/12/1988.

(2) د. محمود مختار بربرى، ص 384، بند 383.

(3) الطعن 862 سنة 55 ق جلسة 17/2/1992.

(4) د. محمد السيد الفقى، تطور قواعد قانون النقل البحرى تحت تأثير استخدام الحاويات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 10.

(5) المرجع السابق، ص 16.

فى حقيقة الأمر إن كل طرد يعتبر وحدة شحن قائمة بذاتها بشرط أن يذكر عدد الطرود فى سند الشحن، وإلا أعتبرت الحاوية بما فيها من طرود وحدة شحن واحدة. وتُعَدُّ الحاوية نفسها بمثابة وحدة شحن إذا هلك أو تلفت، وعلى ذلك تدخل فى تقدير الحد الأقصى للتعويض على ألا تكون مملوكة للناقل أو مقدمة منه كما نصت على ذلك المادة 2/233 من قانون التجارة البحرية⁽¹⁾.

هذا كان بصدد احتساب الحد الأقصى للمسئولية إذا حدث هلاك أو تلف أو تأخير، ولكن هناك فرضاً يجتمع فيه ضرران، أحدهما بسبب هلاك أو تلف البضاعة والآخر ضرر عن التأخير فى التسليم، كأن تكون هناك شحنة بضائع من الخضراوات معبأة فى خمسين طرداً، وتأخر الناقل فى التسليم فتلفت نصف البضاعة، وأدى التأخير إلى تفويت فرصة سانحة لبيع النصف الصالح بسعر مرتفع.

فى حقيقة الأمر إن القانون التجارة البحرية لم ينص على ما يجب اتباعه فى هذا الفرض، ويرى الباحث أن الحل الواجب الاتباع أن يتم ضم التعويض عن التأخير والتلف معاً لصاحب الحق فى التعويض على ألا يزيد مقدار التعويضين عن الحد الأقصى المقرر فى المادة 1/233 من القانون البحرى.

هذا ويجب القول أن أى اتفاق يتم قبل وقوع الحادث الذى نشأ عنه الضرر يكون موضوعه تحديد مسؤولية الناقل بمبلغ يقل عن الحد القانونى الذى نحن بصدهه يكون باطلاً، وعلى العكس فإن أى اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بدفع تعويض يزيد عن هذا الحد فإنه يعد اتفاق صحيح لكن على أن يذكر ذلك فى سند الشحن وهو ما نصت عليه المادة 237 من قانون التجارة البحرية، وعلى هذا فإن الحد القانونى للمسئولية المقرر فى المادة 1/233 يعد بمثابة الحد الأدنى للمسئولية الاتفاقية⁽²⁾. ومقتضى ذلك أن التحديد القانونى لمسئولية الناقل من النظام العام والتي لايجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته إلا إذا تم زيادة التزامات ومسئوليات الناقل والحد الأقصى للتعويض.

(1) د. جلال وفاء محمد، قانون التجارة البحرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997، ص296.

(2) د. عاطف الفقى، قانون التجارة البحرية، ص352.

• ثانياً: اتفاقية هامبورج

تنص المادة 1/6 أ من اتفاقية هامبورج على أنه "تحدد مسئولية الناقل وفقاً لأحكام المادة 5 عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضائع أو تلفها بمبلغ يعادل 835 وحدة حسابية عن كل طرد أو وحدة شحن أخرى أو 205 وحدة حسابية عن كل كيلوجرام من الوزن القائم للبضائع يهلك أو يتلف أيهما أكبر، وتنص المادة "1/26 من الاتفاقية على أنه "الوحدة الحسابية المشار إليها في المادة السادسة هي حق السحب الخاص كما يحدده صندوق النقد الدولي".

ويعنى هذا أن الاتفاقية أخذت بحقوق السحب الخاص كما يحدده صندوق النقد الدولي أسلوباً للوفاء، وهو بلا شك أسلوب أفضل بكثير من الجنيه الانجليزي والفرنك الذهب (البوانكاريه) لتعرضهما لتقلبات إقتصادية عديدة⁽¹⁾.

وحق السحب الخاص (Special Drawing Rights S. D. R). هو وحدة قياس ابتدعها صندوق النقد الدولي وفصلها تماما عن الذهب بعد أن هجر النظام الدولي قاعدة الذهب، ويكتفى صندوق النقد الدولي حالياً بتحديد حقوق السحب الخاصة على أساس مجموعة العملات الرئيسية⁽²⁾.

والقاعدة المنصوص عليها في المادة 26 من الاتفاقية هي إجراء التحويل للمبلغ المشار إليه في المادة 6 إلى العملة الوطنية في تاريخ الحكم بالتعويض أو في التاريخ الذي تتفق عليه الأطراف المعنية.

وفيما يتعلق بكيفية إجراء تحويل وحدات السحب الخاصة إلى العملات الوطنية ميزت المعاهدة بين ثلاث مجموعات من الدول⁽³⁾.

• **الطائفة الأولى:** وهي تتكون من الدول المتعاقدة الأعضاء في صندوق النقد الدولي ومنها مصر وتحسب قيمة العملة الوطنية لهذه الدول بالقياس إلى حق السحب الخاص وفقاً لطريقة التحويل التي يتبعها صندوق النقد الدولي والسارية وقت التحويل وهذه تعرف بالنشرة اليومية التي يصدرها البنك المركزي.

(1) د. كمال حمدي، مسئولية الناقل البحري في قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990، ص127، بند120.

(2) د. هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، ص299.

(3) د. محمد بهجت قايد، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، الجزء الثاني، ص201، ص202، بند 263.

• **الطائفة الثانية:** وهي تتكون من الدول المتعاقدة وغير الأعضاء في صندوق النقد الدولي ويجيز نظامها النقدي حساب عملتها الوطنية بالقياس لوحدات السحب الخاصة، وتحسب العملة الوطنية لهذه المجموعة من الدول بالقياس إلى حق السحب الخاص، وطبقاً للطريقة التي تحددها كل دولة بشرط أن يصل التقدير إلى المبالغ نفسها المعبر عنها بوحدات السحب الخاصة.

• **الطائفة الثالثة:** وهي تتكون من الدول المتعاقدة وغير الأعضاء في صندوق النقد الدولي ولا تجيز أنظمتها النقدية حساب قيمة عملتها الوطنية بالقياس إلى حق السحب الخاص، ويحسب الحد الأقصى للتعويض بالنسبة لهذه الدول على النحو التالي 1500 وحدة نقدية عن كل طرد أو وحدة شحن أخرى، وذلك إذا تم التقدير على أساس الطرد أو وحدة الشحن. أو 37. 5 وحدة نقدية عن كل كيلوجرام من الوزن القائم للبضائع الهالكة أو التالفة، وذلك إذا تم التقدير على أساس الوزن.

أما فيما يتعلق بالحاويات وكيفية تعيين الحد الأقصى للتعويض، فالمادة 2/6 تناولت كيفية تعيين الحد الأقصى عندما تكون الطرود أو وحدات الشحن مجمعة في حاويات، وقضت باعتبار كل طرد أو وحدة شحن منها طرداً أو وحدة شحن مستقلة إذا كان عددها مذكوراً في سند الشحن، وإلا فإن الحاوية وما تشمله من طرود تعتبر وحدة شحن واحدة والجديد الذي أضافته الاتفاقية في هذا الخصوص هو أنها اعتبرت الحاوية ذاتها في حالة هلاكها أو تلفها وحدة شحن مستقلة تدخل في حساب الحد الأقصى للتعويض، بشرط ألا تكون مملوكة للناقل أو مقدمة منه⁽¹⁾.
أما عن المسؤولية عن التأخير فإنها ترتبط بقيمة الأجرة، فالاتفاقية لم تعتد في هذه الحالة بتعيين حد أقصى للتعويض على ضابط الطرد أو الوحدة أو الوزن، وإنما اعتدت بأجرة النقل، فجعلت الحد الأقصى هو مثلان ونصف أجرة النقل عن البضائع التي تأخر تسليمها عن ألا يزيد هذا الحد عن مجموع أجرة النقل كما حددها عقد النقل البحري وهذا ما نص عليه البند "ب" من الفقرة الأولى من المادة السادسة.

(1) د. محسن شفيق، الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر، ص109، بند 91. وقد يثور الفرض عندما لا تكون الحاوية مملوكة للناقل ولكن هو الذي قدمها للشاحن، كما إذا استأجرها أو استعارها لهذا الغرض، فهل تثور مسؤولية الناقل قبل المؤجر أو المعير؟ يرى أ. د. محسن شفيق - بحق - أن هذه المسألة ليس لها علاقة بالاتفاقية وتجرى عليها القواعد العامة، ص 109 من المرجع السابق، هامش رقم 1.

وفى حالة اجتماع ضررين كهلاك البضائع أو تلفها والتأخير فى تسليمها فقد نصت المادة 1/6 ج من الاتفاقية على الحالة التى يجتمع فيها ضرران، فنصت على أنه "لا يجوز فى أية حالة من الأحوال أن يتعدى مجموع مسئولية الناقل، بمقتضى البندين أ، ب معاً من هذه الفقرة، الحد الذى سينتقر بمقتضى البند "أ" من هذه الفقرة بالنسبة للهلاك الكلى للبضائع الذى تتشأعنه هذه المسئولية". ومؤدى ذلك أنه لا يجوز أن يكون مجموع ما يحكم به من تعويض عن الضررين أكثر من الحد الأقصى للتعويض بخصوص هلاك البضاعة محل النقل هلاكاً كلياً. وفى نهاية الأمر يجب القول أن أى شرط يرد فى عقد النقل البحرى أو سند الشحن أو فى أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النقل يكون مخالفاً بشكل مباشر أو غير مباشر لأحكام هذه الاتفاقية يعتبر باطلاً ولاغياً فى حدود مخالفته لها وذلك ما نصت عليه المادة 1/23 من الاتفاقية، لكن الفقرة 3 من المادة ذاتها نصت على أنه "خلافاً لأحكام الفقرة 1 من هذه المادة فإن للناقل أن يزيد مقدار مسئوليته والتزاماته بموجب هذه الاتفاقية".

وهو ذات ما تمّ النص عليه فى المادة 4/6 حيث نصت على أنه "يجوز بالاتفاق بين الناقل والشاحن تعيين حدود المسئولية تتجاوز الحدود المنصوص عليها فى الفقرة 1". وفى نهاية تناول الأحكام التى وردت فى المادة 6 من الاتفاقية ليس هناك ما يحتاج إلى بيان أن أحكامها فى هذا الصدد راعت جانب الناقل؛ وذلك لاعتبارات ربما تكون قد تمثلت لدى واضعى الاتفاقية فى أنه ليس من الإنصاف أن نترك تحديد التعويضات التى يتحملها الناقل فى ضوء الأضرار الفعلية، ذلك أن الأمر حينئذ قد يتجاوز طاقة الناقل فينفره من الاشتغال بعمليات النقل البحرى⁽¹⁾.

• ثالثاً: قواعد روتردام

على غرار قانون التجارة البحرية واتفاقية هامبرج فى شأن الحد الأقصى للتعويض المُرْتَب على الناقل، نصت قواعد روتردام على الحد من مسئولية الناقل البحرى وذلك مقابل حرمانه من شروط الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها فى عقد النقل البحرى، لكن بالطبع هناك اختلاف من حيث حد مبلغ التعويض الأقصى.

(1) د. سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى وفقاً لاتفاق الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978، المكتب العربى الحديث، الإسكندرية، 2000، ص55، بند 87.

فقد نصت المادة 1/59 على أنه "تكون مسئولية الناقل عن الإخلال بواجباته بمقتضى هذه الاتفاقية محدودة بما يعادل 875 وحدة حسابية لكل طرد أو وحدة شحن أخرى، أو 3 وحدات حسابية لكل كيلوجرام من الوزن الإجمالى للبضائع التى هى موضوع المطالبة أو النزاع، أى المبلغين كان أكبر، إلا عندما يكون الشاحن قد أعلن عن قيمة البضائع وأدرجها فى تفاصيل العقد، أو عندما يكون الناقل والشاحن قد اتفقا على مبلغ أعلى من مقدار حد المسئولية المنصوص عليه فى هذه المادة.

ومن هذا النص يتضح أن قواعد روتردام قدمت ميزة كبيرة للشاحنين بأن رفعت حد التعويض الملتزم به الناقل نتيجة إخلاله بواجباته، وذلك مقارنة بالاتفاقيات السابقة وقانون التجارة البحرية المصرى الأمر الذى سيؤدى إلى حصول أصحاب البضائع المتضررين على تعويض مُرضٍ قد يغطى كل الأضرار التى قد تصيبهم، سواءً كان النقل بالبرزمة - الطرد - أو الوحدة أو كان بالكيلوجرام⁽¹⁾.

ويجب القول إن اتفاقية روتردام لم تميز بالنسبة الدول المنضمة إلى صندوق النقد الدولى بين الدول التى يجيز نظامها النقدى حساب عملتها الوطنية بالقياس إلى حق السحب الخاص بالطريقة التى تقرها تلك الدول، والدول التى لا يجيز نظامها ذلك، فهذه الدول جميعها المنضمة إلى صندوق النقد الدولى يجب أن تتبع طريقة الحساب فى تقييم عملتها بالنسبة إلى حق السحب الخاص وفقاً للطريقة المعمول بها لدى صندوق النقد الدولى فى التاريخ المعنى فيما يختص بعملياته ومعاملاته دون التفريق بين دولة يجيز نظامها هذه الطريقة ودولة لا يجيز نظامها هذه الطريقة، أما قيمة العملة الوطنية لدولة متعاقدة ليست عضواً فى صندوق النقد الدولى مقابل حق السحب الخاص، فتحسب بطريقة تقرها تلك الدولة وذلك كما هو مقرر بالمادة 3/59.

والجدير بالذكر أن المادة 2/ 59 من القواعد نصت على تعيين الحد الأقصى للتعويض فى حالة النقل بالحاويات أو أداة مماثلة⁽²⁾، فعدد الطرود أو وحدات الشحن تحسب على أساس ما تم ذكره فى عقد النقل أو سند الشحن البحرى، فإذا لم يذكر عدد الطرود أو وحدات الشحن

(1) د. شريف محمد غنام، التزامات الشاحن ومسئوليته فى قواعد روتردام 2008، ص31، بند 18.

(2) والأداة المشابهة كأية وحدة تعبئة تستخدم فى جميع البضائع وذلك بخلاف عربات الشحن الطرقية أوالسككية وهو ما تم النص عليه فى المادة الأولى من القواعد.

اعتبرت البضائع كلها المعبأة في الحاوية أو الأداة المشابهة طرداً واحداً أو وحدة شحن واحدة، على أن تعتبر الحاوية أو الأداة المماثلة بحد ذاتها نوعاً من أنواع البضائع عندما لا تكون مقدمة من الناقل أو ممن يقوم مقامه، ومؤدى ذلك أن الحاوية أو الأداة المشابهة التي لا يقدمها الناقل ولا تقدم بالنيابة عنه، تعتبر وتحسب على أنها طرداً واحداً أو وحدة شحن مستقلة عن عدد الطرود أو وحدات الشحن الموضوعية بداخلها.

أما عن الحد الأقصى للتعويض عن التأخير فإنه كما هو في ظل اتفاقية هامبورج مرتان ونصف أجره النقل وفقاً لما نصت عليه المادة 60 من القواعد المذكورة.

وإذا اجتمع ضرران فيكون الأمر كما هو الحال في اتفاقية هامبورج، لا يزيد الحد الأقصى لإجمالي التعويض عن هذه الأضرار جميعها عن الحد الأقصى المتطلب في حالة الهلاك الكلي للبضائع.

وليتيم تقدير التعويض الذي يلتزم به الناقل فإنه يجب الرجوع إلى تقدير قيمة البضائع الهالكة أو التالفة في مكان ووقت التسليم المنفق عليهما في عقد النقل أو سند الشحن، وعند عدم الاتفاق يكون التقدير حسب المكان والوقت اللذين يتوقع بصورة معقولة التسليم فيهما مع مراعاة أحكام العقد والعادات والأعراف والممارسات التجارية وظروف النقل.

والجدير بالذكر، أنه لا يجوز أن يتفق الأطراف على طريقة حساب تعويض أقل مما هو منصوص عليه، لكن إذا كان من شأن الاتفاق هو زيادة التعويض فلا بأس، حيث إن الاتفاق على زيادة حقوق الشاحن ورفع حد التعويض شرط جائز وصحيح، إلا ما استثني بنص خاص، كما هو الشأن - مثلاً - في حالات نقل الحيوانات الحية، والعقد الكمي "المادة 80" والمادة 81 من القواعد المذكورة.

○ المبحث الثاني: المستفيدون من تحديد المسؤولية والأحوال المستثناة من التحديد

يتناول الباحث في الشق الثاني من هذا البحث مسألتين وهما المستفيدون من التحديد القانوني للمسئولية في مطلب اول، والاستثناءات الواردة على هذا التحديد في مطلب ثانٍ، وقد فضل الباحث ان يجعل مسألة الاستثناءات على تحديد المسؤولية في المطلب الأخير من هذا

المبحث؛ لأنها منصبة على الناقل وتابعيه وهم المستفيدون من تحديد المسؤولية بعد تمتعهم بهذا التحديد، وبذلك سيكون التقسيم على النحو التالي:
المطلب الأول: المستفيدون من التحديد القانوني للمسئولية.
المطلب الثاني: الأحوال المستثناة من التحديد القانوني للمسئولية.

♦ المطلب الأول: المستفيدون من التحديد القانوني للمسئولية • أولاً: قانون التجارة البحرية

بدايةً حتى لا يختل التوازن بين مصالح الناقل أو الشاحن الذي ستهدفه مبدأ تحديد المسؤولية، فقد مدَّ المشرع سريان الاستفادة من ذلك التحديد إلى تابعي الناقل، وذلك حتى لا يكون في الرجوع على تابع الناقل سبيلاً لحصول المضرور على تعويض لكامل الضرر، والناقل بعد ذلك مسئول عن أعمال تابعيه، وهو ما يعنى فى النهاية إهدار ما للناقل من حق تحديد مسؤوليته⁽¹⁾، والمستفيدون من التحديد القانوني هم: الناقل، وتابعو الناقل.

1- الناقل:

الناقل الذى يستفيد من التحديد القانوني للمسئولية هو الناقل المتعاقد والناقل الفعلى وكذلك الناقل الأول والناقلون اللاحقون له فى حالة النقل بسند شحن مباشر وذلك كما هو منصوص عليه فى المادة 243 من قانون التجارة البحرية.
وقد أفردت الفقرتان الأولى والثانية للحالة التى يعهد فيها الناقل الذى تعاقد مع الشاحن - الناقل المتعاقد - إلى ناقل آخر - الناقل الفعلى - بتنفيذ عقد النقل كله أو جزء منه فىكون الناقل الذى أبرم عقد النقل مع الشاحن مسئولاً قبله عن جميع الأضرار التى تحدث فى أثناء تنفيذ عقد النقل، ولا يسأل الناقل الفعلى قبل الشاحن إلا عن الأضرار التى تحدث فى أثناء الجزء الذى يقوم بتنفيذه من النقل، ويكون مسئولاً عن هذه الأضرار قبل الشاحن بالتضامن مع الناقل المتعاقد.

(1) د. كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحرى للبضائع، ص144، بند 135.

ولكل من الناقل المتعاقد والناقل الفعلي التمسك بتحديد المسؤولية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 233 من قانون التجارة البحرية، ولا يجوز أن يزيد ما يحصل عليه طالب التعويض من الناقل المتعاقد والناقل الفعلي على الحد الأقصى المنصوص عليه في الفقرة المذكورة سلفاً، ويجب القول أن الناقل إذا عهد بتنفيذ عملية النقل أو بتنفيذ جزء منها إلى ناقل آخر أمر جائز ما لم يتفق على غير ذلك.

وقد تصدت الفقرة الأخيرة للمادة 243 من قانون التجارة البحرية لحالة التمسك بتحديد المسؤولية في حالة النقل بسند شحن مباشر، وفيها يتفق الناقل الأول الذي يصدر سند الشحن مع الشاحن على أن يتولى النقل إلى نقطة معينة، ثم يتم تسليم البضاعة إلى ناقل آخر فينقلها إلى نقطة لاحقة ثم تسلم البضاعة إلى ناقل آخر وهكذا بالتتابع، حتى وصول البضاعة إلى مقصدها النهائي، والفارق بين الوضع الأول وهذا الوضع أن في الوضع الأول كان الناقل المتعاقد يتعاقد مع الناقل الفعلي دون إذن الشاحن ومن الممكن أيضاً دون علمه، ولكن الوضع في حالة النقل بسند الشحن المباشر لا يكون إلا باتفاق مع الشاحن، وإذا كان المشترك بين الوضعين أن هناك ناقلاً متعاقداً وآخر فعلياً؛ فإنه تقرر ذات الحكم في خصوص تحديد المسؤولية للناقل الأول والناقلين اللاحقين له في حالة النقل بسند شحن مباشر، إلا أن الناقل الأول يبرأ من المسؤولية إذا أثبت أن الحادث الذي نشأ عنه الهلاك أو التلف أو التأخير الذي وقع أثناء وجود البضاعة في حراسة ناقل لاحق وفقاً للفقرة 3 من نص المادة 243.

2- تابعو الناقل:

تنص المادة 1/235 من قانون التجارة البحرية على أنه "إذا أقيمت دعوى المسؤولية عن هلاك البضائع أو تلفها على أحد تابعي الناقل جاز لهذا التابع التمسك بأحكام الإعفاء من المسؤولية وتحديدها بشرط أن يثبت أن الخطأ الذي ارتكبه وقع حال تأدية وظيفته أو بسببها". والذي دعا إلى تقرير هذا الحكم هو أن هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في تسليمها ينشأ عادة عن خطأ من تابعي الناقل الذين لا تربطهم بالشاحن أو المرسل إليه أية علاقة تعاقدية، وقد يعمد الأخير إلى إقامة الدعوى على التابع على أساس المسؤولية التصيرية، فلا

يستطيع التابع تحديد مسؤوليته ويحكم عليه بتعويض كامل يتحمله الناقل فى النهاية بصفته متبوعاً عن أعمال تابعه، ومن ثمّ تقرر إفادة تابعى الناقل من تحديد المسؤولية المقررة للناقل⁽¹⁾. وقد يقوم الشاحن أو المرسل إليه بالجمع بين الرجوع على الناقل على أساس المسؤولية العقدية والرجوع على تابع الناقل على أساس المسؤولية التقصيرية، وخشى المشرع أن يكون ذلك سبباً للتحايل على أحكام تحديد المسؤولية، فنصت الفقرة 2 من المادة 235 على أنه لايجوز أن يزيد مبلغ التعويض الذى يحكم به على الناقل وتابعيه على الحد الأقصى المنصوص عليه فى الفقرة 1 من المادة 233 من القانون⁽²⁾.

وتجدر الإشارة أن المقاول البحرى يستفيد من التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى كما تنص المادة 151 من القانون البحرى، لكنه بالطبع ليس تابعاً للناقل.

• ثانياً: اتفاقية هامبورج

من المقرر أنه لا يجوز أن يزيد مبلغ التعويض الذى يحكم به على الناقل وغيره عما هو مقرر فى المادة 6 من الاتفاقية، و"الغير" المقصود بهم الأشخاص المشار إليهم فى المادة 2/7 من الاتفاقية "المستخدم أو وكيل الناقل"، ولكن لا بد أن يكون التصرف الذى سيتم التمتع على أساسه بتحديد المسؤولية فى نطاق وظيفة الغير.

والناقل المستفيد من تحديد مسؤوليته هو الناقل المتعاقد والناقل الفعلى وأيضاً مستخدمون ووكلاء الأخير كما نصت المادة 2/10 من الاتفاقية، وذلك إذا حصل الهلاك أو التلف أو التأخير فى فترة النقل التى يقومون بها⁽³⁾، وإذا وقعت المسؤولية على الناقل المتعاقد والناقل الفعلى معاً تكون مسؤوليتهما تضامنية وفقاً للمادة 4/10 من الاتفاقية، وأخيراً فإن المادة 5/10 نصت على أنه لا يتعدى مجموع المبالغ التى يمكن الحصول عليها من الناقل والناقل الفعلى ومستخدميها ووكلاهما حدود المسؤولية المنصوص عليها فى الاتفاقية.

(1) د. مصطفى كمال طه، القانون البحرى، ص 341، بند 404.

(2) المرجع السابق، ص 341، بند 404.

(3) د. أحمد محمود حسنى، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج، ص 110.

• ثالثاً: قواعد روتردام

اختصت المادة 61 من قواعد روتردام بالحديث عن فقدان الانتفاع بالحد من المسؤولية، والباحث ليس بصدد هذا الأمر فسأتى له لاحقاً، لكن عندما نتعرف على الأشخاص الذين يفقدون الانتفاع بالحد من المسؤولية نستفيد بالتعرف على الأشخاص المستفيدين من الانتفاع بمفهوم المخالفة.

فنص المادة 61 يقرر أنه "لا يحق الناقل ولا لأى من الأشخاص المشار إليهم فى المادة 18 أن ينتفع بالحد من المسؤولية حسبما تنص عليه المادة 59، أو حسبما ينص عليه عقد النقل...". وبالإنتقال إلى المادة 18 من تلك القواعد نجدتها تنص على مسؤولية الناقل عن أشخاص آخرين، فيكون الناقل مسؤولاً عن الإخلال بالواجبات المترتبة عليه بمقتضى هذه الاتفاقية، نتيجة لأفعال يقدم عليها أو يغفلها أى طرف منفذ، أو ريان السفينة أو طاقمها، أو موظفو الناقل أو الطرف المنفذ، أو أى شخص آخر يؤدي أو يتعهد بأن يؤدي أيًا من واجبات الناقل بمقتضى عقد النقل، متى كان ذلك الشخص يتصرف بصورة مباشرة أو غير مباشرة بناءً على طلب الناقل أو تحت إشرافه أو سيطرته.

ومن ذلك نستطيع أن نستخلص الأشخاص المستفيدين من التمتع بتحديد المسؤولية، وهم الناقل المتعاقد والناقل الفعلى وريان السفينة أو طاقمها وموظفو الناقل المتعاقد والناقل الفعلى وأى شخص آخر يؤدي أيًا من واجبات الناقل بموجب عقد النقل، مادام كان ذلك وفقاً لطلب الناقل أو تحت إشرافه أو سيطرته.

♦ المطلب الثاني: الأحوال المستثناة من التحديد القانونى للمسؤولية

المقصود بالأحوال المستثناة هى الأحوال التى يسقط فيها حق الناقل وتابعيه بالتمسك بتحديد المسؤولية، فلا يكون للناقل أو تابعيه الحق فى التمتع بتحديد المسؤولية وذلك على النحو الآتى:

• أولاً: قانون التجارة البحرية

هناك عدة حالات منصوص عليها فى قانون التجارة البحرية تقضى بسقوط الحق فى تحديد المسؤولية، أولها تقديم الشاحن بيان بطبيعة البضاعة وقيمتها، فقد نصت المادة 234

من قانون التجارة البحرية على أنه "لا يجوز للناقل التمسك في مواجهة الشاحن بتحديد المسؤولية إذا قدم الشاحن بيان قبل الشحن عن طبيعة البضاعة وقيمتها وما يعلّق على المحافظة عليها من أهمية خاصة ودُكر هذا البيان في سند الشحن، ويعد البيان المذكور قرينة على صحة القيمة التي عينها الشاحن للبضائع إلى أن يقيم الناقل الدليل على ما يخالفها".

والتحديد الواجب في النص يُبنى على أساس معين وهو أن الناقل يعلم قبل الشحن بالخطر الذي يقبله بالتزامه بنقل بضاعة يعلم بطبيعتها وقيمتها وأن الشاحن يعلّق أهمية خاصة على وصولها سالمة إلى ميناء الوصول، ومن ثمّ يستطيع التأمين على مسؤوليته ونقل تكاليف التأمين إلى الشاحن في صورة زيادة أجرة النقل عن الأجرة المعتادة⁽¹⁾، والبيان المقرر في النص لا يعدو أن يكون إتفاقاً بين الناقل والشاحن على تقدير قيمة البضاعة محل عقد النقل البحري عند حدوث هلاك أو تلف لها أثناء تنفيذ عقد النقل⁽²⁾.

هذا ويجب تفسير البيان الذي يقدّمه الشاحن على نحو يجعل الهدف منه تعديل أحكام المسؤولية، أي الحصول على تعويض كامل للضرر الذي لحق الشاحن ولو كان هذا التعويض يفوق التحديد القانوني لمسؤولية الناقل، فإذا اتضح من عبارات البيان أن إعلان القيمة كان لأغراض التأمين أو موجهاً لمصلحة الجمارك، فلا يكون مستهدفاً أحكام المسؤولية ويجوز للناقل تحديد مسؤوليته تبعاً لذلك⁽³⁾.

أما عن الحالة الثانية لعدم استفادة الناقل من تحديد المسؤولية فهي حالة نزول الناقل نفسه عن حقه في التحديد للمسؤولية، فإذا كانت مسألة تحديد المسؤولية حقاً من حقوق الناقل ومقرراً لمصلحته فله أن يتمسك بها وله أن يتنازل عنها، وقد نصت المادة 237 من قانون التجارة البحرية على أن "لناقل أن ينزل عن كل أو بعض الحقوق والإعفاءات المقررة له بشرط أن يذكر ذلك في سند الشحن".

والحالة الثالثة لعدم تمتع الناقل بتحديد مسؤوليته هي ما نصت عليه المادة 1/241 على أنه "لايجوز للناقل التمسك بتحديد مسؤوليته عن هلاك البضائع أو تلفها أو تأخير تسليمها إذا

(1) د. محمود سمير الشرفاوى، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص385، بند 381.

(2) د. كمال حمدي، القانون البحري، ص525، بند 770.

(3) المرجع السابق، ص526، بند 770.

أثبت أن الضرر نشأ عن فعل أو امتناع صدر منه أو من نائبه أو من أحد تابعيه بقصد إحداث الضرر أو بعدم اكتراث مصحوب بإدراك أن ضرراً يمكن أن يحدث". وهذا النص نستخلص منه أن الناقل يفقد حقه في التحديد القانوني للمسئولية إذا حدث أمران:

- الأول: إذا تعمد الناقل أو نائبه أو أحد تابعيه فعل شيء أو الإمتناع عن فعل شيء بقصد إحداث الضرر وهذا يرادف الغش.
 - الثاني: إذا صدر من الناقل أو تابعه أو نائبه فعل أو كان هناك امتناع عن فعل وكان السبب في ذلك عدم اكتراث مصحوب بإدراك بأن ضرراً ممكناً أن يحدث، وهذا ما يسمى بالخطأ الغير مغتفر أو الخطأ النوعي⁽¹⁾.
- وغنى عن البيان أنه يجب على المضرور إثبات ارتكاب الناقل أو نائبه أو أحد تابعيه الغش أو الخطأ غير المغتفر إذا أراد درء تحديد المسؤولية والحصول على التعويض الكامل. بيد أن المشرع قدّر صعوبة إثبات الغش، فنص في المادة 2/241 على أنه "يفترض اتجاه قصد الناقل أو نائبه إلى إحداث الضرر في الحالتين الآتيتين:
- الأولى: إذا اصدر سند الشحن خالياً من التحفظات مع وجود ما يقتضى ذكرها في ذلك السند بقصد الإضرار بالغير حسن النية.
 - الثانية: إذا شحن البضاعة على سطح السفينة بالمخالفة لاتفاق صريح يوجب شحنها في عنابر السفينة، وهذه القرينة القانونية على الغش قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها⁽²⁾.

• ثانياً: اتفاقية هامبورج

إن الحد من المسؤولية القانونية للناقل حق من حقوق هذا الأخير، لذلك فإنه يجوز له التنازل عن هذا الحق وهو ما يستتبط من المادة 3/10 من الاتفاقيات والتي نصت على أنه "كل اتفاق خاص يلتزم الناقل بمقتضاه بالتزامات لا تفرضها هذه الاتفاقيات أو أى تنازل عن

(1) المرجع السابق، ص135، بند 129.

(2) د. مصطفى كمال طه، القانون البحري، ص340، بند 403.

الحقوق التي تقررها هذه الاتفاقية لا يؤثر على الناقل الفعلي إلا إذا وافق عليها موافقةً صريحةً ومكتوبةً، ومن ثم فإنه - وفقاً لما سبق- يجوز للناقل التنازل عن حقوقه والتي منها تحديد المسؤولية كقاعدة عامة في ذلك.

هذا وقد أغفلت الاتفاقية النص على حالة تقديم الشاحن لبيان بطبيعة البضاعة وقيمتها وهي الحالة التي نصت عليها المادة 224 من قانون التجارة البحرية المصري، ويتفق الباحث مع من يرى⁽¹⁾ إن إغفال الاتفاقية للحالة المذكورة إنما جاء بحسبان أن ما تقرره المادة 4/6 منها من جواز الاتفاق بين الناقل والشاحن على تعيين حدود للمسؤولية تُجاوز الحدود المنصوص عليها، وما تنص عليه المادة 2/23 من الاتفاقية أيضاً أن للناقل أن يزيد من مقدار مسؤوليته والتزامه. فإن ذلك كاف لتغطية هذه الحالة، إذ قبول الناقل إدراج البيان الذي يقدمه الشاحن في سند الشحن يحمل معنى الاتفاق على تجاوز الحدود القانونية للتعويض حتى تبلغ قيمة البضاعة المذكورة أو قيمتها الحقيقية.

لكن الاتفاقية عرضت لأحكام سقوط الحق في تحديد المسؤولية في نص المادة الثامنة منها حيث نصت فقرتها الأولى على أنه "لا يفيد الناقل من تحديد المسؤولية المنصوص عليه في المادة السادسة إذا ثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم قد حدث بفعل أو بامتناع عن فعل صدر منه بقصد إحداث هذا الهلاك أو التلف أو التأخير، أو بعدم اكتراث مصحوب بإدراك أن الضرر محتمل الحدوث تبعاً لذلك".

ولقد مدّت الفقرة الثانية من المادة نفسها ذلك الحكم الوارد في الفقرة الأولى لكي يشمل تابعي الناقل ووكلائه، فهؤلاء طبقاً لهذه الفقرة لا يستطيعون أن يتمسكوا بتحديد التعويض الوارد في المادة السادسة من الاتفاقية إذا ما ثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخير في تسليم البضائع جاء كأثر لفعل أو امتناع عن فعل من جانب هؤلاء ارتكب بقصد إحداث ذلك الهلاك أو التلف أو التأخير في تسليم البضائع، وباستهتار مصحوب بالعلم بأن ذلك الهلاك أو التلف أو التأخير محتمل وقوعه، ومما لا يحتاج إلى بيان أن هذا المد لسريان حكم الفقرة الأولى المتقدم إلى هؤلاء في تلك الحالة أمر فيه استجابة لقواعد العدالة والإنصاف⁽²⁾.

(1) د. محسن شفيق، الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر، ص119، بند 99.

(2) د. سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحري وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978، ص57، بند 90.

• ثالثاً: قواعد روتردام

الشيء نفسه بالنسبة لقواعد روتردام في الاستثناء من تمتع الناقل بتحديد مسؤوليته، فللناقل النزول عن حقه في تحديد مسؤوليته كقاعدة عامة متفق عليها، وفي ظل - أيضاً - قدرته على الإتفاق مع الشاحن في رفع مقدار حد المسؤولية المنصوص عليه في المادة 1/59 من الاتفاقية. كذلك إذا أعلن الشاحن عن قيمة البضائع وأدرجها في تفاصيل العقد، فإنه يفقد تحديده للمسؤولية وفقاً لذات الفقرة السابقة من المادة نفسها.

وغير ما تقدم من أحوال لعدم تمتع الناقل بتحديد المسؤولية، فقد نصت المادة 61 على حالات أخرى لفقدان الإنتفاع بالحد من المسؤولية فإذا أثبت المدعى أن هناك خسارة حدثت له ناجمة من إخلال الناقل بواجباته المنصوص عليها في هذه الاتفاقية ترجع إلى فعل أو إغفال شخصي من المُطالب، ويقصد بالشخص المُطالب هنا الشخص الذي ترفع عليه دعوى التعويض (المدعى عليه) (1).

ويترتب على ذلك أنه إذا رفع الشاحن دعوى التعويض على الناقل شخصياً وأثبت أنه قد وقع منه شخصياً الفعل أو الإغفال المسبب للضرر، فلا يستطيع الناقل التمسك بالمسؤولية المحدودة. وذات الحكم ينطبق إذا رفع الشاحن الدعوى على الطرف المنفذ، وأثبت أن هذا الشخص قد وقع منه فعل أو إغفال، إذ في هذه الحالة لا يستطيع الطرف المنفذ التمسك بالمسؤولية المحدودة (2).

والحكم ذاته ينطبق أيضاً في الأضرار الناتجة عن التأخير، فلا يحق للناقل ولا لأي شخص مذكور في المادة 8 من الاتفاقية أن ينتفع بالحد من المسؤولية حسبما تنص عليه المادة 60 - الخاصة بتحديد مسؤولية عن التأخير - إذا أثبت المُطالب (المدعى) أن التأخر في التسليم قد نجم عن فعل أو إغفال شخصي من جانب الشخص المُطالب (المدعى عليه) بقصد إحداث خسارة جراء التأخر أو عن استهتار وعن علم باحتمالية حدوث تلك الخسارة.

(1) يقصد بالشخص المُطالب في هذا الصدد هو "المدعى عليه"، والشخص المُطالب "المدعى" وقد استخدمت قواعد روتردام هذه الألفاظ بدلاً من "المدعى" و"المدعى عليه"، انظر د. شريف محمد غنام، التزامات الشاحن ومسؤوليته في قواعد روتردام، 2008، ص34، بند 19.

(2) المرجع السابق، ص34، بند 19.

وبهذا يكون تم الانتهاء من الأحوال المستتاه من الانتفاع بتحديد المسؤولية، والتي استعرضها الباحث فى قانون التجارة البحرية مقارنة باتفاقية هامبورج لسنة 1978 وقواعد روتردام لسنة 2008 - على غرار سائر البحث - والتي ينتهى معها الموضوع محل الدراسة.

○ الخاتمة

بحول الله وقوته قد أتم الباحث هذا البحث والذي خرج منه بعدة نتائج يمكن إيجازهما فيما يلى:

- 1- تطابق القانون المصرى مع اتفاقية هامبورج وقواعد روتردام فى وقوع المسؤولية على عاتق الناقل البحرى للبضائع فى حالة الهلاك أو التلف أو التأخير سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية.
- 2- خلو قانون التجارة البحرية المصرى من النص على تنظيم قانونى لما يجب اتباعه فى حالة اجتماع ضررين أحدهما بسبب هلاك أو تلف البضاعة والآخر بسبب التأخير، وكان رأى الباحث فى هذه الحالة أن يتم ضم التعويض عن التأخير والتلف معا لصاحب الحق فى التعويض على أن لا يزيد مقدار التعويض عن الحد الأقصى المقرر فى المادة 1/233 من قانون التجارة البحرية.
- 3- إن اتفاقية هامبورج أخذت بحقوق السحب الخاص كما يحدده صندوق النقد الدولى أسلوبا للوفاء، وهو بلاشك أسلوب أفضل بكثير من الجنيه الإنجليزى والفرنك الذهب (البوانكاريه) لتعرضهما لتقلبات اقتصادية عديدة.
- 4- خرج الباحث فيما يتعلق بالنقل باستخدام الحاويات فى اتفاقية هامبورج أنها أضافت وضع جديد بأن اعتبرت الحاوية ذاتها فى حالة هلاكها أو تلفها وحدة شحن مستقلة تدخل فى حساب الحد الأقصى للتعويض، بشرط ألا تكون مملوكة للناقل أو مقدمة منه. وأن المسؤولية عن التأخير ترتبط بقيمة الأجرة، فالاتفاقية لم تعد فى هذه الحالة بتعيين حد أقصى للتعويض على ضابط الطرد أو الوحدة أو الوزن.
- 5- خرج الباحث أيضا أنه فى حالة اجتماع ضررين كهلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى تسليمها فإن اتفاقية هامبورج لم تجز أن يكون مجموع ما يحكم به من تعويض عن

- الضررين أكثر من الحد الأقصى للتعويض بخصوص هلاك البضاعة محل النقل هلاكاً كلياً.
- 6- أخذت اتفاقية هامبورج جانب الناقل وراعت مصلحته ولم تترك تحديد التعويضات ذلك أن الأمر قد يتجاوز طاقة الناقل فينفره من الإشتغال بعمليات النقل البحري.
- 7- قدمت قواعد روتردام ميزة كبيرة للشاحنين بأن رفعت حد التعويض الملتزم به الناقل نتيجة إخلاله بواجباته وذلك بالمقارنة باتفاقية هامبورج وقانون التجارة البحرية المصري.
- 8- على عكس اتفاقية هامبورج لم تميز قواعد روتردام بالنسبة للدول المنضمة إلى صندوق النقد الدولي، بين الدول التي يجيز نظامها النقدي حساب عملتها الوطنية بالقياس بالطريقة التي تقرها تلك الدول والدول التي لا يجيز نظامها ذلك.
- 9- إن الحد الأقصى للتعويض عن التأخير في قواعد روتردام كما في اتفاقية هامبورج مرتان ونصف أجرة النقل وإذا اجتمع ضرران فيكون كما هو الشأن في اتفاقية هامبورج لا يزيد الحد الأقصى لإجمالي التعويض عن كل الأضرار عن الحد الأقصى المتطلب في حالة الهلاك الكلي للبضائع.
- 10- يستثنى قانون التجارة البحرية المصري استعادة الناقل من تحديد مسؤوليته في عدة أمور منها إذا كان الناقل قد حصل من الشاحن على بيان بطبيعة البضاعة بهدف تعديل أحكام المسؤولية والحصول على كامل التعويض إلا لو كان متضح من البيان أن الإعلان عن قيمة البضاعة ليس مستهدف منه الحصول على كامل التعويض وفي هذه الحالة يجوز تحديد مسؤولية الناقل.
- 11- أغفلت اتفاقية هامبورج النص على حالة تقديم الشاحن بيان بطبيعة البضاعة وقيمتها ليتم استثناء تحديد المسؤولية وهي الحالة التي نص عليها قانون التجارة البحرية المصري.
- 12- لم تغفل قواعد روتردام النص على عدم تحديد مسؤولية الناقل في حال أن أعلن الشاحن عن قيمة البضاعة وأدرج تفاصيلها في العقد.

مدى خصوصية التأمين البحري من خلال نظام التخلي لتسوية الخسائر البحرية

د. بلغازي نور الدين⁽¹⁾

يعدّ التقدم الحاصل في مجال النقل هو العامل الأساسي في تفاقم الأخطار التي قد تتعرض لها وسائل النقل والبضائع والأشخاص المنقولين عليها. ونخص بالذكر في هذا الصدد النقل البحري، حيث تتعدّد المخاطر التي تصيب وسائل النقل البحري ذاتها وما عليها من ممتلكات، وهكذا أصبح التأمين البحري نظام لا يمكن بدونه للتجارة البحرية أو الملاحة البحرية أن توجد عمليا، ويمكن القول أنه بدون التأمين تصبح ملكية السفينة أو استغلالها كلمات جوفاء، فالتأمين يتوقف عليه ازدهار التجارة البحرية.⁽²⁾

نظرا للطابع الكارثي الذي يصيب السفن والبضائع، استقرّ المشرع على إعطاء أكثر من طريقة لتسوية الخسائر البحرية، فالمبدأ العام في تسوية الأضرار هو ممارسة دعوى الخسارة أو التعويض باعتبارها طريق عادي بحيث يعوض المؤمن له بقدر الخسارة أو الهلاك الذي أصيب به الشيء المؤمن عليه، إلا أن المشرع أجاز للمؤمن له اتباع طريق استثنائي لا نجده إلا في التأمين البحري دون التأمينات الأخرى ألا وهو نظام التخلي *le délaissement*. إذ لا يلجأ إليه إلا في حالة المخاطر الجسيمة، فهذا النظام يعود إلى العادات القديمة التي كانت معروفة في التجارة البحرية في القرون الوسطى إذ كان يجوز للمؤمن له عند انقطاع أخبار السفينة، أن يطالب المؤمن بمبلغ التأمين بالكامل في مقابل ترك السفينة،

⁽¹⁾ دكتوراه في القانون في القانون الخاص أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان الجزائر.

⁽²⁾ علي بن غانم، التأمين البحري وذاتية نظامه القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 58

بحيث لو ظهرت السفينة بعد دفع المبلغ لا يستطيع المؤمن له تملكها مجددا وإنما تصبح ملكا للمؤمن.⁽¹⁾

فنظام التخلي أقر به المشرع الجزائري في المادة 114 قانون التأمينات⁽²⁾، بنصه أنه "تعويض الأضرار و/أو الخسائر في حدود التلف الحاصل ما عدا الحالات التي يحق فيها للمؤمن له إختيار التخلي وفقا لأحكام المواد 115،134 و143 من هذا الأمر".

ونظرا لخصوصية هذا النظام كان لابدَ التطرق إليه معالجا الإشكالية التالية: ما مدى نجاعة نظام التخلي في تكريس خصوصية التأمين البحري؟ هل هو نظام عادل لكل من المؤمن والمؤمن له على حد سواء؟

للإجابة على هذه الإشكاليات اتبعت الخطة التالية:

المبحث الأول: حالات التخلي.

المطلب الأول: حالات التخلي الخاصة بالسفن.

المطلب الثاني: حالات التخلي الخاصة بالبضاعة.

المبحث الثاني: إجراءات التخلي.

المطلب الأول: إبداء الرغبة في التخلي.

المطلب الثاني: أن يكون التخلي منجزا وشاملا للشيء المؤمن عليه.

المطلب الثالث: ضرورة احترام مواعيد ممارسة الحق في التخلي.

المبحث الثالث: آثار التخلي.

المطلب الأول: انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه إلى المؤمن

المطلب الثاني: تلقي التعويض الكامل.

(1) د. عادل علي المقدادي، القانون البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1999، ص 296.

(2) الأمر 95-07 المؤرخ في 23 رمضان 1415 الموافق 25 يناير 1995 الجريدة الرسمية 13 لعام 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 الجريدة الرسمية 15 لعام 2006، وتقابلها المادة 172-24 القانون الفرنسي للتأمينات لسنة 1968.

○ المبحث الأول: حالات التخلي

التخلي هو طريق إستثنائي لا يلجأ إليه إلا في حالة المخاطر الجسيمة والمؤمن له ليس ملزماً بالتخلي في هذه الأحوال، بل له إذا شاء رفع دعوى الخسارة البحرية أو رفع دعوى التخلي، وهو يختار حسب مصلحته.

أما في غير المخاطر الجسيمة التي يتعرض لها الشيء المؤمن عليه فليس للمؤمن له إلا أن يقيم دعوى الخسارة البحرية على المؤمن.⁽¹⁾

ولقد نص المشرع الجزائري في الأمر 95-07 السالف الذكر في المواد 134 و143 على حالات التخلي في التأمين البحري على السفن والتأمين على البضائع كما نصت الوثيقتان الجزائريتان للتأمين البحري على السفن والبضائع على التوالي بالتخلي في المادة 20 من وثيقة التأمين على جميع السفن⁽²⁾، وفي وثيقة التأمين على البضائع⁽³⁾.
بناء على ذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى حالات التخلي الخاصة بالسفن (المطلب الأول) وحالات التخلي الخاصة بالبضائع (المطلب الثاني).

◆ المطلب الأول: حالات التخلي الخاصة بالسفن

حدد المشرع الجزائري حالات التخلي بالنسبة للسفينة في المادة 134 من قانون التأمينات الجزائري بنصه "ما عدا إذا تعلق الأمر بأخطار لا يضمنها العقد، يحق للمؤمن له أن يختار التخلي عن السفينة في الحالات التالية:

أ- فقدان الكلي للسفينة.

ب- عدم أهلية السفينة للملاحة واستحالة إصلاحه

ج- تجاوز قيمة إصلاحها الضروري (4/3) القيمة المتفق عليها.

(1) محمد نصر محمد، الوجيز في القانون البحري وفقا للأنظمة المقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2012 ص403.

(2) صدرت الوثيقة الجزائرية للتأمين على السفن تاريخ 20 مارس 1985 في ظل القانون السابق للتأمينات 80-07-المؤرخ في 09 أوت 1980 من الشركة الجزائرية للتأمين.

(3) كما صدرت الوثيقة الجزائرية للتأمين على البضائع بتاريخ 07 ديسمبر 1981 من نفس الشركة.

د- إنعدام أخبار السفينة مدّة تزيد على ثلاثة أشهر، وإذا تسببت في تأخير الأخبار حوادث حربية، يمدد الأجل إلى ستة أشهر".

• الفرع الأول: الفقدان الكلي للسفينة

يعتبر الفقدان الكلي للسفينة من بين أكثر الحالات تحققاً في الواقع وقد عبّر عليه المشرع الفرنسي *perte totale* وهي ترجمة تامّة لكلمة الخسارة الكلية والمشرع الجزائري عبّر عليها بحالة الفقدان الكلي أمّا القوانين العربية فهناك من عبّر عليها بحالة الاختفاء والاتلاف الكلي فالفقدان أو الهلاك الكلي للسفينة يكون إمّا هلاكاً كلياً فعلياً أو هلاكاً حكماً فالهلاك الكلي هو هلاك السفينة فعلياً إذا فقدت أو اختفت حيث لا يمكن استردادها أو أنّها فقدت بفعل حادث تعرضت له. وكمثال على الهلاك الكلي غرق السفينة أو تحطمها والغرق يفترض أنّ السفينة قد غاصت في عمق البحر أمّا إذا غمرتها مياه البحر دون أن تغوص في الأعماق فإنّها لا تعد هالكة هلاكاً كلياً كما لو انقلبت بفعل عاصفة وبقيت طافية على سطح الماء.⁽¹⁾

نستخلص من كلّ هذا أنّ حالة الغرق لا تستلزم دائماً غمر السفينة بالمياه فليس كل غمر غرقاً، فقد تغرق السفينة بدون أن تغمرها المياه وبما أن الغرق مسألة واقعية ويثير في بعض الأحيان إشكالات في مدى توافر عناصره فكثيراً ما يعود للقضاء مهمة الفصل فيه فإذا كانت الإصابة من نوع الغرق فيجوز التخلي أمّا إذا كانت غمرًا فلا يجوز التخلي.⁽²⁾

• الفرع الثاني: عدم صلاحية السفينة للملاحة

إنّ عدم الصلاحية في هذه الحالة يكون نتيجة حادث يضمنه المؤمن والمقصود بها عدم قدرة السفينة متابعة رحلتها لإصابتها بأضرار يتعذر معها إصلاحها في الميناء الموجودة به. ويتعذر نقلها إلى مكان آخر يمكن فيه إصلاحها⁽³⁾ فهذه الحالة يستحيل فيها إصلاح السفينة وإعادتها إلى الحالة التي كانت قبل الحادث، فهي تحتفظ بهيكلها كسفينة ولكنها تبقى عاجزة

(1) عبد القادر العطير، باسم محمد ملحم، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009ص561.

(2) مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998 ص534.

(3) د. محمد القيلوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، مصر، 2011ص569.

عن أداء مهامها الملاحية في ظروف عادية سواء تعلق الأمر بنقل البضائع أو نقل المسافرين.⁽¹⁾

• الفرع الثالث: تجاوز قيمة إصلاحها ضروري (4/3) القيمة المتفق عليها:

إذا تجاوز المبلغ الإجمالي لإصلاح الخسائر نسبة 75% أي ما يناسب قيمة ¼ القيمة المتفق عليها وهذا ما أشارت إليه في هذا السياق الفقرة الرابعة بند 20 من وثيقة التأمين الجزائرية على هيكل السفن الجديدة بتاريخ 16-03-1998 تماشياً مع قانون التأمينات الجزائري والصادر من الشركة الجزائرية للتأمين، ولا تدخل في حساب المبلغ الإجمالي للإصلاحات إلا الإصلاحات الخاصة بالخسائر الناتجة من خطر مضمون في الوثيقة وذكرها الخبراء لجعل السفينة صالحة للملاحة، وإذا أصلحت السفينة حقاً والتحقت بميناء الوصول فلا يقبل التخلي، إذ أنه في حالة قيام المؤمن له بالإصلاحات اللازمة للسفينة وحتى ولو تجاوز قيمة إصلاحها ¼ من قيمتها المقبولة، فلا يجوز له التخلي، فالتخلي مسموح قبل القيام بالإصلاحات وليس بعدها على أساس أن السبب الذي كان يمنع السفينة من الملاحة، قد انتفى ولا يبقى أمام المؤمن سوى رفع دعوى الخسارة الخاصة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصيبت بها السفينة، وقد أضافت وثيقة التأمين على هيكل السفينة إلى جانب طريقة تقدر الإصلاحات التي تجيز التخلي شرط آخر يكمل الأول وهو شرط إصدار حكم بعدم الصلاحية.⁽²⁾

• الفرع الرابع: انعدام أخبار السفينة مدة تزيد على ثلاثة أشهر وإذا تسببت في تأخير

الأخبار حوادث حربية، يمدد الأجل إلى ستة (6) أشهر

هي أقدم حالات الترك أو التخلي وذلك عندما تنقطع أخبار السفينة عن ميناء القيام وميناء الوصول.⁽³⁾

(1) أحمد محمود خليل، موسوعة التشريعات البحرية تأصيلاً وفقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، مصر 2010 ص 146.

(2) كمال كهيبة، التخلي في التأمين البحري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008 ص 23.

(3) عبد الفضيل محمد أحمد-القانون الخاص البحري دار الفكر والقانون مصر الطبعة الأولى 2011 ص 576.

فقد جاء في الأمر المتعلق بالتأمينات بكلمة انعدام الأخبار وفي التشريعات العربية الأخرى، استعملت كلمة انقطاع الأخبار، انعدام وانقطاع الأخبار لا يوجد الفرق بينهما من حيث النتيجة التي تؤدي إليها ويبقى الفرق من الناحية اللغوية على أساس أنّ انعدام الأخبار يعني أنّ السفينة أبحرت في رحلة بحرية ولم يرد عليها أي خبر. أما الانقطاع فيعني أنّ السفينة كانت تتصل بالميناء وانقطعت أخبارها فجأة، ومهما كنّا أمام حالة انعدام أو انقطاع فإنّ كلتا الحالتين تحققان نفس الفرضية التي تسمح بالتخلي وهي إن لم يرد خبر عن السفينة خلال مدة معيّنة افترض هلاكها.⁽¹⁾

♦ المطلب الثاني: حالات التخلي الخاصة بالبضاعة

لقد تطرق المشرع الجزائري لحالات التخلي بالنسبة للبضاعة في المادة 143 من قانون التأمينات الجزائري بنصه "ماعدا إذا تعلق الأمر بأخطار لا يضمنها العقد، يحق للمؤمن له أن يختار التخلي عن البضائع في الحالات التالية:

- أ- فقدان الكلي للبضائع.
- ب- خسارة أو تلف يفوق $(\frac{3}{4})$ قيمة البضائع.
- ج- بيع البضائع أثناء الرحلة بسبب التلف الكلي أو الجزئي.
- د- عدم قابلية السفينة للملاحة وإذا تعذر الشروع في توجيه البضائع بأي وسيلة نقل كانت خلال الأجل المحدد بثلاثة أشهر(3).
- هـ- انعدام الأخبار عن السفينة مدة تزيد عن ثلاثة أشهر(3)، وإذا كان تأخير الأخبار بسبب حوادث حربية يمدد الأجل إلى ستة(6) أشهر.

• الفرع الأول: فقدان الكلي للبضائع

هذه الحالة تعد مشتركة مع الحالة الخاص بالفقدان الكلي للسفينة باعتبار أنّ فقدان هذه السفينة أو هلاكها هلاك كلي يعد قرينة على هلاك البضاعة.

(1) كمال كهيبة، المرجع السابق، ص36.

• الفرع الثاني: خسارة أو تلف يفوق 3/4 قيمة البضائع

يجوز ترك البضاعة إذا أصيبت بخسارة أو تلف يجاوز 3/4 قيمة البضاعة ومن أمثلة هلاك البضاعة نقص وزنها أو حجمها أو مقاسها أو عددها أو سقوطها في البحر حيث يتعذر استرجاعها أو أنّ استرجاعها يكون باهض المصاريف أو أنّها تتلف بعد إنقاذها من الماء بنسبة كبيرة.⁽¹⁾

وقد أجمع الفقه في طريقة حساب القيمة بتقدير الخسائر على أساس أن تؤخذ النسبة بين قيمة البضاعة السليمة وقيمتها التالفة في زمان ومكان معين ثم تطبق النسبة على القيمة المضمونة، وهذه الطريقة أكدها المشرع الجزائري في المادة 144 قانون التأمينات (تقدر الأضرار بمقارنة قيمة البضائع في حالة الخسارة بقيمتها وهي سالمة في نفس الزمان والمكان، يطبق معدل نقص القيمة المحسوب بهذه الطريقة على القيمة المؤمن عليها).

وحتى تتضح لنا هذه طريقة بشكل جيد مثلاً يكون مبلغ التأمين 8000 دج قيمة البضاعة السليمة 10000 دج، قيمة البضاعة التالفة 7500 دج هنا البضاعة فقدت 3/4 قيمتها فتطبق هذه النسبة على مبلغ التأمين فيكون لتعويض المستحق هو 8000 دج، وخلال هذا المثال الهلاك أو التلف بلغ 3/4 القيمة المؤمنة للبضاعة وبذلك يجوز التخلي.⁽²⁾

• الفرع الثالث: بيع البضاعة أثناء الرحلة بسبب التلف الكلي أو الجزئي

يشترط لجواز الترك أو التخلي أن يكون بيع البضائع ضروريا بسبب أضرار مادية لحقت بها وتقع على عاتق المؤمن كما يشترط أن يكون البيع أثناء السفر أي في مكان آخر غير ميناء القيام وميناء الوصول.⁽³⁾

وحتى يتم التخلي في هذه الحالة لا بدّ توفر شرطين أساسيين:

(1) هشام فرعون، القانون البحري، مطبعة كرم، سوريا، 1976، ص322.

(2) كمال كهيبة، المرجع السابق، ص36.

(3) مصطفى كمال، أساسيات القانون البحري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص477.

• **الشرط الأول: أن يتم البيع في ميناء غير ميناء القيام أو ميناء الوصول**

لقد اشترط القانون أن يتم بيع البضاعة أثناء الرحلة والحكمة من هذا الشرط أنّ الخسارة إذا حدثت في ميناء القيام أو ميناء الوصول فلكلّ من المرسل والمرسل إليه الوقت الكافي لاتخاذ الإجراءات والتدابير الضرورية للاعتناء بالبضاعة المصابة والعمل على عدم تفاقم الضرر، ولم يشترط المشرع أن تصاب البضاعة إصابة كلية بل يجوز في التلف الجزئي.

• **الشرط الثاني: أن يكون التلف الذي لحق البضاعة قد وقع نتيجة حادث يغطيه**

التأمين

بمعنى أنّ المؤمن لا يمكن أن يقوم بتعويض ضرر دون أن يكون ضامنا للخطر الذي تسبب في تلف الشيء المؤمن عليه.⁽¹⁾

• **الفرع الرابع: عدم قابلية السفينة للملاحة وإذ تعذر الشروع في توجيه البضائع بأيّة وسيلة**

نقل كانت خلال الأجل المحدد بثلاثة أشهر(3)

هذا الشرط تطرقت إليه سابقا وهو مرتبط بحالة التخلي الخاصة بالسفينة والخاص بعدم صلاحية السفينة للملاحة.

• **الفرع الخامس: انعدام الأخبار عن السفينة مدة تزيد عن ثلاثة أشهر وإذا كان تأخير**

الأخبار بسبب حوادث حربية يمدد الأجل إلى ستة(6) أشهر

فالحكمة من ذلك هو أنّ انقطاع أخبار البضاعة طيلة هذه المدة قرينة على هلاكها لأنّ انقطاع الأخبار عن السفينة طيلة هذه المدة بحسب نوعها قرينة على هلاكها فمن باب أولى أنّ تهلك البضاعة المحمولة على ظهرها ولذا يجوز للمؤمن له التمسك بالتخلي عن البضاعة للمؤمن مقابل حمولة على التعويض كاملا من المؤمن.⁽²⁾

(1) بهجت عبد الله قايد، العقود البحرية، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى 1996 ص 318.

(2) عبد القادر العطير، باسم محمد ملحم، المرجع السابق، ص 563

○ المبحث الثاني: إجراءات التخلي

الترك أو التخلي رخصة قانونية للمؤمن له يستطيع استعمال هذه الرخصة إذا توافرت الشروط القانونية، لأنّ الأصل هو أن يلجأ المؤمن له للمؤمن طالبا التعويض عن ما لحقه من أضرار وخسائر بفعل وقوع الحادث المؤمن منه فإذا عدل عن الطريق الأصلي وطلب ترك الشيء المؤمن عليه للمؤمن مقابل حصوله على تعويض كامل⁽¹⁾ فإنّ عليه أن يتبع الاجراءات التالية:

◆ المطلب الأول: إبداء الرغبة في التخلي

على المؤمن له إبلاغ المؤمن بنبأ الكارثة وهذا ما نصّت عليه المادة 115 قانون التأمينات الجزائري"إذا اختار المؤمن له التخلي كما هو منصوص عليه في المادتين 134 و143 من هذا الأمر، وجب أن يكون هذا التخلي تاماً وبدون أية شروط، على أن يتم تبليغ المؤمن بذلك بواسطة رسالة مضمونة الوصول أو بعقد غير قضائي خلال ثلاث (3) أشهر على الأكثر من الإطّلاع على الحادث الذي أدّى إلى التخلي أو انقضاء الأجل التي تسوغه".

في نفس السياق على المؤمن له اخبار المؤمن بجميع عقود التأمين المبرمة وذلك حتّى لا يتسنى للمؤمن معرفة حقيقة وضعه بالنسبة للمؤمن له وما إذا كان سيثرى على حسابه بلا سبب جراء تعدّد العقود، أو أنّ المؤمن له سيء النية في إبرامه العقود المتعددة، ومن ثمّ يمكن للمؤمن الغاء عقد التأمين⁽²⁾ وهذا ما أكدته المادة 113 قانون التأمينات بنصه"يترتب على كل تصريح غير صحيح يقدمه المؤمن له عن سوء نية بخصوص حادث ما، سقوط التأمين يقع عبء الإثبات على عاتق المؤمن".

هذا النص نجد له مثيل في المادة 28 قانون التأمينات الفرنسي وفحوى المادة هو أنّ التأمين لا يكون باطلا، غير أنّ آثار التأمين تظل قائمة لمصلحة المؤمن بحيث لا يقدم هذا الأخير التعويض عن الخسارة كما أنّه وجزاء لسوء نية المؤمن له يحتفظ بالأقساط، غير أنّ الأستاذ "ريبير" يرى في هذا الصدد أنّه إذا كان المؤمن في هذه الحالة غير ملزم بدفع لتعويض

(1) عبد القادر العطير، باسم محمد ملحم، المرجع السابق، ص565.

(2) مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص478.

وهذا جزاء على الغش الذي ارتكبه المؤمن له، فإنه من ناحية أخرى لا يجوز له أن يجبر المؤمن له على دفع الأقساط التي لم يدفعها بعد.

♦ **المطلب الثاني: أن يكون التخلي منجزا وشاملا للشيء المؤمن عليه.**

لقد تطرّق المشرع لهذا الشرط في المادة 115 من الأمر المتعلق بالتأمينات بنصه ".....ووجب أن يكون هذا التخلي تاما بدون أية شروط".

هذا الشرط نص عليه المشرع الفرنسي في قانون التأمينات البحرية 27-172 " التخلي لا يكون لا جزئيا ولا شرطيا".

لهذا يجب أن يتخلى المؤمن له عن الشيء المؤمن عليه بأكمله كما لا يجوز أن يجمع المؤمن له بين دعوى الخسارة ودعوى التخلي كذلك لا يجوز للمؤمن له في أي حال من الأحوال عند ممارسة التخلي أن يشترط أي شرط مهما كان نوعه واقفا كان أم فاسخا فمثلا عند انقطاع الأخبار لا يمكن للمؤمن له اشتراط العدول عن التخلي إذا رجعت السفينة سالمة إلى الميناء أو أنّ يشترط التخلي على البضاعة المهلكة مع إبقائه على البضاعة السالمة التي تمّ إنقاذها.

♦ **المطلب الثالث: ضرورة احترام مواعيد مماسة الحق في التخلي**

يتعيّن على المؤمن له عند اختياره نظام التخلي أن يحترم لمواعيد المقررة في قانون التأمينات الجزائري وهذه المواعيد هي:

- خلال 3 أشهر على الأكثر من الاطلاع على الحادث المادة 115.
 - بعد انقضاء مدة 3 أشهر من يوم انعدام أخبار السفينة المادة 134.
 - بعد انقضاء مدة 6 أشهر من يوم انقطاع الأخبار في ظروف الحرب المادة 134
- الفقرة الرابعة.

فالحكمة من تخويل المؤمن له هذه المواعيد هي تمكينه من الاستعلام والتحقق من أهمية الهلاك⁽¹⁾.

(1) د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 479.

في المقابل نصت المادة 135 قانون التأمينات أنّ المؤمن عليه أن يرد عن طلب التخلي خلال مدة شهر بالقبول أو الرفض، فإذا قبل المؤمن بدفع مبلغ التأمين المبين في العقد كاملا وتنتقل إليه ما تبقى من ملكية الشيء المتخلى عنه وإذا رفضت يكون للمؤمن له خيارين إما قبول التعويض بحسب جسامه الأضرار التي أصابته أو رفع دعوى التخلي أمام القضاء.⁽¹⁾ طبقا للمادة 121 قانون التأمينات تتقدم الدعاوى الناتجة عن عقد التأمينات بمرور سنتين تبدأ سريانها من تاريخ وقوع الحادث الذي يخول حق التخلي أو انقضاء الأجل المقررة لرفع دعوى التخلي.

○ المبحث الثالث: آثار التخلي

مادام أنّ من أهم آثار دعوى الخسارة باعتبارها طريق عادي في التعويض نجد التزام المؤمن بدفع التعويض وحلوله محل المؤمن له في حقوقه والدعاوى المرتبطة بالضرر، هذه الآثار لا نجدها فقط في دعوى الخسارة فحسب بل نجدها أيضا في دعوى التخلي غير أنّ هذا الأخير مادام أنّه نظام خاص بالتأمين البحري باعتبار أنّ المؤمن يدفع مبلغ التعويض كاملا إلى جانب انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه.

◆ المطالب الأول: انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه إلى المؤمن

إذا أعلن التخلي وقبل أو حكم بصحته كانت الأشياء المؤمن عليها ملكا للمؤمن ابتداء من وقت لتبليغ بالتخلي أي أنّ الترك هو عمل بإرادة منفردة يترتب عليه نقل ملكية الأشياء المؤمن عليها من المؤمن له إلى المؤمن وهذا طريق لانتقال الملكية خاص بالقانون البحري⁽²⁾. وهذا ما أكده المشرع الجزائري في الفقرة 03 المادة 115 قانون لتأمينات بنصها " في حالة قبول التخلي يحوز المؤمن حقوق المؤمن له في الأموال المؤمن عليها ابتداء من وقت التبليغ بالتخلي الذي قدمه المؤمن له للمؤمن".

(1) معراج جديدي، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2009، ص177.

(2) مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص481.

المشرع أخذ هذا الحكم وطبق ما جاء به في المادة 27-172 L من قانون التأمينات البحرية الفرنسية (المادة 02/31 قانون 67-522 المؤرخ في 03-07-1967)، كما كرس المشرع الإنجليزي المبدأ نفسه في المادة 63 الفقرة الأولى من القانون الإنجليزي للتأمينات سنة 1906 (Maring Inssurance Acte)

ونصت على ما يلي: "عندما يكون التخلي صحيح، يحق للمؤمن ملكية مصلحة المؤمن له، في كل ما تبقى من الشيء المؤمن عليه، وكذا كل حقوق الملكية المرتبطة به".⁽¹⁾ في المقابل هناك بعض التشريعات تنص ضمن قانونها الخاص بالتأمينات البحرية أنه إذا قبل الترك الذي تم التبليغ عنه أو اعتبر صحيحاً فإنّ المؤمن يعتبر مالكا الشيء المتروك من وقت وقوع لكارثة، وهو ما يعني أنّ نقل ملكية للمؤمن يكون بأثر رجعي إذ تنتقل ملكية الشيء المتروك إلى المؤمن من وقت وقوع لخطر لا من وقت إعلان الترك أو التخلي.⁽²⁾ في نفس السياق إذ رفض المؤمن ايجاب المؤمن له بالترك فإنّ المؤمن له يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بصحة التخلي، وينطلق رفض المؤمن للتخلي عادة من أنه يكون ضارا به كما لوقع لترك على حطام سفينة تسيّره الأمواج والرياح والتيارات المائية في اتجاهات شتى مما يجعله عرضة للاصطدام بمنشآت بحرية عائمة أو ثابتة الأمر الذي يعرضه للمسؤولية باعتباره حارسا الأشياء⁽³⁾، وهذا الرفض للتخلي لا يعفى المؤمن من دفع التعويض المستحق وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في نظام الخسائر الكاملة إذ هو تعويض عن القيمة الكاملة للشيء المؤمن عليه دون انتقال الملكية، فالفرق الوحيد بين التعويض بالتخلي ونظام الخسائر الكلية هو انتفاء الملكية في هذا الأخير.

♦ المطلب الثاني: تلقي التعويض الكامل.

إنّ للمؤمن له بممارسته لنظام التخلي، يتحصل على التعويض لكامل، على الضرر الذي أصابه في حدود المبلغ المنفق عليه في وثيقة التأمين، فالتعويض بطريق التخلي ينطبق على

(1) كمال كهيبة، المرجع السابق، ص77.

(2) عبد القادر العطير باسم محمد ملحم، المرجع السابق، ص568.

(3) د.عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص580.

نفس المبدأ الذي ينطبق على الطرق الأخرى في تسوية الخسارة وهو المبدأ التعويضي وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 30 من قانون التأمينات⁽¹⁾ والتي نصت على أنه "يعطي التأمين على الأملاك للمؤمن له، في حالة وقوع حدث منصوص عليه في العقد، الحق في التعويض حسب شروط عقد التأمين وينبغي ألا يتعدى التعويض مبلغ قيمة استبدال الملك المنقول المؤمن أو قيمة إعادة بناء الملك العقاري المؤمن عند وقوع الحدث..." نفس الحكم نجده في نص المادة 623 القانون المدني الجزائري⁽²⁾ بنصها "لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط ألا يتجاوز ذلك قيمة التأمين مثال ذلك إذا كانت القيمة الحقيقية للسفينة تبلغ 20000 دج وقام المؤمن له بالتأمين على 10000 دج فقط وتعمل الجزء الباقي فإن التعويض الذي يتلقاه عن الخسارة الكلية عند لتخلي هي قيمة 10000 دج وليست قيمة 20000 دج.

○ خاتمة

صفوة ما تقدّم نقول أن نظام التخلي من خلال جميع حالاته تشترك في عنصر واحد هو أنّ الضرر الذي أصاب الشيء المؤمن عليه على درجة كبيرة من الجسامة بحيث أنّ الخسارة قد تكون حقيقية مثل غرق السفينة وهلاكها وقد تكون حكمية مثل انعدام أو انقطاع الأخبار. من جهة أخرى يترتب على هذا النظام تحويل ملكية الأشياء المؤمنة بأثر رجعي من تاريخ الإخطار بالتخلي إلى جانب دفع مبلغ التعويض في المدة القانونية المحددة أو المتفق عليها.

و أمام هذه الخصوصية التي يتمتع بها نظام التخلي ألا يمكن تصوّره في مجالات أخرى كالتأمين على السيارات، أين يمكن للمؤمن له أن يتنازل عن ملكية سيارته للمؤمن مقابل تلقي التعويض الكامل.

(1) عدّلت المادة بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن قانون التأمينات.

(2) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدّل والمتمم.

تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع وتأصيل انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه في القانون المدني الأردني

د. عصام حسن العقرباوي⁽¹⁾

الأصل أن المالك يتمتع بمزايا ملكه ويستأثر بها دون غيره، إلا أن هناك صورة أخرى استثنائية حين تتزاحم على الشيء الواحد حقوق أكثر من مالك فيقال لها الملكية الشائعة، علماً أن المشرع الأردني وضع ضوابط معينة لإدارة المال الشائع، ومن حق الشريك أن يتصرف في حصته الشائعة بالكيفية التي يراها مناسبة سواء بنقل ملكيتها أو ترتيب حق عيني عليها دون الحصول على إذن باقي الشركاء وذلك في الحدود التي ينص عليها القانون، ويستثنى من ذلك حالتي الخلط والاختلاط، وأن لا يكون التصرف مضراً بباقي الشركاء ويشترط هنا لصحة التصرف الحصول على إذن من الشريك الآخر.

أما تصرف الشريك في المال الشائع أمره محكوم بموافقة باقي الشركاء وقد نتجته إرادة الشريك على الشيوخ إلى التصرف بحصته منفرداً عن باقي الشركاء، فتثور إشكالية حول حكم هذا التصرف قبل القسمة وحكمه بعد القسمة إذا استمر إلى ما بعد تمامها، وبيان فيما إذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف يملك هذه الحصة على الشيوخ.

للإجابة عن هذه الإشكالية سنعمد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي والتحليلي بحيث يتم من خلاله تحليل النصوص القانونية المتعلقة في الملكية الشائعة وفقاً لإحكام القانون المدني الأردني.

أما حدود الدراسة جاءت لتعالج موضوع تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع وتأصيل انتقال تلك الحصة إلى المتصرف إليه في القانون المدني الأردني.

⁽¹⁾ جامعة جدارا الأردن.

أما بشأن تقسيم الدراسة:

سنعمد في تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين على النحو التالي:
المبحث الأول: تصرف الشريك في جزء مُفرز من المال الشائع.
المبحث الثاني: تصرف الشريك في كل المال الشائع.
وبعد ذلك نختم هذه الدراسة بالنتائج التي توصلنا إليها والتوصيات التي نقترحها.

○ المبحث الأول: تصرف الشريك في جزء مُفرز من المال الشائع

إنّ تصرف الشريك في جزء مُفرز من المال الشائع يثير إشكالات كثيرة في واقع الحياة العملية، خاصة إذا كان المشتري يعتقد أنّ البائع يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مُفرزة لا شائعة، ثم يتضح له بعد إبرام العقد عدم ملكية المتصرف للشيء محل التصرف ملكية مُفرزة. وقد يعتقد كل من المتصرف أو المتصرف إليه أنّ الحصة المتصرف فيها قد تقع في نصيبه بمقتضى القسمة ولكنها لم تقع، فيؤدي ذلك إلى عدم الاستقرار في المعاملات. من هذا المنطلق تدخل المشرع الأردني لوضع حكم خاص بتصرف الشريك في جزء مُفرز من المال الشائع بعد القسمة، ولكنه سكت عن حكمه قبل القسمة.

وسنعمل على تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتحدث في المطلب الأول عن تصرف الشريك في حصة مُفرزة من المال الشائع قبل القسمة، وفي مطلب ثاني عن تصرف الشريك في حصة مُفرزة من المال الشائع بعد القسمة.

المطلب الأول: تصرف الشريك في حصة مُفرزة من المال الشائع قبل القسمة

المطلب الثاني: تصرف الشريك في حصة مُفرزة من المال الشائع بعد القسمة

◆ المطلب الأول: تصرف الشريك في حصة مُفرزة من المال الشائع قبل القسمة

أنّ المشرع الأردني عالج مسألة بيع الشريك جزءاً مُفرزاً من المال الشائع بعد القسمة دون أن يتطرق لحالته قبل القسمة، فإنه لا يملك شيئاً مادياً محدداً وإنما يملك حصة شائعة، فهل يكون تصرف الشريك هنا هو تصرف في ملك الغير فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء؟ وهل يختلف الحكم فيما إذا كان المتصرف إليه عالماً بحالة الشروع أم أنه يجهل ذلك؟

فإذا كان المتصرف إليه يعلم بحالة الشيوخ، وأن حق المتصرف (الشريك) قبل القسمة غير ثابت في الجزء الذي تعاقد عليه وما سيؤول إليه هذا الجزء بعد القسمة، فلا يحق للمتصرف إليه أن يحتج في مواجهة المتصرف إذا ثبت حقه بعد القسمة في غير الجزء الذي تعاقد عليه، وليس له الادعاء ببطلان التصرف على أساس الغلط. إلا أن هذا التصرف لا ينفذ في مواجهة باقي الشركاء لأن فيه اعتداء على حقوقهم.

وقد يتم الاتفاق بين المتصرف والمتصرف إليه أن يكون التصرف معلقاً على شرط واقف وهو إجراء القسمة، ووقع الجزء في نصيب المتصرف، فإذا تحقق الشرط آل الجزء المبيع إلى البائع وأنتج التصرف آثاره بأثر رجعي، وإن لم يتحقق أعتبر التصرف كأنه لم يقع.⁽¹⁾ أما إذا كان المتصرف إليه يعتقد بأن المتصرف يملك الحصة المتصرف فيها ملكية مُفرزة، ثم يتضح له أنه يملكها ملكية شائعة، يكون هنا بالخيار إما أن يطلب إبطال التصرف على أساس الغلط في صفة جوهرية في المعقود عليه، أو أن يجيز مثل هذا التصرف. إلا أن المشرع الأردني سكت عن تحديد حكم التصرف قبل القسمة، وظهرت عدة اتجاهات حول هذا النوع من البيوع على النحو التالي:

• الاتجاه الأول: تصرف صحيح معلق على نتيجة القسمة.

يعتبر تصرف الشريك في حصة مُفرزة تصرفاً معلقاً على نتيجة القسمة، فإذا تمت ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف اعتبر مالكاً له منذ بدء الشيوخ طبقاً للأثر الرجعي وبالتالي يستقر نهائياً في حق المتصرف إليه، أما إذا وقع في نصيب شريك آخر غير المتصرف، فيتأكد صدوره من غير مالك، ويكون قابلاً للإبطال على أساس ذلك، عكس قبل القسمة حيث لا يكون كذلك وبينما لم يحاول بعضهم تبرير مذهبهم، ذهب آخرون إلى القول أن التصرف ما دام معلقاً على القسمة، فهو معلق على شرط واقف هو وقوع الجزء المتصرف

(1) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، (الملكية والحقوق المتفرعة عنها . أسباب كسب الملكية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 130.

فيه في نصيب المتصرف فإذا تحقق الشرط صح التصرف ونفذ بأثر رجعي، وإن لم يتحقق أصبح كأن لم يكن.⁽¹⁾

• الاتجاه الثاني: تصرف صحيح نافذ كتصرف في حصة شائعة

يذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار التصرف في جزء مُفرز تصرفاً صحيحاً نافذاً، ولكن كتصرف في حصة شائعة تعادل قدر الجزء المتصرف فيه، وذلك على أساس أن المتصرف إليه لا يمكن أن تكون له حقوقاً أكثر من سلفه الذي لم تكن له إلا ملكية شائعة.⁽²⁾

• الاتجاه الثالث: تصرف صادر من مالك فيما يتعلق بحصة المتصرف الشائعة، ومن غير مالك فيما يتعلق بحصص باقي شركاء.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن تصرف أحد الشركاء في حصة مُفرزة من المال الشائع تصرفاً في ملكه فيما يتعلق بحصته الشائعة، وفي ملك الغير فيما يتعلق بحصص شركائه، فيكون صحيحاً بقدر حصته فقط، فيما يكون قابلاً للإبطال في حصص شركائه سواء أكان المتصرف إليه عالماً بالشيوع أو غير عالم به، وكذلك على أساس الغلط قبل القسمة وبعدها، ولكن يتصور أن تقلب العقد القابل للإبطال صحيحاً، أو أن تحد من قابليته للإبطال، كما يتصور أن يرتب المشرع عليها وعلى تقرير مبدأ الحلول العيني، سلب المتصرف إليه الذي كان عالماً بأن المتصرف لا يملك المتصرف فيه مُفرزاً حقه في إبطال البيع، باعتبار أن تقرير الحلول العيني يزيل عيب ملك الغير، ولكن لا يتصور أن يرتب عليهما سلب المشتري الذي كان يجهل حالة الشيوع حقه في إبطال البيع للغلط، إذ أن تطبيق الحلول العيني لا ينفى وقوع المتصرف إليه في غلط⁽³⁾.

(1) مرقس (سليمان)، "الوافي في شرح القانون المدني الجديد"، المجلد السابع، المجلد الحادي عشر - الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار الكتب القانونية، شتات - مصر، المنشورات الحقوقية، بيروت - لبنان، 1995، ص 747، فقرة 311.

(2) مرقس (سليمان)، المجلد السابع، مرجع السابق، ص 749، فقرة 331.

(3) الصدة (عبد المنعم فرج)، "الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني. والقانون المصري"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1978، ص 180، فقرة 124.

ونرى أنه هذا التصرف يعد بيعاً لملك الغير لتعلق حق باقي الشركاء في هذه الحصة المُفرزة وغير نافذ بحقهم إلا إذا تم إجازته من قبل باقي الشركاء، فالأصل أن مثل هذا التصرف يعد موقوفاً على الإجازة، فإن أجازوه نفذ وإلا اعتبر باطلاً عملاً بإحكام المادة 171 من القانون المدني الأردني بقولها: "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير...".

♦ **المطلب الثاني: تصرف الشريك في حصة مُفرزة من المال الشائع بعد القسمة**

يحدث كثيراً أن تسفر عن قسمة المال الشائع وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير المتصرف، ويقع في نصيب هذا الأخير جزء آخر غير الجزء المتصرف و قد حسم المشرع هذه المسألة، وذلك من خلال نص المادة 1031 من القانون المدني الأردني والتي تقضي أنه: "...2... إذا كان التصرف منصّباً على جزء مُفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وإذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مُفرزة حين العقد، فله الحق في إبطال التصرف أيضاً". وهذا حرصاً على استقرار المعاملات وتقدياً الحكم ببطلان التصرف بحيث يؤخذ بمبدأ الحلول العيني، أي أن الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة يحل محل الجزء الذي ورد عليه التصرف أصلاً، ويعتبر وكأن التصرف قد ورد عليه منذ إبرامه وفي المقابل يخلص الجزء المُفرز السابق التصرف فيه لمن اختص به بالقسمة⁽¹⁾.

بموجب نص المادة (1031) من القانون المدني الأردني، إذا قام الشريك على الشبوع ببيع جزءاً مُفرزاً من المال الشائع فإن هذا الجزء بعد القسمة إما أن يقع في نصيبه أو لا يقع، فإن وقع الجزء المُفرز بعد إجراء القسمة في نصيب الشريك (البائع) يكون البيع والحالة هذه يستقر نهائياً على الجزء المبيع، لذلك لم ينص المشرع الأردني على حكم خاص لهذه الحالة لوضوح الحكم فيها، وهذا يقودنا للقول بأن الحكم واحد في حالة وقوع الجزء المُفرز في نصيب

(1) منصور، محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 134.

البائع بعد القسمة سواء كان المشتري عالماً بالشيوخ أم جاهلاً به، وبالتالي فإنه لا يجوز للمشتري طلب إبطال البيع في حالة جهله بالشيوخ لأن هدفه الذي يريده تحقق. وهذا الحكم يقودنا إلى تقرير حكم آخر هو إذا أقر باقي الشركاء ببيع الشريك الجزء الشائع، فلا يجوز للمشتري طلب الإبطال بعد القسمة حتى ولو كان يعتقد أن البائع مالك ملكية مُفرزة. أما إذا لم يقع الجزء المبيع في نصيب البائع فإنه يستفاد من نص المادة (1031) من القانون المدني الاردني أن حق المشتري ينتقل من وقت البيع إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة، وللمشتري في هذه الحالة حق طلب الإبطال إذا كان يعتقد أن البائع يملك ملكية مُفرزة.

على ضوء ما تقدم نجد أن تصرف الشريك في جزء مُفرز من المال الشائع بعد القسمة يترتب عليه فرضيتان:

- **الفرضية الأولى:** حالة وقوع الحصة المُفرزة في نصيب البائع (الشريك) فلا تثور أي إشكالية هنا، على الرغم من عدم تطرق المشرع الاردني لهذه الحالة، ويتم إهمال علم أو جهل المتصرف إليه، فطالما قبل المتصرف إليه التعاقد على هذا المحل فلا يوجد مبرر لطلب إبطاله إذا علم بالشيوخ فيما بعد، إذ لم يتغير أي شيء في العقد يعطيه الحق في طلب الإبطال.
- **الفرضية الثانية:** حالة وقوع الحصة المُفرزة في غير نصيب البائع (الشريك)، تنتقل حصة المتصرف إليه إلى الجزء الذي وقع في حصة المتصرف.

○ **المبحث الثاني: تصرف الشريك في كل المال الشائع**

إذا تصرف الشريك في المال الشائع كله أو في مقدار شائع يزيد عن حصته في هذا المال سواء كان ذلك بالبيع أو الرهن أو بإنشاء حق عيني آخر فإن تصرفه يكون صادراً من غير مالك بالنسبة إلى ما ازد عن حصته⁽¹⁾ حكم هذا التصرف لا يكون نافذاً في مواجهة سائر الشركاء بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في المال الشائع ولكن يكون نافذاً في حقهم بالنسبة لحصة الشريك المتصرف، على ذلك يحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة

(1) الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1978، ص 177.

ويصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء فيحقق لباقي الشركاء إجازة هذا التصرف الصادر من الشريك على الشيوع فينفذ عندئذ في مواجهة الجميع⁽¹⁾.

أن حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق، وان هذا الحق ينتشر في كل المال الشائع وينصب على كل ذره من ذراته. إلا أن سلطة الشريك في مباشرة هذا الحق مقيد بما للشركاء من حقوق تتزاحم معه على نفس المال، لذلك فإنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يتصرف مستقلاً في المال الشائع كلية سواء كان ذلك تصرفاً مادياً أو تصرفاً قانونياً من دون إذن باقي الشركاء الآخرين. أما الشريك المأذون فله الحق في أن يتصرف في المال الشائع في حدود الإذن ويستوي في ذلك أن يكون هذا التصرف مضرراً أو لم يكن، كونه يُعد أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن شركائه الآخرين، وإذا لم يكن مأذوناً فليس له أن يجري أي نوع من أنواع التصرفات.

ويستفاد من أحكام المادتين 1030 و 1031 من القانون المدني الأردني أن من حق كل شريك التصرف الانتفاع بالعمارة المشترك دون الإضرار بغيره، ومن حق الشريك في المال المشترك التصرف بالعمارة المشترك باعتباره شريك في كل جزء منه ولا يحق للشريك رفع يده عنه إلا بالقسمة، أما إذا تصرف الشريك في المال الشائع كله أو في مقدار شائع يزيد عن حصته في هذا المال سواء كان ذلك بالبيع أو الرهن أو بإنشاء حق عيني آخر فإن تصرفه يكون صادراً من غير مالك بالنسبة إلى ما زاد عن حصته.

قد يتصرف احد الشركاء وحده في كل المال الشائع، فيبيع احد الشريكين كل الأرض، فإذا كان المشتري يعتقد وقت أن اشترى أن البائع يملك كل الأرض ولا شريك له فيها، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع، ومن ثم يجوز له أن يطلب إبطال البيع للغلط، وكذلك له أن يطلب إبطال البيع في الحصة الشائعة التي للشريك الآخر، لأن الشريك الأول قد باعها وهو غير مالك لها⁽²⁾.

(1) سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص128.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص878.

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول حكم التصرف في العلاقة بين أطرافه وحكم التصرف بالنسبة إلى الشركاء الآخرين في مطلب ثان.

♦ المطلب الأول: حكم التصرف في العلاقة بين أطرافه

لشركاء في المال الشائع أن يتصرفوا بالشيء الشائع كيفما يشاءون، وهذا التصرف سواء كان مادياً أو قانونياً لا بد من إجماع الشركاء عليه، والتصرف الصادر من جميع الشركاء تصرف ممن يملكون إبرامه، كما أنه لا يتضمن مساساً بحق أي شريك ما دام الشركاء جميعاً قد ارتضوا هذا، فإذا أقدم الشركاء على بيع المال الشائع كله أو جزء منه فتصرفهم سليماً من الناحية القانونية ولا توجد مشكلة تثار بهذا الشأن، أما إذا تصرف الشريك في المال الشائع كله كأن باعه أو أجره فإن ذلك التصرف يبقى موقوفاً على إجازة الشركاء فإن أجازوه نفذ وإن لم يجيزوه نفذ في حصته هو وبطل في حصص باقي الشركاء الآخرين وفي هذه الحالة يكون للمشتري أو المستأجر حق طلب فسخ العقد لعيب الغلط.

وإذا كان المشتري يعلم وقت الشراء أن للبائع شريكا في المال الشائع، امتنع عليه الطعن في البيع للغلط، ويكون في هذه الحالة قد اعتمد على أن البائع سيستخلص ملكية المال الشائع كله. فإذا استطاع البائع أن يستخلص ملكية المال الشائع كله، فقد تحقق ما توقعه وانتقلت ملكية المال الشائع كله إلى المشتري بالتسجيل، وبخلاف ذلك يكون للمشتري الحق في طلب فسخ البيع⁽¹⁾.

وانقسم الرأي الفقهي حول حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع بين طرفيه الى فريقين:

الفريق الاول يرى أن التصرف الصادر من مالك بقدر حصة المتصرف، ومن غير مالك بقدر حصص الشركاء: أن الشريك المشتاع إذا تصرف في كل المال الشائع، أو في جزء مفرز منه يزيد عن حصته، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك بقدر ما يوازي حصته وفيما لا

(1) السنهاوري، ص 879.

يملك بقدر ما يوازي حصص الشركاء الآخرين، فيكون صحيحاً نافذاً بين طرفيه في كل المال الشائع غير أنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المتصرف إليه⁽¹⁾.

الا أن هذا الرأي تعرض لعدة انتقادات:

تستحيل التسوية بين ملك الغير والملك على الشيوع، لأن مقتضى الأول أن لا يكون المتصرف مالكا للمال المتصرف فيه، وهو ما يخالف الحالة الثانية، إذ المتصرف مالكا لما يتصرف فيه، غاية ما في الأمر أنه لا يملكه وحده، وإنما يشاركه فيه ملاك آخرون لهم نفس الواجبات والحقوق التي يتمتع بها⁽²⁾.

كما أن هذا الرأي يخالف مضمون الملكية الشائعة، حيث أنها ترد على كل ذرة من ذرات المال الشائع المتصرف فيه. وعلى الرغم من انتقاد هذا الرأي إلا أن غالبية الشراح توجهوا الى الاخذ به، فيما مال بعضهم الى تبني رأي آخر.

الفريق الثاني⁽³⁾ يرى أن التصرف صحيح في كل المال الشائع بين طرفيه، وغير نافذ في مواجهة الشركاء: حيث أن حصته الشائعة التي يملكها تصرفاً صحيحاً ونافاً بين المتصرف والمتصرف إليه، لصدوره من مالك، ولا يمكن اعتباره صادراً من غير مالك قابلاً للإبطال على أساس الغلط الناتج عن جهله بعدم تملك الشريك المتصرف للعين من المتصرف فيها مفرزة. ويبقى كذلك قبل القسمة وبعدها ما لم يتمكن المتصرف من استحصال ملكية المال الشائع خالصة له وحده، فإن تم ذلك استقر التصرف صحيحاً نافذاً، وانتقت قابليته للإبطال والقول بعكس ذلك يتنافى مع مبدأ حسن النية (وقد سبق التطرق لذلك)، أما إذا كان المتصرف إليه عالماً بالشيوع، فلا يكون التصرف قابلاً للإبطال لانتفاء الغلط، وحتى لو لم يتمكن المتصرف من استحصال ملكية المال الشائع كلها واختص بجزء مفرز منه فقط بموجب القسمة، ومرجع ذلك أنه كان على بصيرة من أمره، وإرادته قد اتجهت إلى رضائه بما يقع في نصيب المتصرف، ولو كان جزءاً فقط.

(1) السنهاوري، الجزء الثامن ص 879 فقرة 534.

(2) كيرة، حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية إككامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 173.

(3) سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1993، ص 127. كيرة، حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 173.174.

♦ المطلوب الثاني: حكم تصرف الشريك في كل المال الشائع بالنسبة للشركاء

الأصل أن كل عمل من الأعمال التي يقوم بها الشريك منفردا على الشائع ويترتب عليها المساس بحقوق شركائه يكون غير نافذا في حقهم.

من المعلوم أن حقوق الشركاء في الملكية الشائعة على كل ذرة من ذرات المال الشائع تجعل لهم نفس الحقوق على نفس العين، فإذا تصرف أحدهم فيها كان تصرفه صحيحا بين طرفيه، لكن المشكلة الحقيقية تتعلق بتجاوزه حدود سلطاته مع شركائه، مما يسبب لهم ضررا أكيدا، وهو ما يقودنا إلى التساؤل عن حكم هذا التصرف في مواجهتهم؟

تنص المادة 1/1031 من القانون المدني الأردني على أنه: "لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف شاء دون إذن من باقي شركائه بشرط ألا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء".

وتطبيقا لذلك، فالشريك إذا تصرف في كل المال الشائع تحقق الإضرار بالنسبة لشركائه مهما كانت طبيعة التصرف، لأنه لم يتقيد بمقدار الحصة التي يملكها، وإنما تعداها إلى كل المال الشائع، ويترتب عليه مساس بحقوق سائر الشركاء الذين يملكون حصصا رمزية شائعة على المال المتصرف فيه، فيكون غير نافذ في حقهم، غير أن عدم النفاذ هذا لا بد من انسجامه مع الضرر، فلا يكون إلا فيما يعادل حصص الشركاء، في حين ينفذ فيما يتعلق بحصة الشريك المتصرف. ويسرى هذا الحكم على التصرف قبل القسمة وحتى بعدها، حيث يستقل كل شريك بحصته مفرزة، وتخلص له ملكيته خالية من كل تصرف أبداه أحد الشركاء قبل القسمة.

وعليه أجمع تقريبا شراح القانون⁽¹⁾، وإن كان منهم⁽²⁾ من يرى أن أساس عدم ومرجع ذلك أنهم يعتبرون تصرف الشريك في كل المال الشائع تصرفا فيما يملك وفيما لا يملك، وهو ما أخذ به الشرع الإسلامي، حيث اعتبر فقهاء التصرف في كل المال الشائع إما فاسدا، وإما موقوفا على إذن الشركاء وفي كلتا الحالتين لا يمكن أن يسرى في مواجهتهم.

(1) سوار (محمد وحيد الدين)، "حق الملكية في ذاته"، المرجع السابق، ص 127، فقرة 123.

(2) الصدة (عبد المنعم فرج)، المرجع السابق، ص 178.

○ الخاتمة

ومن خلال الدراسة المتعلقة بالملكية الشائعة والتصرف فيها، فقد لاحظنا أن هناك العديد من الفرضيات التي تحكم تصرفات الشركاء في المال الشائع، حيث أن تصرف الشركاء مجتمعين جائز ولهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها.

وتبين لنا كذلك أن من حق الشريك أن يتصرف في حصته كيف شاء دون إذن من باقي شركائه بشرط ألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء، وللشريك على الشيوخ كذلك بيع حصته بلا إذن الشريك الآخر إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز البيع بغير إذن شريكه وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً مضراً بدون إذن شريكه، ألا أن تصرف الشريك في مقدار شائع يزيد على حصته، لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد على حصة الشريك المتصرف.

كذلك يكون تصرف الشريك المشتاع في كل المال الشائع تصرفاً صحيحاً منتجاً لكافة آثاره بين طرفيه، وغير نافذ في حق الشركاء، إلا بقدر حصة المتصرف، ولا ينتج آثاره في مواجهتهم إلا في هذه الحدود.

◆ النتائج:

من خلال بحثنا لهذا الموضوع وما يرتبط به من أمور تتعلق في القانون الأردني فقد ظهرت العديد من النتائج وأهمها:

- 1- أن موضوع الملكية الشائعة من المواضيع التي لاقى اهتماماً كبيراً في الفقه الإسلامي والقانون المدني وذلك لكون هذا النوع من أنواع الملكية ذا طابع خاص، الأمر الذي يثير العديد من الإشكاليات القانونية وخاصة فيما يتعلق بالتصرفات الصادرة عن الشركاء. وقد لاحظنا أن هناك قواعد أحكام خاصة تخضع لها تصرفات الشركاء سواء المتعلقة بالتصرف به من كل أو بعض الشركاء أو حتى من الشريك الواحد.
- 2- يكون كل جزء من المال الشائع مشتركاً بين كل الشركاء مهما صغر أو كبر ذلك الجزء، ويترتب على ذلك نشوء حقوق لكل واحد منهم على هذا المال الشائع.
- 3- كما أنصبت نتائج الدراسة على المبدأ العام الذي وضعه المشرع الأردني والذي قوامه أن الشريك في الملكية الشائعة يملك حصته الشائعة بشكل تام وله أن يتصرف فيها

بشرط عدم إلحاق الضرر بالآخرين، ويترتب عن هذا المبدأ العديد من النتائج الهامة المتعلقة بطبيعة التصرفات الصادرة عن الشركاء وكونها جائزة قانوناً وشرعاً وآلية إجازتها من باقي الشركاء وتحديد مسؤولية كل شريك.

4- أن التصرف في المال الشائع - بشكل عام - يرتبط بموافقة باقي الشركاء أو إجازتهم للتصرف الصادر عن الشريك، وذلك لتعلق حق كل واحد منهم بهذا المال وأي تصرف يصدر من الشريك بدون الإذن المسبق من بقية الشركاء لا يعتد به إلا إذا أجازته هؤلاء الشركاء.

♦ التوصيات:

1- أن يتدخل المشرع الأردني في إضافة أو بيان الأسباب التي تمنح أغلبية الشركاء في التصرف في المال الشائع دون التعسف في استعمال هذا الحق، ويتطلب هذا وضع أحكام دقيقة وواضحة تستند إليها الأغلبية في أي تصرف في المال الشائع ضمن أحكام القانون المدني.

2- من خلال دراسة المادة 1031 من القانون المدني الأردني وجدنا أنها تتميز ببعض القصور الذي مس حكم الشريك في جزء مفرز قبل القسمة، حيث لم يتطرق المشرع لحكم التصرف في هذه الفترة مما يثير عدة نزاعات، كما أن المادة ليست واضحة بشأن انتقال الحق المتصرف فيه إذا لم يقع في حق المتصرف بعد القسمة، كذلك فيما يخص الحلول العيني في حالة أين يكون المال الشائع متنوع بين العقارات والمنقولات، وتم التصرف في العقار لكن بعد القسمة ووقع في نصيب المتصرف حصة في منقول، فهل نطبق فكرة الحلول العيني أم لا، لذا نوصي أن يتم إعادة النظر كذلك في المادة وجعلها تشمل كافة الأحكام ورفع اللبس والغموض عنها، وذلك عن طريق التطرق لكافة جوانب تصرف الشريك في المال الشائع سواء في جزء مفرز أو حصته الشائعة أو كل المال الشائع، حيث يظهر نقص كبير في النصوص القانونية في هذا الخصوص، لذا يجب وضع نصوص خاصة بكل حالة من حالات تصرف الشريك.

نطاق حماية المصنفات الأدبية والفنية في القانون الفلسطيني

د. محمد عريقات⁽¹⁾

مفهوم الملكية الفكرية ظهرت في أواخر القرن التاسع عشر، القرن الذي شهد ولادة وتعزيز التجارة الدولية، ومعها الحاجة إلى ضمان تدفق السلع والخدمات عبر الحدود الوطنية. نجد آثار تطور مفهوم الملكية الفكرية لأول مرة في انكلترا بموجب القانون الصادر في 1709 بعنوان " قانون الملكة آن"، وبعد ذلك القانون الأمريكي في 1790 والقانون الفرنسي 13 يناير 1791⁽²⁾.

عرفت الدول الإسلامية والعربية مصطلح "المصنفات الأدبية والفنية" بالمعنى الحديث، في عهد الامبراطورية العثمانية. وصدر اول قانون عصري لحق المؤلف في عام 1910 قانون المطبوعات العثماني. المادة الثانية من هذا القانون نصت: «النتائج الفكرية والقلمية هي جميع أنواع الكتب، والمؤلفات، والرسوم، والألواح، والخطوط، والمصكوكات، والهياكل، والخطط، والخرائط، والمسطحات، والمجسمات المعمارية والجغرافية والطبوغرافية، وكل المسطحات والمجسمات الفنية، والترانيم والتوافيق (نوطة) الموسيقية»⁽³⁾.

الان انة بعد استقلال الدول العربية من حقبة الاستعمار وانتهاء حقبة الامبراطورية العثمانية، بدأت الدول العربية تضع قوانين خاصة بها، ونتيجة لذلك، كان من الضروري تطوير نطاق مبدأ الاختصاص الإقليمي لحقوق الملكية الفكرية، يمنح مالكيها حقوق حصرية انطلاقاً من قانون البلد الاصلي في الاراضي التي يقطن بها.

⁽¹⁾ استاذ القانون الخاص في جامعة القدس.

⁽²⁾ كولومبيه كلود، " الملكية الادبية والفنية والحقوق لمجاورة"، الطبعة 9، دالوز، باريس، 1999، ص1.

⁽³⁾ <http://aleftoday.info/article.php?id=202>

حديثاً، اصدر المرجع الديني الاعلى في مصر، الازهر فتوى في عام 2003 تنص على أن في اختلاس الأفكار والنصوص سرقة قد يطول مقترفها حكم سرقة الأموال بتقدير وقياس الفعل، مع التمييز بين الاقتباس والسرقة،

حيث جاء في الفتوى: "تفيد اللجنة بأن الاقتباس بكل أنواعه من كتاب أو مجلة أو مرجع جائز شرعاً، ولا شيء فيه، بشرط أن ينسب إلى مصدره وصاحبه عند الكتابة والتسجيل، ورده إلى مصدره الأصلي. أما النقل من كتاب أو مصدر أو مجلة عند التأليف ونسبة ما كتبه الكاتب، وما نقله عن غيره إلى نفسه فهذا أمر حرمه الشرع والقانون، وهو نوع من السرقة. أما النقل للأفكار وكتابتها وتطويرها وتزويرها بأفكار أخرى وتحديثها فليس في ذلك شيء بشرط أنه عند هذا السؤال تنسب الأقوال إلى صاحبها"⁽¹⁾.

