

النزاع الأثيوبى المصرى حول اقتسام مياه نهر النيل فى إطار القانون الدولى المعاصر مع إشارة خاصة إلى سد النهضة الأثيوبى

الدكتور/ مدوس فلاح سعد الرشيدى
أستاذ القانون الدولى المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

تواجه كل من أثيوبيا، كإحدى دول منابع نهر النيل، ومصر كدولة مصب له تحديات كثيرة، من أهم هذه التحديات: توزيع مياه نهر النيل بين الدول المشاطئة لهذا النهر عند بناء السدود، كسد أسوان وأخيراً سد النهضة الأثيوبى. وقد كانت هناك محاولات عديدة لإيجاد آلية منصفة لتوزيع مياه هذا النهر بين الدول الواقعة على ضفافه، وإن لم تصل هذه الآلية بعد إلى درجة النضج لاصطدامها بادعاءات متبادلة ببعض الحقوق المكتسبة فى كمية متميزة من مياه هذا النهر، خاصة تلك الادعاءات المتبادلة الحالية بين كل من أثيوبيا ومصر. ومن المؤكد أن أي آلية منصفة لا بد أن تتأثر بعوامل طبيعية وأخرى قانونية: من ذلك، مثلاً، أن أي آلية لتوزيع مياه نهر النيل بين هاتين الدولتين سوف تتأثر حتماً - سلباً أو إيجاباً - بطبيعة هذا النهر؛ من حيث قدرته المائية الطبيعية وجريانه واتجاه هذا الجريان، ثم يلي ذلك بالتدرج ما أبرم من اتفاقيات وما بذل من جهود دولية: ثنائية وجماعية، فى سبيل إيجاد إطار قانونى للتعاون فى مجال توزيع مياه هذا النهر بين الدول الواقعة على ضفافه، والتطورات التى أصابت قواعد القانون الدولى المعاصر بشأن حكم المجارى المائية الدولية كنهر النيل.

مقدمة:

تواجه كل من أثيوبيا كإحدى دول منابع نهر النيل، ومصر كدولة مصب له تحديات كثيرة، من أهم هذه التحديات^(١) توزيع مياه نهر النيل بين الدول المشاطئة لهذا النهر عند بناء السدود، كسد أسوان وأخيراً سد النهضة الأثيوبي. وقد كانت هناك محاولات عديدة لإيجاد آلية منصفة لتوزيع مياه هذا النهر بين الدول الواقعة على ضفافه، وإن لم تصل هذه الآلية بعد إلى درجة النضج لاصطدامها بادعاءات متبادلة ببعض الحقوق المكتسبة في كمية متميزة من مياه هذا النهر، خاصة تلك الادعاءات المتبادلة الحالية بين كل من أثيوبيا ومصر. ومن المؤكد أن أي آلية منصفة لا بد أن تتأثر بعوامل طبيعية وأخرى قانونية: من ذلك، مثلاً، أن أي آلية لتوزيع مياه نهر النيل بين هاتين الدولتين سوف تتأثر حتماً - سلباً أو إيجاباً - بطبيعة هذا النهر من حيث قدرته المائية الطبيعية وجريانه واتجاه هذا الجريان، ثم يلي ذلك بالتدريج، ما أبرم من اتفاقيات وما بذل من جهود دولية: ثنائية وجماعية، في سبيل إيجاد إطار قانوني للتعاون في مجال توزيع مياه هذا النهر بين الدول الواقعة على ضفافه، والتطورات، التي أصابت قواعد القانون الدولي المعاصر بشأن حكم المجاري المائية الدولية، كنهر النيل.

وكأي نهر دولي مشترك بين عدة دول، فقد ثار نزاع بين دول حوض نهر النيل حول اقتسام مياه هذا النهر بينها، من ذلك، النزاع القائم الآن بين أثيوبيا ومصر حول تقسيم مياه نهر النيل بينهما بمناسبة بناء سد النهضة الأثيوبي، مما يثير تساؤلات كثيرة من أهمها السؤال، الذي مؤداه: ما موقف القانون

(١) وهذه تشمل ندرة المياه، والفقر والتدهور البيئي وانعدام الأمن والجفاف والتصحر، حيث زادت هذه العوامل من احتمالات وقوع النزاعات حول المياه بين الدولتين، مصر وأثيوبيا، انظر: صفا شاكرا إبراهيم محمد، الصراع المائي بين مصر ودول حوض النيل: دراسة في التدخلات الخارجية، G:\new research Ethiopia Grand Dam\work\htm. عربي/ الصراع المائي بين مصر ودول حوض النيل دراسة في التدخلات الخارجية، تمت زيارته في ١٠/١٠/٢٠١٣.

الدولي المعاصر من تلك الآليات والاتفاقيات المنشئة لها بشأن توزيع مياه نهر النيل بين الدول المشتركة فيه، وعلى وجه الخصوص أثيوبيا ومصر؟ فتكثيف الدراسات - في رأينا - التي تبحث عن الإجابة لمثل هذا التساؤل، واتخاذ النزاع الأثيوبي المصري حول اقتسام مياه نهر النيل بينهما بمناسبة بناء سد النهضة مثالا يحتذى، قد يضع بين أيدي أطراف النزاع في حوض نهر النيل وغيره مزيداً من وسائل الحلول القانونية التي إذا ما أراد أطراف النزاع الركون إليها مع غيرها من وسائل سلمية، فإنها حتماً سوف تحد من مثل هذه النزاعات ليس فقط بين أثيوبيا ومصر، بل بين دول نهر النيل جميعاً.

وسوف نتلمس مثل هذه الإجابة في الإطار القانوني الحالي المتوفر، الذي يحكم توزيع مياه نهر النيل بين الدول المشاطئة له، كمبادرة حوض نهر النيل، وبعض الاتفاقيات العامة، واتفاق الأمم المتحدة بشأن الاستخدامات غير الملاحية للأنهار الدولية لعام ١٩٩٧ "اتفاق ١٩٩٧"، وتبادل المذكرات بشأن استخدام مياه نهر النيل للري بين مصر والمملكة المتحدة عام ١٩٢٩ "اتفاق ١٩٢٩"^(٢)، الذي تنازع في شرعيته بعض دول المنبع، كأثيوبيا، حيث تدعي

(٢) انظر: تبادل المذكرات بشأن استعمالات مياه نهر النيل للأغراض الزراعية في مايو ١٩٢٩ بين مصر والمملكة المتحدة ٩٣ ٤٣ L.N.T.S.، وكانت هذه المذكرات على النحو التالي: نص خطاب رئيس مجلس الوزراء المصري آنذاك: "تأييدا لمحادثتنا الأخيرة، أشرف بأن أرسل لسيادتكم وجهة نظر الحكومة المصرية بشأن مسائل الري التي كانت موضوع المناقشة بيننا، والحكومة المصرية توافق على أن البت في هذه المسائل لا يمكن تأجيله، حتى يتيسر للحكومتين عقد اتفاق بشأن مركز السودان، غير أنها مع إقرار التسويات الحاضرة تحتفظ بحقها فيما يتعلق بالمفاوضات التي تسبق عقد مثل هذا الاتفاق، وبناء عليه تقبل الحكومة المصرية النتائج التي انتهت إليها لجنة مياه النيل في سنة ١٩٢٥ المرفق تقريرها بهذه المذكرة، والذي يعتبر جزءاً لا يتجزأ من هذا الاتفاق".

ذكر الخطاب أيضاً أنه من المفهوم أن الترتيبات التالية، يجب مراعاتها بشأن أعمال الري على النيل وهي:

أولاً: أن يكون لمفتش عام الري المصري في السودان وموظفيه أو أي موظفين =

مصر أن القانون الدولي واتفاق ١٩٢٩ يمنحها حقوقاً على مياه نهر النيل دون أن يكون عليها التزامات في مواجهة دول حوض نهر النيل الأخرى عدى

= يعينهم وزير الأشغال العامة، الحرية في التعاون مع المهندس المقيم في "خزان سنار"، بخصوص إجراء المقاييس لتضمن الحكومة المصرية أن توزيع المياه وتنظيم الخزان، تم وفقاً للاتفاق المعقود.

ثانياً: ألا تقام أو تجرى أي أعمال للري على النيل أو فروعه، أو على البحيرات التي تغذيه، سواء الموجودة في السودان أو في الأقاليم الخاضعة للإدارة البريطانية، والتي قد تضر بأي شكل بمصالح مصر، سواء بتقليل كمية المياه التي تصل إليها، أو بتعديل تاريخ وصولها أو تعديل منسوب المياه، إلا بالاتفاق مع الحكومة المصرية.

ثالثاً: تقدم للحكومة المصرية التسهيلات اللازمة، لتنفيذ الإجراءات الضرورية للقيام بدراسة كاملة للقوى على نهر النيل في السودان.

رابعاً: في حالة ما إذا قررت الحكومة المصرية بناء أي أعمال على النهر أو على فروعه في السودان، أو اتخاذ أي إجراءات بقصد زيادة موارد المياه لمصلحة مصر، فإنه يتفق مع السلطات المحلية على اتخاذ الإجراءات التي تتخذ للمحافظة على المصالح المحلية".

أما خطاب اللورد لويد، فكان نصه الآتي: "تشرفت باستلام المذكرة التي بعثتم بها سيادتكم إلينا اليوم، ومع تأييدي للقواعد التي تم الاتفاق عليها كما هي واردة في مذكرة سيادتكم، فإنني أعبر لسيادتكم عن سرور حكومة صاحبة جلالة الملك بأن المباحثات أتت إلى حل سيؤدي إلى زيادة تقدم مصر والسودان ورخائهما، وأن حكومة جلالة الملك بالمملكة المتحدة لتشاطر سعادتكم الرأي في أن مرمى هذا الاتفاق وجوهره هو تنظيم الري على أساس تقرير لجنة مياه النيل، وأنه لا تأثير له في الحالة الراهنة في السودان،

وفي الختام أذكر لسعادتكم أن حكومة جلالة الملك سبق لها الاعتراف بحق مصر الطبيعي والتاريخي في مياه النيل، وأكرر أن حكومة جلالة الملك تعتبر المحافظة على هذه الحقوق مبدأً أساسياً من مبادئ السياسة البريطانية، كما تؤكد لسعادتكم بطريقة قاطعة أن هذا المبدأ أو تفصيلات هذا الاتفاق ستنفذ في كل وقت أيًا كانت الظروف التي قد تطرأ فيما بعد"، نقلاً عن المعرفة، <http://www.marefa.org/index.php/%D8%A7%D9%81%D8%A7%D9%82%D9%8A%D8%A9%D9%85%D9%8A%D8%A7%D9%87%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%8A%D9%84>

1929_84%D9%84، تمت زيارته في ١٦/١٠/٢٠١٣.

السودان، وفقاً لاتفاق عام ١٩٥٩ بين الجمهورية العربية المتحدة والسودان^(٣) "اتفاق ١٩٥٩". واستناداً إلى ذلك، تدعي مصر الحق في ما نسبته خمسة وستين في المائة من مياه نهر النيل في السنة تقاس في سد أسوان.

لذلك، تهدف هذه الدراسة إلى تتبع الإطار الواقعي لنهر النيل، الذي نشأت في ظله مثل هذه الحقوق لكل من أثيوبيا ومصر، كمعيار واقعي لما هو موجود على الأرض من توزيع للمياه بينهما، وسياسة البنك الدولي تجاه تمويل المشروعات المماثلة لسد النهضة، كمؤشر على القواعد الدولية لتمويل مثل هذه المشاريع، ومدى التزام أثيوبيا بها عند بناء هذا السد، في مبحث أول، ومبدأ التعاون بين دول نهر النيل، كإطار استقرت في ظله حقوق لدول هذا النهر والتزامات بشأن توزيع مياه هذا النهر بينها، في مبحث ثانٍ، ثم مناقشة ذلك كله في إطار القانون الدولي، الذي يحكم مثل هذه الحقوق والالتزامات، في مبحث ثالث، وأخيراً، إبداء ما توصلت إليها هذه الدراسة من خلاصة، كل ذلك في منهج تحليلي.

(٣) اتفاقية الجمهورية العربية المتحدة والسودان بشأن الاستفادة الكاملة من مياه نهر النيل المبرمة في ٨ نوفمبر عام ١٩٥٩ وملاحقها، ٤٥٣ U.N.T.S. 6519.

المبحث الأول

سد النهضة فى الإطار الطبيعى لنهر النيل فى كل من أثيوبيا ومصر وفى إطار سياسة البنك الدولى بشأن تمويل المشاريع المائية المماثلة

لطبيعة نهر النيل أثر كبير على كيفية توزيع مياهه بين كل من أثيوبيا ومصر، كما سوف نرى فى المطلب الأول من هذا المبحث، كما أن هناك قواعد قانونية قد استقرت فى الممارسات الدولية لتمويل المشاريع المائية، كسد النهضة، على الأنهار الدولية، كنهر النيل، ومدى أخذ أثيوبيا بها، وهو ما يتكفل بتوضيحها المطلب الثانى من هذا المبحث.

المطلب الأول

طبيعة نهر النيل وأثرها على مدى استغلال كل من أثيوبيا ومصر لمياهه

وسوف نركز فى هذا المطلب على التحليل الوصفى لطبيعة نهر النيل فى الفرع الأول، وفى الفرع الثانى أثر هذه الطبيعة على توزيع مياه هذا النهر بين الدولتين، والوصف الفنى المختصر لسد النهضة، ومدى أثر ذلك كله على حصة مصر، كدولة مصب وحيدة من مياه نهر النيل، فى الفرع الثالث.

الفرع الأول

الإطار الطبيعى لنهر النيل فى كل من أثيوبيا ومصر

يتألف نهر النيل من رافدين رئيسيين: النيل الأزرق^(٤)، وهو الأقصر، والنيل الأبيض وهو الأطول، حيث تأتي حوالى ستة وثمانون بالمائة من مياه

(٤) انظر: حول النيل الأزرق، ويكيبيديا الموسوعة الحرة، <http://ae.wikipedia.org/wiki>

%D9%86%D9%87%D8%Ba_%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%8A

%D9%84 تمت زيارته فى ٢٠/٩/٢٠١٣.

النيل الأزرق من أثيوبيا، والباقي تقريباً يأتي من إريتريا، بينما مصدر النيل الأبيض مشترك بين تنزانيا ورواندا وبوروندي وكينيا وأوغندا وجمهورية الكونغو الديمقراطية^(٥)، ويلتقي الرافدان، النيل الأزرق والنيل الأبيض، في الخرطوم عاصمة جمهورية السودان^(٦). ويمتد نهر النيل أربعة آلاف ومائة وثمانين ميلاً، حوالي ألف وخمسمائة وواحد وخمسين ميلاً من هذا الامتداد تجري في مصر، لذلك وصف (هيرودوت) مصر كالهدية من نهر النيل^(٧). فإذا كانت هذه هي طبيعة نهر النيل، التي جعلت أثيوبيا إحدى دول المنبع للنهر، ومصر هي دولة مصبه الوحيدة، فهل لذلك أثر على توزيع مياه هذا النهر بين الدولتين؟

الفرع الثاني

أثر طبيعة نهر النيل على تقاسم مياهه بين أثيوبيا، كإحدى دول المنبع، ومصر كدولة مصب وحيدة

لما كانت أثيوبيا هي إحدى أهم دول منابع نهر النيل، حيث يجري على أراضيها اثنا عشر نهراً، تبدأ منها ثم تعبر حدودها إلى دول أخرى^(٨)، فإن ذلك قد مكنها من بناء والتخطيط لبناء ما يزيد على اثني عشر سداً من عام ١٩٧٣ إلى عام ٢٠١٨^(٩)، والتي مكنتها حتى الآن من تخزين حوالي ٥١ مليار متر

(٥) انظر: حول النيل الأبيض ويكيبيديا الموسوعة الحرة، المرجع السابق.

(٦) انظر: ملتقى النيلين ويكيبيديا الموسوعة الحرة، تمت زيارته في ٢٠/٩/٢٠١٣.

(٧) J. G. Griffiths, Hecataeus and Herodotus on, A Gift of the River, Journal of Near Eastern Studies,

<http://www.jstor.org/discover/10.2307/543141?uid=3738400&uid=2129&uid=2&uid70&uid=4&sid=21102495202517> تمت زيارته في ٢/١٠/٢٠١٣.

(٨) د. سلمان محمد أحمد سلمان، سدود أثيوبيا وملف نزاعات مياه النيل ٣-٤، G:\new research Ethiopia Grand Dam\work\htm هربي / سدود أثيوبيا وملف مياه النيل، بقلم د. سلمان محمد أحمد سلمان، تمت زيارته في ٢٩/١٠/٢٠١٣.

(٩) انظر: السدود والطاقة الكهرومائية في أثيوبيا، ويكيبيديا الموسوعة الحرة، =

مكعب من المياه، وإنتاج ما يقارب الأربعة آلاف ميغاوات من الطاقة الكهرومائية^(١٠)، ومن المتوقع وصول هذه القدرة الإنتاجية من الطاقة في عام ٢٠١٧ إلى أكثر من عشرة آلاف ميغاوات^(١١) نتيجة لبناء سد جديد، أطلق على مشروعه عدة تسميات^(١٢) آخرها تسميته سد النهضة الأثيوبي^(١٣) " سد النهضة"^(١٤)، المثير للجدل الآن.

= http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D8%B3%D8%AF%D9%88%D8%AF_%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B7%D8%A7%D9%82%D8%A9%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%87%D8%B1%D9%88%D9%85%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9_%D9%81%D9%8A%D8%A5%D8%AB%D9%8A%D9%88%D8%A8%D9%8A%D8%A7 تمت زيارته في ٨٢ / ١٠ / ٢٠١٣.

(١٠) انظر: المرجع السابق.

(١١) د. سلمان محمد أحمد سلمان، سدود أثيوبيا وملف نزاعات مياه النيل، مرجع سابق، هامش ٨.

(١٢) د. عباس محمد شراقي، الآثار المحتملة لـ "سد النهضة" في أثيوبيا،

<http://rcssmideast.org/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%84%D9%8A%D9%84%D8%A7%D8%AA/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D8%A7%D9%82%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%82%D9%84%D9%8A%D9%85%D9%8A%D8%A9/%D8%AA%D9%82%D9%8A%D9%8A%D9%85-%D9%81%D9%86%D9%8A.html> تمت زيارته في ٢ / ١٠ / ٢٠١٣.

(١٣) أطلق على السد تسميات أهمها: اسم xÀ "سد الألفية" وفي ٢ أبريل ٢٠١١، تمت إعادة تسمية المشروع للمرة الثالثة بـ "سد النهضة الأثيوبي الكبير"، انظر:

<http://danielberhane.com/2011/09/20/facts-grand-ethiopian-rennaissance-dam/> تمت زيارته في ٣٠ / ٩ / ٢٠١٣.

(١٤) د. عباس محمد شراقي، الآثار المحتملة لسد النهضة في أثيوبيا، مرجع سابق، هامش ١٢.

فإذا ما وضعنا سد النهضة، وحده دون سدود أثيوبيا الأخرى، في الإطار الطبيعي لتدفق مياه نهر النيل، فإن هذا السد يعتبر من بين السدود الأكبر^(١٥) في العالم، وهو يقع في منطقة النيل الأزرق^(١٦) داخل أثيوبيا، وله خصائص فنية^(١٧)، قد تفوق القدرة الطبيعية لتدفق مياه نهر النيل إلى مصر، كدولة مصب وحيدة، حيث يبلغ ارتفاعه خمسمائة وخمسة أمتار فوق مستوى سطح البحر، بينما ارتفاع الماء عند العمل تبلغ ستمائة وعشرة أمتار فوق مستوى سطح البحر، ويبلغ ارتفاع السد مائة وخمسة وأربعين متراً، وطوله ألف وسبعمائة وثمانين متراً، وسعة تخزينه تبلغ أربعة وسبعين بليون متر مكعب^(١٨). وتبلغ تكلفة بنائه^(١٩) أربعة فاصلة ثمانية "٤,٨" بليون دولار أمريكي^(٢٠)، وقد بدأ بناء السد في ٢ أبريل عام ٢٠١١^(٢١)، ويتوقع أن يستغرق البناء أربعة وأربعين

(١٥) انظر: قائمة من أكبر السدود في العالم، ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، تمت زيارته في ٢٠١٣/٩/٢:

http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_largest_dams_in_the_world

(١٦) يعتبر نهر النيل من أطول الأنهار في العالم، حيث يبلغ طوله حوالي ٤,١٨٤ كم، ويتألف من رافدين: أحدهما هو نهر النيل الأبيض وهو الأطول، ويبدأ من بحيرة فيكتوريا، ونهر النيل الأزرق وهو الأقصر، الذي يبدأ من بحيرة تانا، وينتهي نهر النيل في البحر الأبيض المتوسط، انظر: <http://www.utdallas.edu/geosciences/remsens/Nile/intro.html> تمت زيارته في ٢٠١٣/٩/٢٥.

(١٧) د. عباس محمد شراقي، الآثار المحتملة لـ "سد النهضة" في أثيوبيا، مرجع سابق، هامش ١٢.

(١٨) الطيار العربي - د. عباس محمد شراقي، تقييم فني للآثار المحتملة لـ "سد النهضة" في أثيوبيا، [G:\new_research_Ethiopia_Grand_Dam\work\htm](http://new_research_Ethiopia_Grand_Dam/work/hm) عربي/تقييم فني للآثار المحتملة لـ "سد النهضة" في أثيوبيا - جريدة الشعب الجديد، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/١٠.

(١٩) د. عباس محمد شراقي، الآثار المحتملة لـ "سد النهضة" في أثيوبيا، مرجع سابق، هامش ١٢.

(٢٠) انظر: ويكيبيديا الموسوعة الحرة، تكلفة بناء سد النهضة، مرجع سابق، هامش ٤.

(٢١) وقد وضع حجر الأساس لهذا المشروع رئيس الوزراء الاثيوبية ميليس زيناوي =

شهراً، وهو مشروع مكلف جداً^(٢٢)، ولم يتم تمويله من البنك الدولي لأسباب سوف نذكرها عند التحدث عن ماهية سياسة هذا البنك، كإطار لمدى واقعية بناء سد النهضة.

وقد أثار بناء سد النهضة نزاعاً قانونياً بين مصر وأثيوبيا حول مدى شرعية بنائه، في إطار الواقع والقانون، وحق مصر بالإعلان المسبق عنه قبل بنائه وفقاً لما جرى عليه العمل الدولي، كما سوف نرى في سياسة البنك الدولي وما أخذت به الاتفاقيات الدولية والقضاء الدولي، حيث أكدت أثيوبيا رسمياً عزمها على بناء سد النهضة للمرة الأولى في ٣١ مارس ٢٠١١، وقد بدأ بناء السد بالفعل في ٢ أبريل عام ٢٠١١^(٢٣)، وأصبح ذلك الإعلان لمجرد إعلام مصر، عندما قام وزير خارجية أثيوبيا بإعلان السفير المصري في أديس أبابا في ٩ / ٨ / ٢٠١١ عن إقامة المشروع، مشتملاً هذا الإعلان على مسودة وثائق بشأن المعلومات اللازمة لإنشاء لجنة خبراء بشأن السد، تختص هذه اللجنة من الخبراء بمراجعة وتقييم آثار سد النهضة على دول مصب نهر النيل بما فيها مصر.

= ٢ أبريل عام ٢٠١١، انظر:

<http://sudanow.info/en/print.php?ID=552&ContentType=8>، تمت زيارته في ٢٦/٩/٢٠١٣.

(٢٢) وذكرت الحكومة الأثيوبية أنها تعتزم تمويل المشروع بالكامل من خلال سندات طرحتها للشعب الأثيوبي. في الوقت الذي تعاني فيه الحكومة الأثيوبية منذ عام ٢٠٠٦ من توفير الدعم اللازم لتكملة سد جيبي ٣ على نهر أومو المتجه نحو بحيرة توركانا (كينيا) والذي يصل إلى حوالي ٢ مليار دولار أمريكي. والآن تضع الحكومة الأثيوبية نفسها في مأزق أكبر بإنشاء سد النهضة ليصبح المطلوب توفيره حوالي ٧ مليارات دولار أمريكي على الأقل للانتهاء من السدين، انظر: الآثار، د. عباس محمد شراقي، الآثار المحتملة لـ "سد النهضة" في أثيوبيا، مرجع سابق، هامش ١٢.

(٢٣) وقد وضع حجر الأساس لهذا المشروع رئيس الوزراء الأثيوبية ميليس زيناوي ٢ أبريل عام ٢٠١١، انظر: هامش ٢١.

ولسد النهضة آثار متوقعة إيجابية وأخرى سلبية على الدولتين^(٢٤): فمن الآثار الايجابية لهذا السد على أثيوبيا، توليد الطاقة الكهرومائية التي قد تصل إلى حوالي ٦٠٠٠ ميجاوات، وتخزين كمية هائلة من المياه التي قد تصل إلى حوالي ٧٤ بليون متر مكعب، وقلة البخر نتيجة وجود بحيرة السد على ارتفاع نحو ٦١٠ إلى ٦٥٠ متراً فوق سطح البحر، وزيادة الثروة السمكية في أثيوبيا. أما الآثار الايجابية لسد النهضة على مصر، فتتمثل بالتحكم في الفيضانات وتخزين معظم طمي النيل الأزرق في أثيوبيا؛ مما يطيل عمر السد العالي ويزيد من سعة تخزينه، وتخفيف وزن المياه في بحيرة السد العالي؛ مما يقلل من حدوث الزلازل.

أما الآثار السلبية لسد النهضة على كل من أثيوبيا ومصر فهي كما يلي: بالنسبة لأثيوبيا، الإخلال بالتوازن البيئي عن طريق إغراق ما يقارب من ١٥٠ إلى ٢٠٠ ألف فدان من الأراضي الصالحة للزراعة، تلك الأراضي المحدودة في حوض نهر النيل الأزرق، التي تقدر بحوالي ٣,١ مليون فدان، وإغراق حوالي ٣٠٠ ألف فدان من الغابات ومناطق تعدينية واعدة، كل ذلك سوف يكون تحت بحيرة السد، وتهجير حوالي ٣٠ ألف نسمة من مواطني منطقة بحيرة السد، وتراكم الطمي الشديد في بحيرة السد، والذي يتراوح من ٣٠٠ إلى ٤٢٠ ألف متر مكعب سنوياً، مما يقصر في عمر سد النهضة، الذي يقدر ما بين ٥٠ إلى ١٠٠ عام، وما يتبع ذلك من انخفاض كفاءة السد وتناقص إنتاج الطاقة، واحتمال تعرض السد للانهييار بسبب العوامل الجيولوجية وقوة وسرعة اندفاع مياه النيل الأزرق، التي قد تصل في بعض الأشهر، كشهر أغسطس، إلى ما يزيد على نصف مليار متر مكعب من المياه يومياً، وبارتفاع قد يزيد على ٢٠٠٠ متر وحوالي ٦٠٠ متر عند السد، فإذا حدث ذلك، فإن المياه سوف تجرف ما في وجهها من مدن وعلى رأسها الخرطوم، وكذلك زيادة فرص حدوث

(٢٤) د. عباس محمد شراقي، الآثار المحتملة لـ "سد النهضة" في أثيوبيا، مرجع سابق، هامش ١٢.

زلازل فى منطقة السد بسبب وزن المياه، الذى قد يصل إلى ٧٤ مليار طن، بالإضافة إلى وزن السد الصخرى.

أما بالنسبة للآثار السلبية لسد النهضة على مصر، فإن كمية المياه، التى سوف يملأ بها السد تصل إلى حوالى أربعة وسبعين بليوناً من الأمتار المكعبة من المياه، والتى هى أكثر من القدرة الطبيعية لتدفق نهر النيل الأزرق، تلك القدرة التى تقدر بحوالى ثمانية وأربعين بليوناً من الأمتار المكعبة من المياه. وأن ملء السد إلى الحد العملى سوف يقلل بشكل كبير من التدفق الطبيعى لنهر النيل، خصوصاً فى فترة انخفاض تدفق مياه النهر فى الأشهر من فبراير إلى أبريل، أى فترة الزراعة الشتوية فى مصر، كما سيؤدى بناء السد إلى حجز الطمي، الذى يأتى به نهر النيل أثناء فيضانه سنوياً إلى مصر، والذي يجدد التربة ويزيد من خصوبتها، ويؤدى فيضان النيل سنوياً إلى رفع مستوى المياه الجوفية فى الأراضي البعيدة عن النيل فى مصر، كما أن آثار تغير المناخ^(٢٥) قد تؤثر على كمية مياه نهر النيل، ومن ثم التأثير على حصة مصر السنوية من مياه نهر النيل، فما هى هذه الحصة؟

(٢٥) على الرغم من أن الخبراء لم يعترفوا حتى الآن بمدى تأثيرات تغير المناخ السلبية على دول حوض نهر النيل، ومعدل الحد من الأمطار على الهضبة الأنثروبى التى تساهم بحوالى أربعة وثمانين فى المائة من مخزون مياه نهر النيل،

<http://rcssmideast.org/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%84%D9%8A%D9%84%D8%A7%D8%AA/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D8%A7%D9%82%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%82%D9%84%D9%8A%D9%85%D9%8A%D8%A9/%D8%AA%D9%82%D9%8A%D9%8A%D9%85-%D9%81%D9%86%D9%8A.html>، تمت زيارته فى ٢٠١٣/٩/٣٠.

الفرع الثالث

أثر طبيعة نهر النيل على حصة مصر كدولة مصب وحيدة من مياهه

مصر هي دولة المصب الوحيدة في حوض نهر النيل، التي ينتهي عندها نهر النيل ليصب بعد ذلك في البحر الأبيض المتوسط، حيث كانت مصر الدولة الوحيدة التي استخدمت الري السطحي المكلف في قطاعها الزراعي منذ القدم^(٢٦)، إذ إنه في التاريخ القديم والحديث، قد شرعت مصر في عمل التطورات المكثفة لاستغلال مياه نهر النيل لتحسين نظام الري عن طريق بناء السدود^(٢٧)، كسد أسيوط الذي تم بناؤه في عام ١٩٠٢^(٢٨) وسد زفتى في عام ١٩٠٣^(٢٩) وسد إسنا في عام ١٩٠٨^(٣٠)، وسد أسوان بين عامي ١٨٩٨

(٢٦) انظر: وزارة الزراعة، مصر الزراعة في العصر القديم (الفرعوني) - <http://www.agr-egypt.gov.eg/AgricHistory.aspx>

تمت زيارته في ٢٠/٩/٢٠١٣.

(٢٧) انظر: أي مرجع في تاريخ مصر القديمة، على سبيل المثال: تاريخ مصر القديمة وأشهر ملوكها، <http://www.dafatiri.com/vb/dafatir423727>، تمت زيارته في ٢٠/٩/٢٠١٣.

(٢٨) يذكر أن قناطر أسيوط القديمة أنشئت منذ ١١٠ أعوام في عهد محمد على عام ١٩٠٢ والتي تربط شرق النيل بغربه لحجز المياه وتحويلها إلى فم ترعة الإبراهيمية والتي تحوى هويس ملاحي لضبط حركة الملاحة النهرية في النيل، انظر أسيوط - طارق عبد الجليل مجتمع وناس الأحد ٨ سبتمبر ٢٠١٣ - ٢٠:٠٩م،

[http://dostorasly.com/news/view.aspx?cdate=08092013&id=5396c524-](http://dostorasly.com/news/view.aspx?cdate=08092013&id=5396c524-10b0-4ca1-98a5-499e8e194d21)

تمت زيارته في ٢٠/٩/٢٠١٣.

(٢٩) انظر: إدارة الموارد المائية في مصر الحديثة، ويكيبيديا الموسوعة الحرة، مرجع سابق، هامش ٤.

(٣٠) تم بناء قناطر إسنا القديمة عام ١٩٠٨ في عهد الخديوي عباس حلمي الثاني عند الكيلو ١٦٩ على نهر النيل؛ للتحكم في تدفق المياه أثناء فترة الفيضان، وتحسين الملاحة في مجري النهر، وضمان استمرارية ري زمام ترعتي أصفون والكلابية، انظر: مشروع قناطر إسنا الجديدة، <http://www.mwri.gov.eg/project/Esna.aspx>، تمت زيارته في ٢٠/٩/٢٠١٣.

و١٩٠٢ بسعة تخزين قدرها ٩٨٠ مليون متر مكعب، حيث يستخدم السد لتخزين بعض من مياه الخريف الفائضة النظيفة للاستخدام في الصيف التالي^(٣١) وتم الانتهاء من بناء السد العالي في عام ١٩٦٣ مع سعة تخزين إجمالي حوالي ١٦٢ بليون متر مكعب، و١٠٧ بليون متر مكعب من التخزين الفعلي، مكنت مصر من الإنتاج الزراعي سنة بأكملها.

وقد أثر السد العالي إيجابياً على التنمية الزراعية والاقتصادية والاجتماعية في مصر، لكن كانت له بعض الآثار السلبية، منها: أنه قلل من حصة مصر من مياه نهر النيل عن طريق فقدان المياه بالتبخر من بحيرة ناصر، حيث تقع البحيرة في الصحراء الكبرى، والتي فيها واحد من أعلى معدلات التبخر في العالم، وتقدر خسائر التبخر بعشرة بلايين متر مكعب من المياه في السنة، وهذه الخسائر الناجمة من التبخر لا تستفيد منها أي دولة من دول حوض نهر النيل بما فيها مصر.

ومع ذلك، فقد أدت هذه التطورات في أنظمة الري إلى تكثيف كبير في استصلاح الأراضي قبل التوقيع على اتفاق نهر النيل لعام ١٩٢٩، حيث تم، في ذلك الوقت، استصلاح حوالي ٥,٧ مليون فدان^(٣٢) من الأراضي الصالحة للزراعة، في وقت بلغ فيه عدد سكان مصر حوالي ١٤,٢٢ مليون نسمة^(٣٣)، أما

(٣١) خزان أسوان هو سد مائي يقع في مدينة أسوان في جنوب مصر، تم البدء في بنائه عام ١٨٩٩ وانتهى العمل فيه عام ١٩٠٦، انظر:

<http://www.marefa.org/index.php/%D8%AE%D8%B2%D8%A7%D9>

%86_%D8%A3%D8%B3%D9%88%D8%A7%D9%86 تمت زيارته في ٢٠١٣/٩/٣٠.

(٣٢) P M Chesworth, The History of Water Use in the Sudan and Egypt, in THE NILE, SHARING A SCARCE RESOURCE: AN HISTORICAL AND TECHNICAL REVIEW OF WATER MANAGEMENT AND ECONOMIC-AL AN DLEGAL ISSUES, P. P. Howell and J. A. Allan ed., Cambridge University Press 1994, p71.

(٣٣) H E HURST, THE NILE: A GENERAL ACCOUNT OF THE RIVER AND THE UTILIZATION OF ITS WATERS, Constable and Company Ltd 1952, p289.

هذه الأيام فيعيش على نهر النيل الشعب المصري الذي يقدر بحوالي خمسة وثمانين مليون نسمة، خمسة وتسعين بالمائة منهم يعيش في وادي النيل^(٣٤) وباستثناء سد أوين في أوغندا^(٣٥)، فقد كان تطوير التنمية المائية لنهر النيل في البلدان المشاطئة العليا الأخرى أو دول المنبع ضئيلاً، حيث أن مسألة تطوير نظام الري عندها لم يكن ذا أولوية؛ لأن قاعدة رأس المال عند هذه الدول كانت منخفضة، وعدد سكانها قليل^(٣٦) نوعاً ما بالمقارنة بعدد سكان مصر، كأوغندا وتنجانيقا وكينيا.

وقد وقعت مصر والسودان على اتفاق عام ١٩٥٩ في القاهرة^(٣٧) كدولتين لحوض نهر النيل للاستفادة الكاملة من مياهه، وتقسيماها: لمصر ٥٥ وللـسودان ١٨ بليون متر مكعب من المياه.

(٣٤) كتب - محمد سليمان: قال تقرير رسمي أن عدد سكان مصر بالداخل سيصل غداً الثلاثاء في تمام الساعة التاسعة والنصف مساءً إلى ٨٥ مليون نسمة، مقارنة بـ ٨٤ مليون نسمة في ١ مارس ٢٠١٣، ليرتفع عدد سكان مصر بنحو مليون نسمة خلال ٦ أشهر، انظر:

http://www.masrawy.com/news/egypt/economy/2013/august/26/5702256.aspx#channel=f23d38f867adc08&channel_path=%2Fssocore%2Fchannel.htm%3Ffb_xd_fragment%23xd_sig%3Df3c409ecc147104%26&origin=http%3A%2F%2Fpassport.linkonlineworld.com

تمت زيارته في ٢/١٠/٢٠١٣.

(٣٥) وقد بني في أوغندا، انظر: Owen Falls Dam, <http://www.newvision.co.ug/news/628782-owen-falls-dam--powering-uganda-for-five-decades.html> تمت زيارته في ١٠/٩/٢٠١٣، في ما بين عامي ١٩٥٠-١٩٥٤.

(٣٦) G. SHAPLAND, RIVERS OF DISCORD: INTERNATIONAL WATER DISPUTES IN THE MIDDLE EAST, St Martin Press, 1997, p 62.

(٣٧) تم توقيعها في القاهرة في ٨ نوفمبر ١٩٥٩، وبخلت حيز التنفيذ في ١٢ ديسمبر ١٩٥٩، League of Nations, Treaty Series, Vol. XCIII, p.43., http://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/uar_sudan.html تمت زيارته في ٢٠/٩/٢٠١٣.

وفى هذا الإطار الطبىعى لنهر النيل وإعماله كمعيار واقعى لتقاسم مياه نهر النيل بين أثيوبيا ومصر تمهيداً لإعمال القواعد القانونية الدولية على ذلك، وعلى مدى مشروعىة بناء سد النهضة، نجد أن أثيوبيا لديها المخزون الكافى من المياه، المتمثلة بمخزون السدود القائمة قبل بناء سد النهضة، وتوليد الطاقة الكهربائىة اللازمة لتنمية مشروعاتها الاقتصادية ومواجهة احتياجات سكانها، وأنه من الممكن تنمية هذه المشروعات، بما فى ذلك بناء سد النهضة، مع الحفاظ على التدفق الطبىعى لنهر النيل إلى دول حوض نهر النيل، وبالدرجة الأولى إلى مصر، كدولة مصب وحيدة، أقامت منذ القدم هذه المشروعات المائية، التى يعيش عليها خمسة وتسعون بالمائة من الشعب المصرى، وحفاظاً على الطبىعة المستدامة لهذا النهر وفقاً للقوانين الطبىعية البيئىة، وإعمال مبدأ التفاوض الثنائى بين الدولتين عند الضرورة. وإذا كان بناء سد النهضة ممكناً فى الإطار الطبىعى لتدفق مياه نهر النيل ومبدأ التفاوض الثنائى بين الدولتين، فهل تتحقق مشروعىة بناء هذا السد فى إطار سياسة البنك الدولى المتعلقة بتمويل المشاريع المائية المماثلة لدى الدول؟

المطلب الثانى

سد النهضة فى إطار سياسة البنك الدولى تجاه تمويل المشروعات المائية على الأنهار الدولية

تقوم سياسة التمويل^(٣٨) للبنك الدولى على أساس ضرورة التزام الدولة، التى تنوى الاقتراض من البنك، كأثيوبيا مثلاً، للقيام ببناء سد، كسد النهضة، على أحد الأنهار الدولية، كنهر النيل، بإعلان دول الحوض، كمصر وغيرها، عن التفاصيل الدقيقة لهذا المشروع لتقرر هذه الدول ما إذا كان هذا المشروع يسبب لها ضرراً فى حرمانها من نصيبها من المياه أو تلويث هذه المياه.

(٣٨) S. M. Salman. The World Bank policy and practice for projects affecting shared aquifers, Water International Vol. 36, No. 5, September 2011, p 597.

وتمنح هذه الدول، وفقاً لهذه السياسة، فرصة زمنية تتراوح بين شهرين إلى ستة أشهر - حسب طبيعة وتعقيدات المشروع - للرد، وقد تترك الدولة المقترضة للبنك مهمة هذا الإعلان، حيث وضع البنك لذلك قواعد^(٣٩)، وعقد ورش عمل^(٤٠) وأنشأ اللجنة الدولية المعنية بالسدود "لجنة السدود" في نوفمبر عام ١٩٩٧^(٤١).

وكان من أهداف لجنة السدود: استعراض الفعالية الإنمائية للسدود الكبيرة^(٤٢) وتقييمها ووضع معايير مقبولة لها دولياً ومبادئ توجيهية، كل ما كان ذلك مناسباً، لتخطيط وتصميم وتقييم بناء السدود^(٤٣). وقد تعاملت لجنة السدود مع حقوق والتزامات الدول المشاطئة للأنهار الدولية المشتركة، كنهر النيل، حيث يتم بناء^(٤٤) السدود^(٤٥)، كسد النهضة، عادة لأهداف متعددة، مثل: توليد الطاقة الكهرومائية وتخزين المياه للري والتحكم في الفيضانات، وقد يؤدي تشييد السدود إلى التأثير سلباً على حقوق المياه القائمة للدول المشاطئة للأنهار الدولية المشتركة، مما يؤدي إلى نزاعات كبرى، كالنزاع بين إثيوبيا ومصر.

(٣٩) يركز تقرير لجنة التقييم أساساً على أهداف التنمية والآثار الاجتماعية والبيئية لكل من مشاريع السدود، انظر: S. M. Salman. The World Bank policy، المرجع السابق.

(٤٠) انظر: السدود الكبيرة: التعلم من الماضي والنظر إلى المستقبل، "ورشة عمل غلاند" http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSEContentServer/IW3P/IB/1999/09/17/000178830_98101912310448/Rendered/PDF/multi_page.pdf تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(٤١) لجنة السدود، "ورشة عمل غلاند"، المرجع السابق.

(٤٢) انظر: تقرير لجنة السدود، http://www.internationalrivers.org/files/attached-files/world_commission_on_dams_final_report.pdf تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(٤٣) انظر تقرير لجنة السدود، http://www.internationalrivers.org/files/attached-files/world_commission_on_dams_final_report.pdf تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(٤٤) انظر: بند ٣٠ من تقرير لجنة السدود، المرجع السابق.

(٤٥) انظر: بند ٣٠ من تقرير لجنة السدود، المرجع السابق.

وقد أبقى البنك - في سياسته هذه - على مصطلح تعريف النهر الدولي الذي ينطبق على نهر النيل^(٤٦)؛ إذ يشترط البنك لتمويل المشروعات المائية على مثل هذا النهر، كمشروع سد النهضة، إعلان بقية الدول في حوض النهر المزمع إقامة المشروع عليه، حفاظاً على حق كل دولة من هذه الدول، وهو شرط ملزم ليس فقط لدول المنبع كاثيوبيا، أو الدول الأخرى المشتركة في النهر الدولي غير دول المصب، إنما هو أيضاً ملزم لدول المصب كمصر، وهو في الحالة الأخيرة، حالة دول المصب، للحفاظ على حقوق الاستعمالات المستقبلية لمياه النهر الدولي المشترك بين الدول^(٤٧) خاصة دول المنبع.

وعلى الرغم من أن مفهوم حق كل من الدول المشاطئة للنهر الدولي بالاستخدامات المستقبلية لنصيبها من مياه النهر، لم يستخدم على نطاق واسع، إلا أن هناك بعض الممارسات الدولية التي أخذت به، ومن الأمثلة على ممارسة حقوق دول المنبع على مياه النهر الدولي للاستخدامات المستقبلية في مواجهة المشروعات المائية التي تقيمها دول مصب النهر الدولي، مذكرة أثيوبيا المؤرخة في ٢٠ مارس ١٩٩٧، والموجهة إلى مصر بشأن مشروع الوادي الجديد الذي قامت مصر ببنائه، والذي يستمد المياه من نهر النيل، حيث أعلنت أثيوبيا كدولة منبع لحوض نهر النيل أن: "أثيوبيا تود أن تسجل بشكل لا لبس فيه أنها لن

(٤٦) حيث يشمل هذا التعريف: "المجري المائية الدولية" التي تشمل المياه السطحية المشتركة فضلاً عن المياه الساحلية شبه المغلقة. وتشمل هذه المجاري المائية: (١) أي نهر أو قناة، أو بحيرة أو كيان مماثلة للمياه التي تشكل حدوداً بين الدول، أو أي نهر أو شكل من سطح المياه التي تتدفق من خلال دولتين أو أكثر، وما إذا كانوا أعضاء في البنك الدولي أم لا؛ (٢) أي هيئة رافد أو غيرها من المياه السطحية، التي هي عنصر من عناصر أي مجرى مائي المبينة في (١) أعلاه؛ و(٣) أي خليج، أو مضيق أو قناة محاط بدولتين أو أكثر، أو إذا كان داخل دولة واحدة، المعترف بها كقناة اتصال بين البحر المفتوح والدول الأخرى. وأي نهر يتدفق إلى هذه المياه.

(٤٧) S. M. Salman. Downstream riparians can also harm upstream riparians: the concept of foreclosure of future uses, Water International Vol. 35, No. 4, July 2010, p. 352.

تسمح بأي مساس بحصتها في مياه نهر النيل عن طريق الأمر الواقع كمشروع توشكا، الذي لم تستشار أثيوبيا بشأنه ولم تنبه عنه^(٤٨). وقد أخذت بذلك بعض المعاهدات^(٤٩)، وبعض أحكام المحاكم الدولية^(٥٠)، وتم تطبيق سياسة البنك هذه على مشروع سد باردهير "Baardhere"^(٥١)، في الصومال، كدولة مصب في مواجهة أثيوبيا، كدولة منبع^(٥٢).

J. Waterbury, The Nile Basin. National determinants and collective action. (٤٨) New Haven: Yale University Press, 2002, p. 84.

S. M. Salman. Downstream riparians can also harm upstream riparians, op. cit. (٤٩) n. 47.

ومن الاتفاقيات الحديثة، التي تأخذ بمفهوم الحقوق المستقبلية في استخدام مياه النهر الدولي المشترك، اتفاقية نهر السنغال المعقودة بين كل من مالي وموريتانيا والسنغال في مايو ٢٠٠٢، وانضمت إليها غينيا في عام ٢٠٠٦، حيث تتضمن المادة ٤ من هذه الاتفاقية عدداً من المبادئ التي تحكم توزيع مياه نهر السنغال بين الدول المشاطئة له. ومن بين هذه المبادئ، مبدأ: "التزام كل دولة شاطئية بإعلان الدول الشاطئية الأخرى قبل القيام بأي عمل في النهر أو مشروع...". ميثاق مياه نهر السنغال،

http://iea.uoregon.edu/pages/view_treaty.php?t=2002-SenegalRiverWaterCharter.

EN.txt&par=view_treaty_html، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(٥٠) وقد أصدرت محكمة العدل الدولية في قضية بين هنقاريا وسلوفاكيا في شهر سبتمبر عام ١٩٩٧ بعد أربعة أشهر من تبني الجمعية العامة للأمم المتحدة لاتفاق الاستخدامات غير الملاحية للمجاري الدولية لعام ١٩٩٧، حكماً استشارياً، أكدت فيه على بعض المبادئ الأساسية لقانون الممرات المائية الدولية، مثل مبدأ العدالة في توزيع مياه النهر بين جميع دول حوض النهر، سواء أكانت هذه الدول دول مصب أم دول منبع، ومبدأ عدم الاعتراف بأي أعمال أحادية تقوم بها دولة ما من دول حوض النهر، والذي يحرم الدول الشاطئية الأخرى من حق العدالة في تقاسم مياه النهر. انظر: الحكم الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن قضية مشروع غابيسكوفز بين هنقاريا وسلوفاكيا المؤرخ ٢٥ سبتمبر ١٩٩٧، ICJ Reports،

<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(٥١) انظر: تفاصيل مشروع سد باردهير في <http://www.masdar.com/so2.asp>، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(٥٢) ومن ممارسات البنك الدولي لسياسته في اشتراط الإعلان لتمويل المشروعات المائية =

وإذا كان بناء سد النهضة يتفق مع الإطار الطبيعي لنهر النيل، وإذا كان لا يمس التدفق الطبيعي لهذا النهر، وتم التفاوض الثنائي بين أثيوبيا ومصر لحل المشاكل الناجمة عن مثل هذا المشروع، فإن هذا المشروع لا يتفق مع سياسة البنك الدولي بشأن تمويل المشاريع على المجاري المائية الدولية، وعلى وجه الخصوص مع قاعدة الإعلان المسبق عن إقامة المشاريع المائية على مثل هذه المجاري حفاظاً على حقوق الدول المشتركة في النهر، مما قد يحتم البحث عن حل للنزاع الذي يثيره هذا المشروع في إطار مبدأ التعاون الثنائي والجماعي بين دول حوض نهر النيل لتقسيم مياهه.

= على الأنهار الدولية المشتركة بين عدة دول، كنهر النيل، تعامل البنك مع مشروع سد باردهير "Baardhere" في الصومال، حيث أن نهر جبا "Juba"، يتدفق عبر أراضي الصومال قبل أن ينتهي في المحيط الهندي، إذ أن الصومال، هي الدولة السفلى، أو دولة المصب، وأثيوبيا، هي الدولة العليا، أو دولة المنبع، ولم تتفق الدولتان على تقاسم مياه هذا النهر.

وبعد تبني البنك الدولي لسياسة تمويل المشاريع في المجاري المائية الدولية عام ١٩٨٥ فقد أعلن البنك الصومال بضرورة إعلان أثيوبيا وكينيا، الدول المشاطئة لنهر جبا، عن المشروع، لكن الصومال طلب من البنك أن يقوم بهذه المهمة نيابة عنه؛ حيث أرسل البنك إعلاناً بذلك إلى أثيوبيا، وقد تضمن الإعلان المعلومات الكاملة عن التصميم الأساسي للمشروع وتفصيلاته من أجل منح أثيوبيا فرصة اتخاذ القرار المناسب لها حول احتمالات تأثير المشروع عليها، وأشار الإعلان بشأن مشروع سد باردهير في سبتمبر عام ١٩٨٦، أنه في رأي البنك فإن المشروع لن يسبب ضرراً لأثيوبيا، وطلب البنك من أثيوبيا الرد خلال ستة أشهر من تاريخه، أي في مارس عام ١٩٨٧.

المبحث الثاني سد النهضة في إطار مبدأ التعاون الثنائي والجماعي بين دول حوض نهر النيل

يتطرق هذا المبحث إلى مدى استقرار مبدأ التعاون الثنائي بين دول حوض نهر النيل، وخاصة أثيوبيا ومصر، كإطار لمواجهة ما قد يثور بينها من نزاعات حول تقاسم مياه نهر النيل، في مطلب أول، ثم تطور هذا المبدأ ليصبح إطاراً للتعاون الجماعي لمواجهة مسائل توزيع مياه نهر النيل بين دول حوض هذا النهر، في مطلب ثان.

المطلب الأول التعاون الثنائي بين مصر وكل من دول حوض النيل

يسلط هذا المطلب الضوء على آلية التعاون الثنائي بين أثيوبيا ومصر حول تقاسم مياه نهر النيل، في فرعه الأول، وامتداد هذه الآلية الثنائية إلى بعض دول حوض نهر النيل، في فرعه الثاني.

الفرع الأول التعاون بين مصر وأثيوبيا بشأن تقاسم مياه نهر النيل

توطدت العلاقات الثنائية بين الدولتين قبل الإعلان عن بناء سد النهضة لمواجهة مثل هذه المشكلة، حيث أن هناك لجنة مشتركة للتعاون المشترك تجتمع بانتظام على مستوى الوزراء بين الدولتين، وقد أبرمت أثيوبيا ومصر العديد من الاتفاقات الثنائية^(٥٣) في مجالات الاستثمار المختلفة، مثل الزراعة

(٥٣) انظر: العلاقات المصرية الأثيوبية، <http://www.sis.gov.eg/Ar/Templates/Articles/>، tmpArticles.aspx?ArtID = 31833، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

والصناعة والتجارة، التي تقدر بحوالي ٢,١ بليون دولار^(٥٤) عند الإعلان عن بناء سد النهضة^(٥٥).

وقد وقعت أثيوبيا ومصر في الأول من شهر يوليو عام ١٩٩٣ في القاهرة اتفاقاً ثنائياً إطارياً للتعاون بين الدولتين في مجال نهر النيل^(٥٦)، حيث اشترط هذا الاتفاق أن إجراء المفاوضات المستقبلية بين أثيوبيا ومصر بشأن الانتفاع بمياه نهر النيل سوف تبنى على قواعد ومبادئ القانون الدولي^(٥٧)، وهذا الاتفاق ما هو إلا مجرد اتفاق إطارى للدلالة على أسس المفاوضات المستقبلية، دون أن يضع قواعد تفصيلية، وإن أشير فيه إلى قاعدة عدم الإضرار بالطرف الآخر عند إقامة المشاريع على نهر النيل، كمشروع بناء سد النهضة، مما جعل الأثيوبيين ينتقدون إدراج هذا الشرط في الاتفاق على أساس أنه في رأيهم يفضل مصر ويمس السيادة الأثيوبية على نهر النيل^(٥٨). ولم يفعل هذا الشرط عند بناء سد النهضة، كما أن قاعدة عدم الإضرار المشار إليها في الاتفاقية ليست هي القاعدة الوحيدة لتقاسم مياه نهر النيل، حيث إن قواعد ومبادئ القانون الدولي، قد أشار إليها الاتفاق أيضاً كموجهة للمفاوضات ولكنها لم تفعل هي الأخرى من قبل الدولتين قبل بناء سد النهضة. وجدير بالذكر أن

(٥٤) شريف جاب الله، الخارجية المصرية: لا يمكن اختزال العلاقات مع أثيوبيا في ملف المياه، المصدر: الأهرام اليومي. <http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=636165&eid=454>، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(٥٥) See Reporter Weekly, April 28, 2011, Vol. 16, No. 227.

(٥٦) أطر العلاقات المائية المصرية الأثيوبية، ويكيبيديا، مرجع سابق، هامش ٤.

(٥٧) Y. Arsano, Sharing Water Resources for Economic Cooperation in the Horn of Africa, p.52

(٥٨) T. Tafesse, The Nile Question: Hydro-politics, Legal Wrangling, Modus Vivendi and Perspectives, p. 80.

http://scholar.google.com/scholar?hl=ar&as_sdt=0,5&as_vis=1&q=T.

+ Tafesse, + The + Nile + Question%3A + Hydropolitics, + Legal +

Wrangling, تمت زيارته في ٢٠١٣.١٠/١١.

الادعاء بأن ذكر قاعدة عدم الإضرار في صلب الاتفاق يفضل مصر مبالغ فيه، حيث أن أساس هذه القاعدة ليس قوياً^(٥٩)، وإنما يمثل ذلك فقط محاولة الدولتين تنقية العلاقات بينهما^(٦٠)، والدليل على ذلك عدم تطبيق أي قاعدة من القواعد التي اشتمل عليها هذا الاتفاق على النزاع بين الدولتين بشأن بناء سد النهضة، ومع ذلك فقد أسفر ذلك كله إلى إعمال مبدأ التعاون بين الدولتين، واتخذت منه مصر قاعدة لسياستها مع بقية دول حوض نهر النيل.