الاراضي الفلسطينية، عرفت مفهوم حق المؤلف من خلال قانون المطبوعات العثماني الذي كان مطبق في كل الدول التي كانت تحت الحكم العثماني، الى غاية 1917، تاريخ فرض الوصايا البريطانية على فلسطين حيث تم تطبيق قانون حق المؤلف البريطاني لعام 1911⁽²⁾ المطبق عام 1924. ويعد هذا القانون ساري المفعول الى يومنا هذا، بالرغم من عدة محاولات قامت بها وزارة الثقافة الفلسطينية لاعداد مشروع حق مؤلف فلسطيني عام 2005.

• مشكلة الدراسة:

ان عدم وجود قانون ملكية ادبية وفنية فعال وعصري في الاراضي الفلسطيني يعد العامل الاول والاساسي لضياع حقوق المبدعين كما يشكل عائقاً كبيراً أمام حركة الإبداع برمتها، ايضاً، عدم وجود قانون حديث وعصري، انشا ثقافة من القرصنة والتزوير وعزوف اصحاب الابتكارات والمصنفات الادبية من التوجه الى المحاكم الفلسطينية. لذلك انشاء قانون ملكية ادبية وفنية في فلسطين يؤدي الى حماية الابتكارات والاعمال الفنية، كما يشجع المنافسة المشروعة ويلجب الاستثمار.

(1) خالد النجار، "حماية الاعمال الادبية والفنية في الشريعة الاسلامية"، 2005، ص232

(2) <http://www.qanon.ps/news.php?action=view&id=16543>

• منهج الدراسة:

يشكل المنهج المقارن القاعدة التي ترفد هذه الدراسة بشتى متطلباتها وتقي بالغرض الذي يحقق الخروج بالنتائج المرجوة منها:

حيث سوف نتطرق الى قانون حق المؤلف البريطاني المعمول به في الاراضي الفلسطينية ثم قراءة موقف التشريعات المقارنة، والتي اخترنا من بينها- إلى جانب قانون حماية حق المؤلف الأردني 22 لسنة 1992، قانون الملكية الفكرية المصري لسنة 2002 والفرنسي 1992.

بالإضافة لما سبق يسهم المنهج التحليلي برصد معضلة الدراسة في بيئتها التشريعية استيضاح النصوص ذات العلاقة بهدف استقصاء أوجه القصور فيها وتقديم الحلول الملائمة بشأنها.

• خطة الدراسة:

تتطلب المحاولة الحثيثة الهادفة إلى استعراض أوجه المشكلة وفق المنهج الملائم الاعتماد على منهجية تتلقف سائر جوانب هذا الموضوع وفق تسلسل منطقي يقود إلى النتائج المتضمنة للحلول القانونية المناسبة، ولأجل ذلك وجدنا من الملائم الاعتداد بنسق ثنائي نستعرض من خلاله التدابير القانونية لحماية حقوق المؤلف ضمن مبحثين؛ عرضنا في الأول المصنفات الادبية والفنية، من حيث مفهومها، واقسامها، والاستثناءات الواردة عليها، كما تطرقنا الى الاتفاقيات الدولية المنظمة لهذه المصنفات. من جهة ثانية، عرضنا في المبحث الثاني الحقوق المترتبة على هذه المصنفات سواء كانت حقوق مالية او معنوية.

○ المبحث الأول: المصنفات الأدبية الفنية

حق الملكية الأدبية والفنية هو المصطلح الذي يشير إلى الحقوق الممنوحة للمؤلفين على مجموعة واسعة من الاعمال بغض النظر عن جنسهم أو الجدارة أو الوجهة.

ان قوانين حقوق المؤلف الوطنية والدولية لم تعط تعريفا خاصا لمفهوم المصنفات الفنية، كما انها لم تحدد معايير خاصة لتمييزها، بل اعتبرت بكل بساطة أن كل الأعمال الأدبية والعلمية والفنية اعمال فكرية يتم حمايتها ضمن نطاق قانون حق المؤلف.

هذه الاعمال وردت في الاتفاقية الدولية لحماية الاعمال الفنية والادبية " بيرن" الموقعة في سنة 1886 المعدلة سنة 1979، حيث اكدت الفقرة الاولى من المادة الثانية: " تشمل عبارة «المصنفات الأدبية والفنية» كل إنتاج في المجال الأدبي والعلمي والفني أيا كانت طريقة أو شكل التعبير عنه مثل الكتب والكتيبات وغيرها من المحررات، والمحاضرات والخطب والمواعظ والأعمال الأخرى التي تتسم بنفس الطبيعة، والمصنفات المسرحية أو المسرحيات الموسيقية، والمصنفات التي تؤدي بحركات أو خطوات فنية والتمثيلات الإيمائية، والمؤلفات الموسيقية سواء اقترنت بالألغاز أم لم تقترن بها، والمصنفات السينمائية ويقاس عليها المصنفات التي يعبر عنها بأسلوب مماثل للأسلوب السينمائي، والمصنفات الخاصة بالرسم والتصوير بالخطوط أو بالألوان وبالعمارة وبالنحت وبالحفز وبالطباعة على الحجر، والمصنفات الفوتوغرافية ويقاس عليها المصنفات التي يعبر عنها بأسلوب مماثل للأسلوب الفوتوغرافي، والمصنفات الخاصة بالفنون التطبيقية، والصور التوضيحية والخرائط الجغرافية والتصميمات والرسومات التخطيطية والمصنفات المجسمة المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العمارة أو العلوم".

بعد ذلك في عام 1995 جاءت اتفاقية تريس لتأكد على هذه المصنفات مع إضافة بعض المصنفات مثل برامج الحاسوب⁽¹⁾ والحقوق المجاورة للمؤلف⁽²⁾. نلاحظ بان الاتفاقيات الدولية

(1) المادة العاشرة، الفقرة الاولى من اتفاقية الترييس نصت على ما يلي: "تتمتع برامج الحاسوب الالي "الكمبيوتر"، سواء اكانت بلغة المصدر او بلغة الالة بالحماية باعتبارها اعمال ادبية بموجب معاهدة بيرن"
(2) ورد نص المادة 14 من اتفاقية الترييس منظمًا للحقوق الأدبية والمالية بين ومنتجي التسجيلات الصوتية بالأتي: "حماية المؤدين ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة:

- 1- فيما يتعلق بتسجيل أعمال المؤدين في تسجيلات صوتية، يحق للمؤدين منع الأفعال التالية التي تتم دون ترخيص منهم: تسجيل أدائهم غير المسجل وعمل نسخ من هذه التسجيلات كما يحق لهم منع الأفعال التالية دون ترخيص منهم "بث أدائهم الحي على الهواء بالوسائل اللاسلكية ونقله للجمهور"
- 2- يتمتع منتجو التسجيلات الصوتية بحق إجازة النسخ المباشر أو غير المباشر لتسجيلاتهم الصوتية وبحق منعه.
- 3- يحق لهيئات الإذاعة منع الأفعال التالية عندما تتم دون ترخيص منها: تسجيل البرامج الإذاعية وعمل نسخ من هذه التسجيلات ، وإعادة البث عبر وسائل البث اللاسلكي ، ونقل هذه المواد للجمهور بالتلفزيون. وحيث لا تمنح البلدان

لم تشترط شكل خاص للعمل الفني، حيث اكدت على حمايتها بغض النظر عن قيمته وطريقة التعبير، لذلك ممكن ان نجد اعمال فنية لا تملك قيمة واهمية ويتم حمايتها⁽¹⁾.
نود الاشارة ان قانون حق المؤلف البريطاني المطبق في الاراضي الفلسطينية تطرق الى بعض الاعمال الواردة في اتفاقية بيرن الا انه خلا من الحماية القانونية بخصوص برامج الحاسوب وايضا الحقوق المجاورة للمؤلف.

ان عدم تطرق القانون الفلسطيني للحقوق المجاورة، ينتج عنه ضياع حقوق فناني الاداء وايضا اصحاب البرامج التلفزيونية، مما يجبر اصحاب هذه الحقوق الى اللجوء الى قواعد التعويض في القانون المدني التي تكون في بعض الاحيان صعبة في الاثبات او الحصول على تعويضات بالشكل الملائم للعمل. ناهيك عن عدم الاستفادة من المدة الطويلة للحماية وهي 50 عام منذ نشر العمل، لذلك نطالب المشرع الفلسطيني باتخاذ خطوات سريعة لتعديل القانون المطبق في الاراضي الفلسطينية والعمل على اضافة هذه المصنفات.

• الفرع الأول: الاستثناءات الواردة على المصنفات الادبية والفنية

اغلبية التشريعات الوطنية، استثنت العديد من المصنفات من نطاق الحماية، المادة 7 من قانون حق المؤلف الاردني لسنة 1992 نصت:

لا تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون المصنفات التالية الا اذا تميزت مجموعات هذه المصنفات بجهد شخصي ينطوي على الابتكار او الترتيب:

1- القوانين والأنظمة والأحكام القضائية وقرارات الهيئات الادارية والاتفاقيات الدولية

وسائر الوثائق الرسمية والترجمات الرسمية لهذه المصنفات او لأي جزء منها.

2- الأنباء المنشورة أو المذاعة او المبلغة بصورة علنية.

3- المصنفات التي آلت إلى الملكية العامة، ويعتبر الفولكلور الوطني ملكاً عاماً.

الأعضاء في هذه الحقوق لهيئات الأدبية ، تلتزم بمنح مالكي حقوق المؤلف على المادة موضوع البحث إمكانية منع الأفعال المذكورة أعلاه ، مع مراعاة أحكام معاهدة برن (1971).

(1) Patrick TAFFOREAU , “Droit de la propriété intellectuelle”,2ed édition ,Gualino, 2017,p.133

كما استتنت القوانين الوضعية ايضاً الاستعمال الشخصي او التعليمي او العائلي من شروط طلب موافقة المؤلف الاصيلي، حيث نص القانون الأردني 1992 في المادة (17أ) ايضاً المادة 29 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الكويتي لسنة 1992، على انه يجوز استعمال المصنف أو عرضه أو إلقاءه أو تمثيله أو إيقاعه إذا حصل في اجتماع عائلي خاص أو في مؤسسه تعليمية أو ثقافية أو اجتماعية على سبيل التوضيح للأغراض التعليمية. كذلك المادة 171 من قانون الملكية الفكرية المصري لسنة 2002 الذي نص:

"مع عدم الإخلال بحقوق المؤلف الأدبية طبقاً لأحكام هذه القانون ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع الغير من القيام بأى عمل من الأعمال الآتية:
أولاً: أداء لمصنف في اجتماعات داخل إطار عائلي أو بطلاب داخل المنشأة التعليمية مادام ذلك يتم بدون تحصيل مقابل مالي مباشر أو غير مباشر".

أما قانون حق الطبع والتأليف الساري في فلسطين اقتصر على ذكر الاستعمال المباح لغرض الدراسة أو التعليم أو البحث أو الانتقاد أو التقرير أو التلخيص للصحافة أما الاستعمال في إطار عائلي وكذلك الاستعمال الخاص فقد جاء خالياً من ذكرها⁽¹⁾.
على الرغم ان المشرع سمح بالاستعمال الخاص، الا انه وضع قيود في الاستعمال حتى لا يتم هدر حقوق المؤلف الاصيلي تحت عذر الاستعمال الشخصي، او التعليمي، او العائلي ومنها:

- طبيعة وغاية الاستعمال، سواء أكان الاستعمال لأغراض تجارية أو لأغراض تعليمية غير ربحية.
- طبيعة المصنف المنتفع به.

(1) المادة 2 من قانون حق المؤلف البريطاني لسنة 1911 نصت:

"يعتبر الشخص معتدياً على حق الطبع والتأليف المحفوظ في أي أثر إذا فعل شيئاً حصر هذا القانون حق القيام به في صاحب ذلك الحق، بدون رضا صاحبه:

بشرط أن لا تعتبر الأفعال التالية اعتداء على حق الطبع والتأليف:

(1) التداول بأي أثر تداولاً عادلاً من أجل الدراسة أو البحث أو الانتقاد أو التقرير أو التلخيص للصحافة.
(2) إذا كان مؤلف الأثر الفني ليس بصاحب حق الطبع والتأليف فيه واستعمل المؤلف قالباً أو رسماً أو خريطة أو نموذجاً أو درس الأثر على أن لا يكرر المؤلف بذلك غاية الأثر الأساسية ولا يقلدها

- حجم الجزء المستعمل من المصنف بالنسبة لمجمل المصنف المنتفع به.
- الآثار المترتبة جراء هذا الانتفاع على قيمة المصنف أو على السوق المحتمل للمصنف.⁽¹⁾

من جانب آخر، فيما يتعلق بالأفكار، فإنها غير مشمولة في المصنفات المحمية، ما لم تنتقل الفكرة من الخيال إلى أرض الواقع، أي إن المشرع وفر حماية للأفكار إذا تم ترجمتها على أرض الواقع، أي إن الأفكار، "حرة للتداول"⁽²⁾. ولذلك مهما كانت أهميتها وأصالتها، يبقى نطاقها مجاني ولا يمكن أبداً أن تكون ملكية خاصة لأنها تعد كاستعمال جماعي. وفي نظرنا، إن قانون الملكية الأدبية والفنية لم يشمل الأفكار، لأنها تعد من الأمور المعروفة للجميع، وهي قابلة للتطور مع الوقت، لذلك نرى بأن أغلب القوانين التشريعية استثنت الأفكار، وإيضاً الدولية، لذلك نصت المادة الثانية من اتفاقية الويبو: "..... وتمتد حماية حق المؤلف إلى أشكال التعبير وليس إلى الأفكار أو الإجراءات أو أساليب التشغيل أو المفاهيم الرياضية على هذا النحو"⁽³⁾.

في فرنسا، أقرت محكمة النقض في قرارها، لسنة 2005، بأن: "الملكية الأدبية والفنية لا تحمي الأفكار من ضمن المصنفات المشمولة بالحماية، ولكن فقط النموذج الأصلي الذي يتم التعبير عنها". وهنا أكد القضاء الفرنسي بأن الأفكار المجردة لا يتم حمايتها بل يجب أن تنتقل إلى حيز الواقع"⁽⁴⁾.

كما إن الفقه الفرنسي، استبعدها تماماً من نطاق الحماية، حيث أطلق عليها البروفسور غوتية مصطلح أصبح مشهور بين الفقهاء الفرنسيين "بالفكرة المجردة" من الحماية «l'idée nue»⁽⁵⁾.

(1) <http://www.startimes.com/?t=16504463>

(2) المادة 141 من قانون الملكية الفكرية المصري سنة 2002 نصت:

"لا تشمل الحماية مجرد أفكار والإجراءات وأساليب العمل وطرق التشغيل والمفاهيم والمبادئ والاكتشافات والبيانات ولو كان معبراً عنها أو موصوفة أو موضحة أو مدرجة في مصنف"

(3) http://www.wipo.int/treaties/ar/text.jsp?file_id=295166

(4) د. محمد حسام الدين لطفي، المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1987، ص 83

(5) Pierre-Yves GAUTIER, «propriété littéraire et artistique», 6e édition, PUF, p.56

اما بخصوص الرسومات الهندسية والمعمارية، فانها ايضا تملك نظام خاص في نطاق الحماية، حيث يرتد التنظيم القانوني المقرر لحماية التصميم الهندسي إلى اتفاقية "بيرن، وفي هذا السياق ذهبت المادة الثانية بالقول: تشمل عبارة" المصنفات الأدبية والفنية "كل إنتاج في المجال الأدبي والعلمي والفني أيا كانت طريقة أو شكل التعبير عنه مثل: المصنفات الخاصة بالفنون التطبيقية، والصور التوضيحية والخرائط الجغرافية والتصميمات والرسومات التخطيطية والمصنفات المجسمة المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العمارة أو العلوم".

نؤكد هنا بان الاعتراف للمصمم المعماري بالحماية القانونية بموجب تشريعات الملكية الأدبية والفنية إنما يتمخض عنه تمتيعه بالحقوق على العمل الذي تقدم به والذي يشكل حصيلة جهده الذهني الابتكاري، والتي تشمل إلى جانب ذلك كافة التصاميم والمخططات والخرائط والرسوم التخطيطية والمجسمات القابلة للتنفيذ من خلال عمليات البناء.

القضاء الفرنسي اكد هذا الاتجاه، لذلك نرى قرار محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها اقرت بالتعويض لمصلحة المهندس Guillaume Gillet ضد بلدية "Lille" وذلك بموجب الدعوى التي أقامها على البلدية نتيجة التغييرات التي مست معالم المجمع المعماري الذي أشرف على بناءه والذي طالب بموجبها بالتعويض عن الأضرار المعنوية التي لحقت به جراء التغييرات التي أصابت المجمع بسبب أعمال الصيانة التي أجرتها البلدية على المجمع دون إذن المهندس، وقد اعتبرت المحكمة قيام البلدية بأعمال الصيانة التي غيرت معالم المجمع المعماري الذي أشرف المهندس على بناءه، من غير الحصول على إذنه، إخلالا بالحق في الاحترام الممنوح للمهندس على مصنفه⁽¹⁾

نود الإشارة بان الفن المعماري يمتلك بعض الاستثناءات فيما يخص الحقوق الأدبية للمؤلف، حيث تنص الحقوق المعنوية للمؤلف على حقه في سحب المصنف في اي وقت، او تعديله، ولكن في حالة الفن المعماري وبالأخص ان تم انشاءه او بناءه فعليا، لا يستطيع صاحب الحق القيام بهدم البناء او طلب تعديله الا انه يحق للمؤلف تعديل او سحب التصاميم

(1) د. سامر الدالعة، تسخير الأداة القانونية حماية لحقوق المصمم المعماري على التصاميم الهندسية للمباني بين مثال التأسيس النظري وواقع التنظيم القانونية، دراسة مقارنة ص9

الهندسية قبل أن يصار إلى تجسيده في شكل بناء مادي.⁽¹⁾ هذا الطرح اكدته المادة 9 من قانون حق المؤلف الفلسطيني 1911، حيث نصت:

"1. إذا نجم عن تشييد بناء أو إنشاء آخر أو إتمام إنشائه اعتداء على حق الطبع والتأليف وكان قد شرع في تشييد ذلك البناء أو الإنشاء فلا يحق لصاحب الحق المذكور أن يستحصل على أمر تحذيري أو أمر بالمنع يقضي بتوقيف إنشاء ذلك البناء أو الإنشاء ولا على أمر بهدمه.

2. إن جميع الأحكام والنصوص الأخرى الواردة في هذا القانون بشأن استملاك صاحب حق الطبع والتأليف للنسخ التي وقع الاعتداء بسببها أو فرض عقوبات بصورة جزئية لا تسري على أية حالة من الأحوال التي تنطبق عليها هذه المادة".

♦ الفصل الثاني: أنواع المصنفات

• الفرع الأول: المصنفات الأصلية:

ان المقصود بالمصنفات الأصلية هي تلك المصنفات التي وضعها مؤلفوها بصورة مباشرة، دون ان تقتبس من المصنفات السابقة⁽²⁾.

عرفها البروفسور اندرية بيرتراند بانها " العمل الذي يحمل بصمات المؤلف وحدة"

«Empreinte de la personnalité de son auteur, travail purement personnel»⁽³⁾.

وتعتبر هذه المصنفات أصلية لأنها وليدة أفكار مؤلفها ومجهود وجهوده الشخصي دون تدخل شخص اجنبي بالعمل، فمثلا الكاتب يعتبر مؤلف اصلي ان كان وحيدا، كذلك الشعر، والرسم، والنحت، الخ.

(1) عبد السعيد الشراوي: حقوق الملكية الفكرية - أسس الحضارة والعمران وتكريم للحق والخلق، مطبعة النجاح الجديدة -الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1995، ص 292.

(2) أشواق عبد الرسول، الحماية القانونية للمصنفات ومؤلفيها،

<http://www.ahlulbaitonline.com/karbala/New/html/research/research.php?ID=83>

(3) André BERTRAND «la propriété Littéraire et Artistique», PUF, 1989, p.130

ويقسم العمل الاصيل الى عمل فردي، عمل مشترك او عمل جماعي. فالعمل المشترك هو الذي يسهم في تحقيقه عدة مؤلفين، عرفته المادة 35 من من قانون حق المؤلف الفلسطيني:

- أ- كل موسوعة أو قاموس أو كتاب يصدر مرة في السنة وكل أثر آخر من هذا القبيل
- ب- كل صحيفة أو جريدة أو مجلة أو ما شابه ذلك من النشرات الدورية
- ج- كل أثر مقسوم إلى أقسام لمؤلفين مختلفين وكل أثر أدمجت فيه آثار أو أجزاء آثار لمؤلفين عديدين"

اما القانون الفرنسي عرف المادة 113,2 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي 1992، المصنف المشترك بأنه:

(المصنف الذي يقوم بتأليفه عدة أشخاص طبيعيين يتآزرون في اشتراكهم بالابتكار الذهني)، وهذا التآزر هو الأساس في اعتبار كل منهم مشتركاً في إنتاج المصنف المشترك، أما المساهمة البسيطة في إنشاء المصنف فلا تكفي لغرض الاشتراك فيه⁽¹⁾.

وعرفته محكمة النقض الفرنسية بانه "عمل إبداعي يقوده مجموعة من المؤلفين الشركاء يحققون ابداعاتهم الشخصية في اطار فكرة مشتركة تجمع بينهم"⁽²⁾ ومن خلال هذا التعريف يبرز بوضوح عنصران رئيسيان لقيام المصنف المشترك، أولهما مساهمة مجموعة من المؤلفين في إبداع مصنف وثانيهما وجود فكرة مشتركة تجمع بين هؤلاء المؤلفين تدفعهم نحو تحقيق المصنف. اما العمل الجماعي يعرف بأنه المصنف الذي يشترك في وضعه عدة أفراد بتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته وبأسمه، ويندمج عمل المشتركين في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي.⁽³⁾

ويظهر العمل الجماعي في اغلب الاوقات في البرامج التلفزيونية كإنتاج تلفزيون العربية، ابوظبي ناشيونال جيوجرافيك او شركات خاصة مثل إنتاج روتانا، او شركات إنتاج السينما العربية والعالمية.

(1) Article L.113-2, du code de la propriété intellectuelle français: «Est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques».

(2) محمد سامي عبد الصادق، حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة، ط1، مكتب المصري الحديث، مصر، 2002، ص15-

(3) https://scholar.najah.edu/sites/default/files/all-thesis/zynb_slftyty.pdf

قانون حق المؤلف الفلسطيني لم يمنح الحماية القانونية للعمل الجماعي اسوة بالقوانين المقارنة مكتفيا بالعمل الفردي والمشارك، لذلك نطلب من المشرع الفلسطيني اضافة العمل الجماعي للاصناف المشمولة بالحماية نظرا لتعدد شركات الانتاج والمؤسسات الفضائية. مع الاشارة، بان الفرق الوحيد بين العمل الجماعي والعمل المشترك او الفردي هو المدة القانونية للحماية، حيث تنص معظم التشريعات الوطنية على منح حماية القانونية للعمل الفردي طوال حياة المؤلف و50 عام للورثة بعد وفاته، اما اذا كان المصنف مشترك فالمدة تبدأ بعد وفاة اخر مؤلف. اما بخصوص العمل الجماعي فمدة الحماية هي 50 عام منذ نشر المصنف.

• الفرع الثاني: المصنفات المشتقة

عرفها البروفسور ديبوا هنري بانها " العمل الذي يملك شبيبة في الماضي"⁽¹⁾. عرفته المادة (6) من قانون الملكية الفكرية المصري 2002 بانه: المصنف الذي يستمد اصله من مصنف سابق الوجود كالترجمات والتوزيعات الموسيقية وتجميعات المصنفات بما في ذلك قواعد البيانات المقروءة سواء من الحاسب أو غيره ومجموعات التعبير الفلكلوري ما دامت مبتكرة من حيث ترتيب أو اختيار محتوياتها. المادة (101) من قانون حق المؤلف الأمريكي عرف المصنف المشتق (ذلك المصنف الجديد الذي يعتمد على مصنف سابق عليه أو أكثر، وهو ما يظهر في الترجمة، أو التوزيع الموسيقي، أو التصوير الفني، أو التفتيح، أو التلخيص. أو غير ذلك من صور المصنفات القابلة لإعادة الصياغة، أو التغيير أو التي يمكن الاقتباس عنها...)⁽²⁾.

(1) Henri DESBOIS, «Propriété littéraire et artistique», Rép. civ. Dalloz, 1974, p.122

(2) 17 U.S. Code , article 101: (... A "derivative work" is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a "derivative work"...).

○ المبحث الثاني: الحقوق الممنوحة للمؤلف

◆ الفصل الأول: الحق المعنوي للمؤلف

مما لا شك فيه أن المؤلف يتمتع بحقوق على مصنفاته، إذ تعدُّ هذه الحقوق الهدف الأساسي الذي يسعى إليه المشرع من وراء الحماية القانونية، وتعد الحقوق الأدبية من أهمها، حيث يعدُّ الحق الأدبي من تطبيقات حقوق الشخصية التي ترتبط بالإنسان نظراً لما يتمتع به المؤلف من خصوصية وطابع إبداعي ويكون ذلك مستقلاً استقلالاً كاملاً عما ينتفع به من حقوق مالية، أيضاً الحق المعنوي يمتاز بالخاصية الأبدية دائمة لا تزول بوفاة صاحبها حيث يبقى الإنتاج الفني حاملاً اسم صاحبه لا يستطيع أي شخص نسبة هذا الأداء لنفسه⁽¹⁾.

نرى ان الاتفاقية الدولية لحق المؤلف بفرن اول من تطرق الى الحق المعنوي للمؤلف، من خلال الرجوع إلى نص المادة السادسة من اتفاقية بيرن التي أوردت القول: "بغض النظر عن الحقوق المالية للمؤلف، بل وحتى بعد انتقال هذه الحقوق، فإن المؤلف يحتفظ بالحق في المطالبة بنسبة المصنف إليه، وبالاعتراض على كل تحريف أو تشويه أو أي تعديل آخر لهذا المصنف أو كل مساس آخر بذات المصنف يكون ضاراً بشرفه أو بسمعته".

يفهم من هذا النص ان اتفاقية بيرن اعترفت بالحقوق المعنوية إلى جانب الحقوق المالية قوامها حقه في الاستئثار بنسب مصنفه إليه وبالاعتراض على كل تحريف أو تشويه أو تعديل قد يرد على المصنف وكل تعد من شأنه الإضرار بسمعته أو شرفه.

وانطلاقاً مما سبق سوف اقوم بتحليل النقاط السابقة المتعلقة بالحقوق المعنوية من اجل التوسع في التفسير.

• الفرع الأول: حق المؤلف في نسبة مصنفه اليه

للمؤلف الحق في نسبة أدائه إليه، فمن حقه كتابة اسمه على كل التسجيلات المتضمنة أدائه سواء أنتجه بنفسه أو بواسطة غيره، حتى يتمكن الجمهور من الربط بين أداء الفنان

(1) القاضي جمال هارون، الحماية المدنية لحق المؤلف في التشريع الاردني، ط1. دار الثقافة. عمان 2006، ص171

وشخصيته، ويطلق عليه الحق في "الأبوة"، أيضا حقه في اعلان اسمه في حاله الاداء العلني أو الإذاعي للمصنف أو في حاله الاقتباس⁽¹⁾.

في هذا الاتجاه، صدر قرار عن النقض محكمة المصرية حول عمل مسرحي بعنوان "حدوتة الأرنب سفروت" حيثعاقد مؤلفها على تحويلها إلى مسرحية مقابل 300 جنيها مصريا، عند الإعلان عن المسرحية لم يدرج اسمي المؤلفان في الإعلانات فاعترض المؤلفان لكن المنتج رفض إدراج اسميهما لذا رفع المؤلفان دعوى قضائية أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية التي حكمت عام 1982 بتعويضهما بمبلغ عشرة آلاف جنيه، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف والنقض⁽²⁾.

وقد يلجأ المؤلف إلى استخدام اسم مستعار وعدم الكشف عن اسمه الحقيقي لاعتبارات سياسية أو مهنية، فهنا لابد من احترام رغبته وعدم الكشف عن الاسم الحقيقي بدون موافقته، وقد يستخدم بعضهم ما يسمى بالاسم الفني بإخفاء كل أو بعض الاسم الشخصي، وهنا يكون له اسم مستعار إلى جانب اسمه الحقيقي وكلاهما يعد جديراً بالحماية القانونية.

• الفرع الثاني: حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه

يعتبر هذا الحق من اهم الامتيازات التي تترتب على الحق المعنوي للمؤلف، لذلك هو الحق الذي يمنح المؤلف السلطة في تقرير ما اذا كان يرغب في نشر مصنفه ام لا ويحدد الطريقة والوقت الذي يتم فيه نشر بقرار مباشر من المؤلف نفسه او من يمثله قانونياً أو اتفاقياً ويتم ذلك بالترخيص من المؤلف.

وفي هذا الصدد قررت محكمة بداية عمان بموجب قرارها رقم (1037-2003) ادانة المشتكى عليهما اللذان لم يقدم ما يثبت ادعائهما بموافقة المشتكية على نشر كتابها بعنوان (اشرقت الدروب وغابت الحقيقة) بجرم استغلال مصنف دون موافقة مؤلفه خلافا لأحكام المادة (1/51) من قانون حماية حق المؤلف والحكم عليهما بالحبس ثلاثة اشهر والرسوم للشخص الطبيعي والغرامة الف دينار والرسوم على المشتكى عليها الشركة باعتبارها شخص معنوي

(1) http://www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipo_ip_ju_saa_04/wipo_ip_ju_saa_04_2.pdf
(2) حسام محمود لطفي، "المبادئ الأساسية لحق المؤلف، أحكام القضاء في البلدان العربية"، منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية/جنيف، تموز 2002.

مسئولة عن اعمال المفوضين عنها او الشركاء فيها وذلك بدلالة المادة 74 من قانون العقوبات واتلاف النسخ المضبوطة، وبالوقت ذاته الزامهما بالحق الشخصي والبالغ (3760) دينار كتعويض عن الضرر.⁽¹⁾

من جانب اخر، اذا توفي المؤلف انتقل هذا الحق الى الخلف العام ما لم يقيم المؤلف بالنهي عن ذلك صراحه قبل وفاته⁽²⁾.

• الفرع الثالث: حق المؤلف في سحب المصنف او تعديله

المؤلف له الحق في سحب مصنفه من التداول سواء سحب رأياً في المصنف او شكلة أيضاً له الحق في منع أي تعديل على أدائه بشكل يؤدي إلى التشويه والتحريف، ويعد ذلك من الحقوق التي كفلها القانون والمساس به يعد مساساً بسمعته ومكانته وفي حال وفاة الفنان لورثته مباشرة هذا الحق.

لكن لا بد من توافر شروط لتمتع المؤلف بهذا الحق وهي:

أ- حصول اسباب خطيره بعد نشر المصنف تدفع المؤلف الى سحب مصنفه من التداول،

ب- ان يكون المصنف قيد التداول عند سحبه،

ج- تعويض المحال له تعويضاً عادلاً⁽³⁾.

أيضاً من حق المؤلف تعديل او منع تعديل المصنف الا بإذنه، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قضية مصنفات سيد درويش حيث قضت: "إن من حق ورثة الفنان التمسك بعدم أحقية هيئة الإذاعة في تعديل المصنف أو تحويره على أساس أن التراث الفني

⁽¹⁾ نهاد الحسان، "اجتهاد القضاء الاردني في القضايا المتعلقة بالملكية الفكرية"، الورقة العلمية لمؤتمر الملكية الفكرية والتنمية الاقتصادية / دولة الكويت بتاريخ 30-3-2014

⁽²⁾ <http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/images/stories/1-2014/ar/107-141.pdf>

⁽³⁾ http://www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipo_ip_cai_04/wipo_ip_cai_04_1.pdf

يجب تقديمه دون العبث به، وأن تقديم العمل بصورة معينة مرجعه إلى مؤلفه وحده دون غيره⁽¹⁾.

• الفرع الرابع: حق في احترام المصنف وعدم الاعتداء عليه

الحق في احترام المصنف هو حق دائم لا يقبل التصرف فيه ويخول صاحبه ملاحقة أي شخص يقوم بانتهاك هذا الحق كما أن له الحق في حال الاعتداء على مصنفة الحصول على تعويض عادل، ويراعي في ذلك مكانته الفنية ومدى استفادة المعتدي من استغلال المصنف. ومن هنا، أكدت المادة 49 من قانون حق المؤلف الاردني لسنة 1992:

"المؤلف الذي وقع الاعتداء على أي حق من الحقوق المقررة له على مصنفه بمقتضى أحكام هذا القانون الحق في الحصول على تعويض عادل عن ذلك على ان يراعى في تقديره مكانة المؤلف الثقافية وقيمة المصنف الأدبية او العلمية او الفنية له وقيمة المصنف الأصلي في السوق ومدى استفادة المعتدي من استغلال المصنف ويعتبر التعويض المحكوم به للمؤلف في هذه الحالة ديناً ممتازاً على صافي ثمن بيع الاشياء التي استخدمت في الاعتداء على حقه وعلى المبالغ المجوزة في الدعوى.

اما جنائيا يعاقب بمدة لا تزيد عن 3 سنوات ولا تقل عن 3 اشهر، وغرامة لا تزيد عن 6 الاف دينار ولا تقل عن الف دينار او باحدى العقوبتين".

كذلك المادة 23 الفقرة الاولى من القانون البحريني:

"يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تجاوز ألفي ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من اعتدى على حق من الحقوق الأدبية أو المالية للمؤلف أو لأصحاب الحقوق المجاورة وفقاً لأحكام هذا القانون".

كذلك القانون المصري الذي نص في المادة 181:

(1) محمد حسام محمود لطفي، "المبادئ الأساسية لحق المؤلف، أحكام القضاء في البلدان العربية"، مرجع سابق، ص 65-

"مع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد في قانون اخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب احد الأفعال الآتية:

- أولاً: بيع أو تاجير مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي محمي طبقاً لأحكام هذا القانون أو طرحه للتداول بأية صورة من الصور بدون إذن كتابي مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور .

- ثانياً: تقليد مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو بيعه أو عرضه للبيع أو للتداول أو الأيجار مع العلم بتقليده.

- ثالثاً: التقليد في الداخل لمصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي منشور في الخارج أو بيعه أو عرضه للبيع أو التداول أو للأيجار أو تصديره إلى الخارج مع العلم بتقليده.

- رابعاً: نشر مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو أداء محمي طبقاً لأحكام هذا القانون عبر أجهزة الحاسب الآلي أو شبكات الانترنت أو شبكة المعلومات أو شبكات الاتصالات أو غيرها من الوسائل بدون إذن كتابي مسبق من المؤلف أو صاحب حق المجاور .

- خامساً: التصنيع أو التجميع أو الاستيراد بغرض البيع أو التأجير لأي جهاز أو وسيلة أو اداه مصممه أو معدة للتحايل على حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره.

- سادساً: الأزالة أوالتعطيل أو التعييب بسوء نيه لاية حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره.

- سابعاً: الاعتداء على أي حق أدبي أو مالي من حقوق المؤلف أو من الحقوق المجاورة المنصوص عليها في هذا القانون. وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفات أو التسجيلات الصوتية أو البرامج الاذاعية أو الأداءات محل الجريمة.

وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه.

وفي جميع الأحوال تقضى المحكمة بمصادرة النسخ محل الجريمة أو المتحصلة منها وكذلك المعدات والادوات المستخدمة في ارتكابها.

ويجوز للمحكمة عند الحكم بالادانة أن تقضي بغلق المنشأة التي استغلها المحكوم عليه في ارتكاب الجريمة مدة لا تزيد على ستة أشهر ويكون الغلق وجوبيا في حالة العود في الجرائم المنصوص عليها في البندين (ثانيا، ثالثا) من هذه المادة.

وتقضى المحكمة بنشر ملخص الحكم الصادر بالادانة في جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه.

التشريعات الأوروبية، والفرنسية على وجه الخصوص قامت بتشديد العقوبة، حيث نصت المادة 335 الفقرة الثانية من قانون الملكية الفكرية الفرنسي بمعاقبة اي شخص يعتدي على حق المؤلف بالحسب لمدة ثلاث سنوات وغرامة مالية تصل الى 300 الف اورو، اما اذا ارتكبت المخالفة من قبل عصابة اجرامية فالعقوبة تصل الى 7 سنوات وغرامة مالية 750 الف اورو

L'article 335/2 du code de la propriété intellectuelle français dispose que:

«La contrefaçon en France d'ouvrages publiés en France ou à l'étranger est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Seront punis des mêmes peines le débit, l'exportation, l'importation, le transbordement ou la détention aux fins précitées des ouvrages contrefaisants. Lorsque les délits prévus par le présent article ont été commis en bande organisée, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende».⁽¹⁾

القانون الفلسطيني لحق المؤلف اكد هذا الطرح، مع اختلاف في مدة الحماية والتعويض،

حيث نصت المادة 11:

"(1) يعتبر أنه ارتكب جرماً خلافاً لهذا القانون ويعاقب لدى إدانته بصورة جزئية بغرامة لا تتجاوز الأربعين شلناً عن كل نسخة جرى التعامل بها على وجه يخالف هذه المادة على أن لا تتجاوز الغرامة الخمسين جنيهاً بشأن تلك الصفة بكاملها وإذا عاد إلى ارتكاب الجرم

⁽¹⁾<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&idArticle=LEGIARTI000006279172>

فيعاقب عن المخالفة الثانية وما بعدها بالغرامة المذكورة أعلاه أو بالسجن مع الأشغال الشاقة أو بدونها لمدة لا تتجاوز الشهرين.

(2) كل من صنع عن علم منه أو أحرز لوحة بقصد صنع نسخ يقع بسببها اعتداء على أثر لا يزال حق طبعه وتأليفه قائماً أو تسبب عن علم منه وتأميناً لمنفعته الخاصة بحصول ذلك دون رضا وموافقة صاحب الحق المذكور يعتبر أنه قد ارتكب جرماً بمقتضى هذا القانون ويعاقب لدى إدانته بصورة جزئية بغرامة لا تتجاوز الخمسين جنيهاً وإذا عاد إلى ارتكاب الجرم فيعاقب عن المخالفة الثانية وما بعدها بالغرامة المذكورة أعلاه أو بالسجن مع الأشغال الشاقة أو بدونها لمدة لا تتجاوز الشهرين.

(3) يجوز للمحكمة التي أقيمت أية دعوى كهذه أمامها سواء أدين المجرم المزعوم أم لم يدين.....".

على الجانب الآخر ألقى القانون الفلسطيني المعتدي البريء من مسؤولية دفع العطل والضرر وهذا ما تطرقت إليه المادة 8 من القانون:

"إذا اتخذت الإجراءات بشأن الاعتداء على حق الطبع والتأليف المحفوظ في أثر وادعى المدعى عليه في دفاعه بعدم علمه بوجود الحق المذكور في ذلك الأثر فلا يحق للمدعي أن يعتمد إلى أية وسيلة أخرى للمقاضاة غير استصدار الأمر التحذيري أو أمر بالمنع بشأن الاعتداء وذلك إذا اثبت المدعى عليه أنه في تاريخ وقوع الاعتداء لم يكن عالماً بوجود حق الطبع والتأليف ولم تكن لديه أسباب معقولة تحمله على الاعتقاد بوجود الحق المذكور.

تعقيباً على ما سبق، نرى أن العقوبة المقررة في القانون الفلسطيني لا تتماشى مع القرن الواحد والعشرين، ولا تعد رادعة لا من حيث قيمة التعويض ولا مدة الحماية، أيضاً نجد، أن المادة الثامنة سوف تعيق من تطبيق القانون بل سوف تمنح اعدار لقرصنة الاعمال الادبية والفنية للتهرب تحت مقولة " لا اعلم"

من جانب آخر، يحق للمؤلف وخلفه من بعده أن يلجأ إلى القضاء المدني لطلب اتخاذ تدابير عاجلة تستهدف المحافظة على حقوقه إما باتقاء الاعتداء قبل وقوعه وإما باثبات وقوعه بالفعل، وله أيضاً أن يحصل على تعويض مالي أو عيني مناسب لجبر ما عسى أن يكون قد

لحقه من اعتداءات معاقب عليها جنائياً. وقد نصت على هذه التدابير المؤقتة المادتان 48 و50 من اتفاقية جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة " تريبس".

• الفرع الخامس: ديمومة الحق المعنوي

اختلفت التشريعات الوطنية بالآخذ بمفهوم الديمومة للحق المعنوي فمنها من اعترف بهذا المبدأ وتشريعات أخرى ربطته بنهاية الحق المالي. قضت محكمة التمييز الأردنية على أنه (يستفاد من المواد 3، 8، 9 من قانون حماية حق المؤلف أن الحقوق الأدبية للمؤلف هي حقوق شخصية تظل محفوظة بعد وفاته بل وحتى بعد انتقال هذه الحقوق فإن المؤلف يحتفظ بالحق بالمطالبة بها والاعتراض على كل تشويه أو تعديل آخر يكون ضاراً بالشرف والسمعة)⁽¹⁾.

كذلك القانون المصري في المادة 143 التي نصت:

"يتمتع المؤلف وخلفه العام - على المصنف - بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل وتشمل هذه الحقوق ما يلي:

أولاً - إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة.

ثانياً - الحق في نسبة المصنف إلى مؤلفه.

ثالثاً - الحق في منع تعديل المصنف تعديلاً يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له ولا يعد التعديل في مجال الترجمة اعتداءً إلا إذا اغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير أو اساء بعمله لسمعته المؤلف ومكانته."

أيضاً القانون الفرنسي اخذ بمبدأ ديمومة الحق المعنوي. المادة 1-121 من قانون الملكية

الفكرية الفرنسي حيث نص:

«L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux

(1) نوافله، يوسف احمد، الحماية القانونية لحق المؤلف، ط1، الاصدار الاول، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004،

héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires»⁽¹⁾.

بخلاف القانون الامريكى، الذي حدد مدة انتهاء الحق المعنوي بموت المؤلف. وهذا ما

اكده المشرع الامريكى في المادة 17 من قانون حق المؤلف الامريكى:

«With respect to works of visual art created on or after the effective date set forth in section 610(a) of the Visual Artists Rights Act of 1990, the rights conferred by subsection (a) shall endure for a term consisting of the life of the author»⁽²⁾.

اما قانون حق المؤلف الفلسطيني 1911 لم يتطرق، الى الحقوق المعنوية للمؤلف مكتفياً فقط بالحقوق المالية، وهذا يعد مخالفاً لاغلبية التشريعات الوطنية المقارنة او الاتفاقيات الدولية، لذلك، نرى بضرورة قيام المشرع الفلسطيني بادخال مفهوم الحقوق المعنوية الى جانب المالية لملائمة الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية المقارنة خلال التعديل المستقبلي لقانون حق المؤلف الفلسطيني.

♦ الفصل الثاني: الحق المالي

يقصد بالحق المالي حق المؤلف في استغلال إبداعه الفني المتمثل بأدائه الحي أو المسجل، ويعرف أيضاً بالحق الاقتصادي الذي يتيح لصاحبه الانتفاع بجهدة بشكل مادي، والحق المالي على عكس الحق الأدبي مؤقت بمدة زمنية معينة، وقابل للحجز عليه والتصرف فيه، وقد اعترف المشرع بهذا الحق تقديراً للجهد الذهني والإبداعي المبذول من قبله لإخراج المصنف بشكل يرضي الجمهور⁽³⁾.

يمتاز الحق المالي بخصائص نرد منها:

• الفرع الأول: قابلية الحق المالي للتصرف فيه

اي يحق للمؤلف اعادة طبع مؤلفاته دون التقيد باي شرط، ايضا توزيعه لمصنفة بالطريقة التي يراها مناسبة، ايضا يحق له ترجمة عملة وتحويله الى عمل موسيقي او تمثيلي كتحويل

⁽¹⁾ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006278891&cidTexte=LEGITEXT000006069414>

⁽²⁾ <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/106A>

⁽³⁾ د. محمد حسام الدين لطفي، "المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية"، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1987، ص53

قصة الى فيلم سينمائي او قصيدة الى اغنية⁽¹⁾، وبموجب هذا الحق لا يجوز للغير استغلال المصنف بدون الحصول على ترخيص من المؤلف، والإذن لابد أن يكون مكتوباً وبعبارات واضحة تحدد نطاقه، وفي حال تعدد الفنانين المشاركين في العمل لابد من موافقتهم جميعاً. وهذا ما أخذ به المشرع المصري.

• الفرع الثاني: قابلية الحق المالي للحجز عليه

نجد قانون الملكية الفكرية المصري 2002 ينص صراحة في المادة (154) على أنه: يجوز الحجز على الحقوق المالية للمؤلفين على المنشور أو المتاح للتداول من مصنفاتهم. ولا يجوز الحجز على المصنفات التي يتوفى صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت أن إرادته كانت قد انصرفت إلى نشرها قبل وفاته.

وبناء على ما تقدم، يجوز لدائني المؤلف أن يحجزوا على مصنفاته الأدبية أو الفنية أو العلمية المنشورة أو المتاحة للتداول، بحيث يقومون ببيعها لاستيفاء ديونهم من ثمنها.

كذلك القانون الاردني في المادة 12 اخذ بهذا المفهوم حيث أكد:

لا يجوز الحجز على حق المؤلف في أي مصنف غير انه يجوز الحجز على نسخ المصنف التي تم نشرها ولا يجوز الحجز على المصنف الذي يتوفى مؤلفه قبل نشره، الا اذا ثبت انه كان قد وافق على نشره قبل وفاته.

⁽¹⁾ الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون حق البريطاني 1911 نصت:

"إيفاء للغاية المقصودة من هذا القانون تعني عبارة "حق الطبع والتأليف" الحق الذي يملكه الشخص وحده في إصدار الأثر أو في إعادة إصدار أي جزء جوهري منه في شكل مادي مهما كان، وحق تمثيل الأثر أو تمثيل أي جزء جوهري منه علناً أو إذا كان الأثر محاضرة فحق إلقاء المحاضرة أو أي قسم جوهري منها وإن كان الأثر لم يتم نشره فحق نشره أو نشر أي قسم جوهري منه ويشمل ذلك الحق الوحيد:

(أ) في إصدار ترجمة عن الأثر أو إعادة إصدارها أو تمثيلها أو نشرها.

(ب) وفي الأثر التمثيلي، تحويله إلى رواية أو إلى أثر آخر غير تمثيلي.

(ج) وفي الرواية أو الأثر الآخر غير التمثيلي أو الأثر الفني، تحويله إلى أثر تمثيلي بواسطة تمثيله علناً أو بصورة أخرى.

(د) وفي الأثر الأدبي أو الفني أو الموسيقي، صنع اسطوانة أو درج أو شريط سينمائي أو أي اختراع آخر عنه، بحيث يتيح تمثيل الأثر المذكور أو إخراجه بطريقة ميكانيكية. وحق ترخيص القيام بأي عمل من الأعمال الأنفة الذكر"

اما القانون الفلسطيني لم يتطرق الى هذا الحق، الا اننا نجد هذه القاعدة مذكورة في قانون اخر وهو قانون التنفيذ الفلسطيني لعام 2004 في المادة 53 قد اجاز الحجز على نصف نسخ المصنف التي تم نشرها:

"1- لا يجوز الحجز على حق المؤلف وإنما يجوز الحجز بما لا يتجاوز النصف على نسخ المصنف الذي تم نشره أو على ثمنها تحت يد الغير. 2- لا يجوز الحجز على المصنفات التي يموت صاحبها قبل نشرها، ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها."

• الفرع الثالث: تأقيت الحق المالي

لقد حددت المادة (7) من اتفاقية بيرن مدد الحماية المسموح بها وهي طيلة حياة المؤلف مضافاً إليها خمسون عاماً بعد وفاته، وهذا ما اقرته معظم التشريعات العربية باستثناء المغرب، عمان والبحرين التي نصت تشريعاتها على إطالة مدة الحماية من 50 سنة الى 70 سنة اسوة بالقوانين الاوروبية، الذي نصت المادة الاولى والثانية من قانون حق المؤلف الاوروبي لسنة 2011:

«The term of protection of a musical composition with words shall expire 70 years after the death of the last of the following persons to survive.....if a fixation of the performance in a phonogram is lawfully published or lawfully communicated to the public within this period, the rights shall expire 70 years from the date of the first such publication or the first such communication to the public, whichever is the earlier...»⁽¹⁾.

○ الخاتمة:

حق المؤلف مصطلح قانوني يصف الحقوق الممنوحة للمبدعين فيما يخص مصنفاتهم الأدبية والفنية. ويتضمن حق المؤلف طائفة واسعة، من الكتب والموسيقى واللوحات الزيتية والمنحوتات والأفلام إلى البرامج الحاسوبية وقواعد البيانات والإعلانات والخرائط الجغرافية والرسوم التقنية. يمنح حق المؤلف حقوق مالية تستمر طوال حياته و50 سنة للورثة، اما

⁽¹⁾ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:265:0001:0005:EN:PDF>

الحقوق الاخرى هي الحقوق المعنوية، وهي تبقى لصيقة بشخصية المؤلف حتى لو كان متوفيا. بعد انتهاء مدة الحماية يسقط العمل ويصبح في متناول يد الجميع دون ان يفقد الحقوق المعنوية وبالأخص حق عدم تعديل او تغيير المصنف.

توصلنا عبر خوض غمار هذه الدراسة إلى جملة من النتائج ننهي إليها تباعا:

- **أولا:** تعتبر اتفاقية برن أولى القواعد الدولية التي نظمت الحماية القانونية لحق المؤلف وأخذت على عاتقها مواكبة كافة المستجدات في هذا الميدان.
- **ثانيا:** جاءت اتفاقية "التريس" بنظام قانوني متكامل لآلية حماية حقوق الملكية الفكرية. ومن بينها حق المؤلف والحقوق المجاورة.
- **ثالثا:** التفاوت بين النظام اللاتيني والانجلوساكسوني في مدة الحماية وبالأخص الحقوق المعنوية للمؤلف.
- **رابعا:** قيام المشرع الأوروبي والأمريكي وبعض التشريعات العربية مثل عمان والبحرين وقطر بتمديد فترة حماية الحقوق المالية للمؤلف من 50 الى 70 سنة للورثة.
- **خامسا:** قيام المشرع الأوروبي بتمديد مدة الحماية للحقوق المجاورة والفضائيات وهيئات البث من 20 سنة الى 50 سنة.
- **سادسا:** لم تضع التشريعات الوطنية او الدولية شروط معينة وجب توفرها في المصنف ليكون جديراً بالحماية. فاستنتجنا من تعريف المصنف شرطين يجب توفرهما ليتمتع بالحماية وهما: ان يتضمن المصنف ابتكاراً وان يكون للمؤلف بصمات شخصية على الابتكار.

وتتويجا لمختلف النتائج المشار إليها نوصي بما يلي:

- **أولا:** تعديل قانون حق المؤلف الفلسطيني لمواكبة التشريعات الحديثة والقوانين الدولية بما ان القانون المطبق في الأراضي الفلسطينية هو القانون البريطاني لسنة 1911.
- **ثانيا:** إضافة فقرة خاصة إلى قانون حماية حق المؤلف الفلسطيني على غرار القانون المصري تفيد بما يلي:

- "تمتع جميع الحقوق الأدبية للمؤلف أو للفنان المؤدي بحماية أبدية لا تنتضي بمرور أية مدة عليها". اي النص بشكل صريح على ديمومة الحق الادبي
- **ثالثا:** العمل على انضمام فلسطين الى المنظمة العالمية للملكية الفكرية "الوايبو"
- **رابعا:** وجوب توقيع فلسطين على الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة ومن ضمنها اتفاقية بيرن وروما واتفاقية الوايبو.
- **خامسا:** انشاء منظمات إدارة جماعية في الأراضي الفلسطينية من اجل تسير نفاذ حقوق المؤلفين.
- **سادسا:** أهمية نشر الوعي لدى قطاع واسع من الجمهور الفلسطيني بأهمية احترام الملكية الفكرية ومنع الاعتداء عليها.
- **سابعا:** ضرورة محاربة قرصنة الاعمال الأدبية والفنية عبر الانترنت مع تشكيل لجنة ترأب المواقع التي تسمح بذلك ليم اغلاقها وتقديمها للعدالة.

○ لائحة المراجع:

1- مصادر عربية

- إدوار عيد: حق المؤلف والحقوق المجاورة في القانون اللبناني والقوانين العربية والأجنبية، الجزء الأول، منشورات صادر - لبنان، الطبعة الأولى 2001.
- حازم المجالي: حماية الحق المالي للمؤلف، دار وائل، عمان، الطبعة الأولى، 2000
- عبد الرشيد مأمون شديد: الحق الأدبي للمؤلف، النظرية العامة وتطبيقاتها،
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة
- سامر الدالعة: الاعتراف بالحق الأدبي للشخص الاعتباري في المصنف الجماعي بين التأييد المعارضة - دراسة مقارنة، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، المجلد 34، ملحق 2007

- سعيد سعد عبد السلام: الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002، دار النهضة العربية- القاهرة، الطبعة الأولى 2004
- صلاح زين الدين: المدخل إلى الملكية الفكرية، دار الثقافة، الطبعة الأولى- الإصدار الثاني، 2006
- محمد الأزهر: حماية حقوق المؤلف في القانون المغربي
- محمد حسام محمود لطفي: المبادئ الأساسية لحق المؤلف، أحكام القضاء في البلدان العربية، منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية/جنيف، تموز 2002
- محمد حسنين: الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، الطبعة الأولى 1985
- نواف كنعان: حق المؤلف: النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة، الطبعة الأولى-الإصدار الرابع 2004.

2- مصادر اجنبية

- ABELLO Alexandra, «La propriété intellectuelle, une propriété de marché», LGDJ, 2005.
- DESBOIS Henri, «Propriété littéraire et artistique», Rép. civ. Dalloz, 1974.
- DAVERAT Xavier, «Propriété littéraire et artistique, droits voisins du droit d'auteur» droits de l'artiste-interprète , droit moral, JurisClasseur propriété littéraire et artistique 2006, Fasc.1430
- EDELMAN Bernard, «Propriété littéraire et artistique. Droit d'auteur, nature du droit d'auteur», JurisClasseur Civ. Annexes, 2001, Fasc. 1112
- FRANCON André, «Propriété Littéraire et Artistique» RTD com., juillet-Septembre, 1997
- LEBOIS Audrey, «Droits des auteurs- Droits patrimoniaux», JurisClasseur civ. Annexes, 2010, Fasc. 1246
- LUCAS André et SIRNELLI Pierre, «L'originalité en droit d'auteur», JCP G 1993, I, 368

3- الاتفاقيات الدولية والقوانين

- اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية/ وثيقة باريس المؤرخة 2 يوليه/تموز 1971 والمعدلة في 28 سبتمبر/أيلول 1979.
- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس) الموقع عليها بتاريخ 15 أبريل 1994
- قانون حماية حق التأليف والنشر البريطاني 1911
- قانون الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002
- قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم 22 لسنة 1992، منشور على الصفحة رقم 684 من عدد الجريدة الرسمية رقم 3821 بتاريخ 16/4/1992.
- ظهير شريف رقم 20.00.1 الصادر في 9 ذي القعدة 1420 (15 فبراير 2000) الخاص بتنفيذ القانون رقم 00.2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة المغربي.
- قانون حماية الملكية الأدبية والفنية اللبناني رقم 75 لسنة 1999.
- أمر رقم 97-10 بتاريخ 6/03/1997 المتعلق بقانون حق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 2645 بتاريخ 01/08/1976.
- القانون الفرنسي لحق الملكية الفكرية 1992
- القانون الأمريكي لحق الملكية الفكرية 1976
- القانون الأوروبي لحق المؤلف والحقوق المجاورة 2001

أراضي الوقف غير الصحيح في إطار التشريعات السارية في فلسطين

المحامي د. حسين عاهد عيسه⁽¹⁾

لتعدد وتفرع التشريعات النازمة لقطاع الأراضي في فلسطين واختلاف مصادرها، تعددت كذلك أنواع ومسميات الأراضي، واختلفت الأنظمة القانونية التي تحكم أنواعها وصورها، فوفقاً لقانون الأراضي العثماني عام 1858م، الذي يعتبر اللبنة الأساسية في تنظيم الأراضي في فلسطين، قُسمت الأراضي بمادته الأولى إلى خمسة أنواع (المملوكة، الأميرية، الوقفية، المتروكة، الموات).⁽²⁾ وأولى اهتماماً خاصاً للنوع الثاني، وهي الأراضي الأميرية التي يقصد بها أنها الأراضي التي يعود حق الرقبة فيها إلى بيت المال (الدولة) والتصرف للفرد،⁽³⁾ وحين يرد الوقف عليها تسمى بموجب المادة الرابعة منه بأراضي الوقف غير الصحيح، وخصص لها المشرع 82 مادة من أصل 152، وقد الصقت كلمة الأرض الموقوفة وقف غير صحيح إلى جانب الأرض الأميرية في الكثير من نصوصه وذلك للدالة الجازمة أن أراضي الوقف غير الصحيح هي صورة متفرعة من الأراضي الأميرية، والحالة ذاتها استقر عليها المشرع الأردني في القوانين النازمة لقطاع الأراضي والمطبقة في الضفة الغربية، كقانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953، الذي ذكر في العديد من النصوص الأراضي الموقوفة إلى جانب الأراضي الأميرية كونها صورة متفرعة عنها. وبهذا تعددت أنواع أراضي

(1) استاذ القانون المدني المساعد - كلية الحقوق والإدارة العامة - جامعة بيرزيت - فلسطين.

(2) قانون الأراضي العثماني لسنة 1858، المنشور في مجموعة عارف رمضان، العدد 0، ص 7. وهو أول قانون يصدر لتنظيم الأراضي أبان الإدارة العثمانية لفلسطين، ومازال سارياً حتى أيامنا هذه في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة.

(3) الأراضي الأميرية وفق المادة الثالثة من قانون الأراضي العثماني هي (ما كان عائداً إلى بيت المال من المزارع والمراعي والمسارح والمشاتي والمحاطب وأمثال ذلك من الأراضي التي كان يحصل التصرف بها مقدماً عند وقوع الفراغ والمحلولات بأذن وتقويض أصحاب التيمار والزعامة الذين كانوا يعتبرون أصحاب الأراضي وبعض الأحيان بالاذن والتقويض من الملتمزين والمحصلين).

الوقف في فلسطين من حيث نظامها القانوني، حيث أصبحت الأراضي الموقوفة تتخذ نوعين: الأول: هو أراضي الوقف الصحيح وهي الأراضي المملوكة التي أوقفها أصحابها لجهة من جهات الخير أو لذرية معينة، والثاني: أراضي الوقف غير الصحيح التي تعود بأصولها إلى الأراضي الأميرية التي يقصد بها أنها الأراضي التي أفرزت من الأراضي الأميرية وأوقفها السلاطين أو غيرهم على جهة من الجهات الخيرية بالإذن السلطاني، وتبقى رقبة الأرض تابعة لخزينة الدولة (بيت المال).⁽¹⁾ وتسمى بالأراضي المقطعة أو بالتخصيصات أو بالوقف الإرسادي.⁽²⁾ وقد تعدد مسميات هذا النوع من الوقف في فلسطين، كوقف إبراهيم الخليل في نابلس، وفاطمة خاتون في جنين، والصخرة المشرفة في منطقة رام الله والقدس.

• أهمية البحث:

تتجلى بإيجاد دراسة متخصصة في الموضوع نؤصل من خلالها الوقف الوارد على الأراضي الأميرية وبيان جذوره من التشريعات النافذة، والصور التي يتخذها هذا الوقف في الواقع العملي ومعياري التفرقة مع الوقف الخيري الصحيح، وهو ما خلقت منه الدراسات والأبحاث السابقة.

• إشكالية البحث:

للبحث اشكالية رئيسية تتمثل بالطبيعة القانونية للأراضي الأميرية الموقوفة، فحين يرد الوقف على الأراضي الأميرية أيحولها إلى أرض وقفية أم تبقى محافظة على صفتها الأميرية أم تتخذ نوع جديد من أنواع الأراضي وتحفظ بطبيعة قانونية مختلفة عن الأراضي الأميرية؟ كما يتفرع عن الاشكالية الرئيسية اشكاليات خاصة تتمثل في الاسئلة التالية:

- 1- من هو صاحب حق الرقبة في الأراضي الأميرية الموقوفة، وكذلك حق التصرف؟
- 2- ما الطبيعة القانونية لحق الجهة الموقوف عليها هل هو حق عيني أم شخصي؟ وكيف يتم تحصيله إذا تمثل بعوائد مالية؟ ومن الجهة المناط لها للتحصيل؟

(1) أحمد بن عمرو الشيباني أبو بكر، أحكام الأوقاف، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت 1999، ص 134.

(2) أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 1986، ص 325.

3- ما أثر المستجدات التشريعية على الأراضي الأميرية الموقوفة خصوصاً فيما يتعلق بتحويلها إلى نوع الملك أو دخولها أعمال التسوية، هل تتحول إلى مملوكة؟ وهل تسجل باسم المتصرف بها في التسوية أم باسم الجهة الموقوف عليها؟ و هل يجوز التصرف فيها بالبيع والفرغ أو الهبة والوصية؟

• أهداف البحث:

وتتمثل في إبراز النقاط التالية:

- 1- بيان التكيف القانوني للوقف الوارد على الأراضي الأميرية وآثاره على الطبيعة القانونية للأرض، وكذلك الحقوق التي يربتها للجهة الموقوف عليها.
- 2- بيان الفرق بين الوقف الوارد على الأراضي الأميرية المسمى بالوقف غير الصحيح والوقف الخيري الصحيح.
- 3- بيان أثر المستجدات التشريعية على وقف التخصيصات فيما يتعلق بتحويلها لأراضي وقف، أو مملوكة، وبيان أثر دخولها لنظام التسوية.

• المنهج المتبع:

للوصول إلى حل الاشكالية وكذلك تحقيق الاهداف المبتغاة من البحث، سنعتمد على المنهج التاريخي لتأصيل هذا الوقف منذ الحقبة العثمانية وما استجد عليه من تغييرات تشريعية بالحقب اللاحقة كالبريطانية والأردنية، اضافة للمنهج الوصفي لتحليل النصوص القانونية الخاصة بالوقف غير الصحيح.

• خطة البحث:

لتحقيق أهداف البحث وعلاج اشكالاته الرئيسية والفرعية، سنقسم البحث وفق النظام الثنائي إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: تأصيل أراضي الوقف غير الصحيح ونظامها القانوني
المبحث الثاني: حقوق الجهة الموقوف عليها من الوقف غير الصحيح

○ المبحث الأول: تأصيل أراضي الوقف غير الصحيح ونظامها القانوني

حتى نصل إلى تأصيل أراضي الوقف غير الصحيح، وبيان جذورها ونظامها القانوني، يُحتم علينا تعريف الوقف وبيان أنواعه. فالوقف له عدة تعريفات فقهية وكذلك تشريعية، فعلى صعيد التعريفات الفقهية، عرّفه ابن عرفة أنه "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه ولو تقديراً".⁽¹⁾ وعرّفه أيضاً أحمد فراج في كتابه أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية أنه "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود".⁽²⁾ أما على الصعيد التشريعي فقد عرفته المادة الأولى من قانون العدل والإنصاف العثماني لسنة 1912 النافذ في فلسطين أنه (حبس العين عند تملكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ولو في الجملة أو على وجه من وجوه البر).⁽³⁾ كما عرفته المادة الثانية من قانون الأوقاف الخيرية الباب 14 سنة 1924 النافذ في فلسطين (يعتبر الملك موقوفاً على وجوه خيرية إذا وجد التزام مقترن بملكيته ناشئ عن اعتقاد راسخ في صاحبه ومقبول منه أو عن اعتقاد صرح به صاحبه وقبل به لاستعمال الملك وغلته وإيراده لوجوه البر والإحسان خاصة وإن كانت ملكيته مستقرة فيه اسماً).⁽⁴⁾ وفيما يتعلق بأنواع الوقف في فلسطين، فإنها تختلف حسب الجهة الموقوف عليها، وكذلك حسب الوضع القانوني لأرض الوقف.⁽⁵⁾

(1) علي حيدر، ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف، ج1، ترجمة اكرم عبد الجبار ومحمد العمر، مطبعة بغداد، بغداد 1950م، ص9.

(2) أحمد فراج حسين - أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق - ص327.

(3) قانون العدل والإنصاف العثماني لسنة 1912، المنشور في مجموعة عارف رمضان، العدد 0، ص332.

(4) قانون الأوقاف الخيرية، باب 14، سنة 1924، المنشور بمجموعة درايتون العدد 14، بتاريخ 1937/1/22، ص125.

(5) وهناك تقسيمات ادارية للوقف في فلسطين حسب الجهة التي تديره ويقسم الى الوقف المضبوط: وهو الوقف الذي تديره الدولة بشكل مباشر عن طريق جهة أو دائرة حكومية، وهو في أغلب الأوقات يكون وفقاً خيراً. والوقف الملحوق: وهو الوقف الذي يديره شخص عادي يسمى متولي الوقف، ويديره الواقف في معظم الأحيان، والوقف غالباً ما يكون وقف ذري. (أنظر لؤي عمر، الأوقاف الإسلامية في الضفة الغربية، الهيئة المستقلة لحقوق الانسان، سلسلة تقارير قانونية العدد 30، رام الله، تموز 2002، ص19).

فالوقف حسب الجهة التي أوقف عليها، يُقسم إلى وقف خيري ووقف ذُرِّي، والوقف الخيري: هو الذي يقصد به الواقف التصدق على وجوه البر، سواء أكان أشخاص معينين كالفقراء والمساكين والعجزة، أم كان على جهة من جهات البر العامة كالمساجد والمستشفيات والمدارس وغيرها، مما ينعكس نفعه على المجتمع.⁽¹⁾ أما الوقف الذُرِّي: فهو أن يجعل الواقف مالا مملوكا واقفاً على نفسه، أو على أولاده وأولاد أولاده، أو عقبه، أو نسله أو ذريته، أو على فلان وأولاده وأولاد أولاده أو على ذريته، أو على نسله، أو عقبه ابتداء، ثم عند فناء العقب أو النسل، ينتهي إلى جهة من جهات البر والإحسان، ويكون ذلك وفقاً للأحكام الشرعية.⁽²⁾ ويُقسم الوقف باعتبار الوضعية القانونية للأرض الموقوفة وفق المادة الرابعة من قانون الأراضي العثماني لعام 1858 إلى نوعين: الوقف الصحيح: وهو الوقف الوارد على أراضي مملوكة ملكاً صحيحاً للواقف حسب تصنيف قانون الأراضي. ووقف غير صحيح وهو موضوع دراستنا الذي سنبين ماهيته وأصوله وطبيعته القانونية وفق مطلبين: نبث في الأول: أصول أراضي الوقف غير الصحيح وصورها، وفي الثاني الطبيعة القانونية لأراضي الوقف غير الصحيح.

♦ المطلب الأول: أصول أراضي الوقف غير الصحيح وصورها

ونقسم هذا المطلب إلى فرعين: نبث في الأول أصول أراضي الوقف غير الصحيح وماهيتها، وفي الثاني صورها.

• الفرع الأول: أصول أراضي الوقف غير الصحيح وماهيتها

ظهر مصطلح الوقف غير الصحيح بظهور نظام الأراضي الأميرية التي نُظمت للوهلة الأولى بموجب قانون الأراضي العثماني عام 1858، بسبب أن الوقف غير الصحيح مرتبط بنوع الأراضي الأميرية، كونه وارد عليها. واتخذت الأراضي الأميرية الموقوفة عدة مسميات وفق التشريعات النافذة، وكذلك وفق أحكام القضاء، فيطلق عليها أحياناً بوقف التخصيصات،

(1) وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ط 2، دار الفكر بدمشق، دمشق 1996، ص 140.

(2) محمد حسنين المالكي، منهج اليقين في بيان أن الوقف الأهلي من الدين، مطبعة الحلبي، مصر 1999، ص 28.

كون الوقف يتمحور في تخصيص عشر ناتج الأرض الاميرية، أو رسومها إلى الجهة الموقوف عليها، أو بالوقف الارصادي بمعنى رصد عشر أو نصف عشر ناتج الأرض وتخصيصه للجهة الموقوف عليها مثل وقف الصخرة المشرفة،⁽¹⁾ وقد ورد لهذا الوقف تعريفات عدة، نشير منها إلى أنه الوقف القائم على الأراضي الأميرية، والتي تملك الدولة رقبتها بينما يملك الأفراد حق التصرف فيها واستغلالها⁽²⁾. وهذا ما يفرقه عن الوقف الصحيح الوارد على رقبة الموقوف التي تعود بالطبع للشخص الواقف. وتعرف أراضي الوقف غير الصحيح أيضاً أنها أراضي واسعة من الأراضي الأميرية نُسبت إلى وقف السلاطين العثمانيين لها، وبقي ريعها يعود على مصاريف الدولة، وتُخصّص بعض منافعها إلى بعض المنتفعين، أو المزارعين الذين يستغلونها، لكنها بقيت من الناحية الرسمية تبعاً للسلطان العثماني.⁽³⁾

وفي التشريعات النافذة في فلسطين، ورد تعريف أراضي الوقف غير الصحيح في نص المادة الرابعة من قانون الأراضي العثماني على أنها (الأراضي المفرزة من الأراضي الأميرية التي أوقفها حضرات السلاطين العظام بالذات أو أوقفها آخرون بالإذن السلطاني. وبما أن وقفه مثل هذه الأراضي عبارة عن تخصيص منافع قطعة مفرزة من الأراضي الأميرية مثل اعشارها ورسومها الأميرية لجهة ما من طرف السلطنة السنية، فمثل هذه الأراضي الموقوفة ليست من الأوقاف الصحيحة. وأكثر الأراضي الموقوفة الكائنة في الممالك المحروسة هي من هذا القبيل. وبما أن الأراضي الموقوفة التي هي من قبيل تخصيصات كهذه تكون رقبتها عائدة إلى بيت المال مثل الأراضي الأميرية الصرفة ولكن كما أن رسم فراغ وانتقال الأراضي الأميرية الصرفة وبديل محلولاتها عائد إلى جانب الميري يعود في مثل هذه الأراضي الموقوفة أيضاً إلى وقفة. وبما أن أحكام الأراضي الأميرية التي تبسط وتبين في ما يأتي تجري أيضاً في مثل هذه الأراضي الموقوفة فمتى ذكر في هذا القانون تعبير الأراضي " الاراضي الموقوفة " يكون المراد الأراضي الموقوفة التي هي من قبيل هكذا تخصيصات. على أنه يوجد نوع آخر من

(1) فادي سليم حرير، الوقف دراسات وأبحاث، منشورات الجامعة اللبنانية، بيروت 1994 ص25.

(2) لؤي عمر، الأوقاف الإسلامية في الضفة الغربية، الهيئة المستقلة لحقوق الانسان، سلسلة تقارير قانونية العدد 30، رام الله، تموز 2002، ص16.

(3) محمد عويس، الأوقاف الإسلامية في فلسطين 17 في المائة من الأرض، مقال عبر موقع <http://www.alhayat.com/article/343459/date 22/8/2019, time 3:07 pm>.

هذه الاراضي الموقوفة وهو الذي تخصصت إلى جهة ما حقوق التصرف به من اعشاره ورسومه في الحالة التي تعود بها اعشاره ورسومه إلى جانب الميري مع كون رقبته عائدة إلى بيت المال أو تكون حقوق التصرف به أو رقبته فقط عائدة إلى بيت المال. ففي هذا النوع من الأراضي الموقوفة لا تجري الاحكام والمعاملات القانونية مثل الفراغ والانتقال، وإنما يصير توزيعه والتصرف به من طرف الوقف بالذات أو بطريق اليجار وتصرف منافعه الحاصلة على المشروط له الوقف).

• الفرع الثاني: صور أراضي الوقف غير الصحيح

يتضح من تعريف المادة الرابعة المشار لها في الفرع الأول، أن لأراضي الوقف غير الصحيح في فلسطين ثلاثة صور تتمثل بما يلي:

أولاً: الأراضي الأميرية التي أوقفها السلاطين، أو أوقفت من آخرين بأذن سلطاني، وبقيت ملكيتها للدولة والتصرف للفرد، وخصصت أعشارها أو رسومها للجهة الخيرية الموقوف عليها. وحسب نص المادة الرابعة لا تعتبر أمثال هذه الأراضي أنها موقوفة وفقاً صحيحاً. ونشير إلى أن معظم الأراضي الأميرية الموقوفة تندرج تحت هذه الصورة، أهمها وقف الصخرة المشرفة الذي يشمل مساحات كبيرة في مناطق محافظتي رام الله والقدس، مثل (أراضي مدينتي رام الله والبيرة، وبيتونيا، وبيرزيت، وأبو قش، وسردا، وقرى غرب رام وشمال، وجنوب محافظة رام الله)، وبالمجمل تشكل مساحة هذه الصورة من الأراضي في الضفة الغربية حوالي 600.000 – 100.000 دونم.⁽¹⁾

ثانياً: الأراضي الأميرية الموقوفة التي تكون رقبته والتصرف فيها لبيت المال، ويكون لجهة الوقف جزء من الرسوم أو الاعشار المفروضة عليها.

ثالثاً: الأراضي الأميرية الموقوفة التي تكون رقبته فقط عائدة لبيت المال، في حين أن حقوق التصرف بها مع رسومها وأعشارها تخصصت سوية إلى جهة خيرية محددة. وبمقارنة هذا النوع بالوقف الصحيح يكون قريب منه، كون أن الجهة الموقوف لها قد أنيط لها حق التصرف الذي يمكنها من تريب الحكر عليها. وأرى في هذا النوع أنه يرتقي بمثابة الوقف

⁽¹⁾ لؤي عمر، الأوقاف الإسلامية بالضفة الغربية، مرجع سابق، ص 25.

الصحيح، وليس هناك فارق بينهما سوى أن الدولة تملك الرقبة، بينما الجهة الموقوف لها يكون لها حق التصرف بها، كما هو الحال بالأرض الاميرية الخالية من أي وقف التي يتصرف بها الأفراد.

والأراضي الأميرية الموقوفة بصورها المشار لها، وكذلك بنظامها القانوني، تعتبر من أحد تركات القانون العثماني في فلسطين، والتي مازالت كائنة في منطقة الضفة الغربية وقطاع غزة، فلا يجوز من غير إذن الدولة وقف الأراضي الأميرية.⁽¹⁾ وفي هذا المعنى ورد في كتاب الاستاذ شاكر حيدر على أنه "اعتبرت مثل هذه الأوقاف غير صحيحة، لأن الوقف هو تملك عين المملوك وحبسه والتصديق بمنافعه على وجه من وجوه البر على التأبيد، بينما في هذه الأوقاف تبقى الرقبة إلى بيت المال".⁽²⁾ وفي المعنى ذاته، قررت المحكمة العليا في عهد الانتداب الانجليزي (بصفتها محكمة عدل عليا) أنه: "إذا كانت الأرض محل الاهتمام أرضاً أميرية فلا يجوز وقفها وفقاً صحيحاً".⁽³⁾

♦ المطالب الثاني: الطبيعة القانونية لأراضي الوقف غير الصحيح

لتحديد الطبيعة القانونية لأراضي الوقف غير الصحيح، لابد من توضيح العلاقة بينها وبين أراضي الوقف الصحيح من جهة، ومن جهةٍ أخرى علاقتها بالأراضي الأميرية الصرفة غير الموقوفة، وكذلك الآثار المترتبة من الوقف الوارد على الأراضي الأميرية، وسنقسم هذا المطالب إلى فرعين: نبحث في الأول العلاقة بالوقف الصحيح والأراضي الأميرية، وفي الثاني: الآثار القانونية المترتبة من وقف الأراضي الأميرية.

(1) وفقاً للمادة (121) من قانون الأراضي، "لا يقدر أحد أن يقف أرضه المتصرف بها بالطابو الى جهة ما، ما لم تملك له تملكاً صحيحاً بملكنامه همايوني من الطرف الملوكي". ووفقاً للمادة (9) من قانون التصرف في الاموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953، الساري في الضفة الغربية، "لا يحق لمن يتصرف في أرض أميرية أن يوقفها على جهة أو يوصي بها ما لم تكن الحكومة قد ملكته إياها تملكاً صحيحاً بعد توفر المسوغات الشرعية لذلك التملك".

(2) شاكر حيدر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، بغداد 1947، ص331.

(3) Elias khoury, The Law Reports of Palestine, published by Palestinian political center, Jerusalem 1934, p.736.

• الفرع الأول: الأراضي الأميرية الموقوفة وعلاقتها بأراضي الوقف الصحيح والأراضي الأميرية الصرفية

من أهم أركان صحة الوقف، واعتباره وفقاً صحيحاً لينقل رقبة الموقوف للجهة الموقوف عليها، هو أن يكون محل الوقف أرضاً مملوكة للشخص الواقف، الأمر الذي لا يمكن تصوره وتوافره في الأرض الأميرية التي تكون ملكيتها لبيت المال، وبالتالي فالوقف الذي يرد عليها يكون وفقاً غير صحيحاً لعدم توافر أحد الأركان العامة للوقف، وهو محله، أي أن يكون أرضاً مملوكة. ووقف الأرض الأميرية يجب أن يتم وفق المادة 121 من قانون الأراضي العثماني التي نصت صراحةً أنه (لا يمكن لأحد أن يوقف لجهة ما الأراضي المتصرف بها بالطابو ما لم تمتلك له تملكاً صحيحاً بملكنامه همايونية من طرف السلطان) لهذا سميت بأراضي الوقف غير الصحيح لورودها على الأراضي الأميرية، وافتقادها شرط الملكية.⁽¹⁾ والذي اتخذ مسميات أخرى، كوقف التخصيصات أو الوقف الارصادي أو المقطع، ومصطلح التخصيصات هو الأكثر شيوعاً.⁽²⁾ وبتسائل هنا، ما أثر الوقف الذي ورد على الأرض الأميرية هل يحولها إلى تصنيف أو

نوع آخر من الأراضي⁽³⁾، أم تصبح نوعاً مستقلاً عن بقية أنواع الأراضي؟

لقد أجابت اجتهادات القضاء على هذا التساؤل في تحديد الطبيعة القانونية، وأثر الوقف على الأراضي الأميرية، حيث قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها تمييز حقوق رقم 66 لسنة 1953 "في الوقف غير الصحيح تعتبر الرقبة عائدة للدولة، كالأراضي الأميرية، وتسري عليها أحكام قانون الأراضي".⁽⁴⁾ وقضت أيضاً المحكمة العليا في فلسطين في عهد الانتداب البريطاني (بصفتها محكمة استئناف في المسائل المدنية) أنه: "يوجد في الوقف مبدأ أساسياً مؤداه، أن الواقف لا يستطيع وقف ما لا يملكه. وفي أيام الاتراك كان بإمكان الواقف أن يقف ملكه، أو الميري بموافقة السلطان".⁽⁵⁾ وكذلك قررت محكمة الاستئناف في رام الله في الدعوى

(1) أحمد فراج حسين، أحكام الوصية والوقف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 336.

(2) حسين عاهد عيسه، الملكية العقارية في الضفة الغربية وقطاع غزة، تشريعات الأراضي وأنواعها، ج 1، ط 1، إصدارات الكلية العصرية الجامعية، رام الله 2016، ص 65.

(3) المادة الأولى من قانون الاراضي العثماني صنف الأراضي إلى خمسة أنواع (ملك، أميرية، موقوفة، متروكة، الموات)

(4) قرار محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم 66 لسنة 1953، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 15 لسنة 1954 ص 312.

(5) Ahmad Hassan Kathkuda, The Government of Palestine, Jerusalem 1937, p.439.

الحقوقية رقم 143 لسنة 1995 بتاريخ 1995/11/7 "أن ما ينطبق من أحكام ومعاملات على الأراضي الأميرية بما في ذلك الفراغ والانتقال، ينطبق أيضاً على الأراضي الموقوفة وقف تخصيصات كما هو الحال بالنسبة لقطعة الأرض موضوع هذه الدعوى، الأمر الذي نرى معه أن قطعة الأرض المذكورة يجوز طلب التملك فيها بحق الأولوية شأنها في ذلك شأن الأراضي الأميرية الصرفة عند تحقق الشروط القانونية لذلك الطلب".⁽¹⁾

وعليه، يكون وقف هذه الأراضي عبارة عن تخصيص منافع قطعة مفرزة من الأراضي الأميرية، كالرسوم والأعشار على جهة معينة، وهذا على عكس أحكام أراضي الوقف الصحيح الذي يكون لصاحب الأرض الملك أن يوقف ملكه كيفما شاء ومتى شاء، والمنافع الأميرية التي يمكن تخصيصها بجهة من الجهات الخيرية هي الأعشار والرسوم، كالرسم السنوي الذي يؤخذ باسم المقاطعة، أو إجارة الأرض ورسوم المسارح والمشاتي ورسوم الفراغ والانتقال، وبدل المحلولات ورسوم السندات الجديدة التي تعطي عند تقسيم الأراضي الأميرية مجدداً وغيرها من الرسوم.⁽²⁾

• الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة من وقف الأراضي الأميرية

نستخلص من اجتهادات القضاء المشار لها في الفرع الأول، أن الأراضي الأميرية الموقوفة تبقى محافظة على صفتها الأميرية، أي تبقى من النوع الأميرية، لكنها تكون مثقلة بحق لصالح الجهة الموقف عليها يتمثل فقط بالأعشار والرسوم، كالرسم السنوي الذي يؤخذ باسم المقاطعة، أو إجارة الأرض ورسوم المسارح والمشاتي، ورسوم الفراغ والانتقال⁽³⁾، وبدل المحلولات ورسوم السندات الجديدة التي تعطي عند تقسيم الأراضي الأميرية وغير ذلك من الرسوم. ونستدل ونعتمد بما خلصنا إليه من تحديد للطبيعة القانوني للأراضي الأميرية الموقوفة على ما ورد في نصوص قانون الأراضي العثماني حين النص على الأراضي الأميرية يلحقها

⁽¹⁾ <http://muqtafi.birzeit.edu,date 22/112019,time 12:55 am>.

⁽²⁾ شاكر حيدر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، مرجع سابق، ص 33.

⁽³⁾ الفراغ يقابل البيع في معناه في الأراضي المملوكة، والانتقال يقابل معنى الميراث، لكن ما يفرق الميراث عن الانتقال في الأراضي الأميرية أن الأخير يقوم على مبدأ المناصفة بين الرجل والمرأة في توزيع الحصص الانتقالية، وبقي هذا النظام مطبق في توزيع الحصص الأميرية في الضفة الغربية حتى تاريخ 1991/4/16 بصدر قانون معدل لأحكام الأموال غير المنقولة الذي قضى بتطبيق أحكام الميراث على الأراضي الأميرية. (للمزيد أنظر أمين دواس، قانون الأراضي، منشورات معهد القضاء الفلسطيني، رام الله 2013، صفحات 128-133).

دائماً بكلمة والأراضي الموقوفة، قاصداً بذلك الأراضي الأميرية الموقوفة، وكذلك ما استجدت عليه التشريعات اللاحقة لقانون الأراضي العثماني التي اعتبرت الأراضي الأميرية الموقوفة أنها أراضي أميرية، ونشير بذلك لبعض النصوص كمثال وليس للحصر، ما ورد في المادة 46 من قانون الأراضي العثماني (الشفعة الجارية في الأملاك ليست تجارية في الأراضي الأميرية والموقوفة.....) (1) والمادة 120 من القانون ذاته (يعتبر فراغ الأراضي الأميرية والموقوفة ولو في مرض الموت.....) وفي المادة 6 من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953،⁽¹⁾ النافذ بالصفة الغربية (يحق لكل شخص يتصرف في أرض أميرية أو موقوفة بسند تسجيل أن يفرغها....) والمادة 2 من قانون تقسيم الأموال غير المنقولة رقم 48 لسنة 1953،⁽²⁾ (يحق لكل من الشركاء أن يطلب تقسيم الأراضي الأميرية والموقوفة والمسققات والمستغلات الوقفية والأملاك والعقارات المشتركة....). وكذلك الأمر خضعت للقيود ذاتها المفروضة على الأراضي الأميرية فيما يتعلق بحظر الوقف والوصية وفقاً للمادة التاسعة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 (لا يحق لمن يتصرف في أرض أميرية أن يوقفها على جهة أو يوصي بها ما لم تكن الحكومة قد ملكته إياها تملكياً صحيحاً بعد توفر المسوغات الشرعية لذلك التمليك). كما طبق عليها نظام الانتقال في الأراضي الأميرية، بصراحة نص المادة الأولى من قانون انتقالات الأراضي لعام 1331 هجري (حينما يتوفى شخص فان ما في عهده من الاراضي الاميرية والموقوفة تنتقل على الدرجات الآتي ذكرها لشخص أو لأشخاص متعددين ويقال لهؤلاء اصحاب حق الانتقال). وأيضاً يتم تناقلها بالفراغ كالأراضي الاميرية والتصرف المادى بها وفق نص المادة السادسة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 والمقابلة للمادة السادسة من قانون الاراضي العثماني (يحق لكل شخص يتصرف في أرض أميرية أو موقوفة بسند تسجيل أن يفرغها فراغاً قطعياً أو يؤجرها أو يعيرها أو يضعها تأميناً للدين، وله أن يزرعها ويستفيد من حاصلاتها الناتجة بعمله ومما نبت فيها بدون عمل).

(1) قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد 1135، بتاريخ 1953/3/1، ص 577.

(2) قانون تقسيم الاموال غير المنقولة المشتركة رقم 48 لسنة 1953، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد 1135، بتاريخ 1953/3/1، ص 574.

غير أنه ورغم الانسجام بين الأراضي الأميرية والأراضي الأميرية الموقوفة في الأمور المشار لها، إلا أن الفارق قائم بينهما فيما يتعلق بتحويلهما إلى نوع الملك، وفق أحكام قانون تحويل الأراضي الأميرية إلى ملك رقم 41 لسنة 1953 النافذ بالصفة الغربية،⁽¹⁾ الذي أبتكر طريقتين لتحويل الأراضي الأميرية إلى ملك، الأولى: بناء على طلب المتصرف بغية تحويلها إلى وقف صحيح وفق نص المادة الثانية (يجوز لصاحب أية أرض أميرية يرغب في تحويلها من ميري إلى ملك بقصد وقفها على جهة خيرية، أن يطالب إلى مجلس الوزراء إصدار قرار بتملكه هذه الأرض تملكاً صحيحاً، فإذا توفرت لدى المجلس المشار إليه المسوغات الشرعية يجوز له أن يقرر إجراء التحويل ويأمر بنشر قراره هذا في الجريدة الرسمية). والثانية: دخول الأرض الأميرية إلى حدود البلديات تحول تلقائياً إلى ملك وفق المادة الثالثة (اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون: تحول الأراضي الأميرية الواقعة ضمن المناطق البلدية من ميري إلى ملك إذا وسعت حدود أية بلدية، تحول الأراضي الأميرية التي أدخلت ضمن حدود المنطقة البلدية من جراء التوسيع المذكور من ميري إلى ملك اعتباراً من تاريخ التوسيع المذكور. وإذا أحدثت بلدية ما، تحول الأراضي الأميرية الواقعة داخل منطقة البلدية من ميري إلى ملك اعتباراً من تاريخ إحداث البلدية المذكورة). بالتمتع بالنصوص السابقة، نجد أن العبارة اقتضت على الأرض الأميرية الصرفة غير الموقوفة، ولم تشمل الأراضي الأميرية الموقوفة، وعليه لا يجوز للمتصرف بالأراضي الأميرية الموقوفة أن يطلب تحويلها إلى ملك بغية تحويلها لوقف صحيح، كذلك الأمر دخولها حدود البلديات لا تحولها إلى ملك، ولا إلى وقف صحيح. ونسند ما توصلنا إليه بذلك، إلى القرار التفسيري رقم 11 لسنة 1953 الصادر عن ديوان التفسير الأردني بتاريخ 1953/9/29 (أما بخصوص دخول أراضي الوقف غير الصحيح لحدود البلديات، وفق قانون تحويل الأراضي الأميرية إلى ملك رقم 41 لسنة 1953، حيث أن المادة (3) منه جاءت صريحة في أن الأراضي التي تحول إلى ملك هي الأراضي التي تحول إلى ملك هي الأراضي الأميرية فإن حكم هذه المادة يجب أن يقتصر على هذا النوع من الأراضي، وأن لا يتعداه إلى سواه من الأقسام الأخرى حتى ولو كان أحدها في الأصل من الأراضي الأميرية كما هي

⁽¹⁾ قانون تحويل الأراضي الأميرية إلى ملك رقم 41 لسنة 1953، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية في العدد رقم 1134 بتاريخ 1953/2/12، ص 559.

الحال في الأراضي الموقوفة وفقاً غير صحيحاً، إذ أن هذه الأراضي بعد أن أوقفت تكون قد خرجت عن وصفها الأول وأصبحت من صنف آخر مستقل عن باقي أقسام الأراضي الأخرى؛ أي أنه لا يحولها إلى النوع الملك، بل تبقى محافظة على صفتها على أنها أراضي موقوفة وقف غير صحيح).

○ المبحث الثاني: حقوق الجهة الموقوف عليها من الوقف غير الصحيح

بعد أن أصلنا الأراضي الأميرية الموقوفة، وبيننا طبيعتها القانونية وصورها وفق أحكام المادة الرابعة من قانون الأراضي العثماني في المبحث الأول، سنخصص هذا المبحث لبيان حقوق الجهة الموقوف عليها من الوقف غير الصحيح، كما سنكيف الطبيعة القانوني للحق، أهو حق عيني أم حق شخصي، وذلك وفق مطلبين: نبحث في الأول: الطبيعة القانونية للحق، وفي الثاني: تحصيل الحق للجهة الموقوف لها.

◆ المطلب الأول: الطبيعة القانونية لحق الجهة الموقوف عليها من الوقف غير الصحيح

ونقسم هذا المطلب إلى فرعين: نبحث في الأول: تأصيل حق الجهة الموقوف عليها من تقسيمات الحقوق وتفرعاتها، والثاني نكيف حق الجهة الموقوف عليها على النحو التالي:

• الفرع الأول: تأصيل حق الجهة الموقوف عليها

تقسم الحقوق بشكل عام وفق الاستقرار التشريعي والقضائي والفقهي إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية، والحقوق المدنية تنفرع إلى حقوق عامة وأخرى خاصة، وينحدر من الحقوق الخاصة حقوق عائلية وحقوق مالية، والحقوق المالية تتمثل بحقوق شخصية وأخرى عينية وكذلك معنوية،⁽¹⁾ وحقوق الجهة الموقوف عليها سواء كان الوقف صحيحاً أم غير صحيحاً، بديهي أن يكون من الحقوق المالية، سواء تمثل حق الجهة الموقوف عليها ببيع الأرض

(1) عبدالقادر الفار، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق والقانون، ط2 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2015، ص 188 وما بعدها.

الموقوفة، أو أن ملكية الأرض أصبحت مملوكة لجهة الوقف، لكن هل حق الجهة الموقوف عليها حق شخصي أم حق عيني؟

لبيان طبيعة حقها يحتم الأمر علينا تعريف الحق الشخصي والحق العيني، وكذلك الأمر بيان صور الوقف غير الصحيح وفق المادة الرابعة من قانون الأراضي العثماني.

فالحق الشخصي: هو رابطة قانونية بين شخصين يقال للأول دائن والثاني مدين يلتزم بموجبها المدين تجاه الدائن بأداء معين أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.⁽¹⁾

أما الحق العيني: فهو سلطة مباشرة من شخص على شيء معين بالذات تخوله سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف بموجب القانون.⁽²⁾ والحقوق العينة تقسم إلى حقوق عينية أصلية وأخرى تبعية، والأصلية تتمثل بحق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق أخرى وهي المحصورة في القانون (حق التصرف، حق الانتفاع بصورة الاستعمال والسكنى والمساحة، حق الحكر، حق الاجارتين، خلو الانتفاع، والحقوق المجردة المتمثلة بحقوق الارتفاق، كالممرور والشرب والمسيل. أما التبعية فتتمثل بالرهن الرسمي والحيازي وحق الاختصاص، وكذلك حقوق الامتياز. ونتساءل هنا حول مصدر حق الجهة الموقوف عليها من الوقف غير الصحيح، وكذلك إلى أي نوع ينتمي من طوائف الحقوق المشار لها؟

بالنسبة لمصدر الحق الذي يكون للجهة الموقوف عليها، فإنه وفق صراحة المادة الرابعة من قانون الأراضي العثماني،⁽³⁾ يكون من وقف السلطان العثماني نفسه للأراضي الأميرية، أو من الأمراء العثمانيين آنذاك؛ أو الغير بإذن السلطان، أما بالنسبة لنوع أو فرع الحقوق التي ينتمي إليها حق الجهة الموقوف عليها، فإنه يختلف حسب صورة الأرض الأميرية الموقوفة سناً للمادة الرابعة من قانون الأراضي العثماني التي قسمتها الى ثلاثة صور كما بينا في المبحث الأول:

(1) عثمان التكروري واحمد طالب السويطي، مصادر الحق الشخصي، ط2، دار الكتب الجامعية، الخليل 2019، ص 13.

(2) حسين عيسه، الحقوق العينية الأصلية وفق مجلة الاحكام العدلية والتشريعات النافذة في فلسطين، ط1، مطبعة حنين، فلسطين 2019، ص6.

(3) المادة الرابعة (... الأراضي المفزة من الأراضي الأميرية التي أوقفها حضرات السلاطين العظام بالذات أو أوقفها آخرون بالإذن السلطاني...).

الأولى: الأراضي الأميرية الموقوفة التي يعود رقبتهما للدولة والتصرف بها للفرد، ويكون الرسم أو الاعشار للموقوف عليها.

الثانية: الأراضي الأميرية الموقوفة التي تعود رقبتهما والتصرف بها للدولة أي لبيت المال، ويكون الرسم أو الاعشار للموقوف عليها.

الثالثة: الأراضي الأميرية الموقوفة التي تعود رقبتهما لبيت المال والتصرف بها للجهة الموقوف عليها مع رسومها وأعشارها.

ولتعدد صور الأراضي الأميرية الموقوفة، يختلف تبعاً لذلك طبيعة الحق الذي يكون للجهة الموقوف عليها في الصور الثلاثة المشار لها، وهو ما سنبحثه في الفرع الآتي.

• الفرع الثاني: التكيف القانوني لحق الجهة الموقوف عليها

بالتعمن في صور الأراضي الأميرية الموقوفة وفق نص المادة الرابعة من قانون الأراضي العثماني المشار لها في الفرع الأول، نجد أن حق الجهة الموقوف عليها في الصورة الأولى والثانية ينحصر فقط بمنافع الأرض، كالأعشار والرسوم المفروضة على الأرض الأميرية، كالضرائب، وعليه نستطيع تكيف طبيعة الحق القانوني للجهة الموقوف عليها بهذه الصور على ضوء صراحة نص المادة الرابعة، أنه حق عيني تبعي وارد على الأرض الأميرية الموقوفة، يتمثل بنصيبها من الاعشار والرسوم التي تجبى عن الأرض الأميرية لقاء الفراغ والفرز والمعاملات الأخرى، وتفصيلاً لمعنى الحق العيني التبعي، فهو الحق الذي يستند في كينونته إلى وجود حق شخصي (علاقة مديونة) ويوجد لضمانه،⁽¹⁾ ويتمثل الحق الشخصي بمديونية تكون للجهة الموقوف عليها على الأرض الموقوفة متمثلة بالأعشار مثلاً، والوقف هنا جاء لضمان سداد المتصرف بالأرض الأميرية لهذا الحق، وهنا يكمن الحق العيني للجهة الموقوف عليها بصورة حق الامتياز الذي يكون لها على الضرائب والأعشار، والحق العيني التبعي يخول الجهة الموقوف عليها خصائص الحق العيني الذي يعطي صاحبة مزية التقدم،

(1) هادي علي العبيدي، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عان 1999، ص 278.

ويقصد بمزية التقدم تخويل الدائن الممتاز ميزة استيفائه الدين بالأولوية على جميع الدائنين الآخرين من ثمن منقولات أو عقارات معينة يملكها المدين بسبب صفة في الدين⁽¹⁾.

وأرى هنا أن حق الامتياز مقرر للجهة الموقوف عليها بنص القانون، ووارد على الأرض ذاتها، بمعنى أنه لا يخول الجهة الموقوف عليها كدائن ممتاز على كافة أموال المدين المنقولة والعقارية وهو المتصرف بالأرض الأميرية الموقوفة. كما أن حق الامتياز بمقارنته بالحقوق العينية الأخرى لاسيما التبعية منها كالرهن مثلاً، لا يمنح صاحبه سوى ميزة التقدم دون حق التتبع وعلى خلاف حق الدائن المرتهن الذي يكون له التقدم والتتبع بمعنى تتبع محل الحق والتنفيذ عليه جبراً لتحصيل المديونية.⁽²⁾ ونستخلص مما سبق أن الجهة الموقوف عليها بالصورة الأولى والثانية ليس لها أي صلاحية بالتصرف بالأرض، أو سلطة مادية مباشرة عليها سوى ما ذكر بصراحة النص، إذ ليس لها تحكيرها أو ايجارها أو وضع اليد عليها.

أما حقوق الجهة الموقوف عليها في الصورة الثالثة، فتكاد أن تتسع وتشمل صورتين من الحقوق العينية، أولهما ما تم تفصيله بالصورة الأولى والثانية، وثانيها أن الجهة الموقوف عليها يكون لها حق التصرف بالأرض الأميرية الموقوفة كما هو الحال في الأراضي الأميرية غير الموقوفة التي يكون المتصرف بها فرداً، فالبتعمن بالفقرة التالية من المادة الرابعة من قانون الأراضي العثماني: (على أنه يوجد نوع آخر من هذه الأراضي الموقوفة وهو الذي تخصصت إلى جهة ما حقوق التصرف به من أعشاره ورسومه في الحالة التي تعود بها أعشاره ورسومه إلى جانب الميري مع كون رقبته عائدة إلى بيت المال أو تكون حقوق التصرف به أو رقبته فقط عائدة إلى بيت المال. ففي هذا النوع من الأراضي الموقوفة لا تجري الأحكام والمعاملات القانونية مثل الفراغ والانتقال وإنما يصير تزريعه والتصرف به من طرف الوقف بالذات أو بطريق الإيجار وتصرف منافعه الحاصلة على المشروط له الوقف). وعليه يكون حق الجهة الموقوف عليها هنا ليس فقط حق امتياز، بل يكون لها حق عيني أصلي متمثل بالتصرف الذي يقترب من حق الرقبة في عقارات الملك، وكما قلنا في المبحث الأول أن هذا النوع يكاد

(1) ماجدة أحمد زكارنة، الديون الممتازة في التشريعات الفلسطينية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2016، ص 19-20.

(2) ماجدة أحمد زكارنة، الديون الممتازة في التشريعات الفلسطينية، المرجع السابق، ص 36.

أن يقترب إلى درجة كبيرة من أراضي الوقف الصحيح، فيكون للجهة الموقوف عليها أن تمارس سلطتها الممنوحة بموجب حق التصرف بالأراضي الأميرية وهي الاستعمال لغايات الزراعة والاستغلال بالإيجار وترتيب الحقوق العينية الخاصة بالوقف كالحكر، لكن ما يثير الانتباه والتتويه هنا بخصوص هذه الصورة، أنه لا يوجد أي احصائيات أو كشوفات تحدد إن كان هذا النوع موجوداً أم لا، وكذلك أماكن تواجده، ويبدو أن الصورة الأولى من أراضي الوقف غير الصحيح أكثر وضوحاً لا سيما في الأراضي المسجلة التي يقيد عليها ملاحظة أن الأرض موقوفة وقف تخصيصات لصالح الصخرة المشرفة مثلاً رغم عدم وجود احصائيات دقيقة تحدد حجم هذا النوع من الأراضي الأميرية الموقوفة أيضاً.

♦ **المطلب الثاني: تحصيل الحقوق المالية المترتبة للجهة الموقوف عليها**

ونقسم هذا المطلب كسابقه إلى فرعين، نبين في الأول: مقدار الحقوق المالية المنصوص عليها في التشريعات النافذة، وفي الفرع الثاني حول آلية تحصيل الحقوق.

• **الفرع الأول: مقدار الحقوق المالية المنصوص عليها في التشريعات النافذة**

قلنا أن حق الجهة الموقوف عليها يتمثل بموجب المادة الرابعة من قانون الأراضي العثماني بالأعشار والرسم المفروض على الأرض الأميرية الموقوفة، هذا في الصورة الأولى الدارجة وكذلك الثانية، بينما يتوسع حقها في الصورة الثالثة إضافة للرسم والأعشار، ويكون لها حق التصرف بها بالتحكير والإيجار وأي طريقة استغلال أخرى بموجب القانون.

وفيما يتعلق بمقدار الحقوق المالية المخصصة للجهة الموقوف عليها المتمثلة بالرسم والأعشار، فقد كانت بموجب المادة الرابعة من قانون الأراضي العثماني تتمثل فقط بالرسم التي تجبى من الأراضي الاميرية وكذلك العشر من ريعها إذا تم استغلال الأرض، لكن حصل تعديل على ضريبة العشر المخصص للجهة الموقوف عليها، حيث أصدر مجلس الشورى التركي بتاريخ 20 شباط سنة 1304 هجري، قرار رقم 1472 تم بموجبه الغاء ضريبة العشر،

واستبدالها بضريبة تسمى (الويركو) التي تعني ضريبة بمقدار العشر تكون ثابتة تستحق على الأرض الأميرية أو الأميرية الموقوفة سواء استغلّت الأرض أو لم تستغل.⁽¹⁾

وأرى في القرار السابق أنه يعتبر لصالح الجهة الموقوف عليها، لأنه كان قبل هذا القرار يرتبط تحصيل ضريبة العشر باستعمال الأرض واستغلالها، فإذا انتجت الأرض فُرض عليها العشر، وإذا لم تنتج، أو لم تستخدم خلال السنة الضريبة فلا عشر عليها. وكذلك يكون لها الرسوم المحصلة من تلك الأراضي، وهذا يعني أن الجهة الموقوف عليها أصبح لها بموجب هذا القرار إيراد مالي ثابت، الأول: يتمثل بضريبة الويركو، والثاني: الرسوم المحصلة من تلك الأراضي عند البيع والقسمة وغير ذلك من المعاملات التي تتم على الأراضي. وقد بقي هذا الحق طوال فترة الإدارة العثمانية وكذلك فترة الانتداب البريطاني لفلسطين، أما في فترة الإدارة الأردنية للضفة الغربية، فقد نظم قانون تحصيل الأموال الأميرية رقم 6 لسنة 1952 مسألة الجباية على هذا النوع من الأراضي،⁽²⁾ وشكل لجنة مختصة بموجب المادة الرابعة تتكون من (حاكم الإداري رئيساً ومن محاسب المقاطعة وأحد أعضاء مجلس الإدارة المنتخبين عضوين)، وطبق هذا القانون على جميع الأراضي الأميرية سواء داخل حدود البلديات والقرى أو خارجها، غير أنه وفي العام 1955 فقد تناقشت الضرائب المفروضة على الأراضي الأميرية بموجب قانون ضريبة الأراضي الأردني النافذ بالضفة الغربية حالياً رقم 30 لسنة 1955،⁽³⁾ حيث نصت المادة 15 منه في البند 3 على حالات الإعفاء من الضريبة المفروضة على الأراضي الأميرية المستعملة لغايات زراعية على النحو التالي:

تعفى من ضريبة الأراضي، الأراضي المذكورة:

أ- الأراضي المغروسة موزاً لمدة سنة واحدة تبدأ من أول نيسان من السنة التي تلي سنة غرسها.