الفرع الثاني

التعاون الثنائي بين مصر وبعض دول حوض نهر النيل

كذلك عملت مصر دائماً منذ القدم، سواءً قبل استقلال دول حوض نهر النيل أو بعد ذلك^(٦١)، على إعمال مبدأ التعاون الثنائي، كإطار للعمل المشترك في إدارة شئون نهر النيل والتشاور حول المشاريع التي تقام على هذا النهر، وذلك عن طريق المشاركة الفعالة في كافة مشروعات الري، كبناء السدود وتوليد القوى وحماية النهر وتطهيره في دول حوض نهر النيل، من خلال تقديم الخبرة الفنية والمادية، من ذلك على سبيل المثال: التعاون مع السودان^(٦٢) وأوغندا^(٦٣)

(٥٩) Y. Arsano, Sharing Water Resources for Economic Cooperation, op. cit. n. 57, p. 53.

(٦٠) p. 1 K. Abraha, The Nile Issue: Psycho-political Hurdles to an Agreement and the Way towards Rapprochement, Addis. Ababa, IIPD, 1997, p 4.

(٦١) انظر: مشاركة مصر في الاتفاقيات التي أبرمتها الدول الاستعمارية لدول حوض نهر النيل والاتفاقيات الدولية بين مصر وهذه الأخيرة، مركز الوعي العربي، نظرة على اتفاقيات دول حوض النيل عبر التاريخ، http://alwaie.com/PoliticsAndLaw/Details.aspx?News_ID=9615، تمت زيارته في ٢٠/١٠/٢٠١٣.

(٦٢) ففي عم ١٩٢٥ قامت مصر بإنشاء خزان سنار على النيل الأزرق لصالح السودان، وقامت مصر بدفع تكاليف إنشاء جبل الأولياء في السودان من أجل توليد الطاقة الكهربائية لمدينة الخرطوم في عام ١٩٣٢.

(٦٣) فقد اتفقت مصر مع بريطانيا نيابة عن أوغندا في عام ١٩٥٣ على إنشاء سد أوين عند شلالات أوين ببحيرة فيكتوريا لتكوين رصيد احتياطي، وقد قامت بدفع تكاليف

وكينيا^(٦٤) وتنزانيا^(٦٥) والكونغو الديمقراطية^(٦٦)، حتى كادت هذه الممارسة أن تصل إلى عرف إقليمي^(٦٧) لحكم إدارة مياه النيل، وهو ما كشفت عنه مبادرات التعاون الجماعى بين دول حوض نهر النيل، وحاولت تطبيقه فى الواقع العملى فيما يسمى المشروعات الجماعية المشتركة، وتقنينه فيما يسمى مبادرة حوض النيل، وما تلاها من أعمال.

المطلب الثانى التعاون الجماعى

ويكرس هذا المطلب تتبع تطوير آلية التعاون من آلية ثنائية إلى آلية جماعية، عن طريق إقامة المشروعات المائية المشتركة بين دول حوض نهر النيل، فى الفرع الأول، وتطوير هذه الآلية إلى اتفاق إطارى من أجل مواجهة مشكلة توزيع مياه نهر النيل بين دول هذا النهر، فى الفرع الثانى.

= إنشاء السد والمصاريف السنوية، علاوة على تواجد هندسى مصرى دائم فى موقع السد للاشتراك مع المسؤولين الأوغنديين فى الإشراف على تشغيل السد بما يحقق صالح البلدين، وبناء على اتفاقية التفاهم الموقعة بين مصر وأوغندا فى عام ١٩٩١ تم تنفيذ مشروع توسيع محطة كهرباء خزان أوين، وفى مارس عام ٢٠٠٤ قدمت مصر منحة قدرها ١٣,٩ مليون دولار لأوغندا من أجل بدء المرحلة الثانية لمشروع مقاومة الحشائش المائية فى أنهار وبحيرات أوغندا من أجل رفع كفاءة المصايد.

(٦٤) من ذلك، قيام مصر بحفر عشرات الآبار فى كينيا وكان من بينها المنحة التى قدمتها مصر لكينيا فى مارس عام ٢٠٠٤ وقدرها مليوناً دولار من أجل حفر ٤٠ بئراً.

(٦٥) من ذلك، إنشاء مركز للبحوث المائية فى تنزانيا وتطهير بحيرة فيكتوريا وكيوجا من الحشائش والنباتات المائية فى كل من أوغندا وتنزانيا بمنحة قدرها ١٤ مليون دولار.

(٦٦) بناء على طلب حكومة الكونغو الديمقراطية، قامت مصر بالمشاركة الفنية فى تطوير الإدارة المائية فى الكونغو.

(٦٧) انظر: شروط تكوين العرف الدولى فى القانون الدولى، كأحد أهم مصادر القانون الدولى التى أشارت إليها المادة ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية، فى أي كتاب من كتب القانون الدولى العام.

الفرع الأول

إقامة المشروعات المشتركة الجماعية كإطار لتقاسم مياه نهر النيل

نتيجة لما أظهره تطبيق مبدأ التعاون الثنائي بين دول حوض نهر النيل من فوائد، منها حل النزاع حول اقتسام مياه نهر النيل قبل قيامها عند إقامة المشروعات المائية، أصبح من الضروري لدى دول حوض نهر النيل تطوير هذه الممارسة، من حيث الكم والكيف، وذلك عن طريق تفعيل مبدأ التعاون الجماعي بين دول حوض نهر النيل ككل، وذلك في سبيل تنمية الاستفادة المستدامة من مياه هذا النهر، عن طريق إيجاد آليات جديدة تتفق مع الممارسات الدولية السابقة وقواعد القانون الدولي، وقد بدأ العمل بالفعل في وضع هذه الآليات منذ الستينيات من القرن الماضي على النحو التالي:

أولاً - آلية مشروع الهيدروميث^(٦٨): وكان الهدف منه معرفة كميات الأمطار التي تسقط على حوض النيل، كخطوة أولى في سبيل دراسة العرض والطلب على مياه النيل، والسعي إلى تحقيق الاستفادة الجماعية القصوى منها^(٦٩)، وقد انطلق هذا المشروع عام ١٩٦٧ بمشاركة خمس دول فقط من دول الحوض العشر، وهى: مصر وكينيا وتنزانيا وأوغندا والسودان، وانضمت إليه بعد ذلك رواندا وبوروندي والكونغو الديمقراطية، ثم انضمت أثيوبيا بصفة مراقب. وبمقتضى هذا الاتفاق أقيمت محطات رصد في مجتمعات الأمطار الرئيسية، مثل: بحيرات فيكتوريا وكيوجا وألبرت، وقد حظي هذا المشروع بتمويل دولي^(٧٠).

(٦٨) يُقصد به الدراسة المائية للمناسيب والتصرفات، وكذلك دراسة الأرصاد الجوية، انظر:

http://www.moqatel.com/openshare/Behoth/Siasia21/NileWater/sec12.doc_cvt.htm

تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(٦٩) د. ضياء الدين القوصي، الاستخدام الأمثل لمياه حوض النيل، السياسة الدولية، العدد ١٥٨، أكتوبر ٢٠٠٤، ص ٩٢.

(٧٠) من ذلك: العديد من الدول المانحة وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومنظمة الأرصاد العالمية، وقد تم هذا المشروع على ثلاث مراحل وهي:

ثانياً - آلية تجمع الأندوجو^(٧١): وقد كانت مصر صاحبة فكرة إنشاء هذه الآلية فى نوفمبر عام ١٩٨٣ بتأييد من زائير والسودان، حيث يضم هذا التجمع أغلب دول حوض نهر النيل فى منطقة شرق ووسط أفريقيا، وكان من أهدافه: التشاور والتعاون وتبادل الخبرات والتكامل الاقتصادى، إلا أن هذا التجمع لم ينجح بسبب نقص التمويل والتنافس بين بعض أطرافه^(٧٢).

ثالثاً - آلية تجمع التيكونيل^(٧٣): ويهدف هذا التجمع إلى إعمال آلية التعاون الفنى بين دول حوض نهر النيل فى مجال التنمية وحماية البيئة، حيث أنشئ هذا التجمع فى ديسمبر عام ١٩٩٢ بمشاركة ست دول، كأعضاء عاملين وهم: مصر والسودان وتنزانيا وأوغندا ورواندا والكونغو الديمقراطية، وحصلت باقى دول الحوض على صفة مراقب، واستمر هذا المشروع طوال الفترة من عام ١٩٩٢ إلى عام ١٩٩٨، ويعد هذا المشروع أول آلية منظمة تضم دول حوض نهر النيل بخطة شاملة حوت ٢٢ مشروعاً من أهمها مشروع إعداد إطار للتعاون الإقليمى القانونى والمؤسسى بين دول حوض نهر النيل، إذ شكلت لهذا الغرض لجنة فنية وقانونية تضم ممثلين من دول حوض نهر النيل تجتمع دورياً عدة مرات فى العام؛ للنظر فى المشروعات المائية المشتركة والفردية.

= المرحلة الأولى: من عام ١٩٦٧ وحتى عام ١٩٧٢ بتمويل من برنامج الأمم المتحدة، والمرحلة الثانية: من عام ١٩٧٦ وحتى عام ١٩٨٠ بتمويل من برنامج الأمم المتحدة، والمرحلة الثالثة: من عام ١٩٨١ وحتى عام ١٩٩٢ بدعم من الدول المشاطئة.

(٧١) ويعنى الأخوة باللغة السواحيلية http://www.moqatel.com/openshare/Behoth/Siasia21/NileWater/sec12.doc_cvt.htm، تمت زيارته فى ٢٠١٣/١٠/٢.

(٧٢) وكان الهدف من إنشائه التعاون الإقليمى فى موضوعات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتعزيز العلاقات بين دول حوض نهر النيل، وهو فض منازعاتها بالطرق السلمية، وقد شكل التجمع إطاراً مرناً بحيث ضم كافة دول حوض نهر النيل، كأعضاء أو كمراقبين، واتخاذ القرارات بتوافق الآراء، ولم تنضم إليه أنثيوبيا.

(٧٣) انظر ذلك فى http://www.moqatel.com/openshare/Behoth/Siasia21/NileWater/sec12.doc_cvt.htm، تمت زيارته فى ٢٠١٣/١٠/٢.

رابعاً - المكتب الفني الإقليمي للنيل الشرقي "الإنترو": تم تأسيسه في مارس عام ٢٠٠١ بالاتفاق بين كل من مصر والسودان وأثيوبيا، ومقره في أديس أبابا عاصمة أثيوبيا، ويهدف إلى بحث المشروعات المائية المشتركة، التي تم تجميعها في برنامج العمل لحوض نهر النيل الشرقي، ويتضمن البرنامج عدة مشروعات في مجال مراقبة الفيضانات وتوليد الكهرباء من مياه النهر^(٧٤)، وكان من الممكن أن يعرض عليه مشروع سد النهضة للنظر في مدى ملائحته فنياً.

خامساً - آلية مبادرة حوض النيل الإطارية من حيث طبيعتها وموقف مصر منها:

١ - طبيعة المبادرة وأسسها: وقد تمّ الإعلان عن مبادرة حوض النيل عام ١٩٩٩^(٧٥)، وهي تمثل الآلية الحالية التي تربط بين كل دول حوض نهر النيل، بما في ذلك أثيوبيا^(٧٦) ومصر، في إطار واحد، حيث تقوم المبادرة على

(٧٤) ومن بينها:

أ- إنشاء آلية مشتركة لمراقبة الفيضان والإنذار المبكر من خلال المشاركة في المعلومات وتحليل البيانات والسعي لتخفيف حدة الفيضان.

ب- مشروع استثمار تجارة الطاقة بين الدول الثلاث والدول الأخرى، وإنشاء شبكات ربط كهربائي.

ج- مشروع إدارة أحواض الأنهار، ويهدف إلى تقليل كميات الطمي المترسبة في بحيرة ناصر؛ لتحقيق الفائدة والتعاون على المستوى الإقليمي.

د- مشروع للري والصرف والاستثمار المشترك في المشروعات الزراعية المشتركة.

هـ - مشروع إنشاء نموذج للنيل الشرقي يهدف للتخطيط للمشروعات ودعم متخذي القرار بالحلل والبدائل؛ سعياً لتجنب أي آثار سلبية على أي من دول الحوض.

و - مشروع نهر السوبات "البارواكوبو" ويهدف إلى توفير كميات المياه الكبيرة التي تضيع في المستنقعات، وإحداث تنمية متكاملة في مجال الزراعة والطاقة.

(٧٥) انظر: مبادرة حوض النيل لعام ١٩٩٩، http://www.moqatel.com/openshare/Behoth/Siasia21/NileWater/sec13.doc_cvt.htm

تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(٧٦) هناك تفسيرات عدة للتغير الذي طرأ على الموقف الأثيوبي، بقبول الانضمام إلى

مبادرة حوض النيل، منها التداعيات الإقليمية خاصة النزاع الأثيوبي الإريتري الذي كان مشتتلاً آنذاك، والحرب الأهلية في الصومال، وضغوط الدول المانحة ومؤسسات =

مبدأين أساسيين هما: تحقيق المنفعة لجميع دول حوض نهر النيل، وعدم إلحاق الضرر بأي منها. ويؤخذ على هذه المبادرة، أنها ليست إلا آلية مؤقتة وليست معاهدة أو تستند إلى معاهدة دولية دائمة وشاملة تشمل جميع دول حوض نهر النيل، ولذلك لا يمكن اللجوء إليها لحل القضايا المائية بين دول حوض نهر النيل، كقضية بناء سد النهضة، ومع ذلك فالمبادرة خير من لا شيء، إذ إنها في وقتها تمثل إطاراً قانونياً مؤسسياً^(٧٧) لتنظيم العلاقات الخاصة بنهر النيل بين أطراف المبادرة، ويمكن تطوير أسسها التي تقوم عليها؛ لتكون أكثر فاعلية في مواجهة القضايا المائية بين دول الحوض.

وتقوم هذه المبادرة على أسس من أهمها^(٧٨):

٢ - الأسس:

أ - التعاون على مستويين: جماعي لكل دول الحوض، وفرعي على مستوى النيل الشرقي^(٧٩) والنيل

= التمويل الدولية، وانعكاس علاقتها مع مصر على الدول العربية الأخرى، والأوضاع الداخلية في أثيوبيا، غير أن أهم أسباب هذا التغير يرجع إلى الجهود المصرية خلال السنوات السابقة لانطلاق المبادرة، هذه الجهود المتمثلة بالتوصل لترتيبات عادلة تستفيد منها دول الحوض دون إلحاق ضرر بأي منها. انظر:

(٧٧) ولقد تم الاتفاق على هيكل مؤسسي للمبادرة يتكون من مجلس وزراء الموارد المائية في دول الحوض، واللجنة الاستشارية الفنية، والسكرتارية العامة، كما تم الاتفاق على اختيار مدينة عنتيبي الأوغندية مقراً للسكرتارية الدائمة، وعلى أن تكون الرئاسة بشكل دوري.

(٧٨) راجع لمزيد من التفاصيل حول مبادرة حوض النيل، L. Seifeselessie, Cooperating on the Nile: note a zero-sum game, U. N. Chronicle on line

<http://www.un.org/wcm/content/site/chronicle/>، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(٧٩) فقد تم الاتفاق على إنشاء إطار للتعاون بين دول حوض النيل الشرقي، وأصبح وزراء الموارد المائية في دول حوض النيل الشرقي، مصر والسودان وأثيوبيا، يجتمعون في مجلس يطلق عليه مجلس وزراء حوض النيل الشرقي، وتم تشكيل فريق من الخبراء =

الاستوائى^(٨٠) " الجنوبي"، مع مشاركة مصر والسودان في كل من المستويين في الوقت نفسه.

ب - إقامة مشروعات تحقق فائدة للجميع أو لأكثر من دولة من دول الحوض دون إلحاق ضرر بالدول الأخرى، وهو مالا ينطبق على مشروع بناء سد النهضة لأنه بني لمصلحة أثيوبيا.

ج - إقامة تنظيم إقليمي لإدارة وتنمية مياه النيل وتخصيصها على أساس الانتفاع المنصف، وهي قاعدة قانونية تبنتها الممارسات الدولية، كما سوف نرى.

د - اتخاذ القرارات بتوافق الآراء، وهذا ما يتفق مع مبدأ تساوي السيادات بين دول المبادرة.

هـ - المشروعات التنموية المتضمنة في مبادرة حوض النيل، وتشمل خزانات مياه ومشروعات ربط كهربائي، وتطوير إدارة مبتكرة للمياه، وإدارة مبتكرة للفيضانات والجفاف، وأعمال الوقاية مثل مشروعات التصحر والمساقط لتوليد الطاقة الكهربائية في مواضع الخزانات المختلفة في أثيوبيا، وقد قدرت تكاليف هذه المشروعات بحوالي ٣٠ مليار دولار^(٨١).

= الفنيين من الدول الثلاث، وقد اجتمع المجلس وفريق الخبراء عدة مرات، حيث تم التوصل إلى توقيع وثيقة إستراتيجية للتحرك المستقبلي بين الدول الثلاث، مع دراسة عدد من المشروعات، التي تقدمت بها كل دولة بهدف التوصل إلى الاتفاق على مشروعات تحقق فائدة للدول الثلاث جميعها.

(٨٠) فقد أنشأت مجموعة دول الهضبة الاستوائية، أو ما يعرف بالنيل الجنوبي، وهي بوروندي ورواندا وكنيا وتنزانيا وأوغندا وزائير، (الكونغو الديمقراطية حالياً) تنظيماً مماثلاً انضمت إليه كل من مصر والسودان، وتم التوصل من خلاله إلى إقرار بعض المشروعات التي تتقدم بها إلى اجتماع المؤسسات المالية والجهات المانحة، د. ضياء الدين القوصى، الاستخدام الأمثل لمياه حوض النيل، مرجع سابق، هامش ٦٩، ص ٩١.

(٨١) تقدمها الدول المانحة والبنوك والجهات الدولية، التي اتفقت في جنيف عام ٢٠٠١ =

وقد ثارت خلافات بين مصر والسودان من جهة وبقية دول المبادرة من جهة أخرى حول بعض بنود المبادرة الخاصة بالأمن المائي، والإخطار المسبق عن إقامة المشروعات المائية على نهر النيل، وإقامة مفوضية لحوض نهر النيل عوضاً عن الاتفاقيات السابقة لتوزيع المياه بين دول المبادرة، ولما اشتدت الخلافات بين أطراف المبادرة في اجتماعاتها المتتالية، قرر المؤتمر الاستمرار بالمفاوضات على أن تنتهي إما بإبرام اتفاق أو مبادرة؛ غير أن مصر أكدت على أن أي اتفاق توافق عليه يجب أن يشتمل على الشروط التالية^(٨٢):

- ١ - عدم المساس بالحق التاريخي لمصريي مياه نهر النيل.
- ٢ - أي مشروعات تقام على نهر النيل يجب إخطار مصر بها والموافقة عليها مسبقاً.
- ٣ - يجب إجماع الدول العشر على أي اتفاق يبرم بهذا الخصوص.

= على منح المبادرة ١٤٠ مليون دولار لتمويل هذه المشروعات، وعلى إنشاء آلية أو صندوق بمساعدة بنك التنمية الأفريقي، والبنك الدولي يتولى مستقبلاً صرف هذا المبلغ وتوفير التمويل اللازم لإنجاز هذه المشروعات.

(٨٢) في ٢٦ إلى ٢٧ يوليو عام ٢٠٠٩، اجتمع المجلس الوزاري السابع عشر لدول حوض النيل في الإسكندرية؛ حيث سعت دول المنبع إلى فرض مقترح إقامة "مفوضية" لحوض النيل، حتى ولو لم تشارك فيها دولتا المصب، مصر والسودان، لتحل هذه المفوضية محل الاتفاقيات القائمة لتوزيع المياه، ولكن الخلافات بين دول الحوض اشتدت، حيث رأى المؤتمر الاستمرار في المفاوضات والتشاور لمدة ستة أشهر قادمة، على أن يتم حسم نقاط الخلاف بالتوصل إلى اتفاقية موحدة تجمع دول حوض النيل أو مبادرة دول حوض النيل. وفي اجتماع الإسكندرية عام ٢٠١٣، اتفقت دول حوض النيل باستثناء مصر والسودان على خروج مصر والسودان من دول حوض النيل باعتبارهما ليستا من دول منبع نهر النيل، وتسعير المياه على أساس أنه بعد تسعير المياه من الممكن أن تزيد حصة مصر من المياه، ولكن مصر رفضت ذلك، وأكدت على أن أي اتفاق توافق عليه مصر يجب أن يشتمل على الاعتراف بحقوقها المكتسبة التاريخية والاتفاقيات المنشئة لها.

وفي يولييه ٢٠٠٩، في الاجتماع الوزاري لدول حوض نهر النيل في الإسكندرية، ومع استمرار الخلاف، هددت مصر والسودان بالانسحاب من مبادرة حوض النيل، إذا لم تراعى الاتفاقية الحقوق التاريخية لهما، واتفق المؤتمر على مهلة لمدة ستة أشهر^(٨٣)، تنتهي في فبراير ٢٠١٠، تقدم خلالها مصر والسودان تصوراً حول كيفية حل القضايا الخلافية، وقد أرست المبادرة أسساً للتعاون الجماعي في مواجهة النزاعات المائية بين دول حوض نهر النيل، وإن لم تفلح في حل النزاع الأثيوبي المصري، بل شجعت أثيوبيا على السير قدماً في مشروع بناء سد النهضة، ومهدت هذه المبادرة الطريق إلى إبرام اتفاق عنتيبي بما له وما عليه.

الفرع الثاني إطار اتفاقية عنتيبي

أولاً - ماهية الاتفاق: في ١٤ مايو ٢٠١٠ قررت بعض دول مبادرة حوض نهر النيل^(٨٤)، وهي من دول منابع نهر النيل، التوقيع في مدينة "عنتيبي" الأوغندية على اتفاق إطاري جديد^(٨٥) لاقتسام مياه نهر النيل،

(٨٣) D. Z. Mekonnen, The Nile Basin Cooperative Framework Agreement Negotiations and the Adoption of a Water Security Paradigm: Flight into Obscurity or a Logical Cul-de-sac?, The European Journal of International Law, EJIL 2010, Vol. 21 No. 2, 421-440.

(٨٤) See Dr Yacob Arsano, Negotiations for a Nile-Cooperative Framework Agreement, <http://search.babylon.com/home?q=Negotiations+for+a+Nile-Cooperative+Framework+Agreement+%E2%80%A2+ISS+Paper+222+%E2%80%A2+January+2011&babsrc=home&s=web&rlz=0&as=0&ac=0>، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(٨٥) انظر: نص مشروع الاتفاقية الإطارية لدول مبادرة حوض النيل باللغة العربية، I:\new research Ethiopia Grand Dam\work\html عربي/نص مشروع الاتفاقية الإطارية لدول مبادرة حوض النيل، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/١٢.

ومنحت مصر والسودان مهلة عاماً واحداً للانضمام إلى الاتفاق^(٨٦). وقد اتخذت الدول الأطراف مؤخراً إجراءات التصديق على هذا الاتفاق من برلماناتها، وبمجرد دخول الاتفاق حيز النفاذ، قد يؤدي إلى انتهاء الحصص التاريخية لمصر والسودان المنصوص عليها في اتفاقي ١٩٢٩ و ١٩٥٩، اللذين بموجبهما تحصل مصر حتى الآن على ٥٥,٥ مليار متر مكعب من المياه سنوياً، والسودان على ١٨,٥ مليار متر مكعب أيضاً.

وهذه الدول الموقعة على الاتفاق، هي: أثيوبيا وأوغندا وكينيا وتنزانيا ورواندا وبوروندي، بينما رفضت كل من مصر والسودان والكونغو الديمقراطية الانضمام إليها، وفي مارس ٢٠١٣، أعلنت دولة جنوب السودان أنها ستتنضم إلى الاتفاق.

وأعلنت مصر والسودان أن هذا الاتفاق مخالف لكل الاتفاقيات الدولية، وأضافت أنها ستخطر الدول المانحة للمشروعات بعدم قانونية تمويل أي مشروع من المشروعات المائية، سواء على مجرى النيل أو منابعه، ومنها مشروع سد النهضة، لكن هذه الدول، ومنها أثيوبيا، لم تعر احتجاجات مصر والسودان اهتماماً ومضت بخطى حثيثة في تنفيذ الاتفاق.

ثانياً - مواطن الخلاف في الاتفاق: وتثور الخلافات بين دول المصب ومنها مصر، ودول المنابع ومنها أثيوبيا، حول ثلاثة بنود رئيسية في الاتفاق من أصل ٣٩ بنداً، هي مشروع الإطار القانوني والمؤسس للاتفاق^(٨٧)، وهذه البنود الثلاثة، التي اعترضت عليها دول المصب، هي: الأمن المائي والإخطار المسبق والحقوق التاريخية لمصر والسودان، ومع ذلك، فقد اتفق على أغلب بنود الاتفاق الإطاري، باستثناء بندين معلقين، وهما: البند ١٤/ب: الخاص بالأمن

(٨٦) D. Z. Mekonnen, The Nile Basin Cooperative Framework Agreement

مرجع سابق، هامش ٨٣.

(٨٧) انظر: نص مشروع الاتفاقية الإطارية لدول مبادرة حوض النيل باللغة العربية، مرجع

سابق، هامش ٨٥.

المائي، والبند ٨/ب: الخاص بالإخطار المسبق عن المشروعات التي ترغب في القيام بها أي من الدول المشاركة الأخرى على نهر النيل. ويمكن تتبع هذا الاختلاف^(٨٨) حول الاتفاق الإطاري (اتفاق عنيتيبي) بين دول المبادرة حتى عام ٢٠١١ كما يلي:

١ - الخلاف حول مفهوم الأمن المائي، وهو مقترح تقدمت به كل من مصر وأوغندا، ليكون مخرجاً من الخلاف حول موضوع الاتفاقيات السابقة والقائمة، ويهدف إدخال مفهوم "الأمن المائي" في المادة ١٤ من الاتفاق إلى التوفيق بين المواقف المتعارضة بين دول المنابع ودولتي المصب حول الاتفاقيات القائمة التي تتمسك بها مصر والسودان، بينما لا تعترف بها أغلب دول المنابع، حيث لم يتضمن مشروع الاتفاق الإطاري - عن قصد - أية إشارة إلى الاتفاقيات السابقة، وخاصة اتفاقيتي عام ١٩٢٩ وعام ١٩٥٩. وعلى الرغم من غموض مفهوم الأمن المائي ذاته، إلا أنه شكل مخرجاً للمفاوضات من مأزقها.

٢ - الخلاف حول رؤية كل من دولتي المصب ودول المنابع حول الهدف من الاتفاق:

أ - دول منابع نهر النيل ومنها أثيوبيا، ترى أن هدف الاتفاق هو إعادة تقسيم المياه بين دول حوض نهر النيل.

ب - أما دولتا المصب ومن بينهما مصر، فتري أن الهدف من الاتفاق هو تطبيق المبادئ الأساسية للقانون الدولي التي ستنظم التعاون والعلاقات بين دول الحوض، وأولوية هذه المبادئ القانونية.

٣ - الخلاف حول مبدأ الحقوق المكتسبة: رفضت دول منابع نهر النيل ومنها أثيوبيا مبدأ الحقوق المكتسبة، واستبدلته بمبدأ الاستخدام المنصف

(٨٨) استمرت المفاوضات عشر سنوات، خلال الفترة من عام ١٩٩٧ حتى عام ٢٠٠٧.

والمعقول للمياه، بينما تمسكت دولتا المصب ومنهما مصر بمبدأ عدم الضرر، المستند إلى مبدأ الحقوق المكتسبة والاستخدام المسبق.

٤ - الخلاف حول مشروعية الاتفاقيات السابقة: ترى مصر والسودان أن الوضع القائم مشروع قانوناً لاستناده إلى الاتفاقيات والمعاهدات المبرمة سابقاً، وترفضان أي مساس به، بينما ترفض دول المنابع، أوغندا وكينيا وتنزانيا وأثيوبيا، هذا الوضع وترى أحقيتها فى استخدام الموارد المائية المشتركة، عن طريق وضع إطار قانونى جديد لإعادة تقسيم مياه نهر النيل، وإعادة التفاوض حول الاتفاقيات القائمة، والتوصل إلى اتفاقية جديدة تحقق مطالب دول المنابع.

٥ - الخلاف حول الصياغة القانونية للمادة ١٤: نظراً لاختلاف وجهتي النظر بين دول المنابع ودولتي المصب حول المادة ١٤، تجمدت المفاوضات حوالي ثلاث سنوات، وللخروج من هذا المأزق، اتفق على ألا يشار فى الصياغة إلى الاتفاقيات القائمة، سواء بالإثبات أو الإلغاء، واستخدام مفهوم الأمن المائى، ولكن عند صياغة المادة الخاصة بمفهوم الأمن المائى، ثار الخلاف مرة أخرى، مما أدى إلى توقف المفاوضات حتى عام ٢٠١٠، حيث ترى دول المنابع أن تكون صياغة هذه المادة كما يلي: "ألا تؤثر تأثيراً ذا شأن على الأمن المائى لأية دولة أخرى من دول الحوض"، بينما ترى دولتا المصب أن تصاغ المادة على النحو التالى: "ألا تؤثر سلباً على الأمن المائى والحقوق والاستخدامات الحالية لأية دولة أخرى من دول الحوض"، ونظراً لاستمرار الخلاف، اقترحت مصر والسودان للخروج من المأزق استبدال كلمة ذا شأن بكلمة سلباً، مع النص صراحة على عدم التأثير على الحقوق والاستخدامات الحالية، وهو اقتراح فسرته دول المنابع بأنه يمثل اعترافاً ضمناً بالاتفاقيات القائمة التى تحكم توزيع مياه نهر النيل والتى ترى أغلب دول الحوض عدم الاعتراف بها.

٦ - اللجوء إلى الحلول الوسط: عندما لم يتمكن المؤتمر من تسوية الخلاف حول المادة ١٤ "الأمن المائى"، تم الاتفاق على إحالة الموضوع إلى رؤساء

حكومات دول الحوض، ولم يتمكن المجلس الوزاري في اجتماعه في العاصمة الأوغندية "عننبيبي" في يونيو عام ٢٠٠٧، واجتماعه غير العادي في عاصمة الكونغو الديمقراطية "كينشاسا"، في مايو عام ٢٠٠٩ من حل هذه الخلافات، فاقترحت بعض دول المنابع، ومنها أثيوبيا، حذف المادة المختلف عليها وإلحاقها بملحق الاتفاقية، واستكمال التوقيع والتصديق على الاتفاق، وإنشاء المفوضية، ولكن دولتي المصب، مصر والسودان، لم تقبل هذا الاقتراح، واقترحت مصر بدلاً من الاقتراح السابق، تشكيل لجنة من ثلاث دول من دول حوض نهر النيل، وخبير دولي من إحدى الدول أو المنظمات الدولية، من أجل إعادة صياغة المادة، واستمرت هذه الخلافات حتى في اجتماع المجلس الوزاري، في شرم الشيخ بمصر، في أبريل عام ٢٠١٠، مما اضطر دول المنابع السبع إلى إقرار اتفاق إطارى، حتى وإن لم يتم الاتفاق على المادة "١٤" ^(٨٩). وترفض مصر التوقيع على مشروع هذا الاتفاق ^(٩٠) إلا إذا اشتمل على نص واضح يعترف بحقوق مصر التاريخية المكتسبة في مياه النيل، واشتراط الإعلان المسبق عن أية مشروعات تزمع إقامتها أي دولة من دول المنبع، وفقاً لإجراءات البنك الدولي في هذا الشأن، ووجوب أن يكون تعديل الاتفاق ليس بالأغلبية المطلقة بل بالتوافق العام أو بالأغلبية الموصوفة التي تشتمل على كل من مصر والسودان، وقد أبدت مصر هذه الملاحظات القانونية في اجتماع كينشاسا ^(٩١) سالف الذكر وتمسكت بها بعد ذلك.

(٨٩) انظر: إدارة مياه النيل كمحدد للتعاون والصراع بين دول الحوض،

<http://www.moqatel.com/openshare/Behoth/S.iasia21/NileWater/sec18>.

doc_ cvt. html تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(٩٠) انظر: نص مشروع الاتفاقية الإطارية لدول مبادرة حوض النيل، مرجع سابق، هامش ٨٥.

(٩١) انظر: إدارة مياه النيل كمحدد للتعاون والصراع بين دول الحوض، مرجع سابق، هامش ٨٩.

٧ - وقد تباينت المواقف الدولية تجاه هذا الاتفاق، من ذلك: أن الاتحاد الأوروبي والجهات المانحة الأخرى اتخذت موقفاً داعماً لمصر والسودان^(٩٢)، بينما لم يتخذ البنك الدولي^(٩٣) موقفاً واضحاً من هذا الاتفاق.

(٩٢) وقد عقد سفير المفوضية الأوروبية مؤتمراً فى القاهرة فى ١٣ مايو ٢٠١٠، وصرح فيه بأنه ليست بالفكرة الجيدة من دول منابع نهر النيل أن توقع على اتفاق دون دول حوض النيل الأخرى؛ لأن ذلك سيعقد مسائل توزيع مياه نهر النيل، وأضاف "إن الاتحاد يعمل بشكل وثيق مع مصر - بوصفها قوة إقليمية رئيسية - خاصة وأنها عضو "بالاتحاد من أجل المتوسط"، وترأس حركة عدم الانحياز حالياً، كما أن الاتحاد يرغب فى التعاون معها بشأن السودان ودارفور، وأنه سيتم بحث كافة القضايا المشتركة فى قمة مصر والاتحاد الأوروبي فى يونيه ٢٠١٠، ولكن هذه القمة لم يكتب لها النجاح، حيث أعلنت كل من مصر وإسبانيا يوم الخميس ٢٠ مايو ٢٠١٠، تأجيل القمة الثانية للاتحاد من أجل المتوسط، انظر: <http://www.swissinfo.ch/ara/detail/content.html?cid=8950522>، تمت زيارته فى ١٢/١٠/٢٠١٣.

(٩٣) رفض البنك الدولي، فى ٢٠ مايو ٢٠١٠، اتخاذ موقف محدد حيال التطورات الأخيرة الخاصة بتوقيع الاتفاق الإطاري بين بعض دول حوض النيل، أو الإفصاح عن موقفه فى حال تقدم الدول الموقعة على هذا الاتفاق بطلب تمويل المشروعات التى تقام على النهر، وقد أصدرت الجهات المانحة المعنية بياناً واضحاً فى بداية شهر يوليو ٢٠١٠، أكدت فيه ضرورة إقامة مفوضية تشمل جميع دول الحوض العشر، وكرت دعمها لمبادرة حوض النيل لعام ١٩٩٩، بما يزيد عن ٢٥٠ مليون دولار على هيئة منح، ومليار دولار على شكل قروض، كرد فعل على ما أبدته دول حوض النيل مجتمعة من رغبة جادة للعمل معاً من أجل تحقيق التنمية المستدامة، والاستخدام المنصف للمصادر المائية. وأوضحت الجهات المانحة أن توقيع بعض الدول اتفاقية الإطار المؤسسى القانونى لمبادرة حوض النيل وإقامة المفوضية العليا، من دون دول حوض النيل كلها، لن يتيح تحقيق المنافع الاقتصادية والاجتماعية والأمنية المرجوة من المبادرة؛ ومن ثم فإن الجهات المانحة ستمتنع عن تمويل أي مشروعات، ما لم توقع جميع الدول على الإطار القانونى للاتفاقية، وأن تكون مصر والسودان ضمن المفوضية. وقد رحبت مصر بموقف المنظمات والدول المانحة، وحذرت من تداعيات توقيع دول المنابع منفردة على أي اتفاق، دون انضمام دولتي المصب مصر والسودان.

المبحث الثالث النزاع في إطار النظريات ومبادئ القانون الدولي

ينقل هذا المبحث مشكلة الدراسة من إطارها الطبيعي وإطارها الثنائي والإقليمي إلى إطار القانون الدولي العام مبتدئاً بالإطار النظري، في مطلبه الأول، ثم يختتم ذلك بوضع مشكلة البحث في الإطار الاتفاقي، في مطلبه الثاني.

المطلب الأول في الإطار النظري

يوضح هذا المطلب مشكلة توزيع مياه نهر النيل بين أثيوبيا ومصر في إطار نظرية السيادة الإقليمية المطلقة، في فرعه الأول، ثم نظرية الوحدة الإقليمية المطلقة، في فرعه الثاني، ونظرية السيادة المقيدة، في فرعه الثالث، وأخيراً نظرية المصلحة الجماعية، في الفرع الرابع.

الفرع الأول نظرية السيادة الإقليمية المطلقة

تمنح هذه النظرية "نظرية هارمون"^(٩٤) دولة المنبع، كأثيوبيا، سيادة مطلقة على جميع المياه التي تقع ضمن الولاية الإقليمية للدولة، مما يعني أن هذه الدولة يجوز لها استخدام تلك المياه، كبناء سد النهضة، دون النظر إلى أي آثار سلبية لهذا الاستخدام على دولة المصب، كمصر. ويمكن انتقاد هذه النظرية: أنها لا تتفق مع الفقه^(٩٥) الدولي^(٩٦) والممارسة الدولية الحالية التي تدعم مبدأ

(٩٤) See S. McCaffrey The Harmon Doctrine One Hundred Years Later: Buried, Not Praised, Natural Resources Journal, 1996, Vol. 36, http://lawlibrary.unm.edu/nrj/36/3/05_mccaffrey_harmon.pdf

تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢

(٩٥) انظر: د. علي إبراهيم، قانون الأنهار والمجاري الدولية، في ضوء أحدث التطورات ومشروع لجنة القانون الدولي النهائي، القاهرة ١٩٩٧، ص ٩٢.

(٩٦) انظر: إدارة مياه النيل كمحدد للتعاون والصراع بين دول الحوض، مرجع سابق، هامش ٨٩.

تقاسم الفوائد في مياه النهر الدولي - كنهر النيل - كمبدأ توجيهي، ولحسن الحظ لم تتبن أثيوبيا ومصر هذه النظرية.

الفرع الثاني

نظرية الوحدة الإقليمية المطلقة

وعلى النقيض من نظرية هارمون، تأخذ نظرية الوحدة الإقليمية المطلقة^(٩٧) بمبدأ أن دولة المصب مثل مصر، لها الحق بنفس كمية المياه التي تكون لدولة المنبع مثل أثيوبيا، وينبغي أن تكون هذه الكمية من المياه مستمرة في كميتها ونوعيتها من حيث الجودة، منذ تدفقها على أراضي دولة المنبع حتى تصل إلى دولة المصب.

ووفقاً لهذه النظرية، فإن لدولة المنبع الحق في استخدام مياه النهر ما دام هذا الاستخدام لا يضر بمصالح دول المصب، وتُسند هذه النظرية موقف مصر، سالف الذكر، أكثر من أثيوبيا، ومع ذلك، فإن كلاً من هاتين النظريتين التقليديتين تبسطان قضايا توزيع المياه المعقدة والأوضاع المائية الحديثة للدول، ولم تضع في عين الاعتبار أن السيادة كما أن لها حقوقاً تتجاهل - أحياناً كثيرة - واجباتها، ونتيجة لذلك رفض القضاء الدولي^(٩٨) الأخذ بهذه النظرية.

الفرع الثالث

نظرية السيادة الإقليمية المقيدة

هذه النظرية^(٩٩)، هي أساس مبدأ الانتفاع العادل والمنصف، وعدم الإضرار المشار إليه في الاتفاقيات الدولية التي تحكم المجاري المائية الدولية،

See L. OPPENHEIM, International Law. 8th. 1955, Vol. 1, Edited by H. (٩٧) Lauterpacht.

(٩٨) انظر: حكم التحكيم بشأن بحيرة لانو بين فرنسا وأسبانيا ١٩٥٧، (١٩٥٧) ١٢ R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101

(٩٩) انظر: بعض من هذه النظرات: Source: Rieu-Clarke., et al. UN Watercourses Convention - Users Guide (2012), 103,

كنهر النيل، وتعني هذه النظرية أن لجميع دول المجرى المائي حقوقاً متساوية للاستفادة من موارد النهر، ويجب أن تحترم كل دولة من دول المجرى المائي حقوق السيادة والمعاملة بالمثل لدول المجرى المائي الأخرى. وقد تم اعتماد هذه النظرية عموماً، كأساس لتطور مبادئ وقواعد القانون الدولي التي تنظم استخدام المجاري المائية، وتتجلى هذه النظرية بوضوح في مبدأ الانتفاع المنصف والمعقول للأنهار الدولية، هذا المبدأ الذي من مزاياه الرئيسية، أنه يعترف في الوقت نفسه بحقوق دول المنبع كاثيوبيا، ودول المصب كمصر، على حد سواء دون التضحية بمبدأ السيادة. وتحظى هذه النظرية بتأييد فقهي قوي وممارسات دولية واسعة؛ فهي تواجه بشكل تعاوني قضايا المصالح المتعارضة لدول النهر، كنهر النيل، وتلزم هذه الدول بضرورة التنسيق بينهم عند إقامة أي مشروعات على النهر، كسد النهضة مثلاً، وقد أصبحت هذه النظرية أساساً للقواعد والمبادئ والأحكام التي اشتمل عليها اتفاق الأمم المتحدة بشأن الاستعمالات غير الملاحية للمجاري المائية لعام ١٩٩٧^(١٠٠)، ومن بعده الاتفاق الإطاري بين دول حوض نهر النيل سالف الذكر.

الفرع الرابع نظرية المصلحة الجماعية

تعبّر هذه النظرية^(١٠١) عن الممارسة الحالية والمستقبلية والاتجاه العام لتطور قواعد القانون الدولي في مجال الاستفادة من مياه الأنهار الدولية، حيث

= <http://www.unwatercoursesconvention.org/documents/UNWC-Fact-Sheet-10-Theories-of-Resource-Allocation.pdf>، تمت زيارته في ١٢/١٠/٢٠١٣.

(١٠٠) انظر: اتفاق الأمم المتحدة بشأن قانون الاستخدامات غير الملاحية للمجاري المائية الدولية لعام ١٩٩٧ "اتفاق ١٩٩٧" http://wwf.panda.org/what_we_do/how_we_work/policy/conventions/water_conventions/un_watercourses_convention/ تمت زيارته في ٢/١٠/٢٠١٣.

(١٠١) مبادرة حوض النيل، التي أطلقت حديثاً، جعلت هذه النظرية أساساً لكامل أهدافها، والسياسات المتعلقة باتفاق إنشائها، الذي تم التوقيع عليه في عام ٢٠١٠، انظر: نص مشروع الاتفاق الإطاري لدول مبادرة حوض النيل، مرجع سابق، هامش ٨٥.

يتمثل هذا التطور في أن سيادة الدولة محدودة بحقوق مماثلة لغيرها من الدول التي تتقاسم حوض النهر الدولي نفسه معها، وهذا يعني أن المصلحة الجماعية بالمياه تنشأ عن طريق الوحدة الطبيعية والمادية وأيضاً الوحدة الاجتماعية للمجرى المائي، والماء بطبيعته ملكية عامة وينبغي أن يكون مشتركاً بين أفراد المجتمع، وبعبارة أخرى تقرر هذه النظرية أن مياه النهر الدولي ينبغي التعامل معها كوحدة واحدة دون اعتبار للحدود الإقليمية والوطنية للدول المشاطئة للنهر. وقد اعتمدت أثيوبيا هذه النظرية، كقاعدة لسياستها الخارجية بشأن استخدام مياه نهر النيل في السنوات السابقة^(١٠٢)، بينما لم تتبنى مصر هذه النظرية على نطاق واسع، للمصلحة الوطنية العليا؛ نظراً لاعتمادها الكامل على نهر النيل.

ونرى أنه عند مقارنة نظرية السيادة الإقليمية المقيدة مع نظرية المصلحة الجماعية، فإن هذه الأخيرة تتضمن المزيد من الحث على التعاون والعلاقة بين الدول المشاطئة للنهر، ويمكن القول أنه في الممارسات الدولية الحاضرة هناك القلة من الدول التي تتبنى نظرية السيادة الإقليمية المطلقة، ونظرية الوحدة الإقليمية المطلقة، بينما الممارسات الدولية الحديثة تتبنى - في الغالب - تطبيق نظرية السيادة الإقليمية المقيدة، وتتلوها نظرية المصلحة الجماعية.

المطلب الثاني إطار الاتفاقيات الدولية

يتطرق هذا المطلب للقواعد القانونية الدولية التي تحكم تقاسم المياه بين دولة المنبع كأثيوبيا، ودولة المصب كمصر، كما نصت عليها الاتفاقيات العامة التي أبرمت قبل استقلال دول حوض نهر النيل، وما بعد ذلك كاتفاق ١٩٩٧^(١٠٣) وقواعد هلسنكي بشأن المجاري المائية الدولية لعام ١٩٦٦^(١٠٤) "قواعد

(١٠٢) انظر: العلاقة بين مصر وأثيوبيا بشأن نهر النيل، هامش ٥٣.

(١٠٣) انظر: "اتفاق ١٩٩٧"، مرجع سابق، هامش ١٠٠.

(١٠٤) انظر: قواعد هلسنكي لعام ١٩٦٦ بشأن المجاري المائية، "قواعد هلسنكي"

= http://webworld.unesco.org/water/wwap/pccp/cd/pdf/educational_tools/

هلسنكي"، في الفرع الأول، وأخيراً اتفاق ١٩٢٩، في الفرع الثاني.

الفرع الأول إطار الاتفاقيات الدولية العامة

أولاً: اتفاقيات ما قبل استقلال دول حوض نهر النيل: هناك بعض الاتفاقيات المبرمة بين المملكة المتحدة وبعض الدول الأوروبية، كدول تدير العلاقات الخارجية لدول حوض النيل قبل استقلال هذه الدول الأخيرة، تلك الاتفاقيات التي تعترف بالحقوق الثابتة لبعض دول نهر النيل^(١٠٥) ومنها مصر^(١٠٦)، من ذلك: المذكرة المتبادلة بين بريطانيا وإمبراطور أثيوبيا التي تقضي بـ: "ألا يبنى أو لا يسمح بالبناء أو القيام بأي عمل عبر نهر النيل الأزرق، وبحيرة تسانا أو السوبات، إذا كان ذلك سيمنع تدفق مياهها إلى نهر النيل^(١٠٧)، واتفاقية الجمهورية العربية المتحدة والسودان بشأن الانتفاع الكامل بمياه نهر النيل لعام ١٩٥٩ التي تتضمن - كما تدعي مصر - الحقوق المكتسبة لها في مياه نهر النيل وتحددها بـ ٥٥,٥ بليون متر مكعب مقاسة في سد أسوان^(١٠٨).

ثانياً: اتفاق ١٩٩٧: وبالتطرق لنصوص اتفاق ١٩٩٧ على النزاع الأثيوبي المصري، نجد أن الدولتين قد اتخذتا رأياً معيناً تجاه القواعد التي اشتمل عليها

= course_modules/reference_documents/internationalregionconventions/

helsinki.pdf، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(١٠٥) انظر: مصر ودول حوض النيل،

G:\new research Ethiopia Grand Dam\work\html عربي/مصر ودول حوض

النيل ، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٤.

(١٠٦) انظر: اتفاق ١٩٢٩، مرجع سابق، هامش ١٠٠.

(١٠٧) انظر: اتفاق ١٩٢٩، مرجع سابق، هامش ٢.

(١٠٨) انظر: اتفاق ١٩٥٩، مرجع سابق، هامش ٣.

هذا الاتفاق أثناء مناقشة نصوص مشروعه، وحددت كل منهما موقفها تجاه مبادئه قبل ظهور فكرة سد النهضة على النحو التالي:

١ - موقف الدولتين أثناء مناقشة نصوص مشروع اتفاق ١٩٩٧:

أ - تحديد مفهوم دولة المجري المائي: حددت المادة ٢ الفقرة "ج" مفهوم دولة المجري المائي بأنها تلك الدولة الطرف في الاتفاق، وأضافت الولايات المتحدة الأمريكية^(١٠٩) إلى تلك الفقرة عبارة: "أو طرف يكون في منظمة إقليمية للتكامل الاقتصادي يقع في إقليم دولة أو أكثر من الدول الأعضاء فيها جزء من مجري مائي دولي"^(١١٠)، وهو مفهوم ينطبق على أثيوبيا ومصر، كدولتين تقعان على نهر النيل، ولم تعارضه أي منهما.

ب - حقوق دولة المجري المائي الناشئة عن اتفاقيات سابقة: وتتضمن المادة ٣ من المشروع الحل الذي وضعت له لجنة القانون الدولي عند عدم وجود اتفاق، حيث أوصت لجنة القانون الدولي في تعليقها على المادة ٣ أنه، بينما تأمل اللجنة أن تأخذ الاتفاقيات المتصلة بمجار مائية دولية معينة أحكام اتفاق ١٩٩٧ في عين الاعتبار اللازم؛ حيث يكون لاتفاق ١٩٩٧، أساساً، طبيعة تكميلية، وبصفة عامة في حالة انتهاك أي دولة من دول المجري المائي الدولي قواعد حسن النية. وقد أضيفت فقرتان إلى المادة ٣ من مشروع مواد لجنة القانون الدولي

(١٠٩) د. أحمد المفتي، دراسة حول اتفاقية قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، I:\new research Ethiopia Grand Dam\work\html عربي/دراسة حول اتفاقية قانون استخدام المجاري المائية الدولية، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(١١٠) انظر: ذلك في "تقرير اللجنة السادسة Report of the Sixth Committee convening as the Working Group of the Whole Chairman: Mr. Chusei YAMADA (Japan)"، تمت زيارته <http://www.un.org/law/cod/watere.htm> في ٢٠١٣/٩/٢٠.

بشأن اتفاق ١٩٩٧، هما: ١ و٢^(١١١)، اللتان تقضيان بأنه لا يؤثر أي مما نص عليه في الاتفاق، أي اتفاق ١٩٩٧، على حقوق والتزامات دولة المجرى المائي الناشئة عن اتفاقيات يكون معمولاً بها بالنسبة لهذه الدولة في اليوم، الذي تصبح فيه طرفاً في هذا الاتفاق، أي اتفاق ١٩٩٧، ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، وأنه على الرغم من ذلك يجوز للأطراف في الاتفاقيات المشار إليها أن تنتظر - عند اللزوم - في مدى اتساق تلك الاتفاقيات مع المبادئ الأساسية لاتفاق ١٩٩٧^(١١٢)، وهو نص يسند الموقف المصري بشأن شرعية حصته في مياه نهر النيل وفقاً للاتفاقيات السابقة كما سوف نرى.

وترى بعض الوفود كالوفد الأثيوبي، عند تفسير تصويته على اتفاق ١٩٩٧، أن تحقيق الاتساق الوارد في الفقرة ٢ من المادة ٣ يجب أن يكون إلزامياً، وهذا خلاف للرأي الراجح في الفقه الدولي الذي مؤداه أنه: "نظراً لكثرة وتنوع الاتفاقات القائمة، فإن مثل هذا الاشتراط ليس عملياً، إلا أن هذا لا يعني أن المبادئ التي يجسدها الاتفاق ليست ذات أهمية في تفسير الاتفاقات القائمة"^(١١٣).

ومن الملاحظ على الموقف الأثيوبي أعلاه أنه اختلف عن الاقتراحات التي تقدم بها قبل التصويت على مشروع اتفاق ١٩٩٧، ومن هذه الاقتراحات:

- لا يطبق اتفاق ١٩٩٧ على اتفاقات المجاري المائية القائمة إلا في الحالات التي تكون فيها هذه الاتفاقيات مخالفة للمبادئ والقواعد الجوهرية المنصوص عليها في هذا الاتفاق.

(١١١) د. أحمد المفتي، دراسة حول اتفاقية قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية، مرجع سابق، هامش ١٠٩.
(١١٢) انظر: اتفاقية ١٩٩٧، مرجع سابق، هامش ١٠٠.
(١١٣) انظر: في ذلك تقرير اللجنة السادسة، مرجع سابق، هامش ١١٠.

- تحاول دول المجرى المائى فى الحالات التى تكون فيها اتفاقيات المجرى المائية القائمة مخالفة لمبادئ هذا الاتفاق وقواعده الجوهرية، عقد اتفاق جديد للمجرى المائى يعكس بالقدر الكافى أحكام هذا اتفاق ١٩٩٧.

- فى حالة عدم وجود اتفاقيات محددة ثنائية أو متعددة الأطراف بين دول المجرى المائى، تنطبق أحكام اتفاق ١٩٩٧ على الأغراض التى يستخدم فيها ذلك المجرى المائى^(١١٤).

وقد اقترحت مصر فى ١٠ أكتوبر ١٩٩٦ إضافة فقرتين فى نهاية المادة ٣ من مشروع مواد لجنة القانون بشأن اتفاق ١٩٩٧ على النحو التالى:

- لا يؤثر اتفاق ١٩٩٧ على الالتزامات والحقوق المكتسبة الناشئة عن الاتفاقات القائمة والأعراف السارية بين دول المجرى المائى.

- ومع ذلك يجوز للدول الأطراف فى اتفاق قائم - إذا ما سمحت الظروف بذلك - أن تنظر فى موافقة هذا الاتفاق مع المبادئ الأساسية لاتفاق ١٩٩٧، بموافقة جميع الدول الأطراف فى هذا الاتفاق على ذلك^(١١٥)، وقد قدم رئيس اللجنة السادسة اقتراحه استناداً إلى مواقف العديد من الدول التى قدمت اقتراحات تضمنت هذا المعنى، بما فى ذلك مصر وإيطاليا والهند وتركيا وإسرائيل^(١١٦).

ت - وترى بعض الدول خاصة البرتغال وأنثيوبيا، أن بعض أحكام اتفاق ١٩٩٧، إنما هى تقنياً لقواعد عرفية قائمة، ولذلك فإنه بمقتضى المادة ٦٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ ينبغى بطلان كافة الاتفاقات القائمة بشأن المجرى المائية الدولية التى تخالف تلك القواعد، وعلى الطرف المقابل أعلنت دول أخرى مثل مصر وفرنسا وسويسرا رفضها لذلك التفسير، وقد توصل الجميع إلى الحل الوسط الوارد فى الفقرتين ١ و ٢ من المادة ٣^(١١٧).

(١١٤) انظر: المرجع السابق.

(١١٥) انظر: المرجع السابق.

(١١٦) انظر: المرجع السابق.

(١١٧) انظر: هذه المادة المرجع السابق.

واعتمدت هذه المادة بعد أن صوتت لصالحها ٣٦ دولة، وعارضتها ثلاث دول، هي مصر وفرنسا وتركيا^(١١٨)، واعتبر ذلك نجاحاً متواضعاً؛ نظراً لامتناع ٢١ دولة عن التصويت، ولم تصوت مصر لصالح المادة ٣ بسبب رفضها لها كما يبدو من موقفها السابق تجاه هذه المادة، وإنما كان ذلك الموقف على سبيل الاحتياط. ولذلك يمكن القول أن مصر قد تمسكت بنص المادة ٣ من اتفاق ١٩٩٧ بشأن العلاقة بين اتفاق ١٩٩٧ والاتفاقيات القائمة^(١١٩)، هذه العلاقة المتمثلة باستمرارية هذه الأخيرة، أي استمرارية حقوقها على نهر النيل وفقاً لهذه الاتفاقيات.

ث - وقد جاء الباب الثالث من اتفاق ١٩٩٧ متضمناً "التدابير المزمع اتخاذها، المواد ١١-١٩"^(١٢٠)، حيث أن هذا الباب يتعلق بتنظيم تبادل المعلومات للدول المشتركة في المجرى المائي، والتشاور والتفاوض بشأن الآثار المحتملة للتدابير المزمع اتخاذها على حالة المجرى المائي الدولي، ويشتمل الباب أيضاً على قواعد إجرائية ينبغي على دولة المجرى المائي التي تنوي القيام بأعمال معينة التقيد بها، وإلا فإنها تتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بدول المجرى المائي الأخرى، ومن ضمنها التعويضات، إذ تضم هذه المواد مجموعة من الإجراءات التي ينبغي اتباعها لكل نشاط - كبناء سد النهضة - قد يكون له أثر سلبي على دول أخرى كمصر، تشترك في المجرى المائي الدولي، مثل نهر النيل.

وتدل تلك المواد على أن المجتمع الدولي يرفض تماماً فكرة أن لدولة ما وحدها، كأثيوبيا أو مصر، الحرية المطلقة في أن تفعل ما تشاء من عمل، كبناء سد النهضة، في الجزء من المجرى المائي الدولي الواقع تحت سيادتها، إلا أن

(١١٨) انظر: هذه المادة المرجع السابق.

(١١٩) انظر: مادة ٣ من اتفاق ١٩٩٧، باللغة العربية، مرجع سابق، هامش ١٠٠.

(١٢٠) انظر: هذه المادة، تقرير اللجنة السادسة، مرجع سابق، هامش ١١٠.

بعض الدول لم توافق على ذلك، مثل أثيوبيا ورواندا وتركيا، فاقترحت أثيوبيا، على سبيل المثال، إدخال بعض التعديلات على المادة ١٣ والمادة ١٤ مما يفقد هذه المواد مضمونها، ولكن مثل هذه المقترحات لم تنجح.

ويقضي مشروع تلك المواد بأن الدولة التي تزمع تنفيذ عمل جديد أو تغيير في استخدام عمل قائم على مجرى مائي دولي ما، ومن الممكن أن يكون لذلك العمل أثر ضار على دولة أخرى مشاطئة على نفس المجرى المائي، يجب على الدولة الأولى أن توجه إخطاراً مسبقاً للدولة الثانية، وأن تمنح تلك الدولة الثانية مهلة ستة أشهر للرد على الإخطار، فإن عارضت الدولة الثانية العمل الذي تزمع الدولة الأولى القيام به وجب على الدولتين أن يدخلتا في مفاوضات بينهما من أجل التوصل إلى تسوية منصفة للنزاع، وقد تستغرق هذه العملية بكاملها مدة سنة واحدة أو أكثر، فإن لم تتم تسوية هذا النزاع بعد ذلك تطبق إجراءات تسوية المنازعات التي تتضمنها المادة ٣٣^(١٢١) من اتفاق ١٩٩٧، وهي نصوص تنطبق تماماً على وضع سد النهضة. أما الباب الرابع فقد تضمن "الحماية والحفظ والإدارة، المواد ٢٠-٢٦"^(١٢٢)، حيث لم تجر عليها إلا تعديلات طفيفة وفقاً لمشروع لجنة القانون الدولي.

أما الباب الخامس فيتضمن "الأحوال الضارة وحالات الطوارئ، المواد ٢٨-٢٨"^(١٢٣). ثم يأتي بعد ذلك الباب الخامس تحت عنوان: "أحكام متنوعة، المواد ٢٩-٣٣"^(١٢٤)؛ حيث تشير المادة ٢٩ إلى أن مبادئ وقواعد القانون الدولي المنطبقة في حالات النزاع المسلح الدولي وغير الدولي تتضمن أحكاماً مهمة بشأن المجاري المائية الدولية والمنشآت ذات الصلة، ومبادئ وقواعد القانون الدولي المنطبقة في حالة خاصة هي التي تلزم الدول المعنية، بينما

(١٢١) انظر: مادة ٣٣ من اتفاق ١٩٩٧، باللغة العربية مرجع سابق، هامش ١٠٠.

(١٢٢) انظر: في ذلك تقرير اللجنة السادسة، مرجع سابق، هامش ١١٠.

(١٢٣) انظر: اتفاق ١٩٩٧، باللغة العربية، مرجع سابق، هامش ١٠٠.

(١٢٤) انظر: في ذلك تقرير اللجنة السادسة، مرجع سابق، هامش ١١٠.

المادة ٣٠ تتضمن واجب التعاون الوارد في الاتفاق حتى في الحالات التي لا يوجد فيها تواصل مباشر بين الدول؛ حيث نصت على أنه في الحالات التي توجد فيها عقبات جدية تعترض الاتصالات المباشرة بين دول المجرى المائي، تنفذ الدول المعنية التزاماتها بالتعاون المنصوص عليه في هذا الاتفاق، بما في ذلك تبادل البيانات والمعلومات والأخطار والإبلاغ والمشاورات، والمفاوضات، عن طريق أي إجراء غير مباشر يحظى بقبولها.

وتوضح المادة ٣٢ بأنه لا يجوز لدولة المجرى المائي أن تجري أي تمييز على أساس الجنسية أو الإقامة والمكان الذي وقع فيه الضرر، وإلا حق اللجوء إلى الإجراءات القضائية أو غيرها من الإجراءات، أو حق المطالبة بالتعويض أو غيره من أشكال الإنصاف فيما يتعلق بالضرر الجسيم الناجم عن تلك الأنشطة. والمادة ٣٣^(١٢٥)، التي تنص على أنه إذا لم تتمكن الأطراف المعنية - بعد ستة أشهر من وقت طلب المفاوضات - من تسوية نزاعها عن طريق التفاوض أو أي وسيلة أخرى حددتها المادة، يعرض النزاع على لجنة محايدة لتقصي الحقائق ما لم تتفق الأطراف على خلاف ذلك^(١٢٦)، ويمكن تطبيق هذه الإجراءات على النزاع الأثيوبي المصري.

٢ - اتفاق ١٩٩٧^(١٢٧) يوازن بين موقف كل من الدولتين:

(١٢٥) انظر: مرفق التحكيم، اتفاق ١٩٩٧، باللغة العربية، مرجع سابق، هامش ١٠٠.
(١٢٦) أما الباب السابع فيتضمن "الأحكام الختامية في المواد ٣٤ - ٣٧"، حيث أن هذا الباب يتضمن المواد التي تتناول مسائل التوقيع على الاتفاقية والتصديق أو القبول أو الموافقة أو الانضمام والنفذ والنصوص الرسمية، ويوجد مرفق مع الاتفاقية بشأن التحكيم يتكون من ١٤ مادة يطبق على أي نزاع يثور بين الدول الأطراف في هذه الاتفاقية ما لم يتفق على خلاف ذلك، انظر: اتفاق ١٩٩٧، باللغة العربية، مرجع سابق، هامش ١٠٠.

(١٢٧) قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٧٠ إحالة مشروع هذا الاتفاق إلى لجنة القانون الدولي، انظر: تقرير لجنة القانون الدولي النهائي بشأن مشروع اتفاق ١٩٩٧،

<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/>

8_3_1994.pdf، تمت زيارته في ٢/٩/٢٠١٣.

أ - يسند الاتفاق موقف كل من الدولتين: موقف مصر الذي يوسع من المعنى الاصطلاحي لمفهوم "انحراف مجرى النهر" الوارد في هذه الاتفاقيات، ليشمل العديد من الأنشطة مثل: ندرة المياه وتلوث بيئة النهر وانخفاض كمية مياهه ونوعية المياه الجوفية للنهر ومنع نسبة كبيرة من الطمي التي يحملها نهر النيل وأي ضرر للمواقع السياحية^(١٢٨)، كما يتوقع أن يحدث عند بناء سد النهضة. أما أثيوبيا فتعتمد في بناء هذا السد على مبدأ "لا ضرر"، الوارد في هذا الاتفاق، والذي له في رأيها سمات عملية، منها "لا ضرر بسيط أو ذو أهمية"^(١٢٩) ينال مصر عند بناء مثل هذا السد، أما مصر فترفض هذا التفسير الأثيوبي على أساس أنه غير واضح.

ب - أما أثيوبيا فتري أن النزاع حول مبدأ عدم تحويل مياه النهر، ومبدأ الاستخدام المنصف لمياه نهر النيل، ومبدأ لا ضرر، يمكن حله في المفاوضات الثنائية بين الدولتين، كما أشار إليها الاتفاق، ولكن في غياب الاتفاق الثنائي أو الجماعي بين الدولتين بشأن تقاسم مياه نهر النيل، يبدو أن أثيوبيا سوف تعتمد في بناء سد النهضة على المادة ٢ من اتفاق هلسنكي^(١٣٠) بشأن حماية واستعمال المجاري المائية عبر الحدود والبحيرات الدولية لعام ١٩٩٢^(١٣١) "اتفاق هلسنكي"، حيث

See Y. Arsano, Arab Alliance and Ethiopias Reaction to the Red Sea Question. (١٢٨) Paper Presented at Peace and Development in Ethiopia Symposium, Organized by the main Department of the Higher Education of Ethiopia, 1990.

See M. S. Amr, Diversion of International Watercourses Under International Law, in, eds, AFRICAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW, 2002, Vol 10. Martinus Nijhoff. Publishers: Leiden / Boston.

(١٣٠) انظر: اتفاق هلسنكي بشأن حماية واستعمال المجاري المائية عبر الحدود والبحيرات الدولية "اتفاق هلسنكي" <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/pdf/watercon.pdf> تمت زيارته في ٢٠/٩/٢٠١٣.

See Y. Arsano, Trans Boundary Waters: Prospects for Peaceful Co-Existence in (١٣١)

تقضى هذه المادة بأن الدول الأطراف في هذا الاتفاق ينبغي أن تتخذ كافة الوسائل المناسبة لضمان استخدام المياه العابرة للحدود بطريقة معقولة ومنصفة. ويتخذ هذا المبدأ الذي اشتملت عليه هذه المادة موقفاً وسطاً بين النظريتين المتشدتين، نظرية السيادة الإقليمية المطلقة التي قد تتبناها دول المنبع ومنها أثيوبيا، ونظرية السلامة الإقليمية المطلقة التي قد تتبناها دول المصب^(١٣٢) ومنها مصر.

ت - الاتفاق يسند مصر، فالاتفاق ١٩٩٧ إنما هو اتفاق إطارى، إذا صادقت عليه دول حوض نهر النيل، لا بد من تنفيذه بواسطة إبرام اتفاقية خاصة بين هذه الدول للالتزام بأحكامه، ولا بد حتى مع التصديق عليه من إبرام اتفاقيات خاصة لتعديل الوضع القانوني القائم.

ث - الأخذ بوجهتي نظر كل من أثيوبيا ومصر: اتفاق ١٩٩٧ يأخذ بمفهومى "الاستخدام المنصف والمعقول"، والالتزام بعدم التسبب في "ضرر ملموس"، فالاتفاق يسند أثيوبيا، كدولة من دول المنبع، التي تصر على مطالب مؤداها "الانتفاع المنصف والمعقول" و"الاستفادة الكاملة" من مياه النهر الدولي، كنهر النيل، وفي الوقت نفسه يسند الاتفاق موقف مصر، كدولة من دول المصب، التي تدعو إلى الامتناع عن التسبب في إلحاق "ضرر ملموس" فيها وقبول حقوقها التاريخية في النهر الدولي، أيضاً كنهر النيل.

ج - يسند وجهة نظر مصر: تستند مصر في نزاعها مع أثيوبيا حول بناء

= the Horn of Africa, in Tafesse, Yakob, Oyvinds, eds, in Topics Contemporary Political Development in Ethiopia. Proceedings of the Launching Workshop of the Department of Political Science and International Relations and the Norwegian Institute for Human Rights. Addis Ababa: Addis Ababa University 2003.

See A. UTTON, Which Rule Should Prevail in International Water Disputes: (١٣٢) That of Reasonableness or that of No Harm?", Natural Resources Journal, 1996, vol. 36.

سد النهضة على قواعد القانون الدولي^(١٣٣) التي اشتمل عليها اتفاق ١٩٩٧، إذ إنه وفقاً لهذه القواعد فإن إثيوبيا كدولة منبع، لا تستطيع تحويل، أو تغيير، الجريان الطبيعي لمياه نهر النيل، كما هو الحال في بناء سد النهضة؛ حيث إن مثل هذا التحويل يؤثر سلباً على مصر، كدولة مصب.

ح - يسند الاتفاق موقف مصر؛ حيث إن الاتفاق ما هو إلا تقنين لمبادئ القانون الدولي العرفية لاستخدام مياه الأنهار الدولية في غير الأغراض الملاحية، ومن هذه المبادئ ما نص عليها اتفاق ١٩٩٧^(١٣٤)، كمبدأ احترام الاتفاقيات القائمة التي تنظم الانتفاع بمياه النهر الدولي^(١٣٥)، كنهر النيل.

خ - يسند اتفاق ١٩٩٧ كل من الموقفين؛ حيث يشتمل على مبدأ مراعاة التوزيع العادل لمياه النهر الدولي، كنهر النيل، وفقاً لمعايير مختلفة أهمها عدد السكان والاستخدامات القائمة والمساحة الجغرافية^(١٣٦).

د - يسند موقف مصر؛ حيث اشتمل اتفاق ١٩٩٧ على مبدأ ضرورة قيام الدولة المشتركة في حوض النهر الدولي بإعلان^(١٣٧) كل دول الحوض الأخرى مسبقاً قبل البدء في أي عمل أو سلوك على مجرى النهر المشترك، ومبدأ تعويض أي دولة من دول حوض النهر الدولي عن أي آثار سلبية تترتب على قيام دولة أخرى بأعمال على النهر الدولي، إذا ألحقت هذه الأعمال ضرراً بتلك الدولة^(١٣٨).

M. S. Amr, Diversion of International Watercourses Under International Law, (١٣٣) in, eds, AFRICAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW, 2002, Vol. 10. Martinus Nijhoff. Publishers: Leiden / Boston.

(١٣٤) انظر: اتفاق ١٩٩٧، مرجع سابق، هامش ١٠٠.

(١٣٥) المادة ٣ من اتفاق ١٩٩٧، مرجع سابق، هامش ١٠٠.

(١٣٦) المادة ٦ من اتفاق ١٩٩٧، مرجع سابق، هامش ١٠٠.

(١٣٧) المادة ١٢ من اتفاق ١٩٩٧، مرجع سابق، هامش ١٠٠.

(١٣٨) انظر: اتفاق ١٩٩٧ الجزء الثاني المواد من ٥ إلى ١٠، مرجع سابق، هامش ١٠٠.

الفرع الثاني إطار اتفاق ١٩٢٩

أولاً - مضمون الاتفاق: يتضمن اتفاق ١٩٢٩ القواعد التي تحكم ما تدعيه مصر من حقوق في مياه نهر النيل، كحقوق طبيعية وتاريخية^(١٣٩)، فقد وقعت كل من مصر والمملكة المتحدة الاتفاق على هذا الأساس في مذكرة عام ١٩٢٥ "مذكرة عام ١٩٢٥"؛ حيث أكد المفوض السامي للمملكة المتحدة التزام حكومته بتطوير الزراعة في مصر^(١٤٠)، وأكدت المذكرة على وجه التحديد لرئيس الوزراء المصري - آنذاك - أن المملكة المتحدة: "...ليست لديها أية نية للتعدي على الحقوق الطبيعية والتاريخية لمصر في مياه نهر النيل التي تعترف أنها إلى اليوم لا تقل عنها في الماضي، وإعطاء التعليمات في هذا الموضوع إلى حكومة السودان بأن حكومة صاحب الجلالة قصدت أن تفسرها بهذا المعنى"^(١٤١) وكذلك في مذكرة عام ١٩٢٩، أكدت المملكة المتحدة مجدداً على الاعتراف بهذا المبدأ القانوني: "في جميع الأوقات وتحت أي ظرف من الظروف التي قد تنشأ"^(١٤٢). وفي مذكرة عام ١٩٢٥، رددت مصر موقفها القائل بأن التنمية في السودان: "في أي حال من الأحوال ينبغي ألا تكون ضارة بالري في مصر، أو ماسة بالمشاريع المستقبلية الضرورية جداً لتلبية احتياجات السكان الزراعية المتزايدة بسرعة في هذا البلد"^(١٤٣). كما طلبت مصر أن تسحب

-
- (١٣٩) انظر: تبادل المذكرات بشأن استعمالات مياه نهر النيل للأغراض الزراعية في مايو ١٩٢٩ بين مصر والمملكة المتحدة، مرجع سابق، هامش ٢.
- (١٤٠) انظر: تبادل المذكرات بشأن استعمالات مياه نهر النيل للأغراض الزراعية في مايو ١٩٢٩ بين مصر والمملكة المتحدة، مرجع سابق، هامش ٢.
- (١٤١) انظر: تبادل المذكرات بشأن استعمالات مياه نهر النيل للأغراض الزراعية في مايو ١٩٢٩ بين مصر والمملكة المتحدة، مرجع سابق، هامش ٢.
- (١٤٢) انظر: تبادل المذكرات بشأن استعمالات مياه نهر النيل للأغراض الزراعية في مايو ١٩٢٩ بين مصر والمملكة المتحدة، مرجع سابق، هامش ٢.
- (١٤٣) انظر: تبادل المذكرات بشأن استعمالات مياه نهر النيل للأغراض الزراعية في مايو ١٩٢٩ بين مصر والمملكة المتحدة، مرجع سابق، هامش ٢.

المملكة المتحدة تعليماتها التي أعطت السودان الأراضي غير المحدودة للري في الجزيرة^(١٤٤). وفي المذكرة المصرية عام ١٩٢٩ المرسله إلى المملكة المتحدة، كررت مصر موقفها بأن تسمح المملكة المتحدة بزيادة توزيع مياه النيل إلى السودان طالما أنها: "لا تنتهك حقوق مصر الطبيعية والتاريخية في مياه النيل ومتطلباتها الزراعية، وضرورة إعطاء ضمانات مرضية بشأن الحفاظ على المصالح المصرية"^(١٤٥).

ثانياً - الاتفاق يمنح مصر حق الملكية من حيث الكم والكيف على مياه نهر النيل: ترى مصر أن اتفاق ١٩٢٩ يضمن لها نوعين من الحقوق^(١٤٦) في مياه نهر النيل، النوع الأول: هو حقوق الملكية الثابتة في استخدامات مياه نهر النيل، المحمية بقاعدة الملكية، حيث إن البند ٤ (ب) من اتفاق ١٩٢٩، يقضي بوضوح على أنه: "يمنع إقامة أعمال الري أو أعمال الطاقة أو أي تدابير يتم بناؤها أو تتخذ على النهر وفروعه، أو على البحيرات التي يتدفق منها النهر، طالما أن هذه كلها في السودان أو في البلدان الواقعة تحت الإدارة البريطانية، إذا كانت هذه الأعمال تنطوي على إجحاف بمصالح مصر، كخفض كمية المياه التي تصل إلى مصر، أو تعديل وقت وصولها، أو خفض مستواها"^(١٤٧). وتشمل عبارة البلدان التي تحت الإدارة البريطانية الواردة في هذا النص، تنجانيقا وأوغندا وكينيا والسودان^(١٤٨).

(١٤٤) انظر: تبادل المذكرات بشأن استعمال مياه نهر النيل للأغراض الزراعية في مايو

١٩٢٩ بين مصر والمملكة المتحدة، مرجع سابق، هامش ٢.

(١٤٥) انظر: تبادل المذكرات بشأن استعمال مياه نهر النيل للأغراض الزراعية في مايو

١٩٢٩ بين مصر والمملكة المتحدة، مرجع سابق، هامش ٢.

H. S. Mohamed Hosni, Legal Problems of the Development of the River Nile, (١٤٦) 114, (unpublished Ph.D. Dissertation, New York University 1957), on the file with Columbia Law School Library.

S. M. Hosni, Legal Problems of the Development of the River Nile, id. (١٤٧)

A. GODANA, AFRICAS SHARED WATER RESOURCES: LEGAL AND (١٤٨) INSTITUTIONAL ASPECTS OF NILE, NIGER AND SENEGAL RIVER SYSTEMS, Lynne Rienner Publishers, 1985, p. 117.

أما النوع الثاني من حقوق الملكية: فيتضمن حقوق الملكية غير المعينة، كتلك الواردة في البند ٤ (د) من اتفاق نهر النيل ١٩٢٩؛ حيث يغطي هذا النوع التخصيص المستقبلي لمياه نهر النيل والأعمال الجديدة، مثل البناء في جبل الأولياء وسد سنار^(١٤٩)، إذ إن هذا البند قد اشترط - على وجه التحديد - أن الأعمال المزمع الاضطلاع بها في السودان لصالح مصر سوف تخضع إداريا للحكومة المصرية بعد التشاور مع السلطات المحلية^(١٥٠).

ثالثاً - موقف كل من أثيوبيا ومصر تجاه اتفاق ١٩٢٩:

١ - وجهة النظر الأثيوبية تجاه اتفاق نهر النيل لعام ١٩٢٩ واتفاق ١٩٩٧: أثيوبيا هي إحدى أهم دول منابع نهر النيل، تمتد نهر النيل بما نسبته حوالي ستة وثمانين في المائة من مياه هذا النهر، مقدرا عند سد أسوان، بينما تستخدم أثيوبيا من مياه هذا النهر في الري وفقاً لتقديرات البنك الدولي حوالي اثنين فاصلة اثنين "٢,٢" مليار متر مكعب من موارد المياه المتجددة بها سنوياً، وذلك بنسبة اثنين في المائة "٢٪" من إجمالي مواردها المائية.

وقد أدت تغيرات المناخ الذي تعرضت له هذه الموارد المائية الهائلة، وما ترتب على ذلك من حالات الجفاف والمجاعات التي أصابت أثيوبيا، وما صاحب ذلك كله من زيادة سريعة في عدد سكان هذا البلد إلى البحث في مواردها المائية لإقامة مشروعات للري، كالسدود ومراكز توليد الطاقة، لمواجهة احتياجات سكانها، مما اضطرها إلى المطالبة بإعادة النظر في توزيع مياه نهر النيل، وهي مطالب ليست وليدة العصر الحاضر، بل كان لها خلفية تاريخية قديمة.

من ذلك، موقف أثيوبيا منذ بداية التسعينيات من القرن الماضي^(١٥١)، الذي دعى فيه ميليس زيناوي رئيس الوزراء الأثيوبي الراحل، لأول مرة، إلى الملكية

S. M. Hosni, Legal Problems of the Development of the River, op. cit. n. 46, p. (١٤٩) 133.

Id.

(١٥٠)

(١٥١) ويمكن رد البداية الحقيقية للأزمة بين مصر وباقي دول حوض النيل في هذا السياق =

المشتركة لمياه نهر النيل لجميع دول حوض نهر النيل، كثروة طبيعية واحدة، وهو موقف تمسكت به أثيوبيا في جميع مؤتمرات نهر النيل^(١٥٢)، وتتمسك أثيوبيا بالتطبيق التبادلي لشرط الإعلان المسبق عن إقامة أي مشروع على نهر النيل، وإن كانت لم تطبق ذلك عند بناء سد النهضة.

ورسخ هذه الموقف في الممارسة، حيث رفضت الاعتراف باتفاق عام ١٩٥٩ بين الجمهورية العربية المتحدة والسودان، مدعية أن القانون الدولي لا يقر الحقوق المكتسبة أو الثابتة لدولة ما في نهر دولي، وأن ذلك الاتفاق قد أبرم بين دولتين من أصل عشر دول مشتركة بحوض نهر النيل، ورفضت الاعتراف بشرعية اتفاق ١٩٢٩، تحت مقولة أنها من الاتفاقيات الاستعمارية، التي لا تلزمها كدولة مستقلة، وينبغي إعادة النظر بها، عن طريق توقيع مصر على اتفاق عنتيبي، ودعت أثيوبيا مصر إلى التفاوض حول هذا الموضوع في مناسبات كثيرة.

= إلى تاريخ استقلال تنجانيقا ثم دخولها في وحدة مع زنجبار لتشكلا معاً دولة تنزانيا عام ١٩٦٤، حيث أصدر الرئيس التنزاني جوليوس نيريري آنذاك إعلاناً عرف باسم "إعلان نيريري" يقضي بعدم الاعتراف بالاتفاقيات التي عقدها الدول الاستعمارية نيابة عن مستعمراتها قبل حصول دول حوض نهر النيل على استقلالها، ومن بينها معاهدة ١٩٢٩، وسرعان ما انضمت أوغندا وكينيا إلى هذا المبدأ، وطلبت من مصر التفاوض معها حول هذه المسألة، ثم وقعت تنزانيا مع كل من رواندا وبوروندي في عام ١٩٧٧ اتفاقية نهر كاجيرا التي تتضمن بدورها إنكاراً لاتفاق ١٩٢٩، انظر: الفقيه المتخصص في الاستخلاف الدولي D. P. O'Connell, STATE SUCCESSION

IN MUNICIPAL AND INTERNATIONAL LAW, 1967, Vol. I, p. 172.

(١٥٢) مؤتمرات نهر النيل ٢٠٠٢ في القاهرة في عام ١٩٩٩، حينما تحدث أن أثيوبيا رغم أنها تسهم بالنصيب الأوفر من مياه النيل فهي تعتقد أن النيل ليس ملكاً لدولة أو دولتين، ولكنه ملكاً لكل الدول التي تقع في حوضه، انظر: الأزمة المائية في حوض نهر النيل.. المسيرة والمصير ٢ يونيو ٢٠١٣ - ٢٧:٠٧،

تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢، <http://www.qiraatafrican.com/view/?q=1264>

ويمكن تفسير موقف أثيوبيا من اتفاقي نهر النيل، اتفاق ١٩٢٩ واتفاق ١٩٥٩، بامتناعها عن التصويت على اتفاق ١٩٩٧^(١٥٣)؛ حيث ترى أن هذا الاتفاق لا يحقق العدل بين دول المصب ودول المنبع للنهر الدولي المشترك، وأن الجزء الثالث من الاتفاق بشأن الإجراءات التي سوف تتخذ تضع أعباء ثقيلة على كاهل الدولة التي تزمع بناء مشروعات على مياه نهرها، كما ترى أثيوبيا أن المادة الثالثة من اتفاق ١٩٩٧، كاتفاق إطارى، ينبغي أن تتضمن النص على التزام الدول بتعديل الاتفاقيات الحالية للانسجام مع الاتفاق الإطارى. وتحفظت بشدة على المادة السابعة التي تقضي بالالتزام بعدم إلحاق الضرر الجوهري^(١٥٤). وترى أثيوبيا أن توزيع مياه نهر النيل ينبغي أن يستند إلى معيارين: المعيار الأول: هو مساحة التصريف في كل دولة من دول حوض النهر، والمعيار الثاني: هو مدى مساهمة كل دولة في الإيرادات المائية للنهر، واستناداً إلى أن أثيوبيا تساهم بالقسط الأكبر في الإيرادات المائية لنهر النيل، التي تقدر بحوالي خمسة وثمانين في المائة "٨٥٪"، فإن أثيوبيا هي صاحبة النصيب الأكبر في هذه المياه بين دول حوض نهر النيل، لذلك لم توقع أو تنضم إلى هذا الاتفاق.

٢ - وجهة النظر المصرية تجاه اتفاق نهر النيل لعام ١٩٢٩ واتفاق ١٩٩٧: وعلى عكس الموقف الأثيوبى، تستند مصر في رأيها بشرعية اتفاقي عامي ١٩٢٩ و١٩٥٩، إلى قواعد الاستخلاف الدولي للمعاهدات؛ حيث أكدت معاهدة فيينا لخلافة الدول في المعاهدات التي تم إقرارها في ٢٣ أغسطس عام

(١٥٣) انظر: الوضع القانوني لاتفاق ١٩٩٧.

STATUS AS AT: 04-09-2013 08:23:55 EDT, [http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XXVII-](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XXVII-12&chapter=27&lang=en)

[ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XXVII-](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XXVII-12&chapter=27&lang=en)

[12&chapter=27&lang=en](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XXVII-12&chapter=27&lang=en)، تمت زيارته في ٢٠/٩/٢٠١٣.

(١٥٤) د. صلاح عامر، اتفاقية الأمم المتحدة لقانون استخدام المجاري المائية الدولية في

الأغراض غير الملاحية، السياسة الدولية، <http://digital.ahram.org.eg/>، articles.aspx?Serial=221228&eid=475، تمت زيارته في ٢٠/٩/٢٠١٣.

١٩٧٨^(١٥٥)، على مبدأ الاستخلاف الدولي للمعاهدات، ومنها اتفاق ١٩٢٩ قياساً على معاهدات الحدود بين الدول، واستندت مصر على ذلك في موقفها من اتفاق ١٩٩٧^(١٥٦)، بقولها أنه: "لا يمكن لمثل هذا الاتفاق الجديد أن يؤدي بأي حال من الأحوال إلى التأثير على الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بأنهار أخرى".

وإلى جانب تطبيق قواعد الاستخلاف الدولي، ترى مصر أنه يمكن تطبيق مبدأ الانتفاع المنصف والعاقل للمجاري المائية على نهر النيل، حيث تستند مصر إلى أعمال هذا المبدأ عند النظر في مسألة توزيع الحصص المائية بين دول نهر النيل، وقد تضمنت المادة الخامسة من قواعد هلسنكي لعام ١٩٦٦ تحديد المقصود بمبدأ الاقتسام العادل والمنصف، حيث تضمنت أحد عشر مؤشراً إرشادياً في هذا المجال، وقد أكد اتفاق ١٩٩٧ على ذلك، وأخذت في الاعتبار عوامل الجغرافيا والمناخ، والحاجات الاقتصادية والاجتماعية والوزن النسبي للسكان الذين يعتمدون على النهر، وهو ما يعد في صالح مصر.

وإلى جانب قواعد الاستخلاف الدولي ومبدأ الانتفاع المنصف والعاقل، تتمسك مصر بمبدأ الحقوق التاريخية المكتسبة الذي يقوم على قاعدة احترام الكيفية التي جرى العمل عليها في توزيع مياه النهر الدولي بين الدول المشتركة في النهر، كنهر النيل، شريطة أن يكون هذا التوزيع قد جرى عليه العمل الدولي فترة تاريخية طويلة، وتواتر تطبيقه دون اعتراض من أية دولة من دول حوض النهر، وهو رأي تأخذ به مصر بقوة.

إضافة إلى هذه القواعد التي تتمسك بها مصر، تتمسك أيضاً بشرط الإعلان المسبق عن أي عمل تقوم به أي دولة من دول حوض النيل له علاقة

(١٥٥) معاهدة فيينا لخلافة الدول في المعاهدات، التي تم إقرارها في ٢٣ أغسطس عام ١٩٧٨، <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/vcssrt/vcssrt.html>، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٢.

(١٥٦) انظر: الوضع القانوني لاتفاق ١٩٩٧، مرجع سابق، هامش ١٥٣.

في هذا النهر، وإن كان بعض دول المنبع تعارض هذا الإعلان، بينما تعتبره مصر التزاماً قانونياً، وهو ما أكدته اتفاق ١٩٩٧، مع ذلك كله ومع ما في هذا الاتفاق من قواعد تسند الموقف المصري، لم توقع أو تنضم إليه مصر، لمزيد - في رأينا - من التروي.

رابعاً - الملاحظات على الموقفين الأثيوبي والمصري:

١ - أن هذه الاتفاقيات، هي اتفاقيات إقليمية^(١٥٧)، لا تؤثر عليها تغيير السيادة، وهي قيد على الدولة المستقلة الجديدة^(١٥٨)، وفقاً للمادتين ١١ و ١٢ من اتفاقية فيينا بشأن الاستخلاف الدولي في المعاهدات لعام ١٩٧٨، أخذاً بنظرية الاتفاقيات الموضوعية الممتدة^(١٥٩)، حيث تقضي المادة ١١ على: " ... أنه لا تؤثر خلافة الدول في حد ذاتها على: أ - الحدود المقررة بمعاهدة.

ب - الالتزامات والحقوق المقررة بمعاهدة، والمتعلقة بنظام الحدود" ^(١٦٠)، كما أنه لا يؤثر على استمرارية هذه الاتفاقيات الموضوعية التغير

(١٥٧) انظر: الوضع القانوني لاتفاقيات الحدود والاتفاقيات الإقليمية عند تغير السادة الدولية، D. P. O' Connell, STATEE THE LAW OF STATE SUCCESSION, 1967, p. 49.

(١٥٨) لمزيد من التفاصيل، انظر: أشرف عرفات، النظرية العامة للتوارث الدولي مع دراسة تطبيقية للتطورات المعاصرة في الاتحاد السوفيتي والاتحاد اليوغسلافي السابقين، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٦٢ وما بعدها؛ عدنان موسى النقيب، تغير السيادة الإقليمية وآثارها في القانون الدولي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٩، ص ١١٨ وما بعدها.

(١٥٩) د. ممدوح شوقي، التوارث الدولي في المعاهدات الدولية: دراسة قانونية لاتفاقيات نهر النيل، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخامس والأربعون، ١٩٨٩، ص ١٩٠-١٩١.

(١٦٠) انظر: اتفاق فيينا بشأن الاستخلاف الدولي للمعاهدات لعام ١٩٧٨، مرجع سابق، هامش ١٥٥.

الجوهري للظروف؛ استناداً إلى نص الفقرة ٢ من المادة ٦٢ من اتفاق فيينا بشأن قانون المعاهدات لعام ١٩٦٩^(١٦١).

وفي الاتجاه نفسه، تقضي المادة ١٢ من اتفاق فيينا بشأن الاستخلاف الدولي للمعاهدات^(١٦٢) على أنه:

" ١ - لا تؤثر خلافة الدول في حد ذاتها على:

أ - الالتزامات المتصلة باستخدام أي إقليم، أو بقيود على استخدامه والمقررة بمعاهدة لصالح أي إقليم لدولة أجنبية، والمعتبرة لصيقة بالإقليمين المعنيين.

ب - الحقوق المقررة بمعاهدة لصالح أي إقليم والمتعلقة باستخدام أي إقليم لدولة أجنبية، أو بقيود على استخدامه، والمعتبرة لصيقة بالإقليمين المعنيين.

٢ - ولا تؤثر خلافة دولة ما في حد ذاتها على:

أ - الالتزامات المتصلة باستخدام أي إقليم، أو بقيود على استخدامه والمقررة بمعاهدة لصالح مجموعة دول أو لصالح جميع الدول، والمعتبرة لصيقة بذلك الإقليم.

ب - الحقوق المقررة بمعاهدة لصالح مجموعة دول أو لصالح جميع الدول المتصلة باستخدام أي إقليم، أو بقيود على استخدامه، والمعتبرة لصيقة بذلك الإقليم.

ج - إن نص هذه المادة لا يطبق على الالتزامات التعاهدية لدول السلف، تنص على إقامة قواعد عسكرية أجنبية في الإقليم موضوع التوارث

(١٦١) معاهدة فيينا بشأن قانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=UNTSOnline&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en، تمت زيارته في ٢٠١٣/١٠/٥١.

(١٦٢) انظر: اتفاق فيينا بشأن الاستخلاف الدولي للمعاهدات لعام ١٩٧٨، مرجع سابق، هامش ١٥٥.

بين الدول، وتتعلق نصوص هذه المادة بالاتفاقات الدولية، أي الالتزامات الإقليمية التي تجد أساسها في العرف أو الاتفاق، وتتحملها دولة الإقليم لصالح دولة أو مجموعة من الدول الأخرى، وقوامها السماح للأخيرة بالانتفاع بإقليم الدولة المحملة بالاتفاق أو جزء منه".

ومؤدى الأحكام التي أوردتها هذه المادة، أن خلافة الدول في حد ذاتها لا يكون لها تأثير على انتقال الالتزامات والحقوق المتصلة والمقررة باستخدام الإقليم لصالح دولة أو دول أخرى، ولا يستثنى من ذلك إلا الاتفاقات الخاصة بإقامة قواعد عسكرية أجنبية في الإقليم، فهذه لا تلتزم بها الدولة الخلف^(١٦٣). واستناداً إلى اتفاق فينا بشأن الاستخلاف الدولي للمعاهدات التي تمثل قواعده قواعد عرف دولي تم تقنينها في هذا الاتفاق وصادقت عليه أثيوبيا في ٢٨/٥/١٩٨٠^(١٦٤) وانضمت إليه مصر في ٢٥/٧/١٩٨٦^(١٦٥)، فإنه لا يجوز لدول حوض نهر النيل، ومنها أثيوبيا ومصر، التحلل من اتفاقيات تقاسم مياه نهر النيل، سالف الذكر، إلا بالاتفاق أو وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩^(١٦٦)، الذي انضمت إليه مصر في ١١/٢/١٩٨٢^(١٦٧) ووقعت عليه أثيوبيا في ٣/٤/١٩٧٠^(١٦٨)، ولا تنطبق على هذه الاتفاقيات نظرية الصفحة البيضاء Clean Slate^(١٦٩)، وإنما تخضع هذه الاتفاقيات لنظرية

(١٦٣) انظر: في هذا المعنى، أ. د. إبراهيم العناني، أثيوبيا ومدى الالتزام باتفاقيات الانتفاع بمياه النيل، السياسة الدولية، العدد ١٢٩، يوليو ١٩٩٧، ص ١٥١.

(١٦٤) انظر: الوضع القانوني لاتفاق فينا بشأن الاستخلاف الدولي في المعاهدات، http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-2&chapter=23&lang=en، تمت زيارته في ٢٠/١٠/٢٠١٣.

(١٦٥) المرجع السابق.

(١٦٦) اتفاق فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، مرجع سابق، هامش ١٦١.

(١٦٧) انظر: الوضع القانوني لاتفاق فينا بشأن قانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ المرجع السابق.

(١٦٨) المرجع السابق.

(١٦٩) انظر: مفهوم هذه النظرية في D. P. O'Connell, STATE THE LAW OF STATE SUCCESSION, 1967, p. 7.

الاستمرار^(١٧٠) في الاستخلاف الدولي، هذه النظرية الأخيرة، التي أيدتها أثيوبيا وطالبت بتطبيقها على نزاعها الحدودي مع الصومال.

وقد ذهب محكمة العدل الدولية، كما ذكرنا سابقاً، في أحدث أحكامها بشأن الأنهار الدولية في النزاع بين المجر وسلوفاكيا، إلى التأكيد على أن المعاهدات ذات الطبيعة الإقليمية، ومنها الاتفاقيات المتعلقة بالأنهار الدولية، هي من المعاهدات، التي لا تتأثر بالاستخلاف الدولي، بل ترثها الدولة الخلف وتلتزم بها، وهو ما ينطبق على دول حوض نهر النيل.

ب - هذه الاتفاقات لم تنشئ مراكز قانونية جديدة لأطرافها، وإنما كشفت فقط عما هو معمول به فعلاً فيما يتعلق بتوزيع مياه النيل^(١٧١).

الخلاصة:

وفي هذا الإطار الطبيعي لنهر النيل وإعماله كمعيار لتقاسم مياه نهر النيل بين أثيوبيا ومصر، تمهيداً لإعمال القواعد القانونية الدولية على النزاع الأثيوبي المصري حول تقاسم مياه نهر النيل ومدى مشروعية بناء سد النهضة، نجد أن هناك شبه تطابق بين الواقع الحالي لنهر النيل وقواعد القانون الدولي المعاصر؛ حيث إن أثيوبيا لديها المخزون الكافي من المياه، المتمثلة بمخزون السدود القائمة قبل بناء سد النهضة، وتوليد الطاقة الكهربائية اللازمة لتنمية مشروعاتها الاقتصادية ومواجهة احتياجات سكانها، وأنه من الممكن تنمية هذه المشروعات، بما في ذلك بناء سد النهضة، مع الحفاظ على التدفق الطبيعي لنهر النيل إلى دول حوض نهر النيل، وبالدرجة الأولى إلى مصر، كدولة مصب وحيدة، أقامت منذ القدم مشروعات مائية، عاش ولا يزال يعيش عليها خمسة وتسعون بالمائة من الشعب المصري، وأيضاً حفاظاً على الطبيعة المستدامة لهذا النهر وفقاً

(١٧٠) انظر: مفهوم هذه النظرية في أي كتاب في الاستخلاف الدولي، أو المرجع السابق.

(١٧١) د. أحمد موسى، على هامش مركز مصر في مسألة مياه النيل، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الرابع عشر، ١٩٥٨، ص ٤٨.

للقوانين الطبيعية البيئية، واللجوء إلى مبدأ التفاوض الثنائي بين الدولتين عند الضرورة. وإذا كان بناء سد النهضة ممكناً في الإطار الطبيعي لتدفق مياه نهر النيل، والالتزام بمبدأ التفاوض الثنائي بين الدولتين لحل القضايا المائية، كقضية سد النهضة، فإن عدم خضوع هذا المشروع لسياسة مؤسسات التمويل الدولية بشأن مثل هذا المشروع، يجعل من مشروع سد النهضة ليس فقط عبئاً اقتصادياً ثقيلاً على عاتق أثيوبيا ذات الاقتصاد الهش، واحتمال تعرضه للمخاطر الفنية والطبيعية المدمرة، بل أيضاً تجعل هذا المشروع مخالفاً لما جرى عليه العمل الدولي في هذا الخصوص.

وبتطبيق شروط مؤسسات التمويل الدولية، كالبنك الدولي، على مشروع سد النهضة، فإن هذا المشروع لا يتفق مع سياسة هذا البنك بشأن تمويل المشاريع على المجاري المائية الدولية، وعلى وجه الخصوص مع قاعدة الإعلان المسبق عن إقامة المشاريع المائية على المجاري الدولية حفاظاً على حقوق الدول المشتركة في النهر، تلك القاعدة التي تمسكت بها أثيوبيا تجاه المشروعات المائية المصرية، ولمساس هذا المشروع بمبدأ التعاون الثنائي والجماعي المستقر في ممارسات دول حوض نهر النيل، تلك الممارسات التي ترتقي إلى مصاف العرف الإقليمي لحكم توزيع مياه نهر النيل بين الدول الواقعة على ضفافه.

وتؤيد نظريات القانون الدولي هذا العرف في الممارسات الدولية الحاضرة، هذه الممارسات التي تؤكد أن هناك قلة من الدول تتبنى نظرية السيادة الإقليمية المطلقة، ونظرية الوحدة الإقليمية المطلقة، بينما الممارسات الدولية الحديثة لأغلبية الدول تتبنى - في توزيع مياه المجاري الدولية، كنهر النيل - نظرية السيادة الإقليمية المقيدة، وتتلوها نظرية المصلحة الجماعية.

وبتطبيق القانون الدولي وما تسنده من نظريات حديثة على هذا الواقع المتمثل بطبيعة نهر النيل والحقوق المكتسبة عليه للدول الواقعة على ضفاف هذا النهر، فإن الاتفاقيات السابقة على استقلال دول حوض نهر النيل بشأن توزيع مياهه بين دوله، كاتفاق ١٩٢٩ واتفاق ١٩٥٩ وغيرها، قد تأيدت بما

جاءت به الاتفاقيات التالية لها، كاتفاق ١٩٩٧ الإطاري، واتفاق فينا بشأن الاستخلاف الدولى للمعاهدات لعام ١٩٧٨، واتفاق فينا بشأن قانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، حيث إن الاتفاقيات التى تحكم توزيع مياه نهر النيل بين الدول المشتركة فيه، إنما هى اتفاقيات إقليمية تخضع لقاعدة الاستمرارية عند تغير السيادة لأى من دول حوض نهر النيل، قياساً على الاتفاقيات، التى ترسي الحدود على الأرض بين الدول.

التطورات القانونية لمفهوم جريمة الاغتصاب (القسم الثاني)

الأستاذ الدكتور/ حاتم عبدالرحمن منصور الشحات

أستاذ القانون الجنائي المساعد بكليتي الشرطة

(أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية بدولة الكويت)

والحقوق (جامعة الزقازيق - مصر)

ملخص:

لا يرجع تسليط ضوء هذه الدراسة على جريمة الاغتصاب إلى خطورتها فقط، وإنما أيضاً إلى العديد من التطورات التي استلزمت طرح بعض الموضوعات للدراسة واستتظهار دورها في السياسة التشريعية لمواجهة الاغتصاب. فهل يوجد اهتمام بالضحايا موضوعياً وإجرائياً ونفسياً واجتماعياً؟ أيكفي لردع المجرمين الجنسيين وجود عقوبة مغلظة أم يلزم العديد من الإجراءات الأخرى القضائية والعلاجية التي تتابع حالة المجرم حتى بعد خروجه من السجن لمنع عودته مرة أخرى للجريمة؟ أمن سياسة تشريعية خاصة باغتصاب الأحداث أم أن الأمر لا يعالج إلا من خلال النصوص التقليدية التي تنطبق على الجميع (كباراً وصغاراً)؟ وما تأثير صغر سن المجني عليه على رضائه بفعل المعاشرة الجنسية؟ أيعتبر صغر السن قرينة على عدم الاعتداد بالرضا أم لا، وما شروط ذلك؟ وما الموقف مما يثار حالياً في بعض الدول من تعديل تشريعاتها لتسمح بمساءلة الزوج عن اغتصاب زوجته؟

الفصل الثاني

تطور مفهوم اغتصاب الأحداث

تمهيد وتقسيم:

١٣٢ - نظراً للشذوذ الذي أصاب بعض الأفراد بالاتجاه نحو الأطفال لإشباع رغباتهم ونزواتهم الجنسية؛ وما لذلك من آثار شديدة الخطورة على الطفل من النواحي النفسية والاجتماعية بما قد يعوق تطوره الطبيعي في هذه الأمور، فضلاً عن سهولة إغوائه، ونقص خبرته، وعدم قدرته على فهم طبيعة الأمور الجنسية في هذه المرحلة من عمره، فقد أثارت الحماية الجنائية للأحداث من الاعتداءات الجنسية بصفة عامة والاغتصاب بصفة خاصة العديد من الصعوبات. فمن ناحية أولى، كيف تتم المعالجة القانونية لاغتصاب الأحداث؟ أيفرد له تجريم خاص وما كلفيته، أم يترك للإطار التقليدي للحماية الجنائية لاغتصاب الكبار (المبحث الأول). ومن ناحية ثانية، كيف يتم التعامل مع رضاء الحدث بالفعل الجنسي؛ وفي عبارة أخرى ما تأثير صغر السن على رضاء الحدث بما ارتكب عليه (أو معه) من أفعال جنسية؟ (المبحث الثاني).

المبحث الأول معالجة التشريعات المقارنة لاغتصاب الأحداث

تمهيد:

١٣٣ - حتى نستشرف نظرة التشريعات المقارنة لحماية الأحداث من الاغتصاب، فسوف نخلق في فلك بعض القوانين لندرس كيفية معالجة هذا الأمر، وخاصة من ناحية مفهوم جريمة الاغتصاب، ومدى شموله بالحماية الجنائية للأحداث من عدمه؛ ومقدار العقوبة المقررة وما إذا كانت العقوبة نفسها المقررة للاغتصاب أم أنها أكثر شدة، وأخيراً محاولات منع هذه الجريمة.

المطلب الأول اغتصاب الأحداث في ألمانيا

أولاً - من حيث التجريم والعقاب:

١٣٤ - يعرف القانون الألماني الاغتصاب على أنه الفعل الجنسي خارج إطار العلاقة الزوجية الذي تجبر المرأة عليه بالعنف أو التهديد. ويتضح لنا من خلال هذا التعريف أن مفهوم جريمة الاغتصاب في القانون الألماني لا يذهب بعيداً عن نظيره في القانون المصري؛ لأنه لا يجرم إلا الاغتصاب المرتكب على المرأة فقط؛ أي يتبنى المفهوم الضيق لهذه الجريمة سواء من حيث أطرافها أو حتى من حيث الفعل ذاته؛ لأنه لا يعتبر الإدخال الفموي أو من دبر من قبيل الاغتصاب.

١٣٥ - ومع ذلك فإن المادة ١٧٦ من القانون العقابي الألماني والمتعلقة بالاستغلال الجنسي للأطفال الذين لم يبلغوا الرابعة عشرة من عمرهم تصف الفعل الخاص بإقامة علاقة جنسية مع طفل لم يبلغ ١٤ سنة بأنه خطير جداً "particulièrement grave". ومن ثم فيمكن اعتبار هذا النص بديلاً عن النص المتعلق بجريمة الاغتصاب؛ لأنه يقوم بالدور الحمائي نفسه ضد الأفعال نفسها

ولكن المرتكبة فقط ضد الأطفال الأقل من ١٤ سنة، ويحدد العقوبة بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على عشر سنوات: وتزيد مدة العقوبة وتتراوح بين خمس سنوات و١٥ سنة إذا أفضى فعل الاغتصاب إلى وفاة الطفل^(١). وفي بعض الحالات قد تصل عقوبة مغتصب الطفل إلى الحبس المؤبد بشرط أن يكون وصف القتل قد اعتمد من قبل القاضي الجنائي وفقاً للمادة ٢١١ من القانون العقابي الألماني من أجل إشباع نزواته الجنسية^(٢).

ثانياً - من حيث المنع والوقاية:

أ - العقم الكيميائي:

١٣٦ - لقد أثارت العديد من القضايا الحديثة الجدل مرة أخرى حول إمكانية اعتماد عقاب جديد للرجال المسؤولين عن الاستغلال الجنسي للأطفال وهو "العقم الكيميائي" *la castration chimique* الذي يختلف عن العقم الجراحي الأكثر خطورة باعتباره أنه لا يمكن تداركه. فالعقم الكيميائي ينتج آثاره ويأتي مفعوله طوال المدة التي يتناول فيها المتهم الدواء من أجل خفض إفراز هرمون الذكورة لديه. وفي ألمانيا يوجد ما يسمى العقم الكيميائي الإرادي منذ القانون الصادر في ١٥ أغسطس سنة ١٩٦٩؛ حيث يجوز اللجوء إليه في الأحوال التالية:

(١) ولا ينبغي الاعتقاد بأن هذه العقوبة ضعيفة وخاصة إذا ما قارناها ببعض الجرائم الأخرى القريبة منها أو حتى البعيدة عنها من حيث الطبيعة: فاعتصاب المرأة يعاقب بالحبس الذي لا يقل عن سنتين وإذا أفضى الاغتصاب إلى موت المرأة فالعقوبة تكون الحبس الذي لا يقل عن خمس سنوات. وجريمة القتل العمد يعاقب عليها القانون الألماني بالحبس مدة لا تقل عن خمس سنوات.

(٢) وقد جاء نص المادة ٢١١ من القانون العقابي الألماني على النحو التالي:
le meurtrier est celui qui " par instinct sanguinaire, pour satisfaire ses pulsions sexuelles, par cupidité ou pour n'importe quel mobile abject tue un être humain sournoisement, cruellement, en employant un moyen constituant un danger public ou encore pour permettre ou dissimuler une autre infraction ".

- ١ - إذا رضي الشخص المعني بذلك وكان يبلغ من العمر ٢٥ عاماً.
- ٢ - لا يعطى إلا إذا تم فحصه بواسطة طبيب وفقاً للقواعد والأصول الطبية المتعارف عليها في هذا الشأن.
- ٣ - إذا لم يكن يشكل أية أضرار جسدية أو نفسية بالنسبة للشخص.
- ٤ - لا يمكن مباشرته واللجوء إليه إلا في حالات معينة لمنع أو علاج أو تخفيف أمراض خطيرة، أو اضطرابات نفسية، أو معاناة بسبب غريزته الجنسية غير الطبيعية، أو إذا أدين المتهم عن بعض الجرائم، ومنها - بطبيعة الحال - الاستغلال الجنسي ضد الأطفال على النحو المحدد في المادة ١٧٦ من القانون العقابي الألماني.

ب - مد نطاق إقليمية النصوص العقابية:

١٣٧ - في سبتمبر سنة ١٩٩٣ أضيفت المادة (٥-٨) إلى التقنين العقابي لتعطي الحق في ملاحقة المواطنين الألمان المقيمين في ألمانيا والمتهمين بإقامة علاقة جنسية في الخارج مع أطفال أقل من ١٤ سنة. وفقاً لهذا النص تصبح تلك الأفعال معاقباً عليها كما لو كانت ارتكبت في ألمانيا. ولكن يبقى أن الصعوبة تكمن في حشد أدلة الإثبات من ناحية، وغياب تعاون أجهزة العدالة في مكان ارتكاب الجريمة من ناحية أخرى يجعل من وضع هذه النصوص موضع التطبيق العملي أمراً عسيراً على الرغم من هدفها الحمائي النبيل للأحداث من الاستغلال الجنسي في أشد صورته جسامة وهو فعل المواقعة. ويكفي للتدليل على تلك الصعوبة في التطبيق الإشارة إلى أنه خلال مدة ثلاث سنوات من تطبيق النص لم يصدر سوى إدانة واحدة استناداً لهذا النص؛ فضلاً عن خمس عشرة واقعة أخرى كانت محل إجراءات ولم يكن قد صدر فيها حكم بعد^(١). ويطبق هذا النص أيضاً إذا تم استغلال جنسي لحدث لم يتجاوز الثامنة عشرة من عمره خارج

(١) علماً بأن تاريخ الدراسة يرجع إلى الأول من ديسمبر سنة ١٩٩٦. راجع في هذه الدراسة:
Les abus sexuelles sur les mineurs (étude de législation comparée), étude élaborée par le Sénat et se trouvant sur le site internet:
http://www.senat.fr/1c/1c21/1c21_mono.html

ألمانيا بواسطة شخص بالغ له سلطة عليه. وفي هذه الحالة ينبغي أن يكون المجني عليه أيضاً (وليس الجاني فقط) ألمانيا، ويقيم في ألمانيا؛ أي أن تكون الواقعة قد ارتكبت خلال وجوده خارج ألمانيا لفترة مؤقتة لأي سبب كان كالقيام برحلة ترفيهية أو زيارة أحد الأقارب... إلخ.

المطلب الثاني

اغتصاب الأحداث في إنجلترا وويلز

١٣٨ - ينظم القانون الإنجليزي جميع الجرائم الجنسية، بما في ذلك المرتكبة ضد الأطفال، بواسطة: "Sexual Offences Act" والصادر في سنة ١٩٥٦ الذي تم تعديله أكثر من مرة، ومع ذلك فقد تم معالجة الاعتداءات المشينة المرتكبة ضد الأطفال بواسطة "les attentats d'indécence" الصادر في سنة ١٩٦٠. ثم اتخذت الحكومة البريطانية العديد من الإجراءات الوقائية سنة ١٩٨٩ والمتضمنة في (Children Act) الذي يعد بمثابة ميثاق لحقوق الأطفال والذي ينشئ بصفة خاصة التزامات على عاتق السلطات المحلية للتحقيق وبحمية الأطفال. وأخيراً في سنة ١٩٩٦ أصدرت الحكومة الإنجليزية كتاباً بعنوان "Protecting the public" الذي أعلنت من خلاله بعض الإجراءات الوقائية والعقابية في مواجهة المجرمين الجنسيين وخاصة العائدين منهم. ونستعرض بعضاً من هذه الإجراءات بعد دراسة جريمة الاغتصاب.