(1) دعبس المر، أحكام الأراضي المتبعة في البلاد العربية المنفصلة عن السلطنة العثمانية، مطبعة بيت المقدس، فلسطين 1923، ص 201.

(2) قانون تحصيل الاموال الاميرية رقم 6 لسنة 1952، المنشور بالجريدة الرسمية الاردنية العدد 1100 بتاريخ 1952/2/15، ص 84.

(3) قانون ضريبة الاراضي رقم 30 لسنة 1955، المنشور بالجريدة الرسمية الاردنية العدد 1226 بتاريخ 1955/5/16، ص 480.

- ب- الأراضي المغروسة بأشجار الحمضيات لمدة خمس سنوات تبدأ من أول نيسان من السنة التي تلي سنة غرسها.
- ج- الأراضي المغروسة بأشجار الزيتون والنخيل لمدة عشر سنوات تبدأ من أول نيسان من السنة التي تلي سنة غرسها.
- د- الأراضي المحتوية على الاشجار البرية القابلة للتطعيم لمدة خمس سنوات تبدأ من أول نيسان من السنة التي تلي سنة تطعيمها.
- هـ- الأراضي المغروسة بأشجار الكرمة والأشجار المثمرة غير التي تقدم ذكرها لمدة ست سنوات تبدأ من أول نيسان من السنة التي تلي سنة غرسها.
- و- البناء الصناعي لمدة سنتين تبدأ من اول نيسان من السنة التي تلي سنة اكماله.
- ونستنتج مما سبق، أن ضريبة العشر أو حسب المصطلح الذي اقتبس من قانون ضريبة الأراضي الأميرية رقم 6 لسنة 1962 ضريبة الأرض الأميرية، قد تقلصت وانحصرت في الأراضي الأميرية داخل حدود البلديات والمجالس المحلية التي تستخدم لغايات البناء والسكن والمشاريع التجارية والسكنية، إذ لا ضريبة على الأراضي الأميرية في القرى بمعظم استعمالاتها، وهو الأمر الذي انعكس سلباً على تحصيل الجهة الموقوف عليها من الأراضي الأميرية الموقوفة حقها المالي الذي فرض لها بموجب القانون العثماني منذ العام 1858.
- لكن لا يعني ذلك أن الوارد المالي للموقوف عليها من الوقف المخصص لها قد انعدم، لا بل ما زال قائماً في الأراضي الأميرية الموقوفة داخل حدود البلديات والمجالس المحلية، لأنه كما سبق وبيننا في المبحث الأول أن دخول الأراضي الأميرية الموقوفة داخل حدود البلديات وفق القرار التفسيري رقم 11 لسنة 1953 الصادر عن ديوان التفسير الأردني لا يغير من صفتها، بل تبقى موقوفة وقف غير صحيح، ويبقى حق الجهة الموقوف عليها قائم بالضريبة المحصلة عليها، كما أن قانون ضريبة الابنية والأملاك النافذ في الضفة الغربية رقم 11 لسنة 1954 فرض على كل الأراضي الواقعة داخل حدود البلديات بما فيها الأراضي الأميرية الموقوفة ضريبة أملاك سواء على الأرض ذاتها، أو ما يقام عليها من أبنية ومنشآت، كذلك ما زال حق الجهة الموقوف عليها قائم فيما يتعلق بالرسوم المحصلة من قبل دوائر تسجيل الأراضي على المعاملات التي تتم على هذا النوع من الأراضي، إذ يكون حقها بهذا

الرسم قائماً، فلا تعديل عليه، ونشير بذلك أن نسبة الرسوم المفروضة على المعاملات التي تتم على الأراضي الأميرية الموقوفة تكون وفق القرار بقانون رقم (2) لسنة 2012 بشأن رسوم تسجيل وانتقال الأراضي،⁽¹⁾ ونشير إلى الرسومات التي ينطبق منها على الأراضي الأميرية الموقوفة على النحو التالي:

الرقم	المعاملة	الرسم	الحد الأدنى بالدينار الأردني	إيضاحات
1.	البيع والفراغ	(2%) من المشتري و(1%) من البائع من بدل البيع. (1%) من بدل البيع إذا جرى البيع بين الأصول والفروع حتى الدرجة الأولى أو بين الزوجين أو بين الإخوة والأخوات.	50 دينار	عن كل معاملة
4.	المبادلة	(1%) من قيمة المالين المتبادلين	.	.
7.	الانتقال بالإرث	أ. (1%) من قيمة المال المنتقل إذا تم تسجيل الانتقال خلال سنة من تاريخ وفاة المورث. ب. (2%) من قيمة المال المنتقل إذا تم تسجيل الانتقال بعد مرور السنة.	50 دينار	.
8.	التخارج	(1%) من قيمة الحصص المتخارج عنها عند تسجيل حجة التخارج في دائرة تسجيل الأراضي.	.	.
11.	الإفراز الجمع والافراز بين الشركاء	أ. (1%) من قيمة كل قطعة مفرزة من القطع الأصلية عندما لا يحصل أي شريك بعد الإفراز على أية زيادة في حصصه الأصلية. ب. في حال حصول أي شريك على زيادة في قيمة حصته الأصلية يستوفى رسم إضافي قيمته (5%) من القيمة المقدرة لتلك الزيادة.	.	.

⁽¹⁾ القرار بقانون رقم (2) لسنة 2012 بشأن رسوم تسجيل وانتقال الأراضي، المنشور بجريدة الوقائع العدد 0 بتاريخ 2012/1/3، ص 4.

الرقم	المعاملة	الرسم	الحد الأدنى بالدينار الأردني	إيضاحات
12.	حق القرار بحكم المحكمة	(3%) من قيمة المال الجاري تسجيله.	10 دنانير	عن كل شخص محكوم له
13.	التسجيل الجديد	(2%) من قيمة المال الجاري تسجيله، على أن يعفى من رسوم التسوية المستحقة لاحقاً وفقاً لأحكام قانون تسوية الأراضي والمياه والأنظمة الصادرة بمقتضاه.	10 دنانير	عن كل طالب تسجيل
14.	التأمين	(1%) من مقدار الدين.	50 دينار	.
15.	تحويل التأمين	واحد بالألف من مقدار الدين المحول	10 دنانير	.
16.	فك التأمين	20 دينار عن كل معاملة تأمين باستثناء سندات الدين التي يتم فكها نتيجة لبيع المال المؤمن في المزاد العلني أو بموجب قرار المحكمة.	.	.
17.	تنفيذ الدين المؤمن	(1%) من قيمة الدين يدفع علاوة على الرسم الواجب استيفاؤه بعد ذلك عند تسجيل البيع على أن لا يزيد رسم التنفيذ على 500 دينار.	.	.
18.	التوحيد	أ. 10 دنانير عن كل قطعة يجري توحيدها مع قطعة أخرى. ب. 10 دنانير عن توحيد الحصص في كل قطعة إذا تعددت قيودها باستثناء توحيد الحصص الموجودة في صفحة سجل واحدة نتيجة لأي معاملة تتم عليها.	.	.
19.	التجزئة	(1%) من قيمة المال الجاري عليه التجزئة.	.	.
20.	تصحيح التسجيل	(1%) من قيمة الأرض مع قيمة التحسينا.	.	.

الرقم	المعاملة	الرسم	الحد الأدنى بالدينار الأردني	إيضاحات
21.	إعادة التسجيل	أ. 20 دينار عن كل معاملة تلغى نتيجة لأية إجراءات قضائية ويعاد تسجيلها باسم المالك الأصلي. ب. 20 دينار عن كل طلب يتضمن إعادة تسجيل مال غير منقول في السجل سواء قد اتلف قيده أو أصبح غير مقروء كلياً أو جزئياً سناً للقانون رقم 30 لسنة 1944 المعمول به في الضفة الغربية.	.	.
22.	تحري التسجيل	10 دنانير عن كل قطعة	.	.
24.	الكشف والمساحة	10 دنانير عن كل قطعة	.	.
25.	الإيجار وتحويل الإيجار	(2%) من مجموع بدل الإيجار السنوي.	5 دنانير	.
26.	فك الإيجار	10 دنانير عن كل عقد يجري فكه باتفاق الطرفين وقبل انتهاء مدته.	.	.
27.	المغارة أو تحويلها	(0.5%) من القيمة المدونة في سجلات التسجيل للمال الجاري عليه المغارة.	.	.
28.	فك المغارة	10 دنانير عن عقد مغارة يتفق الطرفان على إلغائه.	.	.
30.	سندات التسجيل	5 دنانير عن كل سند تسجيل أو تصرف يعطى للمرة الأولى.	.	.

بالتعمن بالجدول المشار السابق، نجد أن للجهة الموقوف عليها قد يكون لها ايراد مالي كبير، خاصة وأن معظم أراضي محافظة رام الله والبيرة وقراها سواء داخل البلديات أو خارجها، تندرج تحت مسمى وقف التخصيصات بنسب معينة سواء ثلث القطعة أو نصفها أو ثلثيها موقوف لصالح الصخرة المشرفة، وهذا يعني أن للصخرة المشرفة مثلاً وارد مالي يجب أن يقطع من هذه المعاملات بنسبة الوقف المخصص للصخرة المشرفة، ناهيك أن اسعار الأراضي المخمئة في محافظة رام الله مرتفع عن بقية المحافظات، إضافة إلى ضريبة الاملاك المفروضة عليها كما وضعنا بموجب قانون رقم 11 لسنة 1954.

• الفرع الثاني: آلية تحصيل الحقوق المالية للجهة الموقوف عليها

بعد توضيح مقدار الحقوق المالية للجهة الموقوف عليها، لا بد من توضيح آلية التحصيل المتبعة أو التي يجب اتباعها حتى تحصل على حقها، وبالرجوع إلى آلية التحصيل المتبعة منذ حقبة الحكم العثماني، كانت دوائر الجباية هي المختصة بعملية التحصيل، وتقتطع نسبة الجهة الموقوف عليها كالصخرة المشرفة مثلاً منها، وتخصص المقتطع إلى الصخرة المشرفة، هذا أيضاً ما كان متبعاً أبان الانتداب البريطاني، حيث تم الاتفاق بين المجلس الإسلامي وسلطة الانتداب البريطاني حول من يجمع الضرائب عن الأراضي المصنفة وقف تخصيصات، وتم الاتفاق عام 1932 بأن تتولى سلطات الانتداب تحصيل ضريبة الملكية من أصحاب هذه الأراضي، ودفع جزء منها الى دائرة الأوقاف، بينما يذهب الباقي لخزينة الدولة. وقد استمر هذا الأمر معمولاً به طيلة أيام الانتداب البريطاني، وكذلك أيام العهد الأردني حتى عام 1967، ومن ثم استمر العمل به أيام الحكم العسكري الإسرائيلي والإدارة المدنية الإسرائيلية،⁽¹⁾ ومن ثم في عهد السلطة الوطنية الفلسطينية في مناطق (أ+ب) وهي المناطق التي تخضع لسيطرتها وفق اتفاقية أوسلو عام 1993 بين منظمة التحرير الفلسطينية وبين حكومة الاحتلال الإسرائيلي. كل ما ورد يتعلق بالضرائب والرسوم التي تحصلها دائرة تسجيل الأراضي الفلسطينية وكذلك دائرة ضريبة الاملاك الفلسطينية من أراضي الوقف غير الصحيح في المناطق المصنفة ب (أ+ب).

⁽¹⁾ زياد او زياد، تسوية الأراضي (الوقف الصحيح ووقف التخصيصات)، مقال منشور على موقع جريدة القدس الالكتروني (<http://www.alquds.com/>) بتاريخ 2019/9/15.

ونتساءل هل دوائر تسجيل الأراضي ودوائر ضريبة الاملاك التابعة لما يسمى بالإدارة المدنية الاسرائيلية في المناطق المصنفة (ج) التي تقوم بتحصيل مبالغ هائلة عن رسوم الفراغ والانتقال للأراضي الأميرية تحيل الرسوم المحصلة إلى وقف الصخرة المشرفة أو وقف خليل الرحمن مثلاً؟

إجابة هذا السؤال لا تحتاج بحثاً، فالإجابة لا، مما يعني أن سلطات الاحتلال كما اعتدنا عليها بسرقة الأرض، أيضاً تسرق المقتطعات والتحصيلات التي تجيبها من المواطنين، إضافة إلى سرقة مخصصات وقف الصخرة المشرفة و خليل الرحمن وغيرها من الجهات الموقوف عليها، الأمر الذي يحتاج الوقوف عليه حتى يرضخ الاحتلال الاسرائيلي بالإفراج عن هذه المخصصات من خلال اللجوء إلى الجهات الدولية المختصة بهذا الشأن.

○ الخاتمة

عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة "ما لا يدرك كله لا يترك جله"، لم أكن أبغى من خلال هذه الدراسة أن أخرج ببحث كامل وشامل لكل ما يدور حول الموضوع، وذلك لأسباب كثيرة، منها تعدد وتفزع التشريعات الناظمة لقطاع الأراضي في فلسطين، وازدواجية نظامها القانوني بين أراضي مسجلة وغير مسجلة، وكذلك غياب الاحصائيات الدقيقة التي تحصر الأراضي الأميرية الموقوفة، لكن حاولت بقدر المستطاع ورغم خلو الموضوع من دراسات متخصصة فيه، أن أبحث فيه حتى بينت النظام القانوني لأراضي الوقف غير الصحيح الوارد على الأراضي الأميرية، وأصولها، والحقوق التي تترتب للجهة الموقوف عليها، وقد وصلت من خلال البحث في الموضوع لعدة نتائج وتوصيات نوجزها كما يلي:

◆ أولاً: النتائج: وتتمثل بما يلي:

- 1- الأراضي الأميرية رغم ترتيب الوقف عليها لا يخرجها من نوع الأراضي الأميرية، بل تبقى محافظة على طبيعتها القانونية تنتقل بالفراغ والانتقال والرجحان، وكل ما ينطبق على الأراضي الأميرية ينطبق عليها كونها صورة منها.

2- يختلف حق الجهة الموقوف عليها حسب صورة الوقف، فإذا كان الوقف وارد على الرسوم والأعشار فيقتصر حقها على هذه الرسوم والأعشار ولا يتعداها، ويكيف حقها بهذه الصورة أنه حق عيني تبعي، بينما في الوقف الذي يرد على التصرف ذاته، يكون حق الجهة الموقوف عليها حق عيني أصلي وهو حق التصرف بالوقف، ففي هذه الصورة يجوز للجهة الموقوف عليها التصرف بالأرض بالتصرفات القانونية الجائزة كالإيجار والحكر وغير ذلك.

3- حال دخول أراضي الوقف غير الصحيح إلى حدود البلديات وفق القانون الخاص بذلك، لا يغير الطبيعة القانونية لها، إذ لا تتحول إلى وقف صحيح، ولا تتحول إلى أرض مملوكة، بل يبقى حق الدولة في الرقبة قائم، وكذلك حق الجهة الموقوف عليها قام أيضاً.

4- حدثت مستجدات تشريعية أبان الادارة الأردنية للضفة الغربية أثرت سلباً على حق الجهة الموقوف عليها بالرسم والأعشار والضرائب، إذ أعفى قانون ضريبة الأراضي الأردني رقم 30 لسنة 1955 حالات كثيرة من الأراضي الأميرية الموقوفة، ونستطيع القول معظم الأراضي الكائنة في نطاق المجالس القروية اعفيت من الضرائب التي كانت مقررة عليها منذ العهد العثماني التي تسمى بضريبة الويركو. غير أنه من جانب آخر فرض قانون ضريبة الأبنية والأماك ضرائب ورسوم على كافة الأراضي التي الكائنة داخل حدود البلديات بما فيها الأراضي الاميرية الموقوفة، مما شكل حالة ايجابية في زيادة الإيراد لتلك الأراضي.

♦ ثانياً: التوصيات: وتتمثل بما يلي:

1- هناك ضرورة ملحة جداً يجب على المشرع أخذها محمل الجد في سن قانون جديد خاص بهذا النوع من الأراضي، يوضح ويعالج نظامها القانوني وحدود حق الجهة الموقوف عليها. كما يجب على المشرع أيضاً بيان آلية تحصيل حقوق الصخرة المشرفة من التحصيلات المالية التي تجبى لقاء المعاملات التي تتم عليها.

- 2- على الجهات المختصة بما فيها وزارة الأوقاف الفلسطينية إجراء احصائيات دقيقة تبين حجم هذا النوع من الأراضي بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة.
- 3- نصي المشرع الفلسطيني بإصدار تشريع يعيد بموجبه فرض الضريبة على الأراضي الأميرية الموقوفة التي استثنيت بموجب قانون ضريبة الأراضي الأميرية الأردني النافذ بالصفة الغربية رقم 30 لسنة 1955 حيث يعيد فرض الضريبة على هذه الأراضي سواء كانت داخل حدود البلديات والمجالس المحلية أو خارجها، لأن بقاء الضريبة مفروضة فقط على ما هو كائن داخل حدود المجالس المحلية والبلديات يخالف الإرادة السامية التي خصصت أعشار ورسوم هذه الأراضي لصالح الجهة الموقوف عليها، خاصة وأن جميع الجهات الموقوف عليها هي جهات دينية مقدسة كالصخرة المشرفة وخليل الرحمن ووقف تميم الداري.

الشذوذ الإجرامي في الجزائر دراسة نفسية وجنائية

د. عبد اللاوي جواد⁽¹⁾

الجريمة ظاهرة اجتماعية عرفت البشرية منذ الأزل فهي ترتبط أساسا بالإنسان وبالمجتمع الذي يعيش فيه، فهي شذوذ عن القواعد الواجب اتباعها داخل المجتمع سواء كان مصدر هذه القواعد قانوني أو ديني أو مبادئ العدالة، بحيث يرتب لها القانون عقوبة أو تدبير أمن، ويرتب لها المجتمع الاستهجان والاستبعاد، بينما ترتب في شخصية المجرم العادي تأنيب الضمير. إلا أنه في هذا الشذوذ يوجد شذوذ إجرامي أشد يعكس خطورة إجرامية شديدة لدى مرتكبيه، فهو سلوك خطير يرجع لتكوين شخصية المجرم النفسية وعدم قدرته على العيش في المجتمع، فهو شخص وجد في غير زمانه ولو عاش في الزمن الماضي لأمكن أن يكون زعيم قبيلة، لما له من قدرات جسدية أو ذهنية إجرامية تسمح له بارتكاب أشنع الجرائم.

هذا المجرم الذي قد يكون دافعه الإجرامي الهوس الفردي بالقتل أو التعذيب أو الاغتصاب أو السرقة أو الحريق أو هوس الاختطاف وغيرها من الدوافع المرضية نجده في كل المجتمعات ومنها المجتمع الجزائري، والذي بدأ يسمع من خلال انتشار وسائل الإعلام عن جرائم بشعة كقتل واغتصاب للأطفال والنساء والتكليف بالبحث وجرائم التعذيب وقتل الأطفال حديثي العهد بالولادة وغيرها، مما يؤكد وجود هذا النمط الإجرامي الخطير في مجتمعنا.

كما أن هذه الخطورة الإجرامية يقابلها قلة فهم لهذا الشذوذ وكثرة المطالبة الشعبية بإنزال أشد العقاب بهذه الفئة من المجرمين وهذا بدون أية دراسة علمية جنائية لشخصية المجرم وسلوكه، ودوافعه الإجرامية، وكيفية اختياره للضحية، حيث في كثير من الأحيان نكون بصدد محاكمة مجنون مجرم اعتقدنا بأنه مجرم مجنون.

فما هي أبرز التفسيرات العلمية لظاهرة الشذوذ الإجرامي؟ وما مدى انتشار هذا النوع

من الإجرام في الجزائر؟ وما هي السبل الكفيلة لمواجهته؟

(1) أستاذ محاضر أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم، الجزائر.

○ المبحث الأول: أنماط الشذوذ الإجرامي في المجتمع الجزائري وتفسيراته العلمية

الجرائم الشاذة في المجتمع الجزائري رغم الجهل بسبب الإقدام عليها فهي تتميز بشناعة أو شدة العنف الممارس فيها أثناء ارتكاب سلوك إجرامي كجرائم القتل الشنيعة، أو لتناقضها مع المنطق أحيانا نذكر هنا هوس السرقة من رجل ثري لا يحتاج إلى الشيء المسروق، ويرجع الغموض في فهم السلوك الإجرامي الشاذ لتعدد تكوين شخصية الإنسان، وأولى التبريرات التي أعطيت لتفسير هذا السلوك الشاذ اعتمدت على مفاهيم غيبية أو ميتافيزيقية ترجع هذا السلوك إلى قوى غيبية والتي تتأرجح ما بين الوسوسة الداخلية للنفس الأمانة بالسوء أو إلى قوى خارجية غيبية لكائن غير مرئي يتصارع والفرد في الوصول إلى غاية نهائية وهو الحؤول دون فوز هذا الأخير عليه، وإلى ذلك الصراع الأبدي بين الخير،⁽¹⁾ والتفسير المنطقي بكون الشخص مخالفا للقانون لا يجد مجالا له هنا فجرائم المجرم الشاذ تفوق في خطورتها جرائم الأشخاص العاديين،⁽²⁾ مما يتطلب تفسيراً علمياً لفهم هذا الشذوذ الإجرامي.

◆ المطب الأول: جرائم القتل الشاذة في المجتمع الجزائري وتفسيراتها العلمية

على الرغم من أن القتل بحد ذاته يعد من الجرائم الخطيرة إلا أن ارتباطه بأفعال لاحقة أو سابقة للفعل الإجرامي أو بحالة نفسية كالهوس الإجرامي بالقتل (Monomanie homicide) أو بنوع من الضحايا، يجعل منه شذوذاً إجرامياً خطيراً، ولقد أحصت الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان من 01 جانفي 2015 إلى غاية 31 أكتوبر 2015 أكثر من 15 طفلاً راحوا ضحية القتل،⁽³⁾ كما بينت الإحصائيات أن 542 جريمة قتل حدثت في 2015.

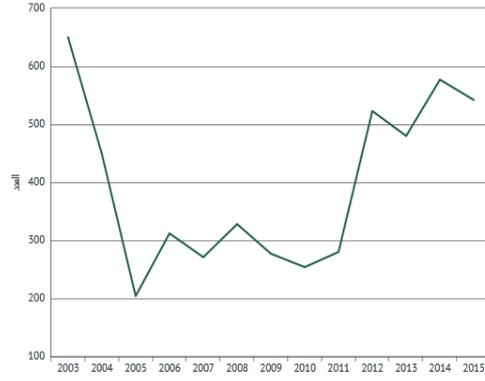
(1) عبد الصمد علي، الجريمة بين المفهوم القانوني ومدلولاتها في مخيلة الأفراد وثقافتهم، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2013، صفحة 118.

(2) زواش ربيعة، المسؤولية الجنائية للمجرم الشاذ في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، الجزائر، المجلد 18، العدد 03، سنة 2007، صفحة 222 على الموقع: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/3729>

(3) الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان، من يفك لغز اختطاف وقتل الأطفال في الجزائر، على الموقع: <http://laddh-algerie.org/?p=506>

منحنى وجدول يبينان عدد جرائم القتل في الجزائر من 2004 إلى 2015.⁽¹⁾

التاريخ	القيمة	تغيير، %
2015	542	-6.07%
2014	577	20.21%
2013	480	-8.22%
2012	523	86.79%
2011	280	10.24%
2010	254	8.30%
2009	277	15.55%
2008	328	21.03%
2007	271	13.14%
2006	312	52.94%
2005	204	54.57%
2004	449	



ومن الأمثلة الشنيعة في الجزائر جريمة قتل الأب لطفله أنس ذو العامين وتقطيعها وذلك انتقاما من مطلقته، وقضية المتاجرة بأعضاء الأطفال في 2009 بعدما لوحظ اختفاء الأطفال دون رجعة في الجهة الغربية للبلاد، وبعد التحقيق تبين وجود شبكة إجرامية دولية تقوم بالمتاجرة بأعضاء الأطفال الجزائريين تنشط بدولة مجاورة، إلى جانب هذين السببين الرئيسيين هناك أسباب أخرى لقتل الأطفال كالاغتداء الجنسي، والشعوذة، والدافع السياسي.⁽²⁾

• الفرع الأول: التفسير الانتروبولوجي لجرائم القتل الشاذة

لطالما شكل المجرم غموضا دفع الكثير من الباحثين في شتى العلوم لمعرفة أسباب توجهه لخرق قواعد المجتمع الذي يعيش فيه، واعتمدت أولى التفسيرات على فكرة الذنب والإثم وحرية الشخص في الاختيار دون الأخذ بعين الاعتبار لشخص المجرم، إلا أن أولى التفسيرات

⁽¹⁾ <https://ar.knoema.com/atlas/الجزائر/topics/القتل/القتل-الجرائم>/إحصائيات-الجرائم/القتل/القتل-الجرائم

⁽²⁾ إختطاف الأطفال في الجزائر: توقف | stOp ! إحصائيات وأرقام مدهشة، مقال بمجلة فكرة الإلكترونية، بتاريخ 2016/08/09 تاريخ الاطلاع 2020/02/22 على الموقع: <https://www.idea-mg.com/2016/08/> إختطاف-الأطفال-في-الجزائر

العلمية اعتمدت على عوامل معينة بيولوجية لأجل فهم الجريمة بصفة عامة والجرائم الخطيرة أو الشاذة بصفة خاصة من خلال دراسة المجرم الشاذ بيولوجيا، ويمثل العامل البيولوجي في تحديد الشخصية الإجرامية الشاذة أولى التفسيرات الحديثة للظاهرة الإجرامية، وذلك من خلال دراسة الأمارات الجسدية للمجرم لأجل فهم سلوكه الإجرامي، ومن خلال الاستعانة بالمنهج التجريبي والذي يمثل أساس أفكار المدرسة الوضعية، حيث جعلت من المجرم كائنا مخبريا تتم ملاحظته والتجريب عليه ومن السجون مخابر علمية، واستعملت شتى الوسائل العلمية كالتشريح (autopsie) لتحديد الملامح الجسدية للمجرم.

كل هذا جعل من الدراسة الانتروبولوجية للمجرم تكاد تكون تخصصا طبيا فأغلب الأساتذة الذين نعرفهم في هذا العلم هم أطباء في تكوينهم العلمي ولعل أشهرهم الطبيب Césars LOMBROSO والذي اعتقد أن الأمراض العقلية وأبرزها مرض الصرع يشكل العامل الأساس لكثير من الجرائم، كما اهتم بمدى حساسية الفرد للألم من خلال ملاحظة الوشوم على جسد المجرم حيث ساهم في فهم الظاهرة الإجرامية بصورة علمية بعيدا عن كونها مجرد انتهاك لالتزام ديني أو خلقي، وخلص إلى أن المجرم يشبه الرجل البدائي في مجموعة من الصفات وأن توفر خمس صفات منها على الأقل لدى أي شخص يجعله يسلك السلوك الإجرامي هذه الصفات تتمثل في طول أو قصر غير اعتيادي، أو رأس صغير ووجه كبير، جبهة صغيرة ومنحدرة، وجه وعر أو عميق التجاويف، آذان كبيرة ناتئة، عظام جبهة عالية، محاجر واسعة وعيون غائرة، خط فك حاد، ذقن صغير أو نحيف، أذرع طويلة...⁽¹⁾ واستوحى أفكاره من أعمال (PORTA و GALL) حول الإجرام وملامح الأفراد خلال القرن 18، وأعمال (PINEL) حول الطب العقلي في القرن التاسع عشر.

وقام François Joseph GALL بتفسير الغريزة القاتلة من خلال دراسة الدماغ (phrénologie) وهو أول من نادى بهذا العلم من خلال دراسة الدماغ لفهم سلوك المجرم،⁽²⁾ فالمجرم الشاذ يندفع إلى الإجرام ليس نتيجة اضطراب في روحه وإنما نتيجة امتلاكه لقدرات ذهنية محدودة في جوانب العقل، بل أحيانا يمتلك تضخم في الدماغ ناجم عن ضخامة

⁽¹⁾ Tarde Gabriel, «Le type criminel», Revue d'Histoire des Sciences Humaines, 2000/2 (no 3), p. 89-116. DOI: 10.3917/rhsh.003.0089. URL: <https://www.cairn.info/revue-histoire-des-sciences-humaines-2000-2-page-89.htm>

⁽²⁾ https://data.bnf.fr/fr/13009100/franz_josef_gall/

الجمجمة، ولاحظ أن المسام أو الارتفاع في الجمجمة يؤدي إلى تضخم في الدماغ وبالمقابل فإن صغر حجم الجمجمة يقلص من الحجم الاعتيادي للدماغ هذا يؤدي بدوره إلى اختلال في نشاط الدماغ سواء إلى حساسية مفرطة أو برودة أعصاب أو جنون مؤقت أو جنون دائم، وعليه تتحدد بذلك قدرات الشخص حسب قدرات ومؤهلات هذا الشخص في مجال الإجرام. ويرى GALL أن هناك ميولا للمجرمين نحو القتل نتيجة غريزة دماغية هي الغريزة القاتلة وهي مقدرة بدائية غريزية، وهي مؤهل أساسي ناجم عن جزء دماغي خاص موجود فوق الأذنين عند البشر ومن يشبههم من الحيوانات، فيكشف عن الحالة الصحية للمجرم المعتوه من خلال اتباع أسلوب علم فراسة الدماغ لكي يحدد الحالات الأولية للجريمة في دماغ الفرد. كما قام الأستاذ BORDIER باتباع نفس أسلوب الأستاذ Gall في نهاية القرن التاسع عشر لتفسير سلوك المهوسين بالقتل،⁽¹⁾ وذلك باتباع أسلوب دراسة الجماجم، فدرس جماجم 35 قاتل وتبين لديه أن هؤلاء المجرمين ليس لديهم جماجم كبيرة أو صغيرة وإنما لديهم زيادة في المادة الدماغية، وأرجع تلك القدرة الكبيرة إلى تصلب الدماغ،⁽²⁾ بينما يرى DEGREEF أن المجرم يندفع للقتل بدافع الإحساس بالظلم.⁽³⁾

وقام LACASSAGNE بأبحاثه الجنائية عن الوشم وتأثير تغيرات المخ وقياسه وحجم الجسد متأثرا بنفس أفكار LOMBROSO،⁽⁴⁾ وارتبط تفسيره بالمقولة الشهيرة " Les sociétés ont les criminels qu'elles méritent ".⁽⁵⁾ ويرى أن الخلل البيولوجي مرده الوسط الاجتماعي غير المناسب، ويربطه مثلا بالدعارة أو الإدمان على الكحول، مرض سيفيليس أو الانحلال الخلقي وليس لعوامل ابستيمولوجية الجريمة، فالمجرم له شذوذ جسدي

(1) Marc RENNEVILLE, L'anthropologie du criminel en France, revue criminologie, édition les presse de l'université de Montréal, volume 27, numéro 02, année 1994, page 190, DOI: <https://doi.org/10.7202/017360ar>

(2) Marie Charles DEBIERRE, le crane des criminel, Masson, Paris, , édition 1895, Page 38, sur le site: <http://data.decalog.net/enap1/Liens/fonds/T7A12.pdf>

(3) Maurice CUSSON, Criminologie Actuelle ,Les Presses universitaires de France, Paris, France, édition 1998, page 46.

(4) Laurent MUCCHIELLI, Criminologie, hygiénisme et eugénisme en France (1870-1914): débats médicaux sur l'élimination des criminels réputés incorrigibles, Revue d'Histoire des Sciences Humaines, Editions Sciences Humaines, volume 03, numéro 02, année 2000, page 06, le DOI de l'article: <https://doi.org/10.3917/rhsh.003.0057>

(5) Marc RENNEVILLE, OP.cité, page 193.

وبوجود انحلال خلقي وتأثير سيئ للمجتمع كالتراخي في الأخلاق، وتأثير الصحافة السيئ، والكحول، يندفع للإجرام.

ويرجع Tarde الشذوذ الإجرامي لفيزيولوجية الفرد ومظهره الجسدي وحركاته تعبر عن إشارة قوية لوجود فيروس إجرامي معدي في الجهاز العصبي، ويعتبر التقليد أساس نظريته،⁽¹⁾ ووفق TARDE بين مجرم المدينة ومجرم الريف، هذا الأخير يمكنه ارتكاب جرائم شنيعة وبدائية كالقتل.

إن الفكر الأنثروبولوجي الجنائي كان محل انتقاد فحسب الأستاذ LOMBROSO لا تغطي نظريته سوى 35% من الإجرام إلى جانب إهمال العوامل الاجتماعية، ومنذ 1913 أكد الأستاذ GORING بعد ملاحظة آلاف من المجرمين بأنه لا يوجد نوع فيزيولوجي من المجرمين.⁽²⁾

ويرى الأستاذ Paul TOPINARD أن الانتروبولوجيا الجنائية تقتصر على دراسة الجانب الحيواني للشخص المجرم (Aspect Zoologique)، فيجب رفض استخدامها في تفسير عوامل الجريمة،⁽³⁾ إلا أن نفي النوع الانتروبولوجي للطبيب Lombroso لا يعني رفض أية دراسة تأصيلية تتناول الانتروبولوجيا الجنائية، أو نفي وجود نوع من المجرمين يفسر وفق نظرية الوراثة تتخذ إجراءات قانونية خاصة بهم،⁽⁴⁾ فتطور الأبحاث في الدماغ يمكنها مستقبلاً أن تفسر آليات التفكير لدى المجرم وكيفيات حدوث البدء في التنفيذ.

(1) Gabriel TARDE, Études pénales et sociales, édition G. Masson, Paris, France, année 1892, page 340, sur le site:

http://classiques.uqac.ca/classiques/tarde_gabriel/etudes_penales_et_sociales/etudes_penales.html

(2) Morlhach MORIQUENDI, Les positivistes italiens et leurs successeurs: le substantialisme, passé et présent, revue esprit critique, volume 04, numéro 01, janvier 2002, sur le site:

<http://www.espritcritique.org/0401/article1.html>

(3) Salah-Eddine ABBASSI, "La criminologie: Objet, Objectifs et moyens." Texte d'une conférence donnée le 26 novembre 2013 Au Gai Moulin, à Paris, sur le site:

http://classiques.uqac.ca/contemporains/abbassi_salah_eddine/criminologie/criminologie_texte.html, consulté le 24/02/2020.

(4) Jean DANET et, Claire SAAS, «De l'usage des notions de «délinquants anormaux» et, «délinquants d'habitude» dans les législations allemande, belge, française et suisse», Séminaire du GERN "Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité" (2008-2009), mis en ligne le 18 décembre 2010, consulté le 24 février 2020, sur le site: URL: <http://journals.openedition.org/champpenal/8352>

• الفرع الثاني: الهوس الإجرامي لتفسير جرائم القتل الشاذة

يعد العامل النفسي أبرز العوامل التي تدفع المجرم لارتكاب أشنع الجرائم، وتمثل دراسة الحالة المرضية النفسية للمجرم وربط تلك الحالة بإجرام الفرد موضوع علم النفس الجنائي، هذا الأخير ساهم في فهم الكثير من الجرائم المرتبطة بشذوذ معين مما ساهم في تطوير القانون الجنائي عموماً والمسؤولية الجنائية خصوصاً وجريمة قتل الأم لابنها حديث العهد بالولادة تعد مثالا بارزا عن ذلك.⁽¹⁾

ويكمن جوهر الاختلاف بين الفكر الأنثروبولوجي الجنائي وعلم النفس الجنائي أن هذا الأخير يرى في المرض النفسي العامل الأساس لارتكاب الجريمة وهو مرض يصيب نفس الفرد، حيث اعتبر FREUD الجريمة فعلا لا اجتماعيا ناجما عن اضطراب في شخصية الفرد بسبب عدم تخليه عن نزاعات داخلية في طفولته،⁽²⁾ بينما في الأنثروبولوجيا الجنائية فإن المرض النفسي يرجع إلى خلل فيزيولوجي أو بيولوجي مثلا إن جنون القتل قد يرجع إلى مرض الزهري أو مرض التهاب السحايا المخية مما يؤثر على نفسية الفرد فيندفع للإجرام.

وبدأ الاهتمام بالجانب النفسي للمجرم في جرائم القتل خلال القرن التاسع عشر حيث تم التركيز في الطب العقلي على المجرم القاتل لعدد من المجرمين في السجون، ثم بدأ يظهر مفهوم جديد هو مفهوم الهوس الإجرامي القاتل حيث تمت دراسة الهوس القاتل لدى المعتوهين في البداية لتعمم على باقي المجرمين الخطيرين.

ويعد الأستاذ Philippe PINEL أبرز من نادى بهذا المفهوم الجديد لشرح جرائم قتل شنيعة واستخدم هذا المفهوم في شرح جرائم قتل الأصول (Parricide) وقتل الأطفال (Infanticide) وغيرها،⁽³⁾ فأكد علماء الطب العقلي أنه لا يمكن وضع أسباب واضحة لسلوك المجرم، فلا يمكن تحديد سلوكه وفق الأفعال التي ارتكبها فقط وإنما حسب طبيعة تلك الأفعال،

⁽¹⁾ Renata SALECL, Le réel du crime: une mère infanticide, revue Savoirs et clinique, 2003/1 (no2), pages 41 à 51 sur le site: <https://www.cairn.info/revue-savoirs-et-cliniques-2003-1-page-41.htm#>

⁽²⁾ Jean PINATE, Traité de droit pénal et de criminologie, tome (III) criminologie, Dalloz, Paris, France, Edition 1975, page 282.

⁽³⁾ Jeanne MESMIN D'ESTIENNE, «La folie selon Esquirol. Observations médicales et conceptions de l'aliénisme à Charenton entre 1825 et 1840», *Revue d'histoire du XIXe siècle* [En ligne], 40 | 2010, mis en ligne le 15 juillet 2013, consulté le 13 mars 2020. URL: <http://journals.openedition.org/rh19/3994> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/rh19.3994>

وما يمكن أن يقدمه لنا علم الإجرام هنا أنه لا بد من التفرقة بين تكوين المجرم وارتكاب الجريمة،⁽¹⁾ فيكون مصابا بالهوس الإجرامي القاتل كل من ارتكب أفعالا شنيعة. ويمكننا أن نرى هذا الهوس بالقتل في جرائم القتل التسلسلي والذي قد يرجع إلى اضطراب عاطفي أثناء مرحلة طفولة صعبة،⁽²⁾ كما يمكن أن يرجع سبب القتل إلى هوس جنسي سادي أو فقط نتيجة جنون أو إصابة بمرض الشيزوفرينيا.⁽³⁾

ويمكن معرفة هذا الشخص أو التنبؤ بأفعاله من خلال مؤشرات ثانوية كالتكوين العصبي، والحساسية المفرطة، وهو ما يميز هؤلاء الأفراد حيث أن جنوحهم يظهر جنونهم المؤقت وتختلف هذه المؤشرات حسب كل فرد بحسب الذكاء وإرادة الفرد.

إن غياب الحساسية اتجاه الجريمة المرتكبة والتي يمارسها الفرد بشكل بارد أو بشكل هادئ بدون وجود اندفاع من الجاني صعب من مهمة فهم القضاة لهذا النوع من الإجرام، لا سيما تطبيق أحكام حالة الجنون على هذا النوع من الجرائم والنطق بأحكام تدابير الأمن بدل السجن، فالأمر غير واضح هنا فالشخص قد يظهر في حالة عادية رغم أنه مصاب بهوس إجرامي للقتل.

هذا الغموض ناجم عن صعوبة تحديد حالة الشخص الذهنية نتيجة غياب أدلة ملموسة عن وجود هذا الهوس لدى المجرم، كما أن الطب لم يقدم تفسيرات واضحة حول شخصية المعتوهين والمهمشين الذين يرتكبون هذا النوع من الإجرام، نتيجة عدم الاهتمام بهذه الفئة من المجتمع وعدم القيام بتحليل شخصيتهم، هذا ما دفع إلى القول بأن الهوس الفردي القاتل أو الدافع للإجرام يمر بأزمة.⁽⁴⁾

◆ المطلب الثاني: الهوس الإجرامي الجنسي

بلغ عدد حالات الاغتصاب على المستوى الوطني 610 حالة في سنة 2015 بمعدل 1,5 حالة لكل مئة ألف نسمة، ويوضح الجدول التالي تطور هذا الإجرام في الجزائر.

(1) Loïck M VILLERBU et, Astrid HIRSCHMANN-AMBROSI, «Meurtre sur enfants: perspectives psycho-pathologiques en psycho-criminologie», *Topique*, 2011/4 (n° 117), p. 29-46. DOI: 10.3917/top.117.0029. URL: <https://www.cairn.info/revue-topique-2011-4-page-29.htm>

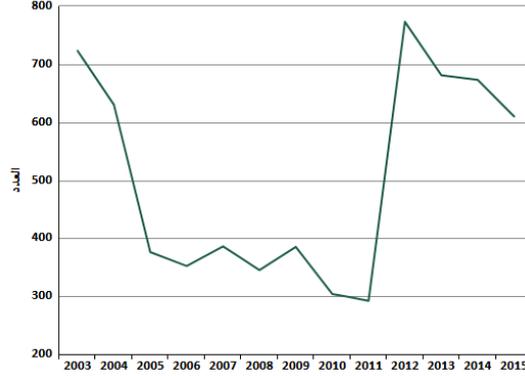
(2) Elodie BOURNOVILLE, Les Tueurs en Série Français ,Université Lille 2, France, année 2003, page 16.

(3) Elodie BOURNOVILLE, OP. Cité, page 19.

(4) Marc RENNEVILLE, OP.cité, page 186.

الجزائر عدد حالات الاغتصاب على المستوى الوطني بين سنتي 2003-2018.⁽¹⁾

التاريخ	القيمة	تغيير, %
2015	610	-9.36%
2014	673	-1.17%
2013	681	-11.90%
2012	773	164.73%
2011	292	-3.95%
2010	304	-21.04%
2009	385	11.59%
2008	345	-10.62%
2007	386	9.66%
2006	352	1.70%
2005	346	-1.42%
2004	351	-1.42%
2003	356	-



يدخل في هذا النوع من الهوس مجموعة من النماذج أشهرها الهوس الإجرامي بالأطفال والذي يعرف بالبيدوفيليا (Pédophilie) أكثر من 1800 اعتداء جنسي على البراءة في سنة 2015 وفق تقرير رابطة الدفاع عن حقوق الإنسان،⁽²⁾ والذي ينجم عن تعبير شخص عاجز عن القيام بعلاقات ناضجة من خلال الاعتداء على الأطفال، وتمت ملاحظة كذلك أن هذا النوع من الجنوح يرجع كذلك لرغبة انتقامية تتحول إلى هوس إجرامي فأغلب مرتكبي هذا النوع من الجنوح كانوا في الأصل ضحايا لهذا الإجرام.

ويبرز نوع آخر من هذا الهوس هو الهوس بامتلاك الجنس الآخر أو القيام بعلاقات غير رضائية عن طريق التهديد والخطف ما يعرف بجرائم الاغتصاب المتكررة، ويرجع سبب ارتكاب الاعتداء الجنسي على النساء إلى وجود رغبة جنسية اتجاه امرأة رافضة، وإلى وجود شخصية إجرامية لا اجتماعية للمجرم يتميز بشخصية عنيفة تتأثر بعوامل بيولوجية أو هرمونية تتحرك بوجود محفزات خارجية.⁽³⁾

(1) <https://ar.knoema.com/atlas/نسمة/100000-لكل-المستوى-القومي-الاجتصاب-على-الجزائر/معدل-الاجتصاب-على-المستوى-القومي-لكل-100000-نسمة>

(2) <http://www.assawt.net/?p=10641>

(3) Jean PROULX , Michel ST-YVES, Jean-Pierre GUAY et Marc OUMET, "Les agresseurs sexuels de femmes. Scénarios délictuels et troubles de la personnalité ". Un article publié dans l'ouvrage sous la direction de Jean PROULX, Maurice CUSSON et Marc OUMET, Les violences criminelles, chapitre 8, pp. 157-185. QUEBEC: Les Presses de l'Université Laval, 1999, 353 pp.) Sur le site:

http://classiques.uqac.ca/contemporains/ouimet_marc/agresseurs_sexuels_femmes/agresseurs_sexuels_femmes.html

ويمكن أن يصل الحد بهذا الهوس إلى الهوس بالجثث أو النيكروفيليا (Nérophilie) وغيرها.

وتتميز شخصية المجرم بالاضطراب والمزاجية والانعزال لكيلا يتم معرفة سلوكه الإجرامي، كما أنه يقوم في الغالب بتغطية جريمته من خلال قتل ضحيته، كما أن الدراسة الانثروبولوجية الجنائية تسمح بفهم هذا السلوك الشاذ الناجم عن هوس الشخص واضطراب داخلي له قد يكون مصدره عدم نضج شخصيته أو خلل هرموني ناجم عن إفراط زائد في الغدد، أو خلل دماغي ناجم عن زيادة أو نقص في المادة الدماغية، هذه الدراسات قد تسمح مستقبلا من تحييد هذا النوع من المجرمين.

ويصف LOMBROSO مجرم الاغتصاب بأن لديه أذنين كبيرتين وضمور في الجمجمة وعينين مقاربتين، ومتأثرا بأفكار DARWIN فالمجرم عنده لديه شذوذ إجرامي وراثي يشبه الرجل البدائي أين كانت هذه الأعمال الإجرامية تعد في وقت مضى أعمالا عادية وربط الإجرام كذلك بحالة الصرع التي تتاب الفرد فتجعل منه عدوانيا.⁽¹⁾

ويرى PINATEL أب علم الإجرام العيادي (Criminologie clinique) بأن نظريته حول النواة المركزية للشخصية الإجرامية يمكن استعمالها لأجل فهم الجرائم الجنسية وجرائم التحرش الجنسي للأطفال،⁽²⁾ هذه النواة تتكون من أربعة عناصر وهي الأنانية أو حب الذات والذي يحد من الشعور بالرفض الاجتماعي للفعل الإجرامي لدى الفرد، والاضطراب السلوكي للفرد والذي يقضي على الإحساس بالخوف من العقوبة لدى الفرد المجرم، والعدوانية وتسمح بالتخلص من أية عقبات تواجه الفرد عند ارتكاب الجريمة، وعدم التأثر بالمشاعر يقضي على أي إحساس بالشفقة على الضحية أو غيرها أثناء تنفيذ الجريمة.

كما يمكن تفسير بعض الجرائم الجنسية الشاذة وفق مفهوم الانحلال أو الانحطاط للطبيب MOREL،⁽³⁾ فقام بدراسة الإجرام لدى المعتوهين وفرق بين الأعراض المرضية الطبيعية والمستحدثة، وأقر أن الغذاء الطقس والقدرة على الاختلاط هي ثلاثة مسببات لانحطاط أو

(1) Jean PINATEL, Traité de droit pénal et de criminologie, tome (III) criminologie, Dalloz, Paris, France, édition 1975, page 264.

(2) Maurice CUSSON, OP. Cité, page 115.

(3) Laurent MUCCHIELLI, OP. Cité, page 08.

سمو كائن وعبر عن هذا بنظرية الانحلال او الانحطاط،⁽¹⁾ ويرى أنه يوجد جنس بشري بدائي يمكنه أن ينحل بشكل تدريجي سواء جسدياً أو ذهنياً، وفق عوامل خارجية الطقس، التربة، أو حتى الكحول والأفيون والحشيش، وكل السموم، ويتطور هذا الانحلال ببقاء هذه العوامل، فيصبح الفرد غير قادر على التأقلم، ويمكن أن يصل الانحطاط إلى درجة التعري للمجانين ولدرجة الهوس الجنائي.

♦ **المطلب الثالث: الهوس الإجرامي بالسرقة والهوس الإجرامي بالحرق والهوس بالانتحار**
على الرغم من أن عدد عمليات السطو في الجزائر حوالي 49091 حالة بمعدل 123,8 لكل مئة ألف نسمة إلا أنه لا توجد إحصائيات دقيقة تسمح لنا من تحديد أي منها تعد جرائم شاذة، وأبرز أنواع الشذوذ في هذا النوع من الإجرام هي تلك التي تعرف بالهوس بالسرقة (Cleptomanie) أو الاستحواذ القهري الذي يدفع صاحبه للسرقة حتى ولو كانت الأشياء المسروقة قليلة القيمة والتي قد ترتبط بنشوة جسدية ناجمة عن فعل أخذ شيء مملوك للغير على وجه الخفاء، ويمكن تفسير هذا الخلل بعدم نضج غريزي للطفل.⁽²⁾
ويمكن أن نجد هذا النوع من الهوس لدى فئة من المجرمين الذين يتميزون بثراء ومع ذلك يسعون لارتكاب جرائم السرقة لأشياء بسيطة هم في غنى عنها، حيث يفشل التفسير الكلاسيكي لهذا النوع من الجرائم، كما يتميز هذا النوع من الإجرام بالتكرار ما يدل على شذوذ في تكوين مرتكبه نتيجة إصابته بهوس السرقة.
أما الهوس بالحرق فينجم هذا النوع من الهوس الإجرامي عن سعادة ونشوة تنتاب الفاعل أثناء افتعال الحرائق، إذ تمتلكه فكرة اشعال الحريق دون أدنى إحساس بعواقب ذلك الفعل، هذا الاضطراب الذهني الذي يمتلك هذا المجرم يجعله يكرر جرائمه، هذا الأمر تمت ملاحظته كثيراً بالنسبة لجرائم حرائق الغابات والتي تتكرر.

(1) Marc RENNEVILLE, OP.cité, page 19.

(2) عبد اللاوي جواد وميهوب يوسف، الشذوذ الإجرامي وأنماطه، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة، المجلد 07، العدد 19، صفحة 196.

كما يمكن أن يكون التعذيب عن طريق الحرق في حالات الاختطاف ناجم عن هذا الاضطراب السلوكي، وتعد دراسة شخصية هذا الفرد وسيلة هامة لفهم سلوكه وكلما كان التشخيص مبكرا في الصغر أمكن علاج هذا النوع من الهوس.

ويمثل الهوس بالانتحار هاجسا تسعى المجتمعات الحديثة للحد منه فهلاك شخص قد يؤدي إلى خسارة داخل المجتمع، والجزائر تحصي حوالي 1100 حالة انتحار سنويا وتسعة آلاف محاولة انتحار فاشلة،⁽¹⁾ وتحتل الجزائر المرتبة 95 عالميا بمعدل 1,30 حالة لكل مئة ألف نسمة،⁽²⁾ ولا يمثل الانتحار الشخصي بحد ذاته جريمة شاذة وإنما تكرر محاولة الانتحار والرغبة في القتل عن طريق الانتحار، ففي الغالب لا يمكن معرفة رغبة الفرد في الانتحار إلا من خلال تصريحاته الكتابية أو الشفوية، ومن ثم يصعب التنبؤ بسلوك الفرد الذي يعد سويا في غالب الأمر، ورغم نجاته من محاولة انتحار أولى إلا أنه يرغب بشدة في معاودة ذلك التصرف، إذ يراوده هوس شديد بارتكاب الانتحار حتى ولو تطلب منه سلوك الجريمة لذلك. ويمكن لدراسات الهوس بالانتحار أن تساهم في فهمنا للجرائم الانتحارية التي ترتكب بدافع ديني أو سياسي كتفجير الشخص لنفسه في مكان عام، أو هجومه على مصالح أمنية بأسلحة بيضاء هذا النوع الأخير يعتبر انتحار إيثارى وفق أفكار دوركايم،⁽³⁾ كما تمكننا من البحث عن هذه الفئة الأكثر عرضة لهذا السلوك لأجل علاجها أو الحد من خطورتها.

○ المبحث الثاني: مواجهة ظاهرة الشذوذ الإجرامي في الجزائر

الغرض الأساسي لدراسة الشذوذ الإجرامي هو علاج المجرم والاهتمام بإعادة تنظيم المجتمع وفهم السلوك الشاذ لهذا المجرم، من خلال الفحص الجسدي والنفسي ووضع تشخيصات واقتراح حلول مع الأخذ بعين الاعتبار الصحة العمومية، ومساعدة السياسيين من خلال الاهتمام بالمجرم.

(1) <https://laddh-algerie.org/?p=98>

(2) عمور مصطفى، ظاهرة الانتحار في المجتمع الجزائري. مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 33 لسنة 2018، على الموقع: <https://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/handle/123456789/18205>

(3) عمور مصطفى، المرجع السابق، صفحة 1014.

♦ المطب الأول: المعالجة القانونية للشذوذ الإجرامي في الجزائر

يمثل الخطاب القانوني الجنائي أول ردة فعل على السلوك الشاذ للمجرم من خلال سياسة التجريم والعقاب واستحداث تدابير أمن لمواجهة المجرم.

• الفرع الأول: إدراج مواجهة الشذوذ الإجرامي في السياسة الجنائية الوطنية وتحديد حالة الخطورة للمجرم الشاذ

السياسة الجنائية هي ردة فعل قمعية ضد الجريمة وتدمجها مع القانون الجنائي كما تدرج فيها الوقاية من الاجرام،⁽¹⁾ والمؤسسات المعنية بمكافحة الجريمة كالشرطة والنيابة العامة والمحاكم والمؤسسات العقابية ومراكز حماية القصر، وقد يطلق عليها في الدول الأنجلوساكسونية الرقابة الاجتماعية، وقد نجد مصطلح التسيير الجنائي وهو مصطلح مأخوذ من الفكر الاقتصادي للتعبير عن السياسة الجنائية حتى وإن كان من الصعوبة بمكان تسيير عدالة جنائية كتسيير مؤسسة اقتصادية.⁽²⁾

وتعد دراسة الفرد المجرم في بيئته أداة هامة في تحديد السياسة الجنائية المتبعة في بلد معين لا سيما بالنسبة لبعض الجرائم الخطيرة كالقتل التسلسلي واختطاف الأطفال وغيرهم، ففهم شخصية المجرم يؤدي لفهم تحركاته ورصدها من خلال وضع مخططات لمواجهة أنماط مختلفة من الإجرام، لذا يجب تحديد حالة الخطورة الإجرامية للمجرم الشاذ والتي اعتمد في تحديدها تقليديا على حرية الاختيار للفرد وشكلت أساس تحديد العقوبة من قبل القانون الجنائي والقاضي فيعاقب الشخص لأنه مذنب معنويا.

ونتيجة الانتقادات الموجهة لهذا المفهوم نعلم على مفهوم حالة الخطورة التي جاء بها GAROFALO، حيث بحث عن أساس جديد للفعل الإجرامي من خلال وضع مفهوم جديد هو حالة الخطورة، وفي الحقيقة فإن هذا المفهوم تم اكتشافه من قبل BENTAM وعبر عنه بمصطلح الإنذار أو ما يعرف بالخطر الاجتماعي، وأخذ هذا المفهوم كذلك في القوانين الجنائية لتعريف بعض المجرمين المهمشين، حيث يعرف بأنهم خطيرين على أنفسهم وعلى الغير.⁽³⁾

(1) Denis SZABO, Criminologie, Les Presses de l'Université de Montréal, Canada, édition 1967, page 81.

(2) Raymond GASSIN, Criminologie, Dalloz. Paris, France, édition 1992, page 65

(3) Anwar FRANGI, L'Etat dangereux criminologique, Revue juridique de l'USEK, Liban, N° 10, année 2009, page 236, sur le site: <http://hdl.handle.net/2042/41746>

وتعرف حالة الخطورة بأنها أكبر قدر من الاحتمال لارتكاب الشخص لجريمة،⁽¹⁾ ويعتمد في تحديدها على القدرة الإجرامية وهي الشذوذ الظاهر والمضطرب للفرد وكمية الشر التي نخشاها منه إلى جانب قدرة تأقلم المجرم مع الوسط كعامل هام لتحديد مدى خطورة هذا الشخص، وقد تكون إذن إما قدرة إجرامية مرتفعة وتأقلم مقنع، وقدرة إجرامية ضعيفة وتأقلم محدود، وقدرة إجرامية مرتفعة وتأقلم محدود، وقدرة إجرامية ضعيفة وتأقلم مقنع.

وحالة الخطورة قد تكون إما مزمنة وتعرف بأنها الحالة النفسية والمعنوية لكون شخص غير اجتماعي ومصطلح الحالة معناه هنا نوع من الثبات الدائم للشخص، فبعض المجرمين لديهم شخصية تبرز عليها ملامح حالة الخطورة هذه ومنها فئة المجرم الشاذ، وحالة خطورة مؤقتة وهي تميز أغلب المجرمين حيث يمر الشخص بأزمة قبل ارتكاب الجريمة من خلال ثلاثة مراحل وهي مرحلة مختلطة، ومرحلة بداية تشكيل الأزمة، ومرحلة الأزمة الخالصة.⁽²⁾

ويمكن تحديد حالة الخطورة عبر مجموعة من المؤشرات القانونية والتي تتمثل في طبيعة وعدد الجرائم المرتكبة من الشخص والتي نريد تقييم حالة الخطورة فيها، أو من خلال المؤشرات البيونفسية والاجتماعية، ويمكن تحديد هذه المؤشرات بوسائل تقنية مختلفة كالتحقيقات العائلية والاجتماعية والفحص الكاشف والبحوث الإلكترونية الذهنية.⁽³⁾

• الفرع الثاني: التجريم والعقاب وتدابير الأمن في مواجهة الإجرام الشاذ بالجزائر

قام المشرع الجزائري من مواجهة الكثير من التصرفات التي تعتبر شذوذا إجراميا سواء من خلال التشديد في وصف الجريمة تارة، أو تشديد العقوبات أو وضع تدابير أمن، حيث نصت المادة 04 من قانون العقوبات على أن جزاء الجرائم تطبيق العقوبات والوقاية منها اتخاذ تدابير أمن تدابير الأمن،⁽⁴⁾ واعتمد المشرع الجزائري على التقسيم الثلاثي للجرائم جنائيات

(1) Rym RIDHA et, Fakhreddine HAFFANI, L' ETAT DANGEREUX, sur le site:

<http://haffani.blogspot.com/2005/09/1-etat-dangereux.htm>

(2) «Risques et dangers», Bulletin de psychologie, 2006/1 (Numéro 481), p. 47-55. DOI: 10.3917/bupsy.481.0047. URL: <https://www.cairn.info/revue-bulletin-de-psychologie-2006-1-page-47.htm>

(3) Denis SZABO, OP.cité. Page 46.

(4) قانون العقوبات الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 165/66 المؤرخ في 29/06/1966 المعدل والمتمم، للاطلاع

عليه: <https://www.joradp.dz/har/codes.htm>

وجنح ومخالفات وتتنوع العقوبات طبقا للمادة 05 من قانون العقوبات في الجنايات ما بين الإعدام والسجن والغرامة وفي الجنح بين الحبس لمدة تفوق شهرين والغرامة وفي المخالفات الحبس والغرامة، أما تدابير الأمن فوفقا للمادة 19 من قانون العقوبات هي الحجز القضائي في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية، والوضع القضائي في مؤسسة علاجية ومن أبرز الأمثلة على تجريم ومعاقبة الشذوذ الإجرامي لدينا:

- جرائم القتل والتخريب المخلة بأمن الدولة: ونصت عليها المواد 84 من قانون العقوبات وتصل العقوبة المقررة لها إلى الإعدام.
- الجرائم الإرهابية: نصت عليها المواد 87 مكرر من قانون العقوبات وتصل العقوبة فيها من الحبس إلى الإعدام.
- جرائم المساس بحرمة الموتى: المادتين 153 و154 من قانون العقوبات والعقوبة المقررة هي الحبس.
- جرائم القتل العمدي أو قتل الأصول أو التسميم أو قتل الأم لولدها حديث العهد بالولادة والعقوبة هي الإعدام أو السجن المؤقت. طبقا للمادة 261 من قانون العقوبات.
- جرائم القتل بالتعذيب أو باستعمال طرق وحشية طبقا للمادة 262 من قانون العقوبات والعقوبة الإعدام أو السجن.
- جرائم اختطاف الأشخاص بدون مبرر قانوني أو اختطاف مع التعذيب فالعقوبة هي السجن طبقا للمادتين 291 و292 من قانون العقوبات
- جرائم الاتجار بالأعضاء فالعقوبة هي الحبس أو السجن طبقا للمواد 303 مكرر 16 وما يليها من قانون العقوبات
- جرائم الشذوذ الجنسي والعقوبة هي الحبس طبقا للمادة 333 من قانون العقوبات
- جرائم العنف الجنسي ضد قاصر والعقوبة هي السجن طبقا للمادة 335 من قانون العقوبات
- جرائم الفواحش فالعقوبة إما السجن أو الحبس طبقا للمادة 337 من قانون العقوبات

♦ المطلب الثاني: المعالجة الاجتماعية والنفسية والطبية لظاهرة الشذوذ الإجرامي

إن النظرة الطبية للجريمة الشاذة ساهمت بشكل وافر في تغيير نظرتنا للجريمة، فهي تصرف غير مقبول ونوع من المرض الذي يصيب الفرد فينعكس على المجتمع، وعلى خلاف فكرة خرق العقد الاجتماعي والرغبة والعقوبة لدى النفعيين نعرف الجريمة الشاذة بأنها تصرف نابع عن فيزيولوجية أو نفسية خاصة بالفرد يحدث أثرا كبيرا داخل المجتمع، مما يتطلب العمل على علاج الجانح وذلك من خلال وضع سياسة مزدوجة للوقاية من جهة ولعلاج المجرم من جهة أخرى ومن أبرز هذه الوسائل المستعملة أو التي استعملت نجد:

- العلاج الذهني للمجرمين (عمل وتربية في السجون، التربية الأخلاقية، والإفراج المشروط...)

- الوقاية بالنظافة الاجتماعية أو الصحة الاجتماعية: جسدية وذهنية لمنع انتشار جريمة شاذة معينة.

- العلاج الجسدي للمجرم الشاذ

- الوقاية من الإجرام عن طريق نشر الوعي الطبي والتعقيم. (1)

- القضاء على الأفراد الخطرين والذين لا يمكن علاجهم أو تأهيلهم عن طريق النفي أو عقوبة الإعدام هذه الفكرة محل خلاف يرجع أصله إلى الجدل القائم حول هذا النوع من العقوبات. (2)

وساهمت النظرة الطبية في تنمية علم الإجرام من خلال أبحاث تجريبية، كما أن فكرة القضاء على الجريمة لا تزال بارزة في القصص والأفلام لا سيما أفكار استئصال الجريمة طبيا، (3) والمجرم ليس في الأصل شخص لا يمكن علاجه أساسا أي شيء في ذاته (BORDIER) ولكن يمكن للتربية الجيدة تحسين سلوك الطفل الذي ولد مع مجموعة من العلامات المحزنة، والتشخيص بصفة مسبقة وتربية متخصصة يمكن علاج المجرم إلى جانب القيام بعلاج أخلاقي، كتطبيق الالتزامات الخلقية وفي الحالات الحادة يتم العلاج طبيا وذلك فيما يخص الجسد أكثر من الذهن.

(1) رمسيس بهنام، الكفاح ضد الإجرام، منشأة المعارف، مصر، طبعة 1996، صفحة 23.

(2) Laurent MUCCHIELLI, OP. Cité, page 20.

(3) Marc RENNEVILLE, OP.cité, page 207.

إلا أنه لنجاح المواجهة النفسية والاجتماعية والطبية لا بد من معاينة المجرم الشاذ قبل الحكم وبعد الحكم، وفي المؤسسة العقابية كما هو سائد في الدول الأنجلوساكسونية ومعاينة الإجراءات الجزائية، هذه المعاينة الشخصية للمجرم لا يجب أن ننظر إليها على أنها تقنيات بديلة ولكن على أنها متكاملة فيها بينها.

ويعتمد الأستاذ PINATEL على طرق أساسية كالفحص الطبي والبحث الاجتماعي، والفحص النفسي، وطرق تكميلية كمعاينة المجرم مباشرة والقيام ببعض الفحوصات عن طريق قياس النبض الكهربائي، والطرق العلمية قد تطرح إشكاليات حول احترام خصوصية الشخص كبعض الفحوص الكاشفة لهذا الشخص.

ولتقييم حالة المجرم أثناء معاينته عن طريق التشخيص والتنبؤ أهمية كبيرة في مواجهة الإجرام الشاذ من خلال جمع عدة معطيات تسمح للعيادي باتخاذ الحكم المناسب لحالة المجرم الذي تم فحصه وهو حكم مقرر أو كاشف، ويتضمن تشخيصا لحالة الخطورة لأجل تحديد الإجراء الواجب اتخاذه في حق المجرم وذلك حسب طبيعة ودرجة حالة الخطورة ومدى عدم نضج شخصية المجرم والعتبة الإجرامية، ويتضمن القدرة الجنائية وعدم التأقلم الاجتماعي للوصول إلى وضع فرضيات حول حالة المجرم واتخاذ الإجراءات لمنعه من العود لارتكاب الجرائم، لتأتي بعدها مرحلة التوقع أو التنبؤ وذلك باستعمال طرق علمية لأجل اختيار إجراء الوقاية من حالة العود وهو أمر معقد، ولأجل خفض نسبة الخطأ في التوقع ووضع الباحثون مخططات وجداول تعرف بجداول التوقع أشهرها جداول الزوجين GLUECK و قاموا بوضع مجموعة من التوقعات تسمح بالتنبؤ بتصرف المجرم.⁽¹⁾

كما يجب تقييم العلاج الذي يوجه للمجرم من أجل تحديد مدى فعاليته لإدماجه داخل المجتمع، فعدم تقييم هذا العلاج أدى إلى ما يعرف بالأثر الصفر في معالجة المجرم، كما أن تطور علاج المجرم والذي غالبا ما اصطدم في الواقع باختلاف الرؤى لعلماء الإجرام يؤكد على أنه لا يزال هناك عمل كبير ينتظر الباحثين لأجل علاج المجرم الشاذ والتقليل من ارتكاب الجريمة من خلال فهم أعمق لشخصيته.

⁽¹⁾ Rolf LOEBER et, Magda STOUTHAMER-LOEBER, La prédiction de la délinquance, revue Criminologie, Volume 19, numéro 02, année 1986, page 64, DOI: <https://doi.org/10.7202/017240ar>

○ خاتمة:

- ليس من السهل فهم توجه المجرم لارتكاب جرائم شنيعة كالقتل بالتعذيب أو محاولة الانتحار المتكرر أو الجرائم الجنسية المرتبطة بالعنف وغيرها من السلوك الإجرامي من خلال تطبيق القواعد العامة للجريمة، فالدراسات الحديثة بينت ضرورة الاهتمام بشخص المجرم لأجل الوقاية الجنائية ومنع حالة العود، وإن أمكن علاج المجرم الشاذ، ومن أبرز نتائج هذا البحث:
- ضرورة القيام بأبحاث علمية في الجزائر لفهم هذا النوع من السلوك الإجرامي بعيدا عن أية أحكام مسبقة، لا سيما تلك المتعلقة بالفكر الكلاسيكي.
 - لا يمكن تفسير الكثير من الجرائم التي تعرف بالجرائم الشاذة كجرائم القتل الشنيع وأكل الجثث ومناكحتها أو إضرار النار بلا سبب سوى بدافع النشوة وغيرها كثير على أنها رغبة محضة في مخالفة القانون أو تحقيق مآرب شخصية.
 - التنسيق بين مختلف الباحثين في هذا المجال بين الأطباء ورجال القانون والسياسة والباحثين في علم النفس وعلم الاجتماع وأساتذة علم الإجرام.
 - الاعتماد في فهم السلوك الشاذ للمجرم على رؤية متعددة التوجهات فالدراسات أثبتت ضعف النتائج المتحصل في تفسير الإجرام الشاذ وفق توجه واحد.
 - التشخيص الجيد لحالة الخطورة للمجرم الشاذ يسمح بالوقاية من حالة العود، فالهدف من الدراسات الجنائية ليس القضاء على الجريمة وإنما التقليل من إعادة ارتكابها.
 - الأبحاث المستقبلية والتطور التكنولوجي حول الدماغ من شأنها أن تفسر لنا الكثير من التصرفات التي يرتكبها بعض المجرمين الخطيرين.

التحكيم لدى السلطات الإدارية المستقلة - دراسة تحليلية مقارنة -

سامية قلوثة (1)

موضوع الدراسة متعلق بممارسة حلّ الخلافات من طرف السلطات الإدارية المستقلة، فما مدى فعالية حلّ الخلافات (التحكيم) مقارنة بدول الاتحاد الأوروبي؟ وما مدى ارتباطه بالتنظيم؟ وهل هو نمط لتغيير طريقة الدولة في التسيير؟ وما مدى خدمة التحكيم للمرفق العام؟ تظهر أهمية الدراسة في رقابة القوى العمومية من خلال التحكيم، ويختلف عن ذلك المتعارف عليه التقليدي أو الكلاسيكي المرتكز على القواعد العامة لأنه أكثر نجاعة بما أنه موكل لخبراء مختصين ملمين بالخصوصيات التقنية للنزاع المطروح حيث أنّ فعاليته متعلقة بدرجة استقلاليتهم، وإلى أنّ النظام السياسي السائد، فالسلطات الإدارية المستقلة المنشأة في نظام كفرنسا التي تسوده الشفافية والديمقراطية الليبرالية، ليست كذلك المنشأة بالجزائر؛ ولذا التحكيم يتبع إجراءات بعدم اتفاق الأطراف عليه والزامية توجيه العقد، والقيام بإجراءات تحفظية للحفاظ على الحقوق والحريات والطعن ضدّ اللامشروعية في القضاء الإداري.

تهدف الدراسة إلى إبراز إستراتيجية الدولة الحديثة في الحوكمة في الجزائر مقارنة بالدول الأوروبية وفقاً للخطة الآتية: مفهوم التحكيم، خصائصه، طبيعته، شروطه، الأثر المترتب عليه، القرارات الصادرة عنه، الجهة المختصة للرقابة عليها (مبحث تمهيدي)، ثم توضيح مدى ارتباط التحكيم بالتنظيم لتحويل العلاقة العقدية إلى قرار تحكيمي (المبحث الأول)، وذكر تكييف التحكيم وضمائنه الإجرائية (المبحث الثاني).

(1) طالبة دكتوراه السنة الثالثة أستاذة في إطار التعاقد بجامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - المخبر: الحقوق والحريات الإشراف: أ.د. مراد بدران.

○ المبحث التمهيدي: مفهوم التّحكيم في السّطات الادارية المستقلّة

تعتبر السّطات الإدارية المستقلة نوعا جديدا مكون لجهاز الدولة في الجزائر مع بداية التسعينات اعتمادا على التجربة الفرنسية بإنشاء المجلس الأعلى للإعلام بموجب قانون 90-07، ومجلس النّقد والقرض في القانون 90-10، واللجنة المصرفية، وغيرها إذ بلغت 14 سلطة ضبط في الجزائر في حين أن عددها أكثر في فرنسا. بداية، نتطرّق إلى مفهوم السّطات الإدارية المستقلة (المطلب الأول) ثمّ إلى طبيعة التّحكيم الممارس من قبلها (المطلب الثاني).

◆ المطلب الأوّل: مفهوم السّطات الإدارية المستقلة

بما أنّ السّطات الإدارية المستقلة مفهوم جديد في القانون الإداري إذ أنّ التّعامل معها لا يزال فتيا، خاصّة في الدّول العربية مقارنة بالدّول الأوروبية؛ ولذا على الأقلّ، يجب تعريف السّطات الإدارية المستقلة (الفرع الأوّل)، ثمّ ذكر اختصاصاتها (الفرع الثّاني).

• الفرع الأوّل: تعريف السّطات الإدارية المستقلّة

تعرف السّطات الإدارية المستقلّة من خلال عناصر تكوينها وهي:

1. السّطة: أي القدرة والسيطرة على وضع ما، اعترف به المشرّع الجزائري لبعض السّطات خلافا للمشرع الفرنسي إلي منحها كلّ السّطات.
2. الطّابع الإداري: وفقا لمعيارين:
 - المعيار المادّي المنتسب لأعمالها الإدارية وقراراتها الواجبة التّنفيذ
 - المعيار العضوي الذي يخضع هذه القرارات للقضاء الإداري
3. المستقلّة: لاتخضع لرقابة وصائية أو إدارية سلاميّة.

• الفرع الثّاني: اختصاصات السّطات الإدارية المستقلّة

1. الخصائص: تتمتع بالاستقلالية عن الحكومة وأغلبها بالشّخصية المعنوية التي تمنحها الاستقلال الإداري والمالي وكذا حقّ التّقاضي.

2. الاختصاصات: تقوم بالعديد من الاختصاصات، منها:

- سلطة التنظيم
- سلطة المراقبة
- سلطة التحقيق
- سلطة العقب
- سلطة التحكيم، وغيرها⁽¹⁾

♦ المطلب الثاني: طبيعة التحكيم في السلطات الإدارية المستقلة

التحكيم هو حل للخلافات يتباين ويتفق فيما بين سلطات الضبط والمتعاملين الإقتصاديين عن المتعارف عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لهذا يجب التطرق إلى نماذج التحكيم في هاته السلطات (الفرع الأول)، ثم إلى اختلافه عن التحكيم الكلاسيكي (الفرع الثاني).

• الفرع الأول: نماذج عن التحكيم:

نورد بعض أنواع السلطات الإدارية المستقلة للممارسة للتحكيم في الجزائر، وهي كالاتي:

1. لجنة عمليات البورصة ومراقبتها:

يعتمد التحكيم على حسن سير السوق وصحة المعلومات في مجال تداول البورصة إذ تضع السلطة قواعد عامة وتسهر على احترامها ومعاقبة مخالفيها، وتحلّ الخلافات بأعمال الاختصاص التحكيمي بواسطة الغرفة التحكيمية والتأديبية المنشأة داخلها.

2. سلطة ضبط البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية:

تحلّ بعض النزاعات التي تنشأ بين المتعاملين الإقتصاديين أو مع مستعملي الشبكات؛ أنشأت بموجب قانون رقم 2000-03، يمارس مجلس السلطة الاختصاص التحكيمي.

(1) - بوجملين، وليد. سلطات الضبط الإقتصادي في القانون الجزائري. دار البيضاء، الجزائر: دار بلقيس للنشر، 2012، ص 10.

- قلوثة، سامية. مدى استقلالية السلطات الإدارية المستقلة- دراسة مقارنة. تلمسان: جامعة أبي بكر بلقايد، 2016-2017، ص 61.

3. لجنة ضبط الكهرباء والغاز:

أنشأت بموجب قانون 2002 - 01، وتضمّنت غرفة تتولّى الفصل في الخلافات بين المتعاملين الاقتصاديين، فيعتبر الاختصاص التّحكيمي وسيلة بديلة لحلّ النزاعات⁽¹⁾ ويقصد به اللجوء إلى طرف ثالث محايد لتقريب وجهات النّظر وإبداء الآراء الاستشارية تجاهه، وسواءا كانت العلاقة بين المتعاملين الاقتصاديين عقديّة أم غير ذلك⁽²⁾.

ومن خلال ما سبق وبما أنّ موضوع أطراف النّزاع تقني، فيجب أن يعرض على مختصّ غير القاضي، على اعتبار السّلطة الإدارية المستقلة أكثر اختصاص.

وقد يكون اختصاص القاضي مكمل لاختصاص السّلطة الإدارية المستقلة إذ يتبيّن ذلك من خلال النّص التشريعي حيث أنّ سلطة الضّبط تتمتع باختصاص محدد، وأنّ القاضي صاحب الاختصاص الوحيد في المنازعات العقدية. ويتبيّن ذلك من خلال ما تقوم به الغرفة التّأديبية والتّحكيمية لدى تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها عند تفسيرها للقوانين؛ وأما بخصوص النّزاعات الناشئة عند تطبيق القوانين فتظلّ من الاختصاص القضائي؛ أما غرفة التّحكيم لدى لجنة ضبط الكهرباء والغاز، فإنّها تفصل في الخلافات التي تنشأ بين المتعاملين الاقتصاديين ما عدا الإلتزامات التّعاقدية⁽³⁾.

وأما النّزاعات الناشئة عن علاقة التنافسية بين اختصاص سلطة الضّبط واختصاص القاضي، فإنّ الأطراف المتنازعة تظلّ حرة في عرض نزاعها إمّا على سلطة الضّبط أو القاضي، باستثناء النّزاعات المتعلقة بالتّوصيل البيني التي يؤول اختصاص النّظر فيها وجوبا إلى سلطة ضبط البريد والاتّصالات السّلكية واللاسلكية، إذ أنّ لكلّ من القاضي وسلطة الضّبط الحق في النّظر إلى النّزاع إلّا أنّه في حالة التّوصيل البيني كما سبق ذكره، تخضع وجوبا لتحكيم سلطة ضبط البريد والاتّصالات السّلكية واللاسلكية وهو الاختصاص الوحيد الذي تنفرد به السّلطة دون القاضي.

(1) ج.ر.ج.ج. قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09. الجزائر: الحكومة الزائرية، 2008.

(2) الراي، جمال. 15 أفريل 2008. 01 أكتوبر 2019. <http://www.Arablaw.Net>، ص 123.

(3) ج.ر.ج.ج.، المادّة 133 من القانون 2002-01 المتعلّق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، 2002.

• الفرع الثاني: تباين الاختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة والتقليدي التحكيم الكلاسيكي اتفاق بين الطرفين المتنازعين سابق أو لاحق عليه، حيث يعرض النزاع على محكم يتم اختياره بالتوافق فيصبح بديلاً عن القاضي لفصل النزاع⁽¹⁾. يتفق معه التحكيم في السلطات الإدارية المستقلة إذ إنه يحل النزاع من طرف آخر، إلا أنهما يختلفان من عدة جوانب:

من حيث التعاقد، وبخصوص اتفاقية التحكيم، فالتحكيم الكلاسيكي ينشأ بإرادة الأطراف المحتكمين بواسطة مشاركة التحكيم أو شرط التحكيم.

المشاركة اتفاق يقبل بموجبه الأطراف عرض نزاع سبق نشوئه على التحكيم حسب المادة 1011 من القانون رقم 08-09، وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما شرط التحكيم فهو اتفاق يلتزم الأطراف بعرض النزاعات التي قد تنشأ عند تنفيذ العقد حسب المادة 1007 من نفس القانون السابق، لم يستوجب المشرع وجود اتفاق بين الأطراف في لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها أو في سلطة ضبط البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية أو لجنة ضبط الكهرباء والغاز فلا يوجد عنصر تراضي أطراف النزاع.

تعيين المحكمين:

التحكيم التقليدي يتميز باستقلالية طرفي النزاع بتعيينهم المحكم أو أعضاء الهيئة التحكيمية حسب المادة 1041 من القانون رقم 08-09، أما أعضاء الهيئة التحكيمية للسلطات الإدارية المستقلة فيتم تعيين المحكمين من السلطة التنفيذية وأن التحكيم التقليدي عرضي ينتهي بمجرد الفصل في النزاع، أما في سلطات الضبط تتولاه أجهزة دائمة.

تنفيذ القرار التحكيمي:

لا يمكن تنفيذ القرار في التحكيم الكلاسيكي إلا بعد مهره بالصيغة التنفيذية وأن القرار التحكيمي في سلطة الضبط يتمتع بقوة ذاتية. إن التحكيم لا يلزمه حدود بالمقابل في سلطات الضبط قيده المشرع بشروط متعلقة بموضوع النزاع وبإطرافه في كل سلطة إدارية مستقلة، وفق إجراءات مثل الإخطار والأشخاص

⁽¹⁾ فؤاد، عبد الباسط محمد. مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية. الاسكندرية: دار الجامعية الجديدة للنشر، 2006، ص 07.

المؤهلين بإخطار سلطة الضبط، التحقيق والبتّ في القضية، و يتشارك مع التحكيم الكلاسيكي في احترام حقوق الدفاع والحقّ في الاطلاع على الملف وإحضار الشهود، واحترام السرية والأجال المعقولة في النزاع وكلاهما يخضعان إلى الرقابة القضائية أي إلى القاضي الإداري وأنه يمكن الطعن في هذه القرارات.

○ المبحث الأول: علاقة التحكيم بالتنظيم

إنّ حلّ الخلافات في السلطات الإدارية المستقلة يساهم في تنظيم السوق، أي تحقيق التوازن بين المصالح المتضاربة للمتعاملين الاقتصاديين والسلطة الإدارية المستقلة، يهدف إلى عدم احتكار السوق للإيجاد منافسة فعّالة، كما أنّ حلّ خلاف ينجرّ عنه ابتكار قاعدة جديدة تواكب التطورات في السوق، ولذا فإنّ القرار التحكيمي ينظم مجرياته، لأنه يدرس الخلافات حالة بحالة (المطلب الأول)، وأنّ حلّ الخلافات ليس بتحكيم بل ممارسة السلطات الإدارية المستقلة لسلطتها الأصلية ألا وهي التنظيم (المطلب الثاني).

◆ المطلب الأول: مدى ارتباط التحكيم بالتنظيم

إنّ القرارات المتعلقة بحلّ الخلافات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة ملزمة بالتنفيذ لأطراف النزاع وعلى الغير، وأنها تراعى المصلحة العامّة؛ ولذا، فإنّ السلطة التقديرية للسلطات الإدارية المستقلة مرتبطة بتحقيق حلّ هذه العناصر التي يقوم على أساسها القرار التحكيمي بالتنظيم، والهدف منه ضبط السوق؛ وعليه، يتميّز القرار التحكيمي بخصائص تؤهله للقيام بالتنظيم بواسطة التحكيم، لأنّ العقود المبرمة من طرف المتعاملين الاقتصاديين أو هؤلاء والسلطة الإدارية قد لا تتضمّن بنودا بواسطتها نضمن التنظيم في المستقبل؛ ففي الجزائر وفرنسا وكمثال في قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية وعندما يتعلّق الأمر بالاتصالات في العقود المبرمة بين مسير شبكة اتصالات الكهرباء، أو الهاتف مع المتعاملين الذين يشتركون ويبيعون يؤدّي حتما إلى النزاع الذي يتطلّب التحكيم⁽¹⁾.

(1) ROCHE, Marie Anne FRISON. le droit de la régulation. chrono, 2001, p. 21.

إنّ العلاقة الموجودة بين التّحكيم والتنّظيم تفسّر طريقة التّعامل بين المتعاملين الاقتصاديين، الذي ينقل العلاقة التّعاقدية إلى قرار تحكيم اثر حلّ الخلافات بينهم؛ أي تحقيق تنظيم، إذ أنّ إجراءات التّعاقد تتمّ برغبة أطراف العقد إلى أن تنتهي بقرار تحكيمي ليس للإرادة الأطراف محلّ فيه، محرّرا من طرف محكّمين خواص داخل السّلطات الإدارية المستقلّة يوجّهون العقد، أمّا في القديم فقد كان التّحكيم مستندا إلى منظمّين تابعين للسّلطات الإدارية المستقلّة مثلا في قطاع الإتّصالات السّلكية واللاسلكية أو في قطاع المناجم.

إنّ مجلس النّقض الفرنسي منح سلطة التّحكيم للهيئة المكلفة بالاتّصالات السّلكية واللاسلكية خاصّة فيما يتعلّق بالتّسعيرة والخدمات المتعلّقة بالمنافسة في السّوق لأنّ القانون الإداري وقانون التّنظيم في فرنسا غير كاف لحلّ كلّ النزاعات الناشئة والنّاتجة عن غزارة النّشاطات المتنوّعة؛ وعليه، أصبح يؤخذ بالتّحكيم ومحاولة نشر قراراته ليطبّق على باقي الحالات المماثلة، سيّما في المجالات الاقتصادية الذي يستعصى عليها تحقيق المعادلة بين المنافسة من جهة، والحفاظ على النّظام العام من جهة أخرى.

إنّ انعقاد الاختصاص التّحكيمي قد تحدّده النّصوص القانونية في السّلطات، ففي فرنسا وفي قطاع الاتصالات، تتدخّل سلطات الضّبط من أجل ضمان النّفاذ إلى السّوق لاستخدام شبكة الاتصالات بشكل طبيعي والرّبط بين الشّبكات، وتحديد السّعر فيما بين المتعاملين الاقتصاديين، وتحدّده القوانين في كلّ السّلطات الإدارية المستقلّة؛ وفي الجزائر أيضا بخصوص لجنة تنظيم عمليات البورصة، وسلطة الاتّصالات السّلكية واللاسلكية وفي سلطة البريد والمواصلات استثناء، لأنّ التّحكيم لا يوجد إلّا في هذه السّلطات ثلاثة، ويتبيّن أنّ حلّ الخلاف منشيء لنظرية التّنظيم (الفرع الأول)؛ ليصبح في الأخير، منتج لقرار يعتبر نصّ قانوني تنظيمي (الفرع الثاني)؛ وفي هذا المجال، نتساءل إذا كان التّحكيم لا يمثّل إلا نوعا من التّنظيم؟

• الفرع الأول: التّحكيم نظرية للتّنظيم

المقصود بالتّنظيم هو إيجاد قواعد وقرارات، تضمن تطوير القطاع المراد تنظيمه⁽¹⁾، فيضع التحكيم حدّا للخلاف بين المتعاملين الاقتصاديين، وينظّم القطاع في آن واحد، ممّا

⁽¹⁾ ROCHE, M.A.F. le droit de la regulation, o.p. Cit, p. 21.

يجعله في تطوّر مستمر؛ ففي فرنسا وفي القطاع البنكي نجد أن النزاع ما بين المدينين لا يحلّ إلا عن طريق التّحكيم ممّا يؤدّي إلى ديمومة استقرار القطاع البنكي؛ وعليه، نلاحظ العلاقة الموجودة بين التّظيم والتّحكيم، فهو الوسيلة المتميّزة للمتعاملين الاقتصاديين لحلّ نزاعاتهم بصفة عاجلة، وضامنا للتّوازن في العلاقات العقدية، إذ أنّ في بعض القطاعات يوجد متعامل اقتصادي مسيطر على السوق مثلا في سلطة الكهرباء؛ يقتضي التّظيم⁽¹⁾ إدخال متعاملين آخرين في السّوق يمكنهم إحداث توازن القوى فيه وليس سيطرة أحدهم على السّوق وهو ما يفسر أن التّظيم ليس له طابع تقني فقط، وإنّما ذو طابع قانوني منشئ لقواعد قانونية.

وعليه، فإنّ قرارات التّحكيم في هذا المجال تعود بالفائدة على تنظيم القطاع والمتعاملين الاقتصاديين معا⁽²⁾؛ إذ لا يستطيع التّحكيم أن يطبّق عقوبات على المنافسات غير المشروعة، إنّما يمكنه إبطال بند غير مشروع في العقد؛ وبالتالي، فإنّ التّعاقد في مجال المنافسة يظلّ خاضعا للتّحكيم لأنّه ضامنا لاستقرار النّظام العام، ممّا نتج عنه سوق أوروبية موحّدة، ولقد اعترف الإتحاد الأوروبي بالتّحكيم كوسيلة لحلّ النزاعات ولمراقبة المنافسات غير المشروعة، ومن أجل التّقليل من تسلّط بعض المتعاملين الاقتصاديين⁽³⁾.

إنّ التّظيم يحرس على ضبط القطاع في مجالات عديدة، منها إمكانية التّفاذ إلى السّوق، بالإضافة إلى أنّ القرارات الصّادرة عن التّحكيم تخضع للطّعن لضمان فعاليته أمام محكمة النقض بباريس في مجال العقود⁽⁴⁾، وفي الجزائر تخضع للطّعن أمام القضاء الإداري، كما يمكن للقانون العام أن يرخص للسلطات الإدارية المستقلة الاستعانة بالتّحكيم لذلك ينبغي ألاّ يناقض القانون العام الحامي لحقوق المواطنين عموما؛ ومنه، فإنّ المعادلة الموجودة بين

(1) - CHEVALIER, jacues. «reflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes» J.C.P. la semaine juridique 1986, p. 28.

- CHEVALIER, Jacques. «les enjeux de la déréglementation» R.D.P 1987, p. 27.

- CHEVALIER, Jacques. «régulation et polycentrisme dans l'administration française.» la revue administrative 1998, p. 29.

- CHAVALIER, Jacques. "le service public en six question." R.T.O.F. 2011, p. 26.

(2) Canto - Sperber, M. «philosophie morale et éthique professionnelle » secrets professionnnels autrement 1999, pp. 103-117.

(3) BAZEX, Michel. "entre concurrence et régulation , la théorie des facilités essentielles" revue concurrence-consommation 2001, p. 01.

(4) rapport du conseil d'état. «régler autrement les conflits conciliation, transaction, arbitrage, en matière administrative.» conseil d'état , 1993, p.01.

التحكيم والتنظيم هي أنه وسيلة تقنية بداخل القطاعات الصّابطة وهو مجال يقع بين القطاع العام والخاص من أجل الدّفاع عن المستثمرين الأجنب.

إنّ التحكيم يوجد بين فضاء القانون الخاص والعام ضامن للتّعهدات المتّخذة من المؤسسات الحاصلين على رخص من اللّجنة الأوروبية يهدف إلى الحفاظ على مصالحهم بالموازاة مع تحقيق الصّالح العام؛ ومنه، فالتحكيم وجد من أجل إلزام الدّول الدّفاع على مصالح المستثمرين الأجنب، قصد استقرار استثماراتهم؛ ولهذا، فإن الاستثمار مزيج يوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وبالأخصّ مصالح المستثمرين، أمّا في بريطانيا، فإن القانون الخاص هو الذي يحلّ الخلافات في السّلطة الإدارية المستقلة⁽¹⁾ وقد اتضح أنه يعيق المنافسة⁽²⁾.

كما أنّ قانون التنظيم في الجزائر مزيج بين القانون العام والخاص أي بين المتعاملين في القطاع العام والمتعاملين الخواص المكلفين بتسيير القطاع العام، وأنه يتميّز عن القضاء في أنّه طريقة مرنة لحلّ النزاعات، وتسيير مصالح الدولة عن طريق العقود؛ ولذا، بالإضافة إلى أنّه أصبح طريقة عادية في حلّ الاختلال ذو الطابع التّعاقدي، فهو يمثّل تنظيماً للعقد في حدّ ذاته. فإذا كانت العقود تحتلّ المرتبة الأولى في القطاعات الصّابطة مثل القطاع الكلاسيكي فإنّه يمثّل سياسة ناجعة للتنظيم، لأنّ تنظيم النّفاذ إلى شبكات التّوصيل هو التنظيم بذاته، ومنه نضمن تنظيم القطاع الاقتصادي بإعطاء فرص عادلة لكل المتعاملين الاقتصاديين للدّخول إلى السّوق وتحقيق المنافسة⁽³⁾.

كما أنّه في القطاعات المنظّمة نجد أنّ طالبي خدمات هذا القطاع قليلون وأيضاً عارضين الخدمة مثل قطاع البنك والهاتف والطّاقة، إذن ما العمل في حالة نزاع بينهم؟ إلاّ التحكيم.

• الفرع الثاني: التحكيم قانون تنظيمي

إنّ العلاقة بين التحكيم والقوانين الأخرى مرتكزة على تحقيق المنافسة المشروعة بواسطة تنظيم القطاعات الاقتصادية وخصوصاً في قطاعات الإنتاج الصّناعي؛ وكذا، المناجم وقطاع

(1) PERROUD, Thomas. la fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume Uni. université de Paris 1 Panthéon Sorbonne. Paris, 2011.

(2) ROCHE, Marie Anne FRISON. «actualité du droit de la régulation.» revue Lamy de la concurrence 2007.

(3) ALLAOUI, Farida. "le caractère décoratif des autorités de régulation en Algérie." Bedjaia: université Aberrahmane MIRA, 2007, p.01.

السّمي البصري والاتّصالات، أي مهما كان نوع القطاع المراد تنظيمه، فإنّه يجب أن يتوافق مع السياسة العامّة للدولة، ولهذا فإنّ التّنظيم⁽¹⁾ ليس له طبيعة تقنية محضة، بل يتلاءم وسياسة الدولة، ولهذا السّبب فإنّه قريب من النّظام العام، إذ أنّه موجود ما بين القانون العام والمنافسة⁽²⁾ وعليه تظهر فعالية التحكيم في أنه يراعي هاذين القانونين، بتحقيق قانون تنظيمي فعّال، يوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

إنّ قانون المنافسة لا يتلاءم ومعالجة السلوكيات الخاطئة أو فرض سلوكيات معيّنة من أجل فتح القطاع وإنّما يعالج فقط السلوكيات المتعلقة بالمنافسة وليس له أن يفرض التزامات ايجابية للمتعاملين في السّوق ولا يمكنه أن يقدر الجودة أو التزامات المرفق العام⁽³⁾.

إنّ قانون المنافسة لا يستطيع وحده التّكفل بالتزامات لأنه غير مرن، أمّا في إنجلترا فيستعان به للمعاقبة على المخالفات ضد المنافسة ويشارك في وضع السياسة الشّاملة، إلّا أنّه لا يمكنه من تحقيق أهداف المنافسة ولذا فهو غير ملائم لحل هذا الإشكال⁽⁴⁾.

إنّ حلّ الخلافات في الجزائر وفرنسا وبريطانيا مقيد بتطبيق القانون الأوروبي ومعاهدات الحفاظ على حقوق الإنسان وكذلك الأمر في الولايات المتّحدة الأمريكية، إلّا أن تطبيق قواعد القانون تختلف من قطاع إلى آخر وهو ما يترك المجال للدول للتصرف في القواعد الواجب تطبيقها من أجل حلّ الخلافات بواسطة السّلطة الإدارية المستقلّة⁽⁵⁾.

♦ المطب الثاني: خصائص التّحكيم

يهدف التّنظيم إلى توجيه القطاعات مثلا بتوصيل المعلومات، وهو ما يسمّى بالشفافية، إلّا أنّه يصطدم أحيانا مع السّر المهني اثر التّبليغ عن مضمون التّحكيم عندما يتعلّق الأمر بالتّنظيم، ويجب أن يكون التّحكيم موافقا للمهلة المتطلّبة للتّنظيم، فمثلا فيما يتعلّق بالصفقات العمومية يراعي فيها حفظ المعلومات التي تمسّ مصلحة القطاع دون غيرها، للمحافظة على

(1) AUMOND, Florian. "le défenseur des droits : une peinture en clair - obscur." R.F.D.A. 2011, p.03.

(2) AUTIN, Jean Louis. «les autorités administratives indépendantes et la constitution.» R.A. 1988, p.11.

(3) DEVOLVE, Pierre. le droit administratif. Paris: 5° édition Dalloz, 2010, p.10.

(4) DELBLOND, Antoine. droit administratif. Bruxelles: édition Larcier, 2009, p.25.

(5) DECOOPMAN, Nicole. le désordre des autorités administratives indépendantes: l'exemple di secteur économique et financier. Paris: P.F.U., 2002, p.01.

جديّة المعاملات الاقتصادية لأنّه يهتم بالتنظيم التقني والمالي للمنافسة بواسطة قرار إداري (الفرع الأول)، وتظهر الطبيعة القانونية للتحكيم من خلال استكشاف العناصر المكونة للقرار التحكيمي (الفرع الثاني).

• الفرع الأول: الطابع الإداري الملصق بقرارات التحكيم

يتمّ التحكيم عن طريق قرار إداري، وأنّ النصوص القانونية المنشأة للسلطات المكلفة بحلّ الخلافات تشير إلى ممارسة وظيفة التحكيم فيما بين المتعاملين في قطاع الضبط⁽¹⁾ وأنّه يتمّ بتشكيلة المحكمة ويعتمد على إجراءات مؤشّر عليها في العقد، وتصل بالنتيجة إلى إصدار قرار ذو طابع إداري، يصدره محكّمين مختصين في القانون الخاص، مهمتهم الفصل في النزاعات مثل القضاة⁽²⁾. ولذا، ذكر التحكيم من طرف المشرّع الجزائري، وأكد أنّ قراراته قابلة للتقاضي؛ لأنّ القرارات التي تصدرها سلطات الضبط لها طابع إداري وليس قضائي.

ويظنّ الفرق فيما بين الأحكام الصادرة عن القضاء وتلك الصادرة عن سلطات الضبط، إذ أنّها لا ترتقي أن تكون اجتهادات يعتمد عليها لحلّ النزاعات في مختلف القطاعات إذا ما كانت الوقائع متماثلة بعكس الأحكام الصادرة عن القضاء، فإنّه مأخوذ بها بتقدير من القضاء. أمّا التحكيم في سلطة الضبط، فإنّه يعتمد سوى في حالات الخلاف بين مؤسسة تتعامل في إطار ميدان سلطة الضبط، أو بمعاهدة حسب (J.O.R.A, 2008)⁽³⁾ أو حسب نصّ المادّة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي.

أمّا المادّة 1011 من نفس القانون الفرنسي تنصّ على أنّ التحكيم الكلاسيكي يشترط لقيامه اتّفاق مسبق بين أطراف النزاع في المعاهدة، وبالمقارنة فإنّ التحكيم الذي تقوم به سلطة الضبط لا يتطلّب اتّفاق الأطراف عليه، وهذا منافي للمبادئ التي ينصّ عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فيما يخصّ اتّفاق الأطراف مسبقاً لقيام التحكيم.

(1) AKROUNE, Yakout. "les modes alternatifs de règlement des différends : un phénomène en constante expansion en Algérie." R.A.S.J.E.P. 2008, p.30.

(2) ROCHE, Marie Anne FRISON. les risques de régularisation. Paris: Presse de sciences Po & Dalloz, 2005, p.224.

(3) J.O.R.A. «Loi n°08-09 portant code de procédure civile et administrative» n° 21 . gouvernement Algérien, 25 février 2008.

• الفرع الثاني: طبيعة التّحكيم

إن طبيعة حلّ النزاع في السّطات الإدارية المستقلّة ووفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجزائر لا يمكن أن تكون تحكيما بما انه لا يوجد فيه اتفاق الأطراف؛ فحسب البروفيسور رشيد زوايمية اعتبر وظيفة التّحكيم الممارسة من طرف السّطة الإدارية المستقلّة مبالغة لغويا (excès de langage) أي أن اللفظ لا يؤدّي معنى التّحكيم المتعارف عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجزائر، لأنّه وظيفة تقليدية ممارسة من طرف القاضي، فهل هذا يعني أن السّطات الإدارية المستقلّة تعمل كهيئة قضائية عند قيامها بحلّ النزاعات؟⁽¹⁾

إنّ مهمة التّحكيم المسندة للسّطات الإدارية المستقلّة من قبل القانون تشبه إلى حدّ ما تلك المخوّلة للقضاة عموما ناتج عن تطوّر التّنظيم الذي يحكم هذه السّطات، إذ أصبحت عملية التّنظيم بمثابة تقاضي من خلال أداء مهمّتها والعقوبات وإعادة النّظام وحلّ الخلافات. إنّ حلّ الخلافات لهيئات المكلفة بحلّ النزاعات يتمّ بواسطة قرار⁽²⁾ في حين أن صفة التّقاضي تتضمّن وجود هيكل ومهمّة التّقاضي⁽³⁾ لدى السّطات الإدارية المستقلّة كي نعتبره تقاضي؛ و عليه، فإنّ إجراءات حلّ الخلافات أمام السّطات الإدارية المستقلّة تكون عندما تمنح نفس الصّلاحيات للقاضي⁽⁴⁾، وعلى هذا الأساس المهمّة التي تقوم بها السّطات الإدارية المستقلّة لا ترقى إلى معنى التّقاضي⁽⁵⁾ نظرية أخرى تعتبر أن السّطات الإدارية المستقلّة ما هي إلاّ ظاهرة للامركزية الهيئة القضائية، «Phénomène de décentralisation du système judiciaire»⁽⁶⁾، ومنه، فإنّ السّطات الإدارية المستقلّة تظهر بشروط لا يمكن تكييفها على أساس أنّها قضائية.

(1) ZOUAÏMIA, Rachid. les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance. Alger: édition Belkeïse, 2013, p.14.

(2) PERROT, Roger. "institutions judiciaires." Monchrestien 2002, p.25.

(3) BENHADJ YAHIA, Sonia. "la nature juridictionnelle des autorités de régulation , droit prospectif." revue de la recherche juridique 2004, p. 251.

(4) - QUILICHINI, Paul. "réguler n'est pas juger: réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique." A.J.D.A. 2004, p.28.

- ZOUAÏMIA, R. "le conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien." IDARA 2008, p.745.

(5) ZOUAÏMIA, R. "le conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien", o.p. Cit, p.45.

(6) BENHADJ YAHIA, S. o.p. Cit, p.251.

وفي الأخير، لا يمكننا اعتبار السلطات الإدارية المستقلة هيئات قضائية لأن قراراتها فيما يخص حل الخلافات ليس لها نفس قوة أحكام القضاية، ومثال ذلك في قطاع الإتصالات السلكية واللاسلكية، فإن أطراف النزاع لهم الخيار في حمل نزاعاتهم سواء لدى السلطات الإدارية المستقلة أو القضاء العادي، هذا الأخير يفصل في النزاع بحكم يتضمن قوة الشيء المقضي به، أما إذا كان نفس الخلاف لدى السلطات الإدارية المستقلة، فإن قرار حل النزاع لا يتضمن قوة الشيء المقضي به، ومن جهة أخرى، فإن كان المشرع منح السلطات الإدارية المستقلة اختصاصات خاصة بالقضاء، فحسب المادة 122-8 من الدستور الجزائري والتي نصت على أن البرلمان يشرع في قواعد الإجراءات المدنية. فإن السلطات المكلفة بمهمة حل النزاعات لا يمكن أن تكيف على أنها سلطات قضائية، لأن القواعد الإجرائية المتبعة من طرف هذه السلطات غير محددة قانونا، مثل إجراءات التقاضي المحددة من قبل المشرع. ولهذا؛ فإن السلطات الإدارية المستقلة قامت بتحديد هذه الإجراءات لحل النزاع أمامها، مثلما قامت به اللجنة البنكية فيما يخص الإجراءات العقابية⁽¹⁾.