أولاً - جريمة الاغتصاب:

١٣٩ - أما ما يتعلق بجريمة الاغتصاب فإن القانون الإنجليزي يتفق مع القانون المصري في بعض النقاط ويختلف معه في البعض الآخر. فمما يتفق فيه القانونان هو استناد جريمة الاغتصاب إلى غياب الرضاء لدى المجني عليه؛ وأن الجاني في الجريمة لابد أن يكون رجلاً؛ حيث لا يرى القانون الإنجليزي - كما هو الحال في نظيره المصري - إمكانية ارتكاب المرأة لجريمة الاغتصاب. وأخيراً يتفق القانونان أيضاً على أن جريمة الاغتصاب تتم في أحد وجوها

بالمعاشرة الجنسية على النحو الطبيعي. ومع ذلك يختلف القانونان في أن الاغتصاب في القانون الإنجليزي لا يقتصر فقط على المعاشرة الجنسية على نحو طبيعي وإنما يشمل أيضاً في نطاقه التجريمي المعاشرة في دبر؛ وتتسع رؤية القانون الإنجليزي أيضاً للاغتصاب فيما يتعلق بأطراف الجريمة؛ لأنه إذا كان قد اشترط أن يكون الجاني رجلاً، فإنه أجاز أن يكون المجني عليه فيها امرأة أو رجلاً. والملاحظ على هذه المعالجة القانونية لجريمة الاغتصاب أنها تتحدث عن "رجال" و "نساء"؛ أي للوهلة الأولى يبدو أنها تعني بذلك الأشخاص البالغين، ومع ذلك فإنها تطبق أيضاً على اغتصاب الأطفال بشرط أن يكون الجاني دائماً ذكراً. ومن ثم تتوافر جريمة الاغتصاب عندما توجد علاقة جنسية؛ أي إدخال جنسي من دون رضاء المجني عليه (أو عليها). ومن الطبيعي أن غياب الرضاء يكون أكثر وضوحاً في حالات: الإكراه (المادي أو المعنوي) أو أن المجني عليه كان مخدراً أو منوماً. وعندما تكون الضحية تبلغ من العمر ١٦ سنة فإنه يجب إثبات أنها أبدت مقاومة بدنية أو أن قدرتها على الفهم والمعرفة لم تكن تسمح لها باتخاذ قرار بالرضاء أو المقاومة^(١).

وأخيراً فيما يتعلق بالعقوبة نجد أن القانون الإنجليزي يعاقب عليها بشدة تصل إلى حد الحبس مدى الحياة أو لمدة أقل من ذلك.

١٤٠ - وفضلاً عن خضوع اغتصاب الأحداث للقواعد العامة لتجريم اغتصاب البالغين، فإنه يمكن استخلاص ثلاث حالات لمعالجة اغتصاب الأحداث في القانون الإنجليزي على النحو التالي:

١٤١ - أولاً: إقامة علاقة جنسية مع فتاة أقل من ١٣ سنة تعتبر جريمة معاقب عليها بالسجن مدى الحياة أو لمدة أقل. وإذا توقف الأمر عن حد الشروع فإن الحد الأقصى للعقوبة لا يتجاوز سبع سنوات سجن. ثانياً: إذا

(١) Les abus sexuelles sur les mineurs (étude de législation comparée), étude élaborée par le Sénat et se trouvant sur le site internet: http://www.senat.fr/1c/1c21//1c21_ono.html

كانت الفتاة أكثر من ١٣ سنة وأقل من ١٦ فإن العقوبة لا تتجاوز سنتين حبساً وبشرط أن تبأشر الإجراءت آلال عام من تاريخ ارتكاب الجريمة. ثالثاً: لا يعتبر الرجل مسؤولاً عن جريمة الاغتصاب هنا إذا توافرت الشروط الثلاثة التالية:

- ١ - أن يكون الجاني أقل من ٢٤ سنة.
- ٢ - ألا يكون قد سبق إدانته في جريمة مماثلة.
- ٣ - أن يكون لديه أسباب معقولة للاعتقاد بأن عمر الضحية يتجاوز ١٦ سنة.

ثانياً - إجراءات الوقاية ومنع العود:

١٤٢ - لقد تضمن الكتاب الأبيض "Protecting the public" المنشور في أبريل سنة ١٩٩٦ عزم الحكومة البريطانية على اتخاذ مجموعة من الإجراءات من أجل مكافحة العود في الجرائم الجنسية وطرحها للنقاش وتضمين بعضها في الـ "Crime (sentences) Bill"، ومنها ما يلي:

أ - السجن مدى الحياة للمجرمين العائدين:

١٤٣ - لقد تضمنت هذه الاقتراحات تشديد العقوبة للمجرمين الذين يحكم عليهم للمرة الثانية في بعض الجرائم الخطيرة، والتي منها - بطبيعة الحال - جريمة الاغتصاب والشروع فيها، وجريمة إقامة علاقة جنسية مع طفل أقل من ١٣ سنة. ولا تملك المحاكم الخروج عن هذه القاعدة إلا في الظروف الاستثنائية التي يجب أن تبررها علانية. وانتقد القضاة هذا الأمر باعتباره قيداً على سلطتهم في تقدير العقوبة، ومن ثم بمثابة اعتداء على استقلالهم.

ب - الرقابة المتزايدة للأشخاص المفرج عنهم:

١٤٤ - على الرغم من عدم اقتصار هذا الإجراء على المجرمين الجنسيين فحسب، ولكن الاقتراحات المقدمة من الحكومة "Crime (sentences) Bill" تفرض على المحاكم، عدا الحالات الاستثنائية، أن تحدد بمجرد نطق العقوبة مدة فترة الرقابة المطبقة على المجرمين عقب إطلاق سراحهم. ولقد ظهر تشدد هذه

الاقتراحات مع فئة المجرمين الجنسيين من خلال تحديد هذه المدة؛ لأنها استلزمت ألا تقل عن ١٥٪ من مدة العقوبة المحكوم بها على الفئات الأخرى من الجرائم غير الجنسية. في حين أن هذه النسبة ترتفع لتصل إلى ٥٠٪ من مدة العقوبة المحكوم بها في الجرائم الجنسية وبشرط ألا تقل عن ١٢ شهراً. بل ويجوز أن تكون مدة الرقابة أطول من هذه المدة إذا رأت المحكمة ذلك ضرورياً وبشرط ألا تتجاوز مدة عشر سنوات.

ج - إجراءات أخرى:

١٤٥ - توجد العديد من الإجراءات الأخرى التي تهدف إلى الحيلولة دون العود إلى الجريمة مرة أخرى وخاصة في مجال الجرائم الجنسية ومنها:

- إجراء اختبار الـ DNA على جميع المسجونين في الجرائم الجنسية، وتسجيل النتائج في قاعدة بيانات يمكن الاستفادة منها لاحقاً.
- تحسين وسائل الرقابة على المجرمين المفرج عنهم وخاصة عن طريق اللجوء إلى الحراسة الإلكترونية.
- إنشاء قاعدة بيانات وطنية لإحصاء المجرمين الجنسيين المفرج عنهم.
- إجبار هذه الفئة من المجرمين على الإخطار بأي تغيير في العنوان.
- النص على جريمة جديدة تتضمن معاقبة بحث الجاني عقب إطلاق سراحه عن عمل يتضمن الاتصال مع أحداث أقل من ١٨ سنة عندما يكون قد سبق إدانته في جريمة جنسية على طفل.

وعلى الرغم من عزم الحكومة الإنجليزية على مد النطاق الإقليمي لنصوصها العقابية فيما يتعلق بالجرائم الجنسية لتمكين المحاكم الإنجليزية من ملاحقة المجرمين عن جرائمهم المرتكبة خارج البلاد، إلا أنه يعوض عن عدم وجود مثل هذه النصوص أن الحكومة الإنجليزية تسمح بتسليم المجرمين في هذه الجرائم لإتاحة محاكمتهم في مكان ارتكاب الجريمة.

المطلب الثالث

اغتصاب الأحداث في النمسا

١٤٦ - يتضمن القسم العاشر من التقنين العقابي النمساوي الجرائم الجنسية، التي ينحدر أغلبها من تقنين سنة ١٩٧٥ على الرغم من تعديل معظمها في سنة ١٩٨٩. وتطبق بعض النصوص الخاصة على الأطفال أقل من ١٤ سنة والأحداث أقل من ١٦ سنة المعهود بهم إلى شخص بالغ من أجل تعليمهم أو رقابتهم.

١٤٧ - وإذا نظرنا إلى جريمة الاغتصاب بصفة عامة نجد أن المادة ٢٠١ من القانون العقابي النمساوي تعرفها بأنها إجبار شخص بالعنف أو التهديد - وأياً كان سن هذا الشخص أو جنسه - على القيام أو تلقي "العمل الجنسي أو عمل جنسي مماثل". ومن الواضح من خلال هذا التعريف أن القانون النمساوي ينتمي إلى فئة القوانين التي تتبنى مفهوماً واسعاً للاغتصاب سواء من حيث مفهوم الفعل ذاته أو من حيث أشخاصه. فبالنسبة للأول يشمل التعريف القانوني العلاقة الجنسية على نحو طبيعي أو حتى غير طبيعي أي في دبر أو في فم. ومع ذلك فإنه لا يمكن تفسير التعريف السابق على الاتساع نفسه في مفهوم الاغتصاب الذي يأخذ به القانون الفرنسي ويطبقه القضاء هناك؛ لأن هذا الأخير يعتبر بمثابة اغتصاب الإدخال الجنسي أياً كانت وسيلته؛ أي أنه يتضمن الإدخال ولو بعضاً أو بأصبع ما دام ذلك بهدف جنسي، وهو ما لا نستطيع استنتاجه من تعريف القانون النمساوي الذي يتحدث عن الفعل الجنسي أو فعل جنسي مساو له فقط، بما مفاده عدم شموله للعلاقات الشاذة الأخرى بخلاف الفعل الجنسي الطبيعي وغير الطبيعي فقط كإدخال أصبع أو عصا في فرج أو فم أو دبر. أما من حيث الأشخاص فإن القانون النمساوي يتسع ليشمل في نطاقه جريمة الاغتصاب سواء كان الفاعل ذكراً أم أنثى، صغيراً أم كبيراً في السن^(١).

(١) Les abus sexuels sur les mineurs (étude de législation comparée) étude préparée par le Sénat et se trouvant sur le site internet suivant: http://www.senat.fr/1c/1c2/1c2_mono.html

١٤٨ - ويعاقب على هذه الجريمة بالسجن الذي تختلف مدته بحسب درجة العنف أو التهديد؛ فتراوح بين سنة وعشر سنوات في الحالات الأكثر خطورة، وبين ٦ أشهر و ٥ سنوات في الحالات الأخرى. وتشدد العقوبة إذا نتج عن الاغتصاب ضرر جسدي أو نفسي خطير؛ أي إذا نتج عنه عجز عن العمل لمدة لا تقل عن ٢٤ يوماً أو إذا كان الجرح الناتج يمكن أن يعرض الجاني لعقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، وفي هذه الحالة يكون عقاب مرتكب جريمة الاغتصاب السجن الذي يتراوح بين خمسة أعوام وخمسة عشر عاماً، أو بين عام وعشرة أعوام بحسب درجة العنف أو التهديد الذي استخدمه الجاني. وفي حالة وفاة المجني عليه تكون العقوبة السجن الذي يتراوح بين عشرة أعوام وعشرين عاماً أو بين خمسة أعوام وخمسة عشر عاماً وفقاً للمعيار نفسه المستخدم، وهو درجة العنف أو التهديد.

١٤٩ - وعلى الرغم من أن نص المادة ٢٠١ من القانون العقابي النمساوي يطبق على اغتصاب البالغين أو الأحداث، فإن اغتصاب الأحداث يطبق عليه نص المادة ٢٠٦ التي تتناول في تجريمها العلاقة الجنسية مع طفل أقل من ١٤ سنة. وفي هذه الحالة تكون العقوبة مساوية لعقوبة الاغتصاب مع العنف المشدد؛ أي من ١٠-٢٠ سنة في حالة وفاة المجني عليه. ومن ٥-١٥ سنة في حالة الضرر الجسدي أو النفسي وأيضاً في حالة حدوث حمل. ومن ١-١٠ سنوات في الحالات الأخرى. ولكن المادة ٢٠١ عقوبات نمساوي لا تتناول سوى العمل الجنسي؛ أي العلاقة الجنسية الطبيعية؛ بمعنى أنها أضيق نطاقاً لمفهوم الاغتصاب للأحداث من حيث الفعل ذاته فلا تشمل فعل الإدخال الجنسي الفموي أو الشرجي؛ وفي هذه الحالة نعود إلى تطبيق نص المادة ٢٠١ الخاصة باغتصاب البالغين^(١).

(١) Etude de législation comparée n° 178 - octobre 2007 - La prescription de l'action publique en matière de viol, étude se trouvant sur le site internet suivant:

<http://www.senat.fr/1c/1c178/1c178.html>

المطلب الرابع اغتصاب الأحداث في بلجيكا

أولاً - جريمة الاغتصاب:

١٥٠ - يعرف القانون البلجيكي الاغتصاب في المادة ٣٧٥ من التقنين العقابي بأنه كل فعل إدخال جنسي، من أية طبيعة كانت وبأية وسيلة كانت، مرتكب على شخص دون رضاه^(١). ويشمل مفهوم الاغتصاب وفقاً للقانون البلجيكي، الإيلاج الطبيعي أياً كانت طبيعته ووسيلته، وغير الطبيعي سواء كان في دبر أو الإيلاج الفموي، وعلى عكس ما انتهى إليه القضاء الفرنسي من تطور، وسواء كان الإيلاج الفموي مفروضاً (أي يكون الجاني طرفاً إيجابياً) أو مأخوذاً (أي يكون الجاني هو الطرف السلبي في العلاقة)^(٢). ولقد رأينا أن القضاء الفرنسي بعد أن تبنى هذا الاتجاه الموسع عاد وقصر اعتبار الإيلاج الفموي اغتصاباً على حالة الإيلاج المفروض؛ أي الذي يفرضه الجاني على ضحيته التي قد تكون ذكراً أو أنثى. ويمكن تصنيف الموقف القانوني من العلاقات الجنسية المحظورة أو المباحة وفقاً لسن المجني عليه في بلجيكا على النحو التالي:

١٥١ - يعاقب على الاغتصاب بعقوبة السجن من ٥-١٠ سنوات. ومع ذلك تشدد العقوبة إذا كان المجني عليه حدثاً؛ وكلما نقص سن الحدث زادت العقوبة:

١ - بعد سن ١٦ سنة تكون العلاقات الجنسية مباحة (إذا تمت بالرضاء بطبيعة الحال).

٢ - فإذا ارتكبت الجريمة على حدث يبلغ ١٦ سنة يعاقب الجاني بالأشغال الشاقة من ١٠-١٥ سنة.

(١) Art. 375 du code pénal belge: " tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas ".

(٢) Marcel RIGAUX et Paul-em TROUSSE, Les crimes et les délits du code pénal, tome 5eme, LGDJ, Paris, 1968, art. 375 à 378, p. 324 et s.

٣ - إذا ارتكبت الجريمة على طفل يبلغ أكثر من ١٤ سنة يعاقب الجاني بالأشغال الشاقة من ١٥-٢٠ سنة. ومن ثم فبين ١٤ و ١٦ سنة تكون العلاقات الجنسية مع الحدث أيضاً محظورة وتعتبر اغتصاباً^(١).

٤ - وإذا كانت الضحية أقل من ١٤ سنة فإن عنصر السن هنا لا يشكل ظرفاً مشدداً كما هو الوضع في الحالات السابقة، وإنما هو عنصر مكون لجريمة الاغتصاب حتى ولو كان الطفل راضياً بما حدث. ومن ثم "يعد من قبيل الاغتصاب بواسطة العنف كل فعل إدخال جنسي، من أي طبيعة كانت وبأي وسيلة كانت مرتكب على شخص طفل لم يبلغ الرابعة عشرة من عمره. وفي هذه الحالة تكون العقوبة الأشغال الشاقة من ١٥-٢٠ سنة"^(٢). وإذا كان الطفل لم يبلغ العاشرة تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة. فقبل بلوغ سن الرابعة عشرة تعتبر جميع العلاقات الجنسية مع الحدث محظورة ويسأل مرتكبها عن جريمة الاغتصاب إذا لم يوجد عنف أو إكراه، بل حتى ولو رضي الحدث بها^(٣).

(١) art. 375 du même Code "Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant âgé de plus de quatorze ans accomplis et de moins de seize ans accomplis, le coupable sera puni de la peine de la réclusion de quinze à vingt ans".

(٢) ومع ذلك تشدد العقوبة إذا كان المجني عليه حدثاً؛ وكلما نقص سن الحدث زادت العقوبة وفقاً لنص المادة ٣٧٥ من القانون العقابي البلجيكي:

Toutefois, le viol est puni plus sévèrement si la victime est un mineur. Moins elle est âgée, plus la peine est sévère:

- Si le crime a été commis sur la personne d'un mineur âgé de plus de 16 ans accomplis, le coupable sera puni de la peine des travaux forcés de dix à quinze ans;

- "Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant âgé de plus de quatorze ans accomplis, le coupable sera puni de la peine des travaux forcés de quinze à vingt ans. "

(٣) art. 375 du Code pénal belge: "Est réputé viol à l'aide de violences tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne d'un enfant qui n'a pas atteint l'âge de 14 ans accomplis. Dans ce cas, la peine sera la réclusion de quinze à vingt ans." Elle sera de la réclusion de vingt ans à trente ans si l'enfant était âgé de moins de dix ans accomplis.

٥ - وبعبداً عن مسألة السن فإن أي عمل جنسي بالعنف يعتبر أيضاً اغتصاباً.

ثانياً - منع العود للجريمة:

١٥٢ - لم يكتف القانون البلجيكي بتحديد بعض المحظورات على الجاني، وإنما أضاف بعض الإجراءات العلاجية فضلاً عن قاعدة امتداد إقليمية النصوص العقابية^(١).

أ - المحظورات على الجاني في الجرائم الجنسية:

يحظر على من أدين في جريمة جنسية من تلك المحددة في القانون العقابي أن يباشر الحقوق التالية:

- مباشرة الوظائف أو الأعمال العامة.
 - أن يكون محلفاً أو خبيراً.
 - أن يكون عضواً في مجلس عائلة أو وصي.
- ثم جاء القانون الصادر في ١٣ أبريل سنة ١٩٩٥ والمتعلق بالاستغلال الجنسي ضد الأطفال ليضع نظاماً اختيارياً ببعض المحظورات التي تهدف في مجملها إلى إبعاد الجناة عن مواطن الخطر. ومن ثم فقد يحظر على الجاني في جريمة جنسية ضحيتها طفل أقل من ١٦ سنة الحقوق التالية لفترة من سنة إلى عشرين سنة:

- المشاركة، تحت أي مسمى كان، في تعليم داخل مؤسسة عامة أو خاصة تستقبل أحداثاً.
- أن يشكل جزءاً، كعضو متطوع، أو كعضو من الأفراد الدائمين أو المؤقتين، أو كعضو في إدارة أية هيئة أو مؤسسة تتعلق أنشطتها بصفة رئيسية بالأحداث.

(١) Marcel RIGAUX et Paul-em TROUSSE, Les crimes et les délits du code pénal, tome 5eme, LGDJ, Paris, 1968, art. 375 à 378, p. 324 et s.

ب - المتابعة العلاجية:

١٥٣ - لقد جاء القانون الصادر في سنة ١٩٩٥ والمتعلق بالاستغلال الجنسي للأحداث ليفرض قاعدتين جديدتين في حالة الإفراج الشرطي عن المجرمين الجنسيين: الأولى تتعلق بوجوب أن يسبق الإفراج الشرطي برأي هيئة متخصصة في إرشاد أو علاج المجرمين الجنسيين؛ مع اعتبار الرأي في هذه الحالة على سبيل الاسترشاد فقط؛ أي أنه غير ملزم. القاعدة الثانية تتعلق بضرورة التزام الشخص المفرج عنه شرطياً بمتابعة علاج يتم تحديد كلفته ومدته في قرار الإفراج. ومع ذلك فيجب الإشارة إلى أن الإفراج المسبق للمجرمين الجنسيين لا يتم بصفة عامة في إطار الإفراج الشرطي ولكن من خلال الإفراج المؤقت بهدف العفو "libération provisoire en vue de grace"، والذي لم يشر إليه قانون سنة ١٩٩٥ الخاص بالاستغلال الجنسي للأحداث، والذي يطبق بصفة تكاد تكون تلقائية في حالة الإدانة التي لا تتجاوز ثلاث سنوات^(١).

ج - تطبيق قاعدة امتداد الإقليمية:

١٥٤ - لقد تم تعديل قانون الإجراءات الجنائية في سنة ١٩٩٥ ليسمح بالملاحقة الجنائية في بلجيكا، استقلاً عن أي شكوى لدى السلطات البلجيكية، لأي مواطن بلجيكي أو أي أجنبي مقيم داخل بلجيكا ارتكب أي فعل استغلال جنسي لحدث، أقل من ١٦ سنة خارج الإقليم البلجيكي. ولا شك أن هذه القاعدة تطبق أيضاً على سائر الجرائم الجنسية الأخرى، ومنها بطبيعة الحال جريمة الاغتصاب.

(١) راجع في ذلك:

Les abus sexuels sur les mineurs(étude de législation comparée) étude préparée par le Sénat et se trouvant sur le site internet suivant:
http://www.senat.fr/1c/1c21/1c21_mono.html

المطلب الخامس اغتصاب الأحداث في الدانمرك

١٥٥ - يتضمن التقنين العقابي الدانمركي العديد من النصوص المتعلقة بالجرائم الجنسية المرتكبة على الأطفال والتي من خلالها يتضح أن أي علاقة جنسية مع حدث أقل من ١٥ سنة، أياً كانت طبيعتها، يفترض أنه يشكل جريمة معاقب عليها بالحبس. حتى ولو كان الحدث راضياً بالفعل، بل ولو كان هو الذي أخذ المبادرة وبدأ الفعل فإن شريكه البالغ يعاقب^(١).

أولاً - جريمة الاغتصاب:

١٥٦ - تعرّف المادة ٢١٦ من التقنين العقابي الدانمركي فعل الاغتصاب بأنه العلاقة الجنسية التي يجبر عليها شخص بواسطة القوة أو التهديد باستخدام القوة. ويعاقب الجاني بالحبس الذي لا يتجاوز ٦ سنوات. ويمكن أن تصل العقوبة إلى ١٠ سنوات إذا اتسم فعل الاغتصاب بالخطورة الشديدة "caractère particulièrement dangereux"، أو إذا توافرت ظروف مشددة جداً "circonstances particulièrement aggravantes". ولا يعني خلو النص من ارتكاب الاغتصاب بغير القوة أو التهديد بالقوة أنه غير معاقب، وإنما يعاقب الجاني بعقوبة أقل - وفقاً لنص المادة ٢١٧ - لا تتجاوز ٤ سنوات. وعلى الرغم من أن المادة ٢١٦ السابقة لا تستبعد من نطاق تطبيقها اغتصاب الأحداث، فإن هذه الجريمة الأخيرة تخضع لنطاق نص المادة ٢٢٢ التي تتناول أن كل اتحاد جنسي مع طفل أقل من ١٥ سنة "toute union sexuelle avec un enfant de moins de 15 ans" يعاقب بعقوبة الحبس التي لا تتجاوز ٦ سنوات. ومن ثم فهي العقوبة نفسها المقررة بالنسبة لاغتصاب البالغين. وتشدّد العقوبة

(١) Etude de législation comparée n°178 - octobre 2007 - La prescription de l'action publique en matière de viol, étude se trouvant sur le site internet suivant: <http://www.senat.fr/1c/1c178/1c178.html>

فتصل إلى الحبس الذي لا يتجاوز ١٠ سنوات إذا كان الطفل المجني عليه لم يبلغ الثانية عشرة من عمره أو إذا استخدم الجاني الإكراه أو التهديد. وحتى إذا كان الحدث قد رضي بالفعل، أو أخذ المبادرة وبدأ الفعل فإن الطرف الآخر الأكثر سناً يعاقب. في حالة إقامة علاقة جنسية مع طفل أقل من ١٥ سنة، توجد قرينة قاطعة على وجود الاغتصاب. وفضلاً عن ذلك فإن المادة ٢٢٣ من التقنين العقابي الدانمركي تعاقب بالحبس الذي لا يتجاوز ٤ سنوات من يقيم علاقة جنسية مع حدث لم يتجاوز الثانية عشرة من عمره ومعهود به إليه لأهداف تعليمية أو تدريبية. وتعاقب المادة نفسها الشخص البالغ إذا استغل تفوقه الناتج عن فارق السن أو الخبرة ودفع حدثاً أقل من ١٨ سنة لإقامة علاقة جنسية معه. ويعاقب على هذه الجريمة بالحبس الذي لا يتجاوز ٤ سنوات، وهي العقوبة نفسها المقررة لجريمة الاغتصاب دون اللجوء للقوة أو التهديد باستخدام القوة. وإذا نتج عن الاغتصاب وفاة المجني عليه (أو عليها) فإن القاضي يطبق عقوبة أكثر من العقوبة المقررة للجريمة في أشد صورها؛ أي أكثر من ١٠ سنوات^(١).

ثانياً - إجراءات منع العود للجريمة:

١٥٧ - يتضمن القانون الدانمركي بعض الإجراءات التي تهدف إلى الحيلولة دون عودة المجرم الجنسي مرة أخرى إلى هذه النوعية من الجرائم. ولعل أهم هذه الإجراءات ما يلي:

١ - امتداد إقليمية النصوص العقابية، فالقانون الدانمركي يسمح بملاحقة الجاني الدانمركي إذا ارتكب أي فعل استغلال جنسي للأحداث، بما في ذلك بطبيعة الحال جريمة الاغتصاب، ولكن يشترط أن يكون قانون البلد الذي ارتكب فيه الفعل يعاقب عليه أيضاً.

(١) راجع في ذلك:

Les abus sexuels sur les mineurs(étude de législation comparée) étude préparée par le Sénat et se trouvant sur le site internet suivant:
http://senat/fr/1c/1c21/1c21_mppo.html

٢ - العقم الكيميائي " la castration chimique " :

١٥٨ - يوجد هذا النوع من العلاج الكيميائي في الدانمرك على نحو اختياري منذ سنة ١٩٨٩؛ أي أنه لا يستند إلى أي أساس قانوني لفرضه على المجرمين الجنسيين، ولذلك تعالت الأصوات هناك بضرورة تقنين هذا العلاج ليكون إجبارياً وليس اختيارياً.

٣ - المحظورات

١٥٩ - يملك القاضي الدانمركي إمكانية الحكم على المجرم الجنسي الذي ارتكب فعله على طفل بحظر الظهور في بعض الأماكن: مثل الحدائق العامة، والمدارس، وقطارات الألعاب، وبعض حمامات السباحة أو الشواطئ. وبطبيعة الحال لا تطبق هذه المحظورات إلا بعد تنفيذ عقوبة الحبس، ويترتب على مخالفة هذا الحظر ارتكاب جريمة أخرى عقوبتها لا تتجاوز أربعة أشهر. ويستطيع الجاني أن يطلب من النيابة العامة رفع هذا الحظر بعد مرور ثلاث سنوات على تنفيذ العقوبة. وإذا رفضت النيابة العامة هذا الطلب لأي سبب كان فلا يجوز له تجديد هذا الطلب قبل مرور ثلاث سنوات.

المطلب السادس

اغتصاب الأحداث في إسبانيا

أولاً - جريمة الاغتصاب:

١٦٠ - خلافاً لما كان عليه الحال في القانون الإسباني القديم، لم يعرّف القانون العقابي الجديد الصادر في سنة ١٩٩٥ جريمة الاغتصاب مكتفياً بذكر "الفعل الجنسي، إدخال أشياء أو الإيلاج الفموي أو الشرجي l'acte sexuel, l'introduction d'objets ou la pénétration orale ou anale" يشكل جريمة معاقباً عليها أكثر شدة من غيرها^(١).

(١) لقد كان القانون العقابي الإسباني القديم يعرّف الاغتصاب بأنه كل علاقة شهوة جسدية مع شخص آخر عن طريق المهبل أو الشرج أو الفم في حالة من الحالات =

١ - الاغتصاب المصحوب باللجوء إلى العنف:

- أياً كان عمر المجني عليه، فإنه - بصفة عامة - يعاقب على الاغتصاب مع اللجوء للعنف بالحبس من ٦-١٢ سنة.

- ويعتبر عمر الضحية بمثابة سبب ضعف شديد "cause de vulnérabilité particulière" يبرر تشديد العقوبة التي تراوح بين ١٢ و ١٥ سنة. وإذا أسفرت جريمة الاغتصاب عن وفاة الضحية، فإن مرتكبها يعاقب من أجل الاغتصاب والقتل العمد. ويقابل تعدد الجرائم تعدد في العقوبات أيضاً. ولا يتضمن القانون العقابي أي نص خاص يتعلق باغتصاب الأحداث مع استخدام العنف. فالعمر يشكل - إذن - ظرفاً مشدداً وليس ركناً تكوينياً للجريمة.

٢ - الاغتصاب من دون عنف:

١٦١ - يمكن التمييز في هذه الحالة بين الفروض التالية:

أ - المعاقبة على الاغتصاب بالحبس الذي يتراوح بين ٤ و ١٠ سنوات إذا كان عمر الطفل أقل من ١٢ سنة. وتطبق هذه العقوبة على جميع أفعال الإيلاج الجنسي أياً كانت طبيعته في غياب رضاء المجني عليه. ولكن القانون العقابي ينص على أنه لا يمكن الرضاء عندما يكون الطفل أقل من ١٢ سنة. وإذا كان الجاني أباً فإن العقوبة لا تقل عن نصف الشق الأكبر منها؛ أي خمس سنوات؛ لأن الشق الأكبر عشر سنوات.

= الآتية: عندما يلجأ الجاني إلى استخدام القوة أو التهريب. - عندما يكون المجني عليه محروماً من قدرته الذهنية أو معوقاً عقلياً. - عندما يتعلق بحدث أقل من ١٢ سنة. ومن ثم فقد كان أي فعل إدخال جنسي مرتكب على طفل أقل من ١٢ سنة يعتبر اغتصاباً، وإذا كان عمر الطفل أكثر من ١٢ سنة فإن وصف الاغتصاب لا يوجد إلا إذا حدث استخدام للقوة أو التهريب. وفي حالة الحدث المجني عليه الذي بلغ أكثر من ١٢ سنة فإن الواقعة من دون اللجوء للعنف يعاقب عليها فقط في حالة خداع الحدث أو التأثير عليه بواسطة شخص ذي سلطة عليه. وفي هذه الحالة لم تكن الجريمة تسمى بالاغتصاب وإنما بالفسق "stupre".

ب - يعاقب على الاغتصاب بالسجن الذي يراوح في مدته بين سنة واحدة وست سنوات إذا ارتكب بواسطة شخص مستغلاً سلطته؛ أي أن الأمر يتعلق بشخص يتولى، تحت أي وصف كان، تعليم أو رقابة الحدث كالمدرس أو الوصي...إلخ، وأن الطفل يبلغ من العمر أكثر من ١٢ سنة وأقل من ١٦ سنة.

ج - ويعاقب على الاغتصاب بالحبس الذي يتراوح بين ستة أشهر وثلاث سنوات إذا ارتكب بواسطة الغش وكان عمر الطفل المجني عليه بين ١٢ و ١٦ سنة. وفي الحقيقة إن حالة الغش والخداع غالباً ما ترتكب عن طريق الوعد بالزواج للتمكن من مباشرة العلاقة الجنسية ثم النكول عن هذا الوعد. والشيء نفسه يمكن أن يطبق في الحالة الوعد بمستوى مادي رغد أو عندما يخفى الجاني حقيقة حالته المدنية؛ بحيث إن الضحية توافق على علاقة جنسية تحت تأثير هذا الوعد أو تلك الحالة المدنية المعلنة على غير الحقيقة، وهو ما يتوافر به الغش والخداع بطبيعة الحال^(١).

ثانياً - إجراءات منع العود للجريمة الجنسية:

١٦٢ - فضلاً عن امتداد إقليمية النصوص العقابية، فقد تضمن القانون العقابي بعض المحظورات التي فرضها على المجرم الجنسي لمنع عودته مرة أخرى للجريمة.

١ - المحظورات:

لقد أتاح القانون العقابي الإسباني في مادته رقم ١٩٢ السلطة للمحكمة أن تفرض على المحكوم عليه حظر ممارسة سلطاته الأبوية أو الوصاية، وكذلك حظر أي عمل أو وظيفة عامة لمدة تتراوح بين ستة أشهر وست سنوات.

٢ - امتداد إقليمية النصوص العقابية:

لقد جاء القانون الخاص بالسلطة القضائية الصادر في سنة ١٩٨٥ ليقرر

(١) راجع في ذلك:

Les abus sexuels sur les mineurs(étude de législation comparée) étude préparée par le Sénat et se trouvant sur le site internet suivant:
http://www.senat.fr/1c/1c21/1c21_mono.html

تطبيق القانون الإسباني على جميع الجرائم المرتكبة بواسطة الإسبان خارج إسبانيا إذا كان قانون الدولة المعنية يجرم أيضاً الفعل المرتكب.

المطلب السابع

اغتنصاب الأحداث في القانون المصري

١٦٣ - حددت المادة / ٢٦٧ ع عقوبة الاغتصاب في صورته البسيطة؛ أي غير المصحوبة بأحد الظروف المشددة فجعلتها الإعدام أو السجن المؤبد^(١). وأقرد المشرع نصاً خاصاً لتحديد عقوبة الواقعة إذا اقترنت بخطف الأنثى؛ حيث تنص المادة / ٢٩٠ ع^(٢)، على أن "كل من خطف بالتحايل أو الإكراه أنثى بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالسجن المؤبد. ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجناية بالإعدام إذا اقترنت بها جنائية واقعة المخطوفة بغير رضاها". ويشترط لتوقيع العقوبة المشددة هنا أن تقتزن جنائية خطف أنثى بالتحايل أو الإكراه بجنائية واقعة تامة، بمعنى تعاصر هاتين الجنائيتين زمنياً بحيث تحدث الواقعة التامة قبل استرداد المخطوفة لحريتها.

١٦٤ - وفضلاً عن هذا الظرف المشدد الذي يرجع إلى ظروف ارتكاب الجريمة فإن المشرع قد حدد بعض الظروف التي تستند إلى صفة الجاني.

(١) وأثناء إعداد البحث للطباعة صدر المرسوم رقم ١١ لسنة ٢٠١١، عن المجلس الأعلى للقوات المسلحة، ويقضي بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ والخاصة بالاعتداءات الجنسية، وعلى رأسها - بطبيعة الحال - جريمة الاغتصاب، حيث شدد عقوبتها في تعديله لنص المادة ٢٦٧ ع على النحو التالي:

مادة (٢٦٧): من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد ويعاقب الفاعل بالإعدام إذا كانت المجني عليها لم يبلغ سنها ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجر عندها أو عند من تقدم ذكرهم أو تعدد الفاعلون للجريمة. راجع في هذا التعديل:

<http://www.woum7.com/News.asp?NewsID=381397>

(٢) معدلة بالقانون رقم ٢١٤ لسنة ١٩٨٠.

حيث تنص الفقرة الثانية من المادة / ٢٦٧ ع على تشديد عقوبة الاغتصاب من السجن المشدد إلى السجن المؤبد إذا كان " الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم ". من الواضح أن هذه الظروف المشددة للعقوبة تقوم على أساس توافر صفة معينة في الجاني، ويكفي توافر صفة واحدة من الصفات التي ذكرها النص لتحقيق التشديد.

١٦٥ - ويتضح من النصوص السابقة أيضاً أن المشرع المصري لم يفرد للحدث معاملة خاصة مباشرة بشأن حمايته من جريمة الاغتصاب. فشأن الفتاة الصغيرة شأن المرأة الكبيرة البالغة عند التعرض لهذا النوع من الاعتداء. فكما سنرى في القانون الكويتي الذي وضع تجريماً خاصاً باغتصاب الأحداث؛ أي أن صغر السن فيه يمثل ركناً مكوناً للجريمة، ورأينا أن تشريعات أخرى جعلته ظرفاً مشدداً للعقوبة كالقانون الفرنسي؛ ولكن القانون المصري لم يأخذ بهذا أو ذاك بطريقة مباشرة، تاركاً الأمر لنص المادة ٢٦٧ بفقرتها ليطبق على جميع ضحايا الاغتصاب كباراً وصغاراً. ومع ذلك فإن تأمل الظروف الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ ع.م والمتعلقة بتشديد العقوبة إذا توافرت صفة معينة في الجاني يدرك أنها تتعلق بصفة أساسية بفتاة "صغيرة" خاضعة للتربية أو للإشراف والرعاية والملاحظة.

١٦٦ - وهذه الظروف القائمة على صفة في الجاني تعتبر من الظروف الشخصية، ومن ثم يسأل عنها الشريك وتشدد عقوبته أيضاً إذا كان عالماً بها^(١). لقد رأى المشرع أن في توافر مثل هذه الصفات في الجاني سبباً لتشديد عقوبته لإساءة استعمال السلطة التي يستمدّها من صفته حيث إنه :

أ - **يسهل عليه ارتكاب الجريمة؛** لأنه - باعتباره قريباً للمجني عليها أو مشرفاً عليها - يتمتع بثقة ضحيته فلا تخشى جانبه ولا تحاط منه.

(١) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٤١.

ب - يخون الثقة الموضوعة فيه؛ فصفته تحمله واجب حماية المجني عليها تجاه الغير وصيانة عرضها من أي اعتداء، فإذا قام هو بالاعتداء على المرأة فقد خان الثقة الموضوعة فيه وأهدر تبعات هذه الثقة.
أما عن هذه الصفات فهي على النحو التالي :

١ - أصول المجني عليها:

١٦٧ - ووصف أصول المجني عليها ينطبق على كل من تناسلت منهم المرأة تناسلاً حقيقياً، وينطبق ذلك على الأب والجد وإن علا. ولا يعتبر من أصول المجني عليها الأب أو الجد بالتبني؛ لأن الشريعة الإسلامية لا تعترف بالتبني^(١).

٢ - المتولون تربية المجني عليها أو ملاحظتها:

١٦٨ - وهم كل من عهد إليهم بأمر الإشراف على المجني عليها وتوجيهها وتهذيبها. وقد ينشأ ذلك قانوناً كالولي والوصي والقيم، أو اتفاقاً كملقن الحرفة، وقد يحدث ذلك بحكم الواقع مثل وضع زوج الأم أو الأخ الأكبر أو الخال إذا تولى أحد هؤلاء تربية المجني عليها.

٣ - من لهم سلطة قانونية أو فعلية على المجني عليها:

١٦٩ - تنطبق هذه الصفة على كل من كان له نفوذ على المجني عليها، وسواء كانت سلطته مستمدة من القانون كالوصي أو القيم، أو من الواقع كسلطة زوج الأم. ويستوي كذلك أن تكون هذه السلطة مستمرة أو متقطعة^(٢).

(١) ولكن إذا خضع الجاني والمجني عليها لقانون أحوال شخصية يعترف بنظام التبني وينظم أحكامه فإن الظرف المشدد يتحقق ويسري على الأب أو الجد بالتبني.

(٢) انظر في التطبيقات القضائية الفرنسية المتعلقة بسلطة صديق الأم الذي يعيش معها: Crim. 9 juin 1971, Bull. no 185.

وانظر كذلك بالنسبة إلى سلطة الزوج الثاني للأم:

Crim. 2 mai 1990, J.C.P. 1990, II, 21593; R.S.C. 1991, p. 82, obs. G. LEVASSEUR.

وفي الحقيقة إنه على الرغم من النصوص العديدة التي أتي بها المشرع الفرنسي =

وهذه التفرقة بين السلطتين القانونية والفعلية لا تخلو من الأهمية وخاصة في نطاق الإثبات. فإذا كانت السلطة قانونية كفى إثبات الصفة مصدر هذه السلطة، ويعد ذلك قرينة قانونية قاطعة على تمتع الجاني بالسلطة على المجني عليها ولا يستطيع إثبات عكس هذه القرينة. أما إذا كانت السلطة فعلية، فإنه ينبغي إثبات الظروف والملابسات التي تستمد منها هذه السلطة^(١). وقد قضى حديثاً في فرنسا بأن الأخ ليس له سلطة على أخته (المجني عليها) حتى ولو كان هو الأخ الأكبر. ومن ثم فإنه يجب على القاضي أن يحدد الظروف التي أعطت هذا الأخ سلطه فعلية على أخته، ولا يجوز له الاكتفاء بالإشارة إلى أن المتهم هو أخو المجني عليها^(٢). وعلى الرغم من ذلك فهذه الظروف لا تأخذ أكثر من قيمة القرينة

= والتعديلات المتتالية من أجل تجريم العلاقات الجنسية التي يمارسها من لهم سلطة على الأطفال، إلا أن السياسة الجنائية لم تصل بعد إلى حد الفعالية المطلوبة من أجل حماية ضحايا هذه الاعتداءات. راجع في هذا الشأن:

Laurent BEN KEMOUN, La confiance violée de l'enfant: réformer la norme pénale, D. 2002, POINT DE VUE, P. 491; Yves CHAROENEL, Prevention et répression des infractions sexuelles et protection des mineurs, D. 2000, interview, p. V.

- (١) كعيشة المتهم والمجني عليه تحت سقف واحد:
Crim 20 juill. 1965, Bull. no 179; Crim. 9 juin 1971, Bull. no 185.
- (٢) Crim. 17. Sept. 1997, Dr. pen. 1998, comm. No 2, p. 7, note M. VERON:

وفي هذه الواقعة قامت فتاة، بعد بلوغها سن الرشد في ١٩٩٦، بالإبلاغ عن أخيها الأكبر بأنه قد اغتصبها منذ أكثر من عشر سنوات؛ أي وهي ما زالت حدثاً. والطبيعي أن هذه الواقعة قد سقطت الدعوى الجنائية عنها بمضي المدة، ولكن المادة السابعة من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي تحمل استثناء في هذا الصدد مفاده أنه عندما تكون الجريمة مرتكبة بواسطة أحد الأصول الشرعيين أو الطبيعيين أو بالتبني أو بواسطة شخص له سلطة على المجني عليه الحدث، فإن ميعاد التقادم لا يبدأ في السريان إلا عند بلوغ المجني عليه سن الرشد. ومن ثم فقد ثار التساؤل في هذه الواقعة عما إذا كان الأخ ممن لهم سلطة على المجني عليها أم لا. ويترتب على الرد بالإيجاب عدم سقوط الدعوى الجنائية بالتقادم وإمكانية إحالة المتهم (الأخ) إلى محكمة الجنايات. وقد انتهت غرفة الاتهام "La chambre d'accusation" إلى تقرير

=

البسيطة على توافر السلطة ومن ثم فيجوز للمتهم إثبات عكسها^(١).

١٧٠ - تميز الأركان القانونية للجريمة عن ظروفها المشددة. فمن الثابت قانوناً وقضاً أن الأركان القانونية لجريمة الاغتصاب تحتفظ بذاتيتها واستقلالها عن الظروف المشددة للجريمة؛ بمعنى أنه يجب لإدانة المتهم أن يتأكد القاضي أولاً من توافر العناصر التكوينية للجريمة قبل أن ينظر إلى الظروف المشددة لها؛ حيث لا يجوز له الاستناد إلى هذه الأخيرة عند تقدير توافر الأولى وإلا كان ذلك خلطاً بينهما لا يجوز قانوناً. ولقد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا المفهوم تماماً في إحدى الوقائع التي عرضت عليها عندما أحيل شخصان إلى محكمة الجنايات عن تهمتي اغتصاب واعتداء جنسي، وكانت المسألة الرئيسية تنصب حول معرفة مدى توافر هاتين الجريمتين في حق المتهمين من ناحية، وما إذا كانت الجرائم قد ارتكبت بواسطة شخص ذي سلطة على حدث لا يتجاوز ١٥ سنة^(٢). وعادت المحكمة العليا الفرنسية لتأكيد ضرورة عدم الخلط بين العناصر التكوينية للجريمة وظروفها المشددة. فجريمتا الاغتصاب والاعتداء الجنسي يفترضان اللجوء إلى العنف، والإكراه، أو المفاجأة المصاحبة لارتكاب الأفعال محل الاتهام، ولا تتدخل صفة الجاني إلا في مرحلة لاحقة كظرف مشدد^(٣). ويقتضي هذا الأمر إثبات اللجوء إلى العنف، أو الإكراه بصفة مستقلة، ولا يجب افتراضه أو استنتاجه من السلطة التي يمارسها مرتكب الفعل على

= وجود سلطة للمتهم على المجني عليها استناداً إلى صلة القرابة. ولكن محكمة النقض رفضت هذا الحكم تأسيساً على أنه كان يجب على غرفة الاتهام تحديد الظروف الواقعية التي استنبطت منها وجود السلطة الفعلية للمتهم على المجني عليها دون الاكتفاء بذكر أن الجاني هو أخو المجني عليها؛ لأن ذلك لا يفيد حتماً توافر مثل هذه السلطة.

(١) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٤٢ و ٥٤٣.

(٢) Crim. 7 déc. 2005, Bull. No 326; Dr. pén. 2006, comm.. no 31; R.S.C. 2006, p. 319, obs. Y. MAYAUD.

(٣) Crim. 4 févr. 2004, Dr. pén. 2004, comm.. no 105; Crim. 8 juill. 2005, Bull. No 1.

ضحيته القاصر. ثم تدخل حكم آخر لتصحيح مسار الضوابط السابقة معتبراً أن حالة الإكراه أو المفاجأة يمكن أن تنتج أحياناً من السن الصغير للضحايا^(١). وفي الواقعة محل الدراسة، رأت غرفة التحقيق أن إحالة المتهمين لمحكمة الجنايات كانت مبررة قانوناً؛ لأن صفة مرتكب الأفعال كانت تعطيه سلطة على الضحية التي كانت تعاني الشعور بالخضوع نحوه. واعتبرت محكمة النقض أن هذه الأسباب لا تثبت وجود أي عنصر إكراه، أو مفاجأة أو عنف معاصر لأفعال الإيلاج الجنسي، وهو ما يؤدي إلى عدم إثبات الأركان المشكلة للجرائم المنسوبة للمتهمين^(٢).

٤ - الخادم بالأجر عند المجني عليها أو عند من تقدم ذكرهم:

١٧١ - يقصد بالخادم كل من يؤدي عملاً مادياً بأجر لدى المجني عليها أو لدى أحد ممن سبق ذكرهم، وسواء كان ذلك بصفة دائمة أم متقطعة ولكن بشكل دوري أو منتظم. وعلى ذلك إذا كان المتهم يقوم بعمل فني كأعمال السكرتارية لدى المجني عليها فلا يتوافر هذا الظرف المشدد. والشيء نفسه إذا كان يقوم بعمل تطوعي دون مقابل عيني أو نقدي.

ويتوافر هذا الظرف المشدد إذا كان المتهم خادماً لدى المجني عليها أو لدى أحد ممن سبق ذكرهم؛ أي أصول المجني عليها والمتولين تربيتها أو ملاحظتها وأصحاب السلطة عليها. وتطبيقاً لذلك فإن عقوبة المتهم تشدد بسبب هذا الظرف إذا واقع خادمة تعمل معه في خدمة الشخص نفسه؛ حيث تتوافر له صفة الخادم لدى من له سلطة على المجني عليها^(٣).

(١) Crim. 7 déc. 2005, Bull. No 326; Dr. pén. 2006, comm.. no 31; R.S.C. 2006, p. 319, obs. Y. MAYAUD.

(٢) Crim. 21 févr. 2007, précité.

(٣) نقض ٢٥ مارس سنة ١٩٤٠، مجموعة القواعد القانونية، ج٥، رقم ٨٦، ص ١٥٤ - ١٨ مارس سنة ١٩٥٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، س٨، رقم ٧٥، ص ٢٦٣، أشار إلى الحكمين: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٤٤، هامش رقم ٢.

١٧٢ - إذا توافر أحد هذه الظروف المشددة، كانت العقوبة الواجبة التطبيق هي السجن المؤبد، وإن كان ذلك لا يحول بين المحكمة واستعمال سلطاتها التقديرية في تخفيف العقوبة.

١٧٣ - ولقد كان المشرع الفرنسي أكثر تدخلاً في هذا الشأن وقرباً للعدالة، من خلال سحبه البساط من تحت أقدام القضاء الجنائي الفرنسي "جزئياً" بتنوعه في تقديره لعقوبة الاغتصاب وفقاً للظروف المحيطة بارتكاب الواقعة، أو شخص مرتكبها، أو حالة المجني عليه في العديد من الظروف المشددة التي بلغت اثني عشر ظرفاً على النحو التالي^(١):

١ - إذا ترتب على الاغتصاب انفصال عضو أو حدوث عاهة مستديمة.

Article 222-24 Modifié par

(١)

Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle:

1° Lorsqu'il a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente

2° Lorsqu'il est commis sur un mineur de quinze ans;

3° Lorsqu'il est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur;

4° Lorsqu'il est commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait;

5° Lorsqu'il est commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions;

6° Lorsqu'il est commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice;

7° Lorsqu'il est commis avec usage ou menace d'une arme;

8° Lorsque la victime a été mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunications;

9° Lorsqu'il a été commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime;

10° Lorsqu'il est commis en concours avec un ou plusieurs autres viols commis sur d'autres victimes;

11° Lorsqu'il est commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité;

12° Lorsqu'il est commis par une personne agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants.

- ٢ - إذا كان المجني عليه حدثاً لا يتجاوز ١٥ سنة.
- ٣ - إذا ارتكبت على شخص ضعيف جداً بسبب سنه، أو مرضه، أو عجزه، أو قصور بدني أو نفسي، أو حالة حمل المرأة. وبشرط أن تكون هذه الحالات ظاهرة أو معروفة من الفاعل.
- ٤ - إذا ارتكبت بواسطة أحد الأصول أو أي شخص آخر له على المجني عليها سلطة قانونية أو فعلية.
- ٥ - إذا ارتكبت بواسطة شخص يسيء استغلال سلطته التي يستمدّها من وظائفه.
- ٦ - إذا ارتكبت بواسطة عدة أشخاص، سواء بوصف الفاعلين أو الشركاء.
- ٧ - إذا ارتكبت بواسطة استخدام سلاح أو التهديد به.
- ٨ - عندما يكون اتصال الجاني بالمجني عليه قد نتج عن استخدام لشبكة اتصالات من أجل نشر رسائل للجمهور دون تحديد.
- ٩ - إذا ارتكبت بسبب التوجهات الجنسية للمجني عليه.
- ١٠ - إذا ارتكبت في تعدد مع جريمة اغتصاب أخرى أو أكثر مرتكبة على ضحايا آخرين.
- ١١ - إذا ارتكبت بواسطة شريك الضحية أو صديقها، أو الشخص المرتبط بها بواسطة عقد التضامن المدني (البديل عن نظام الزواج، الذي يمثل إطاراً قانونياً واجتماعياً لزواج المثليين في فرنسا).
- ١٢ - إذا ارتكبت بواسطة شخص تصرف تحت التأثير الواضح لبعض المخدرات. فإذا توافر أحد هذه الظروف تشدد العقوبة لتصل إلى عشرين سنة سجن مشدداً بدلاً من ١٥ سنة العقوبة الأصلية لجريمة الاغتصاب وفقاً لنص المادتين ٢٣-٢٢٢ و ٢٤-٢٢٢ ع.ف.

١٧٤ - ويبقى التساؤل موجهاً إلى المشرع المصري عن سبب عدم إدراج له لصغر سن المجني عليها كظرف مشدد للعقوبة! فإذا لم يفرد لحماية الأحداث من الاغتصاب نصاً (أو نصوصاً) خاصاً على النحو الذي فعلته العديد

من التشريعات الأخرى، فعلى الأقل من الأجدر به أن يجعل من صغر سن الضحية ظرفاً مشدداً للعقوبة. ولا تخفى الأسباب العديدة المبررة لهذا التشديد، من عدم اكتمال إدراك الحدث، وقلة وعيه وخبرته، وسهولة إغوائه، وعدم قدرته على تقدير عواقب الأمور؛ بل واندفاعه أحياناً وراء رغباته ونزواته؛ فضلاً عن استغلال الجاني لهذه الظروف وعدم مراعاته لصغر سن المجني عليها.

١٧٥ - وفي أثناء طباعة هذا البحث، أصدر المجلس الأعلى للقوات المسلحة قراراً بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات، لا يتضمن تشديد العقوبات على الاعتداءات الجنسية فقط، وإنما بوضع الحماية الجنائية لأحداث في بؤرة الاهتمام أيضاً؛^(١) حيث جعل من صغر السن ظرفاً مشدداً

(١) ويحمل المرسوم رقم ١١ لسنة ٢٠١١، ويقضي بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧. وفي ما يلي نص المرسوم: رئيس المجلس الأعلى للقوات المسلحة.. بعد الاطلاع على الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ ١٣/٢/٢٠١١ وعلى قانون العقوبات، وبعد موافقة مجلس الوزراء.. قرر المرسوم بقانون الآتي نصه، وقد أصدرناه:

المادة الأولى: يستبدل بنصوص المواد أرقام (٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٦٩ مكرر، ٢٨٨، ٢٨٩ مكرر "أ" من قانون العقوبات النصوص الآتية:

مادة (٢٦٧): من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد ويعاقب الفاعل بالإعدام إذا كانت المجني عليها لم يبلغ سنها ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجر عندها أو عند من تقدم ذكرهم أو تعدد الفاعلون للجريمة.

مادة (٢٦٨): كل من هتك عرض إنسان بالقوة أو بالتهديد أو شرع في ذلك يعاقب بالسجن المشدد.. وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة المذكورة لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان مرتكبها أو أحد مرتكبيها ممن نص عليهم في الفقرة الثانية من المادة (٢٦٧) تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تقل عن سبع سنوات، وإذا اجتمع هذان الظرفان معا يحكم بالسجن المؤبد.

مادة (٢٩٦): كل من هتك عرض صبي أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالسجن، وإذا كان سنه لم يتجاوز اثنتي

= عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان من وقعت منه الجريمة ممن نص عليهم في الفقرة الثانية من المادة (٢٦٧) تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تقل عن سبع سنوات. مادة (٢٦٩ مكرر): يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر كل من وجد في طريق عام أو مكان مطروق يحرض المارة على الفسق بإشارات أو أقوال. فإذا عاد الجاني إلى ارتكاب هذه الجريمة خلال سنة من تاريخ الحكم عليه نهائياً في الجريمة الأولى تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تزيد على ثلاثة آلاف جنيه.. ويستتبع الحكم بالإدانة وضع المحكوم عليه تحت مراقبة الشرطة مدة مساوية لمدة العقوبة.

مادة (٢٨٨): كل من خطف بالتحيل أو الإكراه طفلاً نكراً لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالسجن المشدد مدة لا تقل عن خمس سنوات. مادة (٢٨٩): كل من خطف بنفسه أو بواسطة غيره من غير تحيل ولا إكراه طفلاً لم يبلغ سنه اثنتي عشرة سنة ميلادية كاملة يعاقب بالسجن المشدد مدة لا تقل عن خمس سنوات. وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات إذا كان الطفل المخطوف قد تجاوز سنه اثنتي عشرة سنة ميلادية كاملة ولم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة، فإذا كان المخطوف أنثى تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تقل عن عشر سنين. ومع ذلك يحكم على فاعل جناية الخطف بالإعدام أو السجن المؤبد إذا اقترنت بها جريمة مواجهة المخطوف أو هتك عرضه.

مادة (٣٠٦ مكرر): يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تزيد على ألفي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تعرض لشخص بالقول أو بالفعل أو بالإشارة على وجه يخدش حياته في طريق عام أو مكان مطروق. ويسري حكم الفقرة السابقة إذا كان خدش الحياء قد وقع عن طريق التليفون أو أي وسيلة من وسائل الاتصالات السلكية أو اللاسلكية. فإذا عاد الجاني إلى ارتكاب جريمة من نفس نوع الجريمة المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين خلال سنة من تاريخ الحكم عليه نهائياً في الجريمة الأولى، فتكون العقوبة بالحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تزيد على خمسة آلاف جنيه.

المادة الثانية: ينشر هذا المرسوم بقانون في الجريدة الرسمية، وتكون له قوة القانون ويعمل به اعتباراً من تاريخ نشره. راجع في هذا التعديل:

<http://www.youm7.com/News.asp?NewsID=381397>

لعقوبة الاغتصاب بأن جعلها الإعدام (بدلاً من الإعدام أو السجن المؤبد) إذا كانت المجني عليها لم تبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة. وزاد سن الحدث كظرف مشدد في جريمة هتك العرض بالقوة أو التهديد (م/٢٦٨ ع)؛ حيث رفعه إلى ثماني عشرة سنة بدلاً من ست عشرة سنة. وزاد من سن الحدث كظرف مشدد أيضاً في جريمة هتك العرض بغير قوة أو تهديد، من سبع سنوات إلى اثنتي عشرة سنة ميلادية كاملة؛ وهو ما يعني زيادة الحماية والردع إلى هذه السن. وفيما يتعلق بجريمة الاغتصاب، فحسناً فعل المشرع أن يأخذ هذا الظرف في الاعتبار. ومع ذلك، فقد كان من الأنسب أن يراعي مراحل تطور الحدث ونموه وإدراكه فيقسم هذه المرحلة العمرية إلى مرحلتين أو إلى ثلاث مراحل تتنوع فيها العقوبة بتطور السن على النحو التالي: أقل من اثنتي عشرة سنة؛ ثم من اثنتي عشرة سنة إلى ست عشرة سنة؛ وأخيراً من ست عشرة سنة إلى إحدى وعشرين سنة. وهو ما فعله المشرع في تعديله لنص المادة ٢٨٩ ع الخاصة بجريمة الخطف بغير تحايل ولا إكراه؛ حيث نص على أن كل من خطف بنفسه أو بواسطة غيره من غير تحايل ولا إكراه طفلاً لم يبلغ سنه اثنتي عشرة سنة ميلادية كاملة يعاقب بالسجن المشدد مدة لا تقل عن خمس سنوات. وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات إذا كان الطفل المخطوف قد تجاوز سنه اثنتي عشرة سنة ميلادية كاملة ولم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة. ويبدو أن تشديد العقوبة ووصولها إلى الحد الأقصى لها (الإعدام) في جريمة الاغتصاب يحول دون حدوث مثل هذا التقسيم والتنوع في العقوبة وفقاً للتطور العمري للحدث.

المطلب الثامن

اغتصاب الأحداث في إيطاليا

١٧٦ - لقد أسفرت العديد من المناقشات البرلمانية عن صدور القانون رقم ٦٦ في ١٥ فبراير سنة ١٩٩٦ لمواجهة العنف الجنسي لينظم الجرائم الجنسية بعد إجراء العديد من التعديلات عليه، نتناول هنا فقط تلك المتعلقة

بجريمة الاغتصاب وخاصة فيما يتعلق بالأحداث، والإجراءات المتخذة للحيلولة دون العودة للجريمة.

أولاً - جريمة الاغتصاب:

١٧٧ - لقد جاءت نصوص القانون الجديد رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٦ لتلغي مفهوم الاغتصاب بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح وتفتح المجال لمفهوم آخر أكثر اتساعاً وهو العنف الجنسي "violence sexuelle"، الذي يشمل جميع الاعتداءات الجنسية^(١). ومن ثم فإن أي شخص يلجأ إلى العنف أو التهديد أو بإساءة استخدام سلطته يجبر شخصاً آخر على القيام (أي أن يكون طرفاً إيجابياً في العلاقة) أو تلقى (أي طرفاً سلبياً) أفعالاً جنسية يعاقب بالسجن لمدة تراوح بين ٥ و ١٠ سنوات. ومع ذلك تشدد هذه العقوبة لتراوح بين ٦ سنوات و ١٢ سنة إذا توافرت بعض الظروف المشددة، وخاصة:

- إذا ارتكبت الجريمة على طفل أقل من ١٤ سنة.

(١) وعلى سبيل المقارنة بين النصوص العقابية الجديدة والقديمة فيما يتعلق بالاغتصاب، يجب الإشارة إلى أن المادة ٥١٩ من التقنين العقابي قبل إلغائها كانت تعرف الاغتصاب على أنه إجبار شخص على علاقة جنسية بالعنف أو التهديد "le fait de contraindre une personne à une" union charnelle "par la violence ou la menace". وتدخل القضاء الإيطالي ليفسر هذه العلاقة بأنها تشمل أي إيلاج كلي أو جزئي للعضو الجنسي للطرف الإيجابي أو السلبي في جسد الطرف الآخر. وعلى الرغم من عدم وجود أي نص خاص يتناول اغتصاب الأطفال فإن المادة ٥١٩ كانت تفرض عقوبة الاغتصاب نفسها على من يقيم علاقة جنسية مع طفل أقل من ١٤ سنة، أو حتى أقل من ١٦ سنة عندما ترتكب الجريمة بواسطة شخص مسؤول عن الحدث كأحد أصوله أو الوصي عليه أو أي شخص عهد إليه الحدث لأسباب تعليمية أو صحية أو رقابية. وفي هذه الحالة توجد قرينة قاطعة "présomption irréfregable" على وجود الاغتصاب في حالة الإيلاج الجنسي مع حدث أقل من ١٤ سنة أو ١٦ سنة ويخضع لسلطة الجاني.

- إذا ارتكبت على حدث أقل من ١٦ سنة، إذا كان الجاني من أصوله أو والده حتى ولو بالتبني، أو الوصي على المجني عليه. وفضلاً عن ذلك فإنه إذا كان المجني عليه (أو عليها) لم يبلغ العاشرة من عمره فإن العقوبة تشدد لتراوح بين ٧ سنوات و ١٤ سنة. ومن الواضح - إذن - أن القانون الإيطالي يعتبر السن الصغير للمجني عليه مجرد ظرف مشدد لجريمة الاغتصاب وليس ركناً مكوناً لها. وإذا نتجت الوفاة عن الاغتصاب فإن العقوبة تكون وفقاً للقاعدة المطبقة في حالة تعدد الجرائم، السجن الذي لا يقل عن الحد الأقصى لعقوبة الجريمة الأشد^(١).

ثانياً - الإجراءات الوقائية ومنع العود:

١٧٨ - أهم الإجراءات التي يعتمدها القانون الإيطالي للحيلولة دون عودة المجرم الجنسي إلى هذه الأفعال هي:

١ - امتداد إقليمية النصوص العقابية:

١٧٩ - يعترف القانون العقابي الإيطالي بالتطبيق الفوري لنصوصه لتغطي الجرائم المرتكبة في الخارج بشرط أن يكون معاقباً عليها بالحبس لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات؛ وأن يوجد الجاني داخل الإقليم الإيطالي. ولكن فيما يتعلق بالجرائم المعاقب عليها بعقوبة أقل من ثلاث سنوات حبس فإن الجاني لا يعاقب إلا بناءً على طلب من وزارة العدل أو السلطات المختصة أو المجني عليه^(٢).

(١) ومن الجدير بالذكر أيضاً أن القانون الإيطالي لا يجرم العلاقة الجنسية التي يقيمها حدث مع حدث آخر بشرطين هما: - أن يكون المجني عليه قد أتم على الأقل ١٣ سنة. - أن يكون فارق السن بين الاثنين أقل من ثلاث سنوات.

(٢) Etude de législation comparée n° 178 - octobre 2007 - La prescription de l'action publique en matière de viol, étude se trouvant sur le site internet suivant:

<http://www.senat.fr/1c/1c178/1c178.html>

٢ - المحظورات:

١٨٠ - إذا حكم على شخص بالإدانة في إحدى الجرائم الجنسية فإن الأمر يقتضي أيضاً على وجه الخصوص ما يلي: - فقدان سلطة الأبوين عندما تكون صفة الأب ركناً مكوناً للأفعال المسندة إليه. - يحظر عليه مدى الحياة أن يمارس عملاً أو مهنة متعلقة بالوصاية أو الولاية. ومع ذلك لم يقرر القانون الإيطالي أي حظر يتعلق بالحياة المهنية للمحكوم عليه^(١).

المطلب التاسع

اغتصاب الأحداث في سويسرا

١٨١ - تدخل المشرع السويسري في سنة ١٩٩٢ بتعديل يهدف أساساً إلى تكييف القانون العقابي مع المفاهيم الاجتماعية الجديدة "adapter le Code penal aux nouvelles conceptions sociales". ونظراً للاتجاه التحرري السائد في مجال العلاقات الجنسية داخل المجتمع فكان من الطبيعي أن يأتي التعديل السويسري على المسار نفسه الذي نهجه القانون الألماني، وخاصة من حيث تحديد مجال الجرائم الجنسية وتخفيف العقوبات المطبقة. ومن ثم فقد أعطيت الأولوية في هذه التعديلات إلى مبدئين رئيسيين: أولهما، حرية التصرف في إطار العلاقات الجنسية. وثانيهما، حرية التطور الجنسي للأطفال. ويظهر أثر هذه التعديلات بطبيعة الحال في مفهوم جريمة الاغتصاب، والإجراءات المنعوية.

أولاً - جريمة الاغتصاب:

١٨٢ - تنص المادة ١٩٠ من التقنين العقابي السويسري في فقرتها الأولى على أن "الذي يجبر امرأة، وبصفة خاصة عن طريق اللجوء إلى التهديد

(١) راجع في ذلك:

Les abus sexuels sur les mineurs(étude de législation comparée) étude préparée par le Sénat et se trouvant sur le site internet suivant:
http://senat.fr/1c.1c21.1c21_mpno.html

أو العنف، أو بممارسة ضغوط ذات طبيعة نفسية ضد المجني عليها أو بتجريدتها من إمكانية المقاومة، سيعاقب بالسجن الذي لا يتجاوز عشر سنوات^(١). ومن الواضح أن القانون السويسري ينتمي إلى فئة القوانين التي تعتمد مفهوماً ضيقاً للاغتصاب سواء من حيث الأشخاص؛ لأنه لا يتحدث إلا عن اغتصاب امرأة، ويتحدث عن الجاني باعتباره ذكراً. ومن حيث فعل الاغتصاب نفسه فإن النص السابق يشير إلى العلاقة الجنسية الطبيعية بغير رضا المجني عليها، ولا يوجد في النص ما يسمح باعتبار أفعال الإيذاء الجنسي الفموي أو الشرجي من قبيل الاغتصاب. ومع ذلك فإن النص لا يتضمن أية إشارة إلى سن المجني عليها في جريمة الاغتصاب، وهو ما يؤكد أن اغتصاب الأطفال يدخل في إطار هذا النص. وتشدد العقوبة فلا يقل حدها الأدنى عن ثلاث سنوات إذا تصرف الجاني بشراسة، وخاصة إذا استخدم سلاحاً خطيراً أو أي أداة أخرى خطيرة^(٢). ويأتي نص المادة ١٩١ عقابي سويسري ليعاقب الفعل الجنسي المرتكب ضد شخص غير قادر على التمييز أو المقاومة، بالسجن لمدة عشر سنوات على الأكثر، أو بالحبس^(٣). وأخيراً نجد المادة ١٨٧ التي تعاقب أي فعل ذي طبيعة جنسية يرتكب ضد طفل أقل من ١٦ سنة بالسجن الذي لا يتجاوز خمس سنوات أو بالحبس^(٤). وفائدة هذا

(١) L'article 190 du code pénal, relatif au viol, énonce à l'alinéa 1: " Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel, sera puni de la réclusion pour dix ans au plus. "

(٢) La peine minimale est fixée à trois ans de réclusion " si l'auteur a agi avec cruauté, notamment s'il a fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux ".

(٣) l'acte sexuel commis sur " une personne incapable de discernement ou de résistance " de la réclusion pour dix ans au plus ou de l'emprisonnement.

(٤) **L'article 187-1 du code pénal** énonce: " Celui qui aura commis un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans, celui qui aura entraîné un enfant de cet âge à commettre un acte d'ordre sexuel, celui qui aura mêlé un enfant de cet âge à un acte d'ordre sexuel, sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement. "

النص أيضاً تظهر من خلال شموله بالعقاب لبعض أفعال الإيلاج الجنسي التي تخرج من إطار مفهوم الاغتصاب الضيق في المادة ١٩٠، وخاصة الإيلاج الجنسي الفموي أو الشرجي. ويؤكد هذا أيضاً أن القضاء السويسري يتبنى مفهوماً واسعاً لمعنى عبارة "فعل ذي طبيعة جنسية"؛ حيث يعتبر من قبيل ذلك أي اتصال بين جسم أحد المساهمين والأعضاء الجنسية للآخر^(١). ومع ذلك لا يدخل الفعل في نطاق التجريم إذا كان فارق السن بين المشاركين في الفعل لا يتجاوز ثلاث سنوات، وهو ما ينسجم بطبيعة الحال مع فلسفة التعديل التشريعي الذي يهدف إلى عدم المساس بالتطور الجنسي الطبيعي للأحداث، وفي حالة وفاة المجني عليها، فإن الجاني لا يحاسب فقط عن جريمة اغتصاب، وإنما أيضاً عن جريمة اغتيال "assassinat" أو قتل عمد أو قتل خطأ بحسب ظروف كل واقعة على حدة. ويعاقب الجاني بعقوبة الجريمة الأشد مع إمكانية تشديد العقوبة إذا لزم الأمر لأخذ الجريمة الأخرى بعين الاعتبار^(٢).

ثانياً - إجراءات منع العود للجريمة:

١ - المحظورات:

١٨٣ - إذا كان الجاني يمارس مهنة أو تجارة تستلزم ترخيصاً رسمياً (كطبيب أو صيدلي) وارتكب في أثناء ممارسة نشاطه جريمة حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية أكثر من ثلاثة شهور، يمكن حظر ممارسته لمهنته لمدة تتراوح بين ٦ أشهر و ٥ سنوات إذا كان هناك وجه للخشية من ارتكابه لأفعال جنسية جديدة، ويملك القاضي أن يحكم بعدم الأهلية لمدة من سنتين إلى عشر سنوات في مواجهة قاض أو موظف

(١) راجع في ذلك:

Les abus sexuels sur les mineurs (étude de législation comparée) étude préparée par le Sénat et se trouvant sur le site internet suivant:
http://www.senat.fr/1c/1c21/1c21_mono.html

(٢) Etude de législation comparée n° 178 - octobre 2007 - La prescription de l'action publique en matière de viol, étude se trouvant sur le site internet suivant:
<http://www.senat.fr/1c/1c178/1c178/html>

مدان في جريمة. وبصفة عامة، فإن أي شخص يحكم عليه بالسجن أو الحبس يمكن الحكم عليه بعدم أهليته لشغل المهمة أو الوظيفة الرسمية، لمدة تتراوح بين سنتين إلى عشر سنوات إذا أظهرت الجريمة أنه غير جدير بالثقة^(١).

٢ - معالجة المرضى العقليين:

١٨٤ - إذا كان ثابتاً أن ارتكاب الجريمة الجنسية ناتج عن مرض عقلي أو اضطرابات خطيرة في الشخصية، يجوز للقاضي أن يأمر بإيداع المتهم أو حجزه في أحد المستشفيات أو المؤسسات المتخصصة لمدة غير محددة مسبقاً ولكن تعتمد على نتائج العلاج.

٣ - الامتداد الإقليمي للنصوص العقابية:

١٨٥ - منذ فترة طويلة (سنة ١٩٣٧) يسمح القانون العقابي السويسري بملاحقة جنائية في سويسرا للمواطن السويسري من أجل جنایات أو جنح ارتكبت خارج سويسرا إذا كان الفعل مجرماً أيضاً في الدولة التي ارتكب فيها، وإذا عاد الجاني إلى سويسرا أو تم تسليمه إليها بسبب جريمته. وهذا أمر عادي تطبقه العديد من الدول وفقاً لمبدأ شخصية تطبيق النصوص العقابية. ولكن التعديلات القانونية المقترحة في سويسرا ذهبت أبعد من ذلك بعدم سماحها بملاحقة الشخص السويسري فقط، وإنما أيضاً الأجنبي الذي ارتكب فعله ثم وجد في سويسرا. بل يمكن الاستغناء عن الشرط الخاص بتجريم قانون البلد الذي ارتكب فيه الفعل في حالة الاستغلال الجنسي للأطفال، وهو ما قد يوسع من دائرة الملاحقة الجنائية لمرتكبي هذه النوعية من الجرائم^(٢).

(١) راجع دراسة مجلس الشيوخ الفرنسي عن الاستغلال الجنسي للأحداث، دراسة للتشريعات المقارنة، مرجع سابق.

(٢) راجع دراسة مجلس الشيوخ الفرنسي عن الاستغلال الجنسي للأحداث، دراسة للتشريعات المقارنة، مرجع سابق.

المطلب العاشر

اغتصاب الأطفال في الولايات المتحدة الأمريكية

١٨٦ - يعالج التقنين الاتحادي الجرائم الجنسية بالردع العقابي وأيضاً بالوسائل المنعية والوقائية. فأيماً كانت الجريمة الجنسية التي تفضي إلى وفاة شخص يعاقب عليها بالإعدام أو بالحبس المؤبد أو لعدة سنوات^(١). وفي الحالات الأخرى (أي غير وفاة الضحية) تعتمد العقوبة على طبيعة الجريمة المرتكبة. وقد تبني القانون الاتحادي بعض النصوص الجديدة في أبريل سنة ١٩٩٦ تسمح للمحكمة التي تقضي بإدانة المتهم في جريمة جنسية أن تحكم عليه بتعويض يغطي البنود التالية: - تكلفة العلاج الطبي، يشمل ما قد يحتاجه المجني عليه من متابعة أو علاج نفسي، - نفقات النقل والإقامة المؤقتة، حضانة الطفل، - فقدان الدخل، - تكلفة العدالة ومصرفات التقاضي، - وأي خسارة أخرى يتكبدها المجني عليه بسبب الجريمة.

أولاً - جريمة الاغتصاب:

١٨٧ - لا يشير التقنين الاتحادي الأمريكي صراحة إلى الاغتصاب ولكن هذا المفهوم يتضمنه المفهوم الأكثر عمومية والمتعلق بالاستغلال الجنسي "abus sexuel" الذي يحمل معناه على أنه إجبار شخص على عمل جنسي "le fait de contraindre une personne à s'adonner à un" acte sexuel". وبدوره يعرف التقنين الاتحادي العمل الجنسي بطريقة دقيقة على أنه "الاتصال بين الجنس الذكري والعضو الأنثوي، أو بين العضو الذكري وفتحة الشرج،

(١) وقد أشار كتاب الإحصاء الوطني الصادر ١٩٩٧ عن إدارة الاقتصاد والإحصاء في مصلحة التجارة الأمريكي إلى أن هنالك ١,٣ حالة اغتصاب لنساء بالغات، وتغتصب ٧٨ امرأة في كل ساعة في الولايات المتحدة الأمريكية، وهكذا في كل يوم هنالك ١٨٧١ امرأة بالغة تغتصب في أمريكا أي ما يعادل ٥٦٩١٦ امرأة شهرياً. راجع هذه الإحصائيات على الموقع التالي على شبكة الإنترنت:

<http://alfdhela.com/vb/showthread.php?t=23558>

بشروط أن يوجد إيلاج ولو بسيط^(١)؛ أو الاتصال بين الفم والعضو الجنسي الذكري، أو بين الفم والعضو الجنسي الأنثوي، أو بين الفم وفتحة الشرج؛ أو الإيلاج ولو بسيطاً في فتحة الشرج أو الفرج بواسطة يد أو أصبع أو شيء، بهدف الاستغلال، أو الإذلال، أو التحرش، أو الإهانة، أو الإثارة، أو إشباع رغبة جنسية لشخص. أو للاحتكاك المباشر؛ أي باستبعاد الاحتكاك على الرغم من وجود الملابس كحائل دون الاتصال المباشر، للأعضاء الجنسية لشخص أقل من ١٦ سنة، بهدف استغلال، أو إذلال، أو تحرش، أو إهانة، أو إثارة، أو إشباع رغبة جنسية لشخص^(٢). ويمكن استخلاص نمطين للاستغلال الجنسي من خلال هذه التعريفات، أحدهما بسيط والآخر مشدد، وعلى الرغم من قيامهما على أساس واحد، إلا أن العقوبات مختلفة فيما بينهما:

١ - الاستغلال الجنسي المشدد:

١٨٨ - يعتبر الاستغلال مشدداً إذا تم إكراه المجني عليه: - بواسطة القوة أو التهديد الموجه للضحية بالموت أو بالجروح الخطيرة أو بخطف شخص آخر. والأمر هنا يتعلق بتهديد غير مباشر كخطف شخص عزيز على المجني عليه أو الانتقام منه؛ أو بأية وسيلة أخرى، كما لو جعل الجاني المجني عليه فاقداً للوعي والشعور، بإعطائه مخدراً^(٣).

(١) - le contact entre le pénis et la vulve ou entre le pénis et l'anus, à condition qu'il y ait pénétration, même légère

(٢) ou le contact entre la bouche et le pénis, entre la bouche et la vulve ou entre la bouche et de l'anus;

"- ou la pénétration, même légère, dans l'orifice anal ou génital, d'une main, d'un doigt ou d'un objet, dans l'intention d'abuser, d'humilier, de harceler, de dégrader, d'exciter ou de satisfaire le désir sexuel d'une personne;

" - ou le toucher intentionnel direct, c'est-à-dire excluant le toucher au travers des vêtements, des organes génitaux d'une personne de moins de 16 ans, dans l'intention d'abuser, d'humilier, de harceler, de dégrader, d'exciter ou de satisfaire le désir sexuel d'une personne. "

(٣) وقد أثبتت الدراسات أن ٩٠٪ من كل حالات الاغتصاب يخطط لها سابقاً؛ ففي ٨٧٪ من حالات الاغتصاب إما أن يحمل المعتدي سلاحاً وإما أن يهدد الضحية بالموت إذا =

ويعتبر من قبيل الاستغلال الجنسي المشدد القيام بعمل جنسي مع حدث أقل من ١٢ سنة. ولا يشترط هنا بطبيعة الحال أي وجود للإكراه. ولا تلتزم الحكومة، في أثناء الإجراءات الاتهامية، بإثبات علم المتهم بسن المجني عليه. ومن ثم فإن ارتكاب فعل جنسي مع طفل أقل من ١٢ سنة يعتبر قرينة على قيام جريمة الاستغلال الجنسي للطفل في جميع الأحوال. ويعاقب على هذه الجريمة أو على الشروع فيها بالغرامة أو السجن مدى الحياة أو لعدة سنوات، أو العقوبتين معاً.

٢ - الاستغلال الجنسي البسيط:

١٨٩ - يعتبر الاستغلال الجنسي بسيطاً إذا كان الإكراه قد ارتكب بواسطة التهديد المباشر؛ أي دون اللجوء إلى احتمال الانتقام من شخص آخر غير المجني عليه، ودون اللجوء إلى القوة. ويمكن حدوث استغلال جنسي بسيط على أي شخص، وأياً كان عمره. ومن ثم يمكن وجود الحدث كمجني عليه في هذه الجريمة. وفضلاً عن ذلك، فإن مباشرة عمل جنسي مع شخص معوق جسدياً أو نفسياً يشكل جريمة استغلال جنسي بسيط^(١). ويعاقب على الاستغلال الجنسي البسيط أو الشروع فيه بالغرامة، أو بالسجن الذي لا يتجاوز عشرين عاماً، أو بالعقوبتين معاً^(٢).

= قاومته، ونتج عن الدراسة التي أجريت في إحدى الجامعات الأمريكية سنة ١٩٩٨م أن ٢٥٪ من الإناث اللاتي أجريت عليهن الدراسة إما أنهن تعرضن للاغتصاب وإما أنهن تعرضن إلى محاولة اغتصاب.

ومن ناحية أخرى تبين أن ٥٠٪ من رجال الجامعة اعترفوا بأنهم قد قاموا بإجبار النساء على ممارسة الجنس. راجع هذه الإحصائيات على الموقع التالي على شبكة الإنترنت:

<http://alfdhela.com/vb/showthread.php?t=23558>

(١) ومع ذلك توجد جريمة خاصة بمباشرة عمل جنسي مع حدث معوق جسدياً أو نفسياً، أي أن ما ذكر بالمتن يتعلق بالمجني عليه البالغ.

(٢) راجع في ذلك:

Les abus sexuels sur les mineurs(étude de législation comparée) étude préparée par le Sénat et se trouvant sur le site internet suivant:

http://www.senat.fr/1c/1c21/1c21_mono.html

ثانياً - الإجراءات الوقائية لمنع العود:

١٩٠ - يتضمن القانون الاتحادي وقوانين الولايات المختلفة بعض الإجراءات التي تهدف إلى الحيلولة دون عودة الجاني في الجرائم الجنسية إلى دائرة الإجرام مرة أخرى ليس لحفظه وإخراجه بعيداً عن المجال الإجرامي وإصلاحه فقط، وإنما أيضاً لوقاية المجتمع من شروره وأثامه^(١).

١ - مضاعفة العقوبة:

١٩١ - يتضمن القانون الاتحادي الأمريكي نصاً منذ سنة ١٩٩٤ يتعلق بالعائدين في مجال الجرائم الجنسية. ويقضي هذا التعديل بأن أي شخص سبق إدانته بواسطة محكمة اتحادية أو في إحدى الولايات ثم يرتكب جريمة جنسية أخرى أياً كانت طبيعتها يعاقب بالسجن لمدة تعادل ضعف المدة المقررة للجريمة نفسها.

٢ - إعلان أسماء المجرمين الجنسيين:

١٩٢ - لقد تبنت معظم الولايات قانوناً يطلق عليه "Meagan,s law"، وهو يحمل اسم طفلة لا تتجاوز ٧ سنوات تم اغتصابها وقتلها بواسطة مجرم

(١) وفي دراسة أخرى أفصح ٥١٪ ممن شملتهم أنهم سيقومون بالاغتصاب إذا ما تكبدوا أنهم سينجون من العقوبة، وأوضحت بعض الاستبانات الأخرى أن "٧٥٪ من الرجال و٥٥٪ من النساء كانوا يشربون الكحول أو يتعاطون المخدرات قبل حادثة الاغتصاب، وقد تبين أن نسبة التحرش الجنسي في الولايات المتحدة الأمريكية هي العليا بين الأمم المتقدمة صناعياً في العالم وفي عام ١٩٩٠م، تعدى عدد حالات الاغتصاب في الولايات المتحدة الأمريكية ١٠٠٠٠٠ حالة اغتصاب ولأول مرة في تاريخ أمريكا، وارتفعت نسبة الاغتصاب أربع مرات بالمقارنة مع نسبة الجرائم الأخرى في السنوات العشر الأخيرة، وأخيراً توصلت بعض الدراسات التي أجريت في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن عدد النساء اللواتي تبلغ أعمارهن ما بين ١٦ - ٢٤ عاماً هن أكثر عرضة للاغتصاب بثلاث مرات من النساء الأخريات" .. انظر هذه الإحصائيات على الموقع التالي على شبكة الإنترنت:

عائد، ويقطن في مواجهة سكن هذه الطفلة. ويهدف هذا القانون إلى أن يكون الجيران على علم بأن هناك مجرمًا جنسيًا قد أطلق سراحه. في سنة ١٩٩٦ تبني البرلمان قانوناً يوسع مجال تطبيق هذا الالتزام على المستوى الاتحادي. ثم تم الإعلان في شهر أغسطس من العام نفسه عن إنشاء ملف اتحادي بهدف متابعة تحركات مرتكبي الجرائم الجنسية على مستوى الولايات المتحدة.

٣ - العقم الكيميائي:

١٩٣ - تبنت ولاية كاليفورنيا أسلوب العقم الكيميائي كإجراء علاجي ووقائي أيضاً في مواجهة المجرمين الجنسيين. ثم خطت بعض الولايات الأخرى على الدرب نفسه أملاً في منع عودة المجرم الجنسي إلى دائرة الإجرام نفسها مرة أخرى.

المطلب الحادي عشر مواقعة الصغيرة في قانون الجزاء الكويتي

١٩٤ - تنص المادة ١٨٦ من قانون الجزاء الكويتي على أن "من واقع أنشئ بغير رضاها، سواء بالإكراه أو بالتهديد أو بالحيلة، يعاقب بالإعدام أو الحبس المؤبد". كما تنص المادة ١٨٧ من القانون نفسه على أن "من واقع أنشئ بغير إكراه أو تهديد أو حيلة، وهو يعلم أنها مجنونة أو معتوهة أو دون الخامسة عشرة أو معدومة الإرادة لأي سبب آخر أو أنها لا تعرف طبيعة الفعل الذي تتعرض له، أو أنها تعتقد شرعيته، يعاقب بالحبس المؤبد". ثم تنص المادة ١٨٨ جزاء كويتي على أن من واقع أنشئ بغير إكراه أو تهديد أو حيلة، وكانت تبلغ الخامسة عشرة ولا تبلغ الواحدة والعشرين من عمرها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس عشرة سنة.

إذا كان الجاني من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو رعايتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً عندها أو عند من تقدم ذكرهم، كانت العقوبة الحبس المؤبد.

١٩٥ - ومن استقراء هذه النصوص يتضح أن القانون الكويتي يتبنى مفهوماً ضيقاً للاغتصاب يكاد يتطابق مع نظيره المصري، سواء من حيث أطراف الواقعة أو نطاق فعل الواقعة ذاته. فالواقعة لا تحدث إلا من ذكر على أنثى؛ وعلى النحو الطبيعي فقط دون ما سوى ذلك من أعمال الفحش. ومع ذلك فلم يحل مفهوم الاغتصاب هنا دون تقديم حماية فعالة في حالة اغتصاب الأحداث، خاصة أن المشرع الكويتي جعل سن الحدث ركناً مكوناً للجريمة وليس ظرفاً مشدداً لها، وهو ما يظهر جلياً من خلال معالجته للفروض الثلاثة التالية:

١٩٦ - أولاً: نص المادة ١٨٦ جزاء الذي يتحدث عن جريمة واقعة أنثى بغير رضاها وينطبق أيضاً إذا كانت المجني عليها صغيرة السن ما دام الفعل ارتكب بواسطة الإكراه أو التهديد أو الحيلة؛ لأن النص لم يضع شروطاً أو ضوابط تتعلق بسن المرأة؛ ومن ثم يسري النص إذا توافرت شروطه بغض النظر عن سن المجني عليها وسواء كانت كبيرة أو صغيرة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى لا يوجد أي نص آخر يعالج هذه الحالة في قانون الجزاء على النحو نفسه الذي فعله المشرع مع الفرضين التاليين لنص المادة ١٨٦.

١٩٧ - ثانياً: واقعة معدومة الإرادة؛ فقد اعتبر نص المادة ١٨٧ جزاء كويتي أن الصغيرة التي لم تبلغ الخامسة عشرة من عمرها معدومة الإرادة، ومن ثم يسأل الجاني عن واقعة الطفلة التي لم تبلغ هذه السن وقت ارتكاب الجريمة. ويفهم من ذلك أن المشرع قد وضع قرينة قانونية على انعدام الإرادة لديها إذا لم تبلغ هذه السن. وهو ما يعني أن الطفلة لم تبلغ بعد "الأهلية الجنسية" التي تجعل القانون يعتد بتصرفها في حريتها الجنسية. وهذه القرينة قاطعة فلا يجوز إثبات عكسها، ومن ثم فلا يقبل من دفاع المتهم أن المجني عليها أكبر من سنّها جسدياً وعقلياً؛ أي أن لديها من النضج العقلي والجسماني؛ ما يتيح لها معرفة طبيعة الفعل الذي وافقت على ارتكابه؛ أو أن لديها خبرات جنسية مماثلة سابقة^(١).

(١) سمير الشناوي، شرح قانون الجزاء الكويتي، مطبوعات أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية، دولة الكويت، ٢٠١٠، ص ٣٢٥.

١٩٨ - الفرض الثالث: واقعة الصغيرة، وتتناول فيها الفقرة الأولى من المادة ١٨٨ جزاء حالة واقعة الأنثى بغير إكراه أو تهديد أو حيلة، وكانت تبلغ الخامسة عشرة ولا تبلغ الواحدة والعشرين من عمرها. يتناول هذا النص أفعال الواقعة نفسها (أي الإيلاج الجنسي من ذكر على أنثى) على النحو نفسه الذي تتحدث عنه المادة ١٨٦ جزاء، ولكن بإضافة شرطين مهمين يميزان هذه الجريمة، وهما: عدم وجود إكراه أو تهديد أو حيلة، وأن تكون المجني عليها صغيرة السن؛ أي أتمت الخامسة عشرة ودون أن تبلغ الواحدة والعشرين من عمرها؛ أي أنه على الرغم من بلوغ الفتاة هذه السن إلا أن المشرع لا يعتد حتى برضاؤها بفعل الواقعة ولو دون إكراه أو تهديد أو حيلة معتبراً أن هذه السن في ظروف المجتمع وثقافته وأخلاقه، لا تتيح لها اكتساب الخبرات والمعارف الكافية بشأن طبيعة الفعل بما يؤهلها للتصرف في حريتها الجنسية دون مسؤولية قانونية لشريكها في الفعل. ويعتبر سن المجني عليها هنا ركنًا مكوناً للجريمة وليس مجرد ظرف مشدد لها^(١). ويفترض علم الجاني بالسن الحقيقية للمجني عليها ولا يقبل منه الاعتذار بعدم علمه بها ما لم توجد ظروف

(١) وقد أكدت محكمة التمييز الكويتية اعتبار سن المجني عليها هنا ركنًا مكوناً للجريمة في أحد أحكامها، حينما قضت بأنه: "لما كان ذلك، وكان تحديد سن المجني عليها ركنًا هاماً في هذه الجريمة لما يترتب عليه من أثر في توقيع العقوبة، والأصل في إثبات السن ألا يعتد فيه إلا بشهادة الميلاد الرسمية أو يقدر بواسطة الجهة الطبية حسبما يبين من نص المادة ٢ من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ في شأن الأحداث، وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يكشف في مدوناته عن سنده في تقدير سن المجني عليها وأطلق القول بأنها كانت تبلغ الخامسة عشرة ولا تبلغ الواحدة والعشرين من عمرها دون أن يعنى باستظهار سنها وقت وقوع الجريمة من واقع شهادة ميلادها الرسمية أو الاستعانة في ذلك بالجهة الطبية مع أنه ركن جوهري في الجريمة التي دان الطاعن بها، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بالقصور في التسبيب ومن ثم يتعين تمييزه بغير حاجة لبحث باقي أوجه الطعن": محكمة التمييز الكويتية ٢٠٠٦، حكم رقم ٣٢١/٢٠٠٤ ومنشور في الموقع التالي على شبكة الإنترنت:

<http://www.gcc-legal.org/mojportalpublic/displayVerdict.aspx?VRD=1-607>

قهرية تبرر ادعاءه^(١). ونظراً لأن سن ٢١ سنة يعتبر مرتفعاً إلى حد ما، وهو ما قد يعتبره البعض مبالغاً من المشرع في حماية الفتاة جنسياً حتى هذه السن، إلا أنه إذا زوجت الفتاة نفسها عقب بلوغها السن القانونية فلا يسأل من واقعها في هذه الحالة؛ لأن فعله قد اكتسب مشروعية من عقد الزواج وهو ما يزيل عن الفعل صفة التجريم؛ لأنه يشترط لحدوث الواقعة أن يكون الوطاء غير مشروع. وبطبيعة الحال إذا بلغت المرأة الحادية والعشرين من عمرها فإنها تتمتع "بأهليتها الجنسية" الكاملة وتكتسب حرية التصرف فيها، ومن ثم فلا تعد الواقعة برضاها جريمة إذا لم تشكل جريمة أخرى كالزنا إذا كانت متزوجة (أو حتى شريكة في هذه الجريمة إذا كان من واقعها هو المتزوج)، أو الفعل الفاضح العلني أو غير ذلك من النصوص الجزائية الأخرى التي تحمي مصالح أخرى غير الحرية الجنسية للمرأة.

(١) وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه "من المقرر أن القصد الجنائي المتطلب في جريمة واقعة أنثى بغير قوة أو تهديد أو حيلة يتحقق بانصراف علم الجاني واتجاه إرادته إلى ارتكاب الفعل الذي تقوم عليه الجريمة وهو الصلة الجنسية وأن السن الحقيقية للمجني عليها في جريمة الواقعة - موضوع الدعوى - هي التي يعول عليها في هذه الجريمة، ولو كانت مخالفة لما قرره الجاني، والقانون يفترض في الجاني أنه وقت مقارفته للجريمة - على من هي دون السن المحددة في القانون - يعلم سنّها الحقيقية ما لم يكن هناك ظروف استثنائية وأسباب قهرية ينتفي معها هذا الافتراض؛ ذلك لأنه يجب على كل من يقدم على مقارفة مثل تلك الجريمة أن يتحرى بكل الوسائل الممكنة حقيقة جميع الظروف المحيطة قبل أن يُقدم على فعلته، فإذا هو أخطأ التقدير حق عليه العقاب عن الجريمة التي تتكون منها ما لم يُقّم الدليل على أنه لم يكن في مقدوره بحال أن يقف على الحقيقة. لما كان ذلك، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه في بيان الواقعة من أن الطاعن اصطحب المجني عليها في سيارته وواقعها فيها لإرغام أهلها على قبول تزويجها له ينبئ بذاته عن توافر القصد الجنائي لديه": محكمة التمييز الكويتية، مجلة القضاء والقانون، السنة ٣٠، العدد ٢، سنة ٢٠٠٥، رقم ٢٥، ص ٦٥٦.

المطلب الثاني عشر

تباين أوجه الحماية ضد الاغتصاب

١٩٩ - من خلال ما سبق استعراضه من دراسة مفهوم الاغتصاب بصفة عامة والأحداث بصفة خاصة، يتضح لنا أن تناول التشريعات محل المقارنة تختلف فيما بينها، بدرجات متفاوتة، ليس فيما يتعلق بمفهوم الاغتصاب، وتأثير السن الصغير للضحية على الجريمة، والعقوبات المقررة فقط، وإنما أيضاً فيما يتعلق بتقادم الدعوى الجنائية عن جريمة الاغتصاب.

أولاً - تباين مفهوم الاغتصاب من دولة إلى أخرى:

لا تخرج التشريعات محل الدراسة عن تبني مفهوم متسع أو ضيق للاغتصاب.

١ - المفهوم المتسع للاغتصاب:

٢٠٠ - يمكن تصنيف النمسا وإسبانيا وإيطاليا وبلجيكا والولايات المتحدة الأمريكية في إطار الدول التي تتبنى مفهوماً واسعاً للاغتصاب. فحتى وإن اختلفت التعريفات المعطاة بكل قانون على حدة، فإنه يمكن القول إن جميعها يعتبر أن الاغتصاب هو كل فعل إيلاج جنسي مرتكب على شخص دون رضاه. فقد رأينا - على سبيل المثال - أن القانون النمساوي يتحدث بصدد تناوله للاغتصاب عن فعل جنسي أو فعل مماثل له "l'act sexuel ou un act analogue". في حين أن القانون الإيطالي يجرم جميع أعمال العنف الجنسي "violenze sexuelle" دون التمييز بين الاعتداءات المختلفة. وأخيراً، فقد رأينا أن القانون الاتحادي الأمريكي يتناول الاغتصاب في إطار المفهوم الأكثر عمومية للاستغلال الجنسي "abus sexuel" الذي عرّفه بأنه إكراه شخص على ارتكاب فعل جنسي "act sexuel" أيّاً كانت طبيعته. ومن الطبيعي أنه في هذه الدول التي تتبنى مفهوماً متسعاً للاغتصاب فإن مفهوم الجريمة يغطي أيضاً حالة الاغتصاب المرتكبة ضد الأطفال، ومع ذلك فإن هذا لا يمنع من معاقبة اغتصاب الأطفال استناداً إلى نصوص خاصة بالأحداث تجرم أي علاقة جنسية بين البالغين والأطفال.

٢ - المفهوم الضيق للاغتصاب:

٢٠١ - فالدول الأخرى التي سبق دراسة معالجتها للاغتصاب تتبنى مفهوماً أكثر ضيقاً لهذه الجريمة، ولكنها تجرّم أي فعل إيلاج مرتكب ضد طفل. فعلى سبيل المثال وجدنا القانون الدانمركي لا يعتبر من قبيل الاغتصاب أي فعل إيلاج، ولكنه يعاقب بالطريقة نفسها جميع الجرائم الجنسية أيّاً كانت طبيعتها. ونجد أيضاً أن ألمانيا وسويسرا تعتبران أن الاغتصاب لا يمكن مباشرته إلا على امرأة. ومع ذلك فإن القانون الألماني يدين جميع الأعمال الجنسية المرتكبة ضد الأطفال معتبرها كعمل خطير جداً إقامة علاقة جنسية مع طفل أقل من ١٤ سنة. أما القانون العقابي السويسري فإنه يجرم أي فعل ذي طبيعة جنسية مرتكب ضد حدث أقل من ١٦ سنة. وأخيراً، نجد أن القانونين العقابيين في إنجلترا وويلز يقتربان من نظيريهما في ألمانيا وسويسرا من حيث إن الاغتصاب لا يمكن مباشرته إلا بواسطة رجل. ومع ذلك فإن الاعتداءات الجنسية الأخرى يمكن ارتكابها بواسطة رجل أو امرأة.

ثانياً - دور صغر السن في تجريم الاغتصاب:

٢٠٢ - لا يخرج صغر سن المجني عليه عن أن يكون: إما ركناً مكوناً لجريمة الاغتصاب، أو ظرفاً مشدداً لعقوبة الجريمة.

١ - صغر السن كركن مكوّن للجريمة:

٢٠٣ - يعتبر صغر السن ركناً مكوناً للجريمة في جميع الحالات التي تم دراستها عدا الوضع في إيطاليا وفرنسا. فلقد رأينا أن قوانين دول النمسا وبلجيكا وألمانيا وإنجلترا وويلز والدانمرك وإسبانيا وسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية تعتبر أن أي فعل إيلاج مرتكب ضد حدث تعتبر بمثابة جريمة إذا لم يبلغ الحدث سنّاً معيناً، وتوجد قرينة فيما دون هذا السن على غياب الرضاء؛ أي أن الجريمة تقوم في هذه الحالة حتى ولو كان الحدث راضياً. ونجد أن هذه السن محددة باثني عشر عاماً في إسبانيا والولايات المتحدة، وبأربعة عشر

عاماً في ألمانيا والنمسا وبلجيكا، وبخمس عشرة عاماً في الدانمرك، وستة عشر عاماً في إنجلترا وويلز وسويسرا.

٢ - صغر السن كظرف مشدد فقط للعقوبة:

٢٠٤ - نجد هذا الوضع في القانون الإيطالي؛ حيث تشدد العقوبة عندما يكون المجني عليه أقل من ١٤ سنة، ويكون أكثر شدة إذا لم يبلغ المجني عليه عشر سنوات. وفي فرنسا تشدد العقوبة أيضاً لتصل إلى الحبس المشدد لمدة عشرين سنة بدلاً من خمس عشرة سنة إذا كان المجني عليه حدثاً لم يتجاوز الخامسة عشرة من عمره.

ثالثاً - تفاوت مستوى العقاب:

٢٠٥ - لم يقف التفاوت بين القوانين عند مفهوم الاغتصاب فقط، وإنما يمتد ليشمل أيضاً مستوى العقاب المقرر لهذا النوع من الجرائم وفقاً للفلسفة التجريبية لكل مشرع ورؤيته الخاصة بحماية الحرية الجنسية. باستثناء الولايات المتحدة الأمريكية التي يملك القاضي فيها ألا يحكم على الجاني إلا بعقوبة الغرامة، في حين تعاقب معظم القوانين الأخرى مرتكب جريمة الاغتصاب بعقوبة السجن وإن اختلفت فيما بينها في مدة هذه العقوبة. فأقل هذه الدول معاقبة لهذه الجريمة هي ألمانيا التي تراوح فيها عقوبة الاغتصاب بين عام وعشرة أعوام. وعلى العكس من ذلك نجد أن بلجيكا تفرض عقوبة شديدة تصل إلى السجن المؤبد عندما تكون الضحية أقل من عشر سنوات. وفي العديد من الدول الأخرى تتفاوت مدة عقوبة الحبس بحسب عمر الضحية، فالقانون الدانمركي - على سبيل المثال - يحدد مدة الحبس بصفة عامة بست سنوات عندما يكون سن الضحية بين ١٢ و ١٥ سنة، وعشر سنوات حبس عندما يكون سن المجني عليه أقل من ١٢.

رابعاً - تقادم الدعوى الجنائية:

٢٠٦ - الاغتصاب جنائية، ومن ثم تخضع الجريمة لما تخضع له الجنايات من قواعد إجرائية متعلقة بتقادم الدعوى الجنائية عنها؛ سواء من حيث المدة

(عشر سنوات) أو بداية سريان هذه المدة (تاريخ ارتكاب الجريمة). ومع ذلك فإن قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي قد استحدث استثناءين فيما يتعلق بالتقادم عندما تكون الضحية حدثاً أقل من ١٥ سنة. الاستثناء الأول، وهو مهم للغاية لأنه يتعلق بإرجاء بدء تاريخ سريان التقادم إلى اليوم الذي يصبح فيه المجني عليه بالغاً، ليتمكن فيه من تحديد مصيره واتخاذ قراره بعد كسر حاجز الخوف والرهبة لديه^(١). أما عن الاستثناء الثاني، فيتعلق بمضاعفة مدة تقادم الدعوى الجنائية لتصبح ٢٠ عاماً^(٢). ولم يتوقف الأمر عند هذه الاستثناءات لأن البعض مازال يطالب بإطالة مدة التقادم لتصل إلى ٣٠ سنة في اغتصاب الأحداث؛ بل جعل هذه الجريمة من الجرائم التي لا تخضع للتقادم^(٣).

٢٠٧ - وبالنظر إلى التشريعات المقارنة فيما يتعلق بتقادم الدعوى الجنائية في جريمة الاغتصاب، نجد أن الأمر يختلف من دولة لأخرى بحسب ما إذا كان المجني عليه بالغاً أم حدثاً. فبالنسبة لاغتصاب الكبار، فإن معظم الدول تتبنى ميعاداً أطول للتقادم من القانونين المصري والفرنسي. في حين ينعكس الأمر بالنسبة للقانون الأخير في حالة اغتصاب الصغار.

أولاً: بالنسبة للتقادم في حالة اغتصاب الكبار. يتم تحديد مدة التقادم في غالبية الدول وفقاً للقواعد العامة في هذا الشأن؛ أي أنها تحدد إما وفقاً لطبيعة الجريمة، وإما العقوبة المطبقة. فالمدة واحدة في مصر وإيطاليا وبلجيكا وفرنسا وهي عشر سنوات. في حين أن المدة أكثر من ذلك في الدول الأخرى التي تم

(١) تعديل مدرج بواسطة القانون رقم ٨٩-٤٨٧ والصادر في سنة ١٩٨٩ والمتعلق بمنع المعاملات السيئة ضد الأحداث وحماية الطفولة.

(٢) تعديل بواسطة القانون رقم ٢٠٠٤-٢٠٤، الصادر في ٩ مارس سنة ٢٠٠٤ والمتعلق بتوفيق العدالة مع تطورات الإجرام.

(٣) Etude de législation comparée n° 178 - octobre 2007 - La prescription de l'action publique en matière de viol, étude se trouvant sur le site internet suivant: <http://senat.fr/1c/1c178/1c178.html>

الرجوع إلى قوانينها، مثل الدانمرك وإسبانيا وبولندا وسويسرا التي تحدد مدة التقادم بخمس عشرة سنة؛ وألمانيا وهولندا تحددان المدة بعشرين سنة. أما في إنجلترا وويلز، فإن الجرائم الأكثر خطورة لا تتقادم، ما لم يوجد نص قانوني خاص يحدده بغير ذلك. ولكن هذا التشدد في مدة التقادم يقابله بعض الصعوبات الإثباتية، ومن ثم نجد أن قدم الجريمة يكون سبباً لترك الملاحظات الجنائية^(١).

ثانياً: التقادم في حالة اغتصاب الصغار. تبدو قواعد القانون الفرنسي المتعلقة باغتصاب الأحداث أكثر حماية من غيرها من القوانين الأخرى، سواء تعلق الأمر بمدة التقادم، أو بتاريخ بداية هذه المدة. ١- تعتبر مدة التقادم أكثر طولاً في فرنسا منها في الدول الأخرى؛ حيث تعتبر فرنسا وإيطاليا الدولتين الوحيدتين اللتين ترتئيان ميعاداً للتقادم يختلف بحسب ما إذا كانت ضحية الاغتصاب قد بلغت سن الرشد الجنسي أم لا^(٢). ففي إيطاليا تتحدد مدة التقادم للدعوى الجنائية باثني عشر أو أربعة عشر عاماً وفقاً لعمر الضحية إذا ما كان عشر سنوات على الأقل، أو كان عمره أقل من عشر سنوات. وتحدد مدة تقادم الدعوى الجنائية في الدول الأخرى بصفة مستقلة عن سن الضحية. ٢- عدم تبني معظم الدول لمبدأ إرجاء بداية ميعاد التقادم لسن الرشد الجنسي. وكقاعدة

(١) Etude de législation comparée n° 178 - octobre 2007 - La prescription de l'action publique en matière de viol, étude se trouvant sur le site internet suivant:

<http://www.senat.fr/1c/1c178/1c178.html>

(٢) وقد سبق أن أوضحنا أن سن الرشد الجنسي "l'âge de la majorité sexuelle" يختلف عن سن الرشد المدني، وعن الأهلية الجنائية أيضاً؛ حيث يقصد به السن الذي رأى المشرع أنه يسمح للشخص فيه بالتصرف في غريزته الجنسية بإقامة علاقة جنسية مع شخص آخر (بالرضاء بطبيعة الحال) دون أن يخضع هذا الأخير للمسؤولية الجنائية. وهذا السن يختلف من دولة إلى أخرى بحسب رؤيتها لمدى تطور المجتمع ثقافياً واجتماعياً وانعكاس ذلك على وعي وإدراك الحدث بالأمور الجنسية من ناحية؛ ومدى تشجيعها للتطور الجنسي الطبيعي للأحداث من ناحية أخرى.

عامّة يحدد ميعاد تقادم الدعوى الجنائية في فرنسا بتاريخ عيد الميلاد الثامن عشر للضحية. وبداية من منتصف التسعينيات من القرن الماضي تبنت خمس دول أوروبية أخرى المبدأ نفسه وهي ألمانيا، وبلجيكا، والدانمرك، وإسبانيا، وهولندا. وعلى العكس من ذلك، نجد دولاً مثل إيطاليا وبولندا تطبق القاعدة نفسها المطبقة على تقادم اغتصاب الكبار؛ بمعنى أن ميعاد التقادم يبدأ في السريان من تاريخ توقف الجريمة. وتطبق سويسرا هذه القاعدة أيضاً على الرغم من إدخال المشرع لتعديل في سنة ٢٠٠٢ يقضي بعدم إمكانية انتهاء ميعاد التقادم قبل عيد الميلاد الخامس والعشرين للضحية^(١).

٢٠٨ - عموماً، وباستثناء حالة إنجلترا وويلز اللتين لا تتقادم لديهما الجرائم الخطيرة، فلا توجد أية دولة تبنت ميعاداً للتقادم أكثر من عشرين سنة لجريمة الاغتصاب، أياً كان سن المجني عليه. ونعتقد أن المشرع المصري ليس مطالباً في هذا الشأن بإطالة مدة تقادم الدعوى الجنائية لاغتصاب الأحداث فقط، وإنما أيضاً بتأخير بداية سريان تاريخ هذه المدة لحين وصول الحدث إلى السن التي يستطيع فيها اتخاذ القرار، أو التخلص من سلطة الجاني وسطوته عليه، أو استجماع قواه، واستلهم شجاعته لمواجهة "المعركة" القضائية التي وإن عظمت في عينيه، فإنها "للأسف" أقل شراسة وأخف حدة من المعركة الاجتماعية.

٢٠٩ - وبغض النظر عن تدخل المشرع العقابي لوضع معالجة قانونية خاصة لحماية الأحداث من الاغتصاب، أم تركه الأمر للتجريم التقليدي الخاص بالكبار، فإنه يبقى على عاتق الفقه والقضاء الجنائيين مهمة شاقة تتعلق بتحديد مدى تأثير صغر السن على رضاء الحدث بالفعل الجنسي الذي ارتكب ضده (أو معه).

(١) Etude de législation comparée n° 178 - octobre 2007 - La prescription de l'action publique en matière de viol, étude se trouvant sur le site internet suivant:

<http://www.senat.fr/1c/1c178/1c178.html>

المبحث الثاني

التطور القضائي لتأثير صغر السن على الرضاء

تمهيد - الصعوبات المتعلقة بسن المجني عليه:

٢١٠ - الأصل أنه لا توجد أهمية لسن المجني عليها في جريمة الاغتصاب، وسواء كانت صغيرة في السن أم كبيرة، وبشرط ألا يكون صغر السن سبباً في استحالة الجريمة وهو ما لا يحول دون الشروع في ارتكاب الجريمة في هذه الحالة^(١). ومع ذلك يعتبر التساؤل عن تأثير أو عدم تأثير سن المجني عليه على رضائه بطريقة مستقلة عن الظروف الأخرى المحيطة بالواقعة من أهم الأمور المثيرة للجدل بصدد عدم رضاء الضحية. وفي عبارة أخرى، ما الموقف القانوني في حالة رضاء الحدث بالعمل الجنسي؟ هل يعتبر صغر سنه قرينة على عدم الاعتداد بالرضاء؟ وإذا كان الأمر كذلك فأى نوع من القرائن؟ بسيطة أو قاطعة؟ لم يحدد المشرع سناً معينة، ولذلك فإن الاجتهادات الفقهية الأكثر قرباً من المنطق القانوني تميز بين فرضين: الأول، إذا كان الطفل لا يفهم طبيعة العمل الذي يمارسه الجاني ضده، ومن ثم فلا اعتبار لرضائه إن وجد^(٢). ولا يعتمد هذا الأمر على سن محددة مسبقاً، وإنما يقوم على تقييم كل واقعة على حدة فيما يتعلق بتمييز الطفل، الذي يتأثر أكثر ويصاب بالخلل إذا كان الجاني يمارس سلطة عليه. الفرض الثاني، أن يكون بوسع الطفل أن يفهم ما يفعله، وفي هذه الحالة لا يعتبر سنه في حد ذاته دليلاً على انعدام الرضاء الذي يجب إثباته بواسطة قرائن وأدلة من الطبيعة نفسها كما لو كان المجني عليه بالغاً^(٣).

(١) A. PROTHAIS, Tentative et attentat, LGDJ, Paris, 1985, p. 181.

(٢) M.-L. RASSAT, Droit pénal spécial, op. cit., p 558, no 511.

(٣) M.-L. RASSAT, Droit pénal spécial, op. cit., p 558, no 511.

ويمكن تصنيف تفسيرات القضاء الفرنسي في هذا الصدد إلى محورين ثم نتبع ذلك بتدخل القانون بنص صريح في المسألة.