كما أن الأمر نفسه بالنسبة للجزائر في كل من سلطة البريد والإتصالات السلكية واللاسلكية بخصوص الخلافات المتعلقة بالتوصيل⁽²⁾، وبالنسبة لغرفة التحكيم بجانب لجنة تنظيم الكهرباء والغاز، فإنها تخضع لقواعد إجرائية محددة عن طريق التنظيم⁽³⁾. في الواقع، هناك خلط بين الوظيفة القضائية ووظيفة حل النزاعات، كما أقره مجلس الدولة حينما اعترف للجنة البنكية بالوظيفة القضائية، حينما حكمت عقابيا بعقوبة⁽⁴⁾؛ ومعنى هذا، أنه إذا ما قدر مجلس الدولة الفرنسي أن للجنة البنكية اختصاصات إدارية وقضائية في ميدان السلطة العقابية، فاللجنة البنكية هيئة ذات طابع إداري وليست مكيفة على أنها هيئة قضائية.

(1) J.O.R.A. «Ordonnance n°10-04 relative à la monnaie et au crédit.» modifiant et complétant l'ordonnance n°03-11 relative à la monnaie et au crédit. n° 50 du 01-09-2010. gouvernement d'Algérie, 26 aout 2010.

(2) A.R.T.P, décision n° 03/SP/PC/2002 du 08 juillet 2002 relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnection et en cas d'arbitrage.

Voir le rapport annuel de l'autorité de régulation sur son site: www.artp.dz. n.d. 20 octobre 2019.

(3) ZOUAÏMIA, R. les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, o.p. Cit. p.148.

(4) algérien, Conseil d'état. «décision portant règle d'organisation et de fonctionnement de la commission bancaire algérienne.» n° 04 -2005. 20 avril 2005.

كما أن بعض الفقهاء كَيَوهَا بَأَنهَا تَتَمَتَّع بِالوِظِيفَةِ التَّحْكِيمِيَّةِ⁽¹⁾ بينما آخَرِينَ كَيَوهَا عَلى أَسَاسِ أَنَّهَا شَبِهَ قِضَائِيَّةِ⁽²⁾ وَفِي الحَقِيقَةِ أَنَّ وِظِيفَتَهَا تَتَجَلَّى فِي حَلِّ النِّزَاعَاتِ. إِذْنِ فَإِنَّ القَرَارَاتِ الصَّادِرَةَ مِنَ الهَيِّئَاتِ عِنْدَمَا تَحَلَّى النِّزَاعَاتِ لَيْسَتْ بِتَحْكِيمٍ وَلَا أَحْكَامٍ قِضَائِيَّةِ بَلْ أَنَّهَا قَرَارَاتٌ إِدَارِيَّةٌ فَقَطْ⁽³⁾. فَوِظِيفَةُ حَلِّ النِّزَاعَاتِ مِنْ قَبْلِ هَذِهِ السُّلْطَاتِ الإِدَارِيَّةِ المَسْتَقَلَّةِ تَدْخُلُ ضَمْنَ مَهْمَةِ التَّنْظِيمِ لِهَاتِهِ السُّلْطَاتِ⁽⁴⁾.

○ المَبْحَثُ الثَّانِي: مِمَارَسَةُ التَّحْكِيمِ وَوِظِيفَةُ تَنْظِيمِيَّةِ

إِنَّ تَحْقِيقَ المِنَافَسَةِ مِنَ المِهَامِ الأَوَّلَى لِّلسُّلْطَاتِ الإِدَارِيَّةِ المَسْتَقَلَّةِ لَدُنْكَ فَإِنَّهَا تَقُومُ بِتَنْظِيمِ السُّوقِ مِنْ وَضْعِ الإِحتكَارِ إِلَى وَضْعِ تَشَارِكِي بِإِدْخَالِ مُتَعَامِلِينَ جَدِّدٍ وَتَحْدِيدِ الأَسْعَارِ، أَيْ تَخْفِيزِ السَّعْرِ وَتَحْقِيقِ جُودَةِ المُنْتُوجِ إِذْ تَهْتَمُ سُلْطَةُ الضَّبْطِ بِالشَّرُوطِ التَّقْنِيَّةِ وَالاِقْتِصَادِيَّةِ الَّتِي يَجِبُ أَنْ تَكُونَ مُتَوَافِقَةً مَا بَيْنَ المُتَعَامِلِ التَّقْلِيدِيِّ وَالمُتَعَامِلِ الإِقْتِصَادِيِّ الجَدِيدِ إِثْرَ تَقْدِيمِ عُرُوضِ لَشُرُوطِ مُقَابَلَةٍ وَهُوَ مَا يَعْرِفُ بِـ «marché pertinent géographique»، إِنَّ مَفْهُومَ التَّنْظِيمِ مُتَعَلِّقٌ بِالمَفْهُومِ الجَدِيدِ لَوِظِيفَةِ الدَّوْلَةِ فِي القَانُونِ أَيْ مِمَارَسَةِ الضَّبْطِ فِي دَوْلَةٍ لِيبرَالِيَّةٍ بِالجَمْعِ بَيْنَ الضَّبْطِ وَخِدْمَةِ المَرْفِقِ العَامِ إِثْرَ تَقْدِيمِ خِدْمَاتِ.

إِنَّ تَضَارِبَ المَصَالِحِ بَيْنَ المُتَعَامِلِ التَّقْلِيدِيِّ وَالمُتَعَامِلِ الإِقْتِصَادِيِّ الجَدِيدِ تَتَدَخَّلُ فِيهِ سُلْطَةُ الضَّبْطِ لِحَلِّهِ لِحُضْمَانِ المِنَافَسَةِ حِفَاطًا عَلى التَّنْظِيمِ؛ وَمِنْهُ، فَإِنَّ هَذِهِ الوِظِيفَةُ هِيَ التَّنْظِيمُ بِحَدِّ ذَاتِهِ (المَطْلَبُ الأَوَّلُ)، وَأَنَّ هَذَا النِّزَاعَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَوْضُوعَهُ مَحْدَدٌ يَتَعَلَّقُ بِالنَّفَادِ إِلَى السُّوقِ وَإِخْتِلَالِ التَّوَازُنَاتِ العَقْدِيَّةِ، حِينَمَا تَقْدَرُ سُلْطَةُ الضَّبْطِ تَدْخُلُهَا مِنْ عَدَمِهِ، كَمَا أَنَّ التَّحْكِيمَ نَمَطٌ لِتَغْيِيرِ طَرِيقَةِ تَدْخُلِ الدَّوْلَةِ بِوِاسِطَةِ سُلْطَةِ الضَّبْطِ (المَطْلَبُ الثَّانِي).

(1) EBENEZER KEUFFI, Daniel. "la régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA." thèse de doctorat. Strasbourg, 2010, p.54.

(2) METTOUDI, Robert. "les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications." thèse de doctorat . Nice-Sophia-Antipolis, 2004.

(3) AUTIN, M'hamed Toufik. "du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation." R.D.P. n.d, p.1213.

(4) ZOUAÏMIA, R. les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, o.p. Cit., p.149.

♦ المطب الأول: تكييف التّحكيم

إن وظيفة التّحكيم تختلف عن التّحكيم المتعارف عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في عدّة عناصر (الفرع الأول)، وفي الضّمانات الإجرائية، كحياد السّلطات الإدارية المستقلّة، واحترام مبدأ العدالة بين أطراف النزاع (الفرع الثاني).

• الفرع الأول: تكييف النزاع موضوع التّحكيم

حلّ النزاع الإداري من قبل السّلطات الإدارية المستقلّة يبدو على أنه وظيفة قضائية، في حين أنّها تقوم بمهمة حلّ النزاع بغية التّنظيم لا غير، طبقا لما كلفها به القانون. والسؤال المطروح حول مسألة العقاب المنطوق به من طرف هذه السّلطات، فمثلا في مجلس المنافسة، فإن سلطة العقاب في الأصل من اختصاص قاضي الجنايات، وتقع بمناسبة مراجعة التشريع المتعلق بالمنافسة، إلا أن المشرّع انتزع الاختصاص الجنائي من القضاء مخولا إياه لسلطة العقاب لمجلس المنافسة. فسلطة العقاب تحولت من مفهوم جنائي إلى مفهوم عقابي، ومن القضاء إلى مجلس المنافسة بصفتها سلطة إدارية مستقلة، فممارسة الوظائف المعترف بها تقليديا للقاضي والتي تخصّ حل مختلف النزاعات حولت إلى السّلطات الإدارية المستقلّة، إذ بدلا أن تكون قضائية، أصبحت إدارية؛ وهذا ما فرضه الواقع الخاص بمتطلبات تنظيم الأسواق. إنّ هذا التحوّل فرضته السياسة الحالية لتحويل الوظائف الممارسة تقليديا من طرف السّلطة التنفيذية أو السّلطة القضائية لصالح سلطات التّنظيم الجديدة. هكذا، تم تحويل السّلطة التنظيمية التطبيقية للقانون، من السّلطة التنفيذية إلى سلطات التّنظيم⁽¹⁾؛ ولذا، نلاحظ تنازل القاضي الجنائي عن توجيهه عقوبات ذات طابع اقتصادي وتركها للسّلطات الإدارية المستقلّة بتتصيص من المشرّع لسلطة العقاب سواء أكان عقاب إداري أو تأديبي⁽²⁾.

إنّ هيئات التّنظيم للقطاعات الاقتصادية، لهم هدف مرافقة القطاعات التابعة لسلطتهم من أجل المنافسة، كما أن هذه الهيئات ضامنة لمهمة التّنظيم، مثلا وضع القرار من قبل

(1) ZOUAÏMIA, R. les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, o.p. Cit., p.149.

(2) ZOUAÏMIA, Rachid. droit de la responsabilité disciplinaire des agents économiques : l'exemple du secteur financier. Alger: O.P.U., 2010, p.110.

سلطة (ARPT) في سنة 2001⁽¹⁾ الأمر الذي أوضح بأنّ السّلطات يجب عليها أن تنشئ متعاملين جدد وتساهم في تطوير خدمات السوق لغرض الاستثمار وتطوير مختلف القطاعات الاقتصادية، ومنه، فإنها تحقق التوازن بين مبدأ المنافسة ومبادئ أخرى.

من بين هذه الخدمات ما تحمل عناصر خدمة المرفق العام مثل وسائل الاتّصالات السلكية واللاسلكية، والطاقة الكهربائية والماء، مثلا ذكر القانون المتعلّق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات حيث يتضمّن في المادّة 03 منه أنّ توزيع الغاز عبر القنوات هو خدمة مرفق عام، وأنه يقدّم خدمة عمومية لها هدف التّموين بمادّة الكهرباء والغاز عبر كافة القطر الوطني بشروط ممتازة، وتحقيق الأمن وجودة والأسعار واحترام التنظيمات التقنية والبيئية، وفي تقرير لها فان سلطة (ARPT) في سنة 2003 تفسّر أنّ الدّولة تتقاسم سوق البريد مع المتعاملين الخواص بدون أن تتخلّى عن مهمّتها في خدمة المرفق العام،

وبهذا المفهوم؛ فان مبدأ تحرير قطاع البريد لا يجب فيه إهمال مبدأ خدمة المرفق العام، ومنه فان حاجة المستهلكين تقوم بالتوافق مع مفهوم خدمة المرفق العام⁽²⁾.

من بين الصفة المتعددة الأبعاد لمسألة التنظيم الذي تمارسه السّلطة الإدارية المستقلّة فإنّها تتمتع بسلطات حلّ النزاعات، وبالتالي فإنّه خلافا للقاضي فان السّلطات الإدارية المستقلّة لا تصدر أحكام تقليدية، إذ أن قرارات حلّ النزاعات تعتبر وظيفة قانونية أساسية بالنسبة لها⁽³⁾. ولذا، فانه خلافا للقاضي؛ فان السلطات الإدارية المستقلة تلزم المتعاملين بشروط للنفاذ إلى السوق لضمان منافسة حرة وتسهيل استخدام المرفق⁽⁴⁾؛ حل النزاعات هذا، يؤدي إلى الحفاظ على مصالح أكبر من مصالح الأطراف المتنازعة أي رسم خريطة طريق متوازنة ومتعادلة ملزمة للمتعاملين الاقتصاديين.

إنّ حلّ النزاعات بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين، هو مؤشر لتنظيم السوق⁽⁵⁾ «Signal adressé à l'ensemble du marché».

(1) télécommunications, autorité de régulation de la poste et des. 2001. 20 octobre 2019. <http://www.arpt.dz>

(2) télécommunications, autorité de régulation de la poste et des. rapport 2003. 20 octobre 2019. <http://www.arpt.dz>

(3) BOY, Laurence. normes. p.30. n.d. 20 octobre 2019. <http://www.credéco.unice.fr>.

(4) BAZEX, M. o.p. Cit, pp. 37-44.

(5) BAZEX, M., o.p. Cit, p. 25.

ففي قطاع تنظيم الطاقة بفرنسا يتبين أنه إذا كان حل النزاعات من طرف سلطة (CRE) تظهر على أنها عقود قضائية إذ ليس الغرض منها حل النزاع بين الأطراف بقدر ما هو ضمان منافسة في السوق، وذلك اثر ضمان النفاذ إلى الشبكات للمستعملين في شروط شفافة ودون أي تمييز⁽¹⁾.

لكن الملاحظ أن القانون لا يحدد القاضي العادي من إمكانية أطراف النزاع اختيار طريق القضاء أو السلطات الإدارية المستقلة لحل النزاع. إذ أنّ المشرع الجزائري وفي قطاع الطاقة الكهربائية نص على أن المتعاملين الاقتصاديين يمكنهم اللجوء إلى غرفة التحكيم أو اللجوء إلى القاضي العادي، لكن في الواقع فإن المتعاملين الاقتصاديين يختارون السلطة الإدارية المستقلة نظرا لعلاقتهم الاستثنائية معها؛ ولكونها مختصة في حل هذا النوع من النزاعات لما لها من خبرة ميدانية في الجانب التقني والاقتصادي المعقد وقدرتها على التحليل.

فإنّ تحديد الثمن يعد مسألة تقنية أو التوصيل البيني فانه غير مفهوم بالنسبة للغير المختص في القطاع كالقاضي، وهذا ما يفسر أن النزاعات بين المتعاملين الاقتصاديين في قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية يمنح للسلطات الإدارية المستقلة بواسطة قرار إداري ولهذا يجب منح نفس الضمانات الإجرائية للأطراف المتنازعة.

• الفرع الثاني: الضمانات الإجرائية

بما أنّ السلطات الإدارية المستقلة تمارس اختصاصات في مجال التحكيم في الأصل هي من صلاحيات القاضي، فيمكننا الاستفهام حول مدى توفر الضمانات للأشخاص المعنيين طيلة إجراءات حلّ النزاع؟⁽²⁾.

التساؤل المطروح في هذه الحالة، هو حول مدى حياد السلطات الإدارية المستقلة، واحترامها مبدأ العدالة ما بين أطراف النزاع، أضف إلى ذلك عملية تهيئة الطعون التي تصدرها السلطات الإدارية المستقلة فيما يخصّ حلّ النزاع؟

(1) J.O.R.F. "décision n°96-378 DC du 23 juillet 1996 portant la loi de réglementation des télécommunication." 23 juillet 1996: p.11.

(2) A.R.T.P. voir le rapport annuel de l'autorité de régulation sur son site: www.artp.dz. n.d. 20 octobre 2019.

إذا ما تصوّرنا أن السلطات الإدارية المستقلة ورثت هذه السلطة عن القاضي، إلا أنّ العقاب الذي تصدره، يجب أن يكون محاطا بضمانات مثل حقّ الدفاع. ففي فرنسا، وبخصوص قضية محافظ البنك⁽¹⁾ فإنّ العقوبات المالية الملزمة من قبل مجلس السوق المالي، وأنّ مصدرها عقابي.

إنّ الهدف من العقوبة المطبقة من السلطات الإدارية المستقلة مثلما هو الأمر في العقوبة القضائية في الميدان الجنائي هو تحقيق جبر الضّرر عن الإخلال بالقانون فيما يتعلق بالتنظيم، والهدف الثاني يتمثّل في الوقاية من الوقوع في نفس الخطأ.

بالإضافة إلى القمع في الميدان الاقتصادي، فإن دولة القانون تلزم أن يكون هناك إجراءات أمام السلطات الإدارية المستقلة مثل القضاء لتحقيق جودة في القرارات الصادرة بإتباع المحكم لهاته الإجراءات وبالتالي تحقيق نجاعة في فضّ النزاعات.

«garantir la qualité de la décision prise à l'issue de la procédure ou, du moins, de tendre vers une qualité optimale»⁽²⁾.

ومن أجل ضمان حياد السلطات الإدارية المستقلة عن الأطراف المتنازعة عندما يتعلق الأمر بفضّ النزاعات من قبل المتعاملين الاقتصاديين، تشترط القوانين حيادهم.

♦ المطالب الثاني: التّحكيم نمط لتغيير طريقة تدخل الدّولة

لم تعد الدّولة تتدخل مباشرة عن طريق الإشراف والوصاية بل أصبحت موجودة اثر ضغط سلطات الضبط على المتعاملين، وكأنّ هذه السلطات تقوم بالدور التقليدي للدّولة لكن بطريقة تقنية بواسطة هيئات متخصصة وبطريقة أكثر تحررا للسوق؛ ومنه، فإن سلطات الضبط تحل النزاعات بغية تحقيق المنافسة (الفرع الأول)، وأنّ تحقيق المنافسة يؤدي دور خدمة المرفق العام بتقديم الخدمات في السوق (الفرع الثاني).

(1) SEABANE, Didier Alain. «assemblée plénière du Conseil d'état.» R.F.D.A. 2000: p.584.

(2) IDOUX, Pascal. "autorité administrative indépendante est garantie procédurale." R.F.D.A. 2010: p. 920.

• الفرع الأول: عناصر التنظيم:

إن كل المفاهيم تجمع التنظيم وظهور السلطات الإدارية المستقلة والتي تعتبر هندسة دستورية، وأن التنظيم معناه مجموعة المهام المكلفة بها هذه السلطات⁽¹⁾.

ذكر "Jacques CHEVALLIER" ثلاثة عناصر تميز التنظيم ألا وهي:

1. عدم تدخل الدولة مباشرة،
2. القدرة على التحكيم بين المصالح المتعارضة للمتعاملين الاقتصاديين
3. الاستمرارية في العمل⁽²⁾.

• الفرع الثاني: مفهوم التحكيم وخدمة المرفق العام

إن التنظيم وظيفة إدارية بما أن السلطة الإدارية المستقلة من خلاله التنظيم تقوم بالضبط وخدمة المرفق العام وحل الخلافات، وأن الضبط وحل الخلافات يختلفان لأن الضبط أوجد لحفظ النظام العام دون حل الخلاف، أما التحكيم فإنه يحل النزاع ومن خلال ذلك فإن العقد يحول أو يوجه فتتظم السلطة الإدارية السوق⁽³⁾.

إن قانون التنظيم يهتم بالقطاعات المنفتحة على المنافسة ويوازن بين المصالح المتعارضة مثلا في قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية للإيجاد التوازن بين أهداف الحصول على المنافسة والأهداف غير التنافسية، الأمر الذي يقودنا إلى إيجاد المنافسة⁽⁴⁾ فالتنظيم مهم لضمان الحقوق والالتزامات لكل شخص حسب القانون؛ بمعنى تحقيق رؤية واضحة وصحيحة ممنهجة لتفاعل المجتمع مع الدولة.

إن التنظيم يعني سوق مراقب من الدولة عكس مفهوم السوق يحكم في الدولة أين المنافسة تحكم السوق، أي أنها تحقق منتج، إذ أن التنظيم ينشئ قانون للمجتمع بدون تشريع أي حوكمة من أجل السوق وليس بسبب السوق.

(1) GAZIER, F. "étude sur les autorités administratives indépendantes." E.D.C.E n° 35 1983-1984, p.30.

(2) CHEVALIER, J. «régulation et polycentrisme dans l'administration française», o.p. Cit, p. 43.

(3) LOMBARD, M. "la régulation et la distinction du droit public et du droit privé en droit français." the public law/private divide: une entente assez cordiale 2006: p.81.

(4) GLAMOUR, G. intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché. Vol. tome 51 n° 1241. nouvelle bibliothèque de thèse, 2006, p. 14.

إن سلطة حلّ الخلافات لها دور رئيسي في الأمر وفرض القواعد لغرض النفاذ إلى السوق حالة بحالة بواسطة العقود وحلّ الخلافات على حساب قانون العقود وحقّ الملكية من أجل استعمال الشبكات، ومنه توجيه العقود إلى المنافسة العادلة، كما أنّ حلّ الخلاف يحدّ السلطة الخاصة لمالك الشبكة⁽¹⁾.

إنّ وظيفة التنظيم متعلقة بالسوق أي تحقّق الجودة الاقتصادية التي تظهر في شكل قواعد بمعنى أن سلطة حلّ الخلافات تضمن النفاذ إلى السوق، وسلطة العقاب تضمن احترام المتعاملين لمهامهم. إنّ حلّ الخلافات حسب القانون والقضاء تحلّ خلافات التي تنشأ عن العقود ذات طبيعة خاصة بأوامر من سلطة الضبط فهي نتيجة استعمال حق الملكية من الغير وتمنع تحديد الثمن إلا من سلطة الضبط. ففي فرنسا يؤكد القانون أن سلطة حلّ الخلافات ما هي في الحقيقة إلا شكل من التنظيم⁽²⁾ ونفس المبدأ أخذت به في بريطانيا بتأكيد من القضاء سماه الفقيه Claude Champaud بقضاء اقتصادي "magistrature économique"، أي التقاء خاصية القضاء مع الإدارة بمعنى أن حلّ الخلاف يراعى فيه العدالة بما أن السلطات الإدارية المستقلة تتصرف مثل القاضي⁽³⁾.

○ الخاتمة:

من خلال ما سبق فإن النتائج المتوصل إليها هي أنّ حلّ الخلافات ليس بتحكيم المتعارف عليه في القواعد العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية لأنه مختلف ويعد تنظيمًا مخول سلطات الضبط لأنه من مهامها الرئيسية، ذو طبيعة إدارية وليست قضائية. إنّ إلزامية اللجوء إلى تحكيم سلطة الضبط تفرضها ضرورة ضبط السوق دون اتفاق الأطراف لأنه أولوية لتنظيمه، لكن بالمقابل قد يمس بالحريّة التعاقدية، لهذا اقترح إيجاد التوازن بين مصلحة المتعاملين الاقتصاديين والمصلحة العامّة، أي المنافسة في السوق فخدمة المرفق العام، كما أنّ طريقة تعيين الأعضاء المحكّمين من طرف رئيس الجمهورية تثير إشكال انحيازهم في الجزائر وبدرجة أقل في فرنسا، لهذا اقترح انتخابهم من أعضاء سلطة الضبط المختصين.

(1) PERROUD, Thomas. «thèse de doctorat.» Paris: université la sorbonne, s.d.

(2) ROCHE, Anne Marie FRISON. "régulation et règlement desdifférents : présentation du thème et synthèse du 10° forum de la régulation." petites affiches 22 octobre 2004: p.06

(3) CHEVALIER, Jacques. «les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés.» justice janvier-juin 1995: p.p.81-90

إنّ فعالية التّحكيم في بلدان العالم تظهر من خلال تمنّع قراراته بامتيازات السّلطة العامّة؛ فهو فوري التّفيز لا يوقّف تنفيذه إلا بالتّصيص عليه صراحة، وإلاّ يظلّ نافذا ممّا يثير إشكال مشروعيته لدى سلطة ضبط الكهرباء والغاز في الجزائر مثلا، فيجب التّصيص على حالات وقف تنفيذ قراراته.

نشير أيضا إلى وجوب تدخّل سلطة الضبط أحيانا في مضمون العقد بإعادة توجيهه خدمة للصالح العام ولصالح المتعاملين المعنيين من خلال تحديد التسعيرة المناسبة. كما تصدر سلطات الضبط الأوامر التحفظية للحفاظ على الحقوق والحريات بإلزام النّفاذ إلى السّوق.

الملاحظ انه تارة أوظف لفظ سلطات الإدارية المستقلة وتارة أخرى سلطات الضبط والأصل أنها سلطات ضبط؛ ففي الجزائر ليس لها الطابع الإداري واستقلاليتها نسبية في كل دول العالم، لهذا من المستحسن توظيف لفظ سلطات الضبط عوض الإدارية المستقلة في البلدين الجزائر وفرنسا، ولأنها أنشأت من أجل التنظيم فهي إذن سلطات تنظيم وأن استخدام هذا اللفظ يزيل إشكالية تمتع البعض منها بالطابع الإداري من دون الأخرى، وان وظيفة التنظيم تحتوي الضبط، لأنه من اجل التنظيم يجب تحقيق الضبط أولا.

وأنّ فعالية التّحكيم تتباين في فرنسا مع بلدان العالم حسب العناصر المذكورة والنّظام القانوني السائد، ويجب في الأخير طرح إشكالية ما طبيعة مسؤولية سلطات الضبط عن قرارات التّحكيم التي تصدرها؟، إذ أنّ قرارات التّحكيم تراقب من القضاء الإداري لمدى مشروعيتها لكن لا ترتب مسؤولية المرفق العام على أساس الخطأ، أكان بسيطا او جسيما.

هذا التّساؤل يؤدي إلى فتح مجال للبحث عن أساس ترتيب مسؤولية المرفق العام أي للسلطات الإدارية المستقلّة، مما يبيّن رقي الموضوع من حيث أنّه جدير بالدراسة ويتطلّب البحث في مجالات جديدة لم يتطرّق إليها بعد، وهذا ما استلهمته من تحليلي لعناصر الموضوع. فالموضوع لم يستهلك بعد وسأكون المبادرة بالإجابة في مقال آخر عن الإشكالية المطروحة.

اللامشروعية والمسؤولية الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي

أ.د. كمال جعلاب⁽¹⁾

على الرغم من أن المسؤولية الإدارية تقوم على ذات القواعد الأساسية التي تحكم مبدأ المسؤولية في القانون بوجه عام، حيث أن المبدأ في ذلك أن كلّ عمل ضار يستوجب التعويض، إلا أن للمسؤولية الإدارية خصوصيتها النابعة من طبيعة نشاط الإدارة والأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، ذلك أن الإدارة تملك سلطة إصدار قرارات إدارية نافذة مباشرة بإرادتها، وقد تكون هذه القرارات غير مشروعة فيلغيا القاضي الإداري بسبب تجاوز السلطة، لكن هذه القرارات بسبب أثرها المباشر في المساس بالمراكز القانونية التي تستهدفها فإنها قد تسبب ضررا يُستحقّ معه التعويض، وهنا فإن المسؤولية الإدارية تقوم على أساس اللامشروعية التي شابت القرار الإداري.

وقد استقر القضاء والفقهاء الإداريين في فرنسا على قبول قيام مسؤولية الإدارة بسبب أعمالها القانونية غير المشروعة، إلا أن هذه الصيغة تطلّب بحاجة إلى تحليل على عدّة مستويات، ذلك أن مفهوم الخطأ كشرط لقيام المسؤولية الإدارية بوجه عام يظهر في الأعمال القانونية في اللامشروعية، ولذلك فإن من الواجب البحث في طبيعة العلاقة بين مفهومي اللامشروعية والخطأ من أجل محاولة تكييفها ضمن قواعد المسؤولية الإدارية، خصوصاً وأن المفهومين ينتميان إلى حقلين مختلفين، فاللامشروعية تنتمي إلى تجاوز السلطة ونتيجتها المفترضة في حال ثبوتها تكون الإلغاء، أما الخطأ فهو ينتمي إلى دعوى المسؤولية الإدارية ويؤدي عند توافر شرطي الضرر والعلاقة السببية إلى الحكم بالتعويض.

على ذلك فإن من الواضح أن الإشكالية الأساسية التي تُطرح في هذا المجال هي مدى التوفيق بين مفهومي اللامشروعية كصفة تلحق القرار الإداري وبين الخطأ كشرط للمسؤولية

⁽¹⁾ أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، الجزائر.

الإدارية، وينطلق البحث في هذه الإشكالية من القاعدة المستقرة في القضاء الإداري في فرنسا والتي تقضي بأن كل لامشروعية هي خطأ من حيث الأصل. ولا شك أن لهذا البحث أهميته على المستويين النظري والعملي، فهو من جهة يحاول إلقاء الضوء على قاعدة من القواعد الحديثة في نطاق القضاء الإداري التي تربط مفهوم اللامشروعية بالمسؤولية الإدارية، ومن جهة ثانية فإن من الواضح أن الموضوع يعالج إشكالية عملية بامتياز تتمثل في كيفية الاستناد على اللامشروعية كأساس للمطالبة بتقرير المسؤولية الإدارية والحصول على حكم بالتعويض.

سنحاول إذن في مسار معالجة هذه الإشكالية فحص مدى التلازم بين اللامشروعية والخطأ من خلال تحليل طبيعة العلاقة بينهما والنتائج التي تترتب عن ذلك فيما يخص مسؤولية الإدارة وشروط استحقاق التعويض على ضوء اجتهاد مجلس الدولة في فرنسا. يفترض هذا البحث بدايةً تحليل علاقة اللامشروعية بالخطأ (المبحث الأول)، على أن نصل بعد ذلك إلى إبراز شروط قيام مسؤولية الإدارة بسبب اللامشروعية بفحص الحالات تكون فيها اللامشروعية كخطأ صالحة لتأسيس مسؤولية الإدارة (المبحث الثاني).

○ المبحث الأول: العلاقة بين اللامشروعية الإدارية والخطأ

يطرح الخطأ في الأعمال القانونية للإدارة العديد من الإشكالات التي تتمحور كلها حول ما إذا كان القرار المشوب باللامشروعية يشكل خطأ في كل الأحوال. وإذا كان القضاء الإداري في فرنسا قد استقرّ على قاعدة أن كل لامشروعية تشوب القرار الإداري هي خطأ من حيث الأساس، فإن من المهم شرح اتجاه مجلس الدولة الفرنسي في تبنيه لقاعدة التلازم بين اللامشروعية والخطأ (مطلب أول)، ومن ثمة تحليل طبيعة العلاقة بين المفهومين من جهة ثانية (مطلب ثاني).

◆ المطلب الأول: قاعدة التلازم بين اللامشروعية الإدارية والخطأ

أقرّ القضاء الإداري في فرنسا ممثلاً في أعلى جهة قضائية وهي مجلس الدولة قاعدة أن كل لامشروعية تشوب القرار الإداري تشكل من حيث المبدأ خطأ ذا طبيعة يمكن أن تُثار على

أساسه المسؤولية الإدارية، وصرح مجلس الدولة بهذه القاعدة في قراره الشهير في قضية مدينة باريس ضد السيد Driancourt الصادر في 1973/01/26، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن محافظ الشرطة أصدر قراراً بغلق محل الألعاب المملوك للسيد Driancourt الذي توجه إلى القاضي الإداري بدعوى إلغاء ضد هذا القرار مدعياً عدم مشروعيته، وقضت محكمة باريس بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به بعدم مشروعية قرار محافظ الشرطة بغلق محل السيد Driancourt وإلغائه نتيجة لذلك.

قام أصحاب الحقوق على إثر ذلك بتقديم طلب للحصول على تعويض أمام المحكمة ثم أمام مجلس الدولة الذي جاء في قراره بمناسبة نظره في هذه القضية: "نظراً لأن لامشروعية قرار محافظ الشرطة الصادر بتاريخ 1962/12/7 قد تم إعلانها بقرار حائز لقوة الشيء المقضي به، وأن هذه اللامشروعية وإن كانت بسبب عيب في التقدير، إلا أنها تشكل خطأ ذا طبيعة يمكن أن يثير مسؤولية السلطة العامة"⁽¹⁾.

تبنى مجلس الدولة الفرنسي قاعدة اللامشروعية كخطأ التي صارت مبدأ من مبادئ المسؤولية الإدارية في العديد من قراراته حديثاً، مثل قراره الذي صدر في 2013/01/30 في قضية Michel، حيث أكد المجلس على اجتهاده السابق في قضية Driancourt معتبراً أن "أن المبدأ هو أن كل لامشروعية من جانب الإدارة تشكل خطأ صالحاً لإثارة مسؤولية الإدارة بشرط أن يكون قد نتج عنها ضررٌ مباشر وأكيد"⁽²⁾.

ومع أن مجلس الدولة الفرنسي تبنى صراحة قاعدة اللامشروعية كخطأ بدايةً من قراره في قضية Diancourt، إلا أن البعض يرى أن هذه القاعدة في مضمونها ليست ابتكاراً من مجلس الدولة، وينقل الأستاذ Paillet عن بعض فقهاء القانون الإداري الذين حللوا قاعدة اللامشروعية كخطأ يمكن أن يثير مسؤولية الإدارة أوائل القرن العشرين مثل Duguít الذي ذهب إلى أن تجاوز السلطة يكفي بشكل مثالي لتأسيس المسؤولية الإدارية، وكذلك Dupeyroux الذي رأى من جهته بأنه بمجرد اكتشاف اللامشروعية في القرار الإداري فإن ذلك يؤدي من حيث المبدأ إلى الاعتراف بوجود الخطأ⁽³⁾.

(1) CE, 26 janvier 1973, Ville de Paris/ Driancourt, n° 84768, recueil Lebon. p. 78.

(2) CE, 30 janvier 2013, Imbert c. Michel, n° 339918, recueil Lebon. p. 9.

(3) Cité par : Michel Paillet, La faute du service public en droit administratif français, LGDJ, Paris, 1980, p. 176.

إن المبدأ الذي يستنتج من قرار مجلس الدولة في قضيتي Michel و Driancourt أن اللامشروعية هي دائماً خطأ، وأن هذا الخطأ يمكن أن يكون سبباً في إثارة مسؤولية الإدارة واستحقاق التعويض، لكن تجب الإشارة إلى أنه إذا كانت كل لامشروعية هي خطأ من حيث المبدأ إلا أن هذا لا يعني أن هذا الخطأ يصلح في كل الأحوال كسبب مباشر لإثارة مسؤولية الإدارة واستحقاق التعويض.

وعلى الرغم من التلازم بين مفهومي اللامشروعية والخطأ الذي يُستنتج من قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن من الواجب التمييز بينهما باعتبارهما مفهومين منفصلين يقوم القاضي بتقديرهما انطلاقاً من معطيات مختلفة. إن القاضي الإداري يقدّر الخطأ بما يكوّنه من فكرة حول السير العادي للمرفق وفق الظروف المتعلقة بكل قضية على حدة، بينما يفحص مدى مشروعية القرار الإداري بشكل أكثر دقة وتحديداً، لأن اللامشروعية تنتج عن ابتعاد القرار المطعون فيه عن متطلبات القانون التي تُفرض على الإدارة وأيضاً على القاضي⁽¹⁾.

اعتمد مجلس الدولة الفرنسي قاعدة انتفاء الخطأ ألياً عند انتفاء اللامشروعية، وذهب في العديد من قراراته إلى أنه حيث لا توجد لامشروعية فإنه لا يوجد خطأ، وهذا الاتجاه إنما يرجع إلى اعتماد مجلس الدولة قاعدة التلازم بين اللامشروعية والخطأ، فإذا انتفت اللامشروعية انتفى الخطأ وانتفت المسؤولية نتيجة لذلك⁽²⁾.

وحتى وإن أصدرت الإدارة قراراً غير مشروع ثم صدر نص قانوني أو تنظيمي يجعل هذا القرار مشروعاً بعد ذلك فإنه لا يمكن اعتبار اللامشروعية في هذه الحالة خطأ، لأن لامشروعية القرار تختفي بأثر رجعي بموجب التصحيح التشريعي له، وإذا كان الخطأ نتيجة للامشروعية، فإن زوال اللامشروعية يترتب حتماً زوال طابع الخطأ عنها⁽³⁾، ويتربّب عن ذلك نتيجة هامة مفادها أن القرار المشروع لا يمكن أن يشكّل خطأ يُسأل عنه المرفق، ولا يمكن الادعاء بوجود خطأ إلا عند ثبوت عدم مشروعية القرار.

(1) Didier Truchet, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État, LGDJ, Paris, 1977, p. 358.

(2) Franck Moderne, "illégalité et responsabilité pour fait de service : vers des nouvelles relations", la Revue Administrative, 27^e Année, No. 157, février 1974, p. 29.

(3) Benoit Delaunay, la faut de l'administration, L.G.D.J, Paris, 2009, p. 153.

أما من الناحية الإجرائية فإنه ينتج عن قاعدة اللامشروعية كخطأ عدم قبول أي طلبات تعويض بسبب القرارات الإدارية إلا بعد الفصل في مشروعيتها، وهو ما يعني ابتداء أنه لا خطأ في جانب الإدارة إلا عند ثبوت اللامشروعية، وبالنسبة للقرار المشروع أو الذي لم يفصل في مشروعيته بعد فإنه لا يمكن أن يشكل أساساً لمسؤولية الإدارة لأن الخطأ الذي ينتج عن اللامشروعية غائب في هذه الحالة.

وإذا كان مجلس الدولة قد استقر على قاعدة اللامشروعية كخطأ يمكن أن يثير مسؤولية الإدارة فإنه ذهب في أغلب قراراته في هذا السياق إلى أن الخطأ الذي يثور بمناسبة قرار غير مشروع تصدره الإدارة هو خطأ مرفقي، لقد اعتبر مجلس الدولة بأن "هذه القرارات الإدارية لها، بحكم عدم مشروعيتها، طابع أخطاء في المرفق العام"⁽¹⁾.

يطرح التساؤل عند تحليل قاعدة اللامشروعية كخطأ التي استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي حول درجة الجسامة التي يشترطها القاضي في الخطأ الناتج عن عدم مشروعية القرار الإداري، ومعلوم أن القضاء الإداري في فرنسا يشترط درجة معينة من الجسامة في الخطأ في بعض الحالات حتى تقوم مسؤولية الإدارة ويستحق الضحية التعويض، وتكون درجة الجسامة متعلقة إما بسبب ظروف المكان أو الزمان التي يعمل فيها المرفق، أو بسبب طبيعة وخطورة بعض المرافق كالشرطة ومكافحة الحريق وغيرها⁽²⁾.

يذهب بعض الباحثين في المسؤولية الإدارية في فرنسا إلى أن مجلس الدولة تجاهل قاعدة درجة الجسامة في الخطأ، ولم يميز في هذا الإطار بين الخطأ البسيط والخطأ الجسيم، ويستند هؤلاء إلى قرار المجلس في قضية Diancourt التي أشرنا إليها سابقاً، إذ جاء فيه بأنه "بالنظر إلى الظروف التي اتخذ فيها المحافظ القرار غير المشروع بالغلق المؤقت لمستودع المشروبات، فإن هذا الخطأ وحتى ولو لم يكن له طابع الخطأ الجسيم، يصلح بطبيعته لإثارة مسؤولية الإدارة"، ولذلك يبدو واضحاً بأن مجلس الدولة في قراره هذا اعتمد قاعدة اللامشروعية كخطأ دون تمييز فيما يتعلق بدرجة جسامة الخطأ⁽³⁾.

(1) CE, 22 février 1980 Ministère de l'environnement et du cadre de la vie, n° 13826, recueil Lebon, p. 101.

(2) راجع في الاعتبارات التي تحكم تحديد درجة جسامة الخطأ في: عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ط5، منشورات جامعة دمشق، 1996، ص 354 وما بعدها.

(3) Benoit Delaunay, op, cit. p. 157.

♦ المطب الثاني: طبيعة العلاقة بين اللامشروعية الإدارية والخطأ

استنتج جانب من الفقه الفرنسي انطلاقاً من اجتهاد مجلس الدولة في قضية *Driancourt* السابق أن هناك تلازماً حتمياً بين اللامشروعية والخطأ، وبمعنى آخر، يصبح المبدأ أن كل لامشروعية قرار إداري هي خطأ يمكن أن يثير مسؤولية الإدارة عنه، وبالرغم من أن مضمون قرار مجلس الدولة لم يعبر عن هذا التلازم صراحةً، إلا أنه عاد وأكد هذا المبدأ في قراره في قضية *Michel* التي أشرنا إليها سابقاً عندما أقر بأن كل لامشروعية هي خطأ، لكن التساؤل يُطرح حول طبيعة علاقة الخطأ باللامشروعية وما إذا كان الأمر يتعلّق بمفهومين متطابقين أم أنهما مختلفين رغم الارتباط بينهما.

من الواضح أن مجلس الدولة الفرنسي وإن أقرّ مبدأ التلازم بين اللامشروعية والخطأ إلا أنه لم يوضّح طبيعة العلاقة بين اللامشروعية والمسؤولية التي تعتبر من حيث الأصل النتيجة الطبيعية والمفترضة لثبوت الخطأ، فإذا كان من المسلّم به أن كل لامشروعية هي خطأ، فهل يعني ذلك أن هناك تلازماً حتمياً بين اللامشروعية والمسؤولية فتصير كل لامشروعية تساوي الخطأ وتؤدي في كل الأحوال إلى قيام مسؤولية الإدارة واستحقاق التعويض.

انقسم الفقه الإداري في فرنسا حول طبيعة العلاقة بين اللامشروعية والخطأ إلى اتجاهين: اتجاه أول يذهب إلى التطابق التام بين اللامشروعية والخطأ، بحيث تصبح اللامشروعية في نظر أصحاب هذا الاتجاه مساوية آلياً للخطأ، واتجاه آخر يرى أن العلاقة بينهما تقوم على أساس السبب والنتيجة فيصير الخطأ نتيجة إثارة اللامشروعية الإدارية.

ذهب العميد *Duguit* في تحليله للعلاقة بين اللامشروعية والخطأ إلى أن الخطأ يوجد بالضرورة وبشكل حصري في حالة تجاوز السلطة من قبل عون الإدارة، وأن تجاوز السلطة هنا كافٍ بشكلٍ مثالي حسب رأيه لتأسيس المسؤولية الإدارية⁽¹⁾، وهذا يعني أن *Duguit* يعتبر أن الخطأ ملازمٌ بشكلٍ مطلق لكل لامشروعية تشوب القرار الإداري.

يذهب الأستاذ *Bernard Pacteau* ضمن نفس رأي *Duguit* إلى أن العلاقة بين اللامشروعية والخطأ هي علاقة تساوي، فاللامشروعية تساوي الخطأ⁽²⁾، ويحلّل آخرون التطابق

(1) Cité par: Franck Moderne, op, cit. p 30.

(2) Bernard Pacteau, "note sous CE 20 mars 1985 commune de Villeneuve-le-Roi contre Epoux Ruby", la Revue Administrative, 39^e Année, No 229, février 1986, p. 45.

بين اللامشروعية والخطأ انطلاقاً من كونه "مبدأً" من المبادئ التي استقر عليها قضاء مجلس الدولة الفرنسي بداية من قراره في قضية *Driancourt*، بحيث أصبح المبدأ بالنسبة لهؤلاء هو أن كل لامشروعية تشكّل دائماً خطأ مرفقياً⁽¹⁾.

يترتب على هذا الرأي أن كل لا مشروعية هي خطأ، كما أن كل خطأ هو لامشروعية، والواقع أن هذه النتيجة غير دقيقة لأن الأضرار الناتجة عن أعمال الإدارة المادية المختلفة وإن كانت تشكّل خطأ قد يثير مسؤولية الإدارة إلا أنه لا يمكن وصف هذه الأعمال بأنها أعمال غير مشروعة، لأن اللامشروعية صفة لا تشوب إلا أعمال الإدارة القانونيّة.

على خلاف الاتجاه الذي رأى بعلاقة التلازم والمساواة بين اللامشروعية والخطأ يذهب جانبٌ من الفقه الفرنسي إلى قبول التلازم بين اللامشروعية والخطأ، لكنهم يرون أن هذا التلازم لا يجب أن يُعبّر عنه بالتساوي وكأن اللامشروعية والخطأ هما شيء واحد، فالمبدأ بالنسبة لهؤلاء أن اللامشروعية قد تشكّل خطأ قابلاً لإثارة مسؤولية السلطة العامة، لكن نظرية اللامشروعية وعقوبتها الطبيعية المتمثلة في دعوى تجاوز السلطة، ونظرية المسؤولية الإدارية بسبب الخطأ التي تقوم على فكرة التعويض كجبر للضرر الواقع بسبب عمل الإدارة مستقلتان عن بعضهما⁽²⁾. يذهب الفقيه *Paule Duez* في هذا الإطار إلى أنه من المؤكّد أن كل لامشروعية تشوب القرار الإداري تُحلّل باعتبارها خطأ مرفقياً، غير أن من الواجب الانتباه إلى أن اللامشروعية الجسيمة هي فقط التي تثير مسؤولية الإدارة، وتكون اللامشروعية جسيمة في نظر *Duez* عندما تتعلّق بخرق قاعدة حجية الشيء المقضي به، أو بمخالفة القانون، أو بالانحراف في استعمال السلطة، أو بعدم اختصاص مصدر القرار غير المشروع⁽³⁾.

يؤيد الأستاذ *M. Moreau* الرأي السابق المستند على ضرورة التمييز بين اللامشروعية والخطأ وإن كانا متلازمين، ويذهب إلى أن اللامشروعية ليست بحكم الواقع وبالضرورة مشكّلة لخطأ مرفقي، إن مفهومي اللامشروعية والمسؤولية عموماً يجب أن يتم تحليلهما على مستويات مختلفة بحيث يؤدي كل منهما معنى مستقل بشكل نسبي عن الآخر⁽⁴⁾.

(1) Franck Moderne, op, cit. p 31.

(2) بيار دلفوفيه، جورج فوديل، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، (ج1)، (ط1)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص487.

(3) Paul Duez, La responsabilité de la puissance publique, 2^e éd, Dalloz, Paris, 1938. p. 57.

(4) Cite par: Franck Moderne, op, cit. p. 29.

يسلم جانب من الفقه الإداري في فرنسا بمبدأ التلازم بين اللامشروعية والخطأ لكنهم فسروا العلاقة بين المفهومين باعتبارها علاقة سببية، بحيث تظهر هذه العلاقة في صيغة أن كل لامشروعية تؤدي إلى قيام الخطأ، وهذا يعني أن اللامشروعية قد تكون سبباً في قيام الخطأ في جانب الإدارة لكنها ليست كافية لوحدها ويجب توفر شروط أخرى لإثارة مسؤولية الإدارة، ولذلك فإنه عندما يدعي الضحية أن الضرر الحاصل له متعلق بمحتوى القرار، فإنه لا يمكن أن يقوم الخطأ إلا إذا كان القرار غير مشروع، ومن جهة ثانية فإن كل قرار غير مشروع له طابع الخطأ ابتداءً⁽¹⁾.

إن تلازم اللامشروعية والخطأ وفق ما عرضنا له سابقاً يمثل في الحقيقة علاقة بين سبب ونتيجة، وليس على أساس التساوي الحتمي. يجب اعتبار اللامشروعية في القرار الإداري سبباً مباشراً في قيام الخطأ، لكن ذلك لا يعني حتماً قيام المسؤولية، فإذا كانت اللامشروعية تساوي الخطأ فإن اللامشروعية لا تساوي حتماً المسؤولية، وهذا التفسير هو ما يستنتج من قرار مجلس الدولة في قضية *Driancourt* عندما جعل الخطأ نتيجة حتمية للامشروعية التي ترتكبها الإدارة، لكن المسؤولية ليست نتيجة حتمية لهذا الخطأ وينبغي توفر شروط أخرى حتى يمكن أن يثير الخطأ الناتج عن اللامشروعية مسؤولية الإدارة تماماً كما تقتضيه القواعد العامة للمسؤولية الإدارية، بحيث أن مجرد قيام الخطأ لوحده لا يعني قيام المسؤولية بالضرورة.

○ المبحث الثاني: شروط قيام مسؤولية الإدارة بسبب اللامشروعية

إن احتمال وقوع الضرر الناتج عن عمل إداري غير مشروع إنما يتعلق بعيوب المشروعية ذاتها التي تشوب القرار الإداري، وما إذا كانت هذه العيوب قد أدت إلى حدوث ضرر مباشر وأكيد، وفي هذا تطبيق للقواعد العامة للمسؤولية التي تشترط الخطأ والضرر والعلاقة السببية كشروط لتحميل المسؤولية واستحقاق التعويض.

على ذلك فإن مسؤولية الإدارة الناتجة عن اللامشروعية تتطلب لقيامها شرطان: الأول، وجود خطأ يظهر في عدم مشروعية القرار (مطلب أول)، والثاني، حصول ضرر مباشر وأكيد بسبب هذا الخطأ (مطلب ثاني).

(1) Benoit Delaunay, op, cit. p. 161.

♦ المطب الأول: حالات اللامشروعية المشكّلة للخطأ قابل لإثارة المسؤولية الإدارية

إن عناصر مشروعية القرار الإداري تختلف من حيث دورها وأهميتها في القرار في حدّ ذاته، فهناك عناصر ترتبط بتكوين القرار الإداري في شكله الخارجي وهي التي تتمثل في الاختصاص، والشكل والإجراءات، أما العناصر الداخلية فهي التي تتعلّق بمحتوى القرار وبموضوعه، والتي تتمثل في السبب والغاية، وعدم مخالفة القانون، وعند تخلف أحد هذه العناصر الخارجية أو الداخلية فإن القرار الإداري يصبح معيباً باللامشروعية التي يمكن أن تؤدي حسب طبيعة كل عيب إلى إثارة مسؤولية الإدارة.

• الفرع الأول: حالات اللامشروعية الخارجية

تتعلّق اللامشروعية الخارجية بالعيوب التي تمس القرار الإداري في شكله وليس في محتواه طالما أن القانون تولى توزيع اختصاص إصدار القرار الإداري بين الجهات الإدارية المختلفة، وحدّد الطرق والإجراءات والأشكال التي يجب أن تلتزم بها الإدارة عند اتخاذ القرار الإداري، وإذا ما خالفت الإدارة قواعد الاختصاص أو الشكل أو الإجراءات التي يستوجبها القانون فإن القرار الإداري يصبح معيباً، ويمكن أن تؤدي هذه العيوب إلى إثارة مسؤولية الإدارة.

• أولاً: عيب عدم الاختصاص

يثور عيب عدم الاختصاص عندما يصدر القرار الإداري من جهة غير مختصة، أي من جهة لم يمنحها القانون الاختصاص لإصدار القرار، ولذلك فإن عيب عدم الاختصاص الذي يشوب القرار الإداري ليس على درجة واحدة، إذ يميّز الفقهاء بين حالتين في هذا العيب: حالة عيب عدم الاختصاص البسيط (*rationae personae*) الذي يظهر عندما يصدر القرار من جهة إدارية بدل جهة إدارية أخرى، وعدم الاختصاص الجسيم (*rationae materiae*) وهو الذي يشوب القرار الإداري عندما تعدي جهة ما لا تنتمي إلى الجهات الإدارية على اختصاص السلطات الإدارية المختصة، كاعتداء السلطة القضائية أو التشريعية مثلاً على اختصاص الإدارة.

وقد ذهب بعض فقهاء القانون الإداري إلى أن حالة عدم الاختصاص البسيط لا تشكّل من حيث الأصل خطأ قابلاً لإثارة مسؤولية الإدارة لأن الضرر الناتج عنها كان من الممكن

أن يصيب الفرد بناء على ذات القرار لو صدر من الجهة الإدارية المختصة، أما إذا كان عدم الاختصاص جسيماً فإن هذه الحالة تشكّل خطأ إدارياً صالحاً لإثارة مسؤولية الإدارة⁽¹⁾. غير أن جانباً من الفقه الإداري في فرنسا ذهب إلى أن مجلس الدولة الفرنسي استقر في العديد من قراراته على أن عدم الاختصاص أياً كانت صورته هو خطأ يصلح أن تُثار على أساسه مسؤولية الإدارة، ويبرّر هذا الاتجاه في اعتبار عيب عدم الاختصاص في كلّ صورته خطأ يمكن أن يثير مسؤولية الإدارة بأن عدم الاختصاص هو عيب جسيم حتى وإن كان في درجته البسيطة لأنه يمثّل إخلالاً بالقانون الذي يتولى توزيع الاختصاصات بين الأعوان العموميين، ولذلك فإنه من المهم الاعتراف بأن عدم الاختصاص يشكّل خطأ إدارياً ويمكن أن يثير مسؤولية الإدارة إذا نتج عنه ضررٌ أكيد ومباشر⁽²⁾.

اعتمد مجلس الدولة في قرارٍ حديث له صدر سنة 2019 معيار ما إذا كانت السلطة المختصة ستتخذ نفس القرار غير المشروع في تحديد ما إذا كان عيب عدم الاختصاص يمكن أن يؤدي إلى إثارة مسؤولية الدولة واستحقاق التعويض، واعتبر المجلس بأنه عندما يلتمس الشخص دفع تعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لعدم مشروعية قرار إداري بسبب عدم الاختصاص، فإنه "يعود للقاضي الإداري أن يقدر، في تكوينه لقناعته، وفي ضوء جميع الأدلة التي قدمها الطرفان، فيما إذا كان من الممكن اتخاذ نفس القرار في ظروف القضية من قبل السلطة المختصة. وإذا ما رأى القاضي أن السلطة المختصة كانت ستتخذ نفس القرار، فلا يمكن اعتبار الضرر المزعوم نتيجة مباشرة لوجود عيب في الاختصاص يشوب القرار الإداري غير المشروع"⁽³⁾.

• ثانياً: عيب الشكل والإجراءات

تكمن أهمية الأشكال والإجراءات كعنصرٍ في القرار الإداري في أنها قد تمنح ضمانات للأفراد تجاه القرار، كضرورة إجراء تحقيق قبل توقيع العقوبات التأديبية مثلاً، أو الإعلان أو

⁽¹⁾ انظر في هذا المعنى: سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني قضاء التعويض، وطرق الطعن في الأحكام، دار الفكر العربي، مصر، 1977، ص 159.

⁽²⁾ Benoit Delaunay, op.cit. p. 168.

⁽³⁾ CE, 24 juin 2019, l'EARL Valette, n° 407059, recueil Lebon, p. 221.

تبليغ القرار، أو ضرورة احترام آجال معينة، وكذلك لأنها قد تهم الإدارة وتمنحها الفرصة للإحاطة بالأسباب والوقائع التي تدفعها لاتخاذ قرار معين، كضرورة إجراء استشارات قبلية واجبة قبل اتخاذ القرار⁽¹⁾.

تختلف حالات مخالفة الشكل أو الإجراءات التي يشترطها القانون من حيث اعتبارها خطأ قابلاً لإثارة المسؤولية الإدارية بحسب أهمية قواعد الأشكال والإجراءات، ولذلك فإنه يمكن في هذا الإطار التمييز بين أشكال وإجراءات جوهرية يشترطها القانون ويرتب عن إغفالها عدم مشروعية القرار، وأخرى ثانوية لا يؤثر غيابها أو مخالفتها في سلامة التصرف. ولذلك عندما تكون الشروط الشكلية والإجرائية عنصراً جوهرياً يتطلبه القانون، أي عندما يكون للشكل أو الإجراء أهمية خاصة بحيث يمكن أن يغير إنجاز معنى القرار، فإن سلطة الإدارة هنا تكون مقيدة وليس لها الخروج عن هذه الشروط التي لها أهمية خاصة كونها تتعلق بمصالح المخاطبين بالقرار، أو بالمرور عبر استشارات متخصصة سابقة وواجبة مثلاً، وإغفالها قد يؤثر على سلامة العمل الإداري.

بالنتيجة فإن اللامشروعية التي تشوب القرار الإداري بسبب مخالفته لشكل غير جوهري أو عدم احترامه لإجراء ثانوي وإن كانت تشكل خطأ في جانب الإدارة، إلا أن هذا الخطأ لا يثير مسؤوليتها على أساسه طالما أن القرار مؤسس في مضمونه، وطالما أن الضرر الناتج عن مثل هذه الحالة ليس محققاً وليس أكيداً.

اعتمد مجلس الدولة القاعدة السابقة في قبوله بمبدأ المسؤولية الإدارية الناجمة عن عيب في الشكل والإجراءات، حيث ذهب إلى وجوب التمييز فيها بين الجوهري وغير الجوهري لتحديد ما إذا كانت المخالفة الشكلية أو الإجرائية تشكل خطأ يصلح لإثارة مسؤولية الإدارة، وتبنى في ذلك معيار ما إذا كان من الممكن اتخاذ نفس القرار بشكل مشروع مع تصحيح المخالفة الإجرائية، وجاء في قرار له سنة 2015 بأنه "عندما يطلب شخص دفع تعويض عن الأضرار التي لحقت نتيجة لعدم مشروعية القرار الذي يفرض عقوبة، بسبب عيب إجرائي، فإنه يعود للقاضي في القضاء الكامل، بدايةً تحديد طبيعة المخالفة الإجرائية، وثانياً تكوين قناعة في ضوء الأدلة التي قدمها الأطراف، فيما إذا كان من الممكن بالنظر إلى طبيعة

(1) Jean Rivero, droit administratif, 8^e éd, Dalloz.1977, p. 249.

وخطورة المخالفة الإجرائية اتخاذ نفس القرار من الناحية القانونية، سواء فيما يتعلق بمبدأ توقيع العقوبة في حد ذاتها أو في مقدارها، وذلك في إطار الإجراءات القانونية الواجبة⁽¹⁾. ذهب مجلس الدولة في قراره في قضية carliez بأن لا يمكن أن تكون مخالفة الشكل أو الإجراءات مصدرا لإثارة مسؤولية الإدارة طالما أن القرار المطعون فيه مؤسس ومبرر في موضوعه⁽²⁾، وأكد مجلس الدولة اتجاهه هذا في العديد من قراراته، حيث جاء في قرار له بأنه " إذا كان تدخل الإدارة بموجب قرار غير مشروع قد يشكل خطأً يثير مسؤولية الدولة، فلا يمكن أن يؤدي إلى تعويض إذا كان من الممكن اتخاذ نفس القرار في ظل إجراء نظامي⁽³⁾. أما إذا كان الشكل أو الإجراء عنصراً جوهرياً في القرار الإداري فإن القضاء الإداري يعتبر ذلك خطأً صالحاً لإثارة مسؤولية الإدارة عن هذه اللامشروعية، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار له في قضية بلدية MONTREUIL-SOUS-BOIS في 1997/7/30، أن عدم تسبب القرار بشكل كافٍ من قبل رئيس البلدية يجعل القرار غير مشروع، وأن هذه اللامشروعية تثير مسؤولية البلدية وتجعل طلب الضحية بالتعويض عن الضرر المؤكّد والمباشر اللاحق به مؤسساً⁽⁴⁾.

من الواجب الإشارة إلى أن التسبب في القرار الإداري هو عنصر خارجي في القرار يتعلّق بشكله، وهو يظهر في إعلان الإدارة في القرار عن الأسباب القانونية أو الواقعية التي دفعته لاتخاذها، ورغم أن الإدارة غير ملزمة من حيث المبدأ بتسبب قراراتها لأن الأصل هو أن السبب مشروع وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبته، إلا أن القانون قد يشترط في بعض الحالات تسبب القرارات الإدارية كتلك التي توقع جزاءات تأديبية مثلاً.

• الفرع الثاني: حالات اللامشروعية الداخلية

تثور اللامشروعية الداخلية للقرار الإداري عندما يشوبه عيب الانحراف في استعمال السلطة، أو عيب في السبب أو عيب مخالفة القانون بوجه عام، وسنعرض لكل حالة وأثرها على مسؤولية الإدارة.

(1) CE, 18 novembre 2015, Sérème, no 380461, recueil Lebon. p. 397.

(2) CE, 19 juin 1981, Carliez, recueil Lebon. p. 274.

(3) CE 7 juin 2010, Bussière, n° 312909, recueil Lebon. p. 635.

(4) CE, 30 juillet 1997, Montreuil-sous-Bois, recueil Lebon. p. 309.

• أولاً: عيب الانحراف في استعمال السّطة

يشوب عيب الانحراف في استعمال السّطة القرار الإداري الذي تسعى من خلاله الإدارة إلى هدفٍ غير ذلك الذي حدّده لها القانون، بحيث أنها تتحرف بسلطتها عن الغاية النهائية المقرّرة بموجب القانون.

إن لعيب الانحراف خصوصيته النابعة من جسامته ومن دوافعه التي يمكن أن تكون في بعض الأحيان شخصية، وهو ما يفتح الباب أمام إمكانية تفسير اللامشروعية الناتجة عن الانحراف المتسم بطابعٍ شخصي على أنها خطأ شخصي لا مرفقي.

يأخذ الانحراف في استعمال السّطة صورتان، فقد يكون الانحراف من الهدف الذي حدّده القانون إلى مصلحة أخرى غريبة تماماً عن المصلحة العامة، ويمكن أن تظهر هذه المصلحة الغريبة إما في صورة مصلحة مادية لمصدر القرار أو رغبةً شخصية له في الانتقام، أو أن تتعلّق بمصالح سياسية، في حين يمكن أن يكون الانحراف من المصلحة العامة التي خصّصها القانون إلى مصلحةٍ عامةٍ أخرى كالانحراف عن أهداف الضبط الإداري لأجل تحقيق مصالح عامة أخرى.

علاوةً على ذلك قد يظهر عيب الانحراف في السّطة في شكل انحراف في الإجراءات، إذ قد يحدث أنه يمكن تحقيق نفس النتيجة أو الهدف من القرار الإداري عن طريق عددٍ من الإجراءات المختلفة والمنظمة بواسطة القانون، بحيث يكون لكل إجراء شروطه وأوضاعه الإجرائية الخاصة به. في هذه الحالة فإن الانحراف يحدث عندما تقوم الإدارة باختيار إجراء لا تتوفر شروطه بدلاً من الإجراء الصحيح، وذلك نظراً لأن الإجراء الأول يمنحها مزايا تسعى للاستفادة منها، والمثال الأشهر لذلك في القضاء الإداري الفرنسي هو اللجوء مثلاً إلى إجراء الاستيلاء على الملكية بدلاً من نزعها لأجل المصلحة العامة وذلك بهدف تجنب دفع التعويض⁽¹⁾.

على أن الإشكال الذي يطرح فيما يتعلّق بعيب الانحراف في استعمال السّطة إنما يكمن في طبيعة الخطأ الناتج عن هذا العيب، ذلك أن بعض الفقهاء اعتبروا أن الانحراف الذي يكون لأجل تحقيق هدفٍ بعيدٍ عن المصلحة كابتغاء مصلحة شخصية أو بداعي الانتقام إنما

(1) Yves Gaudemet, Traité de Droit administratif, T1, 16^e éd. LGDJ, Paris, 2001, p. 497.

يشكل خطأ جسيماً ذا طابعٍ شخصي يرتبط بنية مصدر القرار، ولذلك فإن هذه الصورة من الانحراف تكون أقرب إلى الخطأ الشخصي منها إلى الخطأ المرفقي.

أما إذا كان الانحراف الذي يشوب القرار الإداري بسيطاً بحيث يكون الهدف هو مصلحة عامة أخرى غير تلك التي حددها القانون مثل حالة الخروج عن قاعدة تخصيص الأهداف، فإن درجة جسامه الخطأ تكون أقلّ ويصلح بالتالي اعتبار مثل هذه الصورة من الخطأ خطأ مرفقياً.

وقد جرى مجلس الدولة الفرنسي على اعتبار عيب الانحراف في استعمال السلطة سبباً في إعلان مسؤولية الإدارة والحكم بالتعويض، ففي قضية السيد سيميون Siméon في 1976/4/30 اعتبر مجلس الدولة أن قرار إلغاء منصب الأمين العام للبلدية يهدف في الواقع إلى فصل الموظف الذي يشغل هذا المنصب، وأن ذلك يعد انحرافاً في استعمال السلطة لأنه يتضمن عقوبة تأديبية مقنعة وهو ما يجعل القرار مشوباً باللامشروعية التي تثير في هذه الحالة كذلك مسؤولية الإدارة⁽¹⁾.

• ثانياً: عيب السبب

يظهر الخطأ في سبب القرار الإداري باعتباره أهم العيوب التي تشوب القرار الإداري، ومعلوم أن السبب يعني مجموعة الوقائع القانونية أو المادية التي تدفع الإدارة لاتخاذ قرارها، وهو عنصر من عناصر المشروعية الداخلية للقرار الإداري كونه يتعلّق بمحتوى القرار وليس بشكله أو إجراءاته.

إن الإدارة عندما تتخذ قراراً ما فإنها إما أن تستند على قاعدة قانونية مكتوبة أو على مبدأ من المبادئ العامة للقانون، وإما أنها تستند على حالة واقعية معينة، بحيث يكون القرار الإداري النتيجة المفترضة لأحد هذه الأسباب القانونية أو الواقعية والتي تُعتبر في الحقيقة سابقة على التصرف الإداري وخارجة عن إرادة مُصدره.

وقد يكون للإدارة بناء على سلطتها التقديرية تقدير الوقائع ومدى خطورتها أو مدى ملاءمتها وصلاحياتها كسبب للتدخل بواسطة القرار الإداري، لكن الإدارة لا يجب حتى وهي

⁽¹⁾ CE, 30 avril 1976, Sieur Siméon, n° 87973, recueil Lebon. p. 225.

بصد ممارسة سلطتها التقديرية أن ترتكب خطأ ظاهراً في التقدير، ويكون الخطأ ظاهراً هنا عندما يكون فادحاً وبديهياً للدرجة التي لا يقبلها القاضي الإداري، وقد برزت فكرة رقابة الخطأ الظاهر التقدير في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1953⁽¹⁾.

كان أول تطبيق فعلي لنظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري في مجال الوظيفة العامة وذلك أوائل ستينات القرن الماضي، فقد اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي في قراره الشهير في قضية Lagrange في 1961/2/15 عندما ألغى قراراً مشوباً بغلط ظاهر في تقدير معادلة شهادات لوظائف معينة⁽²⁾، وتوسعت رقابة الخطأ الظاهر لتشمل مجالات أخرى خصوصاً مجالات البناء والتعمير وجمع فيها القاضي الإداري بين الإلغاء والتعويض عند حصول الضرر.

إن تقدير الوقائع التي تسند القرار الإداري وتشكّل الدافع لاتخاذها هو عملية مختلطة تتضمن في آنٍ واحد تقديراً للوقائع وتفسيراً قانونياً طالما أن الأمر يتعلّق بوصف واقعة ما، أي بتحديد ما إذا كانت تدخل في فئة قانونية، ويشكّل تقدير الوقائع مادياً - وخارج أي توصيف قانوني - المجال الحقيقي للسلطة التقديرية للإدارة، إذ أنه يتعلّق بالحالة التي تكون فيها سلطة التدخل الممنوحة للإدارة غير مقيدة بأي شروط قانونية، وهنا يعود للإدارة اختيار القرار الأكثر ملاءمة⁽³⁾.

وعلى أية حال فإنه ومهما كان مجال التقدير الممنوح للإدارة فإن الفقه متفقٌ على أن كل عملٍ إداري يجب أن يتضمّن من حيث الأصل عنصرين على الأقل ليكون مشروعاً، أحدهما يتعلّق باختصاص الهيئة المُصدرة، والثاني يتعلّق بالهدف المنشود من القرار الإداري الذي يجب أن يكون دائماً المصلحة العامة، وفي نطاق هذين العنصرين فإن سلطة الإدارة تظل دائماً مقيدة⁽⁴⁾.

وقد جرى الاجتهاد القضائي الفرنسي الإداري قبل قرار مجلس الدولة في قضية Driancourt التي سبق شرحها على عدم اعتبار سوء التقدير خطأً ذا طبيعة يمكن أن

(1) بيار دلفوفيه، جورج فوديل، مرجع سابق، ج (2)، ص 246.

(2) CE, 15 février 1961, Lagrange, n° 42259, recueil Lebon. p. 121.

(3) Jean-Marie Woehrling. "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France", *La Revue administrative*, 52^e Année, No. 7. 1999, p. 79.

(4) Jean Rivero, op, cit. p. 83.

يثير مسؤولية الإدارة، ولم يكن من السهل تحديد سبب إعفاء الإدارة من المسؤولية عندما تسيء التقدير، ويبدو أن القاضي الإداري وإن قبل التصريح باللامشروعية في حال اتخاذ قرارات معيبة بسوء التقدير إلا أنه لم يذهب أبعد من ذلك، ورفض اعتبار هذا العيب خطأ ذا طبيعة يمكن أن تثار على أساسه مسؤولية الإدارة⁽¹⁾.

غير أن اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي من خلال ما يستنتج من قراره في قضية Driancourt استقر على اعتبار اللامشروعية الناتجة عن الخطأ في الوقائع القانونية أو المادية أو حتى سوء تقديرها كلها حالات تشكّل خطأ يمكن أن يثير مسؤولية الإدارة حتى وإن كانت هذه اللامشروعية تتعلق بخطأ في تقدير الوقائع⁽²⁾.

لقد وسّع مجلس الدولة الفرنسي من مجال رقابته للسلطة التقديرية للإدارة بشكلٍ تدريجي، إذ أصبح بدايةً من قراره الشهير في قضية Camino في 1914/1/14 يشترط على الإدارة أن تستند على أسباب موجودة في الحالات التي تلزمها فيها النصوص القانونية بتبرير قراراتها، وطوّر المجلس اجتهاده هذا ووسّع من سلطته في الرقابة على سبب القرار الإداري عندما جعل من الصّحة المادية للوقائع التي علّلت القرار شرطاً عاماً لمشروعية العمل الإداري خارج أي موجب تعليل أو أي صلاحية مقيدة، وذلك في قراره بمناسبة قضية Trépont في 1922/1/20⁽³⁾.

أعطى مجلس الدولة الفرنسي لنفسه الحق في رقابة صحة التكييف القانوني للوقائع بدايةً من قراره في قضية Gomel في 1914/4/4، حيث ذهب المجلس إلى أنه عندما تكون ممارسة الصلاحية الإدارية مشروطة بوجود حالة معرفة بمفهوم قانوني، فإن فحص هذه الحالة يدخل في نطاق الدور العادي لرقابة القاضي أي ضمن رقابة المشروعية.

على أن ممارسة رقابة المشروعية من قبل القاضي الإداري على تكييف الوقائع في بعض الحالات ليست مطلقة، فهناك العديد من المواد التي امتنع فيها القاضي الإداري عن رقابة

(1) Franck Moderne, op.cit. p. 30.

(2) Jean Rivero, op, cit. p. 277.

(3) بيار دلفوفيه، جورج فوديل، مرجع سابق، ص 240.

التكييف القانوني للوقائع، معتبراً أن تكييف الوقائع في مثل هذه الحالات مسألة ترتبط أكثر
بسلطة تقدير الإدارة ولا يمكن شمولها برقابة المشروعية العادية.⁽¹⁾

يتعلق سوء التقدير إذن بخطأ في الأسباب التي تدفع إلى اتخاذ القرار، وهو يظهر إما في
حالة عدم وجود وقائع مادية أو قانونية تسند القرار أصلاً، وإما لأن هذه الوقائع لا تصلح
كأساسٍ سليمٍ للقرار الإداري مما يؤثر على خطأ الإدارة في تكييفها، ويمكن أن يظهر هذا
الخطأ في صور عدّة منها⁽²⁾:

- عدم وجود القاعدة القانونية التي تشكّل أساساً للتصرف، إما لأنه لم يُصادق عليها بعد
وليس نافذة، وإما لأنها مؤجلة النفاذ، وإما لأنها معلقة على صدور نص تنظيمي
يبين كيفية تطبيقها.

- الخطأ في تفسير القاعدة القانونية نفسها، فعلى الرغم من وجود هذه القاعدة القانونية
إلا أن الإدارة أخطأت في تحليل وتفسير النص القانوني، وربطه بشكل خاطئ بالقرار،
فتصير القاعدة غير صالحة لتكون أساساً للتصرف.

جديرٌ بالذكر أن القضاء الإداري يأخذ بقاعدة استبدال الأسباب في القرار
الإداري التي تعني أنه عندما يكون القرار الإداري مستنداً صراحةً على عددٍ من
الأسباب ويكون أحدها مشروع، فإنه يمكن للقاضي تجنباً لإلغاء القرار الإداري أن
يحدّد السبب غير المشروع ويستبدله بسبب آخر مشروع، وقد أكد مجلس الدولة
الفرنسي اتجاهه هذا في قرارٍ له جاء فيه بأنه "لا يمكن اعتبار اللامشروعية ذات
طبيعة يمكن أن تثير مسؤولية السّلطة العامة، عندما يكون من الممكن تسبب
القرار غير المشروع لدواعي تتعلق بمصلحة المرفق الاستشفائي نفسه"⁽³⁾، وقد قدّر
القاضي في تحليله بأن اللامشروعية لم تكن سبباً مباشراً في حدوث الضرر طالما
أنه يمكن تسبب القرار بشكل مشروع بناء على اعتبارات أخرى.

(1) Woehrling, op, cit. p. 77.

(2) Marc Heinis, L'erreur de droit dans la jurisprudence administrative. La Revue administrative, 50^e Année, No. 296, p. 143.

(3) CE, 30 septembre 2002, Dupuy, n° 230154, recueil Lebon, p. 921.

• ثالثاً: مخالفة قواعد القانون

يُعتبر عيب مخالفة القانون أكثر عيوب القرار الإداري اتساعاً في نطاقه، فهو يتعلّق بمخالفة كل القواعد القانونية باستثناء تلك القواعد المتعلقة بالاختصاص والإجراءات إضافة إلى هدف القرار وسببه⁽¹⁾.

استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن مخالفة القانون تشكّل في كل الحالات خطأ يمكن أن يثير مسؤولية الدولة متى ثبت حصول ضررٍ بسببها، خصوصاً عندما تتعلّق المخالفة بمبدأ من المبادئ العامة للقانون، وذهب المجلس في أحد قراراته بأن إقصاء شركة لعزف الموسيقى من عرض مقطوعاتها في الراديو بدون سبب وجيه يتعلّق بالمصلحة العامة يدلّ على أن الإدارة استعملت سلطاتها لتحقيق هدف غير ذلك المرسوم لها، وخالفت مبدأ المساواة الذي يحكم سير المرافق العامة، وهذه الحالة تشكل خطأ يثير مسؤولية الدولة⁽²⁾.

كما يمكن إضافة حالة خرق الإدارة لقاعدة حجية الشيء المقضي فيه قضائياً أو إدارياً باعتبارها صورة من صور مخالفة القانون، حيث أن جوهر الشيء المقضي فيه يتمثل في أنه يُفرض على الإدارة باعتباره حقيقة قانونية، وخرق هذه القاعدة يدلّ على انتهاك قاعدة قانونية أساسية وضرورية لضمان الأمان في العلاقات الاجتماعية⁽³⁾.

بالمجمل فإن عيب مخالفة القانون وفق ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي يمكن أن يظهر في حالات مثل:

- الخطأ المباشر في تطبيق القاعدة القانونية أو مخالفتها.
- مخالفة المبادئ القانونية العامة كمبدأ المساواة بين المنتفعين من المرفق العام، أو مخالفة مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية⁽⁴⁾.

(1) Jean Walin, droit administratif, 25^e éd, Dalloz, Paris, 2014, p. 664.

(2) CE, 09 mars 1951, Société des Concerts du Conservatoire, n° 92004, recueil Lebon. p. 151.

(3) Benoit Delaunay, op.cit. p. 169.

(4) عبد الله طلبية، مرجع سابق، ص 352-353.

♦ المطب الثاني: الضّرر كشرط لقيام المسؤولية الإدارية بسبب اللامشروعية

من الواضح مما سبق أن كل لامشروعية لا تؤدي دائماً إلى قيام مسؤولية الإدارة واستحقاق التعويض، إذ أن العديد من حالات اللامشروعية الخارجية خصوصاً ما تعلق منها بالشكل والإجراءات هي حالات بسيطة ولا تثير مسؤولية الإدارة نظراً لعدم حصول أي ضرر بسببها، ولذلك فإن استبعاد المسؤولية الإدارية في هذه الحالات ليس بسبب أن اللامشروعية هنا لا تشكل خطأ، بل لأنه لم يحصل أي ضرر يبرر قيام المسؤولية الإدارية.

سلك مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته هذا الاتجاه في اعتبار حصول الضرر شرطاً لقيام مسؤولية الإدارة بسبب اللامشروعية، ففي قرار بتاريخ 1970/10/30 في قضية وزارة الصحة العامة والضمان الاجتماعي ضد كونستاتين، اعتبر أن "اللامشروعية التي تشوب القرار الإداري لم تسبب للسيد كونستاتين أي ضرر يتوجب على الدولة جبره بالتعويض"⁽¹⁾.

يُستنتج من قرار مجلس الدولة الفرنسي السابق أنه لتكون اللامشروعية خطأ يثير بشكل مباشر مسؤولية الإدارة يجب أن يسبب العمل اللامشروع ضرراً مباشراً وأكيداً، وأن تكون اللامشروعية هي السبب المباشر في حدوث الضرر للضحية، وهذا في الحقيقة تطبيق للقواعد العامة للمسؤولية التي تشترط وجود علاقة سببية بين العمل غير المشروع وبين الضرر.

إن ثبوت اللامشروعية وقيام الخطأ في جانب الإدارة نتيجة لذلك لا يمكن أن يؤدي إلى استحقاق التعويض إلا بإثبات العلاقة السببية، وفي قرار مجلس الدولة الذي أشرنا إليه سابقاً بتاريخ 2019/6/24، فإن القاضي الإداري لم يحكم بالتعويض انطلاقاً من أنه لم تثبت علاقة سببية بين عيب عدم الاختصاص الذي شاب قرارات المحافظ وبين الأضرار التي لحقت شركة l'EARL Valette بسبب قطع الأشجار بموجب تلك القرارات".

على ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي وإن اعترف بطابع الخطأ الذي ينتج عن اللامشروعية التي تشوب القرار الإداري، فإنه لا يعترف بالحق في التعويض إلا بحدوث ضرر أكيد ومباشر، وصرح مجلس الدولة بموقفه هذا في قرار له جاء فيه "إذا كانت لامشروعية قرار المحافظ

⁽¹⁾ CE, 30 octobre 1970, Ministre de la Santé Publique et de la sécurité sociale c. Constantin, n°74997, recueil Lebon. p. 651.

تشكل خطأ ذا طبيعة يمكن أن يثير مسؤولية الدولة، فإنه لا يمكن استحقاق التعويض إلا إذا كان الضرر الناتج عن القرار غير المشروع مؤكدا ومباشرا⁽¹⁾.

يقع على عاتق الضحية إذن إثبات العلاقة بين القرار غير المشروع وبين الضرر، وذلك بإثبات أن الضرر مباشر، أي أنه النتيجة المباشرة للعمل غير المشروع الذي يتمثل هنا في لامشروعية القرار الإداري، والحقيقة أن إثبات الضرر المباشر يثير العديد من الصعوبات خصوصا عندما يتعلق الأمر بأسباب متعددة أدت كلها إلى إحداث الضرر، كفعل الضحية أو تدخل الغير، لكن وبصفة عامة، فإن القضاء الإداري يعتمد نظرية "التعادل في الأسباب"، التي تعني البحث في كل الأفعال السابقة على الضرر وتحديد ما يفترض أن يكون هو السبب المباشر في إحداثه⁽²⁾.

علاوة على إثبات الضرر المباشر الذي كان نتيجة لعبع المشروعية الذي لحق بالقرار الإداري، فإنه يجب على الضحية إثبات أن الضرر الحاصل له مؤكد، أي أنه ثابت الوقوع في الحال أو في المستقبل. إن الضرر الحال لا يتعارض مع الضرر الذي يثبت لدى القاضي حصوله في المستقبل، لكنه يتعارض مع الضرر المحتمل الذي تكون فرص حدوثه ضعيفة أو منعدمة، ولذلك ونظرا لهذا الطابع غير المؤكد للضرر فإنه لا مجال للتعويض عنه⁽³⁾.

يعتبر تفويت الفرص أهم مثال لفكرة الضرر المؤكد حصوله في المستقبل، وقد طبق مجلس الدولة فكرة تفويت الفرصة كضرر مؤكد الوقوع في المستقبل في العديد من اجتهاداته، خصوصا في المجال الطبي، وكذلك في مجال الوظيفة العامة، وفي تطبيق حديث لهذه النظرية ذهب مجلس الدولة في قرار له صدر سنة 2017 إلى أن الرفض غير المشروع لمنح رخصة التعمير يشكل خطأ ذا طبيعة يمكن على أساسه إثارة مسؤولية السلطة العامة، واعتبر أن هذا الخطأ قد يفتح المجال للحصول على الحق في التعويض إذا استطاع الضحية فقط أن يثبت ظروفًا خاصة ومبررة، كتلك المتعلقة بالتزاماته تجاه المشتريين المستقبليين لقطع أرضية، أو حالة متقدمة من المفاوضات الجارية معهم، وهو ما يجعل الضرر الناتج عن تفويت الفرصة بسبب الرفض غير المشروع لمنح الرخصة ضررا مباشرا وأكيدا ومؤسسا، ويعطيه الحق في

(1) CE 16 février. 2004, de Witasse Thezy, n° 219516, recueil Lebon, p. 79

(2) Yves Gaudemet, op, cit. p. 829.

(3) J.-P. Taugourdeau, "Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extracontractuelle de la puissance publique", AJDA, Novembre, 1974, p.512.

الحصول على تعويض عن الربح المعقول الذي كان من المتوقع أن يحصل عليه من هذه العملية، وخلص المجلس في هذه القضية بأن "الخسارة في الأرباح أو تقويت الربح الناتج عن استحالة تنفيذ عملية عقارية بسبب الرفض غير القانوني لترخيص البناء هي أضرار ذات طبيعة محتملة ولا يمكن، لمجرد ذلك، منح الحق في التعويض"⁽¹⁾.

جدير بالذكر أن وجود الضحية في وضع غير نظامي يقطع العلاقة السببية بين الضرر والعمل القانوني غير المشروع للإدارة، وذلك عندما يكون هذا الوضع هو السبب في حصول الضرر وليس عمل الإدارة، وقد صرح قاضي مجلس الدولة الفرنسي في قراره في قضية Michel التي أشرنا إليها سابقاً بتاريخ 2010/1/30 بأنه "إذا كان المبدأ أن كل لامتروعية ترتكبها الإدارة تشكل خطأ صالحاً لإثارة مسؤوليتها شريطة أن يؤدي ذلك إلى ضررٍ أكيد ومباشر، وأن مسؤولية الإدارة لا تقوم عندما تكون الأضرار غير ناتجة عن اللامتروعية وإنما ناتجة عن وضع غير نظامي للضحية بغض النظر عن أعمال السلطة العامة والتي يمكن للإدارة إنهاؤها بشكل قانوني في أي وقت".

ولذلك يذهب الفقه إلى أنه في قضاء المسؤولية الإدارية الناجمة عن اللامتروعية، وكما هو الحال في كل قواعد المسؤولية الإدارية، فإن القاضي يأخذ موقف الضحية في الاعتبار ليس فقط لتحديد مدى التعويض، ولكن أيضاً لتحديد ما إذا كان مقدّم الطلب يستحق التعويض أصلاً⁽²⁾.

○ خاتمة

يمكن الاستنتاج من خلال ما سبق من تحليل للعلاقة بين اللامتروعية والمسؤولية الإدارية أن فكرة الضرر المباشر والمؤكد هي التي تجمع بين مفهومي اللامتروعية الإدارية والخطأ حتى وإن كان المفهومين ينتميان إلى حقلين مختلفين.

من الواضح بأن اللامتروعية التي تشوب القرار الإداري وإن كانت تؤدي إلى إلغائه إلا أنها يمكن أن تؤدي أيضاً إلى إلحاق الضرر بالمراكز القانونية التي تستهدفها، ولذلك فإن المتضرر من هذه اللامتروعية لا يكفي الإلغاء وإنما يستحق التعويض تطبيقاً للقواعد العامة

⁽¹⁾ CE, 12 Juillet 2017, Société Negocimmo, n°394941, recueil Lebon (tables). p. 794.

⁽²⁾ Michel Paillet, op, cit. p. 130.

للمسؤولية، وعند هذه النقطة بالذات تتحول اللامشروعية إلى خطأ يؤسس للمسؤولية الإدارية فيتداخل بذلك مفهومي اللامشروعية الإدارية والمسؤولية الإدارية بعمق وبشكل مُبرّر. ومع أن التلازم بين اللامشروعية والخطأ أصبح مبدأ مستقراً في اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي لكنه لم يصرّح بموقفه صراحة من مسألة العلاقة بين مفهومي اللامشروعية والخطأ، ولجأ إلى القواعد العامة في المسؤولية التي تتطلب لقيامها وجود خطأ يؤدي إلى حدوث الضرر دون النظر إلى مصدر هذا الخطأ وخصوصيته في الأعمال القانونية للإدارة. على أنه من الأهمية التأكيد على أن التلازم هو بين اللامشروعية والخطأ وليس بين اللامشروعية والمسؤولية الإدارية، ذلك أن اعتماد مبدأ التلازم يعني أن كل لامشروعية هي خطأ لكن ليست كل لامشروعية تؤدي حتماً إلى قيام المسؤولية واستحقاق التعويض. إن التوسع في تطبيق علاقة التلازم بين اللامشروعية والخطأ لتشمل آليات قيام المسؤولية الإدارية واستحقاق التعويض في كل حالة لامشروعية سيؤدي إلى هدر المال العام في تعويضات عن أعمال إدارية قد تكون اللامشروعية فيها بسيطة وغير ضارة بحقوق الأفراد، إضافة إلى أن ذلك قد يهدّد بشلّ نشاط الإدارة بحيث أنها ستحجم على اتخاذ القرارات الإدارية اللازمة لأداء مهامها خشية الوقوع دوماً في حالة اللامشروعية الملازمة لمسؤوليتها. وكما هو الحال في جلّ القواعد الموضوعية المتعلقة بالقضاء الإداري، فإن الدور الحاسم إنما يعود للقاضي الإداري في فحص مدى تلازم اللامشروعية والمسؤولية الإدارية حالةً بحالة، كما أنه يعود له لوجده فحص مدى وجود ضرر أكيد ومباشر يبرّر الحكم على الإدارة بالتعويض.

الاختصاص القضائي للعقود الإدارية الالكترونية في النظام القانوني الأردني (دراسة مقارنة)

د. أحمد الضلايين

د. صفاء السويلميين⁽¹⁾

تسعى الإدارة في سبيل تسيير أمورها إلى الاستعانة بوسائل متعددة تيسر لها مهماتها، سواء الوسيلة البشرية (الموظفين) أو الوسيلة المادية، أو القانونية، فالوسيلة القانونية بوصفها ضرورة لعمل الإدارة منها ما يتوقف على إرادتها المنفردة فيما يعرف بالقرار الإداري، وأخرى تلجأ فيها الإدارة إلى التعاون مع طرف آخر لإشباع حاجاتها العامة عبر عقد تبرمه مع ذلك الطرف. هذه العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد قد تأخذ طابع العقد العادي الخاضع لنظام القانون الخاص، لتتساوى فيه الإدارة صاحبة السلطة العامة مع الفريق المتعاقد معه، أو إنها تأخذ طابعاً مميزاً يعلي الإدارة بسلطتها وسطوتها بحيث تفرض شروطها على المتعاقد معها، عبر عقد إداري تجعل فيه من نفسها صاحبه المصلحة والرفعة، هذا الفارق بين طرف الإدارة المتعاقدة والطرف الآخر يلقي بظلاله على القضاء، وذلك حين تثور منازعة تتعلق بعقد تبرمه الإدارة، إذ إن الدول التي أخذت بنظام القضاء المزدوج أفردت قضاء متخصصاً لنظر المنازعات الإدارية بما فيها منازعات العقود الإدارية، معطية ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء كقاعدة عامة، وإن اعترف بقضاء الإلغاء في هذه المنازعات استثناء على القاعدة العامة، وهي مسألة تقتضي النظر والبحث حول واقع هذا الاختصاص في النظام القانوني الأردني، الذي يأخذ بالقضاء المزدوج ولكنه جعل ولاية النظر في منازعات العقود الإدارية للقضاء العادي كقاعدة عامة.

⁽¹⁾ كلية القانون / جامعة اليرموك.

• أهمية البحث:

تعد العقود الالكترونية نتاج التطور التكنولوجي الذي بلغه العالم، والذي انعكس على آلية التعامل في العلاقات المختلفة على صعيد الدول والإدارات والأفراد، بما يقتضي وجوب توجه الدول إلى إيجاد قواعد قانونية خاصة تحكم تلك العلاقات التي يحكمها الفضاء الرطب، ولم تكن الأردن ببعيدة عن تلك الدول حيث أصدر المشرع الأردني قانون المعاملات الالكترونية رقم 85 لسنة 2001 وما تبعه من تعديلات إلى حين صدور القانون رقم 15 لسنة 2015، والذي ابرز فيه المشرع الأردني اهتمامه بموضوع العقد الالكتروني الذي يتم بوسائل لم تكن معروفة في المعاملات التقليدية السابقة، كما هو شأن المشرع الإماراتي، حيث تبرز الأهمية في بيان أوجه القصور التشريعي المتعلقة بالعقود الإدارية الالكترونية. وما هو ثابت في العقود أن كل عقد لا بد أن يترتب أثراً قانونية معينة، وأنه لا بد لكل عقد من زمان ومكان انعقاد، ولا بد له من أحكام قانونية تحكمه وتترتب عليه، ولما كان الفضاء الرطب هو مكان انعقاد العقد الإداري الالكتروني.

• اشكالية البحث:

يثار موضوع الاختصاص القضائي للعقود الإدارية الالكترونية في ظل تكنولوجيا ثورية فرضت نفسها طوعاً وكراهية وأفرزت الحكومات الالكترونية التي لجأت إلى عقود إدارية الكترونية لإتمام أعمالها، فدخل الانترنت والأجهزة الذكية كوسيلة للتعاقد عابرة للحدود فأثارت مسألة أبعد في مداها لا تقف عند حدود القانون الوطني وإنما أثارت مسألة الاختصاص القضائي لهذه العقود الإدارية الالكترونية.

وعليه تثار التساؤلات الآتية: هل تخضع العقود الإدارية الالكترونية في مجالي الاختصاص القضائي لذات القواعد التي تخضع لها العقود الإدارية التقليدية؟ لا سيما ما تعلق منها بضابط مكان انعقاد العقد وما له من آثار على القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة.

وما مدى كفاية التشريعات النازمة للمعاملات الالكترونية لتغطية القواعد المتعلقة بالعقود الإدارية الالكترونية؟. وفي سبيل تحقيق النتائج المرجوة فقد اعتمدنا المنهج التحليلي الوصفي

والتطبيقي للقواعد القانونية النازمة للعقود الإدارية. حيث قسمت الدراسة إلى مبحثين تناولنا في الأول منهما ماهية العقود الإدارية الإلكترونية، وفي الثاني أثر تحديد الاختصاص القضائي على العقود الإدارية الإلكترونية.

○ المبحث الأول: ماهية العقود الإدارية الإلكترونية

يقتضي البحث في ماهية العقود الإدارية الإلكترونية تحديد مفهومها عبر بيان معناه وأهميته ثم خصائصه المميزة له والتي تبرر استحداث نظام قانوني خاص به، والتي تقتضي البحث في المعايير المميزة أيضاً لهذه العقود عن العقود التقليدية، حيث سنعمل في المطالب التالية على بيان تعريف هذه العقود وبيان خصائصها في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنتناول البحث في المعايير المميزة لهذه العقود.

◆ المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري الإلكتروني

لتحديد مفهوم العقد الإداري الإلكتروني لابد لنا أن نحدد تعريفه وأهميته والخصائص المميزة له، وفقاً للتقسيم الآتي:

• الفرع الأول: تعريف العقد الإداري الإلكتروني

العقد في القانون هو اتفاق بين إرادتين على ترتيب أثر قانوني معين بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله⁽¹⁾، أما العقد الإداري فهو ليس عقد للإدارة ولا عقد للأفراد، إنما هو عقد يتوفر فيه مجموعة من الخصائص المترجمة لمكانة الإدارة في علاقتها مع الآخر متميزاً بأن محل العقد الإداري من المرونة التي تسمح للإدارة تعديل التزامات المتعاقدين أحياناً بما يتفق وحرص الإدارة تحقيق المصلحة العامة بما يكفل حسن التنظيم.

وعلى ذلك فإن العقد الإداري "العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، متبعاً في هذا الأساليب المقررة في القانون

(1) أنور سلطان، مصادر إلتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، (عمان: منشورات الجامعة الأردنية، 1987) ط1، دون جزء، ص10.

العام. بما يعني انطوائه على نوع أو آخر من الشروط غير المألوفة الإلتباع في القانون الخاص⁽¹⁾ وفي الفقه الإداري يعرف الدكتور الطماوي العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"⁽²⁾.

إلا انه ومع بروز الحكومة الالكترونية ظهر العقد الإداري الالكتروني الذي يعتبر عقداً إدارياً بالمعنى المألوف إلا أنه يختلف في وسيلة التعاقد حيث لا تستخدم الأوراق فيه والوثائق وإنما وسائل التكنولوجيا الحديثة⁽³⁾، الأمر الذي أدخل تساؤلات حول مفهوم هذا العقد وكيفيته. إذ يعرفه الدكتور ماجد راغب الحلو بأنه "اتفاق يبرم وينفذ جزئياً أو كلياً عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات بقصد إنشاء التزامات تعاقدية، وذلك بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسيط"، وعرفه الدكتور صالح المنزلاوي بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل".

كما عرف قانون المعاملات الالكترونية الأردني الملغي لعام 2001 في المادة الثانية منه العقد الالكتروني "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً"، في حين خلا قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015 من تعريف لهذا العقد، وكذلك الحال نجد إن المشرع الإماراتي في القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006 لم يعرف العقد الإداري الالكتروني، إلا أنه اعتبر أن المعاملة صورة من صور العقد، حيث نصت المادة (1) من القانون بأن المعاملة الالكترونية هي "أي تعامل أو عقد أو اتفقيه يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بوساطة المراسلات الالكترونية". أما المشرع المصري فقد عرف المحرر الالكتروني في المادة (1أب) من قانون التوقيع الالكتروني بقوله أنه "رسالة تتضمن معلومات

(1) حكم المحكمة الدستورية مصر 1991/1/5، القضية رقم 1 لسنة 12 جزء 4 رقم 26 ص536.

(2) سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1984) دون طبعة: ص52).

(3) داود الباز، الإدارة العامة "الحكومة الالكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، (الكويت: مجلس النشر العربي، 2004)، دون طبعة: ص19.

تنشأ أو تخزن أو ترسل أو تستقبل بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة".

وعليه نرى أنه عقد وإن تم بوسائل تكنولوجيا حديثة إلا أنه عقد يجمع بين متعاقدين يعبران عن إرادتهما كأنهما في مجلس عقد واحد لا فارق بينهما مهما اختلفت شخصوهم، فهو عقد يبرمه شخص معنوي عام مستخدماً وسائل تكنولوجيا بقصد تسيير أو إدارة مرفق عام مع نية الإدارة استخدام وسائل وأحكام القانون العام.

ولما كان العقد الإداري الإلكتروني لا يختلف عن العقد الخاص، ذلك أنه يقوم على ذات الأركان التي يقوم عليها العقد الخاص، فقد ظهرت الحاجة إلى البحث عن معيار يميز العقد الإداري الإلكتروني عن العقد الخاص لضرورة وضع الحدود الفاصلة بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري.

إن الناظر إلى تعريف العقد الإداري الإلكتروني يجد أن له عناصر أساسية ثلاثة تميزه عما سواه من العقود الخاصة تتجلى في كون الإدارة طرفاً في العقد، واتصال هذا العقد بمرفق عام وأن تستخدم الإدارة عند إبرامها العقد أساليب ووسائل القانون العام عبر تضمينه شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص. (على ما سنراه في المطلب الثاني من هذا المبحث).

• الفرع الثاني: أهمية العقود الإدارية الإلكترونية

يشكل العقد الإداري الإلكتروني أحد الوسائل القانونية المهمة للإدارة في تنفيذ نشاطها وتقديم خدماتها، مواكبة في ذلك التطور التقني الذي دخل كاهه مناحي الحياة، ولما لهذه العقود من دور في تخطي المعوقات الحدودية⁽¹⁾، وعليه فقد برزت للعقود الإدارية الإلكترونية أهميتها التي فرضت على المشرع والإدارة وجوب مراعاتها واحترامها:-

أولاً: تساهم العقود الإدارية الإلكترونية في تجاوز الحكومات الإلكترونية للبيروقراطية والروتين في تعاملاتها، بما يسهم في رفع كفاءة الأجهزة الإدارية في تقديم خدماتها بل ورفع سوية هذه الخدمات المقدمة لتغطي الطلب الزائد عليها، بما يسير بصورة مضطربة مع زيادة

(1) زيد المقبل، أثر تكنولوجيا المعلومات والاتصال على المشاركة السياسية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 2010، ص159.

عدد السكان والضغط على الخدمات والتعامل الحكومي، حيث تسهل هذا العقود معرفه احتياجات الأفراد وسهولة التواصل معهم بعيدا عن العالم الورقي⁽¹⁾. بل وفي أي وقت خارج أوقات الدوام الرسمي بما يسهم في سير المرافق العام بانتظام وباضطراد.

ثانيا: توفير الكلفة المالية على الإدارة، حيث يحقق النشر والإعلان الإلكتروني للمعاملات والإعلانات الحكومية والتنفيذ الإلكتروني، وفراً مالياً لأسعار الأوراق وأماكن تخزينها وتوفير وسائل الأمن والحفظ لهذه المستندات، لا سيما عندما يتعلق النشر والإعلان في الوسائل التقليدية بعدد كبير من الأشخاص، أو بما يوفر تكلفه المحضرين والإعداد وغيرها مما تتطلبه العملية الورقية التقليدية.

ثالثا: تعزيز مبدأ الدخول إلى المنافسة، وذلك عبر توفير الفرصة للكافة للاطلاع على ما تطرحه الحكومات من عطاءات وما تتطلبه من العقود، الأمر الذي يعطي الإدارة فرصة أفضل في الوصول إلى أكبر عدد ممكن من المتعاقدين فتختار الأفضل من بينهم، هذا المر الذي يسهل تبادل المعلومات بين الإدارة والجمهور لا سيما من المتعاقدين منهم، بما يرفع من مستوى الشفافية والثقة في التعاقد عبر ثبات ووحدة الشروط المعلنة للكافة على المواقع الإلكترونية الرسمية للحكومة الإلكترونية.

• الفرع الثالث: خصائص العقد الإداري الإلكتروني

لما كان العقد الإداري الإلكتروني من نتاج التطور التكنولوجي، الذي فرض على الإدارة وجوب مواكبه هذا التطور في تعاملها الإلكتروني، نظرا لما وجدته من صفات مميزة لهذه العقود عن العقود التقليدية، و عليه لا بد من بيان هذه الخصائص التي أوجبت على المشرع والقضاء مراعاة هذه العقود، وإيلائها الأهمية الواجبة:

أولاً: لا يختلف العقد الإداري الإلكتروني عن العقد التقليدي من حيث الموضوع أو الأطراف⁽²⁾ وإنما يتمايزان في طريقة ووسائل إبرامه الإلكترونية وإثباته، لاسيما أن العقد

(1) محمد يحيى المحاسنة وشار محمود دودين، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، عمان، دار الثقافة للنشر، 2006، ص37.

(2) حسن محمد بودي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2009، ص13.

الإلكتروني يستند إلى وسيلة غير ورقية وإنما بيانات تنتقل عبر الفضاء الرحب، الأمر الذي يجعله قريباً تارة من العقد العادي وبعيداً تارة أخرى كالتعاقد عن بعد الأمر الذي يقتضي البحث عن أحكام خاصة لهذا النوع من العقود.

ثانياً: مراعاة للطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني كان لا بد من البحث عن وسيلة لإثباته تجلت بالتوقيع الإلكتروني نظراً لطبيعة التعاقد عن بعد باعتبار التوقيع الإلكتروني وسيلة لإثبات هوية المتعاقدين والتعبير عن إرادتهم.

ثالثاً: تلاشي فكرة الزمان والمكان في العقد الإلكتروني، بل تطورت المسألة من حيث إمكانية الأخذ بفكرة التسليم المعنوي أو التنفيذ المعنوي للعقد عبر الأجهزة التكنولوجية المستخدمة، مثل برامج الحاسوب والاستشارات الطبية والقانونية وأعمال التحكيم، بل والاستعاضة عن الدفع النقدي بالدفع الإلكتروني⁽¹⁾.

رابعاً: تتحقق العقود الإدارية الإلكترونية عبر وسائل تكنولوجية حديثة تكون عابرة للحدود فتصبح دولية عبر تنقلها في الشبكات⁽²⁾، الأمر الذي قد يثير مسألة القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بمنازعات العقود الإلكترونية، هل هو القانون المدني ومن ثم القضاء المدني المختص بنظر النزاع أم هو القانون الإداري ويكون القضاء الإداري المختص بذلك.

خامساً: تسهم العقود الإلكترونية فيما لو فعلت على صعيد واسع في تخفيض النفقات المتمثلة في طرح العطاءات ورقياً، وتحقيق العدالة بين المتنافسين في حصولهم على المعلومات والبيانات والسرعة في الانجاز.

سادساً: قد تنثور مشكلة تحديد الاختصاص المكاني أو تتداخل بما يقتضي وجوب تحديد مواقع أو محددات للإدارات بما يحول دون اعتداء البعض على الآخر.

بناء على ما سبق يمكن لنا أن نستنتج بأن العقد الإداري الإلكتروني يتسم بطابع خاص يميزه عن غيره من العقود كونه يخضع للقواعد العامة للعقود في القانون المدني من جهة، فضلاً عن خضوعه لأحكام التعاقد عن بعد، مع وجود الإدارة طرفاً فيه بوصفها شخصاً ذي

(1) أحمد أمانج رحيم، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، الأردن، دار وائل للنشر، 2006، ص72-73.

(2) عبدالباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي القانونية، 2010، ص46-47.

سلطة في إطار تباعد أطراف العلاقة وتلاقيهم عبر الفضاء في وسط ينعدم فيه التواصل المادي الملموس، بما يثيره ذلك التباعد من إشكاليات تتعلق بالاختصاص القضائي لهذه العقود.

♦ المطالب الثاني: المعايير المميزة للعقود الإدارية الالكترونية

نظراً لتفرد العقد الإداري الإلكتروني بخصائصه المميزة، كان لابد من البحث عن المعايير التي تميز هذه العقود عما سواها من عقود تقليدية خاضعة لمبدأ التراضي المعروف في القانون المدني بوصفه الشريعة العامة لأحكام العقود - سواء في الأردن أم الإمارات أم مصر - هذه المعايير التي نبحثها على النحو التالي:

• الفرع الأول: أن تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد

من البداهة يمكن حتى نكون أمام عقد إداري إلكتروني أن يكون أحد طرفيه على الأقل شخصاً من أشخاص القانون العام سواء أكانت إدارة مركزية أم لا مركزية مرفقية كانت أم إقليمية، أو إحدى الوزارات. هذا وقد اتسع مفهوم الشخص العام ليشمل المنظمات التي تنظم نشاطات مهنية أو اقتصادية كالنقابات المهنية وغرف الصناعة والتجارة.

وقد كان نص المادة (9/أ) من قانون محكمة العدل العليا رقم 12 لسنة 1992 قد اخضع قرارات هذه الهيئات لاختصاص محكمة العدل العليا، وهو النص ذاته الذي أعيد التأكيد عليه في قانون القضاء الإداري رقم 14 لسنة 2014، ومن ذلك مثلاً انه يمكن الطعن في قرارات مجلس نقابة المحامين لدى القضاء الإداري.

ولا يغير من صحة الطرف المتعاقد أن تحيل الإدارة لجهة إدارية أخرى إبرام العقد أو أن توكل غيرها أو تنبيهه في إبرام عقد إداري إلكتروني مع فريق آخر إدارياً كان أم خاصاً. بل وينسحب القول إلى أن القضاء الإداري الفرنسي وعلى نهجه المصري يسبغ صفة العقد الإداري وإن تم إبرامه من قبل شخص عادي أو شركة تعمل لمصلحة الإدارة كما هو الحال في العقود الخاصة بتوزيع السلع والحاجات الأساسية في أوقات الأزمات نيابة عن الإدارة في سبيل إشباع

حاجة عامة بما يضمن دوام سير المرفق العام⁽¹⁾، لاسيما أنه وفي ظل القانون الفرنسي للعقود الإدارية والمتفقة مع التوجهات الأوروبية للعقود الالكترونية الصادرة في عام 2004 والتي تتمثل في المرسوم رقم 18-2004 الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والخدمات والتوريد وكذلك المرسوم رقم 17-2004 الخاص بإجراءات إبرام عقود المياه والطاقة⁽²⁾، نجد تعزيزاً لفكرة إمكان إبرام هذا النوع من العقود عبر أشخاص القانون الخاص عبر وكالة خاصة أو ضمنية تسمح بإبرام هذا العقد، وهي مسألة ممكنة في ظل دولة تحدد عقودها الإدارية بموجب نصوص خاصة بها خلافاً للوضع في مصر والأردن والتي تتعامل مع العقود الإدارية انطلاقاً من طبيعتها الذاتية⁽³⁾.

• الفرع الثاني: اتصال العقد بمرفق عام

تستلزم العقود الإدارية الالكترونية تحقيق المصلحة العامة وإشباع حاجات عامة عبر إدارتها وإشرافها على المرافق العامة في الدولة، الأمر الذي يبرر تمتع الإدارة بسلطات استثنائية في عقودها، أي أن مناط العقد الإداري وتمييزه عن العقود الخاصة هو ارتباطه باحتياجات المرفق العام⁽⁴⁾.

وقد عرفت محكمة العدل العليا الأردنية المرفق العام بأنه " حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغاً يقتضي تدخل الحكومة لكي توفرها للآخر باستخدام وسائل القانون العام... أي إن العنصر الأساسي في المرفق العام ضرورة وجود خدمة يهدف المشرع إلى أدائها من الحكومة مباشرة..."⁽⁵⁾، كما إن التوجيهات الأوروبية الخاصة بإبرام العقود الإدارية لاسيما التوجيه الأوروبي رقم 18-2004 فيما يتعلق باتصال العقد بتنظيم وإدارة المرافق العامة في تحديد العقد الإداري وقد خص عقد التوريد وعقد الأشغال وعقد الخدمات بالإبرام عن طريق

(1) محمود الجبوري، العقود الإدارية، (عمان: دار الثقافة، 2010) دون طبعة: ص55.

(2) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، (القاهرة، دار النهضة العربية، 2005). دون طبعة: ص12.

(3) قيदार عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري، مجلة الزافدين للحقوق، 2008، المجلد 10، العدد 37، ص156.

(4) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، (القاهرة: دون دار نشر، 1973) دون طبعة: ص17.

(5) عدل عليا تاريخ 1969/4/30، مجلة نقابة المحامين، 1969، ص321.

وسائط الكترونية، كما أكد عليها قانون العقود الإدارية الفرنسي بالإضافة إلى مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾.

ويأخذ العقد الإداري الإلكتروني في اتصاله بالمرفق العام صوراً عدة، منها ما يتعلق بإنشاء المرفق ذاته (عقد الأشغال العامة) ومنها ما يتصل باستغلال وإدارة المرفق العام (عقد الامتياز) ومنها ما يتصل بتسيير المرفق العام وضمّان سيره (عقد التوريد) وإذا لم يتصل العقد بنشاط المرفق العام ذاته انتقت صفة العقد الإداري⁽²⁾. بل أكد القضاء المصري على معيار المرفق العام وارتباطه بالعقد الإداري ومن ذلك تقول محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 12/5/1957 "إن العقود الإدارية نوعان العقود الخاصة بالمرافق العامة أي العقود التي يعقدها شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره والعقود الإدارية خارج نطاق المرافق العامة والتي يعقدها شخص معنوي من أشخاص القانون العام وتظهر نيته فيها بالأخذ بأسلوب المرفق العام وأحكامه وذلك بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"⁽³⁾.

ويمكن القول إن العقد الذي لا يتصل بأحد المبادئ التي تحكم المرافق العامة لا يكون عقداً إدارياً على أساس اتصاله بالمرفق العام وهذه المبادئ هي: "1- مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام وباضطراد. 2- مبدأ المساواة في الانتفاع من خدمة المرفق العام. 3- مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير وفق متطلبات الظروف."⁽⁴⁾ هذا مع مراعاة التوجه الدولي نحو الحكومات الإلكترونية.

وبناء على المعيار السابق يمكن أن نعرف العقد الإداري الإلكتروني بأنه العقد الذي تبرمه الدولة مع دولة أخرى أو شخص معنوي عام أو شخص من أشخاص القانون الخاص سواء أكان ذلك أصالة أو من خلال تفويض صريح أو ضمّني من أشخاص القانون العام وذلك

(1) نزار حازم، الديمولوجي، التعاقد عبر شبكة المعلومات العالمية، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، العراق، 2002، ص24.

(2) محمد الخليلية، القانون الإداري، (عمان: دار الثقافة، 2012) ط1، ج2: ص268.

(3) محمود الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص40.

(4) محمود الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص43.

بهدف تسيير وتنظيم المرفق العام عن طريق الشبكة الالكترونية العالمية عبر تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في المعاملات الالكترونية للقانون الخاص.

• الفرع الثالث: استخدام الإدارة أساليب القانون العام عند التعاقد (الشروط الاستثنائية)

لا يكفي للقول بوجود عقد إداري اتصاله بنشاط مرفق عام لا سيما بعد تراجع فكرة المرفق العام كمعيار مميز للعمل الإداري وإنما لا بد من ظهور الإدارة في العقد المبرم من جانبها بمظهر السلطة العامة متحلية بامتيازاتها المستمدة من كونها صاحبة سلطة وسيادة. أي تلك الصفة التي تظهر الإدارة الطرف الأمر في العقد، الأمر الذي يتحقق عبر تضمين العقد الإداري شروطاً وأوامر غريبة قد لا تتواجد في عقود القانون الخاص، وهي مسألة لا تختلف حسب طريقة إبرام الإدارة لعقودها عادية كانت أم الكترونية.

ويرى الفقيه الفرنسي thierevet أنه طالما يتم إبرام العقد الالكتروني من خلال وسيط الكتروني لا يتدخل في جوهر العقد الإداري مما يعني إمكانية التعاقد عن طريق الإحالة إلى عقود نموذجية تضعها الجهة الإدارية على موقعها الالكتروني وتضمنها ما تريد من شروط استثنائية أو إخضاعها لنظام قانوني استثنائي خاص يميزها عن العقود التقليدية⁽¹⁾، وهي ذات المسألة التي ندعو مشرعنا الأردني الكريم إلى تبنيها ليسهل الاطلاع عليها.

ورغم أخذ القضاء بفكرة الشروط الاستثنائية إلا أنه لم يضع تعريفاً لهذه الشروط وهذا نوع من الإبداع القضائي الذي لا يقيد نفسه بتعريف ما تاركا الفرصة لما قد تبكره الإدارة من شروط في عقود إدارية مستقبلية وإن كان هناك توجه لتقسيم هذه الشروط إلى طائفتين⁽²⁾ الأولى يتعلق بالشروط المستمدة من امتيازات السلطة العامة والأخرى تنطلق من تطبيق قواعد القانون العام.

وتبقى المصلحة العامة هي الأصل الذي تسعى إليه العقود الإدارية، حتى لا تقع الإدارة في شرك التعسف في استعمال السلطة ووصف عقدها الإداري بعقد إذعان كما هو معروف في القانون المدني.

(1) ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الالكتروني، (الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007)، دون طبعة: ص52.

(2) محمود الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص40.

○ المبحث الثاني: أثر تحديد الاختصاص القضائي للعقود الإدارية الالكترونية

يشير تعدد التشريعات وتشعبها مشكلة القواعد الأولى بالتطبيق لاسيما في ظل عقود إدارية الكترونية تستوعب العنصر الدولي في أطرافها لتجعلها أحيانا عقود دولية تثير قضية اختصاص قضائي ليس فقط بين جهتي القضاء المدني والإداري وإنما أيضاً الوطني والدولي. ولمعرفة أثر التفرقة بين العقود الإدارية الالكترونية وعقود القانون الخاص لتحديد الاختصاص القضائي للعقود الإدارية الالكترونية في النظام القانوني الأردني لابد لنا من معرفة موقف النظم القانونية المقارنة، وذلك من خلال ما يلي:

◆ المطلب الأول: أثر تحديد الاختصاص القضائي للعقود الإدارية الالكترونية في النظم القانونية المقارنة

للتبعية أثر تحديد الاختصاص القضائي للعقود الإدارية الالكترونية في النظم القانونية المقارنة، لابد لنا من البحث في النظم القانونية التي تطبق نظام القضاء المزدوج والذي تعتبر فرنسا ومصر نموذجاً له، والقضاء الموحد وقد اخترنا دولة الامارات العربية المتحدة كنموذج لذلك من أجل عقد المقارنة واكتمال الغاية المنشودة من إجراء هذه الدراسة، وفقاً للتقسيم الآتي:

• الفرع الأول: أثر تحديد الاختصاص القضائي للعقود الإدارية الالكترونية في النظم التي تطبق القضاء المزدوج (فرنسا ومصر نموذجاً)

إن المتتبع لمساهمة مجلس الدولة الفرنسي وإسهاماته في تطور نظريات القانون الإداري يستطيع القول بأن نظرية العقود الإدارية لم تنشأ في فرنسا إلا في وقت متأخر، وقد كان المعيار المتبع في فرنسا لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري يقوم على فكرة السيادة أو السلطة، بحيث يختص القضاء الإداري فقط في المنازعات التي تتعلق بالأعمال التي تقوم بها الإدارة بوصفها صاحبة سلطة وسيادة، وما عدا ذلك بما فيه منازعات العقود الإدارية - فقد كانت من اختصاص القضاء العادي.

إلا إنه وفي مطلع القرن العشرين وتحديداً منذ حكم تيرييه (Terrie) الصادر عام 1903 كان الأساس الذي شيدت عليه فكرة العقود الإدارية والذي جاء فيه "إن اختصاص القضاء

الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة قومية كانت أم محلية... فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها ويجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات"⁽¹⁾.

هذا وقد زاد الأخذ بنظرية العقود الإدارية ومن ذلك الحكم الصادر عام 1912 في قضية شركة الكرانيت والذي تأكد فيه فكرة الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص والتي تقيم خلافاً بين العقد الإداري وما سواه من عقود القانون الخاص"⁽²⁾.

وفي ظل التشريع الفرنسي المتطور نجده قد نص على قواعد قانونية خاصة بالعقود الإدارية الالكترونية فضلاً عن التوجيهات الأوروبية الخاصة بالعقود الإدارية الالكترونية المعمول بها في الاتحاد الأوروبي بما يحول دون التداخل بين التشريع الخاص بالعقود في القانون الخاص وتلك القواعد المنظمة للعقود الإدارية، وهي خطوة سبقة تسهم في توزيع الاختصاص ليس التشريعي فقط وإنما القضائي أيضاً وهو ترسيخ للنهج التشريعي والقضائي الفرنسي في توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء"⁽³⁾.

أما في مصر - ورغم أن المشرع المصري لم يعرف العقد، وإنما بين كيفية انعقاده في القانون المدني رقم (131) لسنة 1948 في المادة (89) منه، والتي نصت على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد" - الأمر الي جعل القضاء العادي هو المختص بنظر منازعات العقود التي تبرمها الدولة وذلك قبل نشأة مجلس الدولة المصري، إذ لم تعرف المحاكم الأهلية والمختلطة آنذاك قواعد قانونية إدارية مما ابتدعه مجلس الدولة الفرنسي، بل كانت تطبق القواعد المعروفة في القانون الخاص على اعتبار أن مهمة القاضي تطبيق القانون وليس خلقه."⁽⁴⁾

(1) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، (القاهرة، دون دار نشر، 1973) دون طبعة: ص17.

(2) أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص14.

(3) حمدي القبيلات، التوقيع كشكلية في القرار الإداري، مجلة دراسات الشريعة والقانون، 2007، مجلد 34، ملحق ص682 - 683.

(4) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، (الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004) دون طبعة: ص140.

ورغم نشأة مجلس الدولة المصري وصدور قانونه لعام 1946 إلا أنه خلا تماماً من أي اختصاص له في ميدان العقود الإدارية، واستمر الحال إلى حين صدور القانون رقم (9) لسنة 1949 والذي نصت المادة الخامسة منه على ما يلي: "تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر، ويترتب على رفع الدعوى في هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها إلى المحاكم العادية، كما يترتب على رفعها إلى المحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإداري"⁽¹⁾.

والملاحظ على هذا النص أنه قصر اختصاص القضاء الإداري على العقود المذكورة فيه والتي تنشأ بين الحكومة والمتعاقد معها دون أن يتطرق لأي منازعة قد تنشأ بين أفراد آخرين في العقد كالمتعهد أو المقاول، كما أن النص يوحى بالسماح برفع الدعوى المتعلقة بالعقد لدى أي من جهات القضاء، فإن رفعت لدى أحدها امتنع على الأخرى نظرها.

إلا أن الوضع تغير بعد صدور قانون رقم (165) لسنة 1955 والمتعلق بتنظيم مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقد الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر".

حيث تم الاحتفاظ بهذا النص في القوانين اللاحقة والمتعلقة بمجلس الدولة المصري، الأمر الذي جعل القضاء الإداري المصري يبسط رقابته على كل المنازعات المتعلقة بكافة مراحل التعاقد للعقود الإدارية، بل وأحسن القضاء المصري عندما وزع الاختصاص في قضاءه الإداري بين درجاته تبعاً لقيمة العقد⁽²⁾.

وفي التشريع المصري وجدت بعض التشريعات النازمة للعقود الالكترونية دون تحديد لعقود إدارية الكترونية بحيث ساوى مثلاً بين الكتابة العادية والالكترونية في مجال المعاملات الالكترونية وإعطائه المحررات الالكترونية قوة الدليل الكتابي، كما أن المشرع المصري لم يتطرق في قانون التوقيع الالكتروني إلى نص يفيد تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني، مما يقتضي وجوب الرجوع إلى أحكام القانون المدني والذي أخذ بنظرية العلم بالقبول، وذلك

(1) محمود حلمي، القضاء الإداري، (مصر: دار الفكر العربي، 1977) ط2: ص229.

(2) المواد (13-14) قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972.

استناداً لنص المادة (97) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، دون أن يؤثر ذلك على الاختصاص القضائي في نظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود. كما تجدر الإشارة أن هناك بعض المسائل المرتبطة بالعقد الإداري سواء أكانت في المراحل السابقة على إبرام العقد أو متعلقة به ومن الجائز فصلها عنه، و من ذلك ما تعلق بالأعمال المركبة والتي يقصد بها الأعمال التي تتكون من عدة عناصر، بمعنى القرارات الإدارية المتعددة التي تدخل في تكوين عمل قانوني إداري مركب وترتبط به موضوعياً، أي أنها تدخل في تكوين عملية قانونية تتم على مراحل وخلال فترات زمنية، أي أنها لا تتخذ بذاتها شكلاً مستقلاً وإنما تعد جزءاً من عملية إدارية مركبة بحيث يكون لها ارتباط بهذه العملية⁽¹⁾. وقد تكون هذه القرارات سابقة أو معاصرة على العمل القانوني الذي تشكل جزءاً منه مع وجود صلة وارتباط بينهما، ومن ذلك القرار المصاحب لعقد أشغال عامة أو قرار إرساء عطاء أو مناقصة.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يمكن فصل عملية أو قرار داخل في هذه العملية المركبة بحيث يطعن بكل عمل على حدة، أم أنها كلها عمليات عرضة للطعن بها أمام جهة قضائية واحدة هي تلك المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الالكترونية أي جهة القضاء النظامي؟

استقر القضاء الإداري على نظرية "الأعمال الإدارية القابلة للانفصال"، حيث قبل الطعن بصفة مستقلة بقرارات إدارية متى أمكن فصلها عن العمل القانوني المركب والتي هي جزء منه متى توافرت أركان القرار الإداري في هذا القرار المنفصل.

نود أن نبين أنه إذا كان القاضي الإداري لا يملك سلطة إلغاء القرار الإداري الذي تصدره الإدارة بشأن العقد الإداري، ذلك إن القاضي الإداري يملك ولاية القضاء الكامل - كما سبق أن رأينا - فإنه وعلى الرغم من هذه القاعدة العامة، إلا أن الاعتبارات القانونية استوجبت تقبل دور ما لقضاء الإلغاء في ميدان منازعات العقود الإدارية.

(1) سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 142.

وقد كان القضاء الفرنسي في بدايته يرفض تجزئة العملية العقدية إذ كان ينظر إليها كوحدة واحدة لا تقبل التجزئة إلا أنه عدل عن هذا التوجه وابتدع نظرية الأعمال القابلة للانفصال وذلك منذ قضية Martin⁽¹⁾.

كما أخذ القضاء المصري بهذه النظرية ومن تطبيقاته المميزة حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1979/4/14 "يجب التفرقة بين نوعين من القرارات، النوع الأول: القرارات التي تصدر أثناء المراحل التمهيدية للمتعاقد وقبل إبرام العقد...، وتسمى القرارات المنفصلة مثل قرار إلغاء مناقصة ما أو استبعاد أحد المتناقصين... وهي قرارات نهائية تنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية.

• الفرع الأول: أثر تحديد الاختصاص القضائي للعقود الإدارية الالكترونية في النظم التي تطبق القضاء الموحد (الامارات العربية المتحدة نموذجاً)

أما عن الاختصاص القضائي للعقود الادارية الالكترونية والعادية في الامارات العربية فقد نصت المادة (95) من الدستور الاماراتي " أن يكون للاتحاد محكمة اتحادية عليا ومحاكم اتحادية ابتدائية وذلك على الوجه المبين في المواد التالية "، الأمر الذي لا يدع مجالاً للشك انشاء محكمة اتحادية عليا ومحاكم ابتدائية اتحادية.

كما نصت المادة (104) من الدستور الاماراتي على اعطاء الهيئات القضائية المحلية في كل امانة جميع المسائل التي لم يعهد بها للقضاء الاتحادي بمقتضى الدستور. وبناءً على ما سبق من نصوص فان ولاية القضاء تتوزع بين جهتين قضائيتين أساسيتين هما القضاء الاتحادي والقضاء المحلي، وهي مسألة استقر عليها الأمر في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية ومن ذلك حكمها "ولأن كان دستور دولة الامارات العربية ينص في المادة الثالثة منه على أن للأعضاء في الاتحاد السيادة على أراضيها ومياهاها الاقليمية في جميع الشؤون التي لا يختص بها الاتحاد وينص في المادة (104) على أن تتولى الهيئات القضائية المحلية في كل امانة جميع المسائل القانونية التي لم يعهد بها للقضاء الاتحادي بمقتضى أحكام هذا

(1) عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال والعقود الإدارية، (القاهرة: دار النهضة العربية، دون سنة)، دون طبعة، ص501-507.

الدستور..... وعليه يكون توزيع الاختصاص بنظر الدعاوى القضائية فيما بين المحاكم الاتحادية والمحاكم المحلية في دبي اختصاصاً ولائياً أو وظيفياً تتحدد بموجبه ولاية الجهات القضائية المختلفة في دولة الامارات العربية وأنه يعتبر بناء على ذلك من النظام العام". وعليه نجد أن دولة الامارات العربية تأخذ بمبدأ وحدة القضاء وليس ازدواجيته اذ أن النصوص التشريعية تؤكد على توزيع ولاية القضاء بين الاتحاد واماراته دون بيان لاختصاص الهيئات القضائية، ومما يؤكد ذلك نص المادة (25) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي والذي ذهب الى القول بأن تسند الى المحاكم الاتحادية وحدها نظر المنازعات الادارية وهي المنازعات التي تتصل بالإدارة وبالعامل الاداري وتكون الدولة أو احدى سلطاتها أو أجهزتها أو مصالحها أو هيئاتها العامة أو مؤسساتها طرفاً فيها اما مدعية أو مدعى عليها، كدعوى الغاء القرار الاداري ودعاوى العقود الادارية ودعاوى المسؤولية الادارية ودعاوى الوظيفة العامة.

والحقيقة بأنه لا يخفى على مختص أن دولة الامارات العربية المتحدة من دول القضاء الموحد سواء على المستوى الاتحادي او المحلي، هذا وقد عرف المشرع الاماراتي العقد في المادة (125) من قانون المعاملات المدنية بأنه " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما يجب عليه للآخر، ويجوز أن تتطابق أكثر من إرادتين على إحداث الأثر القانوني" كما نص المشرع الإماراتي في المادة (143) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه "يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس".

ونصت المادة (2\11) من ذات القانون على أنه "لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد أنه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة أو أكثر"، كما نصت المادة (1\12) على أنه "يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمنة".

بل وأكدت المادة (15) من قانون المعاملات الالكترونية الإماراتي على أنه (...ثالثاً: ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك تعتبر الرسالة الالكترونية قد أرسلت من المكان

الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، رابعاً: في تطبيق أحكام هذه المادة: أ. إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، يكون مقر العمل هو المقر الأوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل هذه المعاملة ب: إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار إلى محل إقامته المعتاد. ج. مقر الإقامة المعتاد فيما يتعلق بالشخص الاعتباري، يعني مقره الرئيسي أو المقر الذي تأسس فيه".

يتضح من النص السابق أن المشرع الإماراتي ميز بين:-

1- معيار مقر العمل والذي تدرج فيه المشرع الإماراتي بين أنواع عدة لمقر العمل، ليتم المفاضلة بينها على ما نصت عليه المادة سالفه الذكر

2- فان لم يكن هناك مفاضلة لمقر العمل تم تبني معيار مكان الإقامة المعتاد.

وذلك في حال عدم اتفاق إرادة المتعاقدين في تحديد مكان انعقاد العقد وتحديد القانون الواجب التطبيق.

يتضح من النصوص السابقة أنها لم تحدد أي معيار محدد للإيجاب، بل تم وضع عدة خيارات، وذلك بالأخذ بمعيار المقر، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد محل الإقامة لكل منهما هو مقر العمل، وإذا كان هناك أكثر من مقر للعمل، اخذ بمعيار المكان الأكثر قرباً من المعاملة، كما أخذ بمعيار مقر العمل الرئيس في حاله تعذر الترجيح.

كما لم ينظم المشرع الإماراتي في قانونه للمعاملات الالكترونية مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإداري الالكتروني لذا فإنه لا بد من الرجوع الى أحكام المادة (142) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 والتي أكدت على أنه يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق، أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، وافترض المشرع أن الموجب قد علم بالقبول في الزمان والمكان اللذين وصل إليه فيهما القبول، ما لم يعم الدليل على عكس ذلك، فالمشرع لم يحدد زمان ومكان انعقاد العقد بمعيار معين، وإنما تركه لاتفاق الأطراف، وفي حال غياب الاتفاق، فينعتد العقد في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ولكن يلاحظ بان قانون المعاملات الالكترونية الإماراتي لم يتطرق لمسألة زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني.

وعليه نرى إن القصور التشريعي لازال مرافقاً التشريعات المتعلقة بالعقود الإدارية الالكترونية، الأمر الذي يقتضي وجوب إعادة النظر في هذه التشريعات لتتلاءم مع طبيعة هذه الفئة من العقود وحسم الخلاف المتعلق بزمان ومكان انعقاد العقد.

أما فيما يتعلق بدعوى بطلان العقد فقد أجاز القضاء الإداري الفرنسي والمصري للمتعاقد مع الإدارة رفع دعوى القضاء الكامل لإبطال العقد الإداري فيما شاب العقد من عيب في أركانه وشروطه. وليس للأجنبي (الغير) أن يطعن بالعقد بالإلغاء⁽¹⁾، وهي مسألة لا تزال في التشريع والقضاء الأردني من نصيب القضاء المدني.

هذا وقد تعامل المشرع مع دعوى التعويض عن العقود الإدارية حيث يُعد من قبيل الجزاءات المالية إلزام المتعاقد الذي يخل بالتزاماته مع الإدارة بأن يدفع لها مبالغ مالية عادة تكون محل اتفاق في العقد، وهذه تريح الإدارة بدل لجوئها للقضاء فتحصلها بمجرد التأخير وحتى دون إثبات الضرر ذلك أن الضرر مفترض لتعلقه بمرفق عام وإن كان للمتعاقد مع الإدارة أن يثبت القوة القاهرة أو خطأ الإدارة وفعلها.⁽²⁾

كما يمكن القول أنه يُعد من قبيل الجزاءات المالية مصادرة الكفالة أو التأمين وهي مبالغ تودع من قبل المتعاقد لدى جهة الإدارة لتلافي أخطاء قد تقع من المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري.

كما ذهب القضاء الإداري إلى حق الإدارة في إنهاء العقد، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري المصري: "العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. ويترتب على ذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر الحق في التعويض إن كان له وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهاؤها دون إرادة الطرف الآخر"⁽³⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا 1966/12/31 مجموعة المبادئ القانونية، ص 1839.

(2) محمد الخليلية، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 307

(3) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 983 تاريخ 1958/6/30.

ونود أن نشير إلى مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، حيث أجاز المشرع الفرنسي اللجوء إلى التحكيم في القانون الصادر في 1975/7/9 وجاء فيه "إن أصناف المؤسسات العامة ذات الخاصية الصناعية والتجارية يمكن بموجب قرار أن تلجأ إلى التحكيم". كما حسم المشرع المصري المسألة بإجراء تعديل جوهري على المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وذلك في 1997/4/23 حيث إضافة فقرة أشار فيها "في جميع الأحوال يجوز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه من الأشخاص الاعتبارية العامة...".

♦ المطلب الثاني: أثر تحديد الاختصاص القضائي للعقود الإدارية الالكترونية في النظام القانوني الأردني

أما في الأردن وبخلاف الوضع في مصر وفرنسا فإن مشكلة تحديد طبيعة العقد فيما إذا كان إدارياً أم مدنيا ليست موجودة في ظل نظام قانوني عقد الاختصاص المتعلق بمنازعات العقود الإدارية بيد القضاء المدني، في ظل قضاء إداري يؤكد في كل مرة على تحديد اختصاصه بصورة حصرية وذلك في قانون القضاء الإداري الأردني لعام 2014 والذي رغم إدراك الكافة لأهمية توسيع مظلة الاختصاص للقضاء الإداري إلا انه اخذ بالنص المحدد لاختصاص القضاء الإداري من المادة (9) لمحكمة العدل العليا كما هو، وليس من بينها المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري، إلا انه قد تنشأ مسائل مرتبطة بالعقد الإداري على اعتبار انه عملية مركبة ويكون اختصاص النظر فيها للقضاء الإداري، وعليه لابد لنا من البحث متى يختص القضاء الاداري في هذه المسائل ومتى يختص القضاء العادي؟وفقاً للتقسيم الآتي:

• الفرع الأول: اختصاص القضاء الإداري في المسائل المرتبطة بالعقد الإداري الالكتروني
رغم اعتراف القضاء الأردني بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وبنظامها القانوني الخاص لتعلقها بإدارة المرافق العامة ومن ذلك تقول محكمة العدل العليا "إن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقاً بعقود إدارية، ذلك لأن اختصاصات محكمة العدل العليا قد

وردت على سبيل الحصر، ولا تشمل المنازعات المتعلقة بالعقود على اختلاف أنواعها...⁽¹⁾ وتقول "إن العقود الإدارية إذا أبرمت لا يصح أن تكون محل طعن بالإلغاء، ذلك لأن قانون المحكمة قد أورد على سبيل الحصر القرارات الإدارية التي تخضع للطعن بالإلغاء، ولم يجعل العقود الإدارية قابلة للطعن لدى محكمة العدل العليا..."⁽²⁾.

وتقول محكمة العدل العليا كذلك في أحكام حديثة لها "تعتبر أي منازعة بين فرقاء العقد الإداري في مرحلة التنفيذ هي في حقيقتها منازعة على الحق ومنازعة حول تفسير العقد وحقوق أطرافه ومدى الالتزام بشروطه، وحيث أنه لا جدال أن مثل هذه المنازعة هي من المنازعات الحقوقية وليس منازعة حول مشروعية قرار إداري، وحيث إن الاختصاص ينعقد لمحكمة العدل العليا في الأمور المنصوص عليها في المادة (9) من قانونها رقم 12 سنة 1992 وليس من بينها النظر في منازعات العقود الإدارية... وعليه فإن النظر في هذه الدعوى يدخل في اختصاص المحاكم النظامية ويخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا..."⁽³⁾.

وليس الأحكام القضائية السابقة إلا اعترافاً بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية مع جعل الاختصاص بالنظر في هذه العقود للقضاء العادي وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا "يتسم العقد الإداري بطابع خاص يجعله مستقلاً عن العقد المدني، إذ إنه يقوم على إشباع احتياجات المرفق العام حتى يسير بانتظام..."⁽⁴⁾.

ونرى أنه وفي ظل العمل بقانون تنظيم القضاء الإداري الذي تقبل الأخذ بمبدأ تدرج القضاء الإداري فإنه "لا بد من إدراج كافة المنازعات الإدارية بما فيها العقود الإدارية ضمن اختصاص القضاء الإداري، باعتبار الإدارة وتكوينها هي الأكثر دراية وخبرة في المنازعات الناشئة عن هذه العقود، لا سيما بعد منح القضاء الإداري صلاحية القضاء الشامل (إلغاءً وتعويضاً)، وبعد استقرار القضاء الإداري وتطوره في الأردن. لاسيما مع وجود قانون للمعاملات الالكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015 والذي لم يفرد نصوصاً خاصة للعقود الإدارية بل تناول بالبحث والتفصيل العقود الالكترونية دون تحديد رغم تناثر وتعدد التشريعات النازمة

(1) عدل عليا قرار رقم 77/106 مجلة نقابة المحامين، ص953.

(2) عدل عليا رقم 82/6 مجلة نقابة المحامين لسنة 1982، ص956.

(3) عدل عليا رقم 2009/159 تاريخ 2009/6/23 منشورات مركز عدالة.

(4) عدل عليا رقم 1997/181 تاريخ 1997/9/24 منشورات مركز عدالة.

للعقود الإدارية لاسيما ما تعلق منها بالأشغال العامة والوظائف وكلها تقريباً تصب في صياغة أنظمة وتعليمات سندا لنص المادة (114) من الدستور الأردني.

ورغم إبقاء المشرع الأردني اختصاص النظر في القضايا الناشئة عن العقد الإداري إلى القضاء المدني إلا أن هناك بعض المسائل المرتبطة بالعقد الإداري سواء أكانت في المراحل السابقة على إبرام العقد أو متعلقة به ومن الجائز فصلها عنه، (كالقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية)، فهي مسألة لاقت قبولاً حتى في الأردن، فإذا كان العقد الإداري يتم بتوافق إرادتين لا يمكن أن يكون محلاً لدعوى إلغاء. فإن القرار الإداري تعبير عن إرادة منفردة يمكن الطعن به لعدم المشروعية، والعقد الإداري حتى يتحقق فإنه يتم بإتباع مجموعة من الإجراءات كالحصول على موافقة جهة ما قبل إبرام العقد. وقد يستلزم العقد مجموعة من القرارات الصادرة عن جهات مختلفة تكون قابلة للانفصال عن العقد فيما يعرف بالأعمال القابلة للانفصال.

وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا "العقد يمر في عملية مركبة تقتضيها طبيعته التمهيدية حيث تستقل الإدارة بصفتها سلطة عامة بإصدار القرارات الإدارية المنفردة وتحدد بها المراكز القانونية قبل إحالة العطاء، وهذه القرارات - وفي هذه المرحلة - تأخذ شكل وصفة القرارات الإدارية بالمعنى المقصود بذلك ويحق لأي متضرر الطعن بها أمام القضاء الإداري، أما المرحلة الثانية فتستقل بها الإجراءات وتصبح المنازعة على الحق وحول تفسير العقد، وحقوق أطرافه منازعة يحكمها العقد وتعتبر من المنازعات الحقوقية التي تختص بنظرها المحاكم المدنية.⁽¹⁾

وفي حكم آخر لها تقول "من المتفق عليه إن القرار الإداري إذا كان مندمجاً في عملية مركبة فإن قواعد الاختصاص العادية تسمح لمحكمة العدل العليا أن تفصل القرار الإداري من هذه العملية المركبة وإخضاعه لقضاء الإلغاء على أن تترك باقي العملية المتعلقة بالحق المدني للجهة القضائية المختصة"⁽²⁾ كما أجاز القضاء الإداري الطعن بالإلغاء في القرارات

(1) عدل عليا رقم 1997/270، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1998، ص 412 وعدل عليا رقم 2009/159، تاريخ 2009/6/23، منشورات مركز عدالة.

(2) عدل عليا 97/270 مجلة نقابة المحامين 1998، ص 412.

المتعلقة باستبعاد أحدهم من المشاركة في المزايدات أو العطاءات ذلك أن هذا القرار منفصل عن العملية العقدية.

كما قد يتعرض القضاء النظامي أحياناً وأثناء نظره منازعة تدخل في اختصاصه مسألة مرتبطة بالمنازعة إلا أنها تدخل في اختصاص قضاء آخر، وأن تلك المسألة المتصلة بالمنازعة من الأهمية التي تقتضي وجوب الفصل بها قبل الحكم في موضوع الدعوى، الأمر الذي يقتضي وجوب إيقاف الدعوى أمام الجهة التي أثرت أمامها المسألة وتحيل المسألة -الأولية إلى الجهة القضائية المختصة، ومن ذلك نصت المادة (122) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 16 لسنة 2006 على أنه "تأمر المحكمة بوقف الدعوى إذا رأت تعليق الحكم في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم. وبمجرد زوال سبب الوقف يكون لأي من الخصوم طلب السير في الدعوى"⁽¹⁾.

• الفرع الثاني: اختصاص القضاء الوطني (العادي) والدولي في المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الإلكتروني

يثير تعدد التشريعات وتشعبها مشكلة القواعد الأولى بالتطبيق لاسيما في ظل عقود إدارية إلكترونية تستوعب العنصر الدولي في أطرافها لتجعلها أحيانا عقود دولية تثير قضية اختصاص قضائي ليس فقط بين جهتي القضاء المدني والإداري وإنما أيضا الوطني والدولي، وعليه سنسلط الضوء متى يختص القضاء الوطني ومتى يختص القضاء الدولي في هذه المنازعات وفقا لما يلي:

• أولاً: اختصاص القضاء الدولي في المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الإلكتروني

فيما يتعلق بالعقد الإداري الإلكتروني المشوب بعنصر أجنبي، وهذا يطال إما جنسية أحد أطراف العقد باعتبار الطرف الأول الإدارة أو مكان الإقامة أو الموطن أو حتى مكان التنفيذ في حال كان المحل خارج المملكة وهذا يعني العودة إلى نص المواد (27-29) من قانون

⁽¹⁾ قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 16 لسنة 2006 تقابلها المادة 16 من قانون السلطة القضائية المصري، والمادة 129 من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968.

أصول المحاكمات المدنية الأردني والمتعلق بقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية -
ومن ذلك:

1- الاختصاص المبني على القبول الصريح أو الضمني، وهذا يعني أن الأصل هو عدم اختصاص المحاكم الأردنية بالدعوى ولكن يقبل أطراف العقد اختصاص القضاء الأردني، وكذلك الحال في اختصاص المحاكم الأردنية بالمسائل والطلبات المرتبطة في الدعوى الأصلية الداخلة في اختصاص المحاكم الأردنية.

2- الاختصاص استناداً إلى موطن الأجنبي المختار باتفاق الأطراف على جعل الأردن موطناً مختاراً لتنفيذ العقد أو بعضاً من الالتزامات الواردة فيه حسب نص المادة (14) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

3- الاختصاص استناداً إلى ضابطة المكان استناداً لنص المادة (28) من قانون أصول المحاكمات المدنية وفي ذلك تفصيل:

- إذا كان محل العقد الإداري الإلكتروني موجوداً في الأردن وقت رفع الدعوى.
- إذا كان العقد الإداري الإلكتروني قد أبرم في الأردن أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها.
- إذا كان المتعاقد مع الإدارة أكثر من شخص أحدهم ذو موطن أو محل إقامة في الأردن.

ونرى أنه في ظل غياب تشريع خاص بالعقود الإدارية الإلكترونية فإنه من الواجب الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني وقانون أصول المحاكمات المدنية وقانون المعاملات الإلكترونية إلى حين حل هذه المسائل في قانون خاص بالعقود الإدارية الإلكترونية.

• ثانياً: اختصاص القضاء الوطني (العادي) في المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري الإلكتروني

نجد نص المادة (14/أ) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني نص على "تعد رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وإنها استلمت في المكان

الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد مكان إقامته مقراً لعمله، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك".

وبذلك يكون النص السابق قد حسم مسألة القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة دون أن يؤثر على مجال انطباق نص المادة (101) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والتي تنص "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"، كما نصت المادة (102) من القانون المدني الأردني أنه "يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد، وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس"، وكذلك تبنت المادة (143) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 ذات النص الأردني السابق ذكره. وبالرجوع إلى قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015 فيلاحظ بأنه اعترف بالتعاقد بالوسائل الالكترونية في المادة (9) منه والتي نصت على أنه "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي"، كما اتبع المشرع الأردني ما ورد في اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 2005 المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية بشأن مكان الإيجاب بالنسبة لأطراف العقد، حيث نصت المادة (310) على أنه "يعتبر الخطاب الالكتروني قد أرسل من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر قد تلقى في العنوان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه".

وفي هذه النصوص ما يسهل تحديد المحكمة المختصة والقانون واجب التطبيق، وقد يتطلب ذلك منا التمييز بين صورتين للرسالة الالكترونية⁽¹⁾.

أولاهما: الرسالة المباشرة عبر الموقع الالكتروني يرسلها أحد العاقدين إلى الآخر في رسالة الكترونية مباشرة عبر نظام "chat"⁽²⁾ بحيث يلتقي الفرقاء لقاء الكترونياً دون تحقيق اللقاء المادي والمكاني الحقيقي.

(1) حمدي قبيلات، التوقيع كشكلية في القرار الإداري، مرجع سابق، ص 682 - 683.

(2) حمدي قبيلات، التوقيع كشكلية في القرار الإداري، مرجع سابق، ص 684.

أما الثانية فهي رسالة الكترونية غير مباشرة فترسل وتستقبل بواسطة البريد الالكتروني المحدد -email- ويضيف الباحث أي التقاء للفريقين بأي وسيلة الكترونية قد تتحقق مستقبلاً وفي كلا الحالتين يثور التساؤل حول مكان انعقاد هذا العقد الإداري الالكتروني وللإجابة على هذا التساؤل نجد أن نص المادة (14) من القانون الأردني تقابلها المادة (15) من القانون الإماراتي ميزت بين:

أ- معيار مقر العمل: وهي فرضية تتبعها المشرع في أن أي رسالة للمرسل تعتبر قد أرسلت من مقر عمله أو أي رسالة يتسلمها المرسل إليه أن يتسلمها في مقر عمله، وبقراءة نص المادة (101) من القانون المدني الأردني مع المادة (14) من قانون المعاملات الالكترونية، فإنه يمكن القول بأن المكان الذي صدر منه القبول بوسيلة الكترونية ليس هو الحيز المكاني المادي الذي يوجد فيه القابل إنما مقر عمله أو مكان إقامته، وهو يعني أن المشرع الأردني اعتد بمكان القبول دون النظر إلى زمانه فإن تعدد مقر العمل فالمكان ذي الصلة بموضوع العقد.

ب- معيار مكان الإقامة، في سبيل مواجهة حالة عدم وجود مقر عمل للمرسل أو مستلم الرسالة الالكترونية، فقد اعتد المشرع الأردني بمكان الإقامة لمن يرغب بالتعاقد مع الإدارة.

وإلا كانت إرادة الأطراف هي المعيار الأولي بالتطبيق إذا ما اتفقوا على مكان معين لانعقاد عقدهم.

وعند الحديث بشكل أدق عن القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الالكتروني فإن المادة (1/20) من القانون المدني الأردني قد ميزت بين حالات ثلاث:

1- إرادة المتعاقدين، فإذا اتفقا على تطبيق قانون معين التزما به، ذلك ان اتفقا عليها يلزم القضاء بالتطبيق حسب نص القانون، ما لم يكن ذلك القانون مخالفاً للنظام العام في الأردن كما لو سمح ذلك القانون بإبرام العقد بصورة رضائية وكان القانون الأردني يشترط شكلية معينة.

2- المواطن المشترك للمتعاقدين، وهذا يقتضي أن لا يكون هناك اتفاق بين الفريقين فيصار إلى أعمال ضابط المواطن المشترك إذا كان المتعاقدين ينتميان إلى ذات المواطن شريطة عدم تعارض ذلك مع النظام العام للأردن.

3- ضابط المكان، أي مكان إبرام العقد وذلك في حال انعدام أي من الضابطين السابق ذكرهما وأنه حسب قانون المعاملات الالكترونية الأردني والإماراتي فإن صدور القبول برسالة الكترونية ممن وجه إليه الإيجاب يجعل العقد منعقداً، أما مكان انعقاده فهو المكان الذي يوجد فيه مقر عمل القابل ولما كان العقد الإداري الإلكتروني يتوقف على قبول الإدارة فإن مكان انعقاد العقد هو مقر عمل هذه الإدارة.

وعليه فإن المشرع الأردني يعتبر العقد إلكترونياً حتى لو كان قبوله قد تم بطريقة عادية، أو أن يكون الإيجاب قد تم بطريقة عادية طالما أن أي من القبول أو الإيجاب قد تم بطريقة الكترونية، لأن ضابط المكان يلقي بظلاله على القانون الواجب التطبيق.

وعليه نرى بناءً على التحليل السابق أن تشابهاً بين النصين الأردني والإماراتي حيث لم يحدد أي منهما معياراً معيناً للإيجاب، بل وضع عدة خيارات تتسجم والقانون المدني في كلا الدولتين، باعتباره الشريعة العامة للتعاقد.

ونرى على الرغم من وجود القواعد العامة للعقود والتي نظمها المشرع الأردني في ظل قواعد القانون المدني الأردني لعام 1976 ورغم صياغة قواعد خاصة للمعاملات الالكترونية إلا أن المشرع الأردني تعامل مع العقود الإدارية الالكترونية كالعقود الإدارية التقليدية حيث إنه عمل على إخراجها من اختصاص القضاء الإداري الأردني باعتبار أن الصلاحيات التي منحت للمحكمة تتحدث عن قرارات إدارية نهائية مما يعني أن الاختصاص ينعقد للقضاء العادي.

هذا ويطبق على العقود الإدارية الالكترونية كافة الأحكام المتعلقة بتوزيع الاختصاص سناً للضابط القيمي والمكاني استناداً لقانون الصلح والمحاكم وأصول المحاكمات المدنية الأردني، فإن كان العقد الإداري الإلكتروني غير مشوب بعنصر أجنبي، فإنه لا بد من رفع الدعوى حسب الاختصاص القضائي القيمي والمكاني، وهذا يعني إذا كان محل العقد حسب

قيمته يدخل في اختصاص محكمة الصلح حسب قانون المحكمة أو محكمة البداية باعتبارها صاحبة الولاية العامة.

أما عن الاختصاص المكاني باعتبار أننا بصدد عقد إداري فإن موضوعه قد يكون بضاعة أو عقاراً وهذا يعني وجوب العودة إلى قانون أصول المحاكمات المدنية الذي يشير إلى إما موطن المدعى عليه أو المحكمة التي يقع في دائرتها الاتفاق وتسليم البضاعة أو المكان الذي يجب فيه الوفاء .

ونرى بما أننا نتحدث عن عقد تكون الإدارة أحد أطرافه فإن العادة ستكون على اعتبار موطن الإدارة هو الواجب المراعاة لا سيما أن مكان الانعقاد هو بيئة الكترونية ليست حقيقية، أما عن قانون المعاملات الالكترونية فنجد أنه قد استبعد من مجال انطباقه العقود التي تستوجب لانعقادها شكلية معينة حسب نص المادة (3/ب) من القانون، وهذا يعني ضرورة البحث عن تشريع آخر يعالج هذه المسألة بما يعني وجود نقص تشريعي يستوجب ضرورة سده، إلا إذا جُهِز العقد إلكترونياً ونفذت الشكلية كما تطلبها المشرع.

وفيما يتعلق بدعوى إبطال العقد الإداري في الأردن بالنظر إلى أن الأردن وعلى خلاف الوضع في كل من مصر وفرنسا جعل النظر في منازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء العادي الأمر الذي يعني أن لهذا الأخير صلاحية الحكم بالتعويض في العقد الإداري أو إبطاله أو فسخه وحتى ما تعلق منها بنظرية الظروف الطارئة أو فعل الأمير . على أنه يحمى للقضاء المدني الأردني أنه راعى طبيعة العقود الإدارية فطبق على منازعاتها الأسس والمبادئ التي تحكم العقود الإدارية في إطار القانون العام. رغم أن محكمة التمييز وفي قرار لها مثلاً استبعدت حق الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، الأمر الذي دفع المشرع أو الإدارة إلى تضمين هذا الحق في بنود العقد وفي ذلك تقول المحكمة "... إن كون العقد الأصلي المبرم بين الطرفين قد حدد حقوق الشركة المدعى عليها التي تستحقها، مقابل ما التزمت بالقيام به تجاه الأمانة (أمانة عمان الكبرى) إنما يمنع أحد المتعاقدين من أن ينفرد بتعديل العقد بزيادة أو إنقاص ما التزم به الطرف الآخر ولكن ذلك لا يمنع المتعاقدين معا من الاتفاق على تعديل العقد"⁽¹⁾.

(1) تمييز حقوق رقم 163/1979 تاريخ 30/4/1979 مجلة نقابة المحامين 1979، ص 1505.

إن القرار الصادر عن الإدارة بفرض الجزاء يخضع للرقابة القضائية سواء رقابة محاكم القضاء الإداري أو رقابة محكمة التمييز، فكافة الجزاءات التي تصدر عن الإدارة قبل عملية التوقيع تعد قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري، أما الجزاءات التي تفرضها الإدارة أثناء تنفيذ العقد فاجتهاد القضاء الإداري غير مستقر إذ إنها تعتبرها تارة منازعة تتعلق بتنفيذ شروط العقد أو مدى الالتزام بشروطه فتخرج من اختصاص المحكمة الإدارية وتارة أخرى تعتبرها قراراً إدارياً قابلاً للانفصال يخضع للفصل أمام المحكمة الإدارية. ومن ذلك تقول المحكمة "أجازت المادة (49) من نظام اللوازم والأشغال لأمانة عمان الكبرى حرمان أي متعهد من المشاركة بعطاءات الأمانة إذا تحققت حالة من حالتين أ- إذا تبين للمجلس عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته. ب- تكرر قصور المتعهد في تنفيذ التزامه... فإن قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو تبين عدم قدرته على الوفاء بها فإن من حق الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ العقد"⁽¹⁾ وفي إطار الفسخ تقول محكمة التمييز "لا يعتبر قانونياً فسخ العطاء من طرف مساعد القائد العام ويكون الرجوع على المتعهد بفرق السعر نتيجة لهذا الفسخ غير قانوني ذلك لأن نظام اللوازم أناط بالقائد العام حق فسخ العطاء"⁽²⁾.

وتقول محكمة التمييز "حيث أن المميز ضدها قد نفذت العطاء بعد تبلغها القرار اللاحق وقبل انقضاء الستة أشهر... فإن فرض غرامة التأخير على المدعين يكون في غير محله"⁽³⁾. كما وحسم المشرع الأردني كذلك موقفه من التحكيم في العقود الإدارية من خلال قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، حيث نص في مادته الثالثة "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المحكمة يتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية"⁽⁴⁾، ولا ندري إذا كان قصد المشرع في نزاع مدني أو تجاري أنه يستبعد العقود الإدارية أم انه راعى محل العقد باعتبار محله قد يكون مدنياً أو تجارياً فما هو الحال

(1) عدل عليا رقم 1997/181، تاريخ 1997/9/24، مجلة نقابة المحامين لسنة 1998، ص 3766.

(2) تمييز حقوق رقم 1965/459 تاريخ 1966/1/2 مجلة نقابة المحامين 1966، ص 252.

(3) حكم محكمة التمييز رقم 2000/1813 منشور رقم 190 المجلة القضائية رقم 11 تاريخ 2000/1/1.

(4) تمييز حقوق رقم 96/55 مجلة نقابة المحامين لعام 1996، ص 1227.

بالنسبة لعقود الأشغال العامة هل تعد من قبيل الأعمال التجارية وبالتالي ما هو القانون الواجب التطبيق القانون التجاري أم قانون العطاءات العامة؟.

ونختم هذه المسألة بالإشارة إلى مسألة تحديد الاختصاص للعقود الإدارية الالكترونية ذلك أن الاختصاص النوعي من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفته، وإن كنا نرى أنه في ظل العقود الإدارية الالكترونية فإنه لا بد من التوسع والنظر في مسألة الاختصاص مع هذا التوجه الحديث في الإدارة الالكترونية، وهي مسألة لم نجد لها إجابة صريحة في قانون القضاء الإداري أو قانون المعاملات الالكترونية، الأمر الذي نرى أنه لا بد من مراعاة طبيعة الفضاء الرطب الذي تعقد فيه هذه العقود.

○ الخاتمة

تناولت الدراسة بالبحث مسألة تثير التساؤل في القضاء الإداري لا سيما في نظام قضائي أردني قائم على تحديد اختصاص قضائه الإداري بشكل محدد حصرا، في ظل قانون القضاء الإداري رقم 27 لعام 2014 الذي رغم إقراره بالتقاضي الإداري على درجات لازال مبقيا على اختصاص القضاء العادي للنظر في منازعات العقود الإدارية والالكترونية منها، خاصة مع عدم وجود تشريع واحد ينظم العقود الإدارية تلافيا للتداخل مع القواعد العامة أو قانون المعاملات الالكترونية، إذ خلصنا من هذه الدراسة التي قسمت إلى مبحثين إلى مجموعة من النتائج وانتهت إلى مجموعة من التوصيات يمكن إبرازها على النحو التالي:

◆ النتائج:

- لا يكون العقد إداريا إلا إذا اتصل بمعيار من المعايير التي قيل بها واتفق عليها القضاء فيما يعتبر عقدا إداريا.
- الأصل في منازعات العقود الإدارية الالكترونية أنها من اختصاص القضاء الإداري إلا أن المشرع الأردني لا يزال يجعل الاختصاص للفصل في هذه المنازعات للقضاء العادي.
- للقضاء الإداري اختصاص وولاية الإلغاء بالنسبة للأعمال القابلة للانفصال ودعوى الغير.

- أبرز التطور في العمل الحكومي والإداري الإلكتروني ميدانا للبحث في حقيقة العقود الإدارية الإلكترونية وواجب البحث في تنظيمها وقواعد الاختصاص بها.
- أحسن المشرع بالاعتراف بمكنة التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، بل وهو الأولى بالعقود الإدارية الإلكترونية والتي قد تكون دولية في جزء منها تلافياً لمشاكل الاختصاص القضائي.
- استخدام أسلوب التعاقد الإداري الإلكتروني يسمح باختصار الزمان والمكان ويحقق العدالة والمساواة بين المتنافسين ويضمن وصول المعلومة والبيانات بوضوح للكافة ويحول دون الفساد الإداري لاسيما فيما يتعلق بالأشغال العامة وغيرها من العقود الإدارية الإلكترونية.

♦ التوصيات:

- ضرورة تعديل قانون القضاء الإداري ليكون اختصاصه شاملاً لكافة الموضوعات والمنازعات الإدارية بما فيها العقود الإدارية الإلكترونية والتقليدية.
- تنظيم العقود الإدارية الإلكترونية خصوصاً الدولية في جزء منها، وربطها بالتحكيم تلافياً لتنازع الاختصاص القضائي.
- استحداث جهات إدارية خاصة مسؤولة عن تنظيم العقود الإدارية الإلكترونية لتلافي مشكلة الاختصاص والمتعلقة بالنظام العام، بما يضمن سهولة الرجوع إلى النماذج الإلكترونية عبر نوافذ الكترونية منظمة وموحدة.
- توحيد التشريعات الإدارية واستحداث تشريعات متعلقة بالعقود الإدارية لاسيما الإلكترونية منها لتلافي التداخل بينها وبين القواعد العامة.

القسم الثالث: دراسة خاصة

- د. منصور السعيد، الحماية القانونية للأسرار التجارية، دراسة في ظل القانون المقارن واتفاقية تريبس

الحماية القانونية للأسرار التجارية: دراسة في ظل القانون المقارن واتفاقية تريس

د. منصور السعيد⁽¹⁾

من الثابت أن الأسرار التجارية هي من أهم مقومات المشروعات التجارية والصناعية، إذ تعتمد عليها الكثير من المشروعات في المحافظة على تفوقها وتميزها وقدرتها التنافسية، لما لهذه الأسرار من أثر في تحسين الإنتاج أو زيادته أو تقليل نفقاته أو تشجيع الإقبال عليه. لذلك فإن كثيراً من المشروعات تفضل الاحتفاظ باكتشافاتها التقنية سراً، دون أن تتقدم للحصول على براءة اختراع بشأنها وأن توافرت الشروط اللازمة قانوناً للحصول على تلك البراءة⁽²⁾. وتعد الأسرار التجارية فرعاً من فروع الملكية الفكرية المنصوص عليها في اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية Trae Related Intellectual Property Rights (TRIPS) (والذي عرف بعد ذلك باتفاق تريس)⁽³⁾.

(1) أستاذ القانون التجاري كلية الدراسات التجارية - الكويت.

(2) د. سميحة القليوبي، المكتبة الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، 2005، ص386؛ د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها في التحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 2003، ص6 وما بعدها؛ د. محمد حسام محمود لطفي، آثار اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس) على تشريعات البلدان العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ص2002، ص32؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة 44 يوليو 2002، ص49؛ د. عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، التنظيم القانوني للصناعات الدوائية على ضوء اتفاقية التريس، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015، ص13-22.

(3) اتفاقية التريس إحدى اتفاقيات التجارة الدولية التي تم التوصل إليها بعد دورة أوروغواي لمنظمة التجارة العالمية بشأن الاتفاقية العامة للتجارة والتعريف الجمركية (الجات)، ووقعتها 125 حكومة كجزء من اتفاق نهائي. ولم تدخل حقوق الملكية

هذه الاتفاقية. غنى عن البيان أن الكويت ملتزمة بأحكام اتفاقية تريبس بصفتها عضواً في منظمة التجارة العالمية بالقانون رقم 81 لسنة 1995 ومؤداه ان أحكام الاتفاقية تجري مجرى التشريعات الوطنية التي يلزم القاضي بأعمال القواعد الواردة بها دون غيرها من النصوص القانونية.⁽¹⁾

ولوفاء الدول الأعضاء بالاتفاقية بالتزاماتها بحماية الأسرار التجارية أصدرت القوانين الخاصة بحماية الملكية الفكرية. أما في دولة الكويت فإنه لم يصدر بعد أي تشريع خاص ينظم حماية الأسرار التجارية كما هو الحال في التشريعات المقارنه، ومن ثم تطبق على هذه الحماية القواعد العامة في التشريع المدني الكويتي، وكذلك القواعد الخاصة بقمع المنافسة غير المشروعة إذا توافرت شروطها الواردة في القانون رقم 10 لسنة 2007 بشأن حماية المنافسة.⁽²⁾

وتختلف التشريعات المقارنة فيما يتعلق بالأساس القانوني لحماية الأسرار التجارية وطريقة حمايتها، كما تختلف المسميات التي تطلق على هذا النوع من الحقوق. بينما تشترك الأسرار التجارية مع بعض أنواع الحقوق في بعض خصائصها مثل المعرفة العملية أو الفنية Technical knowledge والأسرار الصناعية Industrial Secrets.

وتختلف كذلك المسميات التي تطلق على هذا النوع من الحقوق فتسمى بالأسرار التجارية Trade Secrets، كما أطلقت عليها بعض الأنظمة مسمى المعلومات السرية Confidential Information⁽³⁾. على الرغم من أن هذه المسميات تستخدم للدلالة على

(1) انظمت الكويت في 1 يناير 1995 انظر القانون رقم 81 لسنة 1995 بالموافقة على اتفاقية انشاء منظمة التجارة العالمية والمرفقات الملحقة بها.

(2) وفقاً للمادة السابعة من قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار رقم 10 لسنة 2007 حيث تنص على أن: "تسري أحكام هذا القانون على إساءة استعمال حقوق الملكية الفكرية والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والنشر إذا أدى ذلك إلى آثار ضارة بالمنافسة وحماية التجارة الحرة خلافاً لأحكام هذا القانون". وعليه نحيل لهذا القانون بشأن الأسرار التجارية أو المعلومات غير المفصح عنها والتي يشكل الاعتداء عليها مل من أعمال المنافسة غير المشروعة باعتباره انها ينتمي لطائفة من حقوق الملكية الفكرية، نظرا لعدم وجود تشريع خاص بالأسرار التجارية في دولة الكويت إلى الآن.

(3) مثال ذلك القانون الإنجليزي وفي القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية، تم إطلاق مسمى (الدراية العملية)، ويعني بها، (المعلومات أو البيانات أو المعارف الناجمة عن الخبرة المكتسبة من المهنة ذات الطبيعة التقنية والقابلة للتطبيق عمليا) - المادة الأولى من القانون الإماراتي رقم 31 لسنة 2006 م بشأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع و الرسوم و النماذج الصناعية - ونصت المادة 39 من ذلك القانون على أن "مع عدم الإخلال بالحقوق التي تخولها براءة الاختراع أو شهادة المنفعة، تتمتع الدراية العملية بالحماية من أي استعمال أو إفشاء أو اعلان غير مشروع من قبل

حقوق تتسم بالسرية فإن هناك بعض الاختلاف في المعنى القانوني لكل مسمى من بعض الوجوه⁽¹⁾. وقد نظمت اتفاقية تريبس الأسرار التجارية في المادة (39) وأطلقت عليها مسمى "المعلومات غير المفصح عنها" Undisclosed Information. وتعد اتفاقية تريبس أول اتفاقية دولية توفر الحماية لهذا النوع من الحقوق في مسعى لتدعيم حمايته وخلق نوع من التوافق والمواءمة Harmonization بين القواعد المنظمة له على مستوى العالم⁽²⁾.

ورغم تعدد الأنظمة القانونية التي تحمي الأسرار التجارية حول العالم إلا أنها تتفق فيما بينها على وجوب توافر شروط ثلاثة لتنتمتع المعلومة بالحماية القانونية كسر تجارى. وقد تناولت المادة (2/39) من اتفاقية (تريبس) شروط حماية الأسرار التجارية التي أسمتها بالمعلومات غير المفصح عنها، وهي تتفق مع الشروط التي تطلبها بعض القوانين، هذه الشروط هي: أن تتصف المعلومة بالسرية، وأن يكون للمعلومة قيمة اقتصادية، وأن يتخذ حائز هذه المعلومة تدابير وإجراءات للمحافظة عليها.

الغير، ما دامت لم تنشر أو توضع تحت التصرف العام للكافة، ويشترط للتمتع بالحماية أن يكون صاحب الدعاية العملية قد اتخذ التدابير اللازمة للمحافظة على سرية عناصرها على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون".
(1) د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص7؛ د. عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، المنافسة في ظل اتفاقية التريبس وأثرها على المعلومات غير المفصح عنها، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015، ص 106 وما بعدها.

(2) تجدر الإشارة إلى أن مسمى "المعلومات غير المفصح عنها" الذي يستخدمه اتفاق تريبس يختلف عن المسميات التي تستخدمها التشريعات المختلفة لمثل هذا النوع من الحقوق. حيث أن الدول المختلفة تستخدم مسميات متباينة مثل المعلومات السرية والمعرفة الفنية والأسرار التجارية وغيرها. ويعود اختيار الاتفاقية لهذا المسمى إلى الرغبة في عدم ربط المسمى الذي تستعمله الاتفاقية بمعناه المعروف في النظام القانوني الداخلي لدولة معينة. إلا أن مسمى المعلومات غير المفصح عليها وصف بأنه مضلل Misleading على أساس أن المعلومات التي لم يفصح عنها لأحد لا يمكن حمايتها، وإنما المعلومة التي يفصح عنها لأشخاص معينين ووفق ظروف وشروط معينة هي التي تكون محلاً للحماية. إلا أن الظروف التي أحاطت بصياغة نص المادة (39) والرغبة في عدم ربط حماية الأسرار التجارية بنظام دولة بعينها دفع ممثلي الدول المشاركة في صياغة الاتفاق لاختيار هذا المسمى. إلا أنه وكما سيتضح معنا أن الشروط التي وضعتها اتفاقية تريبس في المادة (39) لحماية المعلومات غير المفصح عنها تتفق في كثير منها مع شروط حماية الأسرار التجارية في القانون الأمريكي. انظر بصفة عامة،

Daniel Gervais, The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis, London, Sweet & Maxwell, 2003, P. 274.

ويجب أن تتوفر في تلك البيانات الشروط العامة للأسرار التجارية من حيث السرية والقيمة التجارية والتدابير المعقولة للحفاظ على سريتها، لذلك فإن الحماية لا تمتد إلى البيانات المعروفة للمتخصصين، أو التي سبق النشر عنها في المجالات العلمية أو الالكترونية. وتضفي التشريعات حمايتها على تلك الأسرار التجارية، سواء من الناحية المدنية، أو من الناحية الجنائية.

• أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث في الأسرار التجارية من خلال النظر إلى الإشكالات القانونية التي أحدثتها؛ بحيث أصبحت تواجه القضاء بشكل متزايد من أجل البت فيها وذلك للحد من اختلاف الأحكام الصادرة فيها لإرساء قواعد العدالة، حيث تعددت الخيارات وتشعبت أمام صاحب الحق في السر التجاري المتضرر للمطالبة بحقه، ونظراً لتعدد الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للأسرار التجارية وما رافقها من اعتبارات قد تتحيز لجهة دون أخرى أو تحكمها تقاليد التجارة أو الظروف الاجتماعية والسياسية في بعض الأحيان. والحقيقة أن المفهوم القانوني للأسرار التجارية في السابق قد استقر على ارتباطها بمجموع المهارات التي يحوزها الشخص أو المشرع في مجال العمل الذي يقوم به، وقد تطور هذا المفهوم ليشمل المعارف الموضوعية التي تتعلق بالطرق الصناعية كالتركيبات الكيميائية والنماذج الصناعية والآلات، ثم تطور ذلك إلى اعتبار كل المعلومات التي تؤدي إلى التطور التجاري والصناعي نوعاً من الأسرار التجارية، ولكن هذا المفهوم لم يقف عند هذا الحد بل تعداه ليشمل المعلومات التي تزيد من فرص التنافس بين المشاريع التجارية خارج نطاق المفهوم السابق، من هنا نتبين أهمية تحديد النظام القانوني للأسرار التجارية حيث نجد من الضرورة التعمق في دراسة هذا الموضوع المهم، وبيان كافة الجوانب القانونية التي تحيط به من أجل التوصل إلى النتائج المرجوة.

لذا فإن أهداف البحث في الأسرار التجارية تتجسد في بيان الإطار العام لمفهومها وذلك من خلال التعريف بها وتحديد طبيعتها، والتطرق إلى تحديد السلطات التي يخولها حق الملكية للمالك وبيان القيود الواردة على هذه التصرفات، لأجل الوصول إلى آلية الحماية القانونية للأسرار التجارية من خلال بيان شروط الحماية ووسائل تلك الحماية.

وقد استند البحث على القواعد القانونية المنظمة للأسرار التجارية التي أرستها الأنظمة القانونية في الاتفاقيات الدولية والقانون المقارن، مع المقارنة بالتشريع الكويتي ما أمكن، بالإضافة إلى المدارس الفقهية والمبادئ القضائية وما تمخض عنها من تجاذب وتنازع في النظر إلى هذا المفهوم القانوني.

• أهداف البحث:

- يهدف البحث إلى ما يأتي:
- أولاً: التعريف بالأسرار التجارية بصفة عامة.
- ثانياً: توضيح نطاق الحماية القانونية للأسرار التجارية، سواء في الاتفاقية الدولية أو في القانون المقارن وما مدى تأثير تلك الحماية.
- ثالثاً: دراسة صور التعدي التي يمكن أن تتعرض لها الأسرار التجارية بحسب الاتفاقية الدولية والقانون المقارن.
- رابعاً: دراسة سبل الحماية المقررة للأسرار التجارية في الاتفاقية الدولية والقانون المقارن ومدى تأثيرها.

• خطة البحث:

من البديهي أن الأسرار التجارية بوجه عام تناولتهما الاتفاقية الدولية كما تناولهما القانون المقارن بالحماية من خلال وضع القواعد التي تحدد شروط الحماية بحيث أن الشروط الموضوعية العامة المتطلبية لحماية الأسرار التجارية بوجه عام. لأجل ذلك ارتأينا أن نتناول عند بحث النظام القانوني لحماية الأسرار التجارية بوجه عام من خلال تعريق تلك الاسرار والشروط اللازمة لحمايتها ونطاق تلك الحماية وأشكال التعدي وذلك في الفصل الأول، ثم بعد ذلك نلقي الضوء حول صور الحماية القانونية المقررة للأسرار التجارية في الفصل الثاني.

الفصل الأول: النظام القانوني للأسرار التجارية بوجه عام.

الفصل الثاني: صور الحماية القانونية للأسرار التجارية.

○ الفصل الأول: النظام القانوني للأسرار التجارية بوجه عام

اهتمت بعض الدول قديماً بسن التشريعات لحماية حقوق مخترعيها، وكان من أول التشريعات قانون جمهورية البندقية للعام 1474، والقانون الأمريكي للعام 1790، والقانون الفرنسي لعام 1791⁽¹⁾، وعندما ازدادت أعداد الاختراعات، والتبادل التجاري بين الدول، بدأ الاهتمام الدولي يتجه لتوفير الحماية الدولية للحقوق الفكرية بوجه عام، وللاختراعات بشكل خاص، حيث عُقد أول مؤتمر دولي حول الملكية الصناعية عام 1878 في باريس، تبعه مؤتمر آخر أبرمت على أثره اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية عام 1883⁽²⁾، حيث أرسيت تلك الاتفاقية العديد من المبادئ في مجال الملكية الفكرية⁽³⁾، وأسهمت في حل الكثير من المشكلات الناجمة عن تباين نطاق الحماية للاختراعات بين الدول، ورغم دور اتفاقية باريس حيث شكلت المظلة الدولية لحماية الحقوق الفكرية – إلا أن الدول أدركت أن الحماية التي وفرتها غير كافية لحماية الاختراعات وتبادل الوثائق الخاصة بأسرارها⁽⁴⁾، لذلك أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية في مجال الاختراعات، مثل اتفاقية التعاون الدولي بشأن

(1) أشار إليه د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار الفرقان، عمان، 1983، ص 62.
(2) دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في 1884/6/8، وقع على اتفاقية إنشاء اتحاد باريس إحدى عشرة دولة هي (بليجكا، البرازيل، السلفادور، فرنسا، جواتيمالا، إيطاليا، هولندا، البرتغال، صربيا، أسبانيا، سويسرا)، وقد عدلت الاتفاقية في بروكسل عام 1900، وفي واشنطن عام 1911، وفي لاهاي عام 1925، وفي لندن عام 1934، وفي لشبونة عام 1958، وفي ستوكهولم عام 1967، وقد بلغ عدد الدول التي انضمت إليها حتى عام 1997 149 دولة. انظر د. صلاح الدين الناهي، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية، 2003، عمان، ص 264.

(3) وأهم المبادئ التي أرسيتها الاتفاقية، مبدأ المعاملة الوطنية وبموجبه يجب على الدول المتعاقدة أن تتيح لمواطني الدول المتعاقدة الأخرى الحماية ذاتها التي تمنحها لمواطنيها، ومبدأ الحق في الأولوية وفيه يكون لمودع الطلب استناداً إلى أي طلب أودعه في أي من الدول المتعاقدة أن يتمتع بمهلة 12 شهراً ليطلب الحماية في أي دولة متعاقدة، ومبدأ استقلال البراءات بحيث تعتبر البراءات الممنوحة عن الاختراع ذاته في مختلف الدول مستقلة الواحدة عن الأخرى من حيث أسباب السقوط والبطلان. انظر د. صلاح الدين الناهي، مرجع سابق، ص 33، المواد 2، 4، 6 من اتفاقية باريس للملكية الصناعية.

(4) د. سميرة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، 2005، ص 386.

البراءات للعام 1970⁽¹⁾، واتفاقية ستراسبورغ بشأن التصنيف الدولي لبراءات الاختراع للعام 1971⁽²⁾.

وقد شهدت نهاية القرن العشرين أكبر ثورة تكنولوجية ومعلوماتية، انتشرت على أثرها صناعة التقليد في العالم، مما دفع الدول المتقدمة - وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية - بعد الخسائر التي لحقت بها، لتسعى لإبرام اتفاقيات جديدة في مجال التجارة بشكل عام والحقوق الفكرية بشكل خاص، حيث توجت جهودها بالتوقيع على اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية (WOT)⁽³⁾، وأهم ما تمخض عنها ملحقها رقم (1-ج) والمعروف باتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS)⁽⁴⁾، والتي وسعت من نطاق الحماية للحقوق الفكرية، ونصت على قواعد موضوعية لحمايتها، وألزمت الدول الموقعة بتعديل تشريعاتها بما يتلاءم مع نصوص الاتفاقية.

وقد أثرت اتفاقية (تريس) في تشريعات الدول العربية التي انضمت إلى منظمة التجارة العالمية وكان من أوائل الدول العربية التي انضمت إليها دولة الكويت في العام 1995⁽⁵⁾،

(1) انضمت مصر إلى هذه الاتفاقية عام 2002، وبموجب هذه الاتفاقية يكفي إيداع طلب دولي واحد من أجل تأمين الحماية للاختراع في جميع الدول المطلوب الحماية فيها، بحيث يتم فحص الاختراع موضوعياً في الدولة التي تم تقديم الطلب فيها وكتابة تقرير حول الاختراع، ثم يرسل الطلب مع التقرير إلى الدول الأخرى. انظر المرجع السابق، ص 386.

(2) كان المجلس الأوروبي قبل توقيع هذه الاتفاقية مسئولاً عن التصنيف الدولي لبراءات الاختراع وبموجبها أصبحت المنظمة العالمية للملكية الفكرية (ويبو) تضطلع بذلك ويتيح الانضمام لهذه الاتفاقية للدول إمكانية الاشتراك بأعمال تحسين الصنف الدولي لبراءات الاختراع، المرجع السابق، ص 379.

(3) وهي اختصار (World Trade Organization)، وتعتبر الوريث القانوني للاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة (الجات) التي أنشئت في أعقاب الحرب العالمية الثانية، وتشمل عضوية منظمة التجارة العالمية أكثر من 140 دولة، وهناك ثلاثون دولة أخرى تتفاوض حول العضوية، وكان آخر الدول المنضمة روسيا حيث أعلن الموافقة على انضمامها في 2011/11/17. انظر الموقع الإلكتروني، <http://www.wtoarb.org?lang=ar>.

(4) يطلق عليها بالإنجليزي Trade-Related Intellectual Property Rights، وتضمنت اتفاقية تريس 73 مادة تعالج ثمانية أنواع من الحقوق الفكرية وهي (حقوق المؤلف والحقوق المتعلقة بها (المواد 9-14)، العلامات التجارية (المواد 15-21)، التصميمات الصناعية (المواد 25-26)، المؤشرات الجغرافية (المواد 22-24)، التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة (المواد 35-3)، براءات الاختراع (المواد 27-34)، المعلومات غير المفصح عنها (المادة 39)، مكافحة الممارسات المنافية للمنافسة المشروعة والتراخيص العقدية (المادة 40).

(5) د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 33؛ د. محمد حسام محمود لطفي، آثار اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس) على تشريعات البلدان العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2002، ص 22.

كما انضمت دولة جمهورية مصر العربية في نفس العام وأصدرت بعدها قانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم 82 لسنة 2002⁽¹⁾، وقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999. كما انضمت الأردن عام 1995 وذلك بعد أن أجرت سلسلة من التعديلات في تشريعاتها⁽²⁾، من بينها قانون براءات الاختراع رقم 32 لسنة 1999⁽³⁾، وقانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية رقم 15 لسنة 2000⁽⁴⁾.

وانضمت المملكة العربية السعودية للاتفاقية بتاريخ 1426/11/9هـ، وعلى أثر ذلك، صدر قرار مجلس الوزراء السعودي رقم 50، وتاريخ 1426/2/25هـ وقد تضمن تكليف وزير التجارة بإصدار لائحة لتسمى لائحة حماية المعلومات التجارية السرية، وقد صدرت اللائحة بموجب القرار الوزاري رقم 3318 وتاريخ 1426/3/25هـ⁽⁵⁾.

ولقد اهتمت سائر التشريعات بتوفير حماية مدنية وجنائية للأسرار التجارية كونها أموالاً معنوية من الوجهة القانونية. غير أن النظم القانونية سواء على الصعيد الدولي أم على الصعيد الوطني قد تباينت في تنظيم تلك الحماية إلى أن جاءت اتفاقية (تريس) فألزمت الدول الأعضاء فيها بتعديل تشريعاتها بما يتفق وأحكام الاتفاقية، ولتوحيد النظم الموفرة للحماية القانونية للأسرار التجارية. لأجل ذلك ارتئينا ان نتناول في هذا الفصل بحث النظام القانوني للأسرار التجارية بوجه عام سواء في الاتفاقية الدولية أو في التشريع المقارن وذلك لبيان ماهية الأسرار التجارية والأنظمة والأنظمة التي تتشابه معها والعلاقة بينها وبين براءة الاختراع، وشروط الحماية

(1) منشور بالجريدة الرسمية المصرية، العدد 22 بتاريخ 2002/6/2. كما صدرت اللائحة التنفيذية للقانون المذكور بقرار مجلس الوزراء المصري رقم 1366 للعام 2003.

(2) د. عبد الله الخشروم، أثر انضمام الأردن لمنظمة التجارة العالمية في تشريعات الملكية الصناعية الأردنية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني، www.alhsn.com/...

(3) منشور في الجريدة الرسمية الأردنية العدد 4389 والصادرة بتاريخ 1999/11/1، ص 4256. كما صدر نظام براءات الاختراع ونشر في الجريدة الرسمية، العدد 4522 بتاريخ 2001/12/13، صفحة رقم 5793، وتم تعديل القانون المذكور بالقانون رقم 71 للعام 2001، ونشر التعديل في الجريدة الرسمية رقم 4520 بتاريخ 2001م/12/2.

(4) منشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد 4423، والصادرة بتاريخ 2000/4/2.

(5) راجع د. زياد بن أحمد القرشي، الحماية القانونية للأسرار التجارية، دراسة تحليلية مقارنة بين النظام السعودي والقانون الأمريكي في ضوء اتفاق الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس)، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 28، العدد 6، أكتوبر 2014، ص 417.

القانونية المقررة للأسرار التجارية، والحقوق المقررة لحماية السر التجاري، وذلك من خلال أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية الأسرار التجارية.

المبحث الثاني: العلاقة بين براءة الاختراع والأسرار التجارية.

المبحث الثالث: شروط حماية الأسرار التجارية.

المبحث الرابع: نطاق الحماية للأسرار التجارية وأشكال التعدي عليها.

■ المبحث الأول: ماهية الأسرار التجارية

تعد الأسرار التجارية من العناصر الرئيسية للمشروعات التجارية - وخاصة على المستوى الدولي - حيث تعتبر المحور الأساسي في عمليات نقل التكنولوجيا. وقد تزايد الاهتمام بالأسرار التجارية بعد إنشاء منظمة التجارة العالمية، إذ تفضل الكثير من المنشآت التجارية الاحتفاظ بتلك الأسرار وعدم الكشف عنها والاستفادة من الحماية التي توفرها قوانين حماية الأسرار التجارية. لذلك يثار التساؤل حول المقصود بأسرار التجارة، وأبرز الصور التي يتجسد من خلالها السر التجاري وكيف يمكن تمييزها عن غيرها، الأمر الذي نتولى الإجابة عنه من خلال مطلبين على النحو التالي:

◆ المطلب الأول: تعريف السر التجاري

اختلفت النظم القانونية المختلفة حول تسمية الأسرار التجارية، حيث استخدمت مسميات عديدة للدلالة عليها، وكذلك الفقه فإنه لم يتفق على تسمية محددة⁽¹⁾، وترتبط تسمية "السر التجاري" بالقانون الأمريكي الذي يعود له فضل الريادة في نشأة مفهوم السر التجاري وتنظيم أحكامه، وتسمى الأسرار التجارية في الطبعة العربية من اتفاقية تريس "المعلومات السرية"، وفي الطبعة الفرنسية "information non-divulges"، وفي الطبعة الأصلية (الإنجليزية)

(1) د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 23، 26. ومن هذه التسميات، المعرفة الفنية - Know-How، المعلومات السرية Confidential Information، وكذلك أسرار التجارة Trade Secrets، المرجع السابق، ص 6.

تسمى "undisclosed information" وبترجمة هذا المصطلح الأخير حرفياً تسمى "المعلومات غير المفصح عنها"⁽¹⁾.

ومن جانبنا نعتقد أن استخدام مصطلح الأسرار التجارية هو الأنسب من الناحية القانونية للدلالة على المعلومات السرية، فالترجمة الحرفية لا تعطي المعنى المطلوب، ولشمولية هذا المصطلح على الرغم من شيوع استخدام مصطلح المعلومات غير المفصح عنها⁽²⁾.
لأجل ذلك، علينا أن نتناول موقف التشريعات من تعريف الأسرار التجارية (أولاً)، لنخلص إلى التعريف الفقهي لها (ثانياً).

• أولاً: موقف التشريعات من تعريف الأسرار التجارية

لم تتضمن التشريعات المقارنة، تعريفاً لمفهوم الأسرار التجارية ولعل مرد ذلك إلى اعتبار أن إيراد التعريفات ليس من اختصاصات المشرع، وإنما يتولاه الفقه والقضاء حسب ما يعرض من وقائع وحالات. بيد أن التشريعات المقارنة ذهبت إلى أفراد النصوص المنظمه لأحكام الأسرار التجارية بالقدر المتفق مع أحكام اتفاقيه ((تربس)) وشروط الانضمام إليها دون النزول في تلك الأحكام عن القدر المقرر فيها.

ولم تعرف اتفاقية "تربس" أسرار التجارة، وقد تضمن القسم السابع من الإتفاقية في المادة 39 الأحكام الخاصة بحمايه المعلومات السرية ضمن الفقرات الثلاث التي أوردتها⁽³⁾، واشتملت

(1) د. محمد حسام محمود لطفي، آثار اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تربس) على تشريعات البلدان العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2002، ص 67.

(2) استخدم المشرع المصري مصطلح "المعلومات غير المفصح عنها"، في حين أن المشرع الأردني ولأئحة حماية المعلومات التجارية السرية والسعودية استخدمتا مصطلح "الأسرار التجارية".

(3) تنص المادة 39 من القسم السابع من اتفاقية (تربس) على أن،

1. أثناء ضمان الحماية الفعالة للمنافسة غير المنصفة حسب ما تنص عليه المادة 10 مكررة من معاهدة باريس 1967،
(تلتزم البلدان الأعضاء بحماية المعلومات السرية وفق الفقرة 2 والبيانات المقدمة للحكومات أو الهيئات الحكومية وفقاً لأحكام الفقرة 3.

2. للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابتهم بصورة قانونية لآخرين أو حصولهم عليها أو استخدامها لها دون الحصول على موافقة منهم، بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة طالما كانت تلك المعلومات، سرية من حيث أنها ليست، بمجموعها أو في الشكل والجميع الدقيقين لمكوناتها معروفة عادة أو سهلة الحصول عليها من قبل أشخاص في أوساط المتعاملين عادة في النوع المعنى من المعلومات؛ (ب) ذات قيمة تجارية

الفقرة الاولى على التزام الدول الاعضاء بحمايه المعلومات السرية وفق الفقرتين (2،3) استنادا الى احكام المنافسة غير المنصفه الواردة في المادة العاشرة مكرر من معاهده باريس⁽¹⁾. اما الفقرة الثانية من اتفاقية "تريس" فقد منحت الاشخاص الطبيعيين والاعتباريين حقا بمنع الإفصاح عن المعلومات التي بحوزتهم بصورة قانونيه وحق منع الاخرين من الحصول عليها او استخدامها دون موافقتهم وبأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة.

وقد حددت الفقرة الثانية من المادة 39 على الشروط الواجب توفرها في السر التجاري لكي يتمتع بالحماية القانونية وجاء فيها (لأشخاص الطبيعيين والاعتباريين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابتهم بصورة قانونية لآخرين أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها دون الحصول على موافقة منهم، بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة طالما كانت تلك المعلومات: أ - سرية من حيث أنها ليست بمجموعها أو في الشكل والتجميع الدقيق لمكوناتها، معروفة عادة أو سهلة الحصول عليها من قبل أشخاص في أوساط المتعاملين عادة في النوع المعنى من المعلومات، ب - ذات قيمة تجارية. ج - أخضعت لإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذي يقوم بالرقابة عليها بغية الحفاظ على سريتها⁽²⁾).

ويلاحظ ان نص المادة (39) من اتفقيه تريس اوردت مفهوما واسعا لمن يمكن نسبة المعلومة السرية اليه من جهة، وانها قيدت ذلك المفهوم بقيد منطقي من جهة اخرى اذ لم يقتصر ذلك الحق على مالك الملومة السرية او حائزها فقط، بل تعدها ليشمل كل شخص طبيعي او

نظرا لكونها سرية؛ ج) أخضعت لإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذي يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بغية الحفاظ على سريتها.

٣. تلتزم البلدان الأعضاء، حين تشترط للموافقة على تسويق الأدوية أو المنتجات الكيماوية الزراعية التي تستخدم مواد كيماوية جديدة تقديم بيانات عن اختبارات سرية أو بيانات أخرى ينطوي إنتاجها أصلا على بذل جهود كبيرة، بحماية هذه البيانات من الاستخدام التجاري غير المنصف، كما تلتزم البلدان الأعضاء بحماية هذه البيانات من الإفصاح عنها إلا عند الضرورة من أجل حماية الجمهور أو ما لم تتخذ إجراءات لضمان عدم الاستخدام التجاري غير المنصف.

(1) وذلك يعني أن اتفاقية (تريس) قد أحالت إلى اتفاقية (باريس) بشأن أحكام حماية المعلومات السرية بالاستناد إلى المنافسة غير المشروعة وفقا للمادة العاشرة مكرر منها. يراجع، د. داود بن عبد العزيز بن محمد الداود، تنازع الأنظمة والقوانين في حقوق الملكية الفكرية، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الرياض، 1438 هـ - 2017م، ص 69.

(2) أنظر المادة 55 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري، تقابلها المادة 4 فقرة (أ) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الاردني رقم 15 لسنة 2000. والمادة الخامسة من لائحة حماية المعلومات التجارية السرية السعودية.

اعتباري له حق قانوني في معرفة المعلومة السرية ويتولى الرقابة عليها قانونا لتشمل - أيضا - المنشأة التي تملك تلك المعلومة او توصلت اليها قانونا في حال كونها شخصا اعتباريا، أو الشخص الذي يحوز تلك المعلومة او توصل اليها قانونا بحيث تنسب اليه وتعد من حقوقه، إضافة الى من يصرح لهم ذلك الحائز بحق الاطلاع على المعلومة او معرفتها بحكم العمل. يلاحظ - أيضا - أن الشروط التي نصت عليها اتفاقية ترينس في المادة 39 تعكس التعريف الذي نص عليه القانون الأمريكي الموحد للأسرار التجارية⁽¹⁾، في المادة الرابعة من الفصل الأول للقانون المذكور حيث عرف السر التجاري بأنه بة التقنية، وسيلة والتي:

- 1- تكون لها قيمة اقتصادية حالة أو ممكنة، وذلك طالما لم تكن معروفة إلا لدى هؤلاء الأشخاص الذين يحصلون على قيمتها الاقتصادية من خلال عملهم واستخدامهم لها، وطالما لم يكن من الممكن للآخرين اكتشافها أو الحصول عليها بوسائل مشروعة.
- 2- وأن تحاط المعلومات بوسائل معقولة طبقا للظروف للحفاظ على سريتها⁽²⁾.

وفي الاتجاه ذاته سار المشرع المصري حيث اشارت الفقرة (1) من المادة (66) من قانون التجارة الى الاسرار الصناعية واعتبرت الاعتداء عليها بما يخالف العادات والاصول المرعية في المعاملات التجارية فعلا من افعال المنافسة غير المشروعة. أما المادة 55 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري فقد اوردت الشروط الواجب توافرها مجتمعه في المعلومات غير المفصح عنها لتمتعها بالحماية التي يقررها وهي الشروط ذاتها التي أوردته المادة 39 من اتفاقية ترينس - السابق الإشارة إليها -، وتقابل المادة الرابعة

(1) وهو الإنجليزية (The Uniform Trade Secrets Act-USTA) حيث صدر هذا القانون عام 1979 وتم تعديله عام 1985، وقد اعتمد على المدونات الأمريكية التي صدرت قبله والتي تعتبر من أهم المصادر التي قننت المبادئ القضائية في مجال الأسرار التجارية حيث صدرت مدونة الفعل الضار عام 1939، ومن ثم صدر الإصدار الثنى لها عام 1978، ومن ثم الإصدار الثالث بعنوان المنافسة غير المشروعة عام 1995. انظر د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها؛ د. أنور طلبة، حماية حقوق الملكية الفكرية، القاهرة، المكتب الجامعي الحديث، 2003، ص164.

(2) د. جلال وفاء محمدين، فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها: دراسة في القانون الأمريكي، بدون طبعة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 24 و 25؛ كما وردت تلك التعريفات وتفاصيلاتها لدي د. حسام الدين الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، مرجع سابق، ص15 وما بعدها.

من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الاردني. ويتفق معهما ما ذهب اليه المشروع في البحرين في المادة الأولى من القانون رقم 7 لسنة 2003 بشأن الأسرار التجارية⁽¹⁾، وذلك بتحديد الصفات الواجب توافرها في المعلومة لتحظى بطابع السرية. خلاصة القول أن التشريعات المقارنة لم تضع تعريفاً للسر التجاري، ولا يمكن وضع تعريف جامع مانع لأسرار التجارة، بحيث يحيط بكل جوانب هذا الحق، فالتجارة مليئة بالأسرار والمعلومات الخفية، فهي تخلق وتعرف بشكل فردي، وأمثلتها كثيرة لا حصر، ويمكن أن تكون في أي من المجالات التجارية، كاختراع مستحضر طبي وكيميائي أو الكتروني أو تركيبات مواد تحميل أو مواد غذائية أو قوائم العملاء وخطط التسويق ورموز برامج الكمبيوتر وتقنيات الصيانة، فقد وضعت اتفاقية "تريس" - وسارت على نهجها التشريعات الوطنية - ثلاثة معايير لتحديد ما إذا كان صاحب الحق يتمتع بالحماية وفق نظام الأسرار التجارية، وهي أن تكون المعلومات سرية، وذات قيمة تجارية، وقد أخضعت لتدابير معقولة في المحافظة عليها.

• ثانياً: التعريف الفقهي للأسرار التجارية

وإزاء سكوت التشريعات عن تعريف السر التجاري، لم يألُ الفقه جهداً في ذلك، بيد أنه لا يوجد تعريف فقهي أو قضائي أو قانوني موحد للأسرار التجارية⁽²⁾. حيث يعرف جانب من الفقه العربي الأسرار التجارية بأنها المعلومات التي تكون نتيجة جهود كبيرة توصل إليها صاحبها واحتفظ بسريتها، ويكون لها قيمة اقتصادية تنشأ عن هذه

⁽¹⁾ منشور في الجريدة الرسمية، العدد 2587، في يونيو 2003، وقد نص في المادة الأولى منه على أن، " يحظر على كل شخص طبيعي أو اعتباري إفشاء المعلومات التي تكون بحوزته إذا اتسمت بما يلي، - أ) إذا كانت سرية، وتتحقق هذه السرية إذا كانت المعلومات في صورتها النهائية أو في مفرداتها الدقيقة غير معروفة، أو غير متداولة، وليس من السهل الحصول عليها لدى المشتغلين عادة بهذا النوع من المعلومات. ب) إذا كانت ذات قيمة تجارية نظراً لكونها سرية. ج) إذا كانت تعتمد في سريتها على ما اتخذته حائزها القانوني من تدابير فعالة للحفاظ عليها. وفي تطبيق أحكام هذا القانون تعتبر المعلومات التي تتوافر فيها السمات المنصوص عليها في البنود السابقة أسراراً تجارية"؛ في حين أفرد المشرع السعودي لائحة حماية المعلومات السرية الصادرة بالقرار الوزاري 3318 بتاريخ 3/25/3 لحماية المعلومات التجارية السرية، عرفت المادة الأولى من هذه اللائحة المعلومة التجارية السرية بقولها، تعد أي معلومة سراً تجارياً في أي من الحالات الآتية بيانها،

⁽²⁾ Jerry Cohen & Alan S. Gutterman, Trade Secrets Protection and Exploitation, Washington D.C., Bureau of National Affairs, 1998, at P. 13.

السرية، مثل التصاميم أو الطرق أو المعلومات الفنية أو البرامج التي تتضمن معارف فنية لها قيمة فنية بذاتها⁽¹⁾.

ويعرف جانب آخر من الفقه الأسرار التجارية بأنها: - نماذج - توليفة - برامج - آلات - أساليب وطرق ووسائل صناعية تكون لها قيمة اقتصادية حالة أو ممكنة طالما لم تكن معروفة إلا للذين يحصلون على قيمتها الاقتصادية من خلال عملهم بها واستخدامهم لها، ولم يكن من الممكن لأشخاص آخرين اكتشافها أو الحصول عليها بوسائل مشروعة، وبشرط أن تكون هذه المعلومات محاطة بوسائل معقولة، طبقاً للظروف، للحفاظ على سريتها⁽²⁾.

يلاحظ على التعريف الأول أنه تضمن العديد من خصائص الأسرار التجارية إلا أنه ينظر إلى الأسرار التجارية كمعلومات تستخدم في مجال الصناعة. وحصر الأسرار التجارية في هذا الإطار لا يتفق مع طبيعة الأسرار التجارية التي تشمل المعلومات التي تستخدم في التجارة ومن الممكن أن تستخدم في الصناعة. ولا تقتصر الحماية المقررة للأسرار التجارية على المعارف الفنية، بل تشمل المعلومات التجارية كقوائم العملاء، والخطط التسويقية، والمعلومات الإدارية والمالية مثل النماذج والإحصائيات والدراسات المالية والاقتصادية⁽³⁾. يعرف جانب من الفقه الأمريكي الأسرار التجارية على أنها نوع من المعلومات ذات القيمة بسبب أنها غير معروفة عموماً⁽⁴⁾.

ومن المستقر عليه في الفقه الأمريكي أنه حتى تعتبر المعلومة سرّاً تجارياً يجب أن تستمد قيمتها الاقتصادية من كونها ليس من السهل التوصل إليها والتحقق منها فضلاً عن ضرورة بذل صاحبها جهوداً معقولة للحفاظ على سريتها⁽⁵⁾. وبحسب الفقيه الأمريكي روجور

(1) د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثامنة، 2009، ص 415. أنظر أيضاً د. حسام عيسى، نقل التكنولوجيا (دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية)، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1987، ص 114.

(2) د. جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 89.

(3) د. حسام الدين الصغير، مرجع سابق، 2003، ص 3.

(4) Publisher's Editorial Staff, Introduction to Trade Secrets, 23 Corporate Counsel's Quarterly (2), 2007, P.1.

(5) Sharon L. Sandeen, A CONTRACT BY ANY OTHER NAME IS STILL A CONTRACT, EXAMINING THE EFFECTIVENESS OF TRADE SECRET CLAUSES TO PROTECT DATABASES, 45 IDEA, The Journal of Law and Technology (2005) P. 119, at 133.

مليجريم Roger M. Milgrim لا تستمد الأسرار التجارية قيمتها من طبيعة هذه الأسرار ومحتواها، ولا من الفائدة الناتجة عنها، وإنما من كونها سرّاً يخفي على المنافسين⁽¹⁾. بعد استعراض التعريفات السابقة يتضح صعوبة وضع تعريف محدد للأسرار التجارية، إلا أننا يمكن أن نقرر بأن الأسرار التجارية لا تعدو أن تكون معلومات أو طرقاً أو صيغاً أو تقنيات ذات أهمية اقتصادية، ولا يشترط فيها أن تتطوي على خطوة ابتكارية، وتستخدم في مجالات التجارة أو الصناعة أو التقنية ويحتفظ بها صاحبها سرّاً من خلال اتخاذ إجراءات حمايتها من أن يطلع عليها الغير الذين يمكن أن يحققوا فوائد اقتصادية لو أتحت لهم إمكانية استخدام هذه الأسرار في مجال عملهم.

♦ المطلب الثاني: المفاهيم المشابهة لمفهوم الأسرار التجارية

يتشابه مفهوم الأسرار التجارية مع بعض المفاهيم الأخرى كالمعرفة الفنية أو المعرفة العملية والأسرار الصناعية.

• المعرفة الفنية أو المعرفة العملية والأسرار التجارية:

لا يوجد تعريف موحد لمفهوم المعرفة الفنية، إذ يعرفها البعض على أنها مجموعة من المعلومات المتعلقة بكيفية تطبيق نظرية علمية أو اختراع⁽²⁾. إلا أن هذا التعريف لا يعبر بدقة عن مضمون المعرفة الفنية بشكلها الحالي ويحصرها في جانب واحد وهو جانب المعلومات المتعلقة بتطبيق النظريات العلمية والاختراعات، في حين أن المعرفة الفنية أوسع من ذلك بكثير، فهي تمتد لتشمل التقنيات والمهارات وخطط التنفيذ. ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن المعرفة العملية هي المهارة وأطلق عليها مسمى المعرفة التقنية⁽³⁾. والمعرفة العلمية أو الفنية تشمل الطرق الصناعية والمهارات والخبرات والمعارف التنظيمية والإدارية وأساليب التسويق⁽⁴⁾.

(1) Roger M. Milgrim, Trade Secrets, New York, Mathew Bender & Company Inc., 2006 S 1.03.

(2) د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، القاهرة، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني، مطبوعات جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1984.

(3) د. صالح بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، القاهرة، شهد للنشر والإعلام، 1992، ص 42.

(4) د. حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1987، ص 132.

ويرى البعض أن الأسرار التجارية تختلف عن المعرفة الفنية في أن الأخيرة تتعلق بطرق وأساليب الصناعة ولا تمتد لتشمل المعارف التنظيمية والتجارية والإدارية⁽¹⁾. إلا أنه ليس هناك اتفاق بين المتخصصين حول الحدود الفاصلة بين الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، فأراء الفقه متباينة ومنقسمة فيما يتعلق بهذه المسألة⁽²⁾. شراح القانون الذين درسوا العلاقة بين الأسرار التجارية والمعرفة الفنية انقسمت آراؤهم إلى ثلاثة أقسام: الرأي الأول يرى أن الأسرار التجارية أوسع من المعرفة الفنية، والرأي الثاني يقرر بأن المعرفة العلمية أوسع من الأسرار التجارية، ورأي ثالث يرى أن هذين المفهومين متطابقان. ولذلك فالقواعد التي تنطبق عليها يجب أن تكون واحدة⁽³⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه، أن المعرفة الفنية ذات شقين: شق عبارة عن معلومات مرتبطة بأشياء مادية كبرامج الكمبيوتر والصيغ والوصفات وتقنيات مراقبة الجودة، والشق الثاني عبارة عن المعلومات المتعلقة بالمعرفة التقنية المستخدمة لحل المشاكل التقنية التي تواجه المشروع الصناعي⁽⁴⁾. تشمل المعرفة الفنية كذلك المعلومات المتعلقة بسلوك المستهلك المستمدة من الخبرة في إدارة للمشروع والمتعلقة بقطاع التنظيم والتجارة. وفي اعتقادنا أن هذا الرأي هو الأفضل، وبذلك يمكننا أن نقرر أن الأسرار التجارية والمعرفة الفنية وجهان لعملة واحدة⁽⁵⁾.

• المعرفة الفنية والأسرار الصناعية:

يتداخل مفهوم المعرفة الفنية مع مفهوم الأسرار الصناعية. حيث يعرف السر الصناعي على أنه وسيلة أو طريقة تصنيع غير شائعة للكافة، غير سهلة المنال وتسمى سر الصناعة بالرغم من عدم كونها الملكية الحصرية لمنشأة واحدة⁽⁶⁾. إلا أن نطاق الأسرار الصناعية

(1) د. حسام الدين الصغير، مرجع سابق، 2003، ص 3.

(2) د. حسام عيسى، سابق الإشارة، ص 130.

(3) Aldo Frignani, Know-How and Trade Secrets, paper presented to the IBA/SBL Conference in Paris between 18 and 21 September 1995.

(4) J. H. Reichmann, Computer Programs as Applied Scientific Know-How, Implication of Copyright Protection for Commercialized University Research, in 42 Vanderbilt Law Rev., 1989, p. 639.

(5) وجهة النظر هذه لها الكثير من المؤيدين على المستوى الدولي. أنظر مثلاً،

François Dessemontet, The Legal Protection of know-How in the United States of America, Geneva, New Jersey Librairie Droz S.A., 1976, p. 46.

(6) د. سيبيل سمير جلول، المعرفة العلمية، دراسة في المفهوم والعقود وطرق الحماية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 19، ص 80؛ د. حسام عيسى، 1987، سابق الإشارة، ص 132.

أضيق من نطاق المعرفة الفنية فالأسرار الصناعية تقتصر على الطرق والأساليب الصناعية والتي هي جزء من أجزاء المعرفة الفنية التي هي أوسع نطاقاً لتشمل كافة المعلومات أو المعارف المطبقة في إدارة الأعمال والتسويق والبيع وغيرها⁽¹⁾. يرى جانب من الفقه أن من أهم ما يميز المعرفة الفنية عن الأسرار الصناعية هو قابليتها للتداول كما في عقود الامتياز التجاري⁽²⁾. إلا أن جانباً آخر من الفقه يرى أن لا فارق بين مفهوم المعرفة العملية والسر الصناعي وهو ما لا نؤيده⁽³⁾. وتختلف المعرفة الفنية عن السر الصناعي من ناحية المضمون فيتألف السر الصناعي من معلومة مهنية وسرية، بينما تشكل المعرفة العلمية مجموعة معلومات سرية أو شبه سرية مميزة نوعاً من الجودة⁽⁴⁾. إلا أن الاختلاف بين المعرفة العلمية والسر الصناعي في رأينا لا يعدو أن يكون اختلافاً في الاصطلاح لا في الجوهر والمضمون، فكلاهما يشكل معارف ذات طابع عملي ينتج عنها فائدة للمنشأة. وكما يقول جانب من الفقه وبحق أن المعرفة الفنية والسر الصناعي يلتقيان في الهدف والطبيعة؛ فكلاهما من الأسرار الفنية ويتضمنان معارف عملية ولا يتمتعان ببراءات اختراع، ويهدفان إلى زيادة القدرة التنافسية للمشروع⁽⁵⁾. وعليه فيمكننا القول إن الأسرار الصناعية هي جزء من المعرفة الفنية.

■ المبحث الثاني: العلاقة بين براءة الاختراع والأسرار التجارية

يمكن تعريف براءة الاختراع بأنها الوثيقة التي تصدرها الدولة للمخترع اعترافاً منها بحقه فيما اخترع، وهي بذلك تعبر عن صك رسمي تصدره جهة إدارية مختصة في الدولة إلى صاحب الاختراع كي يستطيع بمقتضاه الاستئثار في استغلال اختراعه لمدة محددة بضوابط

(1) د. جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراع ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1983، ص 522؛ د. سيبيل سمير جلول، سابق الإشارة، 2009، ص 81.

(2) د. حسام عيسى، 1987، مرجع سابق ص 132.

(3) د. سيبيل سمير جلول، سابق الإشارة، ص 81.

(4) د. سيبيل سمير جلول، سابق الإشارة، ص 82.

(5) د. حسين فتحى، أسرار المشروع التجاري، طنطا، بدون ناشر، 1991، ص 28؛ د. آمال زيدان عبد اللاه، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا، دراسة تحليلية في القانون المصري والأمريكي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص 40.

معينة⁽¹⁾. فبراءة الاختراع هي التي تنشئ حق المخترع في احتكار اختراعه والاستئثار به، وتضفي عليه الحماية القانونية الخاصة بهذه البراءة⁽²⁾. وتمنح براءة الاختراع عن كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعي⁽³⁾.

⁽¹⁾ يراجع في شأن براءة الاختراع، د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 55؛ د. حسام الدين الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها؛ د. جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 7 - 50؛ د. حمد الله محمد حمد الله، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 11؛ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحماية القانونية للاختراعات وفقاً للقانون الكويتي في ضوء أحكام القانون المقارن، لجنة التأليف والتعريب والنشر - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، 2014، ص 17 - 21؛ د. نعيم أحمد شنيار، الحماية القانونية لبراءة الاختراعات في ظل قانون حماية حقوق الملكية الفكرية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 37 وما بعدها؛ د. صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2005، ص 38؛ د. عبد الله عبد الكريم عبد الله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 170 - 175؛ د. أحمد على صلاح الخصاونة، الأحكام القانونية للمنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية في القانون الأردني والاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2012، ص 171 - 182.