المطلب الأول

نفي أثر السن (المحور الإيجابي)

٢١١ - وفيما يتعلق بالتطبيقات القضائية لتأثير سن المجني عليها على وجود الرضاء من عدمه، نجد أنه حتى وقت قريب كان القضاء الجنائي الفرنسي يعترف دون تردد أو شك أن انعدام الرضاء ينتج بقوة القانون عن سن الحدث المجني عليه عندما يفتقد الثقافة الجنسية في تربيته لدرجة أنه لا يسعه فهم أي شيء عن الأمور الجنسية، ومن ثم يعتبر عاجزاً عن إدراك طبيعة وخطورة الأفعال المفروضة عليه، ولا يمكن الاعتداد بما قد يعبر عنه من رضاء^(١). ثم أصدرت محكمة النقض الفرنسية حديثاً بعض الأحكام التي اعتبرت بمثابة أحكام - مبادئ وذهبت عكس الاتجاه السابق بتأكيد أنها لا يمكن استنتاج المفاجأة من سن المجني عليهم^(٢)؛ أي أن صغر السن، وفقاً لهذا القضاء، وإن اعتبر بمثابة قرينة على عدم الاعتداد بالرضاء، فإنها قرينة بسيطة فقط يجب أن تعضد بقرائن وأدلة أخرى حتى يمكن الاستناد إليها، كما يجوز أيضاً إثبات عكسها من قبل الدفاع. وفي الحقيقة إن عدم تحديد سن معينة للحدث كقرينة على عدم الاعتداد بالرضاء قبل بلوغه لهو أمر يخالف طبيعة تطور الإنسان الذي يكون في بداية الحياة وحتى سن معينة، يختلف تحديدها (قليلاً) من دولة إلى أخرى، غير قادر على التمييز ولا يفهم الأمور على حقيقتها وخاصة الأمور الجنسية التي قد يتأخر تثقيف الطفل بها إلى سن متأخرة بحسب ثقافة وعادات وتقاليد كل مجتمع على حدة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن عدم تدخل

Crim. 11 juin 1992, Bull. No 228.

(١)

Crim. 21 oct. 1998, JCP G, II, 0215, note D. MAYER; Dr. pén. 1999, no 5;

(٢)

Crim. 10 mai 2001, Bull. No 116.

المشرع بتحديد سن معينة، وترك الأمور لظروف كل حالة على حدة، وقدرة الاتهام على إقامة البينة وتقديم الأدلة المطلوبة وإمكانية الدفاع في تنفيذها والرد عليها، يعتبر بمثابة تراجع عن تقديم الحماية الواجبة للحدث في هذه السن الصغيرة. ولذلك نجد بعض محاكم الاستئناف الفرنسية مازالت مستمرة في عدم الاعتداد برضاء المجني عليه الصغير الذي لم يبلغ سن السادسة من عمره^(١). في حين أن البعض الآخر من محاكم الاستئناف قد أجاز الرضاء قانوناً في سن ١٣ سنة^(٢). بل يعتد أحياناً برضاء من أتم السادسة من عمره بحجة أن المجني عليه في هذه السن قد استجاب لشروع الجاني في التحرش به جنسياً^(٣).

٢١٢ - وفي هذا يختلف القانون الفرنسي عن بعض القوانين العقابية الأخرى التي تقدم حماية أكثر فعالية في هذه الحالة، كالقانون الدانمركي الذي يجرم أية علاقة جنسية لشخص بالغ مع حدث أقل من ١٥ سنة حتى ولو تمت بالرضاء، بل حتى ولو كان الحدث هو الذي قد أخذ مبادرة الفعل. أي أن هناك قرينة قانونية قاطعة على عدم الاعتداد بالرضاء، ومن ثم قيام جريمة الاغتصاب. والشيء نفسه في القانون الإسباني الذي يحدد هذه السن عند ١٢ سنة لا يجوز الاعتداد برضاء الطفل دونها.

٢١٣ - وفي إحدى الوقائع التي تدلل على هذا النهج ومفادها أنه بعد لقاء "غير ملائم" دعا الجاني الحدث الذي يبلغ من العمر ١٥ سنة وشهرين لزيارته في منزله. ولكن سرعان ما حوّل موضوع المحادثة بينهما إلى الجنس، ثم دعاه لمشاهدة شريط مسجل لفيلم إباحي لينتهي بارتكاب بعض أفعال التحسس على ضيفه "des attouchements" والمكونة لاعتداء جنسي تمت ملاحقته وإدانته

(١) C.A Agen 24 avr. 1997, Juris-Data no 044810; C.A. Paris 14 nov. 2000, Juris-Data no 134658.

(٢) C.A. Bourges 18 juin 1988, Juris-Data, no 043545.

(٣) C.A. Douai 11 mars 2004, JCP G 2004, II, 10070, note MARECHAL.

عليها. طعن المحكوم عليه في الحكم بداعي أنه لم يستخدم عنفاً ولا تهديداً، ولا يعقل أن يكون المجني عليه قد فوجئ أو أكره بأي طريقة كانت. وقد أخذ الدفاع أيضاً على تسبيب الحكم المطعون فيه قوله إن الجاني قد وضع "سيناريو إغراء scénario de seduction" ونظم عملية إخراج فني لهذا السيناريو بما يتيح له تحقيق أهدافه، وهو ما أدى إلى التأثير على الحدث للدرجة التي جعلته يفاجأ بما قام به الجاني ولا يستطيع الإفلات من انقضاضه عليه. فرد الدفاع على ذلك في طعنه أن المفاجأة المكونة للاعتداء الجنسي ينصرف مفهومها إلى تبني استراتيجية من شأنها حرمان المجني عليه من أي رضا، في حين أن المتهم لم يفعل سوى إغرائه دون أدنى تصنع، ومن ثم فإن محكمة الاستئناف لم تحدد - من وجهة نظر الدفاع - أثر المفاجأة على الجريمة محل الملاحقة. ولذلك فقد كان على محكمة النقض الفرنسية أن تحسم الجدل حول معرفة مدى تأثير ما قام به الجاني نحو المجني عليه من خطوات سابقة على الاعتداء الجنسي، ومن ثم أيعتبر ذلك مجرد إغراء انفعلي به المجني عليه وتأثر به، أم أنه تجاوز ذلك ليكون خطة شاملة موجّهة للتأثير على المجني عليه واختلاس رضائه عن طريق المفاجأة؟ رفضت محكمة النقض الطعن معتبرة أن وجود استراتيجية من شأنها مفاجأة حدث في عمر المجني عليه يشكل المفاجأة أو الإكراه المنصوص عليهما قانوناً. ومن الواضح أن المحكمة قد استندت هنا في رفض الطعن إلى معيارين لحسم الأمور: الأول يتعلق بالاستراتيجية التي تبناها المتهم، والثاني خاص بسن المجني عليه الصغير. وبالنسبة إلى الأولى، من الواضح أن المحكمة اعتبرت أن فعل الإغراء يخرج عن طبيعته المشروعة المرتبطة بعفويته بمجرد أن يتضمن خطة محكمة بسيناريو دقيق للوصول إلى انخراط المجني عليه في الفعل الجنسي^(١). ومع ذلك فإن هذا المعيار الأول لا يكفي وحده لتكوين عنصر المفاجأة، وإنما يجب أن يصحبه المعيار الثاني الخاص بسن المجني عليه

(١) Y. MAYAUD, Jeux de seduction, ou des frontières de l'agression en matière sexuelle, obs. sous Crim. 22 janv. 1997. R.S.C. 1998, p. 325.

الصغير؛ بمعنى أن خطة الجاني المحكمة والسيناريو الذي رسمه لا يؤثران في إرادة المجني عليه إلا إذا كان حدثاً. وهذه النتيجة مهمة للغاية، وتدعو إلى مقارنتها بما سبق وإن أيدتها محكمة النقض في المسألة نفسها في حكم سابق لها^(١). حيث نقضت حكماً لغرفة الاتهام بالإحالة إلى محكمة الجنايات بتهمة اغتصاب أحداث في عمر الخامسة عشرة من عمرهم، وبعد أن أظهرت التحقيقات عدم وجود أي عنصر عنف أو إكراه، أكدت أنه بسبب سن الأحداث الصغير فإنه لا يمكنهم تقدير ما يطلبه الشخص البالغ من حيث إنه غير طبيعى، ومن ثم فإنهم قد خضعوا لتأثير المفاجأة ورضائهم غير صحيح قانوناً. ومعنى ذلك أن غرفة الاتهام قد استنتجت - في أسبابها - وجود عنصر المفاجأة على الرغم من تكرار الأفعال المرتكبة من مجرد سن الأحداث المجني عليهم، وهو ما رفضته محكمة النقض باعتبار أنه استخلاص يفتقر إلى الأساس القانوني. ومن ثم فإن المحكمة العليا الفرنسية لم تخرج عن نهجها في حكمها الصادر في ٢٢ يناير سنة ١٩٩٧ والسابق بيانه؛ بل هو تأكيد لهذه الفلسفة في عدم استنتاج المفاجأة من مجرد صغر السن، وغاية ما هنالك أنه إذا أضيف لهذه السن عنصر آخر يتمثل في استراتيجية محكمة وسيناريو دقيق من الجاني فإن ذلك يمثل عنصر المفاجأة ويؤثر في الإرادة^(٢).

٢١٤ - وقد جاء حكم مهم للغاية لمحكمة النقض الفرنسية موضحاً بدقة أوجه الاختلاف فيما بين الاغتصاب وهتك العرض من ناحية والاعتداء الجنسي المكون لتعريض الحدث للخطر من ناحية أخرى. تشير وقائع هذه القضية إلى ترك أسرة فرنسية لابنتهم ذات الثلاثة عشر عاماً للسفر إلى إسبانيا لقضاء إجازة في صحبة زوجين آخرين لا يشير الحكم في حيثياته إلى صلتهاما بالفتاة أو أسرتهما. وفي ظروف غير مناسبة تماماً أقام الزوجان علاقة جنسية مع هذه

(١) Crim. 1er mars 1995, Bull. No 92; Dr. pén. 1995, comm.. no 171, 1er arrêt, note M. VERON; D. 1996, somm. 241, obs. MALBRANCQ-DECOURCELLE.

(٢) Y. MAYAUD, obs. précitées, p. 327.

الفتاة. تمت ملاحقة الزوجين عن جريمة اغتصاب مشددة، ولكن محكمة الاستئناف أعادت تكييف الوقائع إلى جريمة اعتداء جنسي مشدد أيضاً، وهو ما أكدت محكمة النقض بدورها عندما عرض عليها الأمر. ولم يكن هذا التغيير في الوصف القانوني إلا نتيجة اختلاف وجهات النظر بين قضاة الموضوع، وكانت نقطة الخلاف الأساسية تتبلور حول ما إذا كانت العلاقة الجنسية مع الطفلة قد تمت برضاها أم لا.

٢١٥ - وفي الحقيقة إن الإجابة عن هذا التساؤل كانت صعبة إلى حد ما وليس فقط بسبب صغر سن الفتاة، وإنما أيضاً؛ لأن الظروف التي تمت فيها العلاقة الجنسية لم تكن بالوضوح الكافي لحسم هذا الأمر. فعندما سئلت الفتاة عما إذا كانت تعتقد أنها أكرهت واغتصبت، أعطت إجابة تحتمل التأويلات، عندما ذكرت: "اغتصبت بمعنى أن الفعل كان عنيفاً فأقول لا؛ ولكن على العكس أحسست أنني مجبرة..." "ففمي قال نعم ولكن جسدي كان يقول لي لا". من خلال هذه الإجابات تؤكد الفتاة عدم وجود عنف، وأنها رضيت بالفعل دون أن يكون جسدها متقبلاً لهذا الرضا. ومن ثم فقد أسست محكمتا الاستئناف والنقض قضاءهما بتعديل الوصف القانوني وفقاً لظروف الواقعة التي لم تتوافر فيها عناصر جريمة الاغتصاب وخاصة غياب الرضا، وتبني وصف الاعتداءات الجنسية. وفقاً لنص المادة ٢٢٧-٢٥ ع. ف تقوم هذه الجريمة إذا تمت العلاقات الجنسية دون عنف أو إكراه أو تهديد أو مفاجأة، وهو ما يميزها عن جريمتي الاغتصاب وهتك العرض اللائئ يرتكبن في غياب رضا المجني عليه. وبتبني وصف الاعتداء الجنسي يؤكد القضاء - إذن - أن المعاشرة الجنسية قد تمت بموافقة الطفلة. قد يستغرب البعض من كيفية إهمال عنصر عدم بلوغ الفتاة الذي كان تأثيره واضحاً في الواقعة من خلال عدم تمكن الفتاة من إعطاء إجابة تتوافق مع مشاعرها الحقيقية، خاصة أن الإكراه المكون للاغتصاب وهتك العرض لا يخرج عن استغلال هذا الضعف لدى الفتاة^(١).

Y. MAYAUD, obs. sous Crim. 29 mars 2996, Bull. No 96; R.S.C. 2006,

(١)

٢١٦ - ومن هنا تأتي أهمية حكم النقض الفرنسي الذي يؤكد أن غياب الإكراه في مواجهة الطفلة لا يبرر الاعتداءات الجنسية المرتكبة ضدها بواسطة اثنين بالغين عرفا كيف ينتهزان فرصة صغر سن الضحية ونزواتها الشخصية. ومن ثم فإن المحكمة العليا الفرنسية تؤيد حكم الاستئناف في إعادة وصف الأفعال اعتداءات جنسية استناداً للغاية التشريعية من هذا التجريم الذي ليس له من هدف سوى معاقبة استغلال الضعف المرتبط بصغر السن. فهذه الاعتداءات الجنسية تغطي فقط حالة العلاقات مع أحداث، في حين أن البالغين لا يمكنهم الاستناد إلا لوصف هتك العرض؛ أي أفعال جنسية دون رضاء. ويترتب على ذلك أنه عندما لا يكون الإكراه ثابتاً، فلا يمكن استنتاجه من صغر السن ذاته. ويذهب هذا الحل عكس ما يصبو إليه القانون بتمييزه بين ما يخضع للإكراه وما لا يخضع له واضحاً سياسة حمائية مطلقة للأحداث ليس ضد الاعتداءات الواقعة عليهم فقط، وإنما أيضاً ضد نزواتهم الطبيعية، على النحو الذي تم في الواقعة محل الدراسة. وتأتي خصوصية وفعالية الوصف القانوني في هذه الواقعة، وهو ما أكدته محكمة النقض أيضاً، من أن صغر السن وبسبب ما يمثله من نقص في التمييز يتم تأمينه بحماية ضد كل من تسول له نفسه استغلال هذا الضعف. ويندرج هذا الحكم في سياسة محكمة النقض الفرنسية التي تحرص عليها من خلال عدم اعتبار صغر سن الضحية عنصر مفاجأة أو إكراه مكوناً للاغتصاب أو هتك العرض عدا حالة الصغر الشديد للسن^(١). في حين أن صغر السن في هذه الجرائم لا يعدو كونه ظرفاً مشدداً^(٢).

(١) Crim. 7 déc. 2005, Bull. No 326; D. 2006, IR, p. 175, obs. GIRAULT; Dr. pén. 2006, 31, obs. M. VERON; R.S.C. 2006, p. 319, obs. Y. MAYAUD.

(٢) Crim. 21 oct. 1998, Bull. No 274; D. 1999, p. 75, note Y. MAYAUD; JCP G 1998, II, 10215, note D. MAYER; Dr. pén. 1999, no 5, obs. M. VERON.

المطلب الثاني قصور التسبيب (المحور السلبي)

٢١٧ - في الحقيقة إنه توجد بعض الأحكام لمحكمة النقض الفرنسية التي تجسد في منطوقها رفض تأثير السن على رضا المجني عليه، ولكن الأسباب تشير بوضوح إلى أن النقض يأتي في المقام الأول بسبب قصور الحكم المطعون في تسببيه. ومن الوقائع التي تجسد تماماً هذه الفلسفة قيام طفل في الثالثة عشرة من عمره بمعاشرة أخته الأصغر منه في دبر وبصفة دورية خلال عدة سنوات أثناء تنفيذهما لإحدى اللعبات. ومن ثم فإن الأفعال الجنسية قد ارتكبت بمناسبة لعبة وفي إطار سيناريو متفق عليه بين الطفلين، وهو ما جعل الدفاع ينفي وصف الاغتصاب عن هذه الأفعال لعدم توافر العناصر المكونة لها. وهو ما أكدته محكمة النقض أيضاً في حكمها معتبرة أنه لا يوجد أي عنف معاصر لأفعال الإيلاج، وأنه على الرغم من أفعال الاستغلال الجنسي التي أثارها قضاة الموضوع، فلا يوجد أي عنصر إكراه أو مفاجأة وهو ما يبرر نقض حكم غرفة الاتهام لافتقاره للأساس القانوني^(١). فمن الواضح أن حكم النقض يؤيد الأسباب التي أبداها الطاعن من حيث عدم إمكانية إلحاق أفعال الاغتصاب المتكررة بأي مفاجأة استناداً إلى طبيعة الأفعال المنافية للأدب. وإذا استبعدنا عنصر صغر السن وحده كعامل تأثير على الإرادة، فإن المفاجأة (المؤثرة في الإرادة) لا تتوافق مع ممارسة لعبة تم تحديد قواعدها بالاتفاق بين طرفيها (الأخ وأخته). وكان من الأولى بغرفة الاتهام أن تستند في حكمها إلى عنصر الإكراه وليس المفاجأة، خاصة أن المجني عليها قد تأخرت في الإبلاغ عن أخيها الذي تعلم عنه عنفه أيضاً خوفاً من انتقامه منها وبطشه بها، وهو ما يؤدي إلى الاعتقاد بأن تقاعس الفتاة خلال أعوام خضوعها لأخيها نتج أكثر عن ضعف وخوف يمكن تفهمه من ظروف وملابسات الواقعة وليس

Crim. 17 sept. 1997, Bull. No 302; R.S.C. 1998, p. 327, obs. Y. MAYAUD.

(١)

عن تلاقي إرادتها بإرادته في مباشرة الأفعال التي حدثت^(١). وفضلاً عن المفاجأة، فإن قضاة الموضوع لم يثبتوا أيضاً أي عنصر إكراه يسمح بتوافر جريمة الاغتصاب، وهو ما يعني أن نقض الحكم لم يكن حتمياً، وكان بالوسع تفاديه من خلال وصف أفضل للوقائع وفقاً لما يتطلبه القانون، وخاصة أن الإكراه كان أكثر قرباً لصحيح القانون من المفاجأة^(٢).

٢١٨ - ومع ذلك فإن أسباب الطعن قد تدعو للتساؤل أيضاً حول ما إذا كان هناك أسباب أخرى غير معلنة تقف وراء نقض الحكم. فالدفاع أثار صغر سن الطفلين في إشارة إلى أن قلة وعيهما الجنسي يحول دون إثارة المسؤولية بغير تسبیب واضح ومتناسب مع ظروف الواقعة. وفي الحقيقة إن إثارة هذه الحجة "الحساسة" يعتبر بمثابة العودة إلى الأساس الأخلاقي للمسؤولية الجنائية. فهذه الواقعة تقتضي أن تكون محل دراسة وتحليل، ليس في إطار القانون العقابي الخاص فقط، وإنما أيضاً وفقاً لقواعد القانون العقابي العام. فإذا كان سن المجني عليه لم يسمح بالوصول إلى نتيجة مقبولة تحت ذريعة الأركان القانونية للاغتصاب، وخاصة من أجل الارتكان إلى عنصر المفاجأة، فإن عمر الجاني على العكس يستحق أن يؤخذ في الاعتبار من زاوية الإسناد حتى نتساءل عن مدى تمييزه ووعيه بإقدامه على أفعال مجرّمة. فالمادة الأولى من المرسوم الصادر في سنة ١٩٤٥ والمتعلق بالطفل كمجرم (وليس كمجني عليه) لا يسمح بإحالة الأحداث أمام قضاء الأطفال إلا إذا كان مرتكب الجريمة (جناية أو جنحة) أهلاً للإسناد. وهذا الشرط الأخير يعتبر محور الارتكاز في المسؤولية الجنائية للأحداث التي تبقى قائمة بشرط إثبات تمييز الجاني، وهو ما لا يعني في جميع الأحوال عدم مسؤولية المحكوم عليه في الواقعة محل

(١) راجع في مفهوم قريب من هذا المعنى لمحكمة النقض الفرنسية:

Crim. 8 juin 1994, Bull. No 226; Crim. 25 oct. 1994, Dr. pén. 1995, comm.. no 63; Crim. 8 févr. 1995, Dr. pén. 1995, comm.. no 171, 2e arrêt.

(٢) Y. MAYAUD, Des jeux sans séduction, obs. Sous Crim. 17 sept. 1997, R.S.C. 1998, p. 327.

الدراسة، وإنما يوضح على الأقل أهمية هذه المعطيات كشرط مسبق للوصول إلى أي نتيجة قانونية^(١).

٢١٩ - وغالباً ما تثور مثل هذه الصعوبات بشأن بعض الفروض في القانونين المصري والكويتي. على سبيل المثال، عندما تبادر فتاة في السابعة عشرة من عمرها بطلب لقاء جنسي من شاب يصغرها بعام واحد، الذي يقبل ذلك ويعاشرها فعلاً. فما الموقف القانوني؟ وما الفعل المجرّم، وتحت أي وصف قانوني؟ ومن الجاني منهما، أم هما سوياً جانيان؟ فنظراً لأن كلا الطرفين أقل من السن القانونية للأهلية الجنائية أو حتى سن الرشد "الجنسي"، فإن الفعل يخضع للتجريم، ولكن يبقى التساؤل عن أي جريمة ومن المسؤول؟ للإجابة عن التساؤل الأول، لا يوجد سوى وصفين يتنازعان الفعل: هتك عرض دون قوة أو تهديد (وفقاً للقانون المصري)، ومواقعة أنثى تجاوزت الخامسة عشرة من عمرها ولم تبلغ الحادية والعشرين (وفقاً للقانون الكويتي). ولكن يبقى حسم الأمر وينحصر في التساؤل الأهم وهو من المسؤول؟ يتحكم في الإجابة عن هذا التساؤل المفهوم القانوني لجريمة الاغتصاب من ناحية، وإمكانية تحديد مسؤولية البادئ في الفعل من ناحية أخرى. بالنسبة إلى القانون الكويتي، فهو يتبنى مفهوماً ضيقاً للاغتصاب أيضاً، ومن ثم فإن جريمة واقعة أنثى لم تبلغ الحادية والعشرين من عمرها لا يكون الجاني فيها إلا ذكراً، والمجني عليه أنثى. في حين أن الوضع في القانون المصري، في غياب نص صريح، يميل فيه الفقه الجنائي إلى مسؤولية من يعاشر قاصراً عن هتك عرض بدون قوة أو تهديد. ومن هنا تنحصر المسألة فيمن يسأل جنائياً. لا نعتقد أن مبادرة الفتاة وطلبها المعاشرة الجنسية من الشاب يحملها وحدها المسؤولية الجنائية؛ لأن طلبها قد لاقى قبولاً من الشاب، وخاصة أنها لم تلجأ إلى وسائل غش أو تحايل أو مباغنة أو غير ذلك من وسائل اختلاس رضاء الطرف الآخر. فإذا كان الوضع

Y. MAYAUD, Des jeux sans séduction, obs. précitées.

(١)

القانوني المصري يتحدث عن جريمة هتك عرض دون قوة أو تهديد، وهو ما قد ينسب إلى الشاب أو إلى الفتاة، ولكن على أي أساس قانوني أو منطقي يتم محاسبة أحدهما دون الآخر على الرغم من تشابههما في الظروف باعتبارهما حدثين ورضيا بالعمل الجنسي؟ وتزداد الصعوبة في القانون الكويتي الذي يرى جريمة واقعة أنثى بلغت الخامسة عشرة من عمرها ولم تبلغ الحادية والعشرين منه. فهل من العدالة أن يسأل الشاب عن هذه الجريمة على الرغم من المشاركة الإرادية للفتاة فيها وهي تكبره بعلم؛ بمعنى أنها تعادله في النضج العقلي والخبرة، إن لم تزد عليه في ذلك؟ ومن ثم فمن الأنسب أن يرتئي المشرعان المصري والكويتي تجريماً خاصاً بمثل هذه الفروض يكون فيها الفاعلان مسؤولين جنائياً عن فعلهما، مع وضع عقوبة غير شديدة بطبيعة الحال مراعاة لسنهما الصغير. وإذا كانت بعض الدول الأوروبية (كإيطاليا وسويسرا) قد اتجهت إلى عدم تجريم مثل هذه الفروض مراعاة للتطور الجنسي الطبيعي للشباب، إلا أن هذا الأمر لا يمكن قبوله في مجتمعاتنا، ليس فقط بسبب الضوابط الدينية والأخلاقية والاجتماعية والثقافية المتبعة في المجتمع، وإنما أيضاً من أجل حماية الأحداث من عدم خبرتهم في هذه الأمور، ومن بطش نزواتهم ورغباتهم الجنسية في هذه السن.

وأياً كان الأمر، فإن هذا التردد الفقهي والقضائي استدعى تدخل المشرع الفرنسي لحسم المسألة، على الرغم مما قد يعتري مثل هذا التدخل من إيجابيات وسلبيات.

المطلب الثالث

التدخل التشريعي لحسم الجدل

٢٢٠ - حاول المشرع الفرنسي التدخل لحسم الجدل الفقهي والقضائي في هذا الشأن، ولكن تدخله وإن كان تكريساً لبعض الحلول والتفسيرات

القضائية ويحمل بعض الإيجابيات من ناحية، فإنه يثير بعض الغموض من ناحية أخرى.

الفرع الأول إيجابيات التدخل التشريعي

٢٢١ - أتى القانون الصادر في ٨ فبراير سنة ٢٠١٠ حاملاً المادة الجديدة ٢٢٢-٢٢ من القانون العقابي الفرنسي، التي تحدد أن الإكراه المنصوص عليه بواسطة الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢-٢٢ قد يكون جسدياً أو معنوياً. والإكراه المعنوي قد ينتج من اختلاف السن الموجود بين الحدث المجني عليه ومرتكب الجريمة أو من سلطة القانون أو الواقع التي يمارسها الفاعل على الضحية^(١). وتعتبر إشارة النص الجديد للمادة ٢٢٢-٢٢ من القانون العقابي، الذي يعد بمثابة نص تعريفي للاعتداءات الجنسية، بمثابة تطبيق لهذا النص الجديد على مختلف جرائم الاعتداءات الجنسية التي تأتي على رأسها جريمة الاغتصاب. فوفقاً للمادة ٢٢٢-٢٢ من القانون العقابي الفرنسي يمثل اعتداء جنسياً كل انتهاك جنسي مرتكب بواسطة العنف، الإكراه، التهديد أو المفاجأة^(٢). وبعد ذلك يتم تصنيف الجرائم - وفقاً لوجود إيلاج جنسي أو عدم وجوده - إلى اغتصاب (المادة ٢٢٢-٢٣ وما بعدها) أو اعتداء جنسي آخر غير الاغتصاب (وفقاً للمادة ٢٢٢-٢٧ وما يليها من القانون العقابي الفرنسي) بما يشير أيضاً إلى الاقتصار هنا على الاعتداءات الجنسية التي تقتضي اتصالاً

(١) art. 222-22-1 nouveau (par la loi no 2010-121, art. 1, 1):

"La contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale. La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime".

(٢) ويأتي النص الفرنسي للفقرة الأولى من المادة المذكورة على النحو التالي:

Article 222-22 Modifié par loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 - art. 36

"Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise".

جسدياً مع المجني عليه. ومن ثم فإن النص الجديد يسري بالنسبة إلى إجمالي جرائم الاعتداءات الجنسية. ولقد كان من الأكثر دقة وتوفيقاً من حيث الصياغة أن يتم وضع هذا التحديد مباشرة في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢-٢٢ وعقب تعريف الاعتداء الجنسي.

٢٢٢ - وفي الحقيقة إن المشرع تدخل هنا في مسألة مهمة وحساسة تتعلق بمعرفة مدى تأثير صغر سن المجني عليه وإمكانية أخذه في الاعتبار عند تقدير الإكراه الموجود في تعريف الاعتداء الجنسي. وإذا التزمنا الدقة القانونية فلن يكون هناك تداخل فيما بينهما لانتساب الإكراه وصغر السن إلى مفاهيم مختلفة. فالأول يتعلق بتكوين جرائم الاعتداء الجنسي؛ أي أنه يدخل في عناصر تكوين الجريمة، في حين أن الثاني أي صغر السن أقل من ١٥ سنة لا يشكل سوى ظرف مشدد^(١). ونظراً لهذا الوضوح والتميز بين الاثنين فقد تدخلت محكمة النقض الفرنسية لنقض بعض الأحكام التي حاول فيها قضاة الموضوع استخلاص عنصر الإكراه المكون للاعتداء الجنسي من صغر سن الضحية أم من السلطة التي يمارسها عليه مرتكب الفعل^(٢). ومع ذلك فقد عادت المحكمة العليا الفرنسية لتخفف من تشدها في هذا الصدد معتبرة أن محكمة الاستئناف تبرر حكمها عندما تعلن مسؤولية المتهم عن اعتداء جنسي على أحداث في سن عام ونصف العام إلى خمسة أعوام، ومعلنة بصفة خاصة أن حالة الإكراه أو المفاجأة تنتج من السن الصغير جداً للأطفال الذي يجعلهم غير قادرين على إدراك طبيعة وخطورة الأفعال التي فرضت عليهم^(٣). وإذا كان

(١) وفقاً للمواد ٢٢٢-٢٢ و ٢٢٢-٢٤ و ٢٢٢-٢٩، ١ من القانون العقابي الفرنسي.

(٢) Crim. 21 oct. 1998, Bull. No 274; JCP G 1998, II, 10215, note D. MAYER; D. 1999, p. 75. note Y. MAYAUD; Dr. pén. 1999, comm.. no 5, note M. VERON; Crim. 10 mai 2001, Bull. No 116; Dr. pén. 2001, comm.. no 110, note M. VERON; R.S.C. 2001, p. 808, obs. Y. MAYAUD.

(٣) "l'état de contrainte ou de surprise résulte du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés" :

Crim. 7 déc. 2005, Dr. pén. 2006, comm.. no 31, note M. VERON; R.S.C. 2006, p. 319, obs. Y. MAYAUD.

الوضع كذلك بالنسبة للقضاء الجنائي قبل صدور القانون، فمن الطبيعي أن يثور التساؤل حول أثر هذا التعديل القانوني وما يمكن أن يضيفه لهذا الوضع. أوضح المنشور الصادر في ٩ فبراير سنة ٢٠١٠ أن القانون يؤدي دوراً توضيحياً ولم يفعل سوى تكريس الاجتهادات القضائية الحديثة سواء لقضاء الموضوع أو لمحكمة النقض، ولا يغير من ثم القانون المطبق. الشيء المؤكد هو أن القضاء قد استقر بالفعل على أن الإكراه قد يكون معنوياً^(١).

الفرع الثاني سلبات التدخل التشريعي

٢٢٣ - عدا المسألة السابقة، فإن القانون ليس بالوضوح الذي ادعاه واضعوه. فإن يستطيع القضاء، وفقاً لظروف كل حالة على حدة، اعتبار السن الصغير للحدث عنصراً في استنتاج الإكراه لا يعني ولا يبرر ما يكرسه المشرع من ضباب بين الأركان المكونة للاعتداءات الجنسية (التي يدخل فيها الإكراه) وظروفها المشددة التي ينتمي إليها صغر السن أقل من ١٥ سنة ووجود سلطة ممارسة على الضحية بواسطة مرتكب الأفعال^(٢). ومما يؤكد ذلك أيضاً أن ما ذكره المشرع لا يعكس بدقة الاجتهادات القضائية في هذا الشأن^(٣). فالإكراه المعنوي الذي ينتج من فارق السن بين المجني عليه الحدث ومرتكب الفعل لم يعترف به إلا بطريقة غير مؤكدة من محكمة النقض. حيث

(١) La circulaire du 9 février 2010 affirme que celui-ci opère une « clarification » qui « ne fait que consacrer les jurisprudences les plus récentes des juridictions du fond et de la Cour de cassation, et ne modifie donc pas le droit applicable.

(٢) Olivia BALDES, Le retour de l'inceste dans le Code pénal pourquoi faire?, Dr. pén. 2010, études, p. 24; A. LEPAGE, Reflexions sur l'inscription de l'inceste dans le code pénal par la loi du 8 février 2010, JCP G, 22 mars 2010 se trouvant en format PDF sur le site internet suivant;

(٣) Crim. 21 oct., Bull. No 274, JCP G 1998, II, 10215, note D. MAYER; D. 1999, p. 75, note Y. MAYAUD; Dr. pén. 1999, comm.. no 5, note M. VERON; Crim. 10 mai 2001, Bull. No 116; Dr. pén. 2001, comm.. no 110, note M. VERON.

أرادت غرفة التحقيق إحالة شخص أمام محكمة الجنايات تحت وصف اغتصاب حدث في سن ١٠ سنوات وقت ارتكاب الواقعة، فذكرت أن الاعتداءات الجنسية المرتكبة بواسطة عم صديق الضحية، عقب جلسات "لعب ومحاولات لإضحاك المجني عليه بقرصه" في مناطق معينة من جسده، لا يمكن إتمامها إلا بواسطة المفاجأة التي حدثت ومن الإكراه المعنوي الناتج من فارق السن مع المتهم^(١). فتدخلت محكمة النقض رافضة الطعن الذي قدم إليها؛ لأن قضاء التحقيق - من وجهة نظرها - يملك السلطة المطلقة في تقييم ما إذا كانت الأفعال المسندة إلى المتهم تشكل جريمة، وأن المحكمة العليا لا تملك من سلطة هنا سوى التأكد من أنه، بفرض ثبوت هذه الأفعال، إذا كان الوصف القانوني المتخذ يبرر اتصال قضاء الحكم بالواقعة^(٢).

٢٢٤ - ومما يثير الاستغراب أن المشرع قد اجتزأ فقط تقييم الإكراه المعنوي الناتج عن فارق السن ليدخله في القانون العقابي بواسطة المادة ٢٢٢-٢٢-١^(٣). وكان بوسع المشرع أيضاً أن يستند إلى بعض الاجتهادات القضائية الأكثر وضوحاً وصراحة في هذا الشأن، وخاصة حكم محكمة النقض

(١) حيث جاء تبرير غرفة الاتهام لإحالة المتهم إلى محكمة الجنايات على النحو التالي: «les actes d'agression, commis par l'oncle d'un ami de la victime, après des jeux, séances de chatouilles ou pincements, n'[avaient] pu être réalisés qu'à la faveur de la surprise ainsi créée, et de la contrainte morale au regard de la différence d'âge avec le mis en examen»

(٢) « les juridictions d'instruction apprécient souverainement si les faits retenus à la charge de la personne mise en examen sont constitutifs d'une infraction, la Cour de cassation n'ayant d'autre pouvoir que de vérifier si, à supposer ces faits établis, la qualification justifie la saisine de la juridiction de jugement».

(٣) Olivia BALDES, Le retour de l'inceste dans le Code pénal pourquoi faire?, Dr. pén. 2010, études, p. 24; A. LEPAGE, Reflexions sur l'inscription de l'inceste dans le code pénal par la loi du 8 février 2010, JCP G, 22 mars 2010 se trouvant en format PDF sur le site internet suivant: http://kiosque.cg85.fr/repimg/docjoin/00862_semainejuridiqueinceste.pdf

الفرنسية الصادر في ٧ ديسمبر سنة ٢٠٠٥^(١)؛ حيث أُدين حدث عن اعتداءات جنسية مشددة على ثلاثة أطفال في سن من عام ونصف العام إلى خمسة أعوام. وأيدت النقض حكم الاستئناف بالإدانة؛ لأن حالة الإكراه أو المفاجأة تنتج من السن الصغيرة جداً للأطفال التي تجعلهم غير قادرين على إدراك طبيعة وخطورة الأفعال التي فرضت عليهم. ومع ذلك فإنه على الرغم من قيام هذا المصدر للإكراه المعنوي أيضاً على صغر السن، فإنه يختلف عما ذكره المشرع في تعديله في ٨ فبراير سنة ٢٠١٠. فالذي انتهى إليه المشرع وذكره في المادة ٢٢٢-٢٢-١ هو أنه أدخل في تقدير الإكراه عنصر غير محدد يكمن في اختلاف السن بين الضحية والمعتدى. وهنا يثار التساؤل التالي: هل كان الإكراه المعنوي الناتج عن هذا الاختلاف في السن - أكثر قوة، أو على الأقل أكثر سهولة في الاعتماد عليه، عندما يكون سن المعتدي خمسين سنة والضحية ١٧ سنة، منه إذا كان سن المغتصب ١٦ والضحية ٤ سنوات؟ وفي الحقيقة إن الإجابة عن هذا التساؤل تعكس قصوراً وتعسفاً في معيار اختلاف السن؛ لأنه بتدخل سن الجاني في التقييم تضعف قيمة المعيار الأكثر دقة لمفهوم الإكراه الذي كرّسه المشرع أيضاً وهو السن الصغير للمجنى عليه.

٢٢٥ - ومع ذلك فإن نص المادة ٢٢٢-٢٢-١ على أن الإكراه المعنوي يمكن أن ينتج من هذا الاختلاف في السن يسمح بالقول أن القاضي سيحتفظ بسلطة تقديرية أيضاً تسمح له - إذا لزم الأمر - إن يأخذ في الاعتبار السن الصغير للمجنى عليه فقط. ومن ثم من الطبيعي هنا التشكيك في مدى فائدة تدخل المشرع الفرنسي لتحديد مفهوم الإكراه المعنوي، خاصة إذا كان ذلك على حساب إثارة اللبس حول التمييز بين الأركان القانونية للجريمة وظروفها المشددة^(٢).

(١) Crim. 7 dec. 2005, Dr. pen. 2006, comm.. no 31, note M. VERON; R.S.C. 2006, p. 319, obs. Y. MAYAUD.

(٢) Olivia BALDES, Le retour de l'inceste dans le Code pénal pourquoi faire?, Dr. pén. 2010, études, p. 24; A. LEPAGE, Reflexions sur l'inscription de l'inceste dans le code pénal par la loi du 8 février 2010, JCP G, 22 mars 2010 se trouvant en format PDF sur le site internet suivant:
http://kiosque.cg85.fr/repimg/docjoint/00862_semaineguridiqueinceste.pdf

الخلاصة - إذن - أن التشريعات المختلفة تحاول حماية براءة الأطفال من دناءة الأشرار، بتوفير أفضل حماية لهم من اعتداءات الاغتصاب؛ ولا يكون ذلك إلا من خلال سياسة جنائية متكاملة المحاور وقائياً وعقابياً. فخطورة الفعل المجرّم تقتضي شمولية المواجهة على جميع الأصعدة موضوعياً وإجرائياً.

خاتمة

٢٢٦ - منذ عهد ليس بالبعيد لم يكن يتصور أحد - وفقاً للمفاهيم الأخلاقية والدينية والثقافية التي كانت (وما زالت) سائدة في بعض المجتمعات - أن تسأل المرأة جنائياً عن اغتصاب الرجل! بل كان التخيل أكثر بعداً عن مجرد مناقشة مبدأ مسؤولية أحد الزوجين عن جريمة اغتصاب إذا أتى زوجه على النحو الطبيعي! أما وأن الأمر قد خرج الآن عن طور التصور وحيز التخيل ليفرض نفسه على الساحة القانونية في كثير من الدول، فقد بدا من الأهمية بمكان أن نسلط أضواء هذا البحث على تطورات جريمة الاغتصاب.

٢٢٧ - ولقد أسفرت هذه الدراسة عن استكشاف التطورات القانونية التي طرأت على مفهوم هذه الجريمة، سواء على مستوى التشريعات العقابية المقارنة، أو الاجتهادات الفقهية والتطبيقات القضائية في هذا الشأن. ويمكن إجمال أهم النتائج التي تم التوصل إليها على النحو التالي:

أولاً - الحاجة إلى إعادة النظر في القانون العقابي المصري:

٢٢٨ - فهذا القانون تمت صياغته منذ أمد بعيد، وعلى الرغم مما أُضيف إليه أو حذف منه أو عدل فيه، فإنه مازال بحاجة ماسة إلى مراجعة وإعادة تقييم تسمح في نهاية الأمر بتوفيقه مع التطورات العديدة التي دبت في مختلف مناحي الحياة، وبما يجعله متناسباً مع التطورات الإجرامية المختلفة. فجريمة الاغتصاب - على سبيل المثال - استوحيث نصوصها من القانون العقابي الفرنسي القديم الذي تم إلغاؤه وحل محله القانون الجديد في سنة ١٩٩٤، وبدوره خضع لتعديلات يرجع آخرها إلى سنة ٢٠١٠، وأحدثت الكثير من التغيير بشأن جريمة الاغتصاب.

ثانياً - الحاجة إلى التوسع في مفهوم جريمة الاغتصاب:

٢٢٩ - لقد رأينا في ثنايا هذه الدراسة أن العديد من التشريعات المقارنة تحاول الوصول إلى أقصى درجات الفعالية في مواجهة جريمة الاغتصاب؛ ولذلك

فقد عدلت في مفهومها بالتوسع، سواء من حيث فعل الاغتصاب ذاته أو من حيث أطرافه، أو من حيث اغتصاب الأحداث.

١ - **فبالنسبة لفعل الاغتصاب**، ينبغي للمشرع المصري اقتفاء أثر التشريعات العقابية الحديثة في اعتبار أي إدخال جنسي من قبيل الاغتصاب سواء حدث ذلك في الفرج أم في الدبر أم في الفم، وهو ما يجعله أكثر توافقاً مع الأساس القانوني للتجريم هنا، وهو حماية الحرية الجنسية.

٢ - **أما بالنسبة إلى أطراف الاغتصاب**، فلا تختلف الحرية الجنسية من ذكر لأنثى، ومن ثم يجب عدم الاقتصار على مسؤولية الرجل عن هذه الجريمة كفاعل والمرأة كمجني عليها؛ وإنما يشمل التعديل المطلوب أيضاً مسؤولية المرأة عن هذه الجريمة إذا أجبرت رجلاً على معاشرتها أو بأية طريقة أخرى كالغش والخداع، حتى ولو كان هناك رضا من الرجل غير معتد به قانوناً.

٢٣٠ - **ولا نعتقد أن ما توصل إليه القانون الفرنسي مؤخراً، من إقراره للتطبيقات القضائية التي تجيز مسؤولية أحد الزوجين عن جريمة اغتصاب إذا عاشر الزوج الآخر على نحو طبعى دون رضائه - أمر ملائم للقانون المصري.** فحتى وإن جاز محاسبته عن العنف المصاحب لسلوكه، فإنه لا يمكن ملاحقته عن جريمة اغتصاب باعتبار أن عقد الزواج يجيز لكلا الزوجين معاشرة الآخر طوال فترة استمرار العقد. فالرضا موجود منذ لحظة إبرام عقد الزواج ومستمر لحين انتهائه، ولا يجوز استلزام رضا خاص عند كل علاقة حميمة بينهما، وإلا خرج ذلك عن طبيعة عقد الزواج ومضمونه.

٣ - مراعاة ظروف الضحية:

٢٣١ - **نظراً للمعاناة النفسية والآلام الداخلية والآثار الاجتماعية والأسرية الخطيرة التي قد تترتب على إبلاغ المرأة عن تعرضها للاغتصاب، فيجب إعطاؤها فرصة "تستفيق" فيها من صدمتها، و"تستجمع" قواها مرة أخرى لمواجهة الآثار المترتبة على الإبلاغ عن الجريمة من تحقيقات ومواجهات واقتضاح لأمر الجريمة.** ومن ثم فإذا تأخرت المرأة فترة معقولة عقب تعرضها

للاغتصاب حتى تبلغ السلطات بذلك، فإنه يجب ألا يحمل ذلك على نحو سلبي، وخاصة فيما يتعلق بصعوبة إثبات الفعل (الإيلاج الجنسي). فهذا الفعل الأخير، وإن كان أكثر سهولة في إثباته عقب حدوثه مباشرة، فإنه ليس الدليل الوحيد في هذا الشأن؛ فقد تتمخض التحقيقات عن اعتراف من المتهم وشهادة المجني عليها، وربما غيرها من المجني عليهم في ذات الواقعة أو غير ذلك من الأدلة التي تكون كافية لحمل إدانة المتهم. ولقد ذهب القانون الكندي إلى هذا الاتجاه معلناً عدم اقتضاء دليل الإيلاج الجنسي، وهو ما قد يترتب عليه أن التأخير في الإبلاغ عن الجريمة في الساعات التي تلي ارتكابها أو حتى في اليوم التالي لم يعد عقبة أو سبباً لعدم كفاية الأدلة. فقد تم إلغاء الشرط المتعارف عليه فقهاً بالشكوى الحالة؛ بمعنى أن الامتناع عن الإبلاغ عن الجريمة خلال أول فرصة معقولة تتاح أمام المجني عليه (عليها) لم تعد تؤثر سلباً^(١).

٤- اغتصاب الأحداث:

٢٣٢ - أظهرت هذه الدراسة أن التشريعات العقابية المختلفة وكذلك التطبيقات القضائية تتعامل مع صغر السن في أمرين: الحماية الجنائية، واستخلاص عنصر عدم الرضاء.

٢٣٣ - فيما يتعلق بالحماية الجنائية، تنقسم هذه الحماية إلى موضوعية وإجرائية. فتدخل النصوص الجنائية لحماية الأحداث من الاغتصاب إما أن يكون باعتبار صغر السن مجرد ظرف مشدد للتجريم العادي كما هو الحال في القانونين المصري والفرنسي وغيرهما من القوانين الأخرى، وإما أنه يعتبر صغر السن ركناً في جريمة خاصة تستهدف حماية الأحداث ضد الاستغلال الجنسي في أخطر صوره وهو الاغتصاب. ويمتاز الاتجاه الأخير عن سابقه في أنه يعالج مسألة مدى الاعتداد برضاء الحدث. فالقانونان المصري والفرنسي

(١) A. MARGARET, A. SOMERVILLE, Agression sexuelle, se trouvant sur le site internet suivant:

<http://www.thecandianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=-f1ARTf0007308>

يعتدان برضاء الحدث المميز بفعل الواقعة الجنسية فلا يسأل الشخص البالغ عن جريمة اغتصاب وإنما عن هتك عرض دون قوة في القانون المصري، وعن اعتداء جنسي في القانون الفرنسي. ولكننا انتهينا إلى تفضيل التشريعات الأخرى التي تجرم أي علاقة جنسية تحت سن معينة وباعتبارها اغتصاباً؛ لأن الفعل واحد (الإيلاج الجنسي) والرضاء لا يعتد به.

٢٣٤ - أما فيما يتعلق باستخلاص عدم الرضاء من مجرد صغر السن، فأوضحت التطبيقات القضائية في فرنسا، عدم وجود ذلك إلا في حالات محددة على سبيل الاستثناء، وخاصة عندما يتزامن مع صغر السن تدخل الجاني من خلال استراتيجية محكمة وسيناريو دقيق بما يمثل عنصر المفاجأة ويؤثر في الإرادة. وتدخل القانون الفرنسي مؤخراً في هذا الشأن ليؤكد أيضاً ما انتهى إليه القضاء بإمكانية تحقق عنصر المفاجأة بسبب فارق السن بين الجاني والمجني عليه في جرائم الاعتداءات الجنسية بصفة عامة وفي الاغتصاب بصفة خاصة.

٢٣٥ - فالتشريعات المختلفة تحاول توفير أفضل حماية لضحايا اعتداءات الاغتصاب؛ ولا يكون ذلك إلا من خلال سياسة جنائية متكاملة المحاور وقائياً وعقابياً. فخطورة الفعل المجرّم تقتضي شمولية المواجهة على الصعد كافة موضوعياً وإجرائياً؛ وهو ما حاولت هذه الدراسة تسليط الضوء عليه في القانون المصري والقوانين المقارنة.

٢٣٦ - تطور مفهوم جريمة الاغتصاب يحمل في طياته أسس العدالة، ولكنه يستلزم تطورات قانونية مهمة، والأهم من ذلك هو تطور الأخلاق ورفقيها لتحترم خصوصية وحرية الغير في صيانة عرضه. فالجرم خطير، وآثاره أخطر، وفعالية مواجهة مرتكبيه أمر حتمي. ولأن الجناة لا يستمعون لهذا المنطق، وإذا سمعوه لا يفهمونه، وإذا فهموه فلا يطبقونه، فما علينا سوى مواجهتهم من خلال تطوير المفهوم القانوني للاغتصاب ليحقق أقصى فعالية في حماية الضحية.

سبحانك اللهم وبحمدك، نشهد أن لا إله إلا أنت، نستغفرك ونتوب إليك.

قائمة بأهم الاختصارات

أولاً - اختصارات باللغة العربية:

القانون العقابي المصري	ع.م
القانون العقابي الفرنسي	ع.ف

ثانياً - اختصارات باللغة الفرنسية (Abbreviations)

Article	Art.
Bulletin des arrêts de la Cour de cassation	Bull.
Arrêt de la Cour d'appel	C. App.
commentaires	Comm.
Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation	Crim.
Dalloz (recueil)	D.
Doctrine	Doct.
Revue de Droit pénal	Dr. Pén.
Edition	éd.
Gazette du Palais	Gaz. Pal.
Juris-Classeur, édition générale	J.C.P.
jurisprudence	Jurispr.
numéro	No
Ouvrage cité (opera citato)	Op. cit.
Page	p.
Revue Internationale de Droit Comparé	R.I.D.C
Revue Internationale de Droit Pénal	R.I.D.P.
Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé	R.S.C.
Revue pénitentiaire et de droit pénal	Rev. penit.

قائمة بأهم المراجع

أولاً - مراجع باللغة العربية:

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، دون تحديد جهة طبع، القاهرة، سنة ١٩٩١.
- إدوار غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٨، ص ١١٦.
- حاتم عبدالرحمن منصور الشحات، القانون العقابي، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الأشخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٤.
- حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات، تشريعاً وقضاءً في مائة عام، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، الإسكندرية، سنة ١٩٩٤.
- حسن صادق المرصفاوي، شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع، بيروت، سنة ١٩٦٩-١٩٧٠.
- رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، سنة ١٩٩٩.
- رءوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الثامنة، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٥.
- سمير الشناوي، شرح قانون الجزاء الكويتي، مطبوعات أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية، دولة الكويت، ٢٠١٠، ص ٣٢٥.
- عبدالمهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٧٧.
- علي عبدالقادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء

- على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة ٢٠٠١.
- عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٦.
- عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، بدون تحديد جهة أو تاريخ طبع.
- فتوح عبدالله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، سنة ١٩٩٦.
- فوزية عبدالستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، سنة ١٩٩٠.
- محمد الشحات الجندي، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٠.
- محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٢٠.
- محمد زكي أبو عامر، سليمان عبدالمنعم، قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٨.
- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثامنة، س ١٩٨٤.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٨، ص ٤٥١.
- محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٨٨.
- هلالى عبداللاه أحمد، الحماسة الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٦.

ثانياً – مراجع باللغة الفرنسية:

- ALDEEB ABU-SAHLIEH (Sami A.), L'éthique sexuelle en droit musulman et arabe. Cas de l'Egypte, passé, present et avenir, R.S.C. 1999, p. 49.
- ANGEVIN (H.), viol d'autrui ou viol de la loi?, Dr. pén. Mars 1998, chron. P.4.
- BALDES (Olivia), Le retour de l'inceste dans le Code pénal: pourquoi faire?, Dr. pén. 2010, études, p. 24.
- BEN KEMOUN (Laurent), La confiance violée de l'enfant: réformer la norme pénale, D. 2002, POINT DE VUE, P. 491.
- BORE (Jacques), La cassation en matière pénale, L.G.D.J., Paris, 1985.
- BOUDON (Raymond), Penser la relation entre le droit et les moeurs, Revue Internationale de Criminologie et de police technique et scientifique, 2002, p. 3.
- BOULOC (Bouloc), Droit pénal général, 20ème éd., Dalloz, Paris, 2007.
- BOULOC (Bouloc), Viol :Encyclopédie Dalloz, pénal, VI, REC-W.
- BOUZAT et PINATEL, Traité de droit pénal et de criminologie, Dalloz, 1970, t. 1, 2ème éd., no 177 et s
- CHAROENEL (Yves), Prevention et repression des infractions sexuelles et protection des mineurs, D. 2000, interview, p. V.
- COUVRAT (Pierre), La responsabilité dans le nouveau code, in problemes actuels de science criminelle, volume IX, PUF, Paris 1996, p. 39.

- DESPORTES (F.)et LEGUNEHEC (F.), Droit pénal général, 11 ème ed., 2004, no 470.
- DOUCET (Jean-Paul), La loi pénale, LITEC, 1986, p. 148.
- GARCON (Emile), Code pénal annoté, 1er éd., art. 1, no 90
- GATTEGNO (Patrice), Droit pénal spécial, 7ème éd. 2007, Dalloz, Paris.
- JEANDIDIER, (Wilfrid)
Droit pénal général, 2eme éd. MONTCHRESTIEN, Paris, 1991.
- KLOPP (Anne-Marie), La répression des infractions à caractère sexuel en Allemagne, R.S.C. 2002, P. 565.
- LAMEYRE (Xavier), Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles, R.S.C. 2002, p. 547.
- LAVIELLE (Bruno), Surveiller et soigner les agresseurs sexuels: un des défis posés par la loi du 17 juin 1998, R.S.C. 1999. p. 35.
- LEGER (Séverine), Les infractions de nature sexuelle commises à l'encontre des mineurs, Archives de politique criminelle, éditions Pedone, no 21, Paris 1999, p. 9.
- LEPAGE (Agathe), Reflexions sur l'inscription de l'inceste dans le code pénal par la loi du 8 février 2010, JCP G, 22 mars 2010 se trouvant en format PDF sur le site internet suivant: < http://kiosque.cg85.fr/repimg/docjoint/00862_semainejuridiqueinceste.pdf > .
- LEVASSEUR (Goerges), Viol, obs. sous: Crim. 22 fevr. 1984, R.S.C 1985, p. 81.
- LEVASSEUR (Goerges), Le problème du viol entre époux, obs. sous: Crim. 17 juill. 1984, R.S.C 1985, p. 82.

- MAYAUD (Yves), De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle, D. 1997, chron. P. 37.
- MAYAUD (Yves), Agressions sexuelles et conflits de lois dans le temps, obs. sous: Crim. 10 juill. 2002, R.S.C. 2002, p. 817.
- MAYAUD (Yves), Retour sur la définition du viol, obs. sous: Crim. 21 févr. 2007, R.S.C. 2007, p. 301.
- MAYAUD (Yves), Du caractère sexuel du viol: vers un critère finaliste, obs. sous: Crim. 6 dec. 1995, R.S.C. 1996, p. 374.
- MAYAUD (Yves), Jeux et séduction, ou des frontières de l'agression en matière sexuelle, obs. sous: Crim. 22 janv. 1997, R.S.C. 1998, p. 325; Des jeux sans séduction, obs. sous: Crim. 17 sept. 1997, R.S.C. 1998, p. 327.
- MAYER (D.), Le nouvel éclairage donné au viol par la loi du 30 decembre 1980, D. 1981, chron. P. 283.
- MAYER (D.), La fellation peut constituer un viol, note sous cass. crim. 16 dec. 1997.
- NIVOSE (Luc-Michel), Le crime de viol et l'égalité des sexes, Dr. pén. Avril 1998, chron. P.4.
- NIVOSE (Luc-Michel), Des atteintes aux moeurs et à la pudeur aux agressions sexuelles, Dr. pén. 1995, chron. No 27.
- ORTOLAN (J.), Elément de droit pénal, 5eme éd., t. 1, p. 473
- PIN (Xavier), Les victimes d'infractions sexuelles dans le procès pénal, Revue pénitentiaire et de droit pénal 2002, p. 687.
- PRADEL (Jean), Droit pénal comparé, 2ème éd. Dalloz, Paris, 2002, p. 296.
- PRADEL, (Jean) Traité de droit pénal et de science criminelle comparée, t. 1, CUJAS, 12eme ed., Paris, 1999.