⁽²⁾ يراجع للمزيد حول الطبيعة القانونية لبراءة الاختراع، د. محمد حسام لطفي، حقوق الملكية الفكرية، المفاهيم الأساسية، دراسة لأحكام القانون رقم 82 لسنة 2002؛ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها.

⁽³⁾ يراجع في شروط منح براءة الاختراع في القانون المصري، المادة الأولى القانون رقم 82 لسنة 2002 (تمنح براءات اختراع طبقاً لأحكام هذا القانون عن كل اختراع قابل للتطبيق الصناعي، ويكون جديداً، ويمثل خطوة إبداعية...) وانظر للتوضيح، د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 55؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، الملكية الفكرية في تشريعات الدول العربية، مجلة حماية حقوق الملكية الفكرية، العدد 49، الربع الثالث، سنة 1996، ص 19؛ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها؛ د. حميد محمد على اللهيبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، 2008، ص 318 - 327. وانظر في عرض موجز للشروط الموضوعية، د. جديع فهد الفيله الرشيدى، الشروط الموضوعية لبراءات الاختراع في القانون الكويتي، مجلة الحقوق - الكويت - العدد الرابع، السنة 29 - ديسمبر 2005، ص 69؛ وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية، "أن الشرط الأساسي في الاختراع أن يكون هناك ابتكار يستحق الحماية، وهذا الابتكار قد يتمثل في فكرة أصلية جديدة فيخلق صاحبها ناتجاً جديداً، وقد تتخذ الفكرة الابتكارية شكلاً آخر ينحصر في الوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق نتيجة كانت تعد غير ممكنة في نظر الفن الصناعي القائم قبل الابتكار، وقد يكون موضوع نشاط الابتكار مجرد التوصل إلى تطبيق جديد لوسيلة مقررّة من قبل، وليس من الضروري أن تكون النتيجة جديدة، بل الجديد هو الربط بين الوسيلة والنتيجة واستخدام الوسيلة في غرض جديد، حكم محكمة النقض المصرية رقم 1190 لسنة 41ق، جلسة 1972/4/2، ص 499 لسنة 7ق، مجموعة المبادئ القانونية، عدد 9، مجموعة المكتب الفني.

إن كلاً من نظام حماية الأسرار التجارية، ونظام حماية براءات الاختراع، يتفقان في أنهما نظامان مقرران في التشريعات المقارنة لحماية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالإنتاج الذهني، وينصبان بصفة عامة على حماية الاختراعات المختلفة، ولا يخل بذلك أن نظام حماية الأسرار التجارية أوسع في نطاقه من نظام حماية براءات الاختراع⁽¹⁾، ذلك أن براءات الاختراع تشترط أن يكون الاختراع ذا قابلية للاستغلال الصناعي أي له جانب صناعي تطبيقي، أما في مجال حماية المعلومات غير المفصح عنها، فإنه لا يشترط إلا وجود قيمة تجارية لهذه المعلومات. ويتطلب التمييز بين براءات الاختراع والأسرار التجارية الوقوف على أوجه الاختلاف بين نظامي الحماية محل الدراسة، والمقارنة بين هذين النظامين فالمشروع الحائز للابتكارات الفنية والتقنية يلجأ - عادة - إلى وسائل عديدة لحماية هذه الابتكارات، وتختلف هذه الوسائل تبعاً لاختلاف طبيعة هذه الحقوق، فالحماية المقررة لبراءة الاختراع تختلف عن تلك الحماية المقررة للسر التجاري، والمشروع الحائز للابتكارات عليه أن يقرر اختيار طريق البراءات أو الأسرار التجارية لحماية محل حقوقه الفكرية، ويعتمد ذلك على اعتبارات عديدة منها طبيعة السلعة والسوق والمنشأة ولكن هل يمكن الاعتماد على الحمائتين معاً، وخاصة عندما تكون البراءات والأسرار والمعارف الفنية محلاً لعقود نقل التكنولوجيا؟

لأجل ذلك نتناول بالبحث أوجه الاختلاف بين نظامي الحماية لنقف على أوجه الإرتباط بين نظام البراءات والأسرار التجارية، من خلال مطلبين على النحو التالي:

♦ المطلب الأول: أوجه الاختلاف بين حماية براءة الاختراع وحماية الأسرار التجارية

يختلف نظام حماية البراءات عن نظام حماية الأسرار التجارية من عدة جوانب، ويمكن ملاحظة عدة فروق جوهرية سواء من حيث محل الحماية، ونطاقه، وإجراءات الحماية.

• أولاً: من حيث محل الحماية

تعد الأسرار التجارية أوسع نطاقاً من حيث محلها من براءة الاختراع، والأسرار التجارية قد تكون تقنيات ومعارف توافرت فيها الشروط الموضوعية للبراءة لكن حائزها اختار عدم

(1) لمزيد من الإيضاح ينظر د. بريهان أبو زيد، الحماية القانونية للمستحضرات الصيدلانية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنمي سويف، 2007، ص 209 وما بعدها.

استصدار براءة عنها، لرغبته في عدم الكشف عنها وإبقائها طي الكتمان لكي يستفيد من المزايا التي يوفرها نظام الأسرار التجارية، وعدم كشف سريتها، أو التقيد بمدة محددة للاستئثار بالاختراع، وقد تكون الأسرار التجارية تقنيات لا تتوافر فيها شروط البراءة، لكن تتوافر فيها شروط الأسرار التجارية ومن أمثلة ذلك بعض المعارف الخاصة بطرق التصنيع المعروفة ولكنها تستخدم استخداماً جديداً، وقد تكون الأسرار التجارية مقترنة ببراءة اختراع ولا يمكن الاستفادة من الاختراع دونها كوصف لكيفية تنفيذها واستغلالها، فالمخترع عادة لا يفصح عن كل الأسرار المتعلقة بالبراءة عند تقديمه لطلب الحصول عليها⁽¹⁾، وقد يكون السر المقترن بالبراءة مهارة لا يملك ناصيتها إلا صاحب البراءة، وقد تشمل الأسرار التجارية الابتكارات التي لا يجوز حمايتها كبراءات اختراع كالأفكار والمعلومات الغير قابلة للتطبيق الصناعي⁽²⁾، أو لأن المشرع يحظر ذلك كطرق التشخيص والعلاج لتعلقها بحياة البشر⁽³⁾.

• ثانياً: من حيث إجراءات الحماية

نظام الأسرار التجارية لا يلزم حائز الأسرار بالإفصاح عن تلك المعلومات، إذ أن نظام الحماية يقوم على تأكيد حقه في كتمان المعلومات السرية⁽⁴⁾، أما نظام البراءات فيقوم على إلزام المخترع بالكشف عن سر اختراعه مقابل الحق الاستثنائي في استغلال الاختراع، فالمخترع يكون واجبا عليه أن يكشف وبأسلوب واضح عن سر اختراعه، وبشكل يكفي لتمكين ذوي الخبرة في مجال التخصص من تنفيذه، ويمكن العلماء والباحثين من مواصلة البحث للمساهمة في التقدم العلمي والتكنولوجي⁽⁵⁾.

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الرابعة والأربعون، العدد الأول، 2002، ص 49 لغاية 57.

(2) د. حسام الدين الصغير، مرجع سابق، ص 44؛ د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 426؛ د. ذكري عبد الرازق محمد، مرجع سابق، ص 13 و 70.

(3) المادة 2 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري.

(4) د. حسام الدين الصغير، مرجع سابق، ص 45.

(5) انظر المادة 16 من قانون رقم 4 لسنة 1962 بشأن براءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والمعدل بالقانون رقم 3 لسنة 2001 حيث تنص (يرفق بطلب البراءة وصف تفصيلي للاختراع وطريقة استغلالها ويجب ان يشمل الوصف بطريقة واضحة على العناصر الجديدة التي يطلب صاحب الشأن حمايتها ويرفق بالطلب رسم الاختراع...) كذلك نص

الأمر الآخر أن الحماية القانونية للأسرار التجارية لا تتوقف على تقديم طلب من حائزها إلى الجهة الإدارية المختصة، ولا يوجد نظام إداري لتسجيل هذه المعلومات، فهي تتمتع بالحماية إذا توفرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون، أما براءة الاختراع فلا بد من تقديم طلب للجهات المختصة يرفق به الوصف التفصيلي للاختراع يتضمن العناصر الرئيسية المطلوب حمايتها، ودفع الرسوم المقررة قانوناً، كما أن الترخيص الإجباري ليس متصوراً في الأسرار التجارية، فلا يمكن تجريد صاحب السر منه جبراً عنه مالم يقدمه طواعية⁽¹⁾.

• ثالثاً: من حيث نطاق الحماية

السر التجاري غير مشمول بحماية قانونية خاصة كسائر حقوق الملكية الفكرية، والأصل أن صاحبه لا يتمتع بأي حق استثنائي عليه، وليس له مكان معين للحماية، فيمكن بيعه في أي مكان بالعالم، أما البراءة فإن حمايتها لا تكون إلا حيث سجلت، وصاحب السر التجاري لا يتمتع بحق استثنائي في منع الغير من الوصول إليه بطريقة مشروعة، بخلاف نظام البراءات الذي يعطى صاحب البراءة حقاً استثنائياً ولو توصل إليها الغير بوسائل مشروعة كأن يكون عن طريق الأبحاث والتجارب دون الاستعانة بالاختراع المحمي عن طريق البراءة⁽²⁾. ومن أوجه الاختلاف بين نظام البراءات ونظام الأسرار التجارية أنه عند التصرف بالسر التجاري لا يمكن استرداده، أما البراءة، فإن الترخيص باستعمالها يكون لمدة محددة وبانتهاء المدة تعود الحقوق جميعها لصاحب البراءة، وغالباً ما تطبق قوانين الأسرار التجارية جنباً إلى جنب مع بعض قوانين الملكية الفكرية وخاصة قوانين براءات الاختراع والعلامات التجارية،

المادة 13 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري، وجاء فيها (يرفق بطلب البراءة وصف تفصيلي للاختراع يتضمن بيانات كاملاً عن موضوعه، وعن أفضل أسلوب يمكن ذوى الخبرة من تنفيذه).

(1) د. سينوت حليم دوس، دور السلطة العامة في مجال براءة الاختراع، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1983، ص 90 وما بعدها؛ د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 426؛ د. جلال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 33. د. سينوت حليم دوس، دور السلطة العامة في مجال براءة الاختراع، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1983، ص 90 وما بعدها؛ د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 426؛ د. جلال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 33.

(2) د. حسام الدين الصغير، مرجع سابق، ص 42؛ د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 426؛ د. جلاء وفاء محمد، مرجع سابق، ص 33.

وكلما اجتمع تطبيق أكثر من قانون أي من حالات الأسرار التجارية كانت الحماية المتوفرة أكثر لها⁽¹⁾.

كذلك فإن الأصل في السر التجاري أنه ليس له عمر محدد، فالحماية للسر تستمر طالما بقيت المعلومات سرية ومهما طال مدتها⁽²⁾، أما براءة الاختراع فتكون الحماية فيها محددة بمدة معينة، لذلك فإن المشروعات لا تلجأ إلى حماية اختراعاتها عن طريق البراءات إلا بالنسبة للاختراعات التي يخشى أن يتوصل منافسوها إلى كشف سريتها في زمن قصير نسبياً⁽³⁾.

♦ المطلب الثاني: أوجه الإرتباط بين نظام البراءات والأسرار التجارية

رغم الاختلافات التي تم عرضها بين نظامي الحماية موضوع الدراسة، إلا أن هناك ارتباطاً بين كلا النوعين من الحقوق الفكرية، وأهم ما يترتب على تلك العلاقة أن صاحب الفكرة المبتكرة يمكن أن يقرر ابتداءً أياً من طريقي الحماية يسلك، كما أن نظام الأسرار التجارية يعتبر مكملًا لنظام البراءات، وأن براءات الاختراع والأسرار التجارية قد تكون محلاً لعقود نقل التكنولوجيا شائعة التطبيق، ولتوضيح تلك المسائل أتناولهما تباعاً.

• أولاً: مسألة الاختيار بين البراءات والأسرار التجارية

يفصل صاحب الاختراع أو السر اختيار أفضل الطرق والوسائل للحفاظ على ابتكاره، لتعويضه عن ما أنفق من جهد ووقت للتوصل إليه، وتحقيق أفضل استغلال له، فالسر التجاري قد يكون معارف وتقنيات أو وسائل أو منتجات تتوافر فيه شروط البراءة، لكن صاحبه يختار الاحتفاظ به كسر تجاري في منشأته أو الترخيص للغير باستعماله.

ولصاحب الفكرة المبتكرة أن يقرر بشأن حمايتها، فهل يسلك طريق البراءة للحصول على حق احتكاري يمنع الغير من استغلال الابتكار دون موافقته، ويخضع فكرته المبتكرة للنظام القانوني للبراءات من حيث الإفصاح عنها، والتقيد بالمدة المحددة للاستئثار بها، أم يسلك طريق الأسرار التجارية من خلال كتمنها، والحصول على حماية هشة لا تحول له حقا احتكاريًا

(1) د. سينوت حليم دوس، مرجع سابق، ص 490؛ د. رضوان عبيدات، مرجع سابق، ص 66.

(2) د. سينوت حليم دوس، مرجع سابق، ص 490.

(3) Erik J. Heels، The Advantages and Disadvantages of Protecting Business Ideas with Trade Secrets, Available from. <http://www.erikjheels.com/156.html>

ولا تمنع الغير من التوصل إليه بطريقة مشروعة، وعدم حصوله على حق ابتكاري، وتعرضه لمخاطر الإفشاء حولها، وتحمل تكاليف حفظ سريتها⁽¹⁾.

فالأسرار التي يتأكد صاحبها أن شروط الحصول على البراءة غير متوفرة فيها، فإن مسألة الاختيار بشأنها غير واردة، فلا مجال لحمايتها إلا وفق نظام الأسرار التجارية، أما الأسرار التي يشك صاحبها في مدى توفر شروط البراءة فيها، فيمكنه التقدم بطلب البراءة عنها وإذا ما تم رفض طلبه يمكنه التمتع بحماية قوانين الأسرار التجارية على افتراض أن الجهة المختصة التي تنظر في الطلب تأخذ بنظام الفحص السابق للاختراع حيث يحفظ الطلب خلال النظر به بسرية تامة⁽²⁾.

لكن المشكلة تكون أكثر صعوبة بالنسبة للأسرار التي يتيقن صاحبها من استيفائها لشروط البراءة، فالأمر يتطلب منه - حتى يقرر الاحتفاظ بها سرا أو يتقدم بطلب الحصول على براءة - أن يقوم بدراسات معينة حول طبيعة المنشأة ومدى مقدرته على الاحتفاظ بها سراً، وحول قيامه باستغلاله بنفسه أم يعطى ترخيصاً للغير باستغلاله مما يزيد من احتمالية الكشف عنه، وكذلك الكثير من الاعتبارات التجارية ذات الصلة، كطبيعة المنتج والتكنولوجيا التي تم التوصل إليه وفيما إذا كان بإمكان الغير التوصل إليها بسهولة أكثر⁽³⁾.

خلاصة القول فإن مجال حماية الأسرار التجارية واسع جداً، ويشمل المعلومات التقنية وغير التقنية، وكافة المجالات الإدارية والزراعية والتنظيمية والتسويقية، وهو أكثر اتساعاً من مجال البراءات، كما أن هناك تناقض بين النظامين المذكورين فالأول يقوم على السرية والكتمان، أما الثاني فيقوم على الإفصاح والإفشاء وهذا ما جعل البعض يرى من نظام حماية الأسرار التجارية حرماناً للمجتمع من الابتكارات، ويقول الدكتور حسام الصغير في ذلك (إن نظام الأسرار التجارية يوفر للمخترع نظاماً بديلاً عن نظام براءات الاختراع، وهو يقوم بدور مكمل لبراءة الاختراع بحيث تمتد الحماية وفق نظام الأسرار التجارية إلى المعارف الفنية التي لا يمكن حمايتها عن طريق البراءة أما لعدم توفر شرط الجودة أو الخطوة الإبداعية أو القابلية للتطبيق الصناعي)⁽⁴⁾.

(1) د. جلال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 85.

(2) أنظر حول أنظمة فحص الاختراع من قبل الجهات المختصة، الصفحة 67 من هذه الدراسة.

(3) د. حسام الدين الصغير، مرجع سابق، ص 50؛ د. محمود عبيدات، مرجع سابق، ص 12.

(4) د. حسام الدين الصغير، مرجع سابق، ص 54.

ونعتقد أن هذا الرأي جدير بالتأييد، فإن حماية المعلومات والتقنيات من خلال نظام الأسرار التجارية لا تمنع الغير من الوصول إليه بطريق مشروعة، إضافة إلى أن صاحب السر يتعرض لمخاطر كبيرة لاحتمال إفشاء السر إلى منافسيه ولا يخفي على أحد صعوبة إثبات ذلك، كما أن في حماية الأسرار تدعيماً لحماية المعارف التكنولوجية ذات القيمة العالية والتي بذلت الأموال الطائلة للوصول إليها وهذا يتوافق مع مقتضيات العدالة والإنصاف.

• **ثانياً: الدور الذي تلعبه المعلومات غير المفصح عنها كدور مكمل لبراءات الاختراع**

بالإضافة إلى أن الأسرار التجارية تلعب دوراً بديلاً لبراءات الاختراع فإنها تلعب دوراً آخر مكملاً لبراءات الاختراع، ويتجلى هذا الدور بتحقيق الحماية للمعلومات غير المفصح عنها في حالتين هما:

1- الأسرار التجارية والتي تتعلق بالمجالات التي أخرجتها التشريعات المقارنة من إطار الحماية القانونية لبراءات الاختراع، ومنها ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 27 من اتفاقية (التريبس)، وهي المتعلقة بطرق التشخيص والعلاج والجراحة العامة اللازمة لمعالجة البشر أو الحيوانات، والنباتات خلاف الأساليب والطرق غير البيولوجية والبيولوجية الدقيقة، وهو الحكم الذي ضمنه المشرع الكويتي في قانون براءة الاختراع في المادة الثانية⁽¹⁾.

(1) وقد نصت على أن، " لا تمنح براءات الاختراع عما يأتي...5- طرق معالجة جسم الإنسان أو الحيوان جراحياً أو علاجياً وطرق تشخيص المرض المطبقة على جسم الإنسان أو الحيوان..." ويقابلها نص المادة الثانية من قانون حماية الملكية الفكرية المصري حيث تنص على أنه "لا تمنح براءة اختراع لما يلي،

- 1- الاختراعات التي يكون من شأن استغلالها المساس بالأمن القومي أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة أو الأضرار الجسيم بالبيئة أو الإضرار بحياة أو صحة الإنسان أو الحيوان أو النبات.
- 2- الاكتشافات والنظريات العملية والطرق الرياضية والبرامج بالمخططات.
- 3- طرق تشخيص وعلاج جراحة الإنسان أو الحيوان.
- 4- النباتات والحيوانات أياً كانت درجة ندرتها أو غرابتها وكذلك الطرق التي تكون في أساسها بيولوجية لإنتاج النباتات أو الحيوانات، عدا الكائنات الدقيقة والطرق غير البيولوجية الدقيقة لإنتاج النباتات أو الحيوانات.
- 5- الأعضاء والأنسجة والخلايا الحية والمواد البيولوجية الطبيعية والحمض النووي الجينوم.

2- المعارف الفنية (المعلومات السرية) والتي لا تتوفر فيها الشروط الموضوعية لبراءات الاختراع سواء ما تعلق منها بجدة الاختراع، أو الخطوة الإبداعية، أو قابليتها للتطبيق الصناعي، على أنه يشترط توافر شروط حماية المعلومات غير المفصح عنها الثلاث والمتعلقة بشرط السرية والقيمة الاقتصادية، واتخاذ حائزها لإجراءات معقولة للحفاظ على سريتها⁽¹⁾.

والحقيقة أنه قد أصبح من الصعب استغلال براءة اختراع اعتمادا على المعلومات المفصح عنها، فلا بد من مشاركة فعالة من صاحب البراءة من خلال المعلومات السرية التي احتفظ بها، لكن البعض فرق بين نوعين من المعلومات السرية التي تقترن بالبراءة، النوع الأول يتعلق بتلك المعلومات التي كان يعلمها المخترع وتتعلق بكيفية تصنيع الاختراع عند تقديم طلب البراءة، فمثل هذه المعلومات لا تدخل في عداد الأسرار التجارية، وبالتالي لا تتمتع بالحماية لأنه يلتزم أصلا بالإفصاح عنها للمجتمع، وصاحب البراءة التي لا يفصح عنها يعتبر مخلا بالتزام قانوني، ولا يجوز أن تمنح الحماية له بسبب مخالفته للقانون⁽²⁾.

بالإضافة إلى أن هناك نوع آخر من المعلومات السرية المقترنة بالبراءة فقد تكون معلومات تجارية تتعلق بكيفية استغلال الاختراع، أو معلومات جديدة توصل إليها المخترع بعد صدور البراءة، فإن صدور البراءة لا يحرم صاحبها من الاستفادة من قانون الأسرار التجارية لحماية تلك المعلومات⁽³⁾.

ويبقى ذلك التصور عن المعلومات السرية المقترنة بالبراءة في إطار نظري بحت، لكن الواقع العملي، أن مسألة الكشف عن الاختراع ترتبط بعوامل كثيرة لعل من أهمها، البعد الاقتصادي الدولي وتكديس التكنولوجيا لدى الدول المتقدمة، وحاجة الدول النامية إليها، فالمشروعات المنتجة للتكنولوجيا تحرص على احتكارها، من خلال الحفاظ على أسرارها، لذلك هي لا تقوم بالتعاقد حولها من خلال العقد الدولي لنقل التكنولوجيا إلا إذا اطمأنت إلى وجود البيئة القانونية المناسبة

(1) د. هاني محمد دويدار، نطاق احتكار المعرفة التكنولوجية بواسطة السرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص 75.

(2) د. جلال وفاء محمدين، فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها: دراسة في القانون الأمريكي، دار الجامعة الجديدة، 1995، ص 56.

(3) د. حسام الدين الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص 60 و61.

لها، من هنا لجأت بعض الدول إلى تقنين عقد نقل التكنولوجيا والنص على إبطال الشروط التقييدية التي من شأنها أن تحد من حرية المستورد في استخدام التكنولوجيا وتطويرها⁽¹⁾.

■ المبحث الثالث: شروط حماية الأسرار التجارية

يجب على صاحب السر التجاري الذي يدعى الاعتداء على حقوقه أن يثبت أن المعلومة التي تم الاعتداء عليها هي في الواقع سر تجاري. وحيث تتعدد الأنظمة القانونية التي تحمي الأسرار التجارية حول العالم إلا أنها تتفق فيما بينها على وجوب توافر شروط ثلاثة لتمتع المعلومة بالحماية القانونية كسر تجاري⁽²⁾.

تناولت المادة (2/39) من اتفاقية تريبس شروط حماية الأسرار التجارية التي أسمتها بالمعلومات غير المفصح عنها وهذه الشروط تتفق مع الشروط التي نص عليها القانون المصري⁽³⁾ وهي تقريبا ذات الشروط التي يتطلبها القانون الأمريكي لحماية أسرار التجارة⁽⁴⁾. هذه الشروط هي: أن تتصف المعلومة بالسرية، وأن يكون للمعلومة قيمة اقتصادية، وأن يتخذ حائز هذه المعلومة تدابير وإجراءات للمحافظة عليها.

وسوف نتناول كل من هذه الشروط - على استقلال - على النحو التالي:

• الشرط الأول: شرط السرية

تعتبر السرية من أهم شروط الأسرار التجارية، بل هي أساس الحماية لها، فالمعلومات غير السرية أو المعروفة للناس جميعا لا تكون لها أية قيمة تجارية، ولا تتطلب اتخاذ تدابير

(1) انظر على سبيل المثال المادة (75) من قانون التجارة المصري.

(2) يراجع في شروط حماية الأسرار التجارية،

Roger M. Milgrim, Trade Secrets, Mathew Bender, New York 1981, Part II, Section 8, P. 31.

د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 233 وما بعدها؛ د. زكري عبد الرازق محمد، مرجع سابق، ص 233 وما بعدها؛ د. عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 70 وما بعدها؛ د. حميد محمد علي اللهيبي، مرجع سابق، ص 327.

(3) المادة 55 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري.

(4) قانون الأسرار التجارية الموحد (UTSA) (Uniform Trade Secrets Act)، والذي تم تبنيه من قبل ما يقارب 44 ولاية. ومدونة المنافسة غير المشروعة (Restatement of Unfair) والتي تتضمن بنود تتعلق بقانون الأسرار التجارية.

معقولة لحمايتها، كأن تكون تلك المعلومات معروفة بشكل واسع، أو يمكن الوصول إليها بسهولة، وعلى من يدعى أنه صاحب سر تجارى أن يثبت أن هذه الأسرار معروفة له فقط أو لمن لهم علاقة بهذه الأسرار في منشأته حصراً⁽¹⁾.

ويقصد بالسرية عدم الإفصاح عن المعلومات التجارية أو الصناعية أو الفنية للغير، وبطريقة توحى عدم حرص حائزها على اعتبارها أسرار له، وتقدير درجة السرية يعود لقاضى الموضوع - باعتباره مسألة واقع- مستندا إلى ظروف ووقائع الدعوى ويمكنه الاعتماد على عوامل كثيرة لتحديد مدى توفر السرية في المعلومات، ومن بينها مدى معرفة المعلومات خارج المنشأة، ومدى دراية العاملين بالمنشأة بالمعلومات وعددهم، والتدابير التي اتخذها حائزها للحفاظ عليها، وقيمتها الاقتصادية، ومقدار المبالغ التي أنفقت للوصول إليها، وكذلك مدة مقدرة المشروعات المنافسة للوصول إليها بطريقة مشروعة⁽²⁾.

ويعتبر نشر المعلومات السرية بطريقة تؤدي إلى إطلاع الغير عليها من خلال إحدى الوسائل العلنية أو وسائل الإعلام دليلاً على فقدان المعلومات لسريتها.

والسرية المطلوبة في الأسرار التجارية هي السرية النسبية وليست المطلقة، فقد تكون المعلومات معروفة لعدد معين من العاملين في المشروع كالعاملين أو المستشارين، كما أنه لا يشترط في الأسرار أن تكون معروفة لمشروع واحد، فقد تكون معروفة لأكثر من مشروع من المشروعات المنافسة، فتبقى المعلومات سرية طالما لم تكن معروفة على نطاق واسع في مجال التخصص المتصل بالنشاط، ولا يشترط أن تكون المعلومات وعناصرها سرية، فقد تكون مكوناتها وعناصرها غير سرية ومع ذلك تعتبر سرية في مجموعه بسبب الجهود التي بذلت في تجميعها وترتيبها والمبالغ التي أنفقت عليها، ومن أمثلة ذلك قوائم العملاء⁽³⁾، وقد نص

(1) د. جلال وفاء محمد، فكرة المعرفة الفنية، مرجع سابق، ص 33؛ د. زكري عبد الرازق محمد، مرجع سابق، ص 233 وما بعدها.

(2) د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 428؛ د. حسام الدين الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص 25؛ د. زكري عبد الرازق محمد، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 16؛ د. عبد الله حسين الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2005، ص 52.

(3) د. حسام الدين الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص 24؛ د. جلال وفاء محمد، فكرة المعرفة الفنية، مرجع سابق، ص 47 وما بعدها؛ د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار الفرقان، عمان، 1983، ص 333.

المشرع المصري على ذلك، حيث جاء في المادة 55/أ (أن تتصف بالسرية وذلك بأن تكون المعلومات في مجموعها أو في التكوين الذي يضم مفرداتها ليست معروفة أو غير متداولة بشكل عام لدى المشتغلين بالفن الصناعي الذي تقع المعلومات في نطاقه).

كما أنه لا يشترط في الأسرار التجارية أن تتجاوز الفن الصناعي المألوف كما يشترط للبراءة، وقد ذهب البعض إلى ضرورة أن ينطوي السر التجاري على شيء من الابتكار، كأن يشكل اكتشافاً معيناً، وإن لم يشكل تطوراً على الحالة الفنية السائدة، بحيث يظهر الابتكار في طريقة استعماله أو استخدامه⁽¹⁾.

ويرى آخر بأنه لا يشترط في السر التجاري النشاط الابتكاري لأنه حق لصاحب السر التجاري وليس هدفه مكافأته، وإنما لتمكينه من استثماره وحمايته في مواجهة منافسيه بغض النظر عن ابتكارية⁽²⁾. وذهب ثالث إلى أنه لا يشترط في الأسرار أن تكون مبتكرة بصفة مطلقة، وإنما يكفي أن تكون جديدة غير مألوفة بالنسبة للمحل التجاري الذي يستخدمها⁽³⁾.

بمعنى أنه يشترط لتعد المعلومة سراً تجارياً أن يكون من الصعب نسخها أو التحقق منها بسهولة بوساطة المنافسين. ويقع عبء إثبات أن المعلومة التي تم الاعتداء عليها سر تجاري على المدعى. هذه المسألة ليست من السهولة بمكان وتكون محل جدل بين طرفي دعوى الاعتداء على السر التجاري أمام القضاء. ففي قضية رفعتها شركة تسمى تان بن ستوديوز ل لون البشرة للسيدات من خلال أشعة شبيهة بأشعة الشمس، على أحد موظفيها يدعى السيد برادلي الذي كان يعمل في وظيفة استشاري لديه.

(1) د. جلال أحمد خليل، مرجع سابق، ص 521؛ د. جلال وفاء محمدين، فكرة المعرفة الفنية، مرجع سابق، ص 6.
(2) د. حسام الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص 6. ومن الأمثلة في القضاء الأمريكي حول شرط السرية، قضية شركة (الوجبات السريعة) ضد (السيدة الصغيرة للأغذية) والتي تدور وقائعها حول صناعة البيتزا، وهل تعد طريقة إعداد البيتزا والمواد المستخدمة فيها أسراراً تجارية مثل إضاعة بعض الثلج إلى العجينة وكذلك النوعية الخاصة من البلوك الخاص بصناعة الفرن الخاص بصناعة البيتزا، حيث قررت المحكمة بأن هذه المعلومات تعتبر سرية كون هذه الأشياء تعتبر من صميم العمل الذي تقوم به الشركة ويعطيها ميزة تنافسية عن غيرها من الشركات.

FAST FOOD GOURMET, INC., a Missouri Corporation, Plaintiff, vs. LITTLE LADY FOODS, INC., an Illinois Corporation, and KRAFT FOODS GLOBAL, INC., Virginia Corporation, Defendants, No. 05 C6022 UNITED STATESEASTERN DIVISION 2007 U.S. Dist. LEXIS 54698 July 26, 2007, Decided.

(3) د. محمد محسن النجار، دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 4.

أدعت الشركة على الموظف بأنه سرق أسراراً تجارية تعود للشركة أطلع عليها بحكم عمله وقام بتأسيس نشاط تجارى منافس معتمداً على ذات الآليات التي تستخدمها المدعية فيما يتعلق باختيار الموظفين وتدريبهم، وتصميم ستيويوهات التسمير، وأنظمة المحاسبة والإعلان، والتسويق والترويج وهي معلومات وطرق تتعلق بنجاح المدعية في تقديم خدمات مختلفة عن الخدمات التي تقدمها الشركات المنافسة لها. لم ينكر السيد برادلى استخدامه لتلك المعلومات والمعارف ولكنه دفع بأنها لا ترقى إلى أن تكون أسرار تجارية do not amount to trade secrets ردت المحكمة على دفع السيد برادلى بالتالي:

Tan-Line's methodology detailed more specific information than what could be found in general industry manuals or reports, which it considered as evidence that the information at issue was not generally known.⁽¹⁾

(إن المنهجية الخاصة بشركة تان لين تضمنت معلومات أكثر تحديداً من تلك التي يمكن العثور عليها في أدلة وتقارير هذه الصناعة مما يعد دليلاً على أن تلك المعلومات لم تكن من المعلومات المعروفة عموماً).

ومن القضايا الشهيرة في هذا الصدد قضية شركة بانكوروب سيرفس المحدودة Bancorp Services, L.L.C.⁽²⁾. في هذه القضية أدعت الشركة بأن المفهوم الذي كانت تستخدمه في أحد منتجاتها المالية يعد سرّاً تجارياً. أوضحت الشركة أن ذلك المفهوم يتكون من مزيج من ثلاث أفكار منفصلة ومعروفة عموماً في قطاع الخدمات المالية. وأضافت المدعية أن الجمع بين هذه الأفكار، وليس الأفكار الفردية، لم يكن معروفاً في صناعة الخدمات المالية، وقد حكمت المحكمة بأن هذا المفهوم يعد سرّاً تجارياً.

• الشرط الثاني: شرط القيمة التجارية

يشترط لتحقيق السرية في معلومة ما لكي يمكن شملها بالحماية المنصوص عليها في المادة (39-1-2) من اتفاقية ترينس وجوب كونها ذات قيمة اقتصادية، وبالتوجه ذاته ذهب

⁽¹⁾ Tan-Line Studies, Inc. v. Bradley, I U.S.P. Q. 2m2, 2038 (E.D. Pa, a./ftf808 F. 2d 1517 (3d Cir. 1986) at P. 23.

⁽²⁾ Bancorp Services, L.L.C. v. Hartford Life Ins. Co., 2002 WI 3272979, at 2.

المشروع المصري في المادة (55-2م) من قانون حماية الملكية الفكرية على الرغم من نصه على تعبير طابع تجارى بدلا من (طابع اقتصادى)⁽¹⁾.

وتستمد المعلومات السرية قيمتها التجارية من سريتها، لذلك اعتبر هذا الشرط مكملاً لشرط السرية، وقد عبر المشروع المصري في المادة 2/25 من قانون حماية الملكية الفكرية عنه من خلال قوله (أن تستمد قيمتها التجارية من كونها سرية)، كما يخرج شرط القيمة التجارية المعلومات والأسرار الشخصية التي لا ترتبط بمزاولة النشاط الاقتصادي.

ولا يشترط في المعلومات السرية أن تحقق فائدة كبيرة أو أرباحاً كبيرة فيكفي أن تحقق فائدة معينة للمشروع، وأن تعطى لصاحبها ميزة تنافسية في مواجهة المشروعات الأخرى التي تجهلها، ولا يشترط أن تكون قيمتها حالة، فقد تثبت الحماية للمعلومات السلبية، والتي تكون قيمتها محتملة، كالتى تكون في طور البحث والتجارب، والتي تم إنفاق مبالغ للتوصل إليها، فتحدد قيمة هذه المعلومات يتوقف على القيام بمزيد من التجارب، بمعنى أنه لا يشترط أن تصل إلى درجة من التكامل، فالأمر لا يستوجب تحديد قيمة المعلومات بدقة للتحقق من توافر ذا الشرط⁽²⁾.

ويؤثر في القيمة التجارية المعلومات عوامل عدة من بينها، عامل السرية فكلما كانت المعلومات السرية أكثر ارتفعت قيمتها التجارية، ومن أمثلة ذلك سر الخلطة الذي تحتفظ فيه شركة الكوكاكولا الغازية (مثلاً)، منذ أكثر من مئة عام، ومن العوامل أيضاً تكلفة الوصول إلى

(1) وقد ذهب بعض الفقه - بحق - إلى، "الاعتماد الأثر الذي ترتبه المعلومة السرية للمشروع المتعلق بها، وما تحققه من نتائج تؤثر إيجابياً على المشروع، ويخلصون في ذلك لاعتبار المعلومة السرية ذات قيم تجارية وأنها محل حماية قانونية في حال ترتب على استخدامها زيادة أرباح المشروع وتقليل خسائره، وبما يترتب عليه من جذب لمزيد من العملاء أو إضفاء مركز متميز لأصحابه في مواجه المنافسين". انظر د. سمح القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 419. وانظر أيضاً، د. حسن البدروى، القانون المصري لحماية حقوق الملكية الفكرية (سماته الرئيسية ومدى توافقه مع المعايير الدولية)، ورقة عمل مقدمة إلى حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين، التي نظمتها المنظمة العامة للملكية الفكرية (الويبو) مع معهد الدراسات الدبلوماسية في 16-31 من فبراير 2004، القاهرة، ص 9.

(2) د. حسام الدين الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص 28؛ د. وفاء محمدين، فكرة المعرفة الفنية، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها، ووفقاً للرأي الراجح في أمريكا فإن الحماية تمتد للمعلومات السرية وهي في طور البحث والتطوير إذا كانت في ذاتها مفيدة وتؤدي إلى إدخال تحسينات في النتائج النهائية المنشودة، وتوفر للمشروع قدرة تنافسية في مواجهة المشروعات الأخرى، ويؤيد الدكتور جلال وفاء محمدين هذا التوجه مستندا إلى وجود الكثير من عمليات التجسس الصناعي التي تستهدف هذه المعلومات، وأن عدم حمايتها سيؤدي إلى تقاعس المشروعات عن البحث والتطوير على حساب الجودة والإتقان، المرجع السابق، ص 37.

المعلومات السرية فكلما كانت الأموال التي تتفق للوصول إليها أو للحفاظ على سريتها أكبر زادت قيمتها التجارية، ومدى إمكانية التوصل لهذه المعلومات بوسائل مشروعة، فتوصل الغير لهذه المعلومات السرية عن طريق المصادفة أو التجارب لا يعد تعديا عليها، فتوصل الغير إليها بسهولة يضعف الوضع التنافسي لها ويحط من قيمتها التجارية⁽¹⁾.

ورأي البعض⁽²⁾ أن المقصود من هذا الشرط أن تكون المعلومات السرية التي يستخدمها مشروع معين تمنحه ميزة تنافسية على المشروعات لمنافسة التي لا تستخدم تلك المعلومات كزيادة الإنتاج أو تقليل التكلفة أو تحسين الجودة. ومن هنا يمكننا أن نقرر بأن السرية في هذه الحالة هي مصدر القيمة الاقتصادية والتميز للسر التجاري. وهذا أمر بديهي إذ أن المعلومة لو كانت معروفة لدى باقي المشروعات لأدى ذلك إلى أن تفقد قيمتها، والعكس صحيح.

لكن السؤال الذي يثار هذا هو: كيف يمكن لصاحب السر التجاري أن يثبت أمام القضاء بأن سره التجاري ذو قيمة اقتصادية أشار القضاء الأمريكي على أن إثبات هذا الأمر يكون من خلال تقديم صاحب السر التجاري ما يثبت أنه قد استثمر الوقت والمال ليتوصل للسر التجاري. في قضية *Ybertek Computer Products, Inc. v. Whitfied* حيث بينت المحكمة في حكمها أن مالك السر التجاري أثبت أنه قد صرف ما يزيد على خمسمائة ألف دولار ليطور المعلومة محل السر التجاري، وأضافت المحكمة أن هناك قيمة اقتصادية لهذا السر لأن أي منافس آخر سيجد صعوبة كبيرة وسيضطر لتكبد مصروفات لو أراد الوصول إلى ذات المعلومة⁽³⁾.

وفي قضايا أخرى وجدت المحاكم أن المصروفات التي يتكبدها صاحب السر التجاري للمحافظة على سرية وحماية السر التجاري تعد دليلاً على أن هناك قيمة اقتصادية لهذا السر، وكلما زادت المبالغ التي صرفت على الحماية زادت القيمة الاقتصادية للمعلومة⁽⁴⁾.

(1) د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق؛ د. جلال محمد، فكرة المعرفة الفنية، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها.

(2) د. زياد بن أحد القرشي، الحماية القانونية للأسرار التجارية، بحث في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 28، العدد 60، أكتوبر 2014، ص 417 وما بعدها.

(3) U.S.P.Q/ 1020 (Cal. Super. Ct. 1977), 203.

(4) *Rockwell Graphic Systems, Inc, v. DEV, Inc. 925F/2d 167 (7th Cir. 1991).*

إلا أن المحكمة أشارت إلى أن المبالغ التي تصرف على الحماية من المفترض أن لا تزيد عن المنفعة المتوخاة من وراء الحفاظ على سرية المعلومات⁽¹⁾.

• الشرط الثالث: شرط اتخاذ تدابير معقولة

تبين من خلال تناول شرطي السرية والقيمة التجارية في الأسرار التجارية، أن السر عبارة عن أفكار ومعلومات معينة تعطى حائزها ميزة تنافسية في مواجهة المشروعات الأخرى، فالأصل أن هذه الأفكار هي من حق الجميع، فهي ليست شيئاً عينياً ولا حق شخصي، لذلك لا بد من أن يقوم الحائز لها بإجراءات وتدابير معقولة للحفاظ عليها وبالتالي تبرير فكرة المسائلة عند الاعتداء عليها.

لذلك فقد حرصت اتفاقية (تريس) - في الفقرة من المادة 39 - على أن تورد من بين شروط المعلومات السرية التي تستوجب الحماية أن تكون قد: "أخضعت لإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذي يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بغية الحفاظ على سريتها". وهي الشروط ذاتها التي أوردتها المادة 55 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002⁽²⁾.

(1) Ibid at P. 179.

(2) وتقابل المادة الرابعة من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني. ويتق معهما ما ذهب إليه المشرع في البحرين في المادة الأولى من القانون رقم 7 لسنة 2003 بشأن الأسرار التجارية، ولائحة حماية المعلومات السرية الصادرة بالقرار الوزاري 3318 بتاريخ 3/25 لحماية المعلومات التجارية السرية (المادة الأولى)، والقانون القطري في المادة الأولى من القانون رقم 5 لسنة 2005، وفي ذات الاتجاه جاء نص المادة 34 من المرسوم السلطاني العماني رقم 2000/38 بإصدار قانون العلامات والبيانات والأسرار التجارية، وأخذ القانون الأمريكي في المادة 2/4 من القانون الموحد للأسرار التجارية بذات الشرط، حيث اشترط في المعلومة لتكون جدية بالحماية أن تحاط هذه المعلومة بوسائل معقولة طبقاً للظروف للحفاظ على سريتها، مما سبق نجد أن مختلف التشريعات المقارنة أخذت بهذا الشرط وجعلته متطلباً أساسياً في المعلومة غير المفصح عنها لتحظى بالحماية القانونية، مما يعنى وبمفهوم المخالفة أنه إذا لم يتخذ حائز المعلومات تدابير جدية للمحافظة على سريتها فأنها لن تحظى بالحماية القانونية. ومن تطبيقات القضاء الأمريكي، وفي قضية SUIRA, INC., Plaintiff, v. ICELAND قضت المحكمة بأنه يجب أن تثبت الشركة أنها اتخذت خطوات معقولة للحفاظ على سرية ما تدعيه من الأسرار التجارية، وحتى يتم الحفاظ على سرية النظام، وللوصول الآمن إلى هذه الوحدات يجب أن يتم دخول العملاء من خلال استخدام بطاقات الهوية، وكلمات السر، والتحقق من العنوان على شبكة الإنترنت.

وتختلف تلك التدابير التي على حائز السر اتخاذها باختلاف طبيعة المعلومات السرية وقيمتها ونوع النشاط الذي تمارسه المنشأة وحجم المنشأة ودرجة المخاطر التي تترتب على كشف السر، كما أنه لا يمكن حصرها، فقد تكون إجراءات أمنية كوضع الحواجز والقيود على أماكن وجود المعلومات من خلال حظر دخولها إلا لعدد محدود من العاملين، أو الذين يشغلون مناصب عليا، أو استخدام الرموز السرية والمشفرة، أو برامج كمبيوتر تحول دون نسخها، أو وضع تحذيرات معينة أو حراسة دائمة عليها أو كاميرات مراقبة، أو منع التصوير، أو ختم الوثائق والأوراق بأنها سرية، وكذلك الإتلاف الجيد للأوراق والوثائق التي تحتوى على المعلومات السرية⁽¹⁾.

وقد تكون التدابير وإجراءات عقدية من خلال إبرام العقود مع العمال والموظفين تفرض عليهم التزاما بعدم إفشاء هذه الأسرار خلال العمل بالمؤسسة أو بعد انتهاء عقد العمل، وكذلك عند الترخيص للغير باستغلال الأسرار التجارية، حيث يقوم صاحب السر (المرخص له) بتضمين العقد بنداً يلزم المرخص له بالمحافظة على سريتها⁽²⁾.

ويكفي أن تكون التدابير المتخذة للحفاظ على السرية معقولة تتناسب مع قدر سريتها وإمكانات صاحبها، ومن أمثلة هذه التدابير المعقولة التي تعد جديفة وكافية⁽³⁾:

SUTRA, INC., Plaintiff v. ICELAND EXPRESS, EHF, Defendant. CIVIL ACTION NO. 04-11360-DPWUNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF MASSACHUSETTS2008 U.S. Dist. LEXIS 5289july 10, 2008.

(1) د. حسام الدين الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص 30؛ د. حليم سينوت دوس، مرجع سابق، ص 495، د. نصر أبو الفتوح حسن، حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال صناعة الدواء في ظل اتفاقية التريبس والقانون المصري رقم 82 لسنة 2002، دار الغرب للطباعة، 2006، ص 278.

(2) ويتفق الفقه على إيراد بعض صور التدابير الأمنية الواجب اتخاذها من صاحب المعلومات السرية في سبيل المحافظة على سريتها، وهي صور واردة على سبيل المثال لا الحصر، ذلك أن التطورات العلمية والتكنولوجية والفنية قد تكشف عن أساليب حديثة لمحاولة اختراق السرية، والتوصل إلى المعلومات المحمية وفي الوقت ذاته التوصل إلى أساليب أكثر حداثة وتطوراً في الحماية لتلك المعلومات ومنع انتشارها. يراجع في ذلك، د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 420؛ د. بلال عبد المطلب بدوي، تطور الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، 2006، ص 109؛ د. ذكرى عبد الرازق محمد، مرجع سابق، ص 96 وما بعدها.

(3) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 229؛ د. نصر أبو الفتوح حسن، مرجع سابق، ص 281.

- حفظ وثائق ومستندات المعلومات السرية في أماكن آمنة يصعب على الغير الوصول إليها مع حظر الإطلاع عليها.
- الإشارة إلى السرية والمستندات وحظر الإطلاع عليها، إلا لمن يسمح لهم بذلك بطرق التنبيه المختلفة.
- استخدام التشفير والأكواد السرية لفتح الأماكن التي تحفظ فيها المعلومات السرية.
- استخدام طرق الحراسة المختلفة من أشخاص وأجهزة مراقبة وإنذار للحيلولة دون الوصول للمعلومات السرية⁽¹⁾.

على أنه لا يشترط لتعتبر المنشأة مستوفية لشرط إخضاع السر لتدابير معقولة أن تتبع جميع التدابير المشار إليها أعلاه. فكما ذكرنا سابقاً بأن لكل منشأة ظروفها ولكل صناعة طبيعتها ويجب أن يتم اتخاذ التدابير المناسبة لطبيعة النشاط الذي تمارسه المنشأة، إلا أننا يجب أن نشير إلى أن مسألة كفاية التدابير وكونه تعد تدابير معقولة ومناسبة تخضع لتقدير قاضى الموضوع⁽²⁾.

وبالرجوع إلى نصوص الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة- ومنها ما تمت الإشارة إليه سابقاً- نجد أن التشريعات لم تحدد طبيعة الإجراءات المطلوب اتخاذها من حائز المعلومات، وإنما تركت ذلك لاجتهاد القضاء والفقهاء ووضعت لهم معياراً محدداً للإسترشاد، وهو معيار مقارنة الإجراءات بالأوضاع الراهنة أو معيار الظروف الراهنة، حيث يجتهد القضاء في تحديد الإجراءات التي اتخذها حائز المعلومات من حيث الكفاية مقارنة بنوع النشاط وحجم المنشأة وطبيعة المعلومات ودرجة المخاطر التي تنطوى على كشفها والظروف المحيطة بها. ومن القضاء الأمريكي - في هذا الصدد - قضية (بوندبرو) ضد شرك (بلانتيف)، والتي تتلخص وقائعها بقيام شركة (بلانتيف) باستخدام معلومات وأفكار قامت (بوندبرو) بتطويرها واعتبرها أسراراً تجارية خاصة بها، أدعت شركة (بوندبرو) بأنها أسرار تجارية تخصها، ولكن

⁽¹⁾ تطبيقاً لذلك نجد أن الحفاظ على سر وصفة مشروب الكوكاكولا استوجب إبداع هذا السر بينك لحفظ المعلومات بولاية أطلنطا الأمريكية يحظر الإطلاع عليه إلا بقرار من مجلس إدارة الشركة مالكة الاختراع، وتحفظ مطاعم ماكدونلز سر وصفة مأكولاتها (Secret Formula) في مكان آمن في إحدى ضواحي شيكاغو. راجع، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 230.

⁽²⁾ انظر في ذلك قضية،

شركة (بلانتيف) جاء في ردها على هذا الاتهام بأن هذه المعلومات كانت معروفة ومتاحة للجميع، وإن شركة (بونديرو) سمحت بأن تكون هذه الأسرار معرفة عامة متاحة للجمهور، وجاء بحكم المحكمة "أن المدعى قد سمح بأن تكون هذه المعلومات متاحة لجمهور المتعاملين وأنه لا يكفي لإضفاء الحماية أن يكون لها قيمة اقتصادية وأن يكون حائزها يعتبرها سرية، فليس العبرة لقوله أنه يعتبرها سرية ولكن العبرة في الوسائل التي اتخذها للمحافظة على هذه السرية، الأمر الذي جعل المحكمة ترد الدعوى ولا تحكم للمدعى بأي تعويض"⁽¹⁾.

إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أن ما يعتبر تدابير مناسبة ومعقولة بالأمس قد لا يكون كذلك اليوم، فبعد ثورة المعلومات وتزايد الاعتماد على الحاسب الآلي والإنترنت في التجارة والصناعة أصبحت الأسرار التجارية عرضة للكشف أكثر من أي وقت مضى مما يستلزم الحال هذه تطوير آليات حماية هذه الأسرار بما يتناسب والمتغيرات التي تعيشها التجارة والصناعة في هذه الأيام⁽²⁾.

■ المبحث الرابع: الطبيعة القانونية للأسرار التجارية

لمعرفة نوع الحماية التي يمكن إضافتها على الحق في حماية الأسرار التجارية، لا بد لنا من الوقوف على الطبيعة القانونية للمعلومات السرية والتي تشكل محل الحماية، إذ أنها هي التي تحدد مدى اتساع نطاق الحماية ومحدوديته⁽³⁾.

لقد دافعت الولايات المتحدة بشدة عن حماية المعلومات غير المفصح عنها في إطار الاتفاقيات المتعلقة بالجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، وقد برز الخلاف بحدّة

(1) BOND PDO CORPORATON, v. Plaintiff-Appellant, SIEMENS POWERGENERATION, INC Defendant-Applee. No. 05-3077 UNITED STATES COURT OF APPELS FOR THE SEVENTH CIRCUIT 463 F.3d 720; 2006 U.S. App. LEXIS 23183; 80 U.S.P.Q.2D (BNA) 1207 May 11, 2006, Argued September 12, 2006, Decid-www.lexisnexis.com.

(2) لمزيد من المعلومات حول المخاطر التي تتعرض لها الأسرار التجارية في عصر الحاسب والإنترنت انظر عموماً، Edward D. Vaisbord, Surisa Langbell, Protecting Trade Secrets in Digital Work place, 31 Los Angeles Lawyer (2008), P. 18; Robert H. Thornburg, Trade Secrets In The Digital ge, Best Practices in the Software and Technology Industries, 4 ABA SciTech Law. (2006), at P. 10 Elizabeth Rowe, Data Devolution, Corporate Information Security, Consumers, and the Future of Regulation, Article, Trade Secrets, Data Security and Employees, 84 Chicago-Kent Law Review (2010), P. 795.

(3) د. خاطر لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، دراسة تأصيلية للقانون رقم 82 لسنة 2002 شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2003، مرجع سابق، ص 7.

في مفاوضات جولة أوروغواي حول حماية لمعلومات غير المفصح عنها، وقد استندت إلى القول بأن هذه المعلومات تعتبر نوعاً من أنواع الملكية⁽¹⁾، وعلى خلاف ذلك تبنت الدول النامية مبدأ الرفض والاعتراض على اعتبار المعلومات غير المفصح عنها كفرع من فروع الملكية الفكرية، وبالتالي فإنه لا يجوز حمايتها على هذا الأساس، حيث أن الكشف عن هذه المعلومات يعتبر ضرورياً حتى يتم تحقيق مصالح المجتمع جميعها، وهذا ما يستدعي أن يقدم أصحاب الاختراعات وصفاً تفصيلياً بكل ما يتعلق بالاختراع الذي تم طلب البراءة له، وأياً كان نوع البراءة حتى يكون هنالك توازن بين حقوق صاحب الملكية الاستثنائية وبين تحقيق مصالح المجتمع⁽²⁾. ونتيجة لهذا الخلاف الشديد بين الولايات المتحدة والدول النامية، اتفقت الدول على إيجاد حل توفيقى للخروج من هذا المأزق ليراعى وجهتى النظر، وجاء الحل التوفيقى من عدة نقاط وعلى النحو التالي:

- 1- أن يتم الاعتراف بالمعلومات غير المفصح عنها كأحد أنواع حقوق الملكية الفكرية وأن يفرد لها قسم خاص.
 - 2- تكون الحماية لهذه المعلومات كما تناولتها اتفاقية باريس لعام 1967 كحماية الملكية الصناعية في المادة (10) مكرر، منها في إطار ضوابط المنافسة التجارية والصناعية غير المنصفة، سواء ما يتعلق منها بالترعيف أو وضع ضوابط مناسبة لها.
 - 3- عدم تقرير حقوق استثنائية لصاحب المعلومات غير المفصح عنها⁽³⁾.
- وقد اختلفت الفقه حول طبيعة وتكييف حقوق الملكية الفكرية باعتبارها من الحقوق الذهنية، فقد اعتبرها البعض حق ملكية تتوافر بها كل خصائص الملكية، بينما ذهب البعض إلى اعتبارها لصيقة بالشخصية وذهب رأي إلى أن هذه الحقوق لها طبيعة مزدوجة تجمع بين بعض خصائص حقوق الملكية وخصائص الحق الشخصي، الأمر الذي نتبنيه على النحو التالي:

(1) د. بلال عبد المطلب بدوي، تطور الآليات الدولية لبراءات الاختراع، مرجع سابق، ص 25.

(2) د. محمد محمود الكمالي، آلية حماية حقوق الملكية الفكرية، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية "اتفاقيات منظمة التجارة العالمية"، والمنعقد في كلية الشريعة والقانون، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة، 9- 11 مايو 2004، ص 20.

(3) د. نصر أبو الفتوح حسن، حماية حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 336 وما بعدها.

أ- نظرية الملكية:

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن حق حائز المعلومات غير المفصح عنها، وحق المؤلف بجانبه الأدبي والمالي يعتبر من قبيل حق الملكية، وله نفس خصائصها من حيث قدرة التصرف دون منازعة والاحتجاج به على الكافة⁽¹⁾.

ويهدف أنصار هذه النظرية على إدخال حق المؤلف بموجب هذه النظرية ضمن حق الملكية إلى إسباغ الاحترام الواجب للملكية على ذلك الحق حتى يظل بعيداً عن الاعتداء، نظراً لما يتمتع به من قدسية واحترام، انطلاقاً من أن حق الملكية يخول صاحبه مطلق سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، والمؤلف أولى من غيره بملكية منصفه من أي شخص آخر⁽²⁾.

وقد استند أنصار هذه النظرية في تدعيم نظريته إلى عدة حجج، حيث اعتبروا أن مصدر حق الملكية وحق المؤلف هو مصدر واحد ألا وهو العمل، فإذا كان المصدر الأساسي لحق الملكية هو العمل المادي، فإن المصدر الأساسي لحق المؤلف هو العمل الفكري، أي أن الحقين ينبعان من مصدر واحد وهو العمل⁽³⁾، بحيث إذا حللنا حق المؤلف، لوجدنا فيه عناصر حق الملكية وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، والاستعمال يكون في مكنة المؤلف وحده دون غيره في إيجاد المصنف.

والاستغلال يتمثل في حق المؤلف في نشر مصنفه وتقاضى المنافع المالية المترتبة على النشر، أما التصرف فيكون عند قيام المؤلف بإتلاف المصنف أو حوالبته إلى الغير⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الرشيد مأمون شديد، الحق الأدبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 42؛ د. تركي صقر، حماية حق المؤلف، "بين النظرية والتطبيق"، منشورات اتحاد المحامين العرب، دمشق، 1996، ص 29؛ د. محمد سامي عبد الصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الجديد رقم 82 لسنة 2002، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 2004، ص 46؛ د. ذكرى عبد الرازق، مرجع سابق، ص 132-135؛ د. عبد الرحيم عنتر، مرجع سابق، ص 236 - 238.

(2) د. تركي صقر، حماية حق المؤلف "بين النظرية والتطبيق"، منشورات اتحاد المحامين العرب، دمشق، 1996، ص 29. وكذلك د. عبد الرشيد مأمون، الحق الأدبي، مرجع سابق، ص 42.

(3) د. تركي صقر، مرجع سابق، ص 29. كذلك د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 48.

(4) د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 46، كذلك د. نواف كنعان، حق المؤلف، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2000، ص 63.

وقد قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في عام 1984م في قضية Ruckesaus v. Monsanto co، بأنه على الرغم من أن الأسرار التجارية ليس لها كيان مادي ملموس، إلا أن هذا لا ينفي اعتبارها محلاً لحق الملكية ومن ثم تخضع الأسرار التجارية للحماية التي قررها الدستور لحق الملكية بموجب التعديل الخامس The fifth amendment الذي حظر نزع الملكية للمنفعة العامة إلا في مقابل تعويض عادل، وقد أشارت المحكمة في حيثيات الحكم كثير من الخصائص مثل القابلية للتنازل، وفوق ذلك فهي تدخل في عداد الأشياء المكونة (للتراست) (thers of the trust) كما تنتقل إلى أمين التفليسة في حالة الإفلاس⁽¹⁾. وقد تم توجيه انتقادات عديدة إلى هذه النظرية، حيث أنه إذا كان من طبيعة حق الملكية أن يكون قاصراً على المالك وحده، فإن حق المؤلف ينفر من تلك الطبيعة، فإذا كانت الملكية لا تؤتي ثمارها إلا بالحياة والاستئثار فإن الفكرة تؤتي ثمارها الذبوع والانتشار⁽²⁾. إن وصف حق المؤلف بالملكية هو على سبيل المجاز، وأن مثل هذا الوصف والتكييف يخرج اصطلاح الملكية عن مدلوله الفني التقليدي كحق يرد على الأشياء المادية⁽³⁾. لذلك فقد ناضلت الدول النامية إلى عدم اعتبار حق حائز المعلومات غير المفصح عنها حق ملكية، وذلك أثناء مرحلة المفاوضات للإعداد لاتفاقية (لترييس)، وقد استند الفقه إلى أن هناك اختلافاً جوهرياً بين حق المعلومات غير المفصح عنها وحق الملكية، ومنها:

1- إن حق الملكية يخول صاحبه سلطة الاستئثار بالشئ حتى لا يشاركه في الاختصاص به أشخاص آخرون، فلا يتصور أن يثبت لشخصين مختلفين في الوقت نفسه حق ملكية كلي على الشئ نفسه، وهذا الأمر على النقيض من المعلومات غير المفصح عنها أو أسرار التجارة التي تسمح بتعاصر ملكية عدة أشخاص على ذات المعرفة الفنية وممارسة سلطات الملك عليها، طالما أن كلا منهم قد توصل إلى المعلومات بطريقة مستقلة⁽⁴⁾.

(1) أشار إليه د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص 68.

(2) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المجلد الثامن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص 279. كذلك د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، رص 53.

(3) د. نصر أبو الفتوح حسن، حماية حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 338 وما بعدها.

(4) د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص 65-66.

2- إن اعتبار الحق بحماية المعلومات غير المفصح عنها حق ملكية يتعارض مع فكرة دوام حق الملكية، فحق الملكية يبقى لصاحبه الحق في استعماله واستغلاله والتصرف به كحق دائم لا يسلب من صاحبه أو ينتهي إلا بهلاكه، أو بالتصرف به، أما المعلومات غير المفصح عنها فإن ديمومتها مؤقتة تستمر طالما استطاع حائزها المحافظة عليها سرانً فإذا انكشفت دخلت في الدومين العام ولم يعد لحائزها أي سلطة عليها.

نتيجة هذه الانتقادات ولاختلاف حق الملكية عن حق حائز المعلومات غير المفصح عنها، لم تعترف اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من الملكية الفكرية بحق ملكية لحائز المعلومات غير المفصح عنها عليها، رغم الضغوط التي مارستها الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك استجابة لمطالب الدول النامية، واكتفت الاتفاقية والتشريعات المقارنة بحق حائز هذه المعلومات بحمايتها عند الاعتداء عليها متى توافرت شروط الحماية القانونية⁽¹⁾، وبما أننا لسنا بصدد حق ملكية حائز هذه المعلومات، فإنه يكون من المنطقي أن تنظم السلطات العامة في قوانينها مع مراعاة ما ورد في اتفاقية (التريبس) أحكام خاصة لحمايتها تختلف عن حماية حق الملكية. ومن ذلك حالات تسمح بها بإفشاء هذه المعلومات لاعتبارات تقتضيها مصلحة الدولة وحاجاتها ومدى قدرتها على استخدام هذه المعلومات.

ب- نظرية الحقوق اللصيقة بالشخصية⁽²⁾:

أمام الانتقادات الواسعة التي تعرضت لها نظرية حق الملكية، نادى جانب من الفقه بنظرية الحقوق اللصيقة بالشخصية، بحيث ركز هذا الجانب من الفقه على الحق ذاته باعتباره لصيقاً بشخصية حائز المعلومات غير المفصح عنها أو لصيقاً بشخصية المؤلف أو المبتكر. والحقوق اللصيقة بالشخصية: هي عبارة عن مجموعة من الحقوق تثبت للشخص باعتباره إنساناً، وهي بالتالي تثبت لكل إنسان، فهي لصيقة به لا تنفك عنه.

وقد ركز أنصار هذه النظرية على مسألة مهمة، وهي أن محل الحق الذهني أو حائز المعلومة ليس هو الجسم المادي الذي نراه بحواسنا، ولكن محل ذلك الحق هو الفكرة الأدبية

(1) لمزيد من الإيضاح ينظر د. حسام الدين الصغير، المرجع السابق، ص 66.

(2) ويطلق على هذه النظرية، نظرية الإدماج، ينظر د. حسام الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 327.

أو الفنية أو العلمية التي يشتمل عليها المصنف أو الاختراع، والتي خُصص إليها المؤلف أو المخترع واستطاع أن يصيغها في شكل إبداعي، فالمصنف أو الاختراع بحسب هذه النظرية يعتبر جزءاً من شخصية المؤلف أو المخترع، ونتيجة لذلك فهو لا يقبل الانفصال عنها، ولا يقبل الحجز عليه ولا يقبل الحوالة⁽¹⁾.

ومقتضى ما سبق يترتب نتيجة هامة أن حق حائز المعلومات غير المفصح عنها يعتبر حقاً لصيقاً بشخصيته، فلا يمكن الحجز على هذا الحق، ولا يمكن للدائن أن يحل محل حائز المعلومة في ممارسته لحقه، فحق حائز المعلومات السرية عنها هو عبارة عن أفكار إبداعية احتفظ بها الحائز، ولم يفصح عنها، ونتج عنها الشكل أو المادة التي أرادها الحائز وبالتالي فإن هذه الفكرة الإبداعية تكون جزء من الشخص وتستمد أصلها منه.

وعلى النقيض من أنصار نظرية الملكية، غلب أنصار هذه النظرية الجانب الأدبي على الجانب المالي، بحيث أن هذه الحقوق تندمج في حق واحد يغلب عليه الجانب الأدبي اللصيق بالشخصية على الجانب المالي، بحيث أن الحقوق المالية ومنها حق الاستغلال ما هي إلا نتيجة أو ثمرة من ثمار الحق الأدبي⁽²⁾.

بمعنى أن حائز المعلومات السرية عنها يتمتع بحق واحد لصيق بشخصيته، وإذا حصل نتيجة هذا الحق على نتائج مالية ملموسة فما هي إلا نتيجة طبيعية لنشاطه، تماماً كما هو حال المؤلف الذي يتمتع بحق واحد لصيق بشخصيته، بحيث يكون هذا الحق امتداداً لشخصية هذا المؤلف، وتكون الحماية القانونية المقررة لحماية الشخص المؤلف⁽³⁾.

وبالرغم من الحجج المختلفة التي ساقها أنصار هذا الرأي فإنها تعرضت للنقد، حيث يرى منتقديها أن هذه النظرية ركزت اهتمامها على دراسة جانب واحد، وهو الجانب الشخصي اللصيق بصاحب المعلومة⁽⁴⁾، وأنها شُغلت بالاهتمام بهذا الجانب وأهملت الجانب المالي على

(1) د. نصر أبو الفتوح فريد حسن، حماية حقوق الملكية الفكرية في الصناعات الدوائية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص127.

(2) د. زهير بشير، الملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف)، مطبعة التعليم العالي والبحث العلمي، الموصل، 1989، ص13.

(3) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، الحماية الدولية لحق المؤلف، 1992، ص37.

(4) د. حسام الدين الأهواني، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص329.

الرغم من أهميته، وتكون بذلك قد خالفت ما هو مستقر عليه فقهاً وقضاً، لا سيما وأن الحقوق الأدبية ليست متداخلة لدرجة عدم إمكانية الفصل بينها من الناحيتين النظرية العملية، ولا يمكن القول بأن الحقوق الأدبية تسمو على الحقوق المالية أو أن هذه الحقوق تجب الحقوق المالية. فالحقين (الأدبي والمالي) للمؤلف مثلاً مختلفان من حيث توقيت مولدهما وانتهائهما، فالحق المالي حق مؤقت، لا يوجد إلا عند تقرير النشر، في حين أن الحق الأدبي هو حق مؤبد ويوجد قبل تقرير النشر⁽¹⁾.

ج- نظرية ازدواج الحق:

على العكس من أنصار وحدة حق المؤلف ووحدة حق حائز المعلومات غير المفصح عنها، يرى أنصار هذه النظرية أن حق المؤلف ذو طبيعة مزدوجة، تتمثل الطبيعة الأولى في حقوقه الأدبية، حيث نصت أغلب القوانين العربية والأجنبية على منح المؤلف مجموعة من الحقوق الأدبية على نتاجه الفكري.

أما الطبيعة الثانية فهي حقوقه المالية التي تمكن المؤلف والحائز من استغلال مصنّفه أو منتجته مالياً، والحصول على عوائد هذا المصنّف والمنتج، بحيث توجد صلة مالية بين المؤلف ومصنّفه تمكنه من الاستئثار بثمرات أفكاره عند عرضها على الجمهور في صورة احتكار استغلال نتاجه بما يعود عليه بالمراد المالي.

ويرى أنصار هذه النظرية⁽²⁾، أن الحق الأدبي يختلف عن الحق المالي اختلافاً جوهرياً من حيث الطبيعة، فالمؤلف عندما يقوم بنشر مصنّفه فإنه لا يهدف من وراء ذلك مجرد الحصول على المنافع المالية فقط، بل إنه يهدف أيضاً إلى المجد والشهرة من وراء نشر أفكاره ونظرياته، ولهذا يكون له الحق في أن يغير مصنّفه وأن يدخل عليه التعديل الذي يراه مناسباً حتى يتمكن من مواكبة التطور وما قد يستجد من آراء وتغيرات.

وعليه فإن كلاً من الحق الأدبي والحق المالي يتميز بطبيعة قانونية خاصة مستقلة ومختلفة عن الآخر، فالحق الأدبي باعتباره أساساً لاحترام شخصية المؤلف وحائز المعلومات غير المفصح عنها يدخل في نطاق حقوق الشخصية.

(1) د. زهير بشير، مرجع سابق، ص 145-146.

(2) د. عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ص 359.

أما الحق المالي فإذا اعتبرناه حق ملكية، أو احتكاراً مانعاً للاستغلال المالي، فإنه يتميز بطبيعة قانونية مخالفة تماماً عن الحق الأدبي⁽¹⁾. وقد أيد جانب من الفقه فكرة اعتبار حق المؤلف حق استغلال في الجانب المالي، وحقاً من حقوق الشخصية في الجانب الأدبي⁽²⁾. وقد اعتنق المشرع الكويتي من خلال قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة رقم 75 لسنة 2019 صراحة فكرة اعتبار حق المؤلف من قبل حق الملكية⁽³⁾.

ولم يتعرض المشرع الكويتي في قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، لمسألة الطبيعة القانونية لحق المؤلف، إلا أنه لم يغفل استظهار حق المؤلف الأدبي، وحقه المادي على مصنفه⁽⁴⁾.

من خلال ذلك يمكن القول أن المشرع الكويتي اعتنق ضمناً مبدأ ازدواجية حق المؤلف، فأبرز الحق الأدبي مستقلاً عن الحق المالي دون أن يبين الطبيعة القانونية لهذين الحقين. هكذا ننتهي إلى أن النظرية الأولى تكيف حق حائز المعلومات السرية عنها على أنه حق ملكية خاص لصاحب المعلومة، ونظرية الحقوق للصيقة بالشخصية تفرض على الآخرين احترام شخصية حائز المعلومة باعتبار الحق لصيق بشخصيته، والنظرية الأخيرة تنظر إلى هذا الحق على أنه ذو طبيعة مزدوجة يتضمن حقين حق أدبي وحق مالي وكل منهما جدير بالحماية، وأنفق مع غالبية الفقه بتأييده نظرية الطبيعة المزدوجة حيث تعتبر الأكثر دقة في تفسير طبيعة الحقوق الذهنية لأنها تجمع الجانبين المالي والأدبي للملكية الفكرية، كونه لا يوجد في نص المادة (39) من اتفاقية (التريس) ما يدل على أن الاتفاقية تعامل المعلومات السرية كحق من حقوق الملكية، فهي تستخدم عبارة الحياة دون وجود اصطلاح يؤكد معنى الملكية على هذه المعلومات، ولكن الأصل أن كل حق جديد يعتبر حق ملكية أمعانا في

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص38.

(2) منهم د. السنهوري حيث يقول، "والصحيح أن مذهب ازدواج حق المؤلف هو المذهب الذي يتلاءم مع طبيعة الحق وتكييفه القانوني، فالقول بأن حق المؤلف حق واحد له جانبان فيه إغفال لحقيقة واضحة"، الوسيط، مرجع سابق، ص 359. ومنهم أيضا د. توفيق حسن فرج، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1960، ص223.

(3) أعتنق المشرع المصري من خلال القانون المدني المصري القديم الصادر في سنة 1883 صراحة فكرة اعتبار حق المؤلف من قبل حق الملكية جاء في المادة 12 منه ما يلي، "يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته على حسب القانون الخاص بذلك".

(4) انظر المادة 29 تنص على انه "مع عدم الإخلال بحقوق المؤلف الأدبية والمالية..". طبقاً لأحكام هذا القانون.

حمايته، وأن الحقوق اللصيقة بالشخصية والحقوق الذهنية أو الجانب الأدبي كحق المؤلف تدخل في إطار هذه الحقوق⁽¹⁾، وبموجب المادة (2/1) من اتفاقية (التريبيس) تعتبر حماية المعلومات نوعاً من حقوق الملكية الفكرية كبراءة الاختراع وحق المؤلف والعلامة التجارية، كما بينت المادة (3/39) من ذات الاتفاقية أن حماية هذه المعلومات هي العائد لمالك المعلومات عن استثماره لهذه المعلومات⁽²⁾.

■ المبحث الخامس: نطاق الحماية للأسرار التجارية وأشكال التعدي عليها

إن حق صاحب السر التجاري يشمل الاحتفاظ به واستغلاله واستعماله، وحمايته من أشكال التعدي عليه، لأجل ذلك نتناول هذا المبحث من خلال مطلبين على النحو التالي:

◆ المطلب الأول: نطاق حقوق أصحاب الأسرار التجارية

من حق صاحب السر التجاري استعماله واستغلاله والمحافظة عليه من تعدي الغير، بيد أن هناك أعمال لا تتعارض مع استعمال صاحب السر التجاري الأمر الذي نتناوله بالمبحث على النحو التالي:

• أولاً: حق صاحب السر التجاري في الاحتفاظ به ومنع الاعتداء عليه

يتمتع صاحب السر بحق الاحتفاظ به واستعماله واستغلاله في منشأته، وحق منع الغير من الاعتداء عليه بطريقة تخالف المنافسات التجارية الشريفة، لذلك يعتبر كل فعل من شأنه الانتقاص من تلك الحقوق اعتداء على السر التجاري⁽³⁾.

(1) د. حسام الأهواني، نظرية الحق، سابق الإشارة، ص 76.

(2) Correa, Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceuticals, Implementing the standards of the TRIPS Agreement, University of Buenos Aires, P. 13- 14.

(3) راجع د. حسن البدرأوى، القانون المصري لحماية حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 12؛ د. بلال عبد المطلب بدوى، تطور الآليات القانونية لحماية حقوق الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، 2006، ص 116؛ د. عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، حقوق الملكية الفكرية وأثرها الاقتصادي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 477 وما بعدها؛ د. حميد محمد على اللبهي، مرجع سابق، ص 327. د. فارس مصطفى محمد المجالي، حماية المعلومات غير المفصح عنها في قوانين الملكية الفكرية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008، ص 235 وما بعدها.

وقد أشار المشرع الأردني الذي نص على حقوق صاحب السر التجاري، حيث جاء في المادة (5) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني (أ - يعتبر صاحب حق الإفصاح عنه واستعماله والاحتفاظ به، ب - ولصاحب الحق أن يمنع أي شخص من إساءة استعمال السر التجاري المشمول بالحماية بموجب هذا القانون)، وبذلك يكون المشرع الأردني قد نص بشكل صريح على حق صاحب السر في الإفصاح عنه واستعماله والاحتفاظ به، ومنع الغير من إساءة استعمال السر التجاري، كما جاءت المادة (6) من ذات القانون لتعتبر أية ممارسة من الغير للحقوق التي يخولها الحق في السر التجاري لصاحب السر بطريقة تخالف الممارسات الشريفة دون موافقة من صاحب الحق في السر من قبيل الإساءة لاستعمال السر التجاري.

ويلاحظ بأن المشرع المصري قصر حق صاحب السر في منع الغير من التعدي عليه، دون النص صراحة على حقه في الاحتفاظ به، ونص في الفقرة الأخيرة من المادة (57) من قانون حماية الملكية الفكرية على أنه (تقتصر حقوق الحائز القانوني للمعلومات غير المفصح عنها على منع الغير من التعدي عليها بأي من الأفعال التي تتعارض مع الممارسات التجارية الشريفة والمشار إليها في المادة 58 من هذا القانون، ويكون للحائز القانوني اللجوء إلى القضاء في حال ثبوت ارتكاب الغير لأي من هذه الأفعال)، ثم نص المشرع المصري في المادة 58 على عدد من الأفعال التي تعتبر من قبيل الاعتداء على الأسرار التجارية، كرشوة العاملين في الجهة التي تحوز المعلومات السرية أو تحريضهم بغرض الحصول عليها⁽¹⁾،⁽²⁾، والتحريض على إفشاء المعلومات من جانب العاملين الذين تصل إلى علمهم هذه المعلومات بحكم وظيفتهم⁽³⁾، والحصول على المعلومات السرية من أماكن حفظها بطرق غير مشروعة أو من خلال طرق احتيالية⁽⁴⁾، ويشمل ذلك أي وسيلة يترتب عليها الحصول على المعلومات دون وجه

(1) والرشوة المقصودة بمعناها الواسع وسواء كان من خلال دفع مبلغ مادي أو تقديم منفعة، وتعتبر هذه الصورة من أكثر حالات الاعتداء على الأسرار التجارية شيوعاً. د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 441.

(2) انظر د. ذكرى عبد الرازق محمد، حماية المعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 82 وما بعدها؛ د. حميد محمد على اللهبي، مرجع سابق، ص 218 وما بعدها.

(3) المادة 2/58 من قانون الملكية الفكرية المصري.

(4) المادة 4،5/58 من قانون الملكية الفكرية المصري.

حق، أو سرقة المعلومات السرية من المكاتب داخل المنشأة، أو التجسس أو تسجيل المعلومات دون علم الفنيين، أو انتحال صفة جهة رسمية لها حق الرقابة والتفتيش على المشروع.

• ثانياً: الأعمال التي لا تتعارض مع حقوق صاحب السر التجاري

هناك عدد من الحالات التي لا تعد اعتداء على المعلومات السرية لكون صاحبها لا يتمتع بحق استثنائي، ومن هذه الحالات:

1- الحصول على المعلومات من المصادر العامة المتاحة للجمهور، كالمكتبات والسجلات الحكومية ومكتبات براءات الاختراع والبحوث والدراسات والتقارير المنشورة، فهذه المعلومات موجودة في تلك الأماكن ليس بقصد السرية، لذلك تكون متاحة للكافة، ولا تقع في حيازة شخص معين⁽¹⁾.

2- الحصول على الأسرار التجارية من خلال جهود ذاتية ومستقلة عن جهود صاحب المعلومات السرية، كأن يكون ذلك من خلال جهود البحث العلمي والابتكار أو الاختراع أو التطوير والتعديل والتحسين أو الفحص والتحليل والاختبار للسلعة المتداولة في السوق⁽²⁾، فحصول الشخص على المعلومات السرية دون ارتكاب أي فعل من أفعال المنافسة غير المشروعة لا يمثل اعتداء على المعلومات السرية، لأن حائز الأسرار التجارية لا يتمتع بأي حق استثنائي عليها ويجوز للغير استغلال تلك المعلومات طالما توصل إليها بطرق مشروعة وجهود ذاتية مستقلة، على خلاف الحقوق التي ترتبها براءات الاختراع، فمن يتوصل إلى المعلومات السرية ذاتها التي يحوزها الغير من خلال جهوده لا يعتبر متعدياً على المعلومات السرية التي كان يحوزها الغير قبله⁽³⁾.

(1) تنص المادة 1/59 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري لا تعد من قبيل الأفعال المتعارضة مع الممارسات التجارية الشريفة الأفعال الآتية 1 - الحصول على المعلومات من المصادر المتاحة للمكتبات ومنها مكتبات براءات الاختراع والسجلات الحكومية المفتوحة والبحوث والدراسات والتقارير المنشورة....).

(2) المادة 2/59 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري.

(3) المادة 3/59 من قانون الملكية الفكرية المصري، ومن التطبيقات في القضاء الأمريكي، قضية (جلوبال) ضد (بلاتنيف) و(جاسون)، والتي تنلخص بقيام شركة (جلوبال) باتهام (جاسون) باختلاس وسرقة أسرار من الشركة التي يعمل معها

3- حيازة واستعمال المعلومات المعروفة والمتاحة التي يجرى تداولها بين المشتغلين بالفن الصناعي التي تقع المعلومات في نطاقه، بمعنى أن مدى مشروعية الفعل من عدمه تتحدد من خلال النظر إلى مدى معرفة وإتاحة المعلومات للمتخصصين في المجال الصناعي الذي تقع المعلومات في نطاقه⁽¹⁾.

وإلى هذا استندت محكمة الزقازيق الابتدائية في حكمها في القضية رقم 2002/1855 التي أقامتها شركة (فايزر) الأمريكية وفرعها بالقاهرة، ضد الشركة المصرية للصناعات الدوائية (أبيكو)، حيث قضت برفض الدعوى وألزمت رافعها بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة. معللة قرارها بأن مادة (أتور فاستاتين) ذات معلومات معلنة وشائعة بين أهل مهنة الطب

وهي شركة (جلوبال) وتقدمها لشركة (بلاتيف) بعد أن انتقل للعمل معها، حيث قررت المحكمة بأن، "نص القسم 1، قسم فرعي (4) (ط) من قانون الأسرار التجارية الموحد، على النحو الذي اقترحه المؤتمر الوطني لمفوضي الدولة على القوانين الموحدة، والمعلومات والذي يشير إلى أن، "يستمد السر قيمة اقتصادية مستقلة، فعلية أو محتملة، إذا كان لا يعرف بصفة عامة، وليس من السهل التحقق منه، ولكن تكون معرفته ويجرى من قبل الأشخاص أصحاب الحق بالاطلاع من خلال الوسائل الملائمة، وكذلك غيرهم من الأشخاص الذين يمكنهم من الحصول عليها بالتالي لا تتأثر القيمة الاقتصادية إذا تم إفشائها أو استخدامها".

ونكرت المحكمة بعبارات عامة جداً، أن اختلاس السر التجاري يحدث عندما (1) يكتسب شخص آخر الأسرار التجارية عن طريق وسائل غير لائقة، (2) أن يكشف الأسرار التجارية لشخص آخر دون الحصول على موافقة صاحبها، (3) أن يستخدم شخص آخر الأسرار التجارية دون الحصول على موافقة لاستخدامها من قبل صاحبها، لذلك أن الاعتماد على توافر المعلومات من مصادر أخرى يكون أساساً لاعتبار هذه المعلومات غير مؤهلة لتكون سرّاً تجارياً وهذه الحقيقة من السهل التحقق منها، بالتالي فهي ليست جزءاً من تعريف السر التجاري في ولاية كاليفورنيا، لذلك لا توجد أي مسؤولية على المدعى عليه عند تقديم الطلب لإثبات اختلاسه هذه الأسرار، حيث أن الأضرار الفعلية ليست عنصراً من عناصر سبب الدعوى، وبالتالي قررت المحكمة بأن الوقائع المتنازع عليها تدل بأن جاكسون لم يرق بانتهاك النظام الأساسي على وجه التحديد، وقد وجدت المحكمة ما يكفي من الأدلة الظرفية خلال المحاكمة تشير إلى أن جاكسون حصل على المعلومات من مصادر أخرى متاحة للجميع".

GLOBAL MED TECHNOLOGIES, INC. et al., Plaintiffs and Appellants, v. DONNIE L. JACKSON, JR., Defendant and Respondent. C04838, C049490.

⁽¹⁾ المادة 4/59 من قانون الملكية الفكرية المصري. وقد أضاف القانون الأردني إلى ذلك، الهندسة العكسية، حيث جاء في المادة 6/ج من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني على أنه (لا يعتبر مخالف للممارسات التجارية الشريفة على وجه الخصوص التوصل إلى السر التجاري بصورة مستقلة أو عن طريق الهندسة العكسية). والهندسة العكسية هي طريق تحليل المنتج النهائي إلى أجزاء صغيرة ومعرفة طريقة صنعه، بحيث يبدأ المقلد بأخذ المنتج وهو على شكله النهائي والمتكامل، ومن ثم تجزئته إلى أجزاء صغيرة ومعرفة مكوناته الأساسية، لكي يقوم هذا المقلد بنسخ كامل الطرق والأساليب في صنع هذا المنتج. يراجع، د. فارس مصطفى محمد المجالي، مرجع سابق، ص 274.

والصيدلة، وبالتالي لا يمكن اعتبار تلك المعلومات سرية أو غير مفصح عنها إذ لا تتوفر فيها اشتراطات السرية التي أوجبتها اتفاقية (التريبس) (المادة 2/39)، والمادة (55) من القانون المصري وأن كون المعلومات معلنة وشائعة لا يترتب عليها أي مزايا احتكارية أو استثنائية. وقد جاء في تعليل المحكمة لقرارها: "أن الشركة المدعية قد نشرت تفصيلات على شبكة الإنترنت الدولية أحاطت الهيئة الطبية علما بالمنتج الكيميائي الجديد - اتور فاستاتين - وهي بذلك معلومات معلنة وشائعة بين أهل مهنة الطب والصيدلة، وبالتالي لا يمكن بسبب تلك العلانية اعتبارها سرية أي غير مفصح عنها، إذ لا تتوفر فيها اشتراطات السرية التي أوجبتها اتفاقية (التريبس) (المادة 2/39) القانون المصري المادة (55) ونظراً لكونها معلنة وشائعة فلا يترتب عليها أي مزايا احتكارية أو استثنائية الأمر الذي اتضح منه للمحكمة أن الشركة المدعية قد أقامت دعواها على غير سند من الواقع والقانون متعينا رفضها⁽¹⁾.

♦ المطالب الثاني: صور التعدي على الأسرار التجارية

يأخذ الاعتداء على الأسرار التجارية بوجه عام إحدى صورتين، وتتمثل الأولى بإفشاء الأسرار التجارية من قبل الأشخاص المخولين بالاطلاع عليها لأشخاص آخرين غير مخولين بالاطلاع عليها، أما الثانية فتتمثل في ممارسة الغير لسلطات صاحب السر التجاري من خلال الحصول على الأسرار التجارية من أماكن حفظها والقيام باستغلالها دون إذن من صاحبها وبصورة غير مشروعة، وسنتناول كل من هاتين الصورتين من خلال فرعين على النحو التالي.

• الفرع الأول: الاعتداء على السر التجاري من خلال الإفشاء به

جاء في المادة 58 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري (تعد الأفعال الآتية على الأخص متعارضة مع الممارسات التجارية الشريفة وينطوي ارتكابها على منافسة غير مشروعة: 1 - رشوة العاملين في الجهة التي تحوز المعلومات بغرض الحصول عليها. 2 - التحريض على إفشاء المعلومات من جانب العاملين إذا كانت تلك المعلومات قد وصلت إلى

(1) حيثيات الحكم الصادر في الدعوى رقم 1855 لسنة 2002 مدني كلى الزقازيق، أشار إليه، د. حلمى الراوي، في بحث بعنوان، الحق في الحصول على الدواء، منشور على الموقع الإلكتروني، <http://www.eipr.org/commentary/helmy-errawy-3-06.htm>.

علمهم بحكم عملهم. 3 - قيام أحد المتعاقدين في عقود سرية المعلومات بإفشاء ما وصل إلى علمه منها...).

ويفهم من ذلك النص أن الاعتداء المتمثل بإفشاء السر قد يكون من قبل أحد المتعاقدين مع صاحب الحق في السر، وقد يكون من قبل الغير كأن يقوم أحد المنافسين بتحريض عمال المنشأة الأخرى على إفشاء أسرارها بهدف الإضرار بها⁽¹⁾، ولاشك أن واقعة إفشاء السر التجاري تسبب ضررا كبيرا لصاحب السر بسبب حرمانه من استغلاله إذا ما خلت المعلومات السرية في الحالة الفنية السائدة وفقدانه الميزة التنافسية التي يكتسبها في مواجهة منافسيه وما يترتب عليه من تدنى مستوى مبيعاته وخسارته للأموال التي أنفقها على عمليات البحث والتطوير التي قام بها من أجل الوصول للسر التجاري، لذلك يعتبر الاعتداء على الأسرار التجارية من خلال إفشائها من أكثر صور الاعتداءات خطيرة، لكون الأسرار التجارية تتأسس حمايتها على السرية، فإذا ما ذبت السرية ذهبت الحماية معها⁽²⁾، وهذا ما يفرق السر التجاري عن الاختراع الذي تستند حمايته إلى البراءة التي تمنح للمخترع والتي تعطيه حقا استثنائيا يخوله منع الغير من استغلال سر الاختراع إذا ما توفرت شروطه الشكلية والموضوعية وأصبح عن اختراعه بصورة تمكن الخبير في ذات المجال من تنفيذه بأفضل الطرق⁽³⁾.

ويقصد بالإفشاء للأسرار ذبوعها وانتشارها بين المشتغلين بالمعلومات السرية، ولا يفقد المعلومات سريتها إفشائها لجهة معينة أو لجهات محدودة، فالإفشاء الفردي ليس من شأنه أن يفقد المعلومات سريتها طالما بقيت غير معلومة لكافة المنشغلين بذات النشاط وغير داخلة في الحالة الفنية السائدة لديهم⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ يراجع في موضوع إفشاء السرية، د. أبو العلا النمر، الالتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثامنة والأربعين، 2006، ص 53 وما بعدها؛ د. أحمد صلاح الخصاونة، مرجع سابق، ص 218 وما بعدها.

⁽²⁾ W.R. Conish, Intellectual Property, Patents copyright, Trade Mars and Allied Rights, Fourth Edition, Swet & Maxell, 1999, P. 55.

⁽³⁾ ويرى البعض بأن السر التجاري يهدف إلى القيام بهدف رئيسي وهو أنه يشكل خيارا أساسيا لحماية الاختراعات خارج إطار براءة الاختراع. إذ أن المخترع أمامه خياران إما أن يسجل اختراعه كبراءة أو يبقيه سرا تجاريا. د. جلاء وفاء محمدين، حماية الأسرار التجارية والمعرفة التقنية، مرجع سابق، ص 2.

⁽⁴⁾ د. نكرى عبد الرازق محمد، حماية المعلومات السرية، مرجع سابق، ص 65؛ د. أحمد صلاح الخصاونة، مرجع سابق، ص 221 وما بعدها؛ د. حميد محمد على اللهبي، مرجع سابق، ص 218 وما بعدها.

لذلك لا يعتبر إطلاع المرخص له على الأسرار التجارية العائدة للمرخص بموجب عقد الترخيص إفشاء لسرية المعلومات، وحتى ولو تم الترخيص باستغلالها لأكثر من جهة طالما أن تلك الجهات ملتزمة بالحفاظ على سريتها، لأن السرية المطلوبة هي السرية النسبية⁽¹⁾. ويلجأ صاحب الحق في السر دفاعاً لأي شك حول حماية أسرارته التجارية إلى إبرام اتفاقات معينة تضمن عدم إفشاء الأسرار التجارية التي يحوزها، من خلال وضع شرط صريح في هذه الاتفاقات يقضى بالالتزام بالسرية، وخاصة في حالة دخول صاحب الحق في السر في علاقات مختلفة يكون فيها مضطراً للكشف أمام الغير عن سره التجاري، ومن أمثلة ذلك علاقات العمل أو العلاقات التجارية المختلفة مع الجهات المرخص لها أو التي ترغب الحصول على ترخيص، وغيرها من العلاقات مع منشآت أخرى له ارتباطات عملية معها تجارية كانت أم صناعية أم إدارية، لذلك فإن قيام العامل أو المرخص له أو أي من تلك الجهات بالإفصاح عن تلك الأسرار من قبيل الاعتداء على الأسرار مادام هذا السر تتوافر فيه جميع الشروط القانونية الواجب توافرها فيه⁽²⁾.

⁽¹⁾ ويمكن تفسير ذلك بالقول أن الحماية القانونية للأسرار التجارية لا ترتب لحائزها حقاً استثنائياً مطلقاً (exclusive right)، حيث يجوز للغير استغلال هذه المعلومات السرية، طالما أنه توصل إليها بطريقة مشروعة وجهوده الذاتية المستقلة وذلك على خلاف الحقوق التي تترتب على براءة الاختراع. د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 412. من هنا كان من اللازم التخلي عن فكرة السرية المطلقة والأخذ بالسرية النسبية، لأنه أصبح من الصعب بل من المتعذر الحفاظ على المعلومة غير المفصح عنها في عقل صاحبها فلا بد أن يطلع عليها الآخرين لتسيير عملية الإنتاج، لذا فإن الحماية تتوافر للمعلومة غير المفصح عنها متى كانت تتمتع بالسرية النسبية ضمن نطاق محدد وبشرط أن يتخذ حائزها الوسائل الكافية لحمايتها. د. أحمد صلاح الخصاونة، مرجع سابق، ص 218.

⁽²⁾ أن دخول رب العمل في العديد من العلاقات التعاقدية والتي يرخص للغير باستخدام تلك المعلومات، يجعل أمر انتقال المعلومات للآخرين لا يقتصر على العاملين في المشروعات الخاصة به، بل تنتقل إلى عدد من الأشخاص من خارج العاملين بمنشأته، مما يجعل السرية تقتصر فقط على عدم امتداد العلم بالمعلومات غير المفصح عنها إلى العاملين في المشروعات المنافسة والتي لا ترتبط معه بعلاقات تعاقدية، ويمكن أن نوضح ذلك من خلال قضية Minuteman, Inc. v. Alexander، حيث تم تشغيل اثنين هما، (L.D. Alexander & George Cash) في شركة (Minuteman)، وكان (Alexander) نائب رئيس ومدير عام، وكان (Cash) نائب رئيس ومسئول عن البحث والتطوير، ولم يتم الشخصان بتوقيع أي اتفاق لعدم المنافسة أو الإفصاح مع الشركة، وقد قام هذان الشخصان بمقابلة شخص في شركة (Amiry) واتفقا على الانتقال للعمل بهذه الشركة وقد انتقلا فعلاً، فقامت شركة (Minuteman) بالإدعاء بأن الموظفين السابقين قد قاما بسرقة معلومات سرية لصالح الشركة الأخرى، ومن ضمنها صيغ الإنتاج وقوائم الاستعمالات وقوائم

وقد أقر قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 الالتزام بالمحافظة على السرية في عقود نقل التكنولوجيا على طرفي العقد وحق المعتدى عليه في المطالبة بالتعويض عن ما أصابه من ضرر من جراء إفشاء سرية التكنولوجيا محل العقد وجاء في المادة 83 من ذات القانون (يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعن سرية التحسينات التي تدخل عليها، ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية سوء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد أو بعد ذلك)⁽¹⁾.

• **الفرع الثاني: الاعتداء على السر من خلال ممارسة حقوق صاحب السر بصورة غير مشروعة**
يمكن أن يقع الاعتداء على الأسرار التجارية من خلال أفعال أخرى غير الإفشاء، فقد سبق أن أوضحنا أن القانون أعطى صاحب السر بحق الاحتفاظ به واستعماله واستغلاله في منشأته، وأن كل فعل من شأنه الانتقاص من حق صاحب السر في ممارسة سلطاته عليه

الزبائن مع استخدام جميع وسائل الحماية لها، وقد رفضت المحكمة طلب الشركة المدعية على أساس أن الشركة المدعى عليها لم تستخدم الصيغة المستخدمة في الشركة المدعية ولم تحكم لها بالتعويض.

David Lange, Intellectual Property, cases and materials, American casebook series, 1998, P. 392.

"وقررت محكمة الاستئناف في ولاية منسوتا الأمريكية رفض دفع المدعى عليه بعدم توافر درجة السرية المطلقة للأسرار التجارية المدعى بها، وقالت المحكمة إنه على الرغم من أن هذه الأسرار قد طورت بشكل مستقل من قبل أشخاص آخرين حافظوا على سريتها، وعلى الرغم من وجود مئات الخريجين من معهد المدعى والمدعى عليه معا فإن المعلومات تبقى سرية مادام الكشف عنها لم يتجاوز الأشخاص المتعاملين بها، وأضافت المحكمة أن إثبات السرية في هذه الدعوى لا يتطلب أن تكون السرية مطلقة، كما لا يشترط أن تكون المعلومات السرية معروفة لمشروع واحد، بحيث يكون هو الحائز الوحيد لتلك المعلومات، إذ أن توافر المعلومات السرية لعدد محدد من المشروعات المنافسة لا يؤدي إلى زوال صفتها السرية طالما أن المعلومات غير معروفة على نطاق واسع في مجال التخصص المتصل بالنشاط، فمن المتصور أن يتوصل أكثر من مشروع إلى ذات المعلومات في وقت واحد من خلال البحث والتطوير، ومع ذلك تبقى السرية قائمة طالما بقيت المعلومات غير متاحة لباقي المشروعات العامة في مجال فرع التخصص المتصل بالنشاط، على أن هذا لا يفي بضرورة توافر درجة كافية من السرية بالقدر الذي يحقق لحائز المعلومات غير المفصح عنها ميزة اقتصادية فعلية أو تحميه في مواجهة منافسيه، وتعد درجة السرية كافية إذا كان من الصعب على الغير الحصول على المعلومات السرية واستغلالها دون أن يسلك مسلكا معيبا". د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص 27.

(1) يراجع للتوضيح، د. أبو العلا النمر، الالتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 53 وما بعدها.

يعتبر اعتداء على السر التجاري، وقد أشار المشرع الكويتي في قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980 في نص المادة 58 الملغي على أنه (لا يجوز للتجار أن يغيروا عمال تجار آخر أو مستخدميه ليعاونوه على انتزاع عملاء هذا التاجر، أو ليخرجوا من خدمة هذا التاجر أو يدخلوا في خدمته ويطلعوا على اسرار مزاحمة. وتعتبر هذه الأعمال من الأعمال مزاحمة غير مشروعة تستوجب التعويض). أم المشرع المصري أشار إلى بعض صور تلك الأفعال والتي وردت على سبيل المثال لا الحصر من خلال قوله (الحصول على المعلومات من أماكن حفظها بأي طريقة من الطرق غير المشروعة كالسرقة أو التجسس أو غيرها. 5 - الحصول على المعلومات باستعمال الطرق الاحتمالية. 6 - استخدام الغير للمعلومات التي وردت إليه نتيجة الحصول عليها بأي من الأفعال السابقة مع علمه بسريتها وأنها متحصلة عن أي من هذه الأفعال. ويعتبر تعديا على المعلومات غير المفصح عنها ما يترتب على الأفعال المشار إليها من كشف أو حيازتها أو استخدامها بمعرفة الغير الذي لم يرخص له الحائز القانوني بذلك⁽¹⁾). أما المشرع الأردني فقد أورد في المادة 6 من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني ما اعتبر فيه أية ممارسة من الغير للحقوق التي يخولها الحق في السر التجاري لصاحب السر بطريقة تخالف الممارسات التجارية الشريفة وان موافقة من صاحب الحق في السر من قبيل الإساءة لاستعمال السر التجاري.

ولاشك بأن استعمال وسائل يترتب عليها الحصول على المعلومات دون وجه حق، أو سرقة المعلومات السرية من المكاتب داخل المنشأة، أو التجسس أو تسجيل المعلومات دون الفنيين أو رشوة العاملين في الجهة التي تحوز المعلومات السرية أو تحريضهم بغرض الحصول عليها⁽²⁾، أو التحريض على إفشاء المعلومات من جانب العاملين الذين تصل إلى علمهم هذه المعلومات بحكم وظيفتهم، الحصول على المعلومات السرية من أماكن حفظها بطرق غير

(1) المادة 58 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري. أما المشرع الاردني فقد أورد نصا ما اعتبر فيه أية ممارسة من الغير للحقوق التي يخولها الحق في السر التجاري لصاحب السر بطريقة تخالف الممارسات التجارية الشريفة ون موافقة من صاحب الحق في السر من قبيل الإساءة لاستعمال السر التجاري، المادة 6 من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الاردني.

(2) والرشوة المقصودة بمعناها الواسع وسواء كان من خلال دفع مبلغ مادي أو تقديم منفعة، وتعتبر هذه الصورة من أكثر حالات الاعتداء على الأسرار التجارية شيوعا. د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 441.

مشروعة أو من خلال طرق احتيالية⁽¹⁾، أو انتحال صفة جهة رسمية لها حق الرقابة والتفتيش على المشروع، كل ذلك يعتبر من قبيل الاعتداء على الأسرار التجارية، مع ملاحظة أن تلك الوسائل والطرق يجب أن لا تكون من السذاجة والبساطة التي يمكن كشفها من المسؤولين عن حفظ الأسرار التجارية في المنشأة، وإلا اعتبر الحصول عليها نتيجة طبيعية لعدم اتخاذ صاحبها الحيطة والحذر⁽²⁾.

ومن الصور الأخرى للاعتداء على الأسرار التجارية استخدام الغير للمعلومات السرية مع علمه أنها متحصلة من خلال أحد الأفعال المتعارضة مع المنافسة الشريفة، وتتعلق هذه الصورة بالشخص سيء النية الذي يقوم باستخدام المعلومات السرية وهو يعلم بأنه تم الحصول عليها من خلال الصور السابق ذكرها وأن ليس من حقه استغلالها، وقد أشار قانون حماية الملكية الفكرية المصري إلى هذه الصورة في المادة 5/58 بقوله (استخدام الغير للمعلومات التي وردت إليه نتيجة الحصول عليها بأي من الأفعال السابقة مع علمه بسريتها وبأنها متحصلة عن أي من هذه الأفعال)⁽³⁾.

وبذلك يكون المشرع المصري قد ساوى بين من تحصل على المعلومات بطريقة غير مشروعة وبين من استعملها وهو يعلم أنها متحصلة بطريقة غير مشروعة، ولكن حتى تتحقق مسئولية الأخير يجب أن يكون عالماً أو بمقدوره أن يعلم أن هذه المعلومات سرية وأن تم الحصول عليها بطريقة غير مشروعة كان تكون مسروقة أو بالطرق الاحتيالية أو من خلال رشوة أحد العاملين.

وحرى بالذكر أنه يعتبر تعدياً على الأسرار التجارية من خلال صور المنافسة غير المشروعة السابق ذكرها، مجرد حيازتها من قبل الفعل أو من قبل الغير الذي حصل عليها مع علمه بأنها متحصلة بطريق غير مشروعة، وسواء تم استخدامها بالفعل أم لم يتم، وهذا ما أشار إليه المشرع المصري من خلال نصه (ويعتبر تعدياً على المعلومات غير المفصح عنها

(1) المادة 4/58 من قانون الملكية الفكرية المصرية.

(2) د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 443.

(3) لاحظنا أن عبارة المشرع الأردني أكثر دقة وأشد إيضاحاً، إذ نص في المادة 3/6 من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني من خلال قوله (حصول شخص على الأسرار التجارية من طرف آخر إذا كان يعلم أو كان بمقدوره أن يعلم أن حصول ذلك الطرف عليها كان نتيجة مخالفة للممارسات التجارية الشريفة).

ما يترتب على الأفعال المشار إليها من كشف للمعلومات أو حيازتها أو استخدامها بمعرفة الغير الذي لم يرخص له الحائز القانوني بذلك⁽¹⁾.

خلاصة القول أن المشرع المصري أورد عدد من الأفعال التي تعتبر تعدياً على الأسرار التجارية، وأن تلك الحالات قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، وقد وضع معياراً لكي يعتبر الفعل الذي يقوم به الغير من قبيل التعدي على حقوق صاحب السر، ويتمثل هذا المعيار في ممارسة الغير لأحد الحقوق التي يخولها لصاحب الحق في السر بطريقة تخالف الممارسات التجارية الشريفة دون موافقة صاحب الحق، وأن هذا المعيار له ثلاثة صور:

الصورة الأولى: الإخلال بالتزامات السرية في العقود.

الصورة الثانية: الاعتداء على السر بطريقة تخالف الممارسات الشريفة.

الصورة الثالثة: استعمال واستغلال الأسرار التجارية من قبل شخص وهو يعلم أو كان

بإمكانه أن يعلم أنه تم التحصل عليها بطريقة مخالفة للممارسات الشريفة.

○ الفصل الثاني: وسائل حماية الأسرار التجارية في القانون المقارن والاتفاقيات الدولية

■ تمهيد وتقسيم:

حتى وقت قريب، لم تكن الأسرار التجارية تحظى بحماية قانونية خاصة سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، لذلك كان من الطبيعي أن يحرص حائزها حرصاً بالغاً على الحفاظ على سريتها، ويتخذ التدابير الكافية والاحتياطات المناسبة عند نقلها إلى الغير بما يضمن سريتها، ويرجع ذلك إلى أنه في إذاعة سريتها تفقد قيمتها الاقتصادية ومتى فقدت هذه المعلومات السرية قيمتها الاقتصادية أضحت من الأشياء المباحة لغياب الحماية القانونية الخاصة بها⁽²⁾.

(1) الفقرة الأخيرة من المادة 58 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري.

(2) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الحماية القانونية للاختراعات وفقاً للقانون الكويتي في ضوء أحكام القانون المقارن، جامعة الكويت، 2014، ص 211؛ د. يوسف عبد الهادي خليل الأكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الخاص، بدون ناشر، 1989، ص 139 وما بعدها؛ د. ابراهيم محمد عبيدات، النظام القانوني للأسرار التجارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2012، ص 364.

وفي غياب الحماية التشريعية أو الدولية لهذه المعلومات كان يتم اللجوء إلى القواعد العامة في المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التصيرية لحمايتها، فتقوم المسؤولية العقدية عند الإخلال بأي التزام من التزامات عقد العمل والمتعلقة بالالتزام العامل بعدم إفشاء المعلومات السرية التي يطلع عليها في المشروع وعند الإخلال بالالتزام عدم إفشاء المعلومات السرية الذي يتضمنه عقد نقل التكنولوجيا، أما المسؤولية التصيرية فكانت تجد تطبيقها القانوني من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة وهي تستلزم توافر عناصر الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية⁽¹⁾، بالإضافة إلى قيام المسؤولية الجنائية عن جرم إفشاء الأسرار.

غير أن الأمر قد تغير بعد إبرام اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من الملكية الفكرية (الترييس)، وبعد أن دخلت حيز النفاذ، حيث نصت المادة 1/39 منها على أنه "أثناء ضمان الحماية الفعالة للمنافسة غير المنصفة حسب ما تنص عليه المادة (10) مكررة من معاهدة باريس 1967، تلتزم البلدان الأعضاء بحماية المعلومات السرية وفقاً للفقرة الثانية، والبيانات المقدمة للحكومات أو الهيئات الحكومية وفقاً لأحكام الفقرة الثالثة".

على أن حماية المعلومات السرية عن طريق القواعد المقررة في المادة (10) مكرر من معاهدة باريس لقمع المنافسة غير المشروعة تشكل الحد الأدنى لمستوى الحماية الذي يجب على الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية أن تكفله في قوانينها الوطنية للأسرار التجارية والصناعية، حيث نصت المادة الأولى من اتفاقية ((الترييس)) وتحت عنوان طبيعة ونطاق الالتزامات على أنه: "تلتزم البلدان الأعضاء بتنفيذ أحكام هذه الاتفاقية، ويجوز للبلدان الأعضاء، دون إلزام، أن تنفذ ضمن قوانينها ما يتيح حماية أوسع من التي تتطلبها هذه الاتفاقية، شريطة عدم مخالفة هذه الحماية لأحكام هذه الاتفاقية، وللبلدان الأعضاء حرية تحديد الطريقة الملائمة لتنفيذ أحكام هذه الاتفاقية في إطار أنظمتها وأساليبها القانونية". وذلك رغبة من الدول الأعضاء في الاتفاقية في تخفيض التشوهات والعراقيل التي تعوق التجارة الدولية، ولتشجيع الحماية الفعالة والملائمة لحقوق الملكية الفكرية، وبهدف ضمان ألا تصبح

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (كلية الحقوق - جامعة عين شمس)، مجلد 44 العدد الثاني، يوليو، 2002، ص 53 وما بعدها. د. يوسف عبد الهادي خليل الأكيابي، مرجع سابق، ص 146 وما بعدها.

التدابير والاجراءات المتخذة لإنفاذ حقوق الملكية الفكرية حواجز في حد ذاتها أمام التجارة المشروعة.⁽¹⁾

ولا تقتصر حماية الأسرار التجارية على المسؤولية المدنية والتعويض، وإنما يمكن ان يترتب على الاعتداء على حق المخترع قيام المسؤولة الجنائية ايضا، وهذا يستوجب وجود نص خاص يقرر هذه المسؤولية، هذا بجانب حق صاحب الاختراع في اتخاذ بعض الاجراءات التحفظية والوقائية.

لذلك نتناول وسائل حماية الأسرار التجارية من خلال مبحثين على النحو التالي:-

المبحث الأول: الحماية المدنية للأسرار التجارية.

المبحث الثاني: الحماية الجنائية للأسرار التجارية.

■ المبحث الأول: الحماية المدنية للأسرار التجارية

لاشك في أن الاعتداء على أسرار الغير التجارية ومحاولة الوصول إليها بطرق غير مشروع تلحق الضرر بهم، شر يوجب مكافحته⁽²⁾. لذلك فقد اهتمت التشريعات الوطنية بمسألة حماية الأسرار التجارية وذلك من خلال احتوائها احكاما خاصة وفاعلة في سبيل منع الاعتداء على الاسرار التجارية اضافة الى النص على الاجراءات القضائية الوقتية التي من شأنها تحقيق اهم صور الحماية لضمان عدم وقوع افعال الاعتداء مسبقا ضمن قواعد الوصول لهذه الغاية. وقد سلف ذكر أن اتفاقية ((تريس)) ألزمت الدول الأعضاء بمنظمة التجارة العالمية بحماية المعلومات غير المفصح عنها عن طريق القواعد المنصوص عليها في المادة (10) مكرراً من إتفاقية باريس 1967 بشأن قمع المنافسة غير المشروعة والتي تنص على:

أ- تلتزم دول الاتحاد بأن تكفل لرعايا دول الاتحاد الأخرى حماية فعالة في مواجهة المنافسة غير المشروعة.

⁽¹⁾ إن الرغبة المشار إليها وردت في مقدمة الملحق (17/ج) من اتفاقية مراكش إنشاء منظمة التجارة العالمية، ذلك الملحق الذي عُرِف باتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية.

⁽²⁾ د. ابو العلا النمر، الابعاد القانونية والاقتصادية لحماية حقوق الملكية الفكرية - دور القانون الوطني في حماية الملكية الفكرية في ظل اتفاقية التريس، ورقة عمل مقدمة الى الدورة التدريبية التي ينظمها مركز الدراسات القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعه عين شمس من الفترة 2003-5-10 الى 2003-5-15 ص101؛ د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الجزء الأول 1998، ص 209 و 210.

ب- يُعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل عمل من أعمال المنافسة يتعارض مع العادات الشريفة في المعاملات التجارية أو الصناعية.

ج- ويكون محظوراً بصفة خاصة ما يلي:

- 1- كافة الأعمال التي من طبيعتها أن توجد بأية وسيلة كانت لبساً مع منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.
- 2- الادعاءات المخالفة للحقيقة في مزاوله التجارة والتي من طبيعتها زعزعة الثقة في منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.
- 3- البيانات أو الادعاءات التي يكون استعمالها في التجارة من شأنه تضليل الجمهور بالنسبة لطبيعة السلع أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو صلاحيتها للاستعمال أو كميته.

وقد جاء هذا التعداد لأعمال المنافسة غير المشروعة على سبيل المثال وليس الحصر، وأصبح من المسلّم به أن الحق - أياً كان نوعه - يتمتع بحماية مدنية وهذه الحماية تكون بموجب نص صريح في القانون المختص ينظمها ويكفل حمايتها، وفي غياب النص تكون الحماية بموجب القواعد العامة للمسئولية⁽¹⁾، ومن الحقوق التي تتمتع بالحماية حقوق الملكية الفكرية ومنها الحق في حماية المعلومات السرية والتي يتبعها - بالضرورة - المعلومات السرية المتعلقة ببيانات الإختبار الخاصة بصناعة الأدوية والمنتجات الكيماوية، وقد بيّنت اتفاقية ((تريس)) في القسم الثاني منها الإجراءات والجزاءات المدنية على الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية، فنصت المادة (42) من اتفاقية ((تريس)) على: "أنه على البلدان الأعضاء أن تتيح لأصحاب الحقوق إجراءات قضائية مدنية فيما يتصل بإنفاذ أي حق من حقوق الملكية الفكرية التي تغطيها هذه الاتفاقية، وللمدعى عليهم الحق في تلقي إخطار مكتوب في الوقت المناسب يحتوي على قدر كاف من التفاصيل، بما في ذلك الأساس الذي تستند إليه المطالبات".

(1) د. محمد حسني عباس، التشريع الصناعي، دار النهضة العربية، 1967، ص 379؛ د. ابراهيم أحمد ابراهيم، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (كلية الحقوق - جامعة عين شمس)، مجلد 44 العدد الثاني، يوليو 2002، ص 54 - 56؛ د. معتز نزيه صادق المهدي، الالتزام بالسرية والمسئولية المدنية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 139.

ولضمان الحماية الفعالة للمنافسة غير المشروعة في مجال حماية المعلومات غير المفصح عنها أحوالت اتفاقية ((تريس)) إلى قواعد قمع المنافسة غير المشروعة التي نصت عليها المادة (10) مكررة من معاهدة باريس 1967، ودعوى المنافسة غير المشروعة هي في حقيقتها تطبيقاً للقواعد العامة في حماية الحقوق، حيث يمكن حماية الحق في المعلومات غير المفصح عنها عن طريق دعوى المسؤولية التقصيرية، أو دعوى المسؤولية العقدية.

لأجل ذلك نتناول بالبحث، الإجراءات التحفظية كإجراء وقائي، ودعوى المسؤولية العقدية، والتي تستند إلى أن كل إخلال بأحكام العقد من أطرافه يلزم فاعله بجبر الضرر الناشئ عن إخلاله وذلك استناداً إلى أن العقد شريعة المتعاقدين، وبما أن أسرار التجارة يمكن أن تتم حمايتها عن طريق بعض العقود كعقد العمل والذي يلزم العامل بعدم إفشاء أسرار العمل، وعقود نقل التكنولوجيا، والتي تلزم متلقي التكنولوجيا بعدم إفشاء الأسرار التي يتضمنها العقد والتكنولوجيا محل العقد، فإن أي إخلال بهذه الالتزامات يترتب على محدثه جبر الضرر.

وأخيراً فإن دعوى المسؤولية التقصيرية تستند إلى القاعدة القانونية كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر، وأبرز تطبيقاتها بصدد حماية الأسرار التجارية هي دعوى المنافسة غير المشروعة. وذلك من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: دور الإجراءات التحفظية في الحماية القانونية للأسرار التجارية.

المطلب الثاني: الحماية العقدية للأسرار التجارية.

المطلب الثالث: حماية الأسرار التجارية عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة.

♦ **المطلب الأول:** دور الإجراءات التحفظية في الحماية القانونية للأسرار التجارية

تعتبر الإجراءات التحفظية (الوقائية) التي يطالب بها صاحب السر التجاري الذي يخشى الاعتداء عليه، إحدى صور الحماية الاجرائية ومنع وقوع الاعتداء، وفي الوقت ذاته اثبات الاعتداء حال قيامه والحيلولة دون استمراره النحو الذي يحد من الاثار الضارة وتقوم الحماية الوقائية (التحفظية) على اساس قانوني ذي خصوصية لارتباطها بأعمال القضاء باعتبار ما يصدر عنه قرارات قضائية بالمعنى المقصود من جهة، ولأنها تختلف عنه من بعض الجوانب المتعلقة بالأثبات والحجية وغيرها مما يتصف به الحكم القضائي المنهي للخصومة من جهة

ثانية، وفي جميع الاحوال فإن الحماية الوقتية تمتاز بطابعها القضائي لمباشرتها من قبل المحاكم المختصة وفقا لأحكام القوانين الخاصة، ولورودها ضمن احكام القوانين الإجرائية المتعلقة بأصول المحاكمات المدنية لدى مختلف التشريعات⁽¹⁾.

على انه لا يمكن انكار الطابع الوقائي الذي تستقل به الاجراءات الوقتية وهو ما يجيز امكانه اصدارها مع انعدام قيام او تحقق ضرر فعلي باعتبار بأنها تمثل تعويضا عينيا عن ضرر الحال او قائم⁽²⁾.

فإلى جانب الحماية الموضوعية للحق توجد الحماية الاجرائية (الوقتية) والتي يطلق عليها مصطلح الطلبات المستعجلة التي لا تعدو سوى اجراءات موجزة يصدر بناء عليها وعلى وجه السرعة قرار وقتي (تحفظي) يهدف الى منع الضرر محتمل الوقوع على الحق المراد حمايته، او أنه يهدف الى المحافظة على الادلة ذات الصلة المرتبطة بوقوع الاعتداء، والتي يمكن الاعتماد عليها من صاحب الحق في إثبات دعواه عند اللجوء الى القضاء بطلب الحماية الموضوعية المتمثلة بالتعويض عن الاضرار التي وقعت فعلا⁽³⁾.

وقد تضمنت اتفاقية (تريس) مجموعة من التدابير المؤقتة والتي يمكن اتخاذها من قبل صاحب الحق المعتدى عليه، حيث نصت المادة (50) على أنه:

1- للسلطات القضائية صلاحية الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة فورية وفعالة:

أ- للحيلولة دون حدوث تعدٍ على أي حق من حقوق الملكية الفكرية، لاسيما منع السلع بما فيها السلع المستوردة فور تخليصها جمركياً من دخول القنوات التجارية القائمة في مناطق اختصاصها.

ب- لصون الأدلة ذات الصلة فيما يتعلق بالتعدي المزعوم.

(1) د. أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي (الصناعة، التجارة، الاقتصاد)، دار النهضة العربية، 1994، ص216؛ د. أحمد صدقي محمود، الحماية الوقتية لحقوق الملكية الفكرية وغفا لأحكام القانون رقم 82 لسنة 2002، دار النهضة العربية، 2004، ص 5؛ عيد الله حسين الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص234؛ د. أحمد علي صلاح الخصاونة، الأحكام القانونية للمنافسة غير المشروعة، مرجع سابق، ص 376 وما بعدها.

(2) د. أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة، مرجع سابق، ص 343.

(3) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 2001، ص127.

2- للسلطات القضائية صلاحية اتخاذ تدابير مؤقتة دون علم الطرف الآخر حيثما كان ذلك ملائماً، لاسيما إذا كان من المرجح أن يُسفر أي تأخير عن إلحاق أضرار يصعب تعويضها بصاحب الحق أو حين يوجد احتمال واضح في إتلاف الأدلة".

3- للسلطات القضائية صلاحية أن تطلب من المدعي تقديم أي أدلة معقولة لديه لكي تتيقن بدرجة كافية من أن المدعي هو صاحب الحق وأن ذلك الحق متعرض للتعدي أو على وشك التعرض لذلك، وأن تأمر المدعي بتقديم ضمانة أو كفالة معادلة بما يكفي لحماية المدعي عليه وللحيلولة دون وقوع إساءة استعمال (للحقوق أو لتنفيذها).

4- حين تتخذ تدابير مؤقتة دون علم الطرف الآخر، تخطر الأطراف المتأثرة من جراء ذلك دونما تأخير عقب تنفيذ التدابير على أبعد تقدير، ويجري مراجعة بناء على طلب المدعي عليه، مع حقه في عرض وجهة نظره، بغية اتخاذ قرار في غضون فترة معقولة عقب الإخطار بالتدابير المتخذة بشأن تعديل تلك التدابير أو إلغائها أو تثبيتها.

دون الإخلال بأحكام الفقرة (4) تلغى التدابير المتخذة بناء على أحكام الفقرتين (1) و (2) بناء على طلب المدعي عليه، أو يوقف مفعولها إن لم تبدأ الإجراءات المؤدية لاتخاذ قرار بصدد موضوع الدعوى في غضون فترة زمنية معقولة تحددها السلطة القضائية التي أمرت باتخاذ التدابير إن كانت قوانين البلد العضو تسمح بذلك، أو في غياب أي تحديد من هذا القبيل، في غضون فترة لا تتجاوز 20 يوم عمل أو 31 يوماً من أيام السنة الميلادية، أيهما أطول".

وقد سارت مختلف التشريعات المقارنة⁽¹⁾ على هذا النهج حيث سمحت باللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة، ورفع دعوى مستقلة قبل رفع الدعوى الأصلية لاستصدار أمر

(1) ومن هذه التشريعات، قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني الذي نص في المادة الثالثة منه على أن، "أ. لكل ذي مصلحة المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة أي منافسة غير مشروعة. ب. لصاحب المصلحة عند اقامة دعواه المدنية المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة أو في اثناء النظر في هذه الدعوى ان يقدم طلبا إلى المحكمة المختصة مشفوعا بكفالة مصرفية أو نقدية تقبلها لاتخاذ أي من الاجراءات التالية،

1. وقف ممارسة تلك المنافسة.

2. الحجز التحفظي على المواد والمنتجات ذات العلاقة اينما وجدت.

3. المحافظة على الأدلة ذات الصلة.

ج. 1. لصاحب المصلحة قبل اقامة دعواه ان يقدم طلبا إلى المحكمة مشفوعا بكفالة مصرفية أو نقدية تقبلها لاتخاذ أي من الاجراءات المنصوص عليها في الفقرة ب من هذه المادة دون تبليغ المستدعي ضده وللمحكمة اجابة طلبه اذا اثبت ايا مما يلي،

- ان المنافسة قد ارتكبت ضده.

- ان المنافسة اصبحت وشيكة الوقوع وقد تلحق ضررا يتعذر تداركه.

- انه يخشى من اختفاء الدليل على المنافسة أو اتلافه.

2. اذا لم يتم صاحب المصلحة دعواه خلال ثمانية ايام من تاريخ اجابة المحكمة لطلبه فتعتبر جميع الاجراءات المتخذة بهذا الشأن ملغاة.

3. وللمستدعي ضده ان يستأنف قرار المحكمة باتخاذ الاجراءات التحفظية لدى محكمة الاستئناف، خلال ثمانية ايام من تاريخ تبليغه أو تفهمه له ويكون قرارها قطعيا.

4. للمستدعي ضده المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر اذا ثبت ان المستدعي غير محق في طلبه باتخاذ الاجراءات التحفظية أو انه لم يتم دعواه خلال المدة المقررة في البند 2 من هذه الفقرة.

د. للمدعي عليه المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر اذا ثبت بنتيجة الدعوى ان المدعي غير محق في دعواه.

هـ. للمحكمة ان تستعين في جميع الاحوال بذوي الخبرة والاختصاص.

وللمحكمة ان تقرر مصادرة المنتجات موضوع المنافسة غير المشروعة والمواد والادوات المستعملة فيها بصورة رئيسة، وللمحكمة ان تقرر اتلاف أي منها أو التصرف بها في أي غرض غير تجاري.

- القانون الاتحادي الإماراتي رقم (17 لسنة 2002م في شأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، الذي نص في المادة 60 منه على أن، "يجوز لصاحب سند الحماية أو لمن انتقلت إليه آل أو بعض حقوق الملكية الصناعية المنصوص عليها في هذا القانون، ان يطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بالحجز التحفظي على الاختراع أو الرسم أو النموذج الصناعي أو المنشأة أو جزئها الذي يستخدم أو يستغل أي نوع من أنواع الملكية الصناعية المشار إليها وذلك في حالة وقوع فعل من أفعال التعدي أو الأعمال غير المشروعة بالمخالفة لهذا القانون أو العقود أو التراخيص الممنوحة وفقا لاحكامه، ويسري على طلب سند الحماية ما يسري على سند الحماية في هذا الشأن".

- التشريع البحريني رقم (7) لسنة 2003 بشأن الأسرار التجارية، الذي نص في المادة السادسة منه على أن، "عند الاعتداء أو لتوقي أي اعتداء على أي من الحقوق المنصوص عليها في هذا القانون، فإن لصاحب الحق أن يستصدر أمراً على عريضة من رئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع لاتخاذ إجراء أو أكثر من الإجراءات التحفظية المناسبة، بما في ذلك ما يلي،

1. إجراء وصف تفصيلي عن المنتجات - بما في ذلك المستورد منها إثر وروده - والمواد والآلات والأدوات التي تستخدم، أو تكون قد استخدمت في ذلك، والحفاظ على الأدلة ذات الصلة بالموضوع.

2. توقيع الحجز التحفظي على الأشياء المشار إليها في الفقرة السابقة.

3. وقف التعدي.

ب) يتعين أن يرفق بالعريضة الأدلة الكافية على أن الطالب هو صاحب الحق وأن هذا الحق متعرض للتعدي أو على وشك التعرض له.

قضائي بمنع أو وقف استعمال أو كشف المعلومات ونتائج الاختبارات أو الحجز التحفظي على مواردها، وفي هذه الحالة يجب أن تُرفع الدعوى الأصلية خلال مدة معيّنة وهي في اتفاقية ((تريس)) عشرون يوم عمل أو 31 يوماً من أيام السنة الميلادية،

وأيضاً يمكن رفع هذا الطلب من خلال الدعوى الأصلية، على أنه يُشترط في كلا الحالين أن يكون الحكم بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق، وأتاحت اتفاقية ((تريس)) والتشريعات المقارنة الحق في الطعن بالقرار لدى الجهات القضائية الاستئنافية⁽¹⁾، وهذا الحق أعطى

ولرئيس المحكمة أن يطلب من مقدم الطلب تقديم المعلومات اللازمة لمساعدة السلطة المختصة بتنفيذ الإجراء التحفظي على تحديد السلع المعنية.

ج) لرئيس المحكمة عند الاقتضاء أن يصدر أمره المشار إليه على وجه الاستعجال دون استدعاء الطرف الآخر - وذلك إذا ما ترجح أن التأخير في إصدار الأمر قد يلحق بالمدعي ضرراً يتعدى تداركه أو يترتب عليه إتلاف الأدلة - على أن يخطر بالأمر فور صدوره.

ويجوز أن يشمل الأمر الصادر باتخاذ أي إجراء من هذه الإجراءات نذب خبير أو أكثر للمعاونة في التنفيذ، وأن يفرض إيداع كفالة مصرفية أو نقدية مناسبة لحماية ما قد يترتب على الإجراء من ضرر دون وجه حق، ويجوز لمن صدر ضده الأمر أن يتظلم منه أمام المحكمة المختصة خلال العشرة أيام التالية لتاريخ صدوره أو من تاريخ تبليغه - بحسب الأحوال - وفي هذه الحالة يكون للمحكمة تأييد الأمر أو إلغاؤه كلياً أو جزئياً.

ويجب أن ترفع الدعوى بشأن أصل النزاع خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الأمر، وإلا زال كل أثر للإجراء الذي تم اتخاذه".

وعلى هذا النحو جاء نص المرسوم السلطاني العماني رقم 2000/38، في شأن العلامات والبيانات والأسرار التجارية الذي نص في المادة 38 منه، والقانون القطري رقم 5 لسنة 2005 بشأن حماية الأسرار التجارية في المادة الثامنة منه. أما لائحة حماية الأسرار التجارية السعودية، فقد اكتفت بالنص في مادتها الثانية على أن، "... - لصاحب الحق أن يتخذ الإجراءات اللازمة لمنع أي شخص من استعمال السر التجاري المشمول بالحماية بموجب هذه اللائحة".

وقد جاء نص المادة 18 قانون حماية المنافسة الكويتي رقم 10 لسنة 2007 الذي جاء فيه "على الجهاز، عند ثبوت مخالفة لأحد الأحكام الواردة بالمواد 4، 5، 8 من هذا القانون، تكليف المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فوراً أو خلال فترة يحددها المجلس، كما يجوز للمجلس أن يصدر قرار بوقف الممارسة المحظورة"، وعليه يتضح أن المادة 18 قررت إجرائيين تحفظيين وهما إزالة المخالفة ووقف الممارسة المحظورة. كما نصت المادة 19 من نفس القانون على مصادرة السلع وجعلت هذه المصادرة وجوبية في حالة العود.

⁽¹⁾ لمزيد من التفصيل عن القضاء المستعجل، د. محمد عبد الرحيم عنبر ود. فريد محمد عنبر، الوجيز في القضاء المستعجل، ط 2، القاهرة 1981. د. مصطفى مجدي هرجة، المبادئ القضائية في القضاء المستعجل ومنازعات التنفيذ الوقتية، معلقاً عليها بأحدث الآراء الفقهية، دائرة الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة 1984. د. أمينة النمر، مناهج الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية 1967.

للمدعى عليه والذي كفلت له مختلف التشريعات إمكانية الحصول على التعويض عن الأضرار التي تلحق به إذا لم يكن المدعي مُحقاً بدعواه.

وقد نصت المادة (48) من اتفاقية ((تريس)) على حق المدعي عليه بالتعويض، حيث جاء في الفقرة الأولى منها " للسلطات القضائية صلاحية أن تأمر الطرف الذي اتخذت إجراءات بناء على طلبه وأساء استعمال إجراءات الإنفاذ، بأن يدفع للطرف الذي يكلف - على سبيل الخطأ - بأمر أو تعويضات كافية...، كما يكون للسلطات القضائية أن تأمر المدعي بدفع المصروفات التي تكبدها المدعي عليه والتي يجوز أن تشمل أتعاب المحامي المناسبة. ونظرا لخصوصية هذه الحماية، فقد خصها المشرع المصري ببعض الشروط والإجراءات الواجبة عند اللجوء إليها، وترتبط بتحديد من له الحق في طلبها، والحق المراد حمايته، والإجراءات التي يتعين اتباعها في ذلك. لأجل ذلك نتناول شروط وإجراءات الحماية المؤقتة وأحكامه من خلال فرعين على النحو التالي.

• الفرع الأول: شروط الحماية المؤقتة وإجراءاتها

أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في الحماية المؤقتة، فإنه يمكن استخلاصها، على النحو التالي:

• أولا: من له الحق في طلب الحماية الوقتية

ذهب الفقه⁽¹⁾ - بحق - إلى القول بأن طلب اتخاذ أي من الإجراءات التحفظية حقا لكل ذي شأن وليس مقتصرًا على حائز السر التجاري، وهو ما يوسع من دائرة الرقابة على السر التجاري وحمايته.

• ثانيا: صفة الاستعجال في الحماية

إن أهمية الاسرار التجارية وما تتمتع به من خصوصية يدفعان الى اشتراط الاستعجال لأضفاء الحماية الوقتية، فلا يمكن انفاذ تلك الحماية دون الاخذ بصفة الاستعجال في مباشرة

(1) د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 576؛ د. محمد جمال الدين الأهواني، حماية القضاء الوقتي لحقوق الملكية الفكرية (مقتضيات السرعة وإزالة العقبات)، دراسة تحليلية، بدون ناشر 2011، ص 51.

اجراءاتها. ولعل مرد ذلك إلى طبيعة الطلبات وعدم تعرضها للحق ذاته او النزاع بشأنه، وإنما ارتباطها بإجراءات مؤقتة تعد بمثابة الدرع الواقي السريع لأية انتهاكات قد تحيط بالأسرار التجارية في ظل تسارع التطور التكنولوجي، وسهولة إجراءات الكشف وتسريب المعلومات بما يجعل من احتمالية الاعتداء على الاسرار التجارية امرا ممكنا⁽¹⁾.

وقد تصدت اتفاقية تريبس إلى أحكام التدابير المؤقتة في المادة 50 منها حيث أوردت الفقرتان 1،2 منها حكما خاصا بصفة الاستعجال، فنصتا على أن: "...

1- للسلطات القضائية صلاحية الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة فورية وفعالة:

أ- للحيلولة دون حدوث تعدٍ على أي حق من حقوق الملكية الفكرية، لاسيما منع السلع بما فيها السلع المستوردة فور تخليصها جمركياً من دخول القنوات التجارية القائمة في مناطق اختصاصها.

ب- لصون الأدلة ذات الصلة فيما يتعلق بالتعدي المزعوم.

2- للسلطات القضائية صلاحية اتخاذ تدابير مؤقتة دون علم الطرف الآخر حيثما كان ذلك ملائماً، لاسيما إذا كان من المرجح أن يُسفر أي تأخير عن إلحاق أضرار يصعب تعويضها بصاحب الحق أو حين يوجد احتمال واضح في إتلاف الأدلة".

• ثالثاً: احتمالية وجود الحق محل الطلب

وهذا يتفق مع ما تضمنته اتفاقية تريبس في تأكيد اتخاذ تدابير مؤقتة لحماية الحق حتى في حال احتمال وجوده على نحو ما جاء في الفقرتين 3 و4 من المادة 50 منها والتي تنصان على ان: " - للسلطات القضائية صلاحية أن تطلب من المدعي تقديم أي أدلة معقولة لديه لكي تتيقن بدرجة كافية من أن المدعي هو صاحب الحق وأن ذلك الحق متعرض للتعدي أو على وشك التعرض لذلك، وأن تأمر المدعي بتقديم ضمانة أو كفالة معادلة بما يكفي لحماية المدعي عليه وللحيلولة دون وقوع إساءة استعمال (للحقوق أو لتنفيذها).

(1) د. ولاء الدين محمد ابراهيم، الحماية القانونية للعلامات التجارية في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، 2006، ص206 وما بعدها؛ د.أحمد على صلاح الخصاصنة، مرجع سابق، ص 386 وما بعدها.

- حين تتخذ تدابير مؤقتة دون علم الطرف الآخر، تخطر الأطراف المتأثرة من جراء ذلك دونما تأخير عقب تنفيذ التدابير على أبعد تقدير، ويجري مراجعة بناء على طلب المدعي عليه، مع حقه في عرض وجهة نظره، بغية اتخاذ قرار في غضون فترة معقولة عقب الإخطار بالتدابير المتخذة بشأن تعديل تلك التدابير أو إلغائها أو تثبيتها".

أما بخصوص الاجراءات الخاصة بالحماية الوقتية فإنها لا تختلف عن تلك الاجراءات المتعلقة بقيد الدعوى إلا ما يرتبط بالمدد القانونية، إذ لا يتقيد قاضي الامور المستعجلة بمدد قانونية في نظر تلك الطلبات وإصدار القرار اللازم بشأنها بل أن له الصلاحية في مباشرة إجراءات النظر بالطلب المستعجل للحماية الوقتية دون تبليغ الخصم⁽¹⁾.

• الفرع الثاني: أحكام الحماية الوقتية

سلفت الإشارة الى ان الحماية الوقتية (التحفظية) لحقوق الملكية الفكرية -عموما- والمنافسة غير المشروعة والاسرار التجارية - على وجه الخصوص - تمثل مجموعة من الاجراءات التحفظية المتخذة على وجه السرعة بهدف إقرار حماية وقتية تحول دون وقوع الاعتداء او تفاقمه حال وقوعه، وبما يتناسب مع طبيعة الحق المعتدى عليه وصورة الاعتداء ووجه الحماية الازمة.

وغالبا ما تباشر تلك الاجراءات، وتتخذ التدابير الوقتية (التحفظية) في غياب الخصم ممن يهدف القرار الى الحد من الافعال المقترفة من قبله او إيقافها، بما يحقق الغاية من تلك الحماية سيما وان التراخي في اتخاذ القرار بهذا الخصوص من شأنه ان يلحق ضررا بصاحب الحق بما يصعب تعويضه، او ان يؤدي الى ضياع الادلة التي تثبتت وقوع الاعتداء والنتيجة الاضرار بصاحب الحق المعتدى عليه من هذا الجانب ايضا⁽²⁾.

ولما كانت الحماية الوقتية (التحفظية) تمثل إجراءات قضائية فأنها تتصف بما تتصف به تلك الإجراءات والقرارات الصادرة فيها من احكام سواء تعلقت بحجبتها وأثرها بين اطرافها

(1) الفقرة 2 من المادة 50 من اتفاقية تريبس، سالف الإشارة إليها.

(2) د. أحمد على صلاح الخصاونة، مرجع سابق، ص 386 وما بعدها.

والغير أو اما يتعلق بإمكانية الطعن في تلك القرارات وما يترتب على ذلك من آثار⁽¹⁾، وعلى ذلك فإن احكام الحماية الوقتية (التحفظية) تستلزم بيان حجية القرارات الصادرة فيها واثرها.

• حجية القرارات الصادرة في الطلبات الوقتية:

من المسلم به - كمبدأ عام - أن القرارات الصادرة في الطلبات الوقتية تعتبر احكاما قضائية بالمعنى المقصود وتكتسب حجية الشيء المقضي به وتلزم طرفي الخصومة بمضمونها متى اقترن القرار الصادر فيها بحكم موضوعي منه للنزاع، اما صدورها مجردة وسابقة على اي دعوى موضوعية، فأنها لا تعدو سوى اجراء تحفظي يفقد حجية الأمر المقضي به⁽²⁾. غير أن الفقه⁽³⁾ والقضاء⁽⁴⁾ قد استقرا على أن حجية القرارات الصادرة في القرارات الوقتية (التحفظية) ليست مطلقة، بل مرهونة بدوام المراكز القانونية للخصوم بحيث أن أي تغيير أو تعديل يجيز طلب إلغاء أو تعديل القرار المتخذ في الطلب المستعجل بما يتفق مع المستجدات الحاصلة.

(1) د. محمد جمال الدين الأهواني، حماية القضاء الوقتي لحقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 55.

(2) وهو ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ضمن القسم الثاني منه بعنوان الأحكام الأخرى. Section II، Les autres jugements وذلك في الفرع الأول المتعلق بالأحكام الصادرة من قبل الفصل في الموضوع - Sous section I، Les jugements avant dire droit.

وقد جاء في المادة 482 منه، "الأحكام التي يقتصر منطوقها بالأمر بإجراء تحقيق أو تدبير وقتي لا تحوز من حيث المبدأ حجية الأمر الوقتي". كما جاء في المادة 483، "الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع لا تعتبر منهية للخصومة". أما قانون المرافعات المصري فقد نص في المادة 45 منه على أن "يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاضي من قضائتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت".

(3) يُراجع، Gerard Couchez, Procedure civile, 8e ed, Paris, Sirey, 1994.

وأيضاً، د. أمينة النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، الإسكندرية 1970، ص 9، 10؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 1997، ص 371، حيث يقول " نظم المشرع الى جانب القضاء العادي، قضاء مستعجلاً، يوفر حماية عاجلة ووقتية لمن تظهر الأوراق او الوضع الظاهر لأول وهله ودون تعمق في البحث ان مصلحته جديرة بالحماية، الى ان تفصل المحكمة المختصة في اصل الحق، غير متقيدة -عندئذ- بما صدر بشأنه من القضاء المستعجل.

(4) من أحكام القضاء المصري في هذا الشأن، حكم محكمة النقض بأن، " الاحكام المستعجلة. لاتحوز قوة الامر المقضي. عدم تغيير مركز الخصوم والظروف التي انتهت بالحكم. عدم جواز اثاره النزاع الذي فصل فيه القاضي المستعجل من جديد، ذلك أن المقرر -أن الاصل في الاحكام الصادرة من القضاء المستعجل إنها ذات حجية موقوتة إذ أنها تتحسس النزاع من ظاهر الاوراق دون المساس بالحق ومن ثم فهي لاتنقيد محكمة الموضوع وهي تفصل في أصل الحق إلا أن هذا

ونظرا لكون القرار الصادر في الطلبات الوقتية (التحفظية) ليس منهيًا للنزاع ولا مؤكدا للحق، وأنه قابل للتغيير حسب الظروف بحيث تنتفي عنه صفة التأييد، فإن من المنطق أن يحدد ذلك القرار بنطاق معين، سواء تعلق بالأشخاص أو بالزمان، إذ لا يتصور استمراره إلى أجل غير محدد، وتعلقه بأشخاص غير ذوي صفة.

فمن حيث الأشخاص يتحدد نطاق القرارات الوقتية (التحفظية) بأطرافها من اصحاب العلاقة مهما تعددوا، كأن يكون مدعي أو أكثر بمواجهة مدعي عليه أو أكثر دون أن يتعدى ذلك للغير ميين لم يصدر القرار الوقتي لمصلحته أو بمواجهته باعتبار أن حجية هذه القرارات مقتصرة على اطراف العلاقة فقط.

وأما من حيث الزمان، فأن نطاق الاجراء الوقتي (التحفظي) يحدد ما نص عليه القانون. ويلاحظ ان الفقرة (6) من المادة (50) من اتفاقية تريس المتعلق بالنطاق الزماني للقرارات الوقتية، اوردت حكما مزدوجا من هذا الجانب اذ منحت المدعي عليه حق إلغاء التدابير الوقتية او وقف مفعولها في حال عدم مباشرة الاجراءات الموضوعية المتعلقة بالدعوى خلال فترة زمنية معقولة تحددها السلطات القضائية للدولة العضو، وانه في حال غياب ذلك التحديد تكون

لا يعني جواز إثارة النزاع المؤقت الذي فصل فيه الحكم المستعجل من جديد متى كان مركز الخصوم والظروف التي انتهت بالحكم هي بعينها لم يطرأ عليها أي تغيير إذ هنا يضع الحكم المستعجل طرفي الخصومة في وضع ثابت واجب الاحترام بمقتضى حجية الأمر المقضي بالنسبة لنفس الظروف التي أوجبهت ولذات الموضوع الذي كان محل البحث في الحكم السابق صدوره فإن طرا تغيير مادي أو قانوني في مراكز الخصوم أو في اجراءات الطلب وملابساته سقطت حجية الحكم السابق وساغ للفاضي أن يفصل في النزاع بما يواجهه الحالة الطارئة الجديدة دون ان يعد ذلك فصلا في نزاع خلافا لحكم سبق صدوره بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الامر المقضي على النحو الذي قصده المادة 249 من قانون المرافعات (الطعن رقم 2482 لسنة 55 ق جلسة 29 / 2 / 1996 س 47 ج 1 ص 397). وحكم محكمة النقض بأن، "لما كانت الاحكام المستعجلة وقتية لا تمس أصل الحق فلا تجوز حجية أمام محكمة الموضوع التي تفصل في أساس الحق المتنازع عليه، وبالتالي فإنها لا تنقيد بما انتهى إليه قاضي الأمور المستعجلة في قضائه الوقتي القائم على مجرد تلمس الظاهر من الأوراق" (الطعن رقم 1290 لسنة 58 ق جلسة 17/4/1995 س 46 ج 1 ص 637). حجية الاحكام المستعجلة - وهي مؤقتة بطبيعتها - لا تنقيد الخصوم أو المحكمة الا اذا كانت المراكز القانونية للخصوم والوقائع المادية والظروف التي انتهت بالحكم هي بعينها لم يطرأ عليها أي تغيير (الطعن رقم 1407 لسنة 60 ق جلسة 25 / 1 / 1995 س 46 ج 1 ص 238. وفي هذا الاتجاه أيضا، الطعن رقم 3108 لسنة 57 ق جلسة 23 / 1 / 1995 س 46 ج 1 ص 230؛ الطعن رقم 1407 لسنة 60 ق جلسة 25 / 1 / 1995 س 46 ج 1 ص 238؛ الطعن رقم 3324 لسنة 60 ق جلسة 8 / 12 / 1997 س 48 ج 2 ص 1401؛ الطعن رقم 3324 لسنة 60 ق جلسة 8 / 12 / 1997 س 48 ص 1401.

المدة الزمنية التي تعتبر فيها الاجراءات الوقتية ملغاة حكماً بما لا يتجاوز (20) يوم عمل او (31) يوماً من ايام السنة الميلادية ايهما اطول⁽¹⁾.

وقد ذهب بعض الفقه - بحق - إلى أن من شأن تقييد النطاق الزمني للأجراء الوقتي (التحفظي) تحقيق هدفين هما: التثبيت من جدية الإجراء الوقتي (التحفظي) والحيلولة دون اللجوء إليها على سبيل الكيدية من جهة، وحماية حقوق من صدر القرار بالإجراء التحفظي ضده، بحيث لا يبقى رهينا لإجراءات تحفظية لمدد طويلة تحول دون انتفاعه بماله الذي قيد الانتفاع به قرار الاجراء التحفظي من جهة ثانية.

اما فيما يتعلق بالنطاق المكاني للإجراء الوقتي (التحفظي)، فإن أثر الاجراء الوقتي لا يمتد - عمليا وتطبيقيا - الى خارج اقليم الدولة التي صدر فيها على الرغم من عمومية النص الخاص بهذا الشأن في حين يمتد اثره الى كافة انحاء الاقليم ذاته ويمس كل حق يمكن اعتباره محل صلة أو أثر بالحفاظ على الحق المعتدي عليه، وهذا هو مناط الفائدة من الاجراء الوقتي والغاية من اتخاذه بما يكفل حماية شاملة للحق المعتدي عليه وتعبه في اي مكان من الاقليم الذي وقع فيه الاعتداء.

♦ المطب الثاني: الحماية العقدية للأسرار التجارية

يُعتبر العقد - بحق - من أهم آليات حماية المعرفة الفنية، نظراً للحرية الواسعة التي يتمتع بها المتعاقدون في تحديد مدى التزاماتهم الناشئة عن العقد، الأمر الذي يُعطي للعقد فاعلية ومرونة كبيرتين في هذا الشأن، طبقاً للظروف الخاصة بكل حالة على حدة، إذ يستطيع حائز المعرفة الفنية أن يفرض على المتعاقدين معه، سواء كانوا من العاملين في المشروع أو غيرهم من الساعين للحصول على ترخيص باستغلال المعرفة الفنية (والتي تمثل في بيانات

(1) حيث تنص الفقرة (6) من المادة (50) من اتفاقية تريس على أن، "دون الإخلال بأحكام الفقرة (4) تلغى التدابير المتخذة بناء على أحكام الفقرتين (1) و (2) بناء على طلب المدعى عليه، أو يوقف مفعولها إن لم تبدأ الإجراءات المؤدية لاتخاذ قرار بصدد موضوع الدعوى في غضون فترة زمنية معقولة تحددها السلطة القضائية التي أمرت باتخاذ التدابير إن كانت قوانين البلد العضو تسمح بذلك، أو في غياب أي تحديد من هذا القبيل، في غضون فترة لا تتجاوز 20 يوم عمل أو 31 يوماً من أيام السنة الميلادية، أيهما أطول".

الاختبار السرية المتعلقة بصناعة الادوية والمنتجات الكيماوية)، الشروط الكفيلة بالحفاظ على المعرفة الفنية، ومنع وصولها للمشروعات الأخرى المنافسة دون إذن منه.⁽¹⁾ وقد يفضل مالك الأسرار التجارية استغلالها، فيدخل في علاقات عقدية قد تتطلب الاطلاع على بعض الأسرار لتحديد نوعها ومدى أهميتها وجدواها، فيدخل في مرحلة المفاوضات التي قد تنتهي إلى إبرام العقد⁽²⁾، وغالبا ما يتم تضمين العقود التي يكون محورها الأسرار التجارية شروطا صريحة تلزم من يتصل علمه بها، بالحفاظ على سريتها⁽³⁾. وعادة ما يتضمن الشرط الصريح نطاق السرية من حيث الموضوع، أي تلك المعارف التي يتعين على المتلقى ان يحفظها في طي الكتمان، كذلك يتضمن هذا الشرط تحديدا لنطاقه من حيث الاطراف والمدة، أي الأشخاص الذين يسمح لهم بالاطلاع على الأسرار وايضا المدة التي يتعين خلالها الحفاظ على السرية⁽⁴⁾، فإذا لم يحترم متلقى المعرفة السرر الشرط الصريح المنصوص عليه في العقد، فلا جدال في أن مالك هذه الاسرار سيبادر إلى الالتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم يلزم الطرف المتلقي باحترام تعهداته بالالتزام بالكتمان أو التعويض إن كان قد حصل بالفعل إفشاء الأسرار التجارية. فالعقد إذا هو أساس الحماية القانونية للأسرار

(1) د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 167-168.

(2) يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد" م (89) من القانون المدني المصري.

(3) "يلجأ صاحب الحق في السر التجاري إلى إبرام اتفاقات معينة تضمن عدم إفشاء سرية الأسرار التي يحوزها، دعفاً لأي شك حول حماية أسرارها التجارية، وذلك بوضع شرط صريح في هذه الاتفاقات يقضي بالالتزام بالسرية، وقد يأخذ مثل هذا الشرط أشكالاً مختلفة حسب طبيعة العلاقات التي يقيمها صاحب الحق مع الغير، ويتم اللجوء إلى إبرام اتفاقات السرية في الحالات التي يكون فيها صاحب الحق في السر التجاري مضطراً للكشف عن سره التجاري أو بعض عناصره الأساسية بسبب الدخول في علاقات مختلفة مع الغير كعلاقات العمل، أو العلاقات التجارية مع الجهات المرخص لها أو التي ترغب في الحصول على ترخيص وغيرها من العلاقات مع منشآت أخرى لها ارتباطات عملية تجارية أو صناعية أو إدارية معها". د. ابراهيم محمد عبيدات، النظام القانوني للأسرار التجارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٨.

(4) د. سميحة القليوبي، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، العدد 406، سنة 1986، ص 107؛ د. جلال وفاء محمدين، فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها، (دراسة في القانون الأمريكي)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ص 430؛ د. يوسف عبد الهادي الأقبابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 98.

التجارية عند وجود شرط صريح يلزم الملتقي لها بالحفاظ على سريتها. وهذا ما يدعونا إلى التساؤل عن الحماية التي يمكن ان يحققها العقد للأسرار التجارية، فهل تتحقق الحماية العقدية عن طريق الالتزام بالمحافظة على الأسرار التجارية؟، ولإحاطة بذلك يقتضي الأمر بيان ماهية هذا الالتزام، وطبيعته، وأساسه القانوني وهذا ما سنبحثه من خلال فرعين، نتناول في الأول منهما ماهية الالتزام العقدي بالمحافظة على الأسرار التجارية، ثم نبين في الثاني طبيعة وأساس الالتزام كما يأتي:

• الفرع الأول: ماهية الالتزام العقدي بالمحافظة على الأسرار التجارية

سلف القول بأن الحماية العقدية للأسرار التجارية يمكن أن تتحقق عن طريق الالتزام العقدي بالمحافظة على الأسرار التجارية، وذلك بتضمين العقد هذا الالتزام فيما يعرف بشرط السرية لمنع خروج السرية، التي يتضمنها العقد لى خارج اطراف العقد⁽¹⁾. وللوقوف على ماهية هذا الالتزام يقتضي الأمر بحث مضمونه ونطاقه من خلال غصنين على النحو الآتي:

• أولاً: مضمون الالتزام

يتكون التزام المتعاقد بالمحافظة على الأسرار التجارية من شقين أساسيين هما الامتناع عن إفشاء الأسرار التجارية من جانب، والامتناع عن استغلالها من جانب ثان⁽²⁾، وهذا ما نتناوله بالبحث على النحو الآتي:

أ- الامتناع عن إفشاء الأسرار التجارية

يلتزم المتعاقد الذي أطلع على أسرار المتعاقد معه بالامتناع عن إفشائها وضمناً سريتها⁽³⁾، فإذا كان يرغب بشراء تكنولوجيا معينة مثلاً واطلع على معلومات سرية تخصها

(1) فالمسئولية العقدية تقوم بناء على الإخلال بأي التزام من الالتزامات المترتبة على عقد نقل المعرفة الفنية. د. إبراهيم أحمد ابراهيم، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، مرجع سابق، ص 51.

(2) د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 167-168؛ د. عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، حقوق الملكية الفكرية واثرها الاقتصادي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2009، ص 199. السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية، الجزء الاول، مطبعة نور الإسلام، بلا سنة طبع، ص 81.

(3) أنظر A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, Law for Business, McGraw-Hill Inc, tenth edition, New York, 2009, p154 -155.

وجب عليه ان يمتنع تماماً عن إفشائها أو نقلها للغير سواء كان ذلك اثناء المفاوضات العقدية، أو بعد ذلك، فيضمن بذلك المتعاقد مالك الأسرار التجارية عدم قيام المتعاقد معه الذي اطلع على أسرارها بإفشائها ليفوت بذلك عليه القيمة الكبيرة التي تمثلها بالنسبة اليه⁽¹⁾.

ب- الامتناع عن استغلال الأسرار التجارية

يلتزم المتعاقد المطلع على الأسرار التجارية بعدم استغلالها لحسابه بدون إذن مالكيها وخارج نطاق الاتفاق الذي يتم بينهما لتحقيق مكاسب شخصية، لأنها لم تقدم الا للغرض المنفق عليه بينهما، ومن ثمَّ فإنَّ أي استغلال لها خارج نطاق هذا الاتفاق يعد استخداماً غير مشروع⁽²⁾، فترخيص المتعاقد باستغلال الأسرار التجارية لا ينقل ملكيتها وانما يكون له فقط حق استغلالها استغلالاً شخصياً⁽³⁾، فاذا حصل على وثائق سرية لطريقة معينة لصنع منتج معين مثلاً وجب عليه ان لا يرخص الغير باستغلالها دون موافقة مالكيها، بل واكثر من ذلك عليه ان يمنع الغير من استغلالها، وذلك باتخاذ ما يلزم للمحافظة على سريتها⁽⁴⁾.

ويُعدّ تحديد الأوجه التي يتوجب على المطلع استغلال المعلومات التي حصل عليها وفقاً لها امراً في غاية الأهمية، اذ بغياب هذا التحديد قد يعد المطلع نفسه حراً في استغلالها على الوجه الذي يراه، وقد يكون ذلك مخالفاً لما يصبو اليه مالكيها. ويتم هذا التحديد عادة بان يُنص في الاتفاق بأن الهدف من كشف المعلومات إلى المطلع عليها هو تمكينه من تنفيذ التزاماته

(1) د. السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية، الجزء الأول، مطبعة نور الإسلام، بدون تاريخ، ص81.

(2) د. بلال عبد المطلب بدوي، تطور الاليات لحماية حقوق الملكية الصناعية الواردة على المبتكرات الجديدة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 47، العدد الأول، 2005، ص 244.

(3) انظر، د. حسام الدين عبد الغني الصغير، قضايا عالمية جديدة في مجال الملكية الفكرية بحث مقدم في الاجتماع المشترك بين الويبو وجامعة الدول العربية حول الملكية الفكرية لممثلي الصحافة والاعلام تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع جامعة الدول العربية، القاهرة، 2005، ص11.

(4) د. ياسر سامي قرني، دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 2005، ص 158.

التعاقدية أو لكي يستطيع أن يتخذ قراراً في الدخول في علاقات تجارية معينة مع مالك المعلومات من عدمه⁽¹⁾.

غير أنه يمكن القول إن التزام المطلع بالمحافظة على الأسرار التجارية قد يرد عليه استثناءان، أولهما الاتفاق، فقد يتفق مالك الأسرار التجارية والمطلع عليها على مسألة تعاقد الأخير مع الغير ويبيح له التعامل بها واستغلالها، ويرد ذلك في العقد المبرم بينهما لتنظيم هذه المسألة، والثاني القانون فقد ينظم القانون هذه المسألة ومن ذلك مثلاً اطلاع مفتشي العمل على الأسرار التجارية لا يعد اخلاً بالالتزام بالمحافظة على السرية، لأن هؤلاء المفتشين ملزمون قانوناً بالمحافظة على الأسرار التي يطلعون عليها⁽²⁾.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يعد الشخص مسؤولاً عن انتهاك الأسرار التجارية إذا أفشى أسرار غيره التجارية أو استغلها بدون موافقته⁽³⁾. ونجد أن المشرع الأمريكي قد تطرق إلى التزام المتعاقد بالمحافظة على الأسرار التجارية في القانون الموحد لأسرار التجارة من خلال اشارته إلى وسائل اختلاس الأسرار التجارية في المادة الثانية من الفصل الأول على انه (وسائل الاختلاس تشمل إفشاء أو استعمال سر تجاري عائد لأخر بدون موافقته الصريحة أو الضمنية ويتحقق ذلك ب - إذا كان وقت الإفشاء أو الاستعمال يعرف أو كان لديه سبب لمعرفة 2 - ان ما حصل عليه كان نتيجة الاختلال بواجب السرية 3 - حصل عليه من شخص ملزم بواجب السرية وعدم الاستعمال)⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري من التزام المتعاقد بالمحافظة على الأسرار التجارية فيمكن أن نستخلصه من خلال الفقرة الثالثة من المادة (58) من قانون حماية الملكية الفكرية

(1) د. هاني محمد دويدار، القانون التجاري (التنظيم التجاري، الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 221.

(2) د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2008، ص 388.

(3) انظر،

L.B. Cuzon and P. H. Richardes, The Long Man Dictionary of law, England, 2007, p 335

(4) الموقع الإلكتروني، <http://www.Mgersbigal.com>

نصها وارد باللغة الانجليزية كما يأتي،-

(..... c,- has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret).

على انه (تعد الأفعال الآتية، على الأخص، متعارضة مع الممارسات التجارية الشريفة، وينطوي ارتكابها على منافسة غير مشروعة: 3 - قيام أحد المتعاقدين في - عقود سرية المعلومات - بإفشاء ما وصل إلى علمه منها)، بذلك فإنه قد أجاز لمالك الأسرار التجارية والمطلع عليها الاتفاق على المحافظة على الأسرار التجارية وعند إخلال الأخير بهذا الالتزام تتحقق مسؤوليته، وإن كان قد قصر هذا الاتفاق على عدم إفشائها ولم يشر إلى عدم الاستغلال دون موافقة من مالكيها.

وقد اشارت اتفاقية تريس في الفقرة الثالثة من المادة (39) منها بأنه (للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابتهم بصورة قانونية لأخرين أو حصولهم عليها أو استخدامها دون الحصول على موافقة منهم بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزهاء...) فتكون الاتفاقية الدولية بذلك قد اجازت لمالك الأسرار التجارية الاتفاق على المحافظة على أسرارها التجارية.

• ثانيا: نطاق الالتزام

هل يشمل التزام المطلع كل المعلومات المتبادلة اثناء التعاقد أم يقف عند معلومات معينة؟ وهذا ما يسمى بالنطاق الموضوعي للالتزام، وهل يشمل التزام المطلع بالمحافظة على السرية التزام اشخاص اخرين لا يرتبطون بعقد مع مالك الأسرار التجارية من التابعين للمطلع وخلفه العام والخاص والغير؟ وهذا ما يسمى بالنطاق الشخصي للالتزام، وهل لهذا الالتزام حدود ومدى زمني معين يجب الوقوف عندها؟ وهذا ما يسمى بالنطاق الزمني. هذه التساؤلات نحاول الإجابة عليها على النحو الآتي:

أ- النطاق الموضوعي

قد يتفق مالك الأسرار التجارية والمطلع عليها على تحديد المعلومات التي ينبغي المحافظة على سريتها وقد يكون لطبيعة هذه المعلومات والظروف المحيطة بها دور في تحديد ذلك الالتزام في حال عدم وجود مثل هذا الاتفاق.

1- في حالة وجود اتفاق:

قد يعتمد طرفا العقد احياناً إلى تحديد المعلومات التي يجب المحافظة على سريتها، كذلك المعلومات المستتناة من اتفاق السرية(1)، وقد يكون هذا التحديد عاماً، كأن يذكر بأن أي معلومات تخص مالكةا تعدّ مشمولة بالاتفاق، وفي حالات اخرى يذكر الاتفاق معلومات معينة مشمولة فيه يتم تحديدها بدقة(2)، فيشمل الاتفاق مثلاً الحالة المالية للشركة كطلبها تسهيلات ائتمانية أو قرض أو رغبتها بالاندماج مع شركة أخرى توكياً لانهايار مالي، ومن ذلك أيضاً الحالة الفنية للشركة كأساليب وطرق الانتاج ومشكلات التصنيع أو الادارة وما إلى ذلك(3).

2- عدم وجود اتفاق:

في حال عدم وجود اتفاق (وهو الغالب) على تحديد المعلومات المشمولة بالاتفاق، فإن طبيعة المعلومات والظروف المحيطة بها هي التي تحدد ذلك(4)، فستبعد من نطاق الالتزام على سبيل المثال ما يأتي:

- المعلومات عديمة القيمة التجارية والمعلومات العامة المعروفة على نطاق واسع، كتلك الموجودة في السجلات الحكومية التي يسمح الاطلاع عليها والمعلومات الموجودة في المكتبات وتلك المتعارف عليها بين المتخصصين في الدراسات والبحوث المنشورة(5).

- المفاوضات والنقاشات المبدئية التي تثار بين المطلع ومالك الأسرار التجارية دون ان يقصد الاخير اعتبارها من الأسرار، كما لو تحدث عن بعض الامور المتعلقة بعمله أو مشاكل حياته(6).

(1) د. د. حسام الدين عبد الغني الصغير، حمايه المعلومات غير المكشوف عنها، مرجع سابق، ص 12.

(2) د. ياسر سامي قرني، مرجع سابق، ص 159.

(3) د. نداء كاظم المولى، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2003، ص 41 وما بعدها.

(4) د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية - المجلد الاول - عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 95.

(5) د. وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 389.

(6) د. عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 225.

- المعلومات غير المحددة والتي لا تتبئ عن واقعة معينة كتلك التي تحتوي على عبارات مجردة مثل الزعم بأن الشركة مالكة الأسرار سوف تحقق منافع أو تجني أرباحاً في المستقبل أو أنها ربما تتكبد خسائر في ظل السياسة العامة التي تستعملها، فمثل هذه المعلومات لا تعدو ان تكون إلا مجرد تنبؤات لا ترقى إلى مرتبة الأسرار التجارية⁽¹⁾.

- المعلومات المشكوك في أمرها والتي لا تكون معروفة على نحو اليقين، كانتشار اشاعة مشكوك بمدى صحتها حول مركز الشركة المالي⁽²⁾.

- المعلومات المخالفة للقانون اذ يشترط ان تكون المعلومات المشمولة بالحماية مشروعة وغير مخالفة للقانون، فيخرج من نطاق الالتزام بالسرية مثلاً الاحتكارات المحظورة والتهرب من الضرائب أو التهريب الجمركي وغيرها من المعلومات التي يجب على المطلع عليها كشفها أو الافصاح عنها إلى السلطات المختصة بناءً على نص في القانون أوحكم قضائي⁽³⁾.

والى جانب هذه المعلومات توجد معلومات اخرى تدخل في نطاق الالتزام بالسرية ومثالها:
- المعلومات المهمة التي يتم تداولها اثناء التفاوض على صفقة معينة، فقد لا ترغب الشركة المالكة لهذه المعلومات ان يعلم بها الغير من الزبائن أو المنافسين أو الموظفين حتى يتم ابرام العقد، إذ أن الفشل في إبرام الصفقة سيكون مضرًا بها، فقد يؤدي مثلاً إلى انخفاض أسعار أسهمها في سوق الأوراق المالية، ومن هذه المعلومات أيضاً بنود الصفقة التي يتم الاتفاق عليها⁽⁴⁾.

- المعلومات ذات الطابع الشخصي التي قد تضر بالمركز المالي والتجاري للشركة كالمعلومات المتعلقة بالخلاف بين مديري الشركة وكذلك المشاكل الصحية التي قد يتعرض لها مالك الأسرار أو أحد مساعديه وغيرها من المعلومات التي لا يجوز

(1) د. نداء كاظم المولى. مرجع سابق، ص 43.

(2) د. وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 397.

(3) د. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 258.

(4) ابراهيم محمد عبيدات، النظام القانوني للأسرار التجارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٨١.

إفشاؤها إلا بموافقة مالك الأسرار التجارية، لأن ذلك يؤثر أحياناً على مستقبل الشركة التجاري⁽¹⁾.

غير أننا نرى ضرورة الإشارة أو الاتفاق على المعلومات التي يجب المحافظة على سريتها تجنباً لما قد يقع في المستقبل من نزاع حول تحديدها. ونجد أن كلاً من المشرع الأمريكي وكذلك اتفاقية تريبس قد أجمعوا على العناصر التي تتكون منها الأسرار التجارية من السرية والقيمة التجارية واتخاذ الإجراءات للمحافظة عليها، ومن ثمَّ فإن المعلومات التي يمكن أن تدخل تحت النطاق الموضوعي للالتزام العقدي بالمحافظة على الأسرار التجارية هي التي تتكون من العناصر السالفة الذكر سواء تم الاتفاق عليها أم لا.

ب- النطاق الشخصي:

قد يكون المطلع على الأسرار التجارية من التابعين لمالك الأسرار التجارية وقد يكون من المرخص له باستغلالها، لذلك قد يثار التساؤل في الفرض الأول عن مدى التزام هؤلاء التابعين وخلفهم الخاص والعام بالمحافظة على الأسرار التجارية، وفي الفرض الثاني فإن المرخص له عندما يقوم باستغلال الأسرار التجارية فإنه يستعين بأشخاص لتسهيل ذلك، فإذا كان المرخص له ملزماً بالسرية فهل يمتد هذا الالتزام إلى تابعيه وإلى خلفه وخلف تابعيه العام والخاص؟ وهل يمتد نطاق الالتزام بالمحافظة على الأسرار التجارية إلى الغير؟ هذه التساؤلات سوف نحاول الإجابة عنها، على النحو الآتي:

1- التزام التابعين:

يمتد نطاق الالتزام بالمحافظة على الأسرار التجارية إلى جميع العاملين لدى مالك الأسرار التجارية والمرخص له باستغلالها كونهم تابعين لرب العمل، حيث إن استغلال المشروع يكون عن طريق تدخل هؤلاء من خلال احاطتهم بهذه الأسرار، ومن ثمَّ فإن الالتزام بالمحافظة على السرية لا يكون مجدياً إلا إذا شمل كل من يعمل لديه من خبراء وفنيين ومستخدمين، فهم ملزمون بالمحافظة على سرية كل ما يصل إلى علمهم أثناء ممارسة عملهم أو بمناسبة هذه

(1) د. عبدالرحيم عنتر عبدالرحمن، حقوق الملكية واثارها الاقتصادي، مرجع سابق، ص224.

الممارسة أو بسببها⁽¹⁾. لذلك فإن الالتزام بالمحافظة على الأسرار التجارية أمر لا مناص للتهرب منه، لوجوبه بمقتضى نص القانون أو الاتفاق بين المطلع على الأسرار التجارية ومالكها بعدم افشاء الأسرار التي اطلع عليها أو استغلالها حتى بعد انقضاء عقد العمل او الترخيص، وهوما يسمى باتفاق السرية وعدم المنافسة، فالعاملون كونهم تابعين لمالك الاسرار التجارية او المطلع المرخص له باستغلالها وهم المتبوعين فأنهم ملزمون عقدياً تجاه كل منهم بوصفهم رباً للعمل بمقتضى بند في العقد الذي ابرم بينهما بمناسبة العمل⁽²⁾، ولكن في حال عدم الاتفاق على شرط عدم المنافسة فأن العامل يكون حراً في ممارسة اي نشاط تجاري يرغب في ممارسته⁽³⁾.

وإذا كان المطلع هو المرخص له باستغلالها وقد استعان بخبير من خارج مشروعة فيجب ان يتعهد الخبير بالمحافظة على الأسرار التجارية التي اطلع عليها، في مواجهة مالكها والا فأن هذا الالتزام يقع على عاتق المطلع المرخص له باستغلالها، فيجب ان يضمن عدم افشاء أو استغلال الأسرار التجارية من قبل الخبير⁽⁴⁾، وإذا كان المرخص له شخص معنوي وله كيانات اخرى تابعة له فأن التزامه بالمحافظة على السرية يمتد ليشمل الشركة الام وجميع الشركات التابعة لها⁽⁵⁾.

وقد اشارت مدونة المنافسة غير المشروعة الامريكية (الاصدار الثالث) إلى التزام التابعين بالمحافظة على الأسرار التجارية، فنصت المادة (42) على انه (اي مستخدم حالي أو سابق

(1) د. إبراهيم المنجي، التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص152.

(2) وفي هذا المضمون اورد القانون المدني المصري حكماً في المادة (685 / د) منه. يوجب على العامل ان يحتفظ بأسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء العقد). انظر في ذلك د. السيد عيد نايل شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية 2005، 185 وما بعدها. وقد نصت المادة 56 من قانون العمل المصري الموحد رقم 12 لسنة 2003 على التزام العامل، "... بأن يحافظ علي أسرار العمل، فلا يفشي المعلومات المتعلقة بالعمل متي كانت سرية بطبيعتها أو وفقاً للتعليمات الكتابية الصادرة من صاحب العمل" كما اعتبرت المادة 69 من القانون أن إفشاء أسرار العمل من الأخطاء الجسيمة التي تبرر فصل العامل.

(3) د.. إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 153

(4) د. عبدالرحيم عنتر عبدالرحمن، حقوق الملكية الاقتصادية واثارها الاقتصادي، مرجع سابق ، ص 225

(5) د. احمد علي صلاح الخصاونة، مرجع سابق ص385 وما بعدها.

يستعمل أو يكشف سراً تجارياً عائد لرب عمله الحالي أو السابق يكون خاضعاً للمسؤولية بموجب المادة 40 من المدونة).

وقد قضت محكمة الاستئناف الامريكية سنة 2000 بصدد القضية التي اقامتها شركة (Industrios L.td) على (Mickael Ikem Hartion) على اهمية قيام ارباب العمل على وضع شروط صريحة في عقود عملهم تقضي بمنع استخدام أو افشاء الأسرار التجارية العائدة لهم حتى بعد انتهاء عقد العمل⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه قد اشار في المادة (685) من القانون المدني رقم (131) لسنة 1948 إلى التزام التابعين بالمحافظة على الأسرار التجارية، اذ نص على انه (يجب على العامل ان يحتفظ بأسرار العمل الصناعية والتجارية، حتى بعد انقضاء العقد). كذلك فإنه قد اشار إلى هذا الالتزام أيضاً في الفقرة (ط) من المادة (56) من قانون العمل رقم (12) لسنة 2003 المعدل على انه (أن يحافظ على أسرار العمل، فلا يفشى المعلومات المتعلقة بالعمل متى كانت سرية بطبيعتها أو وفقاً للتعليمات الكتابية الصادرة من صاحب العمل).

ويمكن ان نستخلص من المادة (57) من قانون حماية الملكية الفكرية التزام تابعي المتعاقد الذي يحوز الأسرار التجارية بالحفاظ عليها بموجب نص القانون كونهم تابعين لرب العمل، وكذلك إمكان قيام الاخير بالاتفاق معهم على عدم المنافسة، حيث نصت على انه (يلتزم الحائز القانوني للمعلومات غير المفصح عنها باتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على هذه المعلومات لمنع تعرضها للتداول بمعرفة غير المختصين. كما يلتزم بتنظيم تداول هذه المعلومات داخل المنشأة، وقصره على الملتزمين قانوناً بالحفاظ عليها ومنع تسربها للغير....).

في حين ان اتفاقية ترينس لم تذكر هذا الالتزام بشكل واضح، ولكن بالرجوع للفقرة الثانية من المادة (39) السالفة الذكر، نجد انها قد اعطت الصلاحية لأرباب العمل كونهم حائزي الأسرار التجارية منع التابعين لهم من إفشاء الأسرار التي اطلعوا عليها أو استغلالها لحسابهم

⁽¹⁾ أشار إليها،

Richard A. Mann, Barry S. Roberts, Business law and the Regulation of Business, South-Western, tenth edition, Canada, 2011, p 883.

الخاص أو الاشتراك مع مشروع منافس باعتبار ذلك يشكل عملاً من اعمال المنافسة غير المشروعة⁽¹⁾.

2- التزام الخلف العام والخاص:

من الاشخاص الذين يلتزمون بالمحافظة على الأسرار التجارية وعدم إذاعتها خلف المطلع على الأسرار التجارية العام والخاص⁽²⁾.

- **التزام الخلف العام:** يلتزم الخلف العام للمطلع على الأسرار التجارية بالمحافظة على السرية. ومناط التزام الخلف العام هو احلاله محل سلفه المطلع على الأسرار التجارية في حقوقه والتزاماته، ولا يهم في ذلك كون الخلف شخصاً طبيعياً أو معنوياً ففي حال اندماج شركة المطلع على الأسرار التجارية مع شركة اخرى فإن الحقوق والالتزامات الناشئة بين الأول ومالك الأسرار التجارية تنتقل إلى الشركة المدمجة لتدخل في حقوق والتزامات الكيان الجديد الذي ينشأ في حالة الاندماج، فيمتد الالتزام بالمحافظة على الأسرار التجارية إلى هذه الاخيرة كونها خلفاً عاماً تلقى اجمالي الذمة المالية لسلفه.

- **التزام الخلف الخاص:** يلتزم الخلف الخاص طبقاً للقواعد العامة بالمحافظة على الأسرار التجارية كونه من الالتزامات التي تقع على عاتق سلفه المطلع على الأسرار التجارية اذا توفرت الشروط التي يتطلبها القانون.

- **التزام الغير:** الغير هو من لم يكن طرفاً في العقد، فما مدى التزام الغير عن مالك الأسرار التجارية بالمحافظة عليها، وتأتي هذه الاهمية من كونه ليس طرفاً في العقد المبرم بين المطلع المدين بالسرية والمالك الدائن بالسرية وليس تابعاً ولا خلفاً عاماً أو خاصاً لأي

(1) حيث نصت على أن "للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابتهم بصورة قانونية لآخرين أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها دون الحصول على موافقة منهم بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة".

(2) الخلف العام هو من يخلف شخص في ذمته المالية كلها او جزء شائع منها. أما الخلف الخاص فهو من تلقى حقاً في شيء معين بالذات سواء كان هذا الشيء مادي او معنوي، يراجع للتفصيل، د عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام، المجلد الأول، مصادر الالتزام، تنقيح، م. أحمد المراغي، منشأة المعارف، بالإسكندرية، 1997، ص 339-443.

منهما⁽¹⁾، وقد رأى البعض - بحق - التزامه بالمحافظة على الأسرار التجارية وذلك بالامتناع عن افشائها أو استغلالها، إذ ان مبدأ حجية اثر العقد تلزم الغير باحترام العقد ولكن ليس على اساس ان العقد تصرف قانوني، وانما على اساس انه واقعه مادية، الامر الذي يرتب عليه المسؤولية التقصيرية على اساس مبدأ حجية اثر العقد⁽²⁾.

وقد يرتبط الغير مع المدين بالسرية بعلاقات عقدية لضرورات يقتضيها استغلال الأسرار التجارية من قبل الاخير، فيترتب على ذلك معرفة الغير بالأسرار التجارية محل العقد الأول (المبرم بين مالكة والمدين بالسرية)⁽³⁾، كأن يرغب المطلع التأمين على مشروعه التجاري أو صيانة المكائن والاجهزة التي اشتراها من مالك الأسرار التجارية فيترتب على ذلك اطلاع طرف ثالث (شركة التأمين او الصيانة) على تلك الأسرار، فيكون من شأن ذلك التزامه بالمحافظة على ما اطع عليه من أسرار في مواجهة المؤمن له أو صاحب الاجهزة والمكائن، على اساس تغير وصفه من غير عن العقد الأول إلى طرف في العقد الثاني (المبرم بينه وبين المؤمن له وصاحب الاجهزة والمكائن المراد صيانتها)، فيكون العقد الثاني هو اساس التزامه⁽⁴⁾. وقد تقتضي اعتبارات العمل اطلاع بعض الاشخاص على الأسرار التي تخص رب العمل مثل مفتشي العمل، من هنا يقع على هؤلاء الاشخاص أيضاً التزاماً قانونياً بعدم إفشاء الأسرار التي اطعوا عليها بحكم عملهم.

ج- النطاق الزمني:

ان حق المطلع في استغلال الأسرار التجارية حق مؤقت ينتهي بانتهاء المدة المحددة له باتفاق طرفي العقد⁽⁵⁾، مما يدعو إلى التساؤل عن النطاق الزمني للالتزام بالسرية، فهل ينقضي

(1) د. معتز نزيه صادق المهدي، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 139.

(2) د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد (دراسة في النظرية العامة للالتزام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 312.

(3) د. امال زيدان عبد اللاه، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا: دراسة تحليلية في القانون المصري والأمريكي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2009، ص 311.

(4) د. معتز نزيه صادق المهدي، مرجع سابق، ص 139.

(5) د. امال زيدان عبد اللاه، مرجع سابق، ص 311.

هو الآخر بانقضاء العقد ام يستمر إلى ما بعد ذلك؟، للإجابة على ذلك يمكن القول انه عادة ما تكون مدة اتفاقيات السرية محدد ضمن زمن معين تلتزم به الجهة المطلعة بعدم الإفشاء خلال هذه الفترة، وتتفاوت هذه المدة من اتفاقية لأخرى بحسب طبيعة السر التجاري، فإذا كان السر من الأسرار التي تتصف بمحدودية عمرها الزمني أو الأسرار التجارية التي لا تحتفظ بسريتها إلا لزمن محدد نظراً لسهولة انتشارها من الناحية الفنية، أو بسبب عدم إمكانية حمايتها من الانتشار وتدخل في الحالة الفنية السائدة كما هو الحال بالنسبة للخطط التسويقية التي لا تحتفظ بسريتها إلا لبضع سنوات، فلا بد في هذه الحال من تحديد اتفاقية السرية لفترة كافية تتناسب والفترة التي يكون من المتوقع أن تبقى الأسرار التجارية محتفظة بسريتها بحيث يضمن صاحب الحق في السر التجاري عدم الإفشاء قبل أن يفقد السر حمايته. أما إذا كانت الأسرار التجارية موضوع اتفاقية السرية من الأسرار التجارية البالغة الأهمية، وتشكل عنصراً جوهرياً في المؤسسة التجارية صاحبة الحق في السر التجاري، فمن الممكن أن تبقى هذه الأسرار محتفظة بسريتها وقيمتها التجارية زمنياً طويلاً لا يمكن تقديره، كما هو الحال بالنسبة للخلطة السرية لمشروب الكوكا كولا التي تحتفظ بها الشركة منذ أكثر من مائة عام⁽¹⁾، وعلى ذلك فقد رأى البعض⁽²⁾، - بحق - أنه لا بد أن يكون اتفاق السرية ملزماً للجهة التي اطلعت على السر التجاري بالحفاظ على سريتها مدة زمنية تتناسب والعمر الافتراضي للسر التجاري وطالما بقيت هذه الأسرار محتفظة بسريتها وقيمتها القانونية والتجارية، ولم تدخل في الحالة الفنية السائدة.

وهذا الالتزام يظل قائماً ومستمراً حتى بعد انقضاء العقد لكونه من الالتزامات التي يحتاج تنفيذها مدة زمنية معينة، لكن هذا لا يعني انه التزام مؤبد، فهناك حالات اذا تحققت ينقضي الالتزام بالسرية تبعاً لها وهي كما يأتي:

(1) في الثامن من مارس ١٨٨٦ تم ابتكار الكوكا كولا بواسطة الدكتور جون بيمبيرتون (John Pemberton) لمزيد من التفاصيل أنظر،

The Coca-Cola Company, Where is the Secret Formula of Coca-Cola Kept?

<https://www.coca-cola.co.uk/our-business/faqs/where-is-coca-cola-secret-formula-kept>

(2) د. محمود رياض عبيدات، ود. رمزي السيد أحمد ماضي، الحماية العقدية للأسرار التجارية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 400.

1- كشف الأسرار التجارية:

يبقى الالتزام بالمحافظة على الأسرار التجارية قائماً طالما بقيت الأسرار التجارية محل العقد طبي الكتمان، لكن قد يتم التوصل إليها بالطرق المشروعة عن طريق الهندسة العكسية⁽¹⁾، أو عن طريق التطوير المستقل بالبحث والتجارب⁽²⁾، أو بالطرق غير المشروعة عن طريق السرقة أو الاحتيال أو الأخلال بواجب المحافظة على سريتها⁽³⁾، وقد يقوم مالكها بالكشف العلني عنها وقد يفشل في حمايتها بشكل صحيح، وذلك بإهماله اتخاذ ما يلزم لمنع التوصل إليها واستغلالها من قبل الغير⁽⁴⁾ فتصبح بذلك معروفة للكافة وتفقد قيمتها التجارية فينقضي تبعاً لذلك الالتزام بالمحافظة على سريتها لانتهاء الغرض من هذا الالتزام المقرر لحماية مالك الأسرار التجارية لتمكينه من الاستفادة منها كمقابل لما تكبده من وقت وجهد ونفقات⁽⁵⁾.

2- اتفاق الطرفين:

قد يتفق مالك الأسرار التجارية والمطلع عليها على مدة زمنية محددة يلتزم خلالها الأخير بعدم إنشاء أو استغلال الأسرار التجارية. وذلك بسبب ما يترتب هذا الالتزام من قيود تحد من تصرف المدين المطلع على الأسرار التجارية، لذلك يسعى لتحديد سقف زمني لهذا الالتزام كما في عقود نقل التكنولوجيا. وفي الغالب فإن اتفاق الطرفين يكون بالزام المطلع بالسرية إلى ما بعد انتهاء العقد بسنوات محددة، وقد يكون هذا الاتفاق لمدة غير محددة فيلتزم المطلع بالسرية طالما ان لمالك الأسرار التجارية مصلحة في ذلك⁽⁶⁾.

ونرى ضرورة الاتفاق على النطاق الزمني للالتزام المطلع بالمحافظة على السرية بحيث ينقضي التزام الأخير بانقضائه مالم يتم افشائها أو التوصل إليها والإعلان عنها قبل ذلك، تجنباً

(1) تعني الهندسة العكسية تحليل المنتج بشكل عكسي لمعرفة مكوناته ثم تقليده. د. عبدالرحيم عنتر عبدالرحمن، حقوق الملكية الاقتصادية واثارها الاقتصادي، مرجع سابق، ص 225

(2) د. احمد علي صلاح الخصاونة، مرجع سابق ص385 وما بعدها.

(3) د. أبو العلا النمر، الإلتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 53 وما بعدها.

(4) د. ذكرى محمد عبد الرازق، حماية المعلومات السرية، مرجع سابق، ص152.

(5) د. أبو العلا النمر، الإلتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 53 وما بعدها.

(6) د. جلال وفاء محمدين، الاطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية واحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص73.

لما قد يقع من نزاع بهذا الشأن. وتجدر الإشارة هنا بان كلاً من المشرع الامريكي والمصري والعراقي وكذلك اتفاقية تريبس لم يشر أياً منهما إلى النطاق الزمني للالتزام العقدي بالمحافظة على الأسرار التجارية، ولكننا يمكن ان نستخلص ذلك من خلال الاجازة لمالك الأسرار التجارية والمتعاقد معه المطلع عليها الاتفاق على المحافظة على أسراره التجارية دون ان يقيد ذلك الاتفاق بمدة محددة⁽¹⁾، بذلك فإن للمتعاقدين الاتفاق على تحديد هذا الالتزام بمدة محددة وفي حال عدم الاتفاق على مدة سريان هذا الالتزام فإنه يبقى ويستمر طالما بقيت المعلومات المعتبرة أسراراً تجارية سرية وذات قيمة تجارية واخضعت للإجراءات اللازمة للمحافظة على سريتها.

• الفرع الثاني: طبيعة وأساس الالتزام العقدي بالمحافظة على الأسرار التجارية

اختلف الرأي حول الطبيعة القانونية للالتزام العقدي بالمحافظة على الأسرار التجارية وأساسه القانوني، الأمر الذي يقتضينا أن نتناوله من خلال غصنين على النحو الآتي:

• أولاً: طبيعة الالتزام

إذا كان التزام المتعاقد المطلع على الأسرار التجارية التزم بالامتناع عن عمل، ومحل هذا الالتزام هو حفظ المعلومات التي تعد أسراراً تجارية وذلك بالامتناع عن إفشائها أو استغلالها لحسابه الخاص، فهل يكفي بذل جهده في تنفيذ التزامه ام يتقيد بتحقيق النتيجة المطلوبة في تنفيذه؟، لقد اختلف الرأي بهذا الشأن فذهب البعض إلى ان التزم المطلع هو التزم ببذل عناية، في حين ذهب البعض الاخر إلى أن التزمه هو بتحقيق نتيجة، الأمر الذي نحاول تبين وجه الحقيقة فيه فيما يأتي:

أ- المحافظة على الأسرار التجارية التزم ببذل عناية

يذهب البعض إلى أن التزم المطلع هو التزم ببذل عناية، فيلتزم ببذل قصارى جهده لعدم إفشاء الأسرار التجارية أو استغلالها خارج نطاق الاتفاق⁽²⁾، وتتحدد العناية المطلوبة من

(1) د. جلال وفاء محمدين، الاطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية واحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 73.

(2) د. معتر نزبة المهدي، مرجع سابق، ص 140.

المطلع على الأسرار التجارية بالعناية التي يبذلها الشخص المعتاد للوفاء بالتزامه إلا في الحالات التي ينص عليها القانون أو الاتفاق ببذل درجة من العناية تزيد أو تنقص عن الشخص المعتاد، ويمكن دفع مسؤوليته إذا اثبت انه قد بذل في سبيل المحافظة على الأسرار التجارية العناية التي يبذلها الشخص المعتاد⁽¹⁾.

ب- المحافظة على الأسرار التجارية التزم بتحقيق نتيجة:

يذهب البعض الآخر إلى أن التزم المطلع على الأسرار التجارية في المحافظة عليها هو التزم بتحقيق نتيجة معينة، إذ يلتزم بعدم إفشائها أو استغلالها لحسابه الخاص، فلا يكفي للوفاء بهذا الالتزام أن يبذل قصارى جهده لتنفيذ التزامه، وإنما عليه أن يتمتع عن ذلك بالفعل⁽²⁾. فهو يلتزم دائماً بالمحافظة على الأسرار التجارية التي اطلع عليها حتى في حالة عدم الاتفاق الصريح على هذا الالتزام، لأن ذلك ما تفرضه قواعد حسن النية والتي تستوجب أن يحافظ المطلع على الأسرار التجارية محل العقد⁽³⁾، وإلا قامت مسؤوليته إلا إذا كان ذلك راجعاً لسبب أجنبي.

ومن حيث أن اتفاقية تريس لم يتطرق إلى الطبيعة القانونية للالتزام العقدي بالمحافظة على الأسرار التجارية. وإن كان لنا أن نرجح بين الرأيين، فإننا نختار الرأي الثاني لما يوفره من حماية أكثر فعالية للأسرار التجارية، لأنه قد افترض خطأ المطلع بمجرد عدم تنفيذه لالتزامه إلا إذا كان ذلك راجعاً لسبب أجنبي لا يد له فيه، لما للأسرار التجارية من خصوصية ناتجة من ارتباط قيمتها التجارية من كونها سرية، وبالتالي إذا ما فقدت سريتها فإنها تفقد قيمتها التنافسية التي كانت تحققها لمالكها.

• ثانياً: أساس الالتزام

إذا كان المطلع على الأسرار التجارية ملزم بالمحافظة على سريتها، فلا بد أن يثار التساؤل حول أساس التزامه هذا؟ وللإجابة عن هذا التساؤل، يقتضي الأمر بحث أساس الالتزام في حال وجود اتفاق عليه ثم بيان أساسه في حال عدم وجود اتفاق، وذلك على التفصيل الآتي:

(1) د. أبو العلا النمر، الالتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 53

(2) د. ابراهيم أحمد ابراهيم، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (كلية الحقوق - جامعة عين شمس)، مجلد 44 العدد الثاني، يوليو 2002، ص 53.

(3) د. يوسف عبد الهادي الأكيايبي، مرجع سابق، ص 223 وما بعدها.

أ- أساس الالتزام في حال وجود اتفاق:

قد يتفق مالك الأسرار التجارية والمطلع عليها بالمحافظة على سريتها، وقد يقع هذا الاتفاق في المرحلة السابقة على إبرام العقد، وذلك بإدراج شرط المحافظة على السرية في اتفاق خاص مستقل⁽¹⁾. أو على شكل بند في عقد التفاوض يقضي بالالتزام المتفاوض بالمحافظة على الأسرار التي اطلع عليها، سواء في حال نجاح المفاوضات أو فشلها⁽²⁾ لأن كل من طرفي العقد يجهل الآخر ويحذر منه، فمالك الأسرار التجارية يخشى أن يطلع المتفاوض المتعاقد معه على أسرار خفية أن يكون سيء النية يتفاوض من أجل الحصول على السر، وبالمقابل فإن الأخير يريد أن يطلع على الأسرار التي يتفاوض من أجلها للوقوف على مدى أهميتها وصلاحياتها بالنسبة له⁽³⁾.

وقد يقع الاتفاق بالمحافظة على السرية بعد إبرام العقد من خلال إيراده كأحد الالتزامات الملقاة على عاتق المطلع على الأسرار التجارية⁽⁴⁾. وعلى ذلك فإن أساس التزام المطلع سواء كان في الفترة السابقة على إبرام العقد أو في الفترة اللاحقة لذلك هو الشروط التعاقدية، حيث أن القاعدة العامة بهذا الشأن، أن العقد شريعة المتعاقدين والواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه⁽⁵⁾، فالأصل أن لمالك الأسرار التجارية والمطلع عليها حرية الاتفاق على الشروط التي تناسبهم سواء كان ذلك في المرحلة السابقة على إبرام العقد أو في المرحلة اللاحقة لإبرامه

(1) يُراجع في ذلك، د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1984، ص 100 - 102؛ د. سميحة القليوبي، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، العدد 406، 1986، ص 105 - 117؛ د. إبراهيم قادم، الشروط المقيدة في نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2002، ص 217.

(2) د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1995، ص 362.

(3) د. إبراهيم قادم، مرجع سابق، ص 224 وما بعدها.

(4) د. محمود الكيلاني، مرجع سابق ص 121 وما بعدها.

(5) تنص المادة (147) من القانون المدني المصري على أن " 1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"، وتنص المادة 148 منه على أن، " 1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

بشرط عدم مخالفتها للنظام العام والآداب⁽¹⁾، لعدم الإفلات من المسؤولية التعاقدية اذا ما نتج عن الاخلال بالسرية ضرراً⁽²⁾.

وما يلاحظ بهذا الشأن عدم تطرق المشرع الامريكي إلى الأساس القانوني للالتزام العقدي بالمحافظة على الأسرار التجارية⁽³⁾، ولكننا نجد ان القضاء في الولايات المتحدة الامريكية قد تطرق إلى اساس هذا الالتزام في العديد من احكامه منها القضية التي اقامتها الشركة المدعية (Expeditors Intrnational of Shinyton, Inc) على الشركة المدعى عليها (Direct line Corgo management Services, Inc) عندما قررت محكمة الاستئناف في ولاية كاليفورنيا سنة 1998 بمسؤولية الشركة الاخيرة العقدية لأخلالها باتفاق المحافظة على الأسرار التجارية العائدة للشركة المدعية والمتعلقة ببرامج خاصة بها وذلك بمواصلة استعمالها على الرغم من انتهاء علاقة الترخيص التي كانت بينهما⁽⁴⁾.

ولم تتناول اتفاقية(تريس) أساس هذا الالتزام، ولكن يمكن ان نستنتج من الفقرة الثانية من المادة (39)، والتي اجازت الاتفاق على المحافظة على الأسرار التجارية ان أساس هذا الالتزام هو ذلك الاتفاق الذي تم بين مالك الأسرار التجارية والمطلع عليها بالمحافظة على الأسرار التجارية⁽⁵⁾. وبالرجوع على أساس هذا الالتزام نجد المشرع الكويتي شار إلى أساس هذا الالتزام بالرجوع إلى القواعد العامة، حيث يمكن ان نستنتج من المادة (196) من القانون المدني

⁽¹⁾ تنص المادة (135) من القانون المدني المصري على أن، " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

⁽²⁾ انظر، د. إبراهيم قادم، مرجع سابق، ص 229 وما بعدها.

⁽³⁾ يُراجع، د.جلال وفاء محمد، المرجع السابق. هنالك نظريتان حول طبيعة الأسرار التجارية، النظرية الأولى، تعتبرها شكلاً من أشكال الملكية (form of property)، بينما النظرية الثانية هي نظرية المنافسة (the competing theory of a product) تميز الأسرار التجارية بوصفها نتاجاً لعلاقة الثقة (confidential relationship) لمزيد من التفاصيل انظر،

T. D. Boyle, Got Trade Secrets? No? Guess Again, 22-APR UTBJ 32, Utah Bar Journal, March/April, 2009, pp 32-33.

⁽⁴⁾ الحكم منشور على الموقع الالكتروني، - <http://www.execpc.com>

⁽⁵⁾ حيث نصت على أن، للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابتهم بصورة قانونية لأخرين أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها دون الحصول على موافقة منهم بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة".

الكويتي والتي تنص على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لاحدهما ان يستقل بنقضه أول تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي القانون بغيره". والمادة 197 منه التي تنص على أن: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما تضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل".

يمكن أن نستنتج من هذه المواد، بأنه إذا اتفق مالك الأسرار التجارية والمطلع عليها على المحافظة على السرية فإن الشروط التعاقدية في هذه الحالة هي أساس التزامهم.

ب- أساس الالتزام في حال عدم وجود اتفاق:

ذكرنا فيما سبق أنه - في الأغلب - يتم تضمين العقود التي يكون محورها الأسرار التجارية شروطاً صريحة تلزم من يتصل علمه بها، بالحفاظ على سريتها. ولكن تنثور مشكلة حماية الأسرار التجارية عندما يخلو العقد من نص أو شرط صريح يلزم المتلقي بالحفاظ على السرية. كذلك تنثور تلك المشكلة خارج نطاق العقد، أي في الأحوال التي لا تتوافر فيها مقومات العقد بين مالك الأسرار التجارية والشخص الذي اتصل علمه بها، ومثال ذلك حالة فشل المفاوضات في عقد حول الترخيص باستغلال المعرفة الفنية المتعلقة بصناعة الأدوية، أو فشل المفاوضات المؤدية إلى بيعها ففي مثل هذه الأحوال يصعب القول بأن العقد يمثل الأساس القانوني للحماية، إذ لا يوجد عقد بالمعنى الفني الدقيق، بينما اضطر مالك الأسرار التجارية إلى إطلاع الطرف الآخر على بعض الجوانب السرية للتكنولوجيا التي في حوزته، ترغيباً في إتمام الصفقة، هنا يكون من غير الإنصاف ترك مالك الأسرار التجارية دون أساس قانوني لحماية ما تسرب من أسرار تجارية أثناء فترة المفاوضات.

ولقد اختلف الرأي بشأن أساس التزام المطلع بالمحافظة على الأسرار التجارية في حال عدم وجود اتفاق عليه، فذهب البعض إلى ان القانون هو أساس التزامه، بينما أسس البعض الآخر التزامه على علاقات الثقة، وهناك من اعتبر مبدأ حسن النية هو الأساس القانوني للالتزام، وسوف نبحث ذلك على الوجه الآتي:

1- القانون كأساس لالتزام المطلع بالمحافظة على الأسرار التجارية:

هناك من يرى بأن اخلال المتعاقد بالمحافظة على الأسرار التجارية سواء كان ذلك اثناء المفاوضات أو بعد ابرام العقد يعد اخلالاً بالتزام سابق يفرضه القانون هو عدم الاضرار

بالآخرين⁽¹⁾. فإذا كان التزام مالك الأسرار التجارية بإعلام المفاوض عن المعلومات الضرورية عن الأسرار التجارية التي يجري التفاوض بشأنها يقتضيه القانون⁽²⁾، فإنه أيضاً يقتضي المحافظة على سرية هذه المعلومات سواء في حال وجود اتفاق ينظم الالتزام بالمحافظة على السرية أو لم يوجد⁽³⁾.

كذلك فإن هناك عقود منظمة من قبل المشرع ولا يبقى على طرفي العقد إلا إبرامه دون تحديد الآثار المترتبة عليه، لأن المشرع قد حددها سلفاً، ويكون ذلك بفرض بعض الالتزامات التي تنشأ عن العقد، فلم يعد هناك حاجة لأن يتم تحديدها من قبل طرفي العقد، فيكتفيان بأبرام العقد لكي يرتب آثاره بصورة تلقائية، ونجد ذلك واضحاً بالنسبة لعقد الترخيص وعقد العمل⁽⁴⁾. فإذا لم يتفق طرفا العقد الذي يكون محله الأسرار التجارية على التزام المطلع عليها بالمحافظة على سريتها فإن القانون يمنعه من إفشائها أو اساءة استغلالها باعتبار ان المحافظة على السرية يقتضيه الالتزام بواجب عام من عدم الاضرار بالغير⁽⁵⁾.

(1) د. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 330.

(2) د. خالد جمال احمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 335.

(3) د. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 331.

(4) د. محمود رياض عبيدات و د. رمزي أحمد ماضي، الحماية العقدية للأسرار التجارية (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، العدد 55، ابريل 2014، ص 401 وما بعدها.

(5) تنص المادة 163 من القانون المدني المصري على أن، " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، وانظر في الموضوع، د. ابراهيم أحمد ابراهيم، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (كلية الحقوق - جامعة عين شمس)، مجلد 44 العدد الثاني، يوليو 2002، ص 51، حيث يقول " وقد يحدث أن يتم التفاوض بين مورد وملتقى التكنولوجيا دون يسفر ذلك عن التعاقد فيما بينهما، ويثور التساؤل حول مدى التزام الملتقى بالحفاظ على سرية ما وصل اليه من معلومات عن التكنولوجيا المراد التعاقد على نقلها.

وهنا نجد ان تقرير مسؤولية الملتقى في هذا الشأن لا تقوم الا على اساس قواعد المسؤولية التقصيرية ما لم يكن ملتقى التكنولوجيا قد تعهد لموردها منذ البداية بالحفاظ على سرية كل ما وصل اليه من معلومات عن التكنولوجيا من بداية التفاوض".

ويرى البعض إلزام ملتقى التكنولوجيا بالمحافظة على السرية ولو لم يتضمن العقد هذا الالتزام بوصف العقد يقوم على الاعتبار الشخصي، د. يوسف الاكيايبي، المرجع السابق ص 222، 223 رغم انه يرى ضرورة تحديد نطاق الالتزام بالمحافظة على السرية من حيث المحل الذي يرد عليه ومن حيث الزمان ومن حيث الأشخاص، مرجعه السابق ص 224.

2- علاقات الثقة:

ذهب البعض إلى ان أساس التزام المطلع هو قاعدة قانونية عامة من وجوب محافظة أي شخص اطلع على معلومات سرية وكان اطلاقه بسبب الثقة الممنوحة له ان يحافظ على ما اطلع عليه من أسرار. ولكن يشترط للقول بذلك ان يكون مالك الأسرار التجارية قد وضع ثقته بالمطلع على أسراره وان يعلم الاخير بوجود هذه الثقة، ويتحقق ذلك العلم بوجود شرط صريح أو ضمني يقتضي وجود الثقة.

تنص مدونة الفعل الضار لسنة 1939 (Restatement of Torts) في المادة ٧٥٧ على ما يلي: "يسأل كل من يفشي أو يستعمل سراً تجارياً يخص الغير بدون حق إذا:

1. كشف السر بأساليب غير سوية، أو
2. كان إفشاء السر أو استعماله يشكل خرقاً للثقة التي أودعها فيه الغير عندما أفضى إليه بالسر"⁽¹⁾.

من خلال هذا النص وتحديداً ما ورد في البند الثاني، نجد أن المشرع الأمريكي يقيم المسؤولية على الغير الذي يقوم بإفشاء السر التجاري أو يستعمله بصورة تؤدي إلى خرق الثقة التي أودعها فيه صاحب السر. وتعرف هذه النظرية في النظام القانوني الأمريكي بنظرية علاقة الثقة).

ومفادها هو أن الجهة التي تطلع على السر التجاري وكانت تربطها بصاحب الحق في السر أية علاقة تملي على الجهة المطلعة واجب الحفاظ على السر التجاري أو يستفاد من هذه العلاقة أنه كان عليها واجب الحفاظ على السر التجاري عن طريق عدم إفشائه أو استغلاله خارج نطاق هذه العلاقة، لجني ميزات معينة أو للإضرار بصاحب السر التجاري⁽²⁾.

(1) "One who discloses or uses another's trade secret, without a privilege to do so, is liable to the other if

(a) he discovered the secret by improper means, or

(b) his disclosure or use constitutes a breach of confidence reposed in him by the other in disclosing the secret to him, or....."

Restatement of the Law — Torts, Restatement (First) of Torts, issued by the American Law Institute in 1939.

(2) يراجع، د. جلال وفاء محمد، المرجع السابق. هنالك نظريتان حول طبيعة الأسرار التجارية، النظرية الأولى، تعتبرها شكلاً من أشكال الملكية (form of property)، بينما النظرية الثانية هي نظرية المنافسة

ويفترض وجود هذه العلاقة إذا ما قام صاحب الحق في السر التجاري باطلاع جهة ما على سره التجاري ضمن علاقة يفترض من خلالها أن الطرف الآخر أمين على هذا السر وأنه لن يقوم بالاعتداء عليه بأي صورة من الصور، ومن هذه العلاقات على سبيل المثال لا الحصر، علاقة رب العمل بالعامل، فعندما يطلع صاحب العمل العامل على أسراره التجارية فإنه يثق فيه ويأتمنه على هذه الأسرار ولو لم يكن هناك اتفاق سرية بينهما يلزم العامل بالحفاظ على الأسرار التجارية التي اطلع عليها من خلال عمله لدى صاحب السر، ومن الأمثلة أيضاً علاقة صاحب السر التجاري بالمرخص له أو الجهة الراغبة في الحصول على ترخيص باستعمال أو استغلال السر التجاري، فعندما يقوم صاحب السر التجاري باطلاع مثل هذه الجهات على سره التجاري، فإنه أيضاً يفترض فيهم الثقة والأمانة على الأسرار التي تم اطلاعهم عليها ولا يتوقع منهم الاعتداء عليها من خلال إفشائها للغير أو استغلالها من قبلهم، ولا يمكن حصر علاقات الثقة في علاقات معينة، وإنما كل علاقة بين صاحب السر التجاري والغير، يقوم فيها صاحب السر من خلال تلك العلاقة باطلاع هذا الغير على أسراره التجارية مفترضاً فيها الحفاظ على هذه الأسرار، تعد علاقة من علاقات الثقة.

وفي إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الأمريكي⁽¹⁾، وتتلخص وقائعها في أن إحدى الشركات (Dravo) التي تعمل في مجال النقل أبدت رغبتها في شراء مصنع للحاويات (Smith)، ونظراً لما أبدته الشركة الراغبة في الشراء من جدية في نيتها لشراء المصنع قامت الشركة مالكة المصنع بالإفصاح عن معلومات تفصيلية عن النشاط متضمنة الوصف التفصيلي والتصاميم والنماذج المتعلقة بالحاويات، بالإضافة لقوائم العملاء ووكلاء الشركة الحاليين والمتوقعين في المستقبل، إلا أنه وفي نهاية الأمر فشلت المفاوضات بين الطرفين و لم يتم الاتفاق بينهما، وبعد ذلك شرعت الشركة التي كانت ترغب بالشراء بتصنيع حاويات تماثل الحاويات التي كانت تنتجها الشركة المصنعة (سميث)، مع إدخال بعض التحسينات عليها، مما أدى إلى تراجع مبيعات الأخيرة بشكل كبير وتعرضها إلى خسائر فادحة أدت إلى توقفها، وعلى أثر ذلك رفعت شركة (سميث) دعوى ضد شركة (درافو) تطالب فيها استصدار أمر قضائي لمنع شركة (درافو) من إستغلال الأسرار التجارية التي حصلت عليها، وذلك على

(1) Smith v. Dravo Corp. 203 F.2d 369, C.A.7 (Ill.),1953.

أساس أن الشركة المدعية أفشت أسرارها التجارية للمدعى عليها تحت أحد علاقات الثقة أثناء المفاوضات التي جرت بينهما لشراء المصنع، وكان عليها الحفاظ على هذه الأسرار وعدم إساءة استغلالها حيث أنها مؤتمنة عليها.

ودفعت شركة (درافو) بأن هذه المعلومات والمعارف الفنية المستخدمة في إنتاج الحاويات ليست سرية حيث أن مصنع سميث أنتج العديد من الحاويات وطرحها في السوق وأصبح من السهل التعرف على مكوناتها وطريقة صنعها، وأنكرت أنها تحوز قوائم العملاء التي تخص لشركة سميث، إلا أن الدائرة السابعة لمحكمة الاستئناف الأمريكية رفضت هذا الدفع على أساس أن التصاميم التفصيلية والرسومات الهندسية للحاويات لم ينشر عنها، وأن الكشف عن السر الصناعي المتعلق بالحاويات يحتاج إلى جهد كبير للتعرف على مكوناتها ورسوماتها، وهو ما لم تقم به الشركة المدعى عليها، حيث أنها حصلت على المعلومات والمعارف المستخدمة في صنع الحاويات بالإضافة إلى قوائم العملاء أثناء المفاوضات وفي إطار علاقة ثقة⁽¹⁾.

وفي قضية أخرى عرضت على القضاء الأمريكي تتعلق بالتعويض عن الضرر الناشئ عن الاعتداء على سر تجاري من قبل أحد المنافسين والمتصل بتصميم مضخة (pump) والذي تم نسخه من قبل أحد الغنبيين، حيث قامت المحكمة في هذه القضية برفض دفاع المدعى عليه بأن الالتزام بالسرية ينحصر بين الشخص وبين من له علاقة مباشرة بمالك السر التجاري، وقررت أن مثل هذا الواجب يمتد إلى الأطراف الذين لا يكونوا بخدمته أو على علاقات شراكة معه، ومع أن المحكمة تقر بإمكانية أن يكتشف السر بسهولة، إلا أنها وبالنظر إلى حقائق هذه الدعوى بالذات وجدت أن المدعى عليه قد توصل إلى السر وعرف به عن طريق وسائل غير مشروعة⁽²⁾.

⁽¹⁾ أنظر أيضا قضية Hyde Corp. v. Huffines, 303 S.W.2d 865, Tex.Civ.App. 1957.

⁽²⁾ The fact that one secret can be discovered more easily than another, does not affect the principle. Even if resort to the patterns of the plaintiff was more of a convenience than a necessity, still if there was a secret, it belonged to him, and the defendant had no right to obtain it by unfair means, or to use it after it was thus obtained. We think that the patterns were a secret device that was not disclosed by the publication of the pump, and that the plaintiff was entitled to the preventive remedies of the court. While the defendant could lawfully copy the pump, because it had been published to the world, he could not lawfully copy the patterns because they had not been published, but were still, in every sense, the property of the plaintiff, who owned not only the material substance, but also the discovery which they embodied.” Tabor v Hoffman, 118 N.Y. 30, N.Y. 1889, p 37.