- PROTHAIS (Alain), Tentative et attentat, thèse, L.G.D.J., Paris, 1985, p. 163 et ss, et notamment p. 173.
- PROTHAIS (Alain), Note sous TGI Mulhose 6 fevr. 1992, D., jurispr. P. 301.
- PROTHAIS (Alain), Agression sexuelle avec surprise: surprendre le consentement de la victime ne saurait se confondre avec la surprise de celle-ci, note sous Crim. 25 avr. 2001, JCP G. 2003, jurispr., II, 10001.
- RASSAT (Michele-Laure), Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers, Dalloz, 5e ed., Paris, 2006.
- RIGAUX (Marcel) et TROUSSE (Paul-em), Les crimes et les délits du code pénal, tome 5eme, LGDJ, Paris, 1968.
- ROBERT (Jacques-Henri), commentaire de la loi no 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à moindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, Dr. pen. 2010, études, p. 6.
- ROUJOU DE BOUBEE (Gabriel), FRANCILLON (Jacques), BOULOC (Bernard), et MAYAUD (Yves), Code pénal commenté, article par article, Livres I à IV, Dalloz, Paris, 1996, p. 157.
- PINATEL (Jean), La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'homme, in LEBRET, PUF, 1968, P. 182.
- SAINT-PAU (Jean-Christophe), violences morales, obs. Sous Crim. 19 juin 2007, rev. penit. 2007, p. 902.
- VERON (Michel), Droit pénal spécial, 9ème éd, Armand Colin, 2002.
- VITU (André), Droit pénal spécial, II, no 1746, p. 1405.
- VOUIN (Robert), Droit pénal spécial, 6 ème éd. 1988, par Michele-Laure RASSAT, Dalloz, Paris, p. 210.

ذاتية الإجراءات الجنائية والإدارية في جرائم سوق الأوراق المالية "دراسة مقارنة"

الدكتورة/ شيماء عبدالغني عطا الله
كلية الحقوق - جامعة الزقازيق
جمهورية مصر العربية

ملخص:

عالج البحث ذاتية الإجراءات الجنائية والإدارية في جرائم سوق الأوراق المالية، للتعرف على ما تنفرد به تلك الإجراءات من خصائص تميزها عن الإجراءات الجنائية، وكذلك عن الإجراءات الإدارية المعتادة. والحقيقة أن التشريعات الحديثة تورد صوراً عديدة من نصوص التجريم، ترمي إلى حماية السوق المالية من التلاعب في القيم المالية الكبيرة التي يتم تداولها فيها. من ذلك تجريم أفعال يرتكبها الوسطاء الماليون في عمليات البورصة، وغيرها من النصوص التي تتعلق بالشفافية والالتزام بالإفصاح، وقد استدعى ذلك تقرير أحكام خاصة بالإجراءات المتبعة والتي تبرز دور الدولة في الإشراف والرقابة على هذا القطاع المالي الحساس.

وقد قسمنا بحثنا إلى فصلين عالجتنا في الفصل الأول ذاتية الإجراءات الجنائية في جرائم سوق الأوراق المالية، وتناولنا في الفصل الثاني ذاتية الإجراءات الإدارية في جرائم سوق الأوراق المالية؛ حيث حاولنا توضيح السلطة المختصة بالتحقيق الإداري في جرائم سوق الأوراق المالية، كما تناولنا بالدراسة الجزاءات الإدارية وإجراءات توقيعها ومدى دستوريته واحترامها لمبادئ الدعوى العادلة.

ومن أهم النتائج التي ينتهي إليها البحث ما يلي:

- يتسم سوق الأوراق المالية بخصائص تميزه عن غيره من الأسواق

التجارية المعتادة. من أهم تلك الخصائص أنه يعتمد على تداول سلعة ذات طبيعة متميزة وهي الأوراق المالية، مما يترتب عليه وجوب حمايته بإجراءات تكفل حماية أكبر وتنفق مع طبيعته المتميزة.

- تضيف التشريعات المقارنة صفة الضبطية القضائية على بعض موظفي هيئة سوق المال نظراً لما تتطلبه جرائم سوق المال من خبرة فنية خاصة لاكتشافها أولاً ومن ثم ضبطها.
- لا يسري على لجنة الجرائم في البورصة وصف المحكمة، وهذا ما انتهت إليه أحكام المحكمة الأوروبية؛ لأن ذلك الوصف ينطبق على سلطة تتميز بالاستقلال وبالحيادة.
- تتوقف دستورية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ومنها سلطة لجنة البورصة على احترام المبادئ الدستورية (احترام مبدأ المواجهة ومبدأ التناسب بين الخطأ والجزاء والحق في الطعن ومبدأ الفصل بين السلطات).

مقدمة :

١ - موضوع البحث:

يعالج هذا البحث ذاتية الإجراءات الجنائية والإدارية في جرائم سوق الأوراق المالية (جرائم البورصة)، للتعرف على ما تنفرد به تلك الإجراءات من خصائص تميزها عن الإجراءات الجنائية، وكذلك عن الإجراءات الإدارية المعتادة. والحقيقة أن التشريعات الحديثة تورد صوراً عديدة من نصوص التجريم ترمي إلى حماية السوق المالية من التلاعب في القيم المالية الكبيرة التي يتم تداولها فيها^(١). من ذلك تجريم أفعال يرتكبها الوسطاء الماليون في عمليات البورصة^(٢)،

(١) د. عمر سالم، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

(٢) د. منير أبو ريشة، المسؤولية الجنائية للوسطاء الماليين في عمليات البورصة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٧، ص ١١ وما بعدها.

وغيرها من النصوص التي تتعلق بالشفافية^(١) والالتزام^(٢). وقد استدعى ذلك تقرير أحكام خاصة بالإجراءات المتبعة والتي تبرز دور الدولة في الإشراف والرقابة على هذا القطاع المالي الحساس^(٣).

والحقيقة أن سوق الأوراق المالية ليس سوقاً من الأسواق التجارية المعتادة، ولكنه سوق فريد له خصائص تميزه عن غيره من الأسواق، ومن أهم تلك الخصائص أنه يعتمد على تداول سلعة ذات طبيعة متميزة وهي الأوراق المالية.

٢ - المقصود بالأوراق المالية:

يقصد بالأوراق المالية الأسهم^(٤) والسندات^(٥) التي يتم تداولها في السوق المالية (البورصة)، وتعطي تلك الأوراق حقاً لحاملها في الحصول على جزء من

(١) يقصد بالشفافية قيام الشركات والجهات بتوفير البيانات والمعلومات والتقارير للمساهمين والمستثمرين والقائمين على سوق الأوراق المالية. للمزيد من التفصيل: د. عصام حنفي محمود، التزام الشركات بالشفافية والإفصاح، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

(٢) يقصد بالإفصاح اتباع سياسة الوضوح الكامل وإظهار جميع الحقائق المالية المهمة والتي تعتمد عليها الأطراف المتعاملة في سوق الأوراق المالية. للمزيد من التفصيل: د. أحمد باز محمد متولي، الالتزام بالشفافية والإفصاح عن المعلومات في بورصة الأوراق المالية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ٢٠١٢، ص ١٠٢.

(٣) د. مجدى حبشي، الحماية الجنائية وشبه الجنائية للأسواق المالية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٥.

(٤) يقصد بالسهم صك يمثل حصة في رأس مال الشركة.

(٥) يعرف السند بأنه: "صك مديونية تستخدمه الشركات كوسيلة للاقتراض، حيث يتعهد مصدر السند أن يدفع لحامله فائدة محددة مسبقاً طول مدة السند، وأن يرد القيمة الاسمية للسند عند حلول تاريخ الاستحقاق؛ لذلك فإن حامل السند يعتبر مقرضاً للشركة وليس مساهماً فيها". راجع موقع البورصة المصرية عبر الإنترنت تمت زيارته بتاريخ ٢٠١٣/١١/٨.

العائد أو جزء من أصول المنشأة أو الحقين معاً^(١). وبالمثل فإن السندات تعطي لحاملها نصيباً في الفوائد المستحقة، وكذا نصيباً في الأصول يتمثل في الأصول المرهونة لصالحه، وذلك في حالة الإفلاس أو التصفية^(٢).

فالأوراق المالية Securities تصدرها الشركات أو الدولة، وتمثل الورقة صكاً يعطي لحامله الحق في الحصول على جزء من عائد أو الحق في جزء من أصول منشأة ما أو الحقين معاً^(٣).

وقد عرفت المادة الأولى من القانون الكويتي رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة سوق المال - وكذلك المادة الأولى من لائحته التنفيذية - الورقة المالية بأنها: "أي صك أياً كان شكله القانوني يثبت حصة في عملية تمويلية قابلة للتداول بترخيص من الهيئة مثل:

- أ - الأسهم الصادرة أو المقترح إصدارها في رأسمال الشركة.
 - ب - أي أداة تنشئ أو تقرر مديونية، تم أو سيتم إصدارها بواسطة شركة.
 - ج - القروض والسندات والأدوات الأخرى القابلة للتحويل إلى أسهم في رأسمال شركة.
 - د - جميع أدوات الدين العام القابلة للتداول والصادرة عن الهيئة الحكومية المختلفة أو الهيئات أو المؤسسات العامة.
 - هـ - أي حق أو خيار أو مشتقات تتعلق بأي من الأوراق المالية.
 - و - الوحدات في نظام استثمار جماعي
- الصكوك التي تصدر وفقاً لصيغ العقود المعمول بها، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

(١) د. طارق عبدالعال حماد، بورصة الأوراق المالية، الدار الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٠، ص ١٩.

(٢) د. منير هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٥.

(٣) د. منير هندي، المرجع السابق، ص ٥.

ز - ولا تعد أوراق مالية الأوراق التجارية مثل الشيكات والكمبيالات والسندات لأمر، وكذلك الاعتمادات المستندية والحوالات النقدية والأدوات التي تتداولها البنوك حصراً فيما بينها، وبوالص التأمين والحقوق المترتبة في صناديق شخص يزاوّل أعمال شراء وبيع الأوراق المالية لحساب الغير مقابل عمولة".

٣ - المقصود بسوق الأوراق المالية (البورصة):

يعرف البعض بورصة الأوراق المالية Securities Exchange على أنها الأسواق التي يتم فيها تداول الأوراق المالية التي تصدرها الشركات أو الدولة، تحت إشراف السلطات العامة، ويتدخل متخصصين هم سماسرة الأوراق المالية^(١). وبالتالي فإن الأوراق المالية هي أدوات مالية تجرى عليها عمليات التداول كالأسهم والسندات وغيرها من الأدوات المالية الجديدة التي تعرفها سوق الأوراق المالية^(٢).

ويتسم العمل في مجال سوق الأوراق المالية بسمات معينة من أهمها ما يلي: اعتمادها على المعلومات، وطابعها العابر للحدود بين الدول، وتطلب خبرة فنية في القائمين بالعمل فيها، كما توجد مبادئ مهمة تحكم العمل في سوق الأوراق المالية لتضمن حسن سيره وهي الشفافية والإفصاح والمساواة^(٣).

فسوق الأوراق المالية هي تلك السوق التي يتم فيها التعامل على الأوراق المالية كالأسهم والسندات بيعاً وشراءً، ويتحدد السعر فيها بناء على حجم

(١) د. عبدالفضيل محمد أحمد، وقف التداول في البورصة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق - جامعة المنصورة، العدد ٤٦ أكتوبر ٢٠٠٩، ص ٣-٤.

(٢) د. محمد فاروق عبدالرسول، الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٣.

(٣) د. تامر صالح، الحماية الجنائية لسوق الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ٢٥.

المعروض منها، ومدى الإقبال على شرائها فيما يعرف بآليات العرض والطلب، ويطلق عليه سعر السوق Market price^(١).

وقد عرف المشرع الفرنسي سوق الأوراق المالية بأنه: "نظام جماعي يحقق أو يسهل داخله تقابل المصالح المتعددة للمشتريين والبائعين، وفقاً لقواعد محددة غير تقديرية، والتي يعبر عنها الغير، والتي ترد على الأوراق المالية بطريقة تؤدي إلى الاتفاق على انتقال الأوراق المالية محل المفاوضات وفقاً لقواعد وأنظمة السوق، والتي تعمل بانتظام وفقاً لنصوص تسري عليها" (المادة ٤٢١-١ من القانون النقدي والمالي لسنة ٢٠١٠)^(٢).

٤ - اتساع مجال حماية تداول الأوراق المالية لتشمل مرحلة ما قبل التداول:

تهدف بعض من التشريعات المقارنة - مثل التشريع المصري والفرنسي والنظام السعودي والتشريع الأمريكي^(٣) - إلى حماية السوق المالية عن طريق ضمان تداول الأوراق المالية بطريقة سليمة خالية من الاحتيال، بحيث تبدو مرتفعة الثمن على غير الحقيقة أو منخفضة الثمن أحياناً على خلاف الواقع.

(١) <http://iinvest.gov.eg/iinvest/html/faq.html#1>, visited on: 20- 11 - 2013.

(٢) Art. L. 421-1 (L. no 2010-1249 du 22 oct. 2010, art. 9-I-1o) «I. -» (Ord. no 2007-544 du 12 avr. 2007, art. 3-2o, en vigueur le 1er nov. 2007) Un **marché réglementé d'instruments financiers** est un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des instruments financiers, d'une manière qui aboutisse à la conclusion de contrats portant sur les instruments financiers admis à la négociation dans le cadre des règles et systèmes de ce marché, et qui fonctionne régulièrement conformément aux dispositions qui lui sont applicables. www.dalloz.fr

(٣) Securities Exchange Act of 1934, Section 10: "It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce or of the mails, or of any facility of any national securities exchange...."

هذه الحماية لا تقتصر على الفترة التي يتم طرح وتداول تلك الأوراق، ولكنها تشمل المرحلة التي تأتي قبل عرضها على السوق المالية. فثمة طرق للاحتيال لإظهار الأسهم مثلاً بسعر أعلى من قيمتها الحقيقية في السوق أو بسعر أقل مما تستأهل، فيمتد التجريم سابق الذكر إلى تلك المرحلة التي تسبق عرضها بالسوق المالية؛ لذلك تستوجب التشريعات المختلفة صحة البيانات وتفرض واجب الصدق وتعاقب على الإخلال به، فقد يعتمد المسؤولون عن شركة مساهمة إلى إقناع الجمعية العمومية للشركة بعرض أسهمها بأعلى من قيمتها أو بأقل من تلك القيمة، وذلك لتحقيق مآرب شخصية. وهم يتوصلون إلى ذلك عن طريق عرض مستندات من شأنها أن تقنع بزيادة السعر، أو من شأنها أن تقنع بالعكس وهو خفض السعر المعروض^(١).

فقبل عرض الأسهم بالفعل في البورصة ثمة وسائل للخداع من شأنها التأثير على أسعارها تقع تحت طائلة التجريم، كما لو قام المسؤولون بالشركة بعرض ميزانية أو حساب للأرباح والخسائر يظهر الشركة في مظهر مزدهر من حيث أنشطتها؛ وذلك بغرض التأثير على أسعار أسهمها في البورصة^(٢). من أجل ذلك كانت أهمية مراقبة شركة المساهمة التي تطرح أسهمها في البورصة، وذلك عن طريق الاهتمام بالمراجعة المحاسبية وفقاً للأصول المعتمدة في ذلك. هذه المراجعة يتعين أن تتم بطريقتين: المراجعة الداخلية والمراجعة الخارجية.

٥ - مدى تدخل الدول في تنظيم سوق الأوراق المالية:

يتجه المشرع في كثير من الدول إلى إنشاء هيئة خاصة تتسم بقدر كبير من الاستقلال في مواجهة السلطة التنفيذية، وذلك للإشراف على سوق الأوراق المالية. من ذلك أن المشرع المصري (المادة ٤٢ من قانون سوق رأس المال

(١) د. محمد فاروق عبدالرسول، المرجع السابق، ص ٤١.

(٢) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، حظر استغلال المعلومات غير المعلنة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق المالية، من مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٨، ص ٧.

رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢) وكذلك المشرع الفرنسي^(١) والمشرع الأمريكي^(٢) والمنظم السعودي (المادة الرابعة من نظام سوق الأوراق المالية الصادر بتاريخ ٣١ / ٧ / ٢٠٠٣) قد أنشؤوا هيئة خاصة للإشراف على سوق الأوراق المالية.

وتخول هذه التشريعات إدارة سوق المال سلطات واسعة في مراقبة السوق وفرض جزاءات، ذلك أن سوق الأوراق المالية ليست سوقاً عادية كغيرها من الأسواق، ولكنها سوق لها من الخطورة والأهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني والعالمي، الأمر الذي يستدعي وجود عين حارسة تراقب هذا السوق وقائياً وجزائياً وبشكل فوري.

وعلى الرغم من أن سوق الأوراق المالية يسودها قانون السوق أي قانون العرض والطلب، فإن ذلك لا يعني تكريس حرية الأفراد بشكل مطلق وعدم تدخل الدولة، بل يقصد به أن حرية الأفراد في مزاولته النشاط والقيام بالمشروعات تتم في إطار من الضوابط والشروط التي تضعها الدولة^(٣).

فمن أكبر البورصات العالمية بورصة الأوراق المالية بنيويورك، وقد حرص المشرع الأمريكي على حماية تلك السوق بأن أصدر العديد من التشريعات لضمان تلك المراقبة منها: قانون الأوراق المالية Securities Act of 1933، وقانون بورصة الأوراق المالية Securities Exchange Act of 1934، كما أنشأ أيضاً لجنة الأوراق المالية والبورصة Securities and Exchange Commission^(٤).

(١) انظر لاحقاً بند رقم ١٢.

(٢) Securities Exchange Act of 1934.

(٣) د. حازم الببلاوي، دور الدولة في الاقتصاد، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٦٨.

(٤) Douglas J. Schulz, Brokerage Fraud, Dearborn Trade Publishing, United States of America, 2002, Preface p: ix

٦ - أهمية البحث:

لا تخفى أهمية دراسة هذه الظاهرة الإجرامية من ناحية خطورة تلك الجرائم على الاقتصاد القومي وهو عصب البلاد، وقد برزت تلك الأهمية وطرحت نفسها بشدة في الآونة الأخيرة بسبب الأزمة المالية العالمية، التي بدأت في الولايات المتحدة الأمريكية وتداعت أصدائها في بقاع العالم المختلفة. وقد اتخذت بعض مظاهر تلك الأزمة انهيار السوق المالية (البورصة) في الولايات المتحدة وفي العديد من بقاع الأرض.

ولما كانت الدعوى الجنائية فيما يتعلق بجرائم البورصة (جرائم سوق المال) تختلف عن الدعوى الجنائية في الجرائم العادية من حيث تطلب معرفة أكثر بنظام سوق المال وخطورته على اقتصاد الدول، وبصفة خاصة حماية السوق المالية من التلاعب، فإن الأمر يتطلب معالجة خاصة لهذا النوع من الجرائم.

يضاف إلى ذلك أن المشرع في دول عديدة مختلفة قد أدرك أنه من الواجب منح الإدارة سلطات واسعة في مواجهة تلك الجرائم، وأخصها سلطة فرض جزاءات إدارية تحل محل الجزاءات الجنائية، وهو ما نطلق عليه القانون الإداري الجنائي^(١). لذا فإن الدراسة لن تقتصر على الجوانب الإجرائية الجنائية، وإنما سوف تمتد لتشمل الإجراءات الإدارية البديلة.

٧ - إشكاليات البحث:

يهدف البحث إلى الإجابة عن بعض التساؤلات من بينها: هل تختلف الدعوى الجنائية في جرائم سوق الأوراق المالية عنها في غيرها من الجرائم في

(١) يمكن تعريف القانون الإداري الجنائي على أنه الصلاحية المخولة لجهة الإدارة في فرض جزاءات مالية على جمهور المواطنين وذلك لتخفيف التشريعي في مجال التجريم. د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية، بدون تاريخ للنشر، ص ٣.

مراحلها المختلفة (جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي والمحاكمة)؟ هل تختلف إجراءات الدعوى الإدارية التي تنشأ على أثر ارتكاب هذه الجرائم عن غيرها من الإجراءات الإدارية الجزائية؟ هل تحترم مظاهر الدعوى العادلة في مجال الإجراءات الجنائية والإدارية الناشئة عن تلك الجرائم؟ تلك هي أهم الإشكاليات الكبرى التي تثيرها تلك الدراسة والتي تستحق - في رأينا - بحثاً خاصاً بها.

ومن الإشكاليات التفصيلية المتعلقة بالإجراءات الجنائية التي سوف نتعرض لها التساؤلات الآتية: هل تخرج الدعوى الجنائية في جرائم سوق الأوراق المالية عن القواعد العامة من حيث تحريكها؟ وما مدى تقييد الدعوى الجنائية على طلب الجهة الإدارية المختصة بالإشراف والرقابة؟ وما مدى ملائمة إنشاء نيابة متخصصة للقيام بأعمال التحقيق؟ وهل يجوز الادعاء المباشر في جرائم سوق الأوراق المالية؟ وهل يتعارض ذلك مع مبدأ الفصل بين السلطات؟ ما مدى سلطة الجهة الإدارية في إنهاء الدعوى الجنائية بالتصالح مع المتهم أو التنازل عن الطلب؟ بحث مدى ملائمة قيام الجهات الإدارية بالضبط والتحقيق في جرائم البورصة، ومدى اتفاق ذلك مع ضمانات الدعوى العادلة، وما مدى توافر الضمانات التي تكفل ممارستها لعملها على الوجه الصحيح؟

ومن الإشكاليات التفصيلية المتعلقة بالإجراءات الإدارية الجزائية التساؤلات الآتية: ما مدى سلطة الجهة الإدارية في الفصل في جرائم سوق الأوراق المالية بجانب جهات القضاء المتخصصة؟ بمعنى هل تختص الجهة الإدارية بالفصل في جرائم سوق الأوراق المالية بالإضافة إلى اختصاص القضاء العادي؟ ما مدى جواز الطعن على القرارات الإدارية أمام القضاء العادي؟ وهل يتعارض ذلك مع قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام؟

وأخيراً هل نحتاج إلى تعديل تشريعي خاص بإجراءات الدعوى الجنائية والإدارية في جرائم سوق الأوراق المالية؟ وهل تحقق القواعد المعمول بها حالياً ضمانات الدعوى العادلة في هذه الجرائم وتراعي خصوصيتها؟

ويرى البعض - بحق - ضرورة الخروج على بعض القواعد التقليدية الإجرائية في جرائم سوق الأوراق المالية، ويرجع ذلك إلى تعقيدها وتشعبها والتقنيات المستخدمة في ارتكابها وصعوبة إثباتها^(١).

٨ - منهج البحث:

تعتمد دراستنا لهذا الموضوع على منهج ذي أبعاد ثلاثة؛ فهو منهج تأصيلي وتحليلي ومقارن. فهو أولاً منهج تأصيلي يرد النقاط التفصيلية إلى أصولها النظرية، فعندما نعالج - على سبيل المثال - موضوع التفتيش في جرائم سوق الأوراق المالية نرده إلى النظرية العامة في التفتيش.

كما يتأكد تأصيل تلك الدراسة من خلال الرجوع إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية، وبحث مدى اتفاق أو تعارض الإجراءات الجنائية المتعلقة بسوق الأوراق المالية مع هذه القواعد للوقوف على ما تتمتع به من ذاتية تميزها عن غيرها، وتدفعنا إلى البحث عن أكثر القواعد اتفاقاً معها للتطبيق عليها.

أما المنهج التحليلي الذي اتبعناه فهو يتمثل في شرح الموضوعات المختلفة التي عالجناها في هذه الدراسة، وإيراد تطبيقات قضائية عليها، واستخلاص النتائج التي تترتب على ذلك التحليل، فعلى سبيل المثال نوضح بالتفصيل المراحل الإجرائية المختلفة التي تمر بها جرائم سوق الأوراق المالية، مع ذكر قضايا عملية صدرت عن المحاكم في خصوص هذه الجرائم ونبدي رأينا فيها.

وأما المنهج المقارن فقد قمنا بمقارنة النظام اللاتيني من خلال دراسة القانون المصري والفرنسي مع النظام الأنجلوأمريكي من خلال دراسة القانون الأمريكي. وقد اكتملت دراستنا المقارنة لهذه القوانين المختلفة من خلال دراسة

(١) د. عمر سالم، المرجع السابق، ص ١٥٧.

النصوص التشريعية وأحكام القضاء، وقد فضلنا مقارنة التشريعات اللاتينية بالتشريعات الأنجلوأمريكية نظراً لاختلاف هذين النوعين من التشريعات. كما تتم المقارنة بالتعرض لموقف التشريعات المختلفة في مواجهة المخالفات المرتكبة داخل سوق الأوراق المالية.

٩ - خطة البحث:

سنعالج موضوع البحث في خطة قمنا بتقسيمها على النحو التالي:

الفصل الأول: ذاتية الإجراءات الجنائية في جرائم سوق الأوراق المالية

المبحث الأول: ذاتية مرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق في جرائم سوق الأوراق المالية

المطلب الأول: ذاتية إجراءات جمع الاستدلالات في جرائم سوق الأوراق المالية

المطلب الثاني: ذاتية إجراءات التحقيق في جرائم سوق الأوراق المالية

المبحث الثاني: ذاتية إجراءات المحاكمة في جرائم سوق الأوراق المالية

الفصل الثاني: ذاتية الإجراءات الإدارية في جرائم سوق الأوراق المالية

المبحث الأول: إجراءات التحقيق الإداري في جرائم سوق الأوراق المالية

المطلب الأول: السلطة المختصة بالتحقيق الإداري في جرائم سوق الأوراق المالية

المطلب الثاني: صلاحيات السلطة الإدارية أثناء التحقيق الإداري في جرائم سوق الأوراق المالية

المبحث الثاني: توقيع الجزاءات الإدارية في جرائم سوق الأوراق المالية

المطلب الأول: إجراءات توقيع الجزاءات الإدارية

المطلب الثاني: مدى دستورية الجزاءات الإدارية في مخالفات البورصة واحترامها لمبادئ الدعوى العادلة

الفصل الأول

ذاتية الإجراءات الجنائية في جرائم سوق الأوراق المالية

نعرض في هذا الفصل لمظاهر ذاتية الإجراءات الجنائية في جرائم سوق الأوراق المالية من حيث ما تنفرد به إجراءات جمع الاستدلال فيها وإجراءات التحقيق وإجراءات المحاكمة عما هو مقرر في الجرائم الجنائية الأخرى.

المبحث الأول

ذاتية مرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق في جرائم سوق الأوراق المالية

تتميز مرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق في جرائم سوق الأوراق المالية بذاتية خاصة تميزها عن غيرها من الجرائم العادية. لذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين؛ نعالج في المطلب الأول منه ذاتية إجراءات جمع الاستدلالات في مجال جرائم البورصة، بينما خصصنا لدراسة ذاتية إجراءات التحقيق مطلباً ثانياً.

المطلب الأول

ذاتية إجراءات جمع الاستدلالات في جرائم سوق الأوراق المالية

١٠ - الحاجة إلى مأموري ضبط قضائي متخصصين:

تتطلب جرائم سوق المال خبرة فنية خاصة لاكتشافها أولاً ومن ثم ضبطها. لذا اهتم المشرع المصري بمنح بعض موظفي هيئة سوق المال صفة الضبطية القضائية. ولا يحول ذلك دون اختصاص مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام من قيامهم بضبط هذه الجرائم. ويرجع ذلك إلى أن اختصاص أعضاء الضبط القضائي العام يشمل ضبط جميع الجرائم ما دام أن

القانون الذي خولهم صفة الضبطية القضائية لم يقيد اختصاصهم بأي قيد أو لم يقصره على نوع معين من الجرائم^(١). وبصفة عامة تختص هيئة الشرطة في المجال الاقتصادي بالمحافظة على النظام الاقتصادي والأمن الاقتصادي للدولة، كما تحمي أرواح المواطنين باعتبار أن العنصر البشري يمثل أهم عنصر من عناصر الانتاج^(٢). وتتميز جرائم البورصة من حيث إجراءات التحري والبحث عن الجرائم العادية التي لا تتطلب مواصفات خاصة في القائمين عليها من رجال الضبط القضائي، ويقصد بذلك أننا نحتاج في جرائم البورصة إلى رجال شرطة يمتلكون الوسائل الفنية والمهارة اللازمة للكشف عن مثل تلك الجرائم الصعبة في اكتشافها. ومن هنا يتبين لنا أن مثل هذا النوع من الجرائم يتطلب جهة متخصصة من الناحية الفنية والقانونية تكون قادرة على ضبط مثل هذه الجرائم^(٣).

١١ - إضفاء صفة الضبطية القضائية على موظفي البورصة:

تضفي تشريعات عديدة صفة الضبطية القضائية على بعض موظفي سوق الأوراق المالية. من ذلك أن المادة ٤٩ من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ تنص على أن: "يكون لموظفي الهيئة الذين يصدر بتحديد أسمائهم أو وظائفهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير صفة الضبطية القضائية في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً له..".

(١) د. فتوح الشانلي، الحماية الإجرائية من الغش التجاري في النظام السعودي، مطبوعات معهد الإدارة العامة (إدارة البحوث) بالمملكة العربية السعودية، الرياض، ١٩٩٢، ص ٢٤.

(٢) انظر: د. محمد حافظ الرهوان، دور الشرطة في دعم الاقتصاد القومي، مطبعة سمير الطوبجي، القاهرة، ٢٠٠٢.

(٣) د. عمر سالم، المرجع السابق، ص ١٥٨.

كما تنص المادة (٣٠) من القانون الكويتي رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ على أنه: "يكون لموظفي الهيئة الذين يصدر بتحديدهم قرار من الوزير المختص صفة الضبطية القضائية في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له، لهم في سبيل ذلك الاطلاع على السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات في مقر الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية أو في مقر أسواق الأوراق المالية أو أي جهة أخرى توجد بها.

وعلى المسؤولين في الجهات المشار إليها في الفقرة السابقة أن يقدموا إلى هؤلاء الموظفين المذكورين البيانات والمستندات التي يطلبونها لهذا الغرض".

وقد منح المشرع الأمريكي لجنة الأوراق المالية والبورصة SEC سلطة جمع الاستدلالات والتحريات فيما يتعلق بجرائم البورصة، ولم يكتف بذلك فقط. بل أعطاها السلطة اللازمة التي تمكنها من ضبط الممارسات غير المشروعة في البورصة، كما خولها سلطة إصدار اللوائح التنفيذية لمواجهة التغييرات السريعة التي تحدث في سوق الأوراق المالية والتي تتطلب ضرورة التصدي لها بشكل سريع حتى نحمي حقوق المتعاملين في هذا السوق. وفي سنة ١٩٧٨ منح المشرع الأمريكي لجنة الأوراق المالية والبورصة حق الاطلاع على البيانات الخاصة بعملاء البنوك - بعد تعديله لقانون سرية الحسابات البنكية - ويتم ذلك بإجراءات أكثر مرونة عن الجهات الحكومية الأخرى.

وتهدف لجنة الأوراق المالية والبورصة - في القانون الأمريكي - إلى حماية المستثمرين والحفاظ على نزاهة أسواق الأوراق المالية، كما تهدف إلى حماية الثقة العامة في الاستثمار ومحاربة كافة الممارسات غير المشروعة التي يرتكبها الخارجون على القانون^(١).

(١) Report about "How the SEC protects investors and maintains market integrity", Washington D.C, December 1999, p.2 (U.S. Securities & Exchange Commissions Publications).

١٢ - تخصيص هيئة مستقلة بجرائم سوق الأوراق المالية:

تتمثل السلطة المختصة بالضبط - في جرائم سوق الأوراق المالية - في القوانين المقارنة فيما يلي: في مصر تختص الهيئة العامة لسوق المال التي استبدل بها الهيئة العامة للرقابة المالية بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩. وفي القانون الفرنسي كانت السلطة المختصة بالضبط هي لجنة عمليات البورصة COP ثم استبدل بها هيئة سوق المال AMF وفقاً للمرسوم رقم ٢٤ نوفمبر لسنة ٢٠٠٣. أما المشرع الإماراتي فقد أسند مهمة القيام بأعمال الضبط داخل سوق الأوراق المالية إلى هيئة الأوراق المالية والسلع بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠^(١).

ويحدد المشرع الفرنسي في المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٠٣ - ٧٠٦ والمتعلق بالأمن المالي المقصود بهيئة سوق المال AMF بأنها: "سلطة عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية، تعمل على حماية المدخرات المستثمرة في الأدوات المالية، وغيرها من الاستثمارات التي تطرح في اكتتاب عام، وتوفر المعلومات لجميع المستثمرين، إضافة إلى قيامها بمراقبة سير وتنظيم العمل داخل سوق الأوراق المالية، وتقديمها يد العون للعمل على تنظيم أسواق الأوراق المالية سواء على المستوى الأوروبي أو العالمي"^(٢).

وقد حرص المشرع في القوانين المقارنة المختلفة على منح بعض موظفي هيئة سوق المال صفة الضبطية القضائية في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ومنها جرائم البورصة.

(١) د. تامر صالح، المرجع السابق، ص ٣٦٦-٣٦٧.

(٢) Art. L. 621-1 (L. no 2003-706 du 1er août 2003, art. 2) L'Autorité des marchés financiers, autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, veille à la protection de l'épargne investie, dans les instruments financiers et les actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1» donnant lieu à une offre au public ou à une admission aux négociations sur un marché réglementé et dans tous autres placements offerts au public. Elle veille également» à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers et d'actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1»Á Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international.

وتتولى الهيئة العامة لسوق المال في مصر الإشراف على تنفيذ قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢. فتنص المادة (٤٢) على أن: "الهيئة العامة للرقابة المالية هيئة عامة تتبع وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية، مقرها مدينة القاهرة، ويجوز بقرار من الوزير بعد موافقة مجلس إدارة الهيئة إنشاء فروع ومكاتب لها داخل وخارج البلاد".

وتنص المادة (٤٣) من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ على أن: "تتولى الهيئة - فضلا عن الاختصاصات المقررة لها في أى تشريع آخر - تطبيق أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذا له، ولها إبرام التصرفات واتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق أغراضها وعلى الأخص:

١ - تنظيم وتنمية سوق رأس المال، ويجب أخذ رأى الهيئة فى مشروعات القوانين والقرارات المتعلقة بسوق رأس المال.

٢ - تنظيم أو الإشراف على دورات تدريبية للعاملين فى سوق رأس المال أو الراغبين فى العمل به.

٣ - الإشراف على توفير ونشر المعلومات والبيانات الكافية عن سوق رأس المال والتحقق من سلامتها ووضوحها وكشفها عن الحقائق التى تعبر عنها.

٤ - مراقبة سوق رأس المال للتأكد من أن التعامل يتم على أوراق مالية سليمة، وأنه غير مشوب بالغش أو النصب، أو الاحتيال، أو الاستغلال، أو المضاربات الوهمية.

٥ - اتخاذ ما يلزم من إجراءات لمتابعة تنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له".

من مطالعة نص المادة السابقة ٤٣ يتبين لنا الدور المهم الذي تضطلع به هيئة سوق المال من وجوب أخذ رأيها في القوانين والقرارات الخاصة بالبورصة، وإشرافها على عمليات التداول التي تتم في البورصة، بالإضافة إلى ما تقوم به من إجراءات لمتابعة تنفيذ أحكام القانون. وبناء عليه فإن ما يتمتع به موظفو هيئة سوق المال من خبرة فنية وقانونية يجعلهم قادرين على فهم هذه

القوانين والقرارات وبالتالي تحريك الدعوى الجنائية عن المخالفات التي تقع في سوق المال^(١).

١٣ - اختصاصات هيئة سوق المال في ضبط الجرائم:

من الواضح أن الكشف عن جرائم السوق المالية من الصعب بمكان؛ نظراً لتعدد طرق التحايل والتلاعب، سواء فيما يتعلق بالتداول أو طرق الخداع المتعلقة بالمراكز المالية للشركات التي تطرح أوراقها في السوق، لذا فإن التشريعات المختلفة تضع أنظمة خاصة يقوم عليها متخصصون في هذا المجال للتحري عن تلك الجرائم وضبطها^(٢).

فتنص المادة ٤٩ من قانون سوق رأس المال في مصر على أن: "يكون لموظفي الهيئة الذين يصدر بتحديد أسمائهم أو وظائفهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير صفة الضبطية القضائية في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً له، ولهم في سبيل ذلك الاطلاع على السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات في مقر الشركة، أو مقر البورصة، أو الجهة التي توجد بها. وعلى المسؤولين في الجهات المشار إليها أن يقدموا إلى الموظفين المذكورين البيانات والمستخرجات وصور المستندات التي يطلبونها لهذا الغرض".

وقد صدر قرار وزير العدل في مصر رقم ٢٨٥١ لسنة ١٩٩٤ بشأن تخويل بعض العاملين بالهيئة العامة لسوق المال صفة الضبطية القضائية، ولا يمنع ذلك مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام من ضبط جرائم

(١) د. محمد فاروق عبدالرسول، المرجع السابق، ص ٣٦٢.

(٢) د. شيماء عبدالغني عطالله، السياسة الجنائية للمنظم السعودي في حماية تداول الأوراق المالية في السوق المالية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر بكلية الحقوق - جامعة المنصورة في الفترة من ١-٢ أبريل ٢٠٠٩، ص ٨٣٩.

البورصة، فمن المستقر عليه في الفقه أن إضفاء صفة الضبط القضائي على بعض الموظفين بالنسبة إلى الجرائم التي تتعلق بأعمال وظائفهم، لا يعنى تخصصهم دون غيرهم بمباشرة الإجراءات الخاصة لتلك الجرائم، فاختصاص أعضاء الضبط القضائي يشمل ضبط جميع الجرائم، ما دام القانون الذي خولهم صفة الضبطة القضائية لم يقيد اختصاصهم بأي قيد ولم يقصره على نوع معين من الجرائم^(١). ومن الجدير بالذكر أن سلطة ضبط جرائم البورصة تختص بها أيضا الإدارة العامة لمباحث الأموال العامة وفروعها على مستوى الجمهورية، وأقسام وإدارات مباحث الأموال العامة بمديریات الأمن، وذلك كله بجانب اختصاص مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام في دوائر اختصاصهم^(٢).

ونرى أنه من الضروري اقتصار سلطة ضبط جرائم البورصة على هيئة سوق المال، ويرجع ذلك إلى أن جرائم البورصة تحتاج إلى خبرة فنية خاصة لاكتشافها وضبطها قد لا تتوافر في مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام.

ويتمتع رجال هيئة سوق المال ممن لهم صفة الضبطة القضائية بسلطات من أهمها:

١ - التحري عن جرائم البورصة واكتشافها.

٢ - جمع الاستدلالات وتحرير المحاضر.

٣ - الاطلاع على السجلات والمستندات.

٤ - التحقيق في جرائم البورصة.

(١) د. فتوح الشاذلي، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٢) د. محمد فاروق عبدالرسول، المرجع السابق، ص ٣١٣.

أولاً - التحري عن جرائم البورصة واكتشافها:

يتعين على مأموري الضبط القضائي من موظفي الهيئة أن يقوموا بعمل التحريات عن جرائم البورصة واكتشافها، ويتم ذلك عن طريق مراقبة العمليات التي تجري في بورصة الأوراق المالية، أو عن طريق قيامهم بمراجعة التقارير التي تقدم من الشركات التي تطرح أوراقاً مالية في اكتتاب عام، أو عن طريق الشكاوى والبلاغات التي تقدم لهم^(١). وفي سبيل تسهيل مهمة مأموري الضبط القضائي من موظفي الهيئة تنص المادة ٤٩ من قانون سوق المال - في مصر - على أنه: "وعلى المسؤولين في الجهات المشار إليها أن يقدموا إلى الموظفين المذكورين البيانات والمستخرجات وصور المستندات التي يطلبونها لهذا الغرض".

ثانياً - جمع الاستدلالات وتحضير المحاضر

يقوم مأمور الضبط القضائي من موظفي هيئة سوق المال بعد اكتشاف الجريمة بكتابة محضر يتضمن ما قام به من إجراءات استدلال، وذلك بعد إجراء المعاينة لأثار الجريمة. ومن الجدير بالذكر أنه يمكن الاستعانة بأهل الخبرة لإعطاء رأيهم الفني، كما يقوم مأمور الضبط القضائي باتخاذ الوسائل التحفظية للمحافظة على أدلة الجريمة، ويشترط أن يتضمن المحضر توقيع الشهود والخبراء الذي سمعوا، وأخيراً يرسل المحضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة^(٢).

وقد أجاز القانون الفرنسي النقدي والمالي لرجل الضبط القضائي في جرائم البورصة أن يقوم بدعوة كل شخص لديه معلومات تفيد في التحريات وأن يقوم بسماعه، وله حق الدخول إلى أماكن العمل دون أن يكون من حقه التمسك بسر المهنة في مواجهتهم، وتخول المادة ٦٢١-١١ من القانون النقدي والمالي الفرنسي الحق لكل شخص دعي للحضور في الاستعانة بمحام، كما

(١) د. محمد فاروق عبدالرسول، المرجع السابق، ص ٣٢٢.

(٢) د. محمد فاروق عبدالرسول، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

تعاقب المادة ٦٤٢-٢ من القانون ذاته كل شخص يعيق عمل مأمور الضبط القضائي أثناء قيامه بالتحريات أو بالرقابة^(١).

وفي نفس الاتجاه ينص قانون الأوراق المالية لسنة ١٩٣٣ بالولايات المتحدة الأمريكية على حق اللجنة "لجنة الأوراق المالية" في استدعاء أي شخص لأداء الشهادة والإدلاء بأقواله، وفي حالة رفض الشخص الحضور أمام اللجنة فإنها تستطيع إصدار أمر من المحكمة المختصة بإحضاره لأداء الشهادة^(٢).

ثالثاً - الاطلاع على السجلات والمستندات:

تنص المادة ٤٩ من قانون سوق المال - في مصر - على أنه: "ولهم في سبيل ذلك الاطلاع على السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات في مقر الشركة، أو مقر البورصة، أو الجهة التي توجد بها". ويقصد بالاطلاع هنا - وهو إجراء من إجراءات الاستدلال - مجرد طلب السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات للاطلاع عليها، وإذا رفض صاحبها فإنه لا يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يقوم بالبحث عنها في الأماكن التي يعتبرها صاحبها مستودعاً للسِر، لأن ذلك يدخل في سلطة التحقيق وهذا لا يجوز لرجل الضبط القضائي. ومن الجدير بالذكر أن سلطة الاطلاع مقررة فقط لمأمور الضبط القضائي من موظفي هيئة سوق المال دون غيرهم من مأموري الضبط القضائي مثل ضباط الإدارة العامة لمباحث الأموال العامة^(٣).

(١) l'article L. 642-2 du code monétaire et financier, « est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 € le fait, pour toute personne, de mettre obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'Autorité des marchés financiers effectuée dans les conditions prévues aux articles L. 621-9 à L. 621-9-2 ou de lui communiquer des renseignements inexacts » www.dalloz.fr

(٢) Howard M. Friedman, Securities and commodities enforcement, D.C Heath & Company, United States of America, 1981, p.7.

(٣) د. محمد فاروق عبدالرسول، المرجع السابق، ص ٣٢٥.

١٤ - حق رجل الضبط في الاطلاع على المستندات في أماكن العمل:

لرجال الضبط القضائي في جرائم البورصة سلطة الاطلاع على المستندات أيًا كانت، سواء ورقية أو إلكترونية - وفقاً لنص المادة ٦٢١-١٠ من القانون النقدي والمالي الفرنسي^(١). كما يمكنهم الاطلاع على أجهزة الشركات والاتصالات بين هذه الشركات والحصول على نسخة منها. ويعد ما سبق من قبيل التفتيش الإداري الذي يقوم به رجل الضبط القضائي للتأكد من احترام القوانين واللوائح.

وقد خولت نص المادة ٦٢١-١-١٠ من القانون النقدي والمالي الفرنسي للقائمين بالتحريات في جرائم البورصة سلطة الاطلاع على المستندات أيًا كانت الدعامة التي تحتويها، فقد تكون تلك البيانات في شكل ورقي أو بيانات مسجلة على جهاز الكمبيوتر، وكذلك لهم الحق في أخذ نسخ من هذه البيانات والمستندات. كما خولهم القانون سلطة دعوة أي شخص لديه معلومات أو بيانات تفيد في التحريات وإظهار الحقيقة للحضور وسؤاله وسماع أقواله، كما تعاقب المادة ٦٤٢ من القانون النقدي والمالي بالحبس لمدة سنتين والغرامة التي تصل إلى ٣٠٠ ألف يورو كل شخص يعيق عمل هيئة سوق المال أثناء قيامها بالرقابة والتحريات.

١٥ - الاطلاع على المعلومات الخاصة بعملاء البنوك في جرائم البورصة:

يثار التساؤل عن مدى سلطة رجال الضبط في جرائم البورصة في الاطلاع على المعلومات الخاصة بعملاء البنوك! يجيب عن هذا التساؤل القانون الأمريكي الذي يخرج على القواعد العامة في قانون سرية الحسابات الأمريكي

(١) Art. L. 621-10 (L. no 2003-706 du 1er août 2003, art. 2) L'Autorité des marchés financiers, autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, veille à la protection de l'épargne investie, dans les instruments financiers et les actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1» donnant lieu à une offre au public ou à une admission aux négociations sur un marché réglementé et dans tous autres placements offerts au public. Elle veille également» à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers et d'actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1»À Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international.: www.dalloz.fr

لسنة ١٩٧٨. فقد أوجب هذا القانون إخطار العميل قبل الحصول على المعلومات في الجرائم بوجه عام، ولكنه قرر استثناء في الفقرة (هـ) من المادة (٢١) من قانون بورصة الأوراق المالية الصادر في سنة ١٩٣٤ والمعدل سنة ١٩٨٠، فأجاز للجنة الأوراق المالية والبورصة الاطلاع بدون سابق إخطار العميل^(١). فهل يتفق القانون المصري مع المشرع الأمريكي أو أنه يختلف؟ نرى المشرع المصري يؤكد على أن الأصل هو حماية سرية الحسابات المصرفية - وفقا للقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ (الذي يعاقب من يقوم بإفشائها بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنية ولا تزيد على عشرين ألف جنية)^(٢). ويجيز القانون إفشاء سرية الحسابات البنكية في حالات معينة محددة - على سبيل الحصر - تتمثل في التالي:

- الإفشاء بناء على رضاء صاحب الشأن.
- الإفشاء بناء على حكم قضائي، أو حكم المحكمين.
- الإفشاء بناء على أمر يصدر من محكمة الاستئناف.
- الالتزام باطلاع البنك المركزي والبنوك الأخرى ووزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية على بعض المعلومات.
- التزام البنك بإصدار شهادة بأسباب رفض الشيك بناء على طلب صاحب الحق.
- حق البنك في الكشف عن كل أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات العميل اللازمة لإثبات حقه في نزاع قضائي نشأ بينه وبين عميله بشأن هذه المعاملات.

(١) Howard M. Friedman, Securities and commodities enforcement, ibid, p.12.

(٢) تنص المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ على أنه: "وفي جميع الأحوال لا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحسابات أو الوديعة المرقمة إلا بإذن كتابي منه أو من أودرته أو من أحد الموصي لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك، أو بناء على حكم قضائي واجب النفاذ أو حكم محكمين نهائي".

يتبين لنا من مراجعة قانون سرية حسابات البنوك أن الحصول على البيانات التي تتعلق بصفقات تتم في البورصة يتسم بالتعقيد والبطء، ولما كانت البيانات المالية المتعلقة بالحسابات البنكية تمثل أهمية كبيرة في الكشف عن كثير من جرائم البورصة وإقامة الدليل عليها، فإننا نرى أن إعادة النظر في القوانين الخاصة بسرية الحسابات البنكية أمر ضروري للمشرع المصري، ويمكنه أن يقتضي في ذلك بما فعله المشرع الأمريكي من وضع استثناء على سرية الحسابات البنكية؛ بحيث يسهل على رجال الضبط في جرائم البورصة ضبط الجريمة وتجميع الأدلة^(١).

وهذا الأمر واجب الاتباع أيضاً في القانون المصري حيث يضمن القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ سرية الحسابات في البنوك بنصه في المادة الأولى على أن: "تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنها في البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية، ولا يجوز الاطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة أو من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم بكل أو بعض هذه الأموال، أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك، أو بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين، ويسرى الحظر المنصوص عليه في الفقرة السابقة على جميع الأشخاص والجهات، بما في ذلك الجهات التي يخولها القانون سلطة الاطلاع أو الحصول على الأوراق أو البيانات المحظور إفشاء سريتها طبقاً لأحكام هذا القانون، ويظل هذا الحظر قائماً حتى ولو انتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب".

وحرصاً من المشرع المصري على سرية الحسابات في البنوك فقد نص في القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٥ على حالات محددة للاطلاع على حسابات العملاء، وهي طلب من النائب العام نفسه أو ممن يفوضه من المحامين العموم الأول إلى محكمة استئناف القاهرة أن ترخص بالاطلاع بمناسبة تحقيق

(١) د. محمد فاروق عبدالرسول، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

جنائي أو حجز موقع لدى البنك بأمر من المحكمة، في ذلك تنص المادة الثالثة من القرار بقانون على أنه: "للمنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين الأول على الأقل من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب جهة رسمية أو أحد ذوي الشأن أن يطلب من محكمة استئناف القاهرة الأمر بالاطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين (١، ٢) السابقتين أو المعاملات المتعلقة بها، وذلك في أي من الحالتين الأتيتين: (أ) إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جنائية أو جنحة قامت الدلائل الجدية على وقوعها. (ب) التقرير بما في الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون. وتفصل المحكمة منعقدة في غرفة المشورة في الطلب خلال الثلاثة أيام التالية لتقديمه بعد سماع أقوال النيابة العامة، وعلى النائب العام أو من يفوضه في ذلك من المحامين العامين الأول على الأقل إخطار البنك وذوي الشأن بحسب الأحوال بالأمر الذي تصدره المحكمة في هذا الشأن خلال الأيام الثلاثة التالية لصدوره. ولا يبدأ سريان الميعاد المحدد للتقرير بما في الذمة إلا من تاريخ إخطار البنك بالأمر المذكور، ويكون للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين أن يأمر مباشرة بالاطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من القانون المشار إليه أو المعاملات المتعلقة بها، إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات^(١).

ومؤدى ذلك أنه لا يجوز وفقاً للقانون المصري أن يطلع موظفو إدارة البورصة على حسابات العملاء بالبنوك إلا في الحالات وبالشروط التي نص عليها القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠.

(١) (فقرة مضافة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ - الجريدة الرسمية العدد ٢٩ (مكرر) في ١٨/٧/١٩٩٢ قد صحت الفقرة المضافة بالاستدراك المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٣٦ في ٣/٩/١٩٩٢).

وهذا الاتجاه في منح بعض موظفي هيئة سوق المال صلاحيات الضبط القضائي، تتبناه تشريعات مقارنة عديدة منها التشريع السعودي، فقد وضع المنظم السعودي إجراءات خاصة لجمع الاستدلالات في مجال جرائم السوق المالية تتميز بالملامح التالية:

١ - لموظفي هيئة السوق المالية في المملكة صلاحيات الضبط القضائي، أي لهم اختصاص نوعي في هذا المجال، فقد نصت المادة (٥) من نظام السوق المالية على أن: "لأغراض جمع التحقيقات التي يرى المجلس ضرورتها لتطبيق أحكامه يتمتع أعضاء موظفي الهيئة الذين يحددهم المجلس بصلاحيات استدعاء الشهود، وأخذ الأدلة وطلب تقديم السجلات، وغيرها من المستندات أيًا كان حائزها؛ لتقرر ما إذا كان الشخص قد خالف أو على وشك أن يخالف أحكام النظام أو لوائح التنفيذ أو القواعد الصادرة من الهيئة". ويتمشى ذلك مع نظام الإجراءات الجزائية في المملكة الذي تسمح فيه المادة (٢٦) بأن: "يقوم بأعمال الضبط الجنائي حسب المهام الموكولة إليهم كل من ٧- الموظفين والأشخاص الذين خولوا صلاحيات الضبط الجنائي بموجب أنظمة خاصة".

٢ - يجمع موظفو الهيئة بين صلاحيات الضبط الإداري وصلاحيات الضبط القضائي، أي المتابعة والتفتيش، وإذا ظهرت مخالفات قاموا بالتحقيق فيها. ويظهر هذا من صياغة المادة السابقة (على وشك أن يخالفوا). وبناء عليه فإن لموظفي الهيئة - وفقا للمادة السادسة - في سبيل تنفيذ هذه المهمة إصدار التعليمات والإجراءات اللازمة للقيام بالتحري والتحقيق في المخالفات؛ بما يضمن حسن التطبيق لأحكام النظام. فتختص كل إدارة من إدارات الهيئة بجمع الاستدلالات والتحقيق، ومن تلك الإدارات إدارة المتابعة والتنفيذ التي تتلقى البلاغات وتحققها وتقوم بالادعاء أيضا فيها.

٣ - تقوم إدارة الإشراف والرقابة وإدارة تمويل الشركات وإدارة المتابعة والتنفيذ بالبحث والتحري والضبط في جرائم السوق المالية، فليس هناك سلطة

تحقيق واحدة في الهيئة، فكل إدارة في دائرة اختصاصها تقوم بمهام التحقيق.

٤ - يجمع موظفو الهيئة بين جمع الاستدلالات وبين التحقيق؛ وهنا يبرز المنحى المختلف والطابع الخاص للإجراءات الجنائية في مجال جرائم السوق المالية. فالجهة الواحدة تجمع بين الضبط الإداري والضبط القضائي وكذلك التحقيق.

١٦ - ذاتية مرحلة جمع الاستدلالات في جرائم البورصة:

تعتبر الجرح من الجرائم التي لا يلزم التحقيق فيها قبل إحالتها للمحكمة وفقا لما تقتضي به القواعد العامة^(١). وتعد جرائم سوق المال في أغلبها من الجرح، ولكنها ذات طبيعة خاصة وتحتاج إلى تحقيقات إضافية لإثبات كافة عناصر الدعوى لإحالتها إلى المحكمة.

وتقتضي الطبيعة الخاصة لجرائم البورصة منح موظفي هيئة سوق المال سلطة التحقيق - كما فعل المشرع الأمريكي - بالإضافة إلى صفة الضبطية القضائية، وذلك خروجاً على القواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية، أو إنشاء نيابات متخصصة للتحقيق - كما فعل المشرع المصري - في هذه الجرائم التي تحتاج إلى خبرة فنية بصفة خاصة في المسائل الاقتصادية.

١٧ - واجبات رجال الضبط في جرائم البورصة:

يقع على عاتق موظفي هيئة سوق المال - بمناسبة قيامهم بأعمال الضبط القضائي - واجبات يتماثلون فيها مع مأموري الضبط القضائي في الجرائم المعتادة، من ذلك أنهم يلتزمون بسر المهنة.

(١) تنص المادة ٦٣(١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: "إذا رأت النيابة العامة في مواد المخالفات والجرح أن الدعوى صالحة لرفعها بناء على الاستدلالات التي جمعت، تكلف المتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة المختصة".

فتنص المادة ٦٤ من قانون سوق المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أفضى سراً اتصل به بحكم عمله تطبيقاً لأحكام هذا القانون، أو حقق نفعاً منه هو أو زوجه أو أولاده، أو أثبت في تقاريره وقائع غير صحيحة، أو أغفل في هذه التقارير وقائع تؤثر في نتائجها أو تعامل في الأوراق المالية بالمخالفة للأحكام المنصوص عليها بالمادة ٢٠ مكرراً من هذا القانون"^(١). ويتضح لنا مما سبق أن الواجبات التي تقع على عاتق رجال الضبط في جرائم البورصة تتمثل في التالي:

- ١ - المحافظة على سر المهنة.
- ٢ - عدم استغلال أعمال الوظيفة في تحقيق نفع من الأسرار.
- ٣ - مراعاة الدقة والأمانة عند إعداد التقارير الصادرة منهم^(٢).

١٨ - المحافظة على سر المهنة وفقاً للقواعد العامة:

يقصد بإفشاء السر كشف السر وإطلاع الغير عليه بأية طريقة^(٣). فينص قانون العقوبات المصري على الالتزام بالمحافظة على أسرار المهنة بصفة عامة

(١) تنص المادة ٢٠ مكرر من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ على أنه: "يحظر على الأشخاص الذين تتوافر لديهم معلومات عن المراكز المالية للشركات المقيدة بالبورصة أو نتائج أنشطتها وغيرها من المعلومات التي يكون من شأنها التأثير على أوضاع هذه الشركات، التعامل عليها لحسابهم الشخصي قبل الإعلان أو الإفصاح عنها للجمهور، كما يحظر على هؤلاء الأشخاص إفشاء تلك المعلومات للغير بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون وقواعد القيد بالبورصة نوعية المعلومات التي يكون من شأنها التأثير على عمليات التداول".

- (٢) د. محمد فاروق عبدالرسول، المرجع السابق، ص ٣٣٧.
- (٣) د. أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ص ٣٩٥.

في المادة (٣١٠)، كما يؤكد قانون الإجراءات الجنائية على مبدأ سرية التحقيق في المادة (٧٥) بقوله: "تعتبر إجراءات التحقيق ذاتها والنتائج التي تسفر عنها من الأسرار، ويجب على قضاة التحقيق وأعضاء النيابة العامة ومساعدتهم من كتاب وخبراء وغيرهم ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرونه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم عدم إفشائها، ومن يخالف ذلك يعاقب طبقاً للمادة ٣١٠ عقوبات"^(١).

١٩ - الحماية الجنائية المقررة للمكلفين بالضبط والتحقيق في جرائم البورصة:

يحمي المشرع المصري في قانون سوق المال القائمين على الضبط والتحقيق في جرائم البورصة، فتتص المادة (٦٥) منه على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المواد أرقام (٦، ٧، ١٧، ٣٣، ٣٩) والفقرة الثانية من المادة (٤٩) من هذا القانون".

فالمشرع المصري يحمي موظفي هيئة سوق المال عند قيامهم بإجراءات الضبط والتحقيق لإثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام قانون سوق رأس المال، عن طريق تجريم عدم تقديم البيانات والمستخرجات وصور المستندات. فتتص المادة (٤٩) من قانون سوق رأس المال على أنه: "يكون لموظفي الهيئة الذين يصدر بتحديد أسمائهم أو وظائفهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص، صفة الضبطية القضائية في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً له، ولهم في

(١) تنص المادة ٣١٠ من قانون العقوبات على أنه: "كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاءه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري".

سبيل ذلك الاطلاع على السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات في مقر الشركة أو في مقر البورصة أو الجهة التي توجد بها، كما تنص الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه: "وعلى المسؤولين في الجهات المشار إليها أن يقدموا إلى الموظفين المذكورين البيانات والمستخرجات وصور المستندات التي يطلبونها لهذا الغرض".

ومن الجدير بالذكر أن هناك العديد من المعوقات التي تقف حجر عثرة أمام رجال الهيئة في ضبط جرائم البورصة؛ منها على سبيل المثال إخفاء السجلات والوثائق، وإعاقة دخولهم إلى مقار الشركات والبورصات أو أي مكان تتواجد فيه هذه الوثائق والمستندات، وقد يواجه رجل الهيئة صعوبات تحول دون سماع شخص معين يرى فائدته في سماعه، ونرى أنه يتعين على المشرع ألا يقتصر فقط على تجريم عدم تقديم البيانات وصور المستندات بل يجرم كافة الوسائل التي تعيق عمل رجل الهيئة الذي له صفة الضبطية القضائية^(١).

ويختلف المشرع الأمريكي عن المشرع المصري في حماية رجال الضبط القضائي في مجال الإجراءات التي يتخذونها بصدد جرائم البورصة. فقد نص قانون بورصة الأوراق المالية الأمريكي على أنه في حالة رفض الشخص المثل أمام اللجنة طبقاً للأمر الصادر منها للإدلاء بشهادته وأقواله أو تقديم المستندات أو الوثائق المطلوبة، فإنه يجوز لتلك اللجنة أن تلجأ إلى إحدى المحاكم المختصة، وهي المحكمة التي تقع في دائرتها التحقيقات التي تقوم بها اللجنة، أو التي يقيم فيها الشخص المطلوب استدعاؤه أو التي يدير فيها نشاطه، وإذا رفض الشخص الحضور أمام اللجنة لأداء الشهادة المطلوبة، أو رفض تقديم الوثائق والتقارير المطلوبة، أو رفض الإجابة عن الأسئلة التي توجه له بدون سبب أو عذر مقبول - بعد صدور هذا الأمر من المحكمة - فإنه يسأل عن جريمة عدم إطاعة الأمر الصادر من المحكمة التي يعاقب عنها بالحبس مدة لا تتجاوز سنة و الغرامة التي لا تتجاوز ألف دولار أو بإحدى هاتين العقوبتين^(٢).

(١) د. محمد فاروق عبدالرسول، المرجع السابق، ص ٣٤٥-٣٤٦.

(٢) see: Section 21 (c) of The Exchange Act.

المطلب الثاني

ذاتية إجراءات التحقيق في جرائم سوق الأوراق المالية

٢٠ - تحريك الدعوى الجنائية في جرائم البورصة:

الأصل هو اختصاص النيابة العامة وحدها في تحريك الدعوى العمومية، فتتص المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: "تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون، ولا يجوز ترك الدعوى الجنائية أو وقفها أو تعطيل سيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون".

ولم ينص قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ في مصر على أي استثناء خروجاً على الأصل في اختصاص النيابة العامة، ويترتب على ذلك أن تحريك الدعوى الجنائية في جرائم البورصة يخضع للسلطة التقديرية للنيابة العامة، ولكن المشرع المصري أنشأ نيابات متخصصة تتولى التحقيق وتحريك الدعوى الجنائية في الجرائم الاقتصادية ومنها جرائم البورصة^(١). وبناء على ذلك جعل المشرع المصري التحقيق في جرائم البورصة والتصرف فيها من اختصاص نيابة الشؤون المالية والتجارية بالإسكندرية بالنسبة للجرائم التي ترتكب في محافظة الإسكندرية، أما جرائم البورصة التي تقع في باقي الإقليم المصري فتختص بها نيابة الشؤون المالية والتجارية بمكتب النائب العام^(٢).

(١) د. محمد فاروق عبدالرسول، المرجع السابق، ص ٣٥٦.

(٢) أصدر وزير العدل في ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٥٨ قرارين على النحو التالي:

القرار الأول: يتضمن إنشاء نيابة للشؤون المالية والتجارية بناية الإسكندرية الكلية، ويكون مقرها مبنى محكمة الإسكندرية الابتدائية، وتختص هذه النيابة بالتحقيق في الجرائم المتعلقة بالشركات والبنوك وعمليات البورصة وشؤون النقد وتهريب الأموال والضرائب والتهريب الجمركي التي تقع بدائرة محافظة الإسكندرية، كما تختص بالتصرف في القضايا الخاصة بهذه الجرائم.

ولما كانت أغلب جرائم البورصة من قبيل الجнг، فإنه يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية عن طريق تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة المختصة، وفقاً لنص المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي تجري على أنه: "إذا رأت النيابة العامة فى مواد المخالفات والجنگ أن الدعوى صالحة لرفع بناء على الاستدلالات التى جمعت، تكلف المتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة المختصة".

ولما كانت جرائم البورصة تتضمن مسائل فنية معقدة، فإن الأمر يتطلب إجراء كثير من التحقيقات. ولذلك فإن نيابة الشؤون المالية والتجارية قد تقوم بانتداب أحد أعضاء الضبط القضائي من موظفي هيئة سوق المال، وتتقيد في ذلك بأحكام النذب المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية^(١). وقد ترى النيابة مباشرة التحقيق بنفسها فتأمر بذلك وتحدد مواعده، وقد ترى أن تحقيق الدعوى بمعرفة قاض يكون أكثر ملاءمة بالنظر إلى ظروفها الخاصة، فيجيز لها القانون أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية نذب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق، فتتنص المادة (٦٤) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: "إذا رأت النيابة العامة فى مواد الجنائيات أو الجنگ أن تحقيق الدعوى بمعرفة قاضى التحقيق أكثر ملاءمة بالنظر إلى ظروفها الخاصة جاز لها فى أية حالة كانت

= القرار الثاني: يتضمن إنشاء نيابة للشؤون المالية والتجارية وما يتصل بها بمكتب النائب العام، ويكون مقرها دار القضاء العالي، وتختص هذه النيابة بالتحقيق في الجرائم المتعلقة بالكسب غير المشروع التي تقع في الإقليم المصري وفي الجرائم المتعلقة بالشركات والبنوك وعمليات البورصة وشؤون النقد وتهريب الأموال التي تقع بالإقليم المصري، عدا محافظة الإسكندرية، وفي الجرائم المتعلقة بالضرائب والتهريب الجمركي التي تقع بدائرة محافظة القاهرة، كما تختص بالتصرف في القضايا الخاصة بالجرائم المتقدم ذكرها.

(١) تنص المادة ٢٠٠ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: "لكل من أعضاء النيابة العامة فى حالة إجراء التحقيق بنفسه أن يكلف أى مأمور من مأمورى الضبط القضائي ببعض الأعمال التى من خصائصه".

عليها الدعوى، أن تطلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة هذا التحقيق".

ويلاحظ أن الدعوى الجنائية عن جرائم البورصة التي نص عليها القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ معلقة في تحريكها على تقديم طلب من رئيس الهيئة، كما أنه يجوز له أن يتصالح عن هذه الجرائم ولو بعد صدور الحكم النهائي، فتنص المادة ٦٩ مكرراً على أنه: "لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إلا بناء على طلب من رئيس الهيئة".

ويجوز لرئيس الهيئة التصالح عن هذه الجرائم في أي حالة كانت عليها الدعوى مقابل أداء مبلغ للهيئة لا يقل عن مثلي الحد الأدنى للغرامة.

ويترتب على التصالح انقضاء الدعوى الجنائية بالنسبة للجريمة التي تم التصالح بشأنها، وتأمّر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا حصل الصلح أثناء تنفيذها ولو كان الحكم باتاً".

ومؤدى ذلك أنه لا يجوز للنيابة العامة أن تقوم بالتحقيق في هذه الجرائم دون تقديم الطلب من رئيس الهيئة، ويفتح ذلك مجالاً للتصالح، كما يفتح مجالاً لكي تكتفي الهيئة بجزاءات إدارية تحل محل المساءلة الجنائية.

وتنص المادة (٩٩) من مشروع قانون سوق المال الجديد على أنه: "لا ترفع الدعوى الجنائية بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إلا بناء على طلب كتابي من رئيس الهيئة".

ويقصد بالطلب - بصفة عامة - إجراء تعبر فيه إحدى هيئات الدولة العامة عن إرادتها في تحريك الدعوى الجنائية^(١).

(١) د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٦٥٤؛ د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، جامعة المنصورة، سنة ٢٠١١، ص ١٣٩.

ويتعين توافر الشروط التالية في الطلب الذي يرفعه رئيس هيئة سوق المال إلى النيابة العامة لتحريك الدعوى الجنائية في جرائم البورصة: ١- أن يصدر من مختص وهو رئيس هيئة سوق المال وفقاً لنص القانون، ٢- أن يكون مكتوباً ويعبر عن إرادة مقدمه في تحريك الدعوى الجنائية وليس مجرد مساءلة المتهم إدارياً أو تأديبياً، ٣- ألا يكون معلقاً على شرط، بحيث تكون عبارات الطلب صريحة وقاطعة في تحريك الدعوى الجنائية^(١).

ويثار التساؤل التالي: ماذا يحدث لو كشف التحقيق عن وقائع أخرى يلزم عنها تقديم طلب؟ تجيب محكمة النقض عن هذا السؤال بقولها أن الطلب لا يشترط فيه أن يكون مقصوراً على الوقائع المحددة التي كانت معلومة وقت صدوره، دون ما يكشف عنها التحقيق عرضاً، بل إنه يشمل الواقعة بجميع أوصافها وتكيفها القانوني^(٢).

٢١ - الخيار بين الإجراءات الجنائية والإجراءات الإدارية في جرائم البورصة:

قد يشكل الفعل جريمة جنائية من جرائم البورصة وجريمة إدارية يجوز فيها القيام بإجراءات إدارية جزائية بدلا من إجراءات جنائية، فالتجريم الجنائي والتجريم الإداري يشتركان في بعض العناصر، إلا أنهما لا يصلان إلى حد التطابق، وقد تحدث إحالة إلى النيابة العامة في بعض جرائم البورصة، ولا يحول ذلك دون استمرار التحقيق الإداري وتوقيع الجزاء. والسؤال الذي يثار هنا: هل يجوز أن يحكم على شخص بغرامة جنائية وغرامة إدارية عن ارتكابه الفعل ذاته؟

(١) د. محمد فاروق عبدالرسول، المرجع السابق، ص ٣٥٩-٣٦٠.

(٢) نقض ٩ فبراير ١٩٨٤ مجموعة أحكام النقض س ٣٥ ص ١٣١ رقم ٢٦. لمزيد من التفصيل انظر: د. أشرف توفيق شمس الدين، إحالة الدعوى الجنائية إلى القضاء في النظم الإجرائية المقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

وقد حدا تعدد الأوصاف بين الجريمة الجنائية والجريمة الإدارية المشرع الفرنسي إلى النص على أنه إذا أبلغت الجمعية العمومية لهيئة البورصة le Collège عن وقوع مخالفات لقوانين ولوائح البورصة، وقام بالتحري عنه عن طريق المقرر، وانكشف له أن المخالفة تشكل جريمة جنائية، فإنه يقوم بإبلاغ رئيس النيابة لدى المحكمة الابتدائية بباريس (المواد L. 465-1 et L. 465-2 من القانون النقدي والمالي).

وتنص المادة L. 621-15-1 من القانون النقدي والمالي في فرنسا على أنه: "إذا توافرت إحدى المخالفات التي تم إعلانها وفقاً للفقرة الثانية من المادة L. 621-15-1 فإنها تشكل جريمة معاقب عليها وفقاً للمادة L. 465-1 et L. 465-2. وبالتالي فإن على الجمعية العمومية أن تحيل تقرير بالتحريات أو الرقابة إلى النيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية بباريس" ^(١).

وإذا قررت النيابة العامة بدء إجراءات جنائية ضد المتهم بجريمة من جرائم البورصة، فإن سلطة سوق رأس المال لها الحق في الادعاء المدني أثناء التحقيق، وأمام المحكمة للمطالبة بالتعويض عما لحق المساهمين من أضرار، ولمتابعة الدعوى الجنائية أيضاً، لتحقيق التعاون مع النيابة العامة وكفالة مقدار كاف من الفعالية (المواد L. 465-1 et L. 465-2 من القانون النقدي والمالي). ويأتي هذا الحق لسلطة سوق رأس المال في الادعاء المدني الذي قرره المشرع الفرنسي، خروجاً على القواعد العامة التي تقضي بضرورة توافر شرط الضرر الشخصي والمباشر في المدعي بالحق المدني ^(٢).

(١) L'article L. 621-15-1 du code monétaire et financier dispose que si « l'un des griefs notifiés conformément au deuxième alinéa du I de l'article L. 621-15 est susceptible de constituer un des délits mentionnés aux articles L. 465-1 et L. 465-2, le Collège transmet immédiatement le rapport d'enquête ou de contrôle au procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris ».

(٢) l'article L. 621-16-1 qui prévoit que « lorsque des poursuites sont engagées en application des articles L. 465-1 et L. 465-2, l'Autorité des marchés financiers peut exercer les droits de la partie civile ».

وتسري القواعد العامة عند توافر وصف الجريمة الجنائية، ووصف المخالفة الإدارية على السلوك محل المساءلة، فيجوز في هذه الحالة تحريك ورفع الدعوى الجنائية وتحريك الإجراءات الإدارية في الوقت نفسه، تطبيقاً لذلك قُضي بأنه لا يوجد في القانون ما يحول دون تحريك الدعوى الجنائية والدعوى الإدارية في الوقت ذاته^(١). وعلى الرغم من ذلك فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد قضت - « Gradinger c/ Autriche » - بوقوع مخالفة لمبدأ "عدم جواز محاكمة شخص عن فعل واحد مرتين"، حتى ولو كان أحد الجزاءين جنائياً والآخر إدارياً مادام الملاحقة في الحالتين تتم عن نفس الفعل^(٢).

في مقام الجمع بين العقوبات الجنائية والعقوبات الإدارية التزم مجلس الدولة الفرنسي بالمبدأ القانوني المقرر في هذا الخصوص والذي يجيز الجمع بين الجزاء الإداري والجزاء الجنائي، غير أنه أكد على مبدأ آخر ينطبق أيضاً وهو ضرورة العقوبة وتناسبها الذي يسري على الجزاءات الإدارية كما يسري على الجزاء الجنائي، واستخلص المجلس من ذلك أن الجمع بين النوعين من العقوبات يؤدي في بعض الحالات إلى الإخلال بهذا المبدأ الأخير^(٣).

ويترتب على ذلك أن المخالفات التي تكشف عنها هيئة سوق المال (جهة إدارية) يمكن أن ينسحب عليها وصف الجريمة الجنائية (جريمة إفشاء معلومات متميزة في البورصة *délits d'initiés*)، وهنا تقوم الجمعية العمومية مباشرة بإخبار النيابة العامة بالمحكمة الابتدائية بباريس، وذلك تطبيقاً للفقرة ٢ من المادة ٤٠ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

(١) (Crim. 1er mars 2000, no 99-86.299, Bull. crim. no 98, JCP E 2001. 30, note J.-J. Daigre) CA Paris, 16 mars 1994, Bergé c/ Agent judiciaire du Trésor, Gaz. Pal. des 1er et 3 mai 1994. 31, obs. Jobard, JCP 1994. II. 22321, note Robert; dans le même sens, CA Paris, 26 oct. 1999, Bull. Joly Bourse 2000. 153, note Rontchesky; Crim. 1er mars 2000, Bull. Joly Bourse 2000. 444, note Rontchesky).

(٢) arrêt « De Oliveira c/ Suisse » du 30 juillet 1998 (Rec. 1998-V)

(٣) décision du 28 juillet 1989, no 89-25, Rec. Cons. const., p. 71

وعندما تقرر النيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية بباريس تحريك الدعوى العمومية بشأن الوقائع، فعليها أن تخبر هيئة سوق المال مباشرة، ويمكن للنيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية بباريس أن تنقل إلى هيئة سوق المال بناء على طلبها نسخة من كل الأوراق التي تتعلق بوقائع القضية موضوع الإحالة (مادة L. 621-15-1 من القانون النقدي والمالي)^(١).

ويترتب على إحالة أوراق القضية من النيابة العامة إلى هيئة سوق المال وفقا لنص المادة ٦٢١-١٦-١ من القانون النقدي والمالي إمكانية رفع الدعوى المدنية^(٢)، إذ تقضي المادة ٦٢١-١٦-١ من القانون النقدي والمالي بأنه من حق هيئة سوق المال رفع الدعوى المدنية عندما تحيل إليها النيابة العامة أوراق القضية.

وقد قضت محكمة استئناف باريس بأن ازدواجية الإجراءات - الجزاء الجنائي بالإضافة إلى الجزاء الإداري - لا يؤدي إلى وقف الفصل في الجزاء الإداري لحين صدور حكم جنائي^(٣)، ويكون ذلك في حالة ما إذا أُلحيت الواقعة

(١) «le procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris peut transmettre à l'Autorité des marchés financiers, d'office ou à la demande de cette dernière, la copie de toute pièce d'une procédure relative aux faits objets de la transmission» Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012), Répertoire de droit penal, DALLOZ 2012, p68.

(٢) l'article L. 621-16-1 prévoit que: «lorsque des poursuites sont engagées en application des articles L. 465-1 et L. 465-2, l'Autorité des marchés financiers peut exercer les droits de la partie civile»

(٣) la cour décide en effet « qu'il lui appartient d'examiner, au vu des éléments qui lui sont soumis dans le cadre de la procédure aux fins de sanction administrative dont elle est saisie sur le fondement du règlement no 90-08 de la Commission, si un manquement dont les éléments constitutifs sont distincts de ceux de l'infraction visée à l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 [C. mon. fin., art. L. 465-1] a été commis en l'espèce; qu'ainsi ni l'intérêt d'une bonne administration de la justice ni aucune prescription légale ou réglementaire ne justifient, en la cause, de surseoir à statuer » (CA Paris, 16 mars 1994, Bergé c/ Agent judiciaire du Trésor, Gaz. Pal. des 1er et 3 mai 1994. 31, obs. Jobard, JCP 1994. II. 22321, note Robert; dans le même sens, CA Paris, 26 oct. 1999, Bull. Joly Bourse 2000. 153, note Rontchesky; Crim. 1er mars 2000, Bull. Joly Bourse 2000. 444, note Rontchesky)

بوصف مختلف. فعلى سبيل المثال إذا أحيل موظف إلى المحكمة الجنائية بتهمة القتل الخطأ والاعتداء على رئيسه في العمل، هنا لا تلتزم الجهة الإدارية بوقف نظر الدعوى الإدارية - فيما يتعلق بالاعتداء على الرئيس - حتى تنتهي الدعوى الجنائية، لأن قاعدة الجنائي يوقف المدني والإداري لا تنطبق في هذه الحالة.

٢٢ - وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية في جرائم البورصة:

الأصل هو وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية^(١). تأكيداً لذلك نصت المادة ٢٦٥/١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: "إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية، يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً في الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو في أثناء السير فيها". ويرد استثناء على هذا الأصل نصت عليه المادة ٢٦٥/٢ إجراءات بقولها: "إذا أوقف الفصل في الدعوى الجنائية لجنون المتهم، يفصل في الدعوى المدنية". ومن الجدير بالذكر أن حجية الأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية أمام القضاء المدني هي من النظام العام، وبالتالي فإن وقف الفصل في الدعوى المدنية إلى حين صدور حكم بات من المحكمة الجنائية في الدعوى الجنائية هو من النظام العام أيضاً^(٢).

ومؤدى ذلك أنه إذا بدأت الإجراءات الجنائية عن جريمة من جرائم البورصة، تعين على الأجهزة التابعة لهيئة سوق المال أن توقف الإجراءات الإدارية الجزائية حتى تنتهي المحكمة الجنائية بحكم نهائي في الموضوع، إلا إذا كانت المخالفة الإدارية ترد على واقعة مختلفة عن تلك المعروضة على المحكمة الجنائية.

(١) نقض ١١ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض س ٦ العدد الأول ص ٤٩ رقم ١٨.

(٢) د. نجاتي سيد أحمد سند، مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري "الجزء الأول"، جامعة الزقازيق، ٢٠١٢، ص ٣٠٨.

٢٣ - قاعدة عدم جواز محاكمة شخص عن فعل واحد مرتين في جرائم البورصة:

من القواعد الأساسية في العدالة الجنائية أنه لا يجوز محاكمة شخص عن فعل واحد مرتين، ومع ذلك فإن التمسك بتلك القاعدة لا ينطبق هنا في حالة ارتكاب جريمة من جرائم البورصة، ويرجع ذلك إلى نص التوجيه رقم la directive n° 2003/6/CE du 28 janvier 2003 والذي لا يرى أي تعارض في هذا الصدد، وبالتالي لا تطبق قاعدة عدم جواز معاقبة شخص عن فعل واحد مرتين^(١).

وتسمح المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالإجراءات الجنائية والإدارية، وبالتالي بتطبيق الجزاءين الجنائي والإداري في مجال جرائم البورصة، وذلك وفقا لنص المادة ١٤ من البرتوكول رقم ٧ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بحيث لا يتعارض ذلك مع قاعدة عدم جواز معاقبة شخص عن فعل واحد مرتين، وقد أكدت ذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية Gradinger c/ Autriche هذا المبدأ^(٢).

وتستند قاعدة عدم جواز معاقبة شخص مرتين عن فعل واحد إلى نص المادة ٤٥٤ من قانون الإجراءات الجنائية الذي يجري على أنه: "تتقضي الدعوى الجنائية بالنسبة للمتهم المرفوعة عليه والوقائع المسندة فيها إليه بصدور حكم نهائي فيها بالبراءة أو بالإدانة، وإذا صدر حكم في موضوع

(١) l'article 14 dispose, en effet, que «sans préjudice de leur droit d'imposer des sanctions pénales, les états membres veillent à ce que, conformément à leur législation nationale, des mesures administratives appropriées puissent être prises ou des sanctions administratives appliquées à l'encontre des personnes responsables d'une violation des dispositions arrêtées en application de la présente directive. Les états membres garantissent que ces mesures sont effectives, proportionnées et dissuasives»

La Cour européenne, arrêt du 23 octobre 1995 (Série A, no 328-C).

(٢)

الدعوى الجنائية، فلا يجوز إعادة نظرها إلاّ بالطعن في هذا الحكم بالطرق المقررة في القانون^(١).

ويُضاف إلى ما سبق أن تلك القاعدة تجد سنداً دستورياً لها؛ فقد انتهت المحكمة الدستورية في مصر إلى أن قاعدة عدم جواز معاقبة شخص واحد مرتين عن فعل واحد لها أساس دستوري، وبالتالي فإنها ليست مجرد قاعدة تنتمي إلى القانون الطبيعي والأصول العامة للقانون، وقد أقامت المحكمة قضاءها استناداً إلى فكرة الدولة القانونية، فقضت المحكمة في خصوص عدم دستورية المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم التي حددت من يعد مشتبهاً فيه بأن: "عدم جواز معاقبة الشخص الواحد مرتين عن فعل واحد من المبادئ التي رددتها النظم القانونية على اختلافها، ويعتبر جزءاً من الحقوق الأساسية التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية لكل إنسان، ويخل إهداره بالحرية الشخصية التي يعتبر صونها من العدوان ضمانة جوهرية لأدمية الفرد ولحقه في الحياة، ذلك أن الجريمة الواحدة لا تزر وزرين، وباستيفاء من ارتكبها للعقوبة المقدرة لها - وهي عقوبة لا يفرضها المشرع جزافاً، وإنما يفرد لكل جريمة العقوبة التي يرتئها مناسبة لها، فإن الحق في القصاص يكون قد بلغ غاية الأمر فيه".

واستطردت المحكمة مؤكدة على فكرة الدولة القانونية وفكرة الحرية الشخصية كأساس لهذا المبدأ قائلة: "وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم ديمقراطي مؤداه ألاّ تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها الحقوق وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كلفها الدستور في مادته الحادية والأربعين، واعتبرها من الحقوق الطبيعية

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٢٣٢.

التي لا تمس، ومن بينها ألا تكون العقوبة الجنائية التي توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها، أو ممعنة في قسوتها، أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية السليمة، أو متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد" ^(١).

ويؤكد المجلس الدستوري في فرنسا على الأخذ بمبدأ عدم جواز عقاب شخص على فعل واحد مرتين ^(٢). وقد تمسك البعض بأن عقاب الشخص في جريمة البورصة من قبل لجنة عمليات البورصة بالجزاء الإداري، وكذلك توقيع جزاء جنائي يعتبر مخالفاً لمبدأ عدم جواز عقاب الشخص عن فعل واحد مرتين.

رداً على ذلك ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى القول بأن الجزاء الإداري في البورصة له طبيعة جنائية، وإن كان قد ترك لجهة غير جنائية لكي توقعه، ومن ثم فإنه لا يجوز توقيع جزاء مماثل للجزاء الجنائي عن فعل واحد. وبناء على ذلك اتجه المجلس الدستوري الفرنسي إلى القول بوجود مخالفة لمبدأ عدم عقاب شخص عن فعل واحد مرتين في جرائم البورصة ^(٣).

وجدير القول بأن الإحساس بالعدل أهم من تطبيق القانون المجرد، ويقصد بذلك إذا كان هناك احتمال وجود إجراءات مزدوجة تنتهي إلى توقيع نوعين متماثلين من الجزاءات، فإن ذلك يعني وجود جزاء إداري جزائي يعاقب على الفعل وكذلك جزاء جنائي، عندئذ ندرك أن مبدأ التناسب يفرض علينا أنه لا

(١) دستورية عليا، جلسة ٤ يناير سنة ١٩٩٢، قضية رقم ٢٢ لسنة ٨ ق، مجموعة أحكام المحكمة س ٥ ص ٨٩ رقم ١٤.

(٢) no 89-25, Rec. Cons. const., p. 71. sa décision du 28 juillet 1989 « Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier »

(٣) «le principe ainsi énoncé ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle» (considérant no 18). no 89-25, Rec. Cons. const., p. 71. sa décision du 28 juillet 1989.

يجب أن يزيد مبلغ الجزاءين معا عن مبلغ الجزاء الأعلى أي الحد الأقصى للجزاءات.

وقد سمحت محكمة استئناف باريس بازديادية الإجراءات إذا كانت العناصر المشكلة للمخالفات الإدارية منفصلة عن تلك التي تشكل الجريمة الجنائية^(١). فعلى سبيل المثال إذا قام موظف عام بالتعدي بالضرب والسب على زميل له في العمل فهذا الفعل يشكل جريمة تأديبية؛ لأن الموظف خرج على حدود ومقتضيات واجبات الوظيفة، كما يشكل جريمة جنائية حيث اعتدى على سلامة زميله الجسمية في العمل، فكل جريمة جنائية يرتكبها الموظف تعتبر في حد ذاتها مخالفة تأديبية لأنها خالفت قوانين العمل، ولكن المخالفة التأديبية والتي يخرج فيها الموظف عن واجبات ومقتضيات وظيفته لا تتضمن بالضرورة جريمة جنائية.

وتخالف محكمة النقض الفرنسية المجلس الدستوري والمحكمة الأوروبية من حيث أنها تجيز الجمع بين الحكم الجنائي والحكم الإداري^(٢). وقد تحفظت فرنسا على البرتوكول وعلى النص الخاص بعدم جواز معاقبة شخص عن فعل واحد مرتين، استناداً إلى جواز ذلك عند اختلاف الأنظمة التي يخالفها المتهم. وقد تبنت النمسا وجهة النظر الفرنسية في التحفظ على نص البرتوكول^(٣).

وبناء عليه فإنه يجوز الجمع بين المسؤولية الإدارية والمسؤولية الجنائية عن جرائم البورصة، وقد أجاز القضاء الفرنسي ذلك، اتباعاً للقواعد العامة التي تسمح بالجمع بين النوعين من المسؤولية، وذلك لاختلاف الأساس القانوني الذي هو وقوع الجريمة الجنائية بالنسبة للمسؤولية الجنائية، والذي هو مخالفة الالتزامات التي تفرضها قوانين ولوائح البورصة والتي تكفل حسن سير

CA Paris, 16 mars 1994, JCP 1994. II. 22321, note J.-H. Robert. (١)

Crim. 1er mars 2000, no 99-86.299, Bull. crim. no 98, JCP E 2001. 30, note J.-J. Daigre. (٢)

Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012), Répertoire de droit pénal, DALLOZ 2012, p78. (٣)

البورصة، سواء ما يتعلق منها بالتزامات تقع على عاتق المهنيين، أو التزامات تقع على عاتق المتدخلين في نشاط البورصة بالنسبة للمسؤولية الإدارية^(١). وقد يجتمع النوعان من المسؤولية عن فعل واحد.

المبحث الثاني

ذاتية إجراءات المحاكمة في جرائم سوق الأوراق المالية

٢٤ - تخصيص قضاء لنظر جرائم سوق الأوراق المالية:

خصص المشرع المصري المحاكم الاقتصادية لنظر جرائم البورصة، فقد نصت المادة (٤) من قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ على أن: "تخصص الدوائر الابتدائية والاستئنافية بالمحاكم الاقتصادية دون غيرها، نوعيا ومكانيا بنظر الدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها في القوانين الآتية: (٤) قانون سوق المال.....".

ويحقق أفراد محاكم اقتصادية لنظر المنازعات المتعلقة لسوق المال بوجه عام المزايا التالية:

١ - ميزة الحق في دعوى عادلة:

حقق المشرع ميزة الحق في دعوى عادلة للمتهم في جرائم السوق المالية؛ حيث أنشأ محكمة من قضاة وليس من جهة إدارية في تلك القضايا، وأكثر من ذلك فإن النيابة العامة هي المختصة بالتحقيق في هذا النوع من الجرائم وفقا للقواعد العامة، ولا يترك للجهة الإدارية عناية التحقيق فيها.

(١) Déc. du 29 sept. 1992 rapportée au Bull. COB, n° 262, oct. 1992, arrêt du 17 mars 1993 de la 1re ch. CA Paris, arrêt du 14 nov. 1995, Cass. Com(10) TGI Paris 11e ch., 6 déc. 1995, Dehayé.

٢ - ميزة السرعة:

تتحقق تلك الميزة وفقا للقانون المصري من وجود هيئة لتحضير الدعوى في المسائل غير الجنائية قبل إحالتها إلى المحكمة لكي تكون مستوفية، فعندما ترفع الدعوى ويتم تحديد ميعاد لها أمام المحكمة تتولى هيئة التحضير في الفترة السابقة على ميعاد الجلسة عملها، ويتم بالتالي استغلال الوقت الضائع قبل تحديد ميعاد الجلسة، كما يتم جمع المستندات اللازمة توفيراً للوقت أمام المحكمة ذاتها، فتنص المادة (٨) من القانون سالف الذكر على أنه: "تنشأ بكل محكمة اقتصادية هيئة لتحضير المنازعات والدعاوى التي تختص بها هذه المحكمة، وذلك فيما عدا الدعاوى الجنائية والدعاوى المستأنفة والأوامر المنصوص عليها في المادتين (٣ و ٧) من هذا القانون.

وتشكل هيئة التحضير برئاسة قاض من بين الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية على الأقل وعضوية عدد كاف من قضاتها بدرجة رئيس محكمة أو قاض بالمحكمة الابتدائية، تختارهم الجمعية العامة في بداية كل عام قضائي، ويلحق بها العدد اللازم من الإداريين، وتختص هيئة التحضير بالتحقق من استيفاء مستندات المنازعات والدعاوى ودراسة هذه المستندات، وعقد جلسات استماع لأطرافها، وإعداد مذكرة بطلبات الخصوم وأسانيدهم وأوجه الاتفاق والاختلاف بينهم، وذلك في خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ قيد الدعوى، ولرئيس الدائرة المختصة أن يمنح الهيئة بناء على طلب رئيسها مدة جديدة للتحضير لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ قيد الدعوى، ولرئيس الدائرة المختصة أن يمنح الهيئة بناء على طلب رئيسها مدة جديدة للتحضير ولا تتجاوز ثلاثين يوماً وإلا تولت الدائرة نظر الدعوى.

٣ - ميزة الخبرة:

تتحقق هذه الميزة من خلال تشكيل دوائر الجнг من ثلاثة قضاة وليس من قاض فرد كما هو الحال في الجنگ العادية، هؤلاء القضاة هم من درجة رئيس محكمة أي أكثر خبرة من المحاكم العادية، أما الدوائر الاستئنافية التي تنظر استئناف الجنگ الاقتصادية فإنها تتشكل من ثلاثة من قضاة محاكم

الاستئناف، يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس محكمة الاستئناف، وتنظر دائرة استئنافية الجنايات الاقتصادية (مادة ٥ من القانون).

وقد نص المشرع الكويتي في القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة سوق رأس المال على محكمة متخصصة لنظر جرائم البورصة بنصه في المادة (١٠٨) منه على أن: "تنشأ بالمحكمة الكلية محكمة تسمى "محكمة أسواق المال" يصدر بتحديد مقرها قرار من وزير العدل بموافقة المجلس الأعلى للقضاء، وتتألف هذه المحكمة مما يلي:

١ - دوائر جزائية تختص دون غيرها بالفصل في الدعاوى الجزائية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وتشكل دائرة الجنايات من ثلاثة قضاة أحدهم بدرجة مستشار على الأقل، كما تشكل دائرة الجناح من قاضي من الدرجة الأولى على الأقل، وتتبع في تحريك الدعوى الجزائية ورفعها أمام تلك الدوائر القواعد والإجراءات المقررة في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، وذلك فيما لم ترد به نص خاص في هذا القانون.

٢ - دوائر غير جزائية تختص دون غيرها بالفصل في الدعاوى غير الجزائية المتعلقة بالمنازعات التجارية والمدنية والإدارية الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون والأنظمة واللوائح الخاصة بسوق الأوراق المالية، ومنازعات التنفيذ الموضوعية المتعلقة بالأحكام الصادرة منها، وذلك أياً كانت قيمة هذه المنازعات، وتشكل هذه الدوائر من ثلاثة قضاة يكون أحدهم بدرجة مستشار على الأقل.

٣ - قاض أو أكثر تندبه المحكمة الكلية للحكم بصفة وقتية، مع عدم المساس بأصل الحق، في المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت والتي تختص بها هذه المحكمة، وكذلك إشكالات التنفيذ الوقتية وإصدار الأوامر على العرائض والأوامر الوقتية وأوامر الأداء المتعلقة بها.

ويسري قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المحكمة له على الدعاوى غير الجزائية التي ترفع وفق أحكام هذا القانون، وذلك فيما لم يرد به نص خاص فيه".

كما تأثر المنظم السعودي بالاتجاه المتزايد في التشريعات الحديثة نحو أفراد قضاء خاص من المتخصصين في هذا المجال، نظراً لطابعه الفني المتميز والذي يحتاج إلى من لهم دراية بسوق الأوراق المالية.

كما اتجه المنظم السعودي عند تحديد اختصاص قضاء السوق المالية إلى الجمع بين المنازعات المدنية والتجارية والجنائية أمام الجهة نفسها، وفي هذا تقترب هذه الخطة مع خطة المشرع المصري الذي جمع بين تلك الاختصاصات في قضاء واحد وهو المحاكم الاقتصادية.

غير أن المنظم السعودي قد انحاز إلى إنشاء لجنة من غير القضاة يتخصصون في الفصل في منازعات الأوراق المالية، فقد نص "نظام السوق المالية" على إنشاء لجنة للفصل في منازعات الأوراق المالية، تسمى لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية، تتكون هذه اللجنة من مستشارين قانونيين متخصصين يعينهم مجلس هيئة السوق المالية لفترة ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

وتختص لجنة الفصل في المنازعات بالنظر في المنازعات التي تقع في نطاق نظام السوق المالية واللوائح والتعليمات الصادرة عن هيئة السوق المالية والسوق، ويدخل في اختصاص اللجنة سلطة الحكم بغرامة تصل إلى عدة ملايين من الريالات على المخالفين لأحكامه، أي على مرتكبي جرائم السوق المالية، وأكثر من ذلك للجنة أن تحكم بعقوبة الحبس على المخالف لبعض جرائم السوق المالية.

وتستأنف أحكام تلك اللجنة أمام لجنة للاستئناف يشكلها مجلس الوزراء للنظر في القرارات التي تصدرها لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية، وتتمتع لجنة الاستئناف بسلطة رفض النظر في القرارات التي تصدرها لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية، أو تأكيد تلك القرارات، أو إعادة النظر في الشكوى أو الدعوى من جديد، ويجوز استئناف القرارات الصادرة من لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية أمام لجنة الاستئناف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغها^(١).

(١) د. شيماء عبدالغني عطالله، السياسة الجنائية للمنظم السعودي في حماية تداول الأوراق المالية في السوق المالية، مرجع سابق، ص ٨٤٣.

٢٥ - نقد خطة المنظم السعودي في تخصيص قضاء للسوق المالية:

تميزت خطة المنظم السعودي بالاهتمام بالطابع الخاص للمنازعات المتعلقة بالسوق المالية نظرا لما يتطلبه الفصل فيها من تخصص فني، وعدم اقتصره على النواحي الشرعية أو القانونية فقط، غير أن هذه الخطة يرد عليها ملاحظات مهمة تتعلق بالحق في دعوى عادلة، ويرجع ذلك إلى الطابع الإداري للهيئة التي تتولى الفصل في المنازعات أي تقوم بعمل القضاء مع أنها جهة إدارية، والأكثر من ذلك فإن للجنة سلطة الحكم في القضايا الجنائية حيث لها أن تحكم بغرامة تصل إلى عدة ملايين بل والحكم بعقوبة الحبس، فالتساؤل يثار عن مدى مراعاة الحق في دعوى عادلة وخاصة الحق في القاضي الطبيعي.

من المبادئ المستقرة قانوناً أن للمتقاضي في جميع المنازعات المدنية والتجارية، وبالطبع من باب أولى في القضايا الجنائية التي تتعلق بحريات الناس وأموالهم، الحق في القاضي الطبيعي، تأكيداً لذلك قضت المحكمة الدستورية في مصر بعدم دستورية لجان الفصل في منازعات العمل (اللجان الخماسية القضائية) والتي كانت تتكون من قضاة ومن غير قضاة على أساس أن عدد غير القضاة كان يفوق القضاة فيها (فقد كانت مشكلة من اثنين من القضاة وثلاثة من غير القضاة)، ومن ثم فإن المحكمة ارتأت أن الخصوم لم يكن يتمتعون بالحق في القاضي الطبيعي، وذلك على الرغم من أنهم كان بوسعهم أن يطعنوا في الحكم الصادر أمام محكمة الاستئناف^(١).

فقد كانت المادة (٧١) من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٢ تنص على أن: "تشكل بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الجهات المعنية لجان ذات اختصاص قضائي من اثنين من القضاة - مدير مديرية القوى العاملة والهجرة المختص أو من ينيبه - عضو من اتحاد نقابات عمال مصر - عضو

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا ٢٠٠٨/١/١٣ في القضية رقم ٢٦ لسنة ٢٨ ق دستورية، منشور في الجريدة الرسمية في ٢٦/١/٢٠٠٨.

من منظمة أصحاب الأعمال المهنية، وتختص كل لجنة دون غيرها بالفصل في المنازعات الفردية الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون...". وكانت المادة (٧٢) من القانون ذاته تنص على أن: "يصدر قرار اللجنة ... ويعتبر بمثابة حكم صادر عن المحكمة الابتدائية... ويجوز الطعن في القرار الصادر من اللجنة أمام المحكمة الاستئنافية المختصة وفقا لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية".

لذلك صدر القانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠٠٨ في مصر بتعديل بعض أحكام قانون العمل (الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٢) فنص في مادته الثانية على أن: "تستبدل عبارة (المحكمة العمالية) بعبارة (اللجنة) أينما وردت في نصوص قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٢".

ونظراً لأهمية اعتبارات الدعوى العادلة، أدانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فرنسا فيما ذهبت إليه من تخويل اللجنة البنكية la Commission bancaire التي تراقب البنوك سلطة فرض جزاءات إدارية pouvoir disciplinaire على الموظفين، ذلك لأنها تجمع بين سطرتي التحقيق وتوقيع الجزاء - وفقاً للمادة ٦١٣ فقرة (٢١) من القانون النقدي والمالي الفرنسي - مما يترتب عليه مخالفة مبدأ الحياد والفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة ٦ فقرة ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(١) والمنصوص عليه في المادة ١٦ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٨٩.

كما قضى المجلس الدستوري الفرنسي - في الدعوى المرفوعة أمامه من مجلس الدولة - بعدم صحة النصوص التشريعية المتعلقة بالسلطات التأديبية

(١) CEDH, 11 sept. 2009, Dubus SA c. France, n° 5242/04, AJDA 2009. 1936, chron. J.-F. Flauss; D. 2009. 2247, note A. Couret; AJ pénal 2009. 354, étude J. Lasserre Capdeville. Dalloz actualité 08 décembre 2011, p.3.

"La Cour européenne des droits de l'homme avait déjà jugé la procédure de la Commission bancaire contraire aux principes d'indépendance et d'impartialité prévus par l'article 6, 1, de la Convention européenne des droits de l'homme" (CEDH 11 juin 2009, Dubus c. France, préc.) Dalloz actualité Æ Editions Dalloz 2013, p.2.

للجنة البنكية، ويرجع ذلك إلى عدم فصل اللجنة بين وظيفتها في التحقيق وتوقيع الجزاء، وكذلك عدم احترام مبدأ الحياد القضائي le principe d'impartialité des juridictions^(١). وقد خولت المادة ٦١٣ فقرة (١) من القانون النقدي والمالي الفرنسي اللجنة البنكية بالتحقيق مع من يخالف القانون في سوق الأوراق المالية وتوقيع الجزاء في حقه^(٢).

يعتبر مبدأ الفصل بين سلطة التحقيق وسلطة المحاكمة من المبادئ الأساسية للعدالة سواء تعلق الأمر بالعدالة الجنائية أو بالعدالة التأديبية، نظرا لتعلق الأمر بحسن سير العدالة وليس فقط بالحق في الدفاع^(٣).

٢٦ - الاختصاص بجرائم البورصة في القانون النقدي والمالي الفرنسي:

خول القانون الفرنسي المحكمة الابتدائية في باريس Tribunal de grande instance de Paris بنظر جرائم البورصة سواء من ناحية التحقيق فيها أو المحاكمة، وتمارس المحكمة اختصاصا نوعيا على مستوى الدولة، وكذلك اختصاص محلي استثنائي دون أن يشاركها فيه المحاكم الأخرى^(٤). ففي قضية L'affaire Péchiney التي أجري المتهم مكالمة هاتفية أثناء تواجده في باريس وأفشي معلومات تتعلق بالبورصة لشخص آخر موجود في نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية، قضت محكمة النقض الفرنسية باختصاص القضاء

(١) (CE 23 sept. 2011, n° 336839), Cons. const., 2 déc. 2011, n° 2011-200-QPC, Dalloz actualité 08 décembre 2011, p.1.

(٢) (C. mon. fin., art. L. 613-1, al. 1er), «chargée de contrôler le respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et de sanctionner les manquements constatés»

(٣) د. شيماء عبدالغني عطاالله، مدى إعمال قواعد المسؤولية التأديبية في مجال المسؤولية الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٢١٨ وما يليها.

(٤) La loi no 2003-706 du 1er août 2003.

الفرنسي بنظر القضية مادامت المعلومات التي تم إفشاؤها وقعت في باريس عن طريق الاتصال التليفوني^(١).

٢٧ - الادعاء المدني عن جرائم البورصة:

يجوز الادعاء المدني أمام المحكمة الجنائية من المساهمين في الشركات، وذلك وفقاً للقواعد العامة في الإجراءات الجنائية التي تقتضي وجود ضرر مباشر وشخصي من الجريمة لحق بالمدعي بالحق المدني^(٢). وتقتضي القواعد العامة بأنه إذا كانت المصلحة التي يحميها المشرع بالتجريم ليس مصلحة المساهم ولكن حسن سير السوق المالي، فإن المحكمة الجنائية لا تصبح مختصة باعتبار أن الضرر ليس شخصياً وليس مباشراً، تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن جريمة إساءة استعمال مال الشركة أو جريمة إساءة استعمال الصفة في الشركة لا تسبب وجود ضرر شخصي ومباشر للمساهم وإنما تسبب ضرراً للشركة في مجملها^(٣)، ترتباً على ذلك قضت المحكمة بأن جريمة استغلال معلومات جوهريّة - والتي وقعت من مدير إحدى الشركات الذي باع أسهما له في الشركة عندما توافرت لديه معلومات استأثرت بها دون غيره، وقد حدث بعدها هبوط في قيمة أسهم الشركة - لا يجوز فيها للمساهم أن يدعي مدنياً أمام المحكمة الجنائية^(٤). وقد استندت المحكمة في ذلك

(١) Crim. 3 nov. 1992, no 92-84.745, Bull. no 352, RSC 1993. 787, obs. Giudicelli-delage, Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012), Répertoire de droit pénal, DALLOZ 2012, p.15.

(٢) راجع: د. عبدالرؤف مهدي، المرجع السابق، ص ١١١٨. وكذلك: نقض ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٩٦٨ رقم ١٨٤.

(٣) Crim. 11 janv. 1996: Jacqueline Riffault-Silk, Droit pénal boursier. Recevabilité de la constitution de partie civile des actionnaires du chef de délit d'initié, Revue de science criminelle 2004 p. 113.

(٤) Cass. crim. 11 déc. 2002: Délit d'initié, action civile, abus de pouvoirs, F. Staziak, Bull. Joly Bourse mars-avr. 2003, p. 149 et s.; La constitution de partie civile par des actionnaires en cas d'abus de pouvoirs et de délit d'initié: deux approches distinctes? A.-D. Merville, Petites affiches 5 août 2003, p. 12 et s.; Banque et droit, chronique financière et boursière, mars-avr. 2003, note H. =

إلى أن هذه الجريمة ليست من طبيعتها أن تسبب ضررا مباشرا وشخصيا للمساهمين ولكنها تحمي الشركة في مجملها، غير أن المحكمة قضت بغير ذلك بالنسبة لنشر معلومات كاذبة وأجازت الادعاء المدني عن تلك الجريمة وإن استندت المحكمة إلى ذات السبب؛ وهو أن تلك الجريمة تسبب ضررا مباشرا للمساهم حيث أدى هذا النشر إلى هبوط قيمة أسهم الشركة^(١).

وقد خلا التشريع المصري والإماراتي من النص على حق الأجهزة القائمة على تنظيم سوق الأوراق المالية في الادعاء المباشر أمام القضاء الجنائي. يترتب على ذلك وجوب تطبيق القواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية. وبالتالي يجوز للهيئة العامة للرقابة المالية أن تدعي مدنيا أمام المحاكم الجنائية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي سببتها الجريمة لسير البورصة وليس عن الأضرار التي تلحق بالمساهمين، ذلك أنه يلزم أن يكون الضرر شخصا ومباشرا لجواز الادعاء المدني أمام المحاكم الجنائية^(٢).

= de Vauplane et J.J. Daigre; Gaz. Pal. 21-22 févr. 2003, p. 25, note C. Ducouloux-Favard; RD bancaire et financier, n° 2, mars-avr. 2003, note Ph. P.; Bull. Joly sociétés avr. 2003, note E. Dezeuze.

Crim. 30 janv. 2002: Jacqueline Riffault-Silk, Droit pénal boursier. Recevabilité (١) de la constitution de partie civile des actionnaires du chef de délit d'initié, Revue de science criminelle 2004 p. 113.

د. تامر صالح، المرجع السابق، ص ٤٥٥. ينص مشروع قانون سوق رأس المال رقم (٢) ١٩٥ لسنة ١٩٩٢م في المادة ٨٥ على أن: "للهيئة أن تقيم الدعاوى القضائية الجماعية وتباشرها لصالح الشركات والمساهمين بها لطلب التعويض عن الأضرار التي تنتج عن مخالفة أحكام هذا القانون والقرارات.

الفصل الثاني

ذاتية الإجراءات الإدارية في جرائم سوق الأوراق المالية

نعالج في هذا الفصل إجراءات التحقيق الإداري في جرائم سوق الأوراق المالية وذلك في مبحث أول، وقد خصصنا المبحث الثاني لتوقيع الجزاءات الإدارية في جرائم سوق الأوراق المالية.

٢٨ - سلطة الإدارة في فرض جزاءات إدارية:

أصبح معترفاً به أن للإدارة أن توقع جزاءات مالية وقفل المنشأة عن أفعال تمثل جرائم جنائية وفقاً لاتجاه يخفف من اللجوء إلى الطريق الجنائي، لذا ظهر القانون الإداري الجنائي، الذي يمكن تعريفه بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تقر صلاحية للإدارة في فرض جزاءات مالية على جمهور المواطنين^(١). كما يعرفه البعض بأنه القانون الذي ينص على جرائم إدارية ويحدد جزاءات إدارية توقعها جهة الإدارة^(٢).

٢٩ - مفهوم الجريمة الإدارية:

يقصد بالجريمة الإدارية وفقاً لقانون ٢ فبراير لسنة ١٩٧٥ في ألمانيا "العمل غير المشروع المعاقب عليه وفقاً للقانون بغرامة إدارية"^(٣). كما يعرفها

(١) د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، مرجع سابق، ص ٣.

(٢) انظر لمزيد من التفصيل: د. سامي الشوا، القانون الإداري الجزائي، ظاهرة الحد من العقاب، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

(٣) د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، مرجع سابق، ص ١٠.

البعض الآخر على أنها فعل معاقب عليه بجزاء إداري يقع بالمخالفة لقوانين وقرارات تنظيمية^(١).

٣٠ - التمييز بين جريمة البورصة كجريمة إدارية والجريمة الجنائية:

تتميز جرائم البورصة بقيام جهة الإدارة والمتمثلة في هيئة سوق المال بتوقيع جزاءات على المخالفين، وهنا يثار التساؤل عن اختلاف جريمة البورصة كجريمة إدارية عن الجريمة الجنائية من حيث الإجراءات التي تمر بها كل جريمة، فتختص الإدارة بالقيام بإجراءات جمع الاستدلالات والتحقيق وإجراءات المحاكمة. كما أن التحقيق الجنائي يختلف عن التحقيق الإداري من حيث أن الأخير لا يشمل القبض أو الحبس الاحتياطي أو تسجيل المحادثات الخاصة، كما لا يشمل التفتيش البدني، وبذلك تختلف عن الإجراءات التي تمر بها الجريمة الجنائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية، ويتضح الاختلاف بين الجريمتين كذلك من خلال الجزاءات الموقعة على المخالف؛ فتعاقب سلطة الإدارة بفرض جزاءات مالية وحرمان من الحقوق والامتيازات فقط^(٢). وعلى الرغم مما سبق إلا أن الجزاء الإداري له طبيعة قضائية، ويتمثل ذلك مع القرارات التأديبية الصادرة من مجالس التأديب والتي قالت عنها المحكمة الإدارية العليا أنها في حقيقتها قرارات قضائية بمنزلة الحكم التأديبي ويكون الطعن عليها أمام المحكمة الإدارية العليا^(٣).

(١) د. أحمد رفعت خفاجي، "القانون الإداري الجزائي وتطبيقاته في التشريعات المصرية" تقرير مقدم إلى المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة بتاريخ ١٣-١٧ مارس ١٩