ويستفاد من الحكمين السابقين أنه لا يشترط لقيام علاقة الثقة والتزام الجهة المطلعة على الأسرار التجارية بالحفاظ عليها أن يكون هناك عقد ما بين الأطراف، كعقد الترخيص أو عقد العمل ذلك أن علاقة الثقة من الممكن أن تنشأ كلما يطلع صاحب السر التجاري الغير على أسراره ويفترض الثقة فيه وإنه سوف يحافظ على السر، فعلاقة الثقة تبدأ منذ إطلاع الغير على السر التجاري، بصرف النظر عن وجود عقد أم لا.

وكما نلاحظ لا يمكن الاستناد إلى نظرية الثقة إذا لم يكن هناك أية علاقة بين صاحب السر التجاري والغير من خلالها علم الغير بالسر التجاري، كأن يكون قد تم الحصول على هذه الأسرار عن طريق التجسس أو السرقة أو بأي وسيلة أخرى غير مشروعة، فالحصول على الأسرار التجارية من خلال علاقات الثقة يتم بوسيلة مشروعة وبرضاء صاحب السر التجاري، ومن ثم يتم الاعتداء عليها بالإفشاء أو الاستغلال أو الاستعمال، وعليه فإنه في الحالات التي يتم الحصول على الأسرار التجارية بوسائل غير مشروعة لا يمكن أن تؤسس حماية السر التجاري على نظرية علاقة الثقة لإنعدام وجود علاقة ثقة بين صاحب السر والغير الذي اعتدى على السر التجاري.

وبناءً على ما تقدم وفي إطار الإجابة عن التساؤل الذي طرحناه مؤخراً، نجد أنه من الممكن أن يقوم صاحب السر التجاري بمقاضاة أي جهة تقوم بإفشاء سره التجاري الذي اطلعت عليه أثناء المفاوضات التي أجريت بشأن الحصول على ترخيص باستعمال هذا السر، سواء أتم التوصل إلى عقد ترخيص أم لم يتم التوصل، ومن الممكن أن يتم مقاضاة أي جهة تحصلت على سر تجاري في إطار علاقة من علاقات الثقة وذلك استناداً إلى المادة (٧٥٧) من مدونة الفعل الضار في النظام القانوني الأمريكي⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة (39) من اتفاقية ترينيداد نجد انها قد اشارت للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين حق منع الافصاح عن المعلومات لآخرين أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة (...)، وحسب الهامش (10) منها تعني عبارة اسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة من بين ما يعنيه الاخلال

(1) Restatement of the Law — Torts, Restatement (First) of Torts, issued by the American Law Institute in 1939.

بالثقة أو التحريض على ذلك⁽¹⁾، وعليه نرى بأنها قد اعتبرت أساس الالتزام العقدي بالمحافظة على الأسرار التجارية خرق علاقات الثقة.

3- حسن النية:

ربط البعض التزام المطلع ارتباطاً وثيقاً بمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود المعاملات⁽²⁾، فالتعامل بحسن نية وأمانة يجب أن يسود طوال مدة العقد ولا يجوز لأي طرف استبعاده أو حصره بتعامل دون آخر⁽³⁾، فبالنسبة للمرحلة السابقة على إبرام العقد فإن هذا المبدأ يفرض على كل مفاوض عدم إفشاء ما وصل إليه من أسرار تجارية للغير أو استغلالها دون موافقة مالكيها والا كان مخالفاً لأصول التفاوض التي تفرض التعامل بشرف واستقامة⁽⁴⁾، فكما ان المفاوض مالك الأسرار التجارية ملزم بأن يقدم للمفاوض الآخر المعلومات التي تخص محل العقد، فإن على هذا الأخير أن يلتزم بالمحافظة على سريتها، لذلك يُعد مجرد قطعه المفاوضات قرينة على اساءة استعمالها، ومن هنا فإن أساس التزم الأخير هو النظام القانوني للمفاوضات، سواء كان هناك اتفاق صريح بالمحافظة على السرية ام لم يكن، فإن المفاوض ملزمٌ بالمحافظة على الأسرار التجارية وذلك استناداً لمبدأ حسن النية⁽⁵⁾.

وكذلك فإن على طرفي العقد في المرحلة اللاحقة على التعاقد ان ينفذا التزاماتهم بالشكل الذي يتطلبه مبدأ حسن النية وان لم يتضمن العقد المبرم بينهما شرطاً صريحاً يفرض التزاماً

(1) (For the purpose of this provision, "a manner contrary to honest commercial practices" shall mean at least practices such as ..., breach of confidence and inducement to breach ...).

(2) انظر، د. وائل حمدي احمد علي، حسن النية في البيوع الدولية (دراسة تحليلية في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 355.

(3) تناولت مبادئ يونيدرو مبدأ حسن النية تحت (عنوان حسن النية وأمانة التعامل) فنصت المادة (1 - 7) على انه (1) - يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية. 2 - لا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام او تقييده)

(4) انظر، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، 1998، ص 758 وما بعدها، وانظر أيضاً عبد المنعم موسى إبراهيم، المصدر السابق، ص 42.

(5) د. سعيد سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2001، ص 10 وما بعدها.

بالسرية، ويمكن ان نستخلص من الظروف ان الارادة الضمنية لطرفي العقد قد اتجهت إلى انشاء هذا الالتزام على الرغم من عدم وجود نص صريح يقضي بذلك⁽¹⁾.

ويبدو ان القضاء الامريكي في بادئ الامر قد اخذ بمبدأ حسن النية في المرحلة اللاحقة على ابرام العقد دون المرحلة السابقة له، فقد ذهبت محكمة الاستئناف في ولاية الينوي سنة 2003 بصدد القضية التي اقامتها شركة (Birnbery) على شركة (Milk Street Residential Assoc) إلى (وجوب ان يكون هناك عقد بين الطرفين وان يكون المدعى عليه قد تصرف بسوء نية)⁽²⁾.

ولكن الاعتبارات العملية دفعت القضاء الامريكي إلى الاخذ بفكرة حسن النية حتى في الفترة السابقة على ابرام العقد، فنجد ان محكمة استئناف الينويز / الدائرة الاتحادية قد ذهبت في سنة 2011 بشأن القضية التي اقامتها المدعية شركة (Tianrui Group Company Limited llc) على المدعى عليها لجنة التجارة الدولية (International Trade Commission) التي تتلخص وقائعها بأن لشركة (Amsted Industries Inc) أسراراً تجاريةً تتعلق بطريقتين لصناعة عجلات سكك الحديد الفولاذية هما (ABC process) و (Griffin process)، استخدمت الأولى في معاملها في الولايات المتحدة الامريكية والثانية في معاملها في الصين، وقد دخلت الشركة المدعية بمفاوضات لترخيص استعمال الطريقة الأولى لكنها باءت بالفشل، فقامت باستخدام تسعة من مستخدمي شركة (Amsted Industries Inc) للحصول على أسرارها، ثم قامت باستعمالها في صناعة عجلات سكك الحديد في الصين وتصديرها إلى الولايات المتحدة الامريكية، فتدخلت المدعى عليها بعد طلب ذلك من شركة (Amsted Industries Inc) على اعتبار ان ذلك الاعتداء يسيء للصناعات المحلية، مما دفع المدعية إلى اقامة دعوى في مواجهة المدعى عليها لأنكار الادعاء الذي وجه ضدها، فقضت المحكمة بعد الاطلاع على وقائع الدعوى بمسؤولية الشركة المدعية لقيامها بسوء نية بانتهاك الأسرار التجارية التي تخص شركة (Amsted Industries Inc)⁽³⁾.

(1) د. يوسف الاكياي، المرجع السابق ص 222، 223.

(2) القرار منشور على الموقع الالكتروني، - <http://www.il-find case.com>

(3) القرار منشور على الموقع الالكتروني، - <http://www.Findlaw.com>

وقد أشار المشرع الكويتي إلى مبدأ حسن النية في القواعد العامة فنجد انه قد قصر ضرورة الالتزام بحسن النية في المرحلة اللاحقة على ابرام العقد فأشار في المادة 197 من القانون المدني إلى انه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل)، مما يعني بانه قد اشار إلى ضرورة تنفيذ الالتزام بالمحافظة على الأسرار التجارية طبقاً لما يقتضيه حسن النية في تنفيذ العقود دون الإشارة إلى ضرورة الالتزام بالتفاوض بحسن نية.

ولكننا نرى ان الاعتبارات العملية تقتضي الاخذ بهذا المبدأ سواء في مرحلة المفاوضات العقدية ام بعد ابرام العقد لحماية حقوق مالك الأسرار التجارية في المحافظة على أسراره واعتبار هذا المبدأ اساساً للالتزام بالمحافظة على الأسرار التجارية لأنه مما يقتضيه القانون والثقة التي يجب ان تسود المعاملات.

ومن ذلك يتبين ان اتفاقية ترسي قد اقامت هذا الالتزام على أساس علاقات الثقة، وأن المشرع الامريكي قد أسس الالتزام بالمحافظة على الأسرار التجارية في حال عدم وجود اتفاق عليه على علاقات الثقة وحسن النية التي يجب ان تسود المعاملات، بالرجوع إلى القواعد العامة بهذا الصدد يمكن أن نستنتج إن أساس هذا الالتزام في الفترة السابقة على التعاقد هو القانون حيث إن هناك التزام قانوني سابق يقتضي عدم الاضرار بمالك الأسرار التجارية، أما بالنسبة للفترة اللاحقة لأبرام العقد فإن الأساس القانوني لهذا الالتزام هو مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود تنفيذ العقود.

♦ المطالب الثالث: حماية الأسرار التجارية عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة

الأصل في المنافسة ان تكون مشروعة، تقوم على الصدق والشرف والامانة في التعامل، بعيدة عن الغش والاحتيال وكل الطرق غير المشروعة، غير متضمنة اي اعتداء غير مشروع على حقوق الغير⁽¹⁾، فإذا خرجت المنافسة بين التجار عن نطاقها المشروع، وتضمنت دسائس

(1) فالمنافسة التجارية المشروعة هي الروح التي تقوم عليها التجارة، والطاقت المفجرة لدفع عجلتها إلى مزيد من التقدم والازدهار، وبقاء الأصلح لصالح السوق وأهلها، وهي التي تؤدي إلى التقدم الاقتصادي وازدهاره، ووفرة الانتاج وتنوعه، وتحسينه، وبالمقابل فإن في المنافسة مجالاً واسعاً للاستغلال والثراء، والاثراء على حساب الغير، بل للقضاء على التنمية، فهي سلاح ذو حدين، يحتاج إلى الضبط والتنظيم. ومع ذلك فإن المنافسة حق طبيعي للفرد وللشخص المعنوي على السواء بحميه قانون

وطرقاً ملتوية ينبذها الشرف وتأبها الأمانة، وخرجت عن أصول التجارة الشريفة، مكونة أفعالاً خاطئة غير مشروعة لما تتضمنه من تعد صادر من بعض التجار على بعض آخر، فإن هذا يستوجب المساءلة القانونية⁽¹⁾.

وتقوم المساءلة القانونية عندئذ استناداً إلى أحكام المسؤولية المدنية عن الفعل الخاطئ غير المشروع الذي يترتب ضرراً للغير، إما بالتطبيق للقواعد العامة لهذه المسؤولية، وإما بوضع تنظيم خاص لها يمنح المضرور الحق في رفع دعوى المنافسة الغير المشروعة التي تقوم في فحواها على ذات أساس المسؤولية المدنية، وإن كانت تخرج عنها في بعض أحكامها باعتبارها تطبيقاً خاصاً. ولدراسة دعوى المنافسة غير المشروعة، يقتضي الأمر تحديد المقصود بها، وطبيعتها القانونية، وشروطها، وذلك من خلال أربعة فروع على النحو التالي.

• الفرع الأول: المقصود بدعوى المنافسة غير المشروعة

لتحديد المقصود بدعوى المنافسة غير المشروعة، فإنه يلزم تحديد مفهوم المنافسة غير المشروعة أولاً، ثم تعريف دعوى المنافسة غير المشروعة ثانياً.

له قواعد الأمانة، ومن هنا كان حق المنافسة والقانون الذي ينظم هذا الحق ويحميه يرتبطان ارتباطاً وثيقاً، فهما مظهران مختلفان لفكرة واحدة. د. أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001، ص 15-16؛ د. محمد إبراهيم الشافعي، النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي مع الإشارة إلى بعض التشريعات المقارنة، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، العدد 3 السنة 40، ديسمبر 2016، ص 329.

(1) يجب عدم الخلط بين المنافسة غير المشروعة والمنافسة الممنوعة، فالمقصود بهذه الأخيرة منافسات معينة يحظرها القانون أو الاتفاق في حالات معينة، ومن أمثلتها حظر مزاولة المهنة كمهنة الأطباء والمحامين والصيادلة. ففي إطار المنافسة الممنوعة، تكون المنافسة غير مشروعة بالأصل، ذلك إن محل المنع هو ممارسة النشاط التنافسي بذاته، ومصدر المنع هو القانون أو الاتفاق، لذا لا يطلب من المتضرر من فعل المنافسة الممنوعة سوى أن يثبت أن هذا الفعل قد جاء مخالفاً لنص قانوني أو اتفاق، في حين أنه في حالة المنافسة غير المشروعة والتي يمكن أن تتجم عن مخالفه العادات التجارية فإنه يتوجب على المتضرر في هذه الحالة أن يثبت العادة التجارية التي تم مخالفتها وأيضاً إثبات مدى إلزاميتها. يراجع في ذلك، د. علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، بدون تاريخ ص 132. يراجع في ذلك، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 240؛ د. عزيز العكيلي، القانون التجاري (الأعمال التجارية والتجار والمتجر والشركات التجارية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 153؛ زينة غانم عبد الجبار الصفار، المنافسة غير المشروعة الملكية الصناعية، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 28.

• أولاً: تعريف المنافسة غير المشروعة

اكتفي التشريع المقارن بوضع قاعدة عامة تحظر القيام بأي عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة، مع إيراد وصف لها وأورد صوراً لبعض هذه الأعمال، وذلك على سبيل المثال لا الحصر⁽¹⁾، وقد جاء ذلك في المادة 66 من قانون التجارة المصري، التي نصت على أن:

(1) وهذا ما أخذ به المشرع الأردني في قانون المنافسة غير المشروعة رقم 15 لسنة 2000 حيث نصت المادة الثانية منه على أن

"أ- يعتبر عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة، كل منافسة تتعارض مع الممارسات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية، وعلى وجه الخصوص ما يلي،-

1- الأعمال التي بحكم طبيعتها تسبب لبساً مع منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.
2- الادعاءات المغايرة للحقيقة في مزاوله التجارة والتي قد تسبب نزع الثقة عن منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.

3- البيانات أو الادعاءات التي قد يسبب استعمالها في التجارة تضليل الجمهور فيما يتعلق بطبيعة المنتجات أو طريقة تصنيعها، أو خصائصها أو كمياتها أو صلاحيتها للاستعمال.

4- أي ممارسة قد تنال من شهرة المنتج أو تحدث لبساً فيما يتعلق بمظهره الخارجي أو طريقة عرضه، أو قد تضلل الجمهور عند الإعلان عن سعر المنتج أو طريقة احتسابه.

ب- إذا كانت المنافسة غير المشروعة متعلقة بعلامة تجارية مستعملة في المملكة سواء أكانت مسجلة أم غير مسجلة وتؤدي إلى تضليل الجمهور فتطبق في هذه الحالة أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة.

ج- تسرى الأحكام الواردة في الفقرتين (أ) و(ب) من هذه المادة على الخدمات حسب مقتضى الحال".
وجاء في القانون الاتحادي الإماراتي رقم (17) لسنة 2002م في شأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، الذي نص في المادة 42 منه النص على أن، " يعتبر عملاً غير مشروع آل استعمال أو إنشاء أو إعلان أي عنصر من عناصر الدراية العملية دون موافقة صاحبها، إذا وقع ذلك من شخص يعلم طبيعتها السرية أو لا يمكن لمثله ان يجهل هذه الطبيعة".

ونص القانون البحريني رقم (7) لسنة 2003 بشأن الأسرار التجارية في المادة الرابعة منه على أن، "في تطبيق أحكام هذا القانون، يعتبر مخالفة للممارسات التجارية الشريفة - بوجه خاص- إتيان أي فعل من الأفعال الآتية...".

ونص المشرع الكويتي في المرسوم بقانون رقم (68) لسنة 1980م بإصدار قانون التجارة ، المعدل بالقانون رقم (13) لسنة 1996م ، حيث أضافت المادة (60 مكرراً) الملغية من قانون التجارة الكويتي تعريفاً للمنافسة غير المشروعة حيث جاء فيها (يحظر القيام بأي عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة ، ويعتبر من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة كل عمل يقع عمداً من تاجر بالمخالفة للعادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية في دولة الكويت ويكون من شأنه صرف عملاء تاجر منافس آخر أو الإضرار بمصالحه أو إعاقة حرية المنافسة بتقييد أو تفادي المنافسة في مجال إنتاج أو توزيع البضائع أو الخدمات في الكويت". وعلى هذا النحو جاءت أحكام المنافسة غير المشروعة في قانون التجارة البحريني رقم 7 لسنة 1987 المواد من 59 إلى 64، وقانون التجارة القطري رقم (27) لسنة 2006 المواد من 68 إلى 73.

"1- يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو على اسمه التجاري أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية التي يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين في متجره على إذاعة أسراره أو ترك العمل عنده وكذلك كل فعل أو ادعاء يكون من شأنه إحداث البس في المتجر أو في منتجاته أو إضعاف الثقة في مالكة أو في القائمين على إدارته أو في منتجاته."

أما عن التعريف الفقهي للمنافسة غير المشروعة، فقد تعددت آراء الفقه في هذا الصدد حيث عرفها البعض بأنها:- (اتجاه التاجر حتى ينتصر على منافسيه إلى وسائل غير شريفة تتنافى مع الأمانة والنزاهة والعادات الجارية في التجارة أو الصناعة بغية اكتساب العملاء وتحقيق أكبر ربح ممكن)⁽¹⁾.

نلاحظ أن هذا التعريف قد اعتمد معيار الأمانة والنزاهة والعادات التجارية، وهذا معيار غير دقيق ولا محدد، ذلك أن العادات التجارية النزيهة، قد تكون فكرة نسبية نتيجة مرونتها واختلافها من مكان إلى آخر، إضافة إلى أن ما كان في زمن معين يمكن اعتباره عادة تجارية قد لا تبقى كذلك بعد فترة من الزمن.

وجانب آخر من الفقه اعتمد على مدى توافر قصد التعدي والإضرار بالمنافسين، فعرف المنافسة غير المشروعة بأنها:- (استخدام الشخص لطرق ووسائل منافية للقانون والعادات المحمية الجارية في التجارة والصناعة، أو مخالفة للشرف والأمانة والاستقامة التجارية تجاه تاجر آخر بهدف الإضرار به)⁽²⁾. ووفقاً لهذا الرأي فإن المنافسة تكون مشروعة، إلا إذا توافر

وأورد المشرع العُماني في المادة 33 من المرسوم السلطاني رقم 2000/38 بإصدار قانون العلامات والبيانات والأسرار التجارية والحماية من المنافسة غير المشروعة أنه، " يحظر على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين القيام بأية أعمال تنافسية تخالف الممارسة الشريفة للصناعة أو التجارة، ويشمل الحظر بصفة خاصة. ١. الأعمال التي من شأنها أن تحدث لبساً مع منشأة أو سلعة أو خدمة عند ممارسة أي نشاط صناعي أو تجاري. ٢. الادعاء دون مبرر وعلى خلاف الحقيقة ضد أي منتج تجاري أو صناعي بقصد النيل من شهرته أو سمعته أو الثقة فيه. ٣. استخدام بيانات أو ادعاءات عند ممارسة أي نشاط صناعي أو تجاري ينجم عنها تضليل الجمهور فيما يخص السمات المميزة للسلع والخدمات".

(1) د. محمد بهجت عبدالله قايد، القانون التجاري (نظرية الأعمال التجارية-التاجر-المتجر- الشركات التجارية)، دار النهضة العربية، 1991، ص 209.

(2) د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، دون طبعة، 1976، دار النهضة العربية-الفاخرة، ص 439.

لدى المنافس سوء نية وقصد تعدي. إلا أن بعض الفقه قد عارض هذا الرأي وقال:- بأنه لا ضرورة لتوافر سوء النية، بل يكفي وجود فعل تعدي، وإن كان ناتج عن إهمال أو عدم حيطة، وبما أنه قد ينتج عن هذا السلوك التنافسي إضراراً بالغير فإنه يشكل منافسة غير مشروعة⁽¹⁾. وجانب آخر يرى أن مجرد وجود هدف تحقيق مكاسب مادية على حساب آخر، وإتباع وسائل يمنعها القانون، يعد منافسة غير مشروعة. ويعرفها بأنها:- (كل عمل في مجال التجارة أو الصناعة أو المال أو الخدمات أو غيرها من المجالات يقوم به شخص، ومن شأنه إلحاق ضرر بشخص منافس أو تحقيق مكاسب على حسابه بإتباع وسائل يمنعها القانون)⁽²⁾. ما نلاحظه على الآراء الفقهية السابقة أنها بالرغم من وجود بعض الاختلافات فيما بينها؛ نتيجة اختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها كل جانب من الفقه إلى المنافسة غير المشروعة، إلا أنها جميعاً تتفق حول جوهر عدم مشروعية المنافسة غير المشروعة وهو إتباع وسائل غير مشروعة بذاتها في المنافسة، وذلك لمخالفتها للقانون أو العرف أو العادات التجارية. وإذا ما حاولنا مقارنة مركز هذا الإجماع الفقهي (عدم مشروعية الوسيلة بذاتها) فأنا نجد أنه يتفق على أن الصور الواردة على سبيل المثال تتيح للقضاء أن يضيف إليها صوراً أخرى لم يرد النص عليها، وذلك بالاستناد إلى منطق القياس أو الاجتهاد الحر في إطار القاعدة العامة الواردة في النص، ومن الواضح هذه التعريفات تنطلق من اعتبار المنافسة غير المشروعة، تمثل كل عمل من شأنه إلحاق الأذى بالغير من التجار، عن طريق تضليل المتعاملين معه من الجمهور حول السلعة أو الخدمة التي يقدمها أو البضاعة التي يتاجر بها. وقد جاء في أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة النقض المصرية القول: " أنها تجاوزت لحدود المنافسة غير المشروعة بارتكاب أعمال مخالفة للقانون أو العادات، أو استخدام وسائل منافية لمبادئ الشرف والأمانة في المعاملات، إذا قصد بها أحداث لبس بين منشأتين تجاريتين، أو إيجاد اضطراب بإحدهما متى كان من شأنه اجتذاب عملاء إحدى المنشأتين للأخرى، وصرف عملاء المنشأة عنها"⁽³⁾.

(1) د. زينة غانم عبد الجبار الصفار، مرجع سابق، ص 28.

(2) د. طعمة صغفك الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، سنة 1990، ص 17.

(3) حكم محكمة النقض المصرية رقم 124 بتاريخ 25 يونيو 1959، منشور بمجلة المحاماة السنة 40، ص 1246

وعلى ذلك فإنه إذا كانت فكرة المنافسة أصلاً تنطلق من قاعدة البقاء للأصلح التي تقترض وجود العديد من البدائل والخيارات أمام شريحة المستهلكين الذين تلعب عدة عوامل في تحفيزهم على الخيار، وإذا كان هذا الوضع يصدق على المنافسة الشريفة التي لا تتنافى مع القوانين والعادات والأعراف الحميدة بين التجار، فإن كل خروج عن هذا الأصل يعد من قبيل المنافسة غير الشريفة إذا ما تسبب بالضرر إلى أحد ما أمكن له اللجوء إلى القضاء بغية المطالبة بالتعويض عن تلك الأضرار.

• ثانياً: تعريف دعوى المنافسة غير المشروعة

دعوى المنافسة غير المشروعة هي الدعوى التي يملكها من صدر في مواجهته عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة، فإذا وجهت هذه الأعمال إلى صاحب الأسرار التجارية، فإنه يستطيع ان يطالب الحماية القانونية التي تضفيها له هذه الدعوى. تلك الحماية التي تتميز بكونها غير مؤقتة بمدة معينة على خلاف حماية براءة الاختراع التي تقتصر حمايتها على مدة مؤقتة هي في الغالب عشرون عاماً من تاريخ التقديم بطبها⁽¹⁾.

فحمايةً للتجارة النزيهة وما يجب ان يسودها من منافسة شريفة، تتضمن التشريعات الوضعية قواعد ووسائل حماية عديدة يمكن باللجوء اليها لدرء ومكافحة الممارسات غير المشروعة وغير النزيهة، يأتي في مقدمة هذه القواعد المسؤولية الجزائية التي يفرضها المشرع ليعاقب بمقتضاها بعض الافعال غير المشروعة التي تتضمن تقويضاً للتجارة الحرة الشريفة، وكذلك المسؤولية المدنية التعاقدية وغير التعاقدية (التقصيرية) التي تهدف الى تعويض الاضرار الناجمة عن المنافسة غير المشروعة، والقواعد العامة في حماية الملكية من اي اعتداء غير مشروع يقع عليها، وقواعد الاتراء بلا سبب، وقواعد العدالة والقانون الطبيعي.

وبالإضافة الى هذه القواعد العامة التي تهدف الى مساءلة المعتدي على حقوق الغير دون سبب مشروع، فقد خص الكثير من التشريعات مكافحة المنافسة غير المشروعة وحماية المضرور منها بدعوى خاصة هي دعوى المنافسة الغير مشروعة.

(1) يراجع في ذلك، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مرجع سابق، ص 243 وما بعدها؛ د. ذكري عبد الرازق، مرجع سابق، ص 162.

• أطراف دعوى المنافسة غير المشروعة:

إن أطراف دعوى المنافسة غير المشروعة هما المدعي والمدعى عليه:

- **أولاً: المدعي:** هو كل شخص لحقه ضرر من عمل المنافسة غير المشروعة، وعند تعدد المتضررين يمكن رفع الدعوى من طرف كل متضرر على حده، أو من طرف مجموع المتضررين إذا كانت تجمع بينهم مصلحة مشتركة، والمتضرر قد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون شخصاً اعتبارياً كالشركة التجارية، فيمكن إقامة الدعوى من كل من لحقه ضرر من جراء الاعتداء على السر التجاري سواء كان المالك أو المرخص له، بحيث يكون لصاحب البراءة أو التاجر الذي يتعامل بالمنتج ولصاحب السر التجاري أو المرخص له باستعماله إقامة الدعوى، فالوكيل المعتمد أو المرخص له يعتبر صاحب مصلحة في ملاحقة من يمس موكله أو البضاعة التي يستثمرها أو يسوقها بموجب وكالته، ولكن الفرق بين المالك والمرخص له، أن المالك لا يشترط لقبول الدعوى أن يكون لحق به ضرر فعلي بل يرفعها لمجرد الدفاع عن حقه، كما لو وقع الاعتداء على منتجات لم توزع بعد، أما غير المالك فيشترط أن يكون وقع عليه ضرر فعلي من جراء الاعتداء⁽¹⁾.

- **ثانياً: المدعى عليه:** ترفع دعوى المنافسة غير المشروعة ضد التاجر المنافس الذي ارتكب فعل المنافسة غير المشروعة، وكذلك ضد كل من اشترك معه في الفعل شريطة علم الأخير بعدم مشروعية الفعل أو أنه كان بإمكانه أن يعلم⁽²⁾، وسواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وإذا تعددوا يكونون مسؤولين بالتضامن عن التعويض في مواجهة المتضرر، كما يسأل التاجر أو المنافس عن الضرر الذي يسببه تابعيه الذين يستعين بهم في ممارسة نشاطه الصناعي أو التجاري طالما وقع فعلهم غير المشروع حال تأديتهم وظيفتهم أو بسببها⁽³⁾.

غير أنه إذا كانت دعوى المنافسة غير المشروعة التي يقيمها صاحب المصلحة تحمل في مضمونها جبر الضرر للمضرور، فإنه يجدر التوقف عند الأساس القانوني لهذه الدعوى، لما له من اثر في ترتيب الآلية التي يمكن في ضوءها المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي

(1) د. زينة غانم الصفار، مرجع سابق. ص 131.

(2) د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية. مرجع سابق، ص 347؛ د. حسام الدين الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق. ص 62.

(3) المادة 175 من القانون المدني المصري.

تلتحق جراء أفعال المنافسة غير المشروعة، لنبحث - بعد ذلك - شروط دعوى المنافسة غير المشروعة، وذلك من خلال الفرعين التاليين.

• الفرع الثاني: الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة

تباينت الإتجاهات الفقهية حول الطبيعة القانونية لدعوى المنافسة المشروعة، فذهب البعض إلى أن دعوى المنافسة غير المشروعة، تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية حيث لا يلزمها سوى توافر أركان المسؤولية التقصيرية الثلاث وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية⁽¹⁾، وعمل هذا الرأي على القياس بين عناصر المسؤولية التقصيرية وأركان دعوى المنافسة غير المشروعة، فثبت لهم أن هنالك تطابقاً بين كليهما مما يبرر قيام هذه الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية.

غير أن هذا الرأي قد لقي معارضة على أساس أن فكرة الخطأ تبدو قاصرة في مجال المنافسة غير المشروعة، إذ المنافسة غير المشروعة قد تثبت رغم عدم وجود خطأ أو ضرر، كما أنها تتعارض مع الاعتراف للتاجر بحقوق صناعية، وأن ما يميز دعوى المسؤولية التقصيرية عن دعوى المنافسة غير المشروعة أن الأولى دعوى علاجية تهدف لتعويض الضرر، وأما دعوى المنافسة غير المشروعة فقد يتجاوز هدفها تعويض الضرر إلى كونها وسيلة وقائية من خلال اتخاذ المحكمة إجراءات تمنع وقوع الضرر في المستقبل، ولا يشترط في دعوى المنافسة غير المشروعة أن يكون الضرر محققاً بأن وقع فعلاً أو سيقع حتماً كما في المسؤولية التقصيرية، وإنما يكفي احتمال وقوع الضرر⁽²⁾.

(1) د. اكثم امين الخولي، الوسيط في القانون التجاري، ج3، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1964، ص 144؛ د. حماد مصطفى عزب، المنافسة غير المشروعة في مجال الإعلانات التجارية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص 139؛ وقد أخذت بهذا الأساس محكمة التمييز الكويتية، في الطعن رقم 151-1982 تجاري 02-1982-09، مجلة القضاء والقانون س11؛ 24 يونيو 1986، ص33 الذي جاء به ((ان المنافسة غير المشروعة لا تعدو ان تكون صورة من صور الخطأ التقصيري الذي يستوجب مسؤولية فاعله...)) وانظر في المعنى ذاته طعن رقم 180-1988 تجاري جلسة 20-2-1989. مجلة القضاء والقانون، س 17، ع1 سبتمبر 1955، طعن رقم 157 لسنة 1989، تجاري؛ 15-10-1989 مجلة القضاء والقانون س17، ع2 نوفمبر 1955.

(2) د. علي يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، بدون تاريخ ص 136؛ د. أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي، مرجع سابق، ص 136.

وذهب اتجاه ثان إلى أن دعوى المنافسة غير المشروعة تستند إلى نظرية التعسف ف أو الإساءة في استعمال الحق، انطلاقاً من كون المنافسة بحسب الأصل عمل مشروع، فإذا انحرف التاجر عن هذا السلوك لا يعتبر مرتكباً لخطأ تقصيري وإنما يعد متعسفاً في استعمال الحق المقرر له والمألوف وفقاً لعادات وأعراف التجار، وأن التاجر عندما يرتكب فعل المنافسة غير المشروعة يهدف لتحقيق منفعة له لكن هذه المنفعة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر⁽¹⁾.

لكن هناك من عارض فكرة تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على أنها جزء للتعسف في استعمال الحق، وحثهم في ذلك أن أحكام دعوى المنافسة غير المشروعة لا يمكن أن تعتبر تطبيقاً لأي من معايير التعسف في استعمال الحق ولا على أظهر معايير التعسف وهو قصد الإضرار بالغير، إذ أن قصد الإضرار بالغير يكمن في صميم كل منافسة ولو كانت منافسة مشروعة، كما أن هناك تعارض بين التعسف في استعمال الحق المستند على غاية وبين المنافسة غير المشروعة المستندة إلى الوسائل المستعملة⁽²⁾.

ورأي اتجاه ثالث⁽³⁾ بأن هذه الدعوى هي نوع خاص من دعاوى المسؤولية، جاءت في ظل تطور نصوص القانون بما يتماشى والمعطيات الجديدة التي تفرضها الحياة العملية والتي شكلت هذه الدعوى فيه احد أوجه هذا التطور، ذلك أن خصوصية هذه الدعوى تكمن في أن الحق بالمنافسة الذي تحميه هو حق ذو طبيعة مزدوجة، فهو يقترب من الحق الشخصي نفس القدر الذي يقترب فيه من الحق العيني، فضلاً عن انه يشتمل على عناصر ملازمة لشخصية المنافس، مما يجعله بالتالي حق ذو طابع مالي ومعنوي في آنٍ معا⁽⁴⁾.

(1) د. محمد فريد العريني ود. جلال وفاء محمدين، القانون التجاري، ج 1 الأعمال التجارية، التجار، المحل التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998 ص 386؛ د. طعمة الشمري، مرجع سابق، ص 56.

(2) د. عزيز العكيلي، القانون التجاري (الأعمال التجارية والتجار والمتجر والشركات التجارية)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون تاريخ، ص 163.

(3) د. أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة، مرجع سابق، ص 39؛ د. جوزف نخلة سماحة، المزاومة غير المشروعة (دراسة قانونية مقارنة)؛ مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، 1991، ص 138.

(4) د. احمد محرز، المرجع السابق، ص 40؛ د. أحمد علي الخصاونة، الأحكام القانونية للمنافسة غير المشروعة والاسرار التجارية في القانون الاردني والاتفاقيات الدولية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة 2012، ص 256.

وهذه النتيجة تؤدي إلى تعزيز موقف الشخص الذي وقعت عليه المنافسة غير المشروعة وذلك عن طريق منحه الحق باللجوء إلى القضاء، وذلك بمجرد التعدي عليه سواء بطلب الاجراءات المستعجلة بما فيها المطالبة بأصل الحق⁽¹⁾، أو المطالبة بالتعويض عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة، حيث لا يلتزم بأثبات كافة قواعد المسؤولية المدنية وإنما يشترط فقط أن يتحقق الضرر من جراء فعل المنافسة.

ويتفق بعض الفقه مع هذا التوجه⁽²⁾، على اعتبار أن دعوى المنافسة غير المشروعة ذات طابع خاص من ناحية هدفها المتمثل بتحقيق الغاية التأديبية أكثر من كونها دعوى تعويض، مضيفا بان اهمية التعويض فيها تتضاءل لتصبح مجرد شئ رمزي اضافة الي طبيعتها الوقائية التي تتمثل في إمكانية اللجوء اليها مع عدم تحقق الضرر والاكتفاء بوجود اضطراب تجاري في السوق، وبصرف النظر عما اذا كان من شأن ذلك لتحقيق الضرر من عدمه.

وبالرغم من اختلاف الاتجاهات الفقهية حول أساس دعوى المنافسة غير المشروعة، فإن الرأي الغالب ما زال يرى أن أساسها هو المسؤولية التقصيرية مع مراعاة طبيعتها الخاصة بسبب طبيعة الحق الذي تحميه المتمثل في عنصر الاتصال بالعملاء وباقي الحقوق المعنوية للمحل التجاري ذات القيمة المالية، والتي تقتض وجود منافسة بين تاجرين.

وهذا ما أخذت به معظم التشريعات المقارنة، فوجد القانون المدني الكويتي في المادة 227 والتي نصت على ان "1- كل من أحدث بفعله الخاطئ ضررا بغيره يلتزم بتعويضه، سواء كان احداثه الضرر مباشرا أو متسببا. 2- ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز".

فالمشرع الكويتي اعتمد عنصر (الخطأ) في قيام المسؤولية التقصيرية الموجبة للتعويض، ووجب ان يتمخض عن ذلك الخطأ إضرار بالغير.

(1) ومن أنصار هذا الرأي - أيضا- د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 245، إلا أنه يضيف، "غير ان قولنا هذا لا يعني ان دعوى المنافسة غير المشروعة هي مجرد تطبيق محض لدعوى المسؤولية المدنية، وإنما هي خاص لها تخضع لقواعدها واحكامها العامة، ولكنها تستقل ببعض الاحكام الخاصة بها، ومن أمثلة هذه الاحكام الخاصة التي تتفرد بها دعوى المنافسة غير المشروعة انها لا تقتصر علي تعويض الضرر الحال الذي وقع بالفعل، وإنما يمكن ايضا ان تعوض الضرر المحتمل "

(2) د. نادية محمد معوض، المعلوماتية وسرية الأعمال، دار النهضة العربية، 2009، ص231.

• الفرع الثالث: شروط دعوى المنافسة غير المشروعة

يفترض في دعوى المنافسة غير المشروعة وجود حالة تنافسية بين المضرور ومرتكب الفعل الضار، وأن يكونان يزاويان تجارة من نوع واحد أو تجاريتين متماثلتين، ولا يشترط التماثل التام أو المطلق وإنما يكفي أن تكون هناك صلة أو ارتباط ما، أو أن التجاريتين تعتمد على الأخرى بحيث يكون هناك تأثير للفعل التنافسي غير المشروع على نشاط الجهة المدعية وخاصة عنصر الزبائن، ولا تقتصر دعوى المنافسة غير المشروعة على مخاصمة من يقوم بالفعل مباشرة بل ممكن ان تتم مخاصمة كل من يشترك بأي شكل من الأشكال بأفعال من شأنها أن تشكل منافسة غير مشروعة للجهة المدعية شريطة أن يكون من يشارك بهذه الأفعال يعلم أو كان باستطاعته أن يعلم بعدم مشروعية مثل هذه الأفعال⁽¹⁾.

وبالإضافة لشروط الحالة التنافسية يجب أن يكون هناك فعل منافسة غير مشروعة، وأن يكون هناك ضرر لحق بالمدعي، وأن يكون هناك علاقة سببية بين فعل المنافسة غير المشروعة والضرر⁽²⁾. ذلك أن دعوى المنافسة غير المشروعة تقوم على ذات الأساس الذي تقوم عليه دعوى المسؤولية التقصيرية مع ضرورة مراعاة الطبيعة الخاصة لدعوى المنافسة غير المشروعة، لذا فأنها تخضع لذات الشروط الواجب توافرها في دعوى المسؤولية التقصيرية مع اختلاف في مفهوم هذه الشروط نتيجة للطبيعة الخاصة للدعوى.

وعلى ذلك، تتمثل شروط دعوى المنافسة غير المشروعة في القانون المصري في خطأ، يترتب عليه ضرر، وترتبط بينهما علاقة سببية.

(1) د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص 621، د. زينة غانم، الصفار مرجع سابق، ص 134، جوزيف نخلة سماحة، مرجع سابق. ص 28.

(2) راجع في شروط الدعوى، د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 247-253؛ د. كيلاني عبد الراضي محمود، حماية المحل التجاري عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة" دراسة تحليلية مقارنة مزودة بأحدث أحكام القضاء الفرنسي مع الإشارة إلى أحكام اتفاقية (تريبس)"، دار النهضة العربية، 2001، ص 194 وما بعدها؛ د. طعمة صفك الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشرة، العدد الأول، مارس 1995، ص 60 وما بعدها؛ د. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 246، د. زينة غانم، الصفار، مرجع سابق، ص 134، جوزيف نخلة سماحة، مرجع سابق، ص 28؛ د. أحمد على الخصاونة، مرجع سابق، ص 277-309.

• أولاً: الخطأ

الخطأ في أعمال المنافسة غير المشروعة يتخذ صوراً عديدة وغير محددة ومحصورة، وبالتالي فإن أغلب التشريعات المقارنة تعدد أعمال المنافسة غير المشروعة على سبيل المثال وليس الحصر. فمثلاً جاءت المادة (66) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1991 على أن: "1- يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو على اسمه التجاري أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية التي يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين في متجره على إذاعة أسرارهم أو ترك العمل عنده وكذلك كل فعل أو ادعاء يكون من شأنه إحداث النسيب في المتجر أو في منتجاته أو إضعاف الثقة في مالكة أو في القائمين على إدارته أو في منتجاته."⁽¹⁾

ويظهر بأن للخطأ عنصرين الأول موضوعي ويكون بأن الشخص المخطئ قد أخل بواجب قانوني بسلوكه مسلماً كان في مقدوره أن يتجنبه، والثاني شخصي بأن يكون الشخص

(1) ولم يعرف المشرع المصري المقصود بالخطأ بل ترك ذلك لاجتهاد الفقه الذي استقر على أن الخطأ "هو إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه". انظر د. سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول الاحكام العامة، اركان المسؤولية، الضرر والخطأ والسببية، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الجيلوي / 1971 ص 179-180.

وبالتالي فإن الخطأ بالمفهوم القانوني يتكون من عنصرين، العنصر الأول مادي والثاني نفسي. العنصر المادي معناه التعدي أي التجاوز في الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه سواء كان ذلك التجاوز عن إهمال أو تقصير أو تعمد أو قلة تبصر، والشرط الثاني هو الإدراك أو التمييز ومعناه ضرورة توفر أدنى مراتب التمييز، وبذلك فإن الصبي غير المميز أو المجنون غير مسؤولين عن أفعالهم الضارة، كما يترتب على هذا الشرط عدم مسؤولية من فقد التمييز بصورة وقتية لأي سبب عارض كالسكر أو تعاطي المخدرات إلا إذا ثبت أن الفاعل قد تسبب بخطئه في حدوث العارض. وقد نصت المادة 163 من القانون المدني المصري والتي تمثل قاعدة عامة في مجال المسؤولية التقصيرية على (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) فرتب المسؤولية على كل خطأ بما يعنيه الخطأ من ضرورة توافر ركنيه المادي والمعنوي. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج 2 / مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، 1954، ص 443-444.

مدرکاً بأن ما فعله إخلال بواجب قانوني.⁽¹⁾ وبالتالي يظهر معيار لتقدير الخطأ من خلال المعيار الذاتي أو الشخصي أو المعيار الموضوعي⁽²⁾.

وفي دعوى المنافسة غير المشروعة يكون للخطأ معنى آخر، إذ يعرف بأنه: "إتين المنافس لأفعال تنطوي على مخالفة للقوانين أو العرف التجاري أو تتنافي مع شرف المهنة بشكل عام"⁽³⁾، فالخطأ يقوم على أساس أن تكون هنالك منافسة غير مشروعة بين تاجرين يكون أحدهما مخطئاً ويقوم بمنافسة غير مشروعة، والخطأ يُعد متوافراً سواء كانت متوافرة لدى مرتكب الخطأ سوء النية وقصد الإضرار أم لا⁽⁴⁾، وبالتالي فإن الخطأ ينصرف إلى الإخلال "بقواعد الأمانة والشرف والنزاهة والتعامل التجاري"⁽⁵⁾.

وتطبيقاً لذلك يمكن القول ان عنصر الخطأ في افعال المنافسة التي يباشرها تاجر بمواجهة غيره لا تقع تحت تعداد او تصوير حصري فهي افعال تتعدد صورها وفق كل سلوك علي حدة، وارتباطاً بشكل ونوع وطبيعة المنافسة محل الاعتداء وهو ما يؤكد ايجابية عدم بناء المشروع لفكرة المنافسة غير المشروعة بصورة محددة⁽⁶⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 718؛ د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 181.

(2) د. طعمة صغفك الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة، مرجع سابق، ص 60.

(3) د. ناجي عبد المؤمن، مقدمات قانون التجارة الجديد - الجزء الأول - بدون ناشر، بدون تاريخ، ص 280.

(4) د. احمد محمد محرز، القانون التجاري - الجزء الأول (المقدمات، الاعمال التجارية، المحل التجاري، الملكية الصناعية، الشركات التجارية) بدون نار الطبعة الاولى - 1976 - 1977، ص 217، بند 214؛ د. طعمة الشمري، احكام المنافسة الغير المشروعة في القانون الكويتي مرجع سابق، ص 60 وما يليها؛ د. عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة الأردني، مرجع سابق، ص 216.

(5) وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، والتي اعتبرت أن ارتكاب أعمال مخالفة للقانون أو العادات أو استخدام وسائل منافية لمبادئ الشرف والأمانة في المعاملات يُعد "تجاوزاً لأعمال المنافسة غير المشروعة. محكمة النقض الطعن رقم 62 لسنة 25 ق جلسة 1959/6/25، مجموعة الأحكام (السنة العاشرة) العدد الثاني ص 505. انظر د. محسن شفيق، القانون التجاري المصري، دار نشر الثقافة الاسكندرية، 1949، ص 409.

(6) سلفت الاشارة الي موقف المشرع المصري المتمثل في عدم تحديد حصري لحالات المنافسة او صورها وهو موقف محمود، وقد جاء متفقاً مع ما تضمنته اتفاقية باريس بالخصوص ذاته وهو ما سلفت الاشارة اليه في متن هذا الفرع. وللتفصيل راجع، د. اشرف وفا محمد، المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، مجلة القانون الاقتصاد، العدد 72، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، السنة 2002، ص 152.

• ثانياً: الضرر

يعد الضرر الركن الثاني من اركان المسؤولية المدنية، فلا تقوم الا بتحقيقه، والضرر بوجه عام هو الاذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كانت مصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية⁽¹⁾. لذلك يمكن تعريف الضرر الذي يصيب مالك الأسرار التجارية من جراء الاخلال بالالتزام بالسرية نقول بأنه (الاذى الذي يصيب مالك الأسرار التجارية في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كانت هذه المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية نتيجة لإفشاء أسراره التجارية أو استغلالها دون موافقته). ويتبدى الضرر في من خلال الأثار التي تحصل من جراء أفعال المنافسة غير المشروعة، ولا يشترط أن يكون الضرر وواقعاً في الحال بل من الممكن أن يكون الضرر مستقبلاً محقق الوقوع، حيث يجوز للمحكمة أن تقبل الدعوى إذا كان من الممكن أن يحدث الضرر مستقبلاً إن أثبت الشخص أن الضرر هو نتيجة لفعل المنافسة غير المشروعة⁽²⁾. كذلك لا يشترط بأن يكون الضرر جسيماً، بل من الممكن أن تتحقق المسؤولية ولو كان الضرر بسيطاً، وبالتالي فإن دعوى المنافسة غير المشروعة لا تهدف فقط للتعويض بل كذلك تكون كفيلة بمنع وقوع الضرر في المستقبل، وحين تقضي المحكمة بالتعويض فإنها تقضي به إذا كان الضرر محققاً أما إذا كان احتمالياً فإنها تتخذ إجراءات كفيلة بمنع وقوع الضرر. وعليه يعتبر الضرر ركناً أساسياً في المسؤولية التقصيرية، الي جانب الخطأ ورابطة السببية حتي انه يفوق الخطأ اهمية، اذا لا يتصور وجود المسؤولية بلا ضرر مع تصورها بغير خطأ⁽³⁾.

(1) د. عبدالودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات - القسم الاول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992، ص 251.

(2) " هذا ولا يشترط ان يكون الضرر محققا بل يكفي في مجال المنافسة غير المشروعة ان يكون احتمالياً " - استئناف القاهرة 29 فبراير 1960، المحاماة - 41 - صفحة 685، مشار إليه في مؤلف، د. علي حسن يونس، المحل التجاري، القاهرة، بدون دار أو سنة نشر ص 143؛ راجع أيضاً، د. محسن شفيق، القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص 378.

(3) د. طعمة الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة، مرجع سابق، ص 63.

غير أن دعوى المنافسة غير المشروعة تتميز بأنها ليست دعوى مسئولية وتعويض فقط، وإنما هي دعوى وقائية ايضاً، ويتحقق هذا الدور الوقائي لدعوى المنافسة غير المشروعة عندما يكون الهدف من رفعها اتخاذ الاجراءات المناسبة التي تحول دون وقوع ضرر محتمل حدوثه مستقبلاً، عندئذ لا يشترط عقلاً ان يكون الضرر قد وقع بالفعل، وإنما يكفي بالضرر المستقبلي طالما كان محتمل الوقوع، ففي هذه الحالة يكون للقاضي ان يأمر باتخاذ بعض الاجراءات الاحترازية او الوقائية التي لا يكون من شأنها تعويض ضرر وقع، وإنما الحيلولة دون وقوع ضرر محتمل وقوعه مستقبلاً، كأن يأمر بالكف عن الاستمرار في القيام بأعمال المنافسة غير المشروعة توكياً لضرر مستقبلي، كما له ان يأمر بغرامة تهيديية لأجبار المدعي عليه على الكف عن المنافسة غير المشروعة⁽¹⁾.

مما سبق يتضح ان دعوى المنافسة غير المشروعة لا تتطلب الضرر الفعلي الذي وقع وتحقق بالفعل الا اذا كان الهدف منها تعويض هذا الضرر، فأذا لم يكن هناك ضرر وقع واصاب المدعي، فلا يمكنه المطالبة بالتعويض، وإنما يحق له طلب اتخاذ الاجراءات الوقائية الاحترازية التي يكون من شأنها توكي وقوع الضرر في المستقبل، وفي هذا الدور المزدوج تختلف دعوى المنافسة الغير مشروعة عن دعوى المسئولية المدنية التي تشترط وقوع ضرر فعلي أصاب المدعي لإمكان قبولها والحكم بالتعويض⁽²⁾.

ان الضرر الذي قد يصيب مالك الأسرار التجارية والذي يحقق مسؤولية مسببه أما ان يكون ضرراً مادياً أو معنوياً، وسوف نبحث كلاً منها على التوالي:

1- الضرر المادي:

يتمثل هذا النوع من الضرر بالأذى الذي يصيب مالك الأسرار التجارية في ماله وثروته نتيجة لإفشاء أو استغلال الأسرار التجارية من قبل المخل، فأدى إلى فقدان قيمتها التنافسية، وقد يتمثل هذا الأذى المالي بالخسارة التي لحقت به والربح الذي كان سيحصل عليه لولا

(1) د. زينة غانم، الصفار مرجع سابق، ص135، جوزيف نخلة سماحة، مرجع سابق، ص 28.

(2) د ابراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 250، 251.

انتهاك أسراره التجارية⁽¹⁾. ومثال الاضرار المادية التي يمكن ان تتحقق في نطاق الأسرار التجارية ان يقوم المخل بإفشاء هذه الأسرار إلى غيره فيستغلها هذا الغير أو ان يقوم هو باستغلالها، فينتج مثلاً منتجات معينة وتدخل في الاسواق فتتافس بذلك منتجات مالك الأسرار التجارية، فتؤدي إلى خسارته أو تمنع عنه ربحاً كان سيحصل عليه لولا هذا الاخلال.

2- الضرر المعنوي

هذا النوع من الضرر يصيب مالك الأسرار التجارية في اعتباره وسمعته وشعوره نتيجة لإفشاء أو استغلال الأسرار التجارية العائدة له من قبل المخل⁽²⁾. ومثال ذلك ان يشاع غلاء اسعار منتجاته نتيجة لإفشاء معلومات خاصة بالأسعار والتي تعتبر من أسرار مشروعه التجاري، فأن من شأن ذلك الحاق ضرر بسمعته التجارية فيتأثر مركزه تأثيراً سيئاً⁽³⁾.

وكذلك الاضرار التي تصيب شعوره نتيجة لضياع قيمة الأسرار التجارية التي تعود له والفوائد التي كانت تدرها لمصلحته بعد قيام المخل بإفشائها أو استغلالها، ولكن هذا الضرر لا يعتد به الا في نطاق المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾.

على أن الضرر لا يفترض بل يجب اثباته، لذلك يجب على مالك الأسرار التجارية باعتباره مدعي الضرر اثباته⁽⁵⁾، الا اذا كان هناك اتفاق بين مالك الأسرار التجارية والمدين بالسرية على التعويض الذي يستحقه الطرف الأول في حال مخالفة الثاني لالتزامه (التعويض الاتفاقي)، فأن وجود مثل هذا الاتفاق يعني مالك الاسرار التجارية من اثبات وقوع الضرر⁽⁶⁾.

(1) د. أحمد السعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص215.

(2) د. زينة غانم الصفار، مرجع سابق، ص140.

(3) د. جوزيف نخلة سماحة، مرجع سابق. ص 28؛ د. أحمد على الخصاونة، مرجع سابق ص 278.

(4) د. طعمة الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة، مرجع سابق، ص 64.

(5) 'واعمالاً للقواعد العامة يقع اثبات الضرر على من يدعيه الذي يطلب الحماية القانونية، وهو صاحب السر الذي يدعي اصابته بضرر ما. د. زينة غانم الصفار، مرجع سابق، ص140.

(6) د. أحمد على الخصاونة، مرجع سابق، ص 278.

ويبقى أمر وقت تقدير الضرر من صلاحيات قاضي الموضوع، وهو ما يمكن معه القول أن دعوى المنافسة غير المشروعة لا تهدف فقط إلى تعويض الضرر اللاحق بالمضور، بل تهدف إلى وقف تزايد تلك الأضرار وتفاقمها مستقبلاً.

• ثالثاً: علاقة السببية

يجب - في القواعد العامة- أن يكون هنالك توافر لرابط السببية بين الخطأ والضرر حتى تقوم المسؤولية عن العمل غير المشروع، فإن علاقة السببية والتي تربط الخطأ بالضرر أي السبب بالمسبب تقوم عليها المسؤولية، وهنا يستطيع المدعي عليه بأن يدفع بأن الضرر الذي أصاب المدعي ليس نتيجة للخطأ الذي صدر منه وأنه وقع لسبب أجنبي مثل القوة القاهرة أو حادث مفاجئ، وفي حال نجاح المدعي عليه بإثبات انقطاع علاقة السببية بين خطأه والضرر فلا يلزم بتعويض المدعي⁽¹⁾.

لذلك فإن على الشخص المدعي في دعوى المنافسة غير المشروعة أن يقوم بإثبات علاقة السببية بين الضرر الذي أصابه وبين الخطأ الذي ينسبه للمدعي عليه، وهو فعل المنافسة غير المشروعة، وفي حال فشل المدعي في إثبات ذلك أو قيام المدعي عليه بإثبات السبب الأجنبي، فهنا لا تقبل الدعوى نتيجة لانعدام العلاقة بين الضرر والخطأ المنسوب للمدعي عليه.⁽²⁾ ولكن هنالك حالات لا يترتب عليها ضرر للمدعي من أعمال المنافسة غير المشروعة، بل يكون الهدف من الدعوى إزالة وضع غير مشروع مستقبلاً، وبالتالي فإن إثبات رابطة السببية في دعوى المنافسة غير المشروعة يتميز بشيء من الصعوبة، خاصة إذا كانت الدعوى لتجنب ضرر محتمل وليس متحقق ويريد المدعي منعه أو تفاديه.⁽³⁾

(1) د. عبدالودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات - القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992، ص 256 وما بعدها، هذا وقد نصت المادة 165 من القانون المدني المصري على أن، " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة، الخطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق علي غير ذلك "انظر ايضاً، نقض مدني، الطعن رقم 979 لسنة 47 ق، جلسة 1980/3/27 مجموعة المكتب الفني، السنة 31، القاعدة 183 ص 930.

(2) د. طعمة الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة، مرجع سابق، ص 66.

(3) د. عزيز العكيلي، القانون التجاري الأردني، مرجع سابق، ص 272.

إن دعوى المنافسة غير المشروعة لا تقوم إلا في حالة وجود منافسة بين نشاطين متشابهين حتى ولو كان التماثل غير كامل بين النشاطين، بل يمكن أن يكون التقارب يؤدي للتأثير على عملاء الآخر⁽¹⁾، وبالتالي فإنه لا يشترط أن يكون هنالك تماثل في مجموع النشاط بل من الممكن أن يكون هنالك نشاط أكثر تنوعاً من النشاط الآخر.⁽²⁾

وقد أحالت اتفاقية (تريس) في المادة 39 إلى المادة 10 مكرر من معاهدة باريس لعام 1967 م، حيث بيّنت الفقرة ب من المادة (10) مكرر القاعدة العامة بقولها: "يُعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل عمل من أعمال المنافسة يتعارض مع العادات الشريفة في المعاملات التجارية أو الصناعية".

هنا يُثار التساؤل عن وضع استخدام الغير للمعلومات التي وصلت إليه نتيجة الحصول عليها بأي من الأفعال السابقة، مع علمه بسريتها وبأنها متحصلة عن أي من هذه الأفعال. إذا استخدم أي شخص المعلومات السرية وكان يعلم بأنها وصلت إليه نتيجة أي فعل من الأفعال المتعارضة مع المنافسة التجارية الشريفة، فإنه يعد وكأنه ارتكب الفعل المتعارض مع المنافسة التجارية الشريفة مثله مثل من ارتكب الفعل.

وهنا يشترط لكي يعتبر الشخص مستخدم الأفعال المتعارضة مع الممارسات التجارية الشريفة أن يتحقق في البداية هل يعلم بأن هذه المعلومات سرية. وأنها يجب أن تكون محفوظة وليست معروضة أمام الجميع ومن ثم التحقق بأنه يعلم بأن هذه المعلومات قد تم الحصول عليها من إحدى الطرق غير المشروعة⁽³⁾، والتي بينتها سابقاً البنود من واحد إلى أربعة، ويُعتبر تعدياً على المعلومات غير المفصح عنها ما يترتب على الأفعال المشار إليها من كشف للمعلومات، أو حيازتها، أو استخدامها بمعرفة الغير الذي لم يُرخص له الحائز القانوني بذلك، وأن تعداد الأفعال التي تعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة في كل من اتفاقية ((تريس)) والقانون المصري إنما هو تعداد على سبيل المثال لا الحصر، وبالتالي يجب الرجوع إلى العادات والأعراف التجارية بحيث يُعتبر كل فعل يتنافى معها من قبيل عنصر الخطأ.

(1) د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مرجع سابق ص 62.

(2) د. علي حسن يونس، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 360.

(3) د. طعمة الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة، مرجع سابق، ص 68.

وعلى كل حال فإنه لا بد لقيام المسؤولية المدنية من توافر علاقة سببية بين الخطأ والضرر، بحيث يمكننا القول أنه بحدوث ذلك الخطأ حدث هذا الضرر. ذلك أن للعلاقة السببية أهمية تتمثل بتحديد نطاق المسؤولية عن طريق تحديد الاخلال المسبب للضرر الذي لحق بمالك الأسرار التجارية، فتقوم مسؤولية المدين بالسرية اذا ثبت ان الاخلال المسبب للضرر قد صدر منه، أما اذا تبين ان اخلال المدين بالتزامه لم يؤد إلى الحاق ضرر بمالك الأسرار التجارية وإنما هناك اسباب اخرى هي التي سببت الضرر هنا تنتفي مسؤوليته، فيعتد بالخطأ الذي يكون له دور منتج وفعال في وقوع الضرر⁽¹⁾.

• الفرع الرابع: أثر دعوى المنافسة غير المشروعة

يترتب على تحقق المنافسة غير المشروعة وتوافر شروط دعواها التي أوردناها أن يكون للمضرور من هذه المنافسة وهو صاحب السر التجاري في دراستنا الحالية، الحق في تعويض الضرر الذي أصابه من هذه المنافسة،

وتعتبر المطالبة بالتعويض الوسيلة العلاجية في معرض بيان وسائل الحماية المقررة بمواجهة افعال المنافسة غير المشروعة والاعتداء على الاسرار التجارية، وأنه في حال توافر اركان المسؤولية وعناصرها وتحقق القضاء منها يكون من الواجب الحكم بالتعويض عن الاضرار اللاحقة بالمعتدي عليه وفق ما يعرف بدعوى التعويض⁽²⁾.

علي انه في حال كان الدعوى التعويضية مؤسسة علي الاعتداء علي الاسرار التجارية - سواء كانت مسؤولية عقدية او تقصيرية - فان علي المدعي المتضرر إثبات ما يتعلق بالسر التجاري من صفات وهي أن معلومات المعتدي عليها تعتبر سرية بطبيعتها وليس السهل الحصول عليها، وانها ذات قيمة اقتصادية وقد احاطها صاحبها بتدابير معقولة للحفاظ علي سريتها، اضافة الي امر هام آخر يتعلق بأثبات عدم مشروعية الحصول عليها من المدعي عليه، بأنه حصل عليها وقام بإفشائها والافصاح عنها بصورة غير قانونية رغم التدابير المتخذة

(1) د. زينة غانم، الصفار، مرجع سابق، ص 140.

(2) د. احمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة، مرجع سابق، ص 344؛ د ابراهيم الدسوقي أبو الليل مرجع سابق، ص 252 وما بعدها.

لحمايتها. ويترتب علي اخفاق المدعي (المتضرر) في اثبات عناصر واركاز دعوي التعويض السابقة رد دعواه وعدم الحكم له باية تعويضات من شأنها جبر الضرر وما يلحق بها من الزامات اخري تهدف الي المحافظة علي انشطته المختلفة واسراره التجارية⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن أثر دعوى المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية عن أعمال المنافسة غير المشروعة لا تقتصر على الحكم بتعويض حائز المعلومات عما أصابه من ضرر، وإنما يتعدى ذلك إلى الحكم بمنع استعمال واستغلال هذه المعلومات من قبل مرتكب العمل غير المشروع⁽²⁾، وعلي ذلك تنص المادة 3/ أ من القانون الأردني التي تنص على أن، "لكل ذي مصلحة المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة اي منافسة غير مشروعة". و المادة 7/ أ من ذلك القانون حيث تنص على ان، "لصاحب الحق في السر التجاري المطالبة بالتعويض عن ما لحقه نتيجة اساءه استعمال هذا السر". أنظر كذلك، المادة 61 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (17) لسنة 2002م في شأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، المادة السادسة من التشريع البحريني رقم (7) لسنة 2003 بشأن الأسرار التجارية، المادة الثامنة من اللائحة السعودية لحماية الأسرار التجارية، وكذلك المادة 33 من المرسوم السلطاني رقم 2000/38 بإصدار قانون العلامات والبيانات والأسرار التجارية والحماية من المنافسة غير المشروعة، والمادة 95 الملغية من قانون التجارة الكويتي. والمادة 66 من قانون التجارة المصري.

و يمكن تعويض مالك الأسرار التجارية عن الضرر المادي والادبي الذي لحق به من جراء انتهاك أسراره، ويشمل التعويض عن الضرر المادي (سواء في نطاق المسؤولية العقدية أو التقصيرية) ما لحق مالك الأسرار التجارية من خسارة وما فاتته من كسب بشرط ان يكون ذلك نتيجة طبيعة لعدم تنفيذ المدين بالسرية لالتزامه⁽³⁾.

(1) د. احمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة، مرجع سابق، ص315؛ د. أحمد علي الخصاونه، مرجع سابق، ص 438.

(2) أنظر رأي الاستاذ الدكتور رضا السيد عبدالحميد في مؤلفه قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 سنة 2008 ص 263.

(3) د. أحمد محمد محرز، القانون التجاري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص225.

أما التعويض عن الضرر الادبي في نطاق المسؤولية التصيرية فانه لا يشمل هذين العنصرين وإنما يتولى القاضي تحديده وفقاً لسلطته التقديرية⁽¹⁾.

غير أنه في الجانب المتعلق بكون الضرر مادياً او معنوياً يذهب جانب من الفقه الي التفرقة بين كون الاعتداء منصبا علي قيم مادية يسهل معها تحديد التعويض، او أنه واقع علي قيم معنوية يكون من الصعب تقدير تعويض، او أنه واقع علي قيم معنوية يكون من الصعب تقدير تعويض ملائم لها، وينتهي الي القول بان تقدير التعويض عن الضرر يختلف من قيمة الي اخري مع الاخذ بعين الاعتبار الضرر الفعلي الذي اصاب المضرور وعليه إثباته كما سبقت الإشارة، وكما يراعي عدم المبالغة في تقدير التعويض لصعوبة تحديد مقدار الفائدة التي حصل عليها المعتدي وكونها غير مؤكدة⁽²⁾.

وفيما يتعلق باتفاقية ترينس فإنها لم تتناول التعويض عن انتهاك الأسرار التجارية بشكل صريح ولكننا يمكن ان نستخلص ذلك من خلال المادة (45) من القسم الثاني منها التي نصت على انه:

1- للسلطات القضائية صلاحية ان تأمر المعتدي بأن يدفع لصاحب الحق تعويضات مناسبة عن الضرر الذي لحق به بسبب التعدي على حقه في الملكية الفكرية من جانب متعدي يعلم أو كانت هناك اسباب معقولة تجعله يعلم انه قام بهذا الاعتداء.

2- وللسلطات القضائية ايضاً صلاحية ان تأمر المعتدي بأن يدفع لصاحب الحق المصروفات التي تكبدها والتي يجوز ان تشمل اتعاب المحامي المناسبة، وفي الحالات المناسبة، يجوز للبلدان الاعضاء تخويل السلطات القضائية ان تأمر باسترداد الأرباح حتى حين لا يكون المعتدي يعلم أو كانت هناك اسباب معقولة تجعله يعلم انه قام بذلك الاعتداء).

(1) د. عزيز العكيلي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص93، د. كيلاني عبد الراضي محمود، مرجع سابق، ص 194.

(2) د. عبد الرحمن السيد قرمان، المنافسة الطفيلية (دراسة لمدي مشروعية التطفل الاقتصادي علي قيم المنافسة التجارية)، دار النهضة العربية - القاهرة، بدون تاريخ، ص271 وما يليها.

■ المبحث الثاني: الحماية الجنائية للأسرار التجارية (جريمة إفشاء الأسرار)

تبين لنا في المبحث السابق كيف توافرت الحماية المدنية للمعلومات السرية بموجب نصوص واضحة في الاتفاقيات الدولية والقوانين المختلفة، ورأينا أنه حتى في حالة غياب النص التشريعي المباشر يُمكن إضفاء الحماية المدنية بموجب القواعد العامة للحماية وذلك بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية أو قواعد المسؤولية العقدية، وبجانب تلك الحماية المدنية، فقد وفرت الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة نوعاً من الحماية الجنائية تكفل إيقاع الجزاء على كل من يُخل بهذه الحماية⁽¹⁾.

وقد حرصت إتفاقية ((تريس)) على توفير الحماية الجنائية لحقوق الملكية الفكرية، ومنها حماية المعلومات السرية والتي نصت عليها المادة (39) من الاتفاقية، وأفردت القسم الخامس لتنظيم هذه الحماية والذي جاء تحت عنوان الإجراءات الجنائية ونصت صراحة المادة (61) على هذه الحماية وجاء فيها:-

" تلتزم البلدان الأعضاء بفرض تطبيق الاجراءات والعقوبات الجنائية على الأقل في حالات التقليد المتعمد للعلامات التجارية المسجلة أو انتحال حقوق المؤلف على نطاق تجاري، وتشمل الجزاءات التي يمكن فرضها الحبس (و/أو) الغرامات المالية بما يكفي لتوفير رادع يتناسب مع مستوى العقوبات المطبقة فيما يتعلق بالجرائم ذات الخطورة المماثلة، وفي الحالات الملائمة، تشمل الجزاءات التي يمكن فرضها أيضاً حجز السلع المخالفة أو أية مواد ومعدات تستخدم بصورة رئيسية في ارتكاب الجرم، ومصادرتها، وإتلافها، ويجوز للبلدان الأعضاء فرض تطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائية في حالات أخرى من حالات التعدي على حقوق الملكية الفكرية، لاسيما حين تتم التعديتات عن عمد وعلى نطاق تجاري".

وباستقراء النص السابق نجد أن اتفاقية (تريس) نصّت على التزام البلدان بمعاينة أي تعدٍ على حقوق الملكية الفكرية من أي كان، وبما أن حماية المعلومات غير المفصح عنها

(1) راجع في الحماية الجنائية د. أبو العلا النمر، الالتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص62؛ د. يوسف عبد الهادي الأكياي - النظام القانوني للعقود، مرجع سابق، ص 149 د. تامر محمد محمد صالح، الحماية الجنائية للحق في المنافسة: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد4، السنة 39، ديسمبر 2015، ص 511؛ د. فارس مصطفى المجالي، حماية المعلومات غير المفصح عنها في قوانين الملكية الفكرية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 2008، ص 374.

من حقوق الملكية الفكرية فتكون والحالة هذه مشمولة بالحماية، وأن التعداد الذي ورد في النص من حماية حالات التقليد المتعمد للعلامات التجارية المسجلة أو إنتحال حقوق المؤلف على نطاق تجاري إنما جاء على سبيل المثال لا الحصر، ويؤكد ذلك العبارة التي سبقت التعداد - على الأقل - كما يؤيد ذلك آخر النص والذي جاء فيه، ويجوز للبلدان الأعضاء فرض تطبيق الاجراءات والعقوبات الجنائية في حالات أخرى من حالات التعدي على حقوق الملكية الفكرية. وقد تضمن النص أيضاً أنه لقيام المسؤولية الجنائية لابد من توافر ثلاث شروط وهي:-

- 1- أن يكون هناك فعل اعتداء على حق من حقوق الملكية الفكرية.
 - 2- أن يكون هناك ضرر يلحق بجائر أو صاحب حق الملكية الفكرية ويفهم هذا الشرط من عبارة: (وعلى نطاق تجاري)، لأن الاستخدام الفردي لا يمكن أن يؤدي إلى ضرر وإن أدى فهو محدود، ويبد من ذلك، أن الشرط الأول والثاني يشكلان في حقيقتهما الركن المادي للجريمة والذي يتألف من فعل ونتيجة وعلاقة سببية.
 - 3- الركن المعنوي وذلك بتوافر إرادة ارتكاب الفعل وحصول النتيجة، ومع ذلك نرى بأن قيام المسؤولية الجنائية لا يستلزم توافر العمد لدى مرتكبها فيمكن أن تقع نتيجة الخطأ⁽¹⁾، وقد أحسن واضعو الاتفاقية عندما لم يستلزموا إثبات الفعل عن عمد، وتركوا الحرية الكاملة للدول الملتزمة في استلزام إتيان الفعل عن عمد أم لا.
- وقد جاء القانون الكويتي رقم 10 لسنة 2007 في شأن حماية المنافسة، فنص في المادة 19 منه على أن، يعاقب على مخالفة أحكام المادة الرابعة من هذا القانون بغرامة لا تتجاوز

(1) يعرف الخطأ- في مجال المسؤولية الجنائية - على أنه، "فعل أو امتناع إرادى تترتب عليه نتائج لم يقصدها الفاعل وكان في وسعه ومن الواجب عليه أن يتجنبها"، ويبدو من هذا التعريف أن جوهر الخطأ هو إخلال بالالتزام عام يفرضه القانون، وهو الالتزام بمراعاة الحيطة والانتباه والحرص على الحقوق والمصالح التي يحميها القانون، فهو نشاط إرادى غير متبصر يؤدي إلى نتيجة إجرامية كان في استطاعة الفاعل ومن واجبه أن يحول دون تحققها. يُراجع، د. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977؛ د. محمود كبيش، مضمون الخطأ غير العمدى في قانون العقوبات الفرنسى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ؛ د. عبد العظيم وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983. وعرفت محكمة النقض المصرية الخطأ بأنه، "تصرف الشخص تصرفاً لا يتفق والحيطة التي تقضى بها ظروف الحياة العادية، فهو عيب يشوب مسلك الإنسان لا يأتيه الرجل العادى المتبصر الذي أحاطت به ظروف خارجية مماثلة للظروف التي أحاطت بالفاعل". نقض مصرى 10 من مارس 1974، مجموعة أحكام النقض، ص 25، رقم 54، ص 236.

مائة ألف دينار أو ما يساوي قيمة المكاسب غير المشروعة المحققة أيهما أكبر. ويجوز الحكم بمصادرة السلع. وفي حالة العود تضاعف الغرامة ويكون الحكم بمصادرة السلع وجوبياً ويجوز الحكم بإيقاف النشاط المخالف بحد أقصى ثلاث سنوات."، وتتناول المادة الرابعة المشار إليها بالتحديد الأفعال والممارسات الضرة بالمنافسة الحرة ووفقاً للمادة السابعة من القانون فإن أحكامه تسرى على براءات الاختراع لحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة.⁽¹⁾ كما تنص المادة (61) من القانون رقم 82 لسنة 2002 بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية على أنه "مع عدم

⁽¹⁾ حيث تحتوي جميع القوانين المقارنة على نصوص قانونية تكفل إيقاع العقاب المناسب على من يقوم بإفشاء هذه الأسرار، ويختلف الجزاء المفروض باختلاف الدول حيث ينحصر بشكل عام في عقوبة الحبس و/أو الغرامة و/أو المصادرة العينية للبيانات و/أو إقفال المحال المخالفة. أما المشرع الأردني وإن كان أغفل النص على عقوبة جنائية لإفشاء المعلومات غير المفصح عنها في قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية إلا أن نص المادة (355) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 يمكنه سد هذا الفراغ التشريعي والتي جاء فيها، "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من، 1- حصل بحكم وظيفته أو مركزه الرسمي على أسرار رسمية وأباح هذه الأسرار لمن ليس له صلاحية الاطلاع عليها أو إلى من لا تتطلب طبيعة وظيفته ذلك الاطلاع وفقاً للمصلحة العامة. 2- كان يقوم بوظيفة رسمية أو خدمة حكومية واستبقى بحيازته وثائق سرية أو رسوماً أو مخططات أو نماذج أو نسخاً منها دون أن يكون له حق الاحتفاظ بها أو دون أن تقتضي ذلك طبيعة وظيفته. 3- كان بحكم مهنته على علم بسر وأفشاء دون سبب مشروع. "وأود أن أشير إلى أن إفشاء الأسرار الوارد في المادة (355) يمكنه تغطية جريمة إفشاء الأسرار التجارية والصناعية على حد سواء، وأن هذا النص لا يقتصر على الأسرار التي تمتلكها الحكومات والمؤسسات الرسمية وإنما يمكن أن يشمل المعلومات غير المفصح عنها وفقاً للمفهوم الوارد في اتفاقية (التريبس) وقانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية.

- القانون الإتحادي الإماراتي رقم (17) لسنة 2002م في شأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، وقد نص في المادة منه على أن، " يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن (5000) خمسة آلاف درهم ولا تزيد على (100000) مائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل...، أو اعتدى عمداً على أي حق يحميه هذا القانون".

- التشريع البحريني رقم (7) لسنة 2003 بشأن الأسرار التجارية، وقد نص في المادة السابعة منه على أن، " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من قام بوسيلة غير مشروعة بالكشف عن الأسرار التجارية المحمية طبقاً لأحكام هذا القانون أو بحيازتها أو باستخدامها مع علمه بسريرتها وبأنها متحصلة عن تلك الوسيلة. ويجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم في صحيفة محلية يومية مرة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه....".

- المرسوم السلطاني العماني رقم 2000/38، في شأن العلامات والبيانات والأسرار التجارية وقد نص في المادة 35 منه على أن، " يعاقب مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تجاوز ألفي ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين،... 5- كل من خالف عمداً الأحكام المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة وحماية الأسرار التجارية.

- أما لائحة حماية الأسرار التجارية السعودية، فلم تتضمن نصاً على عقوبة جنائية.

الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يُعاقب كل من يقوم بوسيلة غير مشروعة بالكشف عن المعلومات المحمية طبقاً لأحكام هذا القانون أو بحيازتها أو باستخدامها مع علمه بسريتها وبأنها متحصلة عن تلك الوسيلة، بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه، وفي حال العودة تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه".

وباستقراء النصوص السابقة، يُمكن تعريف إفشاء الأسرار بأنه الكشف عن معلومة غير مُفصح عنها ويحرص صاحبها على إبقائها طي الكتمان، ويكون الكشف صادر ممن علم بها بمقتضى علاقته الوظيفية بصاحب السر (حائز المعلومة) وأن يكون الكشف مقترناً بقصد جنائي⁽¹⁾.

وجريمة إفشاء الأسرار تستلزم توافر عدة عناصر تقف في مقدمتها طبيعة المعلومة التي تم كشفها، فلا بد أن تكون سرية ولا بد أن يكون حائزها قد أحاطها بدرجة من الحماية والاجراءات المعقولة للمحافظة على سريتها، وأن يكون لها قيمة اقتصادية أي لا بد أن يتوافر في المعلومة كافة الشروط اللازمة لجعلها جديرة بالحماية القانونية⁽²⁾.

العنصر الثاني الذي يجب توافره هو القيام بفعل إجرامي من شأنه إفشاء الأسرار أو محاولة إفشاءها وأن يترتب على ذلك الكشف عن المعلومة وهو ما يسمى بالركن المادي للجريمة والذي يتكون من فعل ونتيجة وعلاقة سببية، أما الركن أو العنصر الثالث فهو الركن المعنوي وذلك بتوافر القصد الجنائي، قصد الاعتداء على السر، ولا يكفي لقيام هذه الجريمة أن يتم الإفشاء نتيجة الإهمال أو عدم التبصر، حيث يرى البعض - بحق - أن هذه الجريمة تستلزم توافر القصد العام والذي يتكون من العلم والإرادة، العلم بأنه يكون بفعل من شأنه إنشاء معلومة يحرص صاحبها أو حائزها على إبقائها طي الكتمان، وإرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفت القوانين المقارنة، وأن هذه الجريمة لا تستلزم قصد خاص وهو نية الإضرار.

(1) د. يوسف عبد الهادي الأكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 148. راجع أيضاً، د. محمود محيي الدين الجندي، براءة الاختراع وصناعة الدواء، دار النهضة العربية، 2014، ص 195.
(2) د. أبو العلا النمر، الإلتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 62.

ويبدو من النص السابق أن لهذه الجريمة ركنين: الركن المادي (المتمثل في فعل الإفشاء)، والركن المعنوي (المتمثل في القصد الجنائي) نتناولهما من خلال مطلبين، ثم نفرّد المطلب الثالث لبيان العقوبات المترتبة على جريمة إفشاء الأسرار.

♦ المطلب الأول: الركن المادي (فعل الإفشاء)

يتمثل الركن المادي للجريمة في النشاط الذي يشكل ماديات الجريمة، الذي به تظهر الجريمة إلى العالم الخارجي، وتتحوّل من مجرد نية دفيئة إلى واقع محسوس⁽¹⁾، وكأي جريمة يتكون الركن المادي في جريمة إفشاء الأسرار لا بد من عناصر ثلاثة هي: السلوك الإجرامي، والنتيجة الإجرامية، وعلاقة السببية بينهما، نتناولها بالبحث على النحو التالي:

• أولاً: السلوك الإجرامي

يتمثل النشاط الإجرامي، في النشاط الإيجابي الذي يعبر عن تدخل من الجاني، وهذا التدخل قد يكون بفعل يصدر عن الجاني، وقد يكون بالقول⁽²⁾. ويتحقق وجود السلوك الإجرامي في جريمة إفشاء الأسرار في فعل الإفشاء ويستوي في ذلك أن يكون الإفشاء كلياً أو جزئياً، هنا يثر التساؤل عن معنى إفشاء الأسرار.

ويرى بعض الفقه أن الإفشاء يقصد به: كشف السر وإطلاع الغير عليه بأية طريقة⁽³⁾. ويمكن تعريف إفشاء الأسرار بأنه الكشف عن معلومة غير مُفصح عنها ويحرص صاحبها على إبقائها طي الكتمان، ويكون الكشف صادر ممن علم بها بمقتضى علاقته بصاحب السر (حائز المعلومة)⁽⁴⁾

ويعرف الإفشاء أيضاً بأنه: الإفشاء بواقعة معينة إلى شخص يجهلها بصفة كلية أو جزئية أيا كان قدر المعلومات التي تلقاها وقد يكون الغير على علم سطحي بتلك الواقعة ثم

(1) د. فتوح الشاذلي، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 66.

(2) د. أبو العلا النمر، الإلتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 54.

(3) د. محمود محيي الدين الجندي، المرجع السابق، ص 195.

(4) د. فارس مصطفى المجالي، حماية المعلومات غير المفصح عنها في قوانين الملكية الفكرية. دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 2008، ص 374.

يستحيل إلى علم قطعي فور الإفشاء إليه بها، ويستوي المدى القانوني أن ينقل الجاني إلى الغير كل معلوماته أو يحجب عنه بعضاً منها سواء من تلقاء نفسه أم على تنبيه من صاحب السر، أما إن كانت الواقعة معلومة على وجه اليقين لدى الغير فقد زال عنها وصف السر وغدا الإفشاء بها غير محظور⁽¹⁾.

ويلاحظ أن هذه التعاريف جميعها تدل على ظهور وانتشار السر وإعلانه للجمهور، أي أنها لا تختلف في مضمونها وهدفها، وإن اختلفت في أسلوبها وصياغتها. وإفشاء الأسرار صور متعددة، فمن الممكن أن يقع الإفشاء من الشخص بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أو أن يقع بصورة صريحة أو ضمنية، حيث يقع بصورة صريحة إذا أخبر الشخص الملتزم بحماية السر شخصاً آخر بسر من أسرار من أمنه على أسرار، وإما أن يكون ضمناً كأن يكون على مكتب الموظف المختص أوراق تخص المعلومات السرية المقدمة إليه فيأتي شخص آخر ويأخذ الأوراق ليقرأها فلا يمنعه المؤتمن على السرية، على الرغم أنه قادر على ذلك، بهذا يكون إفشاءً ضمناً⁽²⁾.

كذلك يقع الإفشاء سواء أكان الإفشاء لشخص واحد أم لمجموعة أشخاص مهما كانت صلة قرياهم⁽³⁾، حيث يرتكب الملتزم بحماية السر جريمة الإفشاء إذا أخبر شقيقه أو زوجته بموضوع السر، إذ لا عبرة هنا لعدد الأشخاص الذين وصل إليهم الخبر أو لصفتهم، والمهم هنا هو وصول الخبر إلى شخص كان يجهل السر أو يعلم به ولكنه غير مؤكد بالنسبة له. وحتى يعتد بإفشاء السر يجب أن يطلع الغير على السر ويمكن أن يكون هذا الاطلاع كلياً أو جزئياً بالنسبة للسر، أما صاحب السر فيكفي ذكر اسمه أو ذكر أوصافه التي تميزه

(1) د. عبد الحميد الشواربي، جرائم الصحافة والنشر، الجرائم التعبيرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون طبعة، 2004، ص 61.

(2) د. محمد الأمير محمد يوسف، صور الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1990، ص 31؛ د. فارس مصطفى، مرجع سابق، 375.

(3) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الثالثة، 1985، ص 772.

أو وضع صورته على أوراق الدعوى أو أية طريقة بحيث يستطيع الغير أن يميز صاحب هذا السر بها⁽¹⁾.

وإفشاء السر إلى صاحب السر أو بناء على طلبه لا يعتبر إفشاء، ويجب على الشخص المؤمن أن يبقى ملتزماً بالصمت حتى وإن قام صاحب السر بإذاعة سره، أما الشروع في جريمة إفشاء الأسرار فإنه متصور، حيث يلزم لاعتبار الواقعة شروعاً أن تكون مطابقة للنموذج القانوني للجريمة التامة باستثناء الركن المادي، لأن مجرد البدء في التنفيذ يكفي لتوفر الشروع⁽²⁾. وهناك طرق عديدة لإفشاء المعلومات غير السرية، فقد يكون الإفشاء بالقول أو بالفعل أو بالكتابة أو بإذاعتها أو التحدث في محاضرة أو بالنشر في صحيفة، إذ يحاول دائماً رجال الصحافة والأعلام بثتى الطرق والوسائل تحقيق سبق صحفي أو إعلامي بالحصول على كافة المعلومات الجديدة التي يهتم الناس بمعرفتها⁽³⁾.

ويمكن أن يكون الإفشاء كما ذكر سابقاً لشخص واحد حتى ولو طلب منه كتم السر، بل حتى ولو كان ممن يلزمهم القانون بالكتمان بل حتى لا يجوز الإفشاء من أمين إلى أمين، والحكمة من ذلك أن صاحب السر لم يصرح به إلا للأمين واحد فقط⁽⁴⁾، ولا يشترط أن يكون إفشاء السر علنياً حتى تقوم به الجريمة، كما في حالة نشر السر في كتاب علمي أو مقالة أو محاضرة علمية، فالإفشاء لا يعني الإذاعة كما مر معنا، ومن ثم تقوم الجريمة ولو أفضى الأمين على السر بالوقائع موضوع السر إلى الغير في رسالة خاصة أو في حديث بينهما حتى ولو كان حريصاً على أن لا يفشي هذا الأخير السر وطلب منه ذلك فيكفي الإفشاء هنا لشخص واحد ولا يشترط لذلك العلنية⁽⁵⁾.

(1) د. احمد كامل سلامة، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1988، ص 397.

(2) د. نظام توفيق المجالي، الجريمة المستحيلة: دراسة حول مدى اعتبارها من نماذج الشروع المعاقب عليه قانوناً، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، العدد الثاني، ربيع الأول يونيو 1999، ص 216.

(3) د. ماجد راغب الحلو، السرية في أعمال السلطة التنفيذية، بحث منشور - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد (1) لسنة 1975 - ص 55.

(4) د. احمد كامل سلامة، المرجع السابق، ص 388

(5) د. احمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 772؛ وعبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 61؛ د. احمد كامل سلامة، المرجع السابق، ص 399.

• ثانياً: النتيجة الإجرامية

يجب لتحقيق وجود الركن المادي في جريمة إفشاء الأسرار، أن يكون هناك نتيجة جرمية تتمثل في وصول السر إلى الغير⁽¹⁾. حيث تعتبر اغلب جرائم المنافسة من جرائم الخطر باعتبارها تحدث اضطراباً شديداً في التعاملات التجارية مما يستجوب تجريمها، دون أن يكون الضرر ركناً فيها. والسلوك الخطر هو السلوك الذي يتضمن بطبيعته خاصية الاضرار بالمصالح القانونية، أو تعريضها للخطر⁽²⁾.

وهذه الجرائم لا يستلزم المشروع لتحقيقها نتيجة مادية ما، بل ينصب التجريم على الأفعال المكونة للجريمة، ولذلك فهي تقع بمجرد ارتكاب هذه الأفعال⁽³⁾، والقول بذلك لا يعني أن الجرائم خالية من أي أثر يحدث في العالم الخارجي، ولكن المقصود أنها خالية من نتيجة أو أثر منصوص عليه صراحة في النص الذي يجرم الفعل من اعتباره عنصراً في الجريمة، لأن المشروع لا يتطلب في النصوص التي تعرف هذا النوع من الجرائم أن يكون من بين عناصرها سوي سلوك معين إيجابياً كان أم سلبياً، وبناءً على ذلك فعلي القاضي أن يتحقق من توافر السلوك فقط الذي تكتمل الجريمة مادياً باقترافه بصرف النظر عن أيه آثار تترتب عليه⁽⁴⁾. وبالتالي، فبمجرد إفشاء الأسرار المتعلقة بالأعمال التجارية أو عمليات التصنيع أو الانتاج أو التوزيع أو التسويق، أو الحد من المنافسة تقع الجريمة كاملة⁽⁵⁾. ويترتب على اعتبار اغلب جرائم المنافسة من جرائم الخطر ما يلي:

(1) د. أحمد كامل سلامة، المرجع السابق، ص 39

(2) ووفقاً للفقهاء فإن مثل تلك الجرائم تعتبر واقعة ومستوجبة للعقاب حتى مع عدم تحقيق أرباح أو عوائد مالية لمرتكبها، إذ أن ذلك لا يغير من ثبوت واقعة الاعتداء على الحق المعتدي عليه باعتباره قيمة من قيم المنافسة، حتى لو لم يلحقه ضرر مادي منها. (1) راجع لتفصيل ذلك، - د. أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة، مرجع سابق، ص 360 بند 227، وقد أورد تفصيلاً في مسألة الحماية الجزائية وفقاً للقانون المصري وذلك في البند (ثانياً) رقم (228)، ص 361 وما يليها من مرجع سابق.

(3) د. محمد عمر مصطفى، النتيجة وعناصر الجريمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، العدد الثاني، يوليو 1965، السنة السابعة، ص 315.

(4) د. أحمد شوقي أبو خطوة، جرائم التعريض للخطر العام، دار النهضة العربية، 1999، ص 14.

(5) د. تامر محمد صالح، الحماية الجنائية للحق في المنافسة - دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 4، السنة 39، ديسمبر 2015، ص 511.

- عدم تصور الشروع فيها.
- عدم اثاره البحث حول علاقة سببية، حيث تقع بمجرد السلوك وتتمثل نتيجتها في تهديد المصلحة المحمية.
- عدم خروج الجانب المعنوي فيها عن القصد العام الذي يشمل الارادة والعلم دون تخصيص، وهذا علي خلاف الجرائم ذات النتيجة التي قد تستلزم المشرع فيها توافر القصد الجنائي الخاص احيانا، وبالتالي فلا يتصور ان تكون جريمة غير عمدية، ولو كان السلوك ناتجا عن اهمال جسيم⁽¹⁾.

• ثالثا: علاقة السببية بين الفعل والنتيجة

حتى تتحقق الحماية الجنائية لحماية لأسرار يجب أن يكون هناك علاقة سببية بين الفعل والنتيجة الإجرامية، وإذا انتفت هذه العلاقة لا تتحقق الحماية الجنائية. فجريمة إفشاء الأسرار في مجال بيانات اختبار صناعة الدواء والمنتجات الكيماوية، تستلزم أن تكون هناك علاقة تعاقدية أو وظيفية بين مرتكب الجريمة وصاحب الحق في البيانات، ويستوي في ذلك أن تكون هذه العلاقة قائمة أو منتهية.

♦ المطلب الثاني: الركن المعنوي (القصد الجنائي)

لا يكفي لقيام الجريمة توافر الركن المادي، سواء أكان سلوكاً مجرداً أم سلوكاً أدى إلى نتيجة جرمية، وإنما تكتمل الجريمة عندما يقترن هذا الركن بركن آخر يسمى الركن المعنوي. ويعرف القصد الجنائي انه: "علم بعناصر الجريمة وارده متجهة لتحقيق هذه العناصر أو إلى قبولها"⁽²⁾، وبهذا فإن الركن المعنوي يعبر عن الجانب النفسي للجاني تجاه الجريمة، لذا فإن جريمة إفشاء الأسرار لا تقوم بمجرد تحقق الركن المادي وإنما يلزم لذلك توفر الركن المعنوي.

(1) د. محمد عمر مصطفى، النتيجة وعناصر الجريمة، مرجع سابق، ص323.

(2) د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص 280.

فجريمة إفشاء الأسرار جريمة عمدية، ومن ثم يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي، والقصد الجنائي المتطلب لقيام هذه الجريمة هو القصد العام، الذي يتحقق وفقاً للقواعد العامة من علم وإرادة⁽¹⁾.

• أولاً: العلم

يتطلب القصد الجنائي أن يكون الجاني عالماً بكل المقومات التي تدخل في بناء الجريمة⁽²⁾، المادي منها والمعنوي وأن يكون واعياً بما يقوم به، وقد عرف الوعي بأنه: (المقدرة على فهم ماهية الفعل وطبيعته وتوقع الآثار المترتبة عليه)⁽³⁾، فإذا قام بالفعل دون وعي انتفي العلم، وبالتالي لا يترتب عليه مسؤولية جنائية، والعلم يسبق الإرادة فلا يتصور إرادة دون علم، وربما يتطلب القانون لقيام الجريمة العلم المثبت، أو ربما يفترض وجود العلم في بعض الجرائم، لذا يتطلب القانون أن يكون حائز السر عالماً بطبيعة المعلومة التي تم كشفها، فلا بد أن تكون سرية ولا بد أن يكون حائزها قد أحاطها بدرجة من الحماية والاجراءات المعقولة للمحافظة على سريتها، وأن يكون لها قيمة اقتصادية أي لا بد أن يتوافر في المعلومة كافة الشروط اللازمة لجعلها جديرة بالحماية القانونية، أي عالماً بالطابع السري للواقعة التي يفشيها، وإنها مودعة لديه بصفته أميناً على الأسرار، فإذا كان جاهلاً لذلك انتفي القصد الجنائي⁽⁴⁾.

• ثانياً: الإرادة

حتى يتوفر القصد الجنائي لا يكفي أن يكون حائز السر عالماً بالركن المادي، بل يجب أن يكون لديه الرغبة في تحقيق ذلك⁽⁵⁾، أي أنه يريد أن يتحقق الفعل الذي قام به، وللإرادة عنصران هما:

(1) يقوم القصد الجنائي في جرائم المنافسة غير المشروعة علي احاطة الجاني علماً بجميع العناصر القانونية للجريمة، كما وردت في نص التجريم، اضافة الي انصراف الارادة الي السلوك الاجرامي فقط بالنسبة للجرائم ذات السلوك المجرد.

(2) د. عبد الفتاح مصطفى الصفي، قانون العقوبات - النظرية العامة، دار الهدى للمطبوعات، بدون تاريخ، ص 314

(3) د. كامل السعيد، المرجع السابق، ص 527.

(4) د. فتحي سرور، المرجع السابق، ص 773.

(5) د. تامر محمد محمد صالح، مرجع سابق، ص 511.

1- إرادة النشاط (إرادة إفشاء المعلومة):

يجب أن تتجه إرادة حائز المعلومة غير المفصح عنها إلى القيام بالفعل بالشروط التي نص عليها القانون، فلا يكفي لتكون الجريمة عمدية أن يرتكب الحائز الركن المادي، بل يجب أن يكون قد صدر عن إرادة كما تتعدى إلى إرادة النتيجة أيضاً. فمن هنا تقع الجريمة إذا علم حائز السر أنه يقوم بالإفشاء لسر وأوراد هذا الإفشاء، وأراد تحقق النتيجة، أما إذا نسي حائز السر على مكتبه بعض الملفات التي وقعت تحت نظر السكرتير أو تحدث بصوت مرتفع مع عميل له جاهلاً أن الغير يمكنه الاستماع إلى هذا الحديث، فلا يوجد هنا سوى خطأ يمكن الحكم بسببه عليه بالتعويض المدني⁽¹⁾.

2- إرادة النتيجة (إرادة وصول المعلومة للغير):

إرادة النتيجة عنصر مهم في الجرائم التي تتطلب وجود هذه النتيجة، وبها يمكن أن يميز بين الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية، فإذا أراد الفاعل النشاط وأراد النتيجة فهي جريمة عمدية، أما إذا أراد النشاط ولم يرد النتيجة فهي جريمة غير عمدية⁽²⁾. وبما أن جريمة إفشاء الأسرار تقوم بمجرد الإفشاء فإن النتيجة تتحقق بوصول الواقعة السرية إلى الغير، إذا ثبت أن الحائز يريد تحقق النتيجة فإنه يرتكب الجريمة⁽³⁾. ومن هنا يجب لتوفر القصد الجنائي أن تتجه إرادة الحائز إلى النشاط وإلى النتيجة المتمثلة في وصول الواقعة إلى الغير، أي بمعنى آخر أن تتجه إرادته إلى إتيان الفعل الذي من شأنه أن يعلم بالواقعة السرية، وأن تتجه إرادته لتحقيق هذا العلم لدى الغير.

(1) د. احمد كامل سلامة، المرجع السابق، ص 406.

(2) د. فارس مصطفى المجالي، مرجع سابق، 381.

(3) وعلى ذلك أكدت محكمة النقض المصرية في حكمها المتضمن بأنه: (يجب أن يقترن القصد الجنائي بنية الإذاعة فإذا أثبت الفاعل أنه لم يقصد الإذاعة وإنما حصلت عرضياً بسبب محادثة خاصة بصوت مسموع فلا يجوز مؤاخذته قط)، انظر 24 ديسمبر - سنة 1939 - مجموعة القواعد القانونية - جزء (5)، رقم (38)، ص 66، انظر د. احمد كامل سلامة، المرجع السابق، ص 407.

♦ المطب الثالث: العقوبات المترتبة على إفشاء الأسرار

إذا اكتملت أركان جريمة إفشاء الأسرار حق العقاب على الجاني، بمعنى أنه تتحدد لحظة تمام الجريمة بلحظة حدوث النتيجة، وعلى هذا نص المشرع المصري في المادة (61) من القانون رقم 82 لسنة 2002 بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يُعاقب كل من يقوم بوسيلة غير مشروعة بالكشف عن المعلومات المحمية طبقاً لأحكام هذا القانون أو بحيازتها أو باستخدامها مع علمه بسريرتها وبأنها متحصلة عن تلك الوسيلة، بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه. وفي حال العودة تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه.

وبذلك نرى ان المشرع المصري قد خرج من دائرة التقييد والتضييق في مجال حماية الاسرار التجارية الي افق اكثر سعة وانه بنص المادة (61) من القانون اوجد حماية فاعلة بمواجهة الاعتداء علي الاسرار التجارية، اضافة الي تجاوزه قاعدة الحظر الجزائي العام في ان لا عقوبة ولا جريمة الا بنص، وانه بما سبق ذكره من احكام فتح الباب علي مصراعيه في اضعاف حماية كاملة علي الاسرار التجارية، وجعل من اي قانون محلا للتطبيق علي اية واقعة تشكل جرماً جنائياً واقعا علي سر تجاري ومنصوص عليها فيه.

○ خاتمة

ناقشت هذه الدراسة موضوع "الحماية القانونية للأسرار التجارية"، حيث طرأ على الواقع المعاصر من تقدّم تكنولوجي هائل، خلف وراءه آثار سلبية نتيجة الانحراف في استغلال الوسائل العلمية عن الغرض المخصصة لأجله، فأصبحت آلية التوصل إلى المعلومات السرية بطرق غير مشروعة من خلال وسائل التجسس التجاري والقرصنة الفكرية، مما جعل الحماية القانونية ضرورةً حتمية لا غنى عنها.

وعلى ذلك تبني النظام التجاري العالمي ممثلاً بمنظمة التجارة العالمية واتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريس" نظاماً قانونياً يحميها باعتبارها فرعاً من

فروع الملكية الفكرية. حيث يشترط في هذه الاسرار التجارية حتى تحظى بالحماية القانونية: السرية، والقيمة التجارية، وبذل الجهود المعقولة للمحافظة على سريتها.

رأينا - من خلال البحث - كيف أنه من الصعب أن نجد تعريفاً للأسرار التجارية، ولاحظنا بعد استعراض محاولات الفقه الوصول إلى تعريف لهذا المصطلح أن الأسرار التجارية لا تعدو أن تكون معلومات أو طرقاً أو صيغاً أو تقنيات ذات أهمية اقتصادية، ولا يشترط فيها أن تنطوي على خطوة ابتكارية، وتستخدم في مجالات التجارة أو الصناعة أو التقنية ويحتفظ بها صاحبها سرا من خلال اتخاذ إجراءات لحمايتها من أن يطلع عليها الغير الذين يمكن أن يحققوا فوائد اقتصادية لو أتحت لهم إمكانية استخدام هذه الأسرار في مجال عملهم.

ويرجع اختلاف الفقه في تحديد مفهوم الأسرار التجارية إلى الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية لتلك الاسراء وطبيعة الحماية. وبفض النظر عن صحة تلك النظريات التي تجد أساسها النظريات الفقيه أي انها لا تعدو أن تكون مجرد جدلا فقهيًا، فإن الحماية تجد أساسها بالتشريعات المختلفة.

ناقش البحث شروط حماية الأسرار التجارية في اتفاقية " تريس " ولاحظنا تناغم التشريع المقارن مع الاتفاقية بصدد هذه الشروط التزاما منهم بما تفرضه عليهم عضويتهم في الاتفاقية الدولية. كما لاحظنا من خلال دراسة شروط حماية الأسرار التجارية أن هناك تطابقاً بين التشريعات فيما يتعلق بهذه المسألة.

عرض البحث كيفية حماية المعلومات السرية مدنياً وجزائياً وما هي الوسيلة والنظام القانوني الأمثل للحماية والجزاء المترتبة على الإخلال بحماية هذه المعلومات غير المفصح عنها، حيث توصل البحث إلى أن الحماية الجنائية الأمثل تكون من خلال حماية الاسرار من الاقشاء وصور الاعتداء الموجبة للحماية القانونية، مستهدين في ذلك بالنماذج التطبيقية والأحكام القضائية.

تشكل دعوى المنافسة غير المشروعة وسيلة الحماية المدنية الأمثل لحماية الاسرار التجارية لكون الحقوق الفكرية تقررت أصلا لتنظيم المنافسة المشروعة بين التجار والصناع ولتميز هذه الدعوى التي تحمي الحقوق المسجلة وغير المسجلة وتهدف لتعويض الضرر ووقف أعمال المنافسة غير المشروعة معا ولا تتعلق بأفعال واردة على سبيل التعداد والحصر.

ونستطيع أن نخرج من البحث بالتوصيات الآتية:

أولاً: أشرنا سابقاً إلى أن المشرع الكويتي لم ينظم حماية الأسرار التجارية في تشريع خاص إلا أنه أورد نصاً خاصاً في القانون رقم 2007/10 بشأن حماية المنافسة، وهو نص المادة 7 ونرى بأن ذلك يعد فراغاً تشريعياً يمكن أن يتسبب في ضياع الحقوق. لذا نقترح بأن يتبنى المشرع الكويتي تشريعاً خاصاً ينظم الأسرار التجارية عملاً بما هو معمول به في التشريع المقارن مثل التشريع المصري والتشريع الأردني وبما يتلاءم والأحكام التي جاءت بها اتفاقية تريبس.

ثانياً: نلاحظ بأنه على الرغم من أن النصوص التشريعية الوطنية الخاصة بالحماية القانونية للأسرار التجارية في الدول النامية حديثة التنظيم، إلا أنها نصوصاً تقريرية لمبادئ ونصوص قانونية سابقة وضعتها اتفاقية تريبس.

لذلك ندعو هذه الدول أن تكون الحماية القانونية للأسرار التجارية فيها حافزاً لها نحو الإبداع وخلق التكنولوجيا والتخلي عن دور المتلقي من خلال وجود حماية أعلى مما هو منصوص عليه في اتفاقية "تريبس" خاصة وأن الدول المتقدمة تسعى لإقرار أعلى سقف ممكن للحماية القانونية أمام أي تقليد أو قرصنة للتكنولوجيا في نطاق التجارة الدولية.

ثالثاً: نوصي بأن يكون اتفاق السرية ملزماً للجهة التي اطلعت على السر التجاري بالحفاظ على سريتها مدة زمنية تتناسب والعمر الافتراضي للسر التجاري وطالما بقيت هذه الأسرار محتفظة بسريتها وقيمتها القانونية والتجارية، ولم تدخل في الحالة الفنية السائدة، ونوصي بإيراد بند في العقد يفيد بالالتزام الذي اطلع على السر التجاري بعدم إفشائه ما دامت المعلومات السرية تشكل سراً تجارياً ويتمتع بالحماية القانونية للسر التجاري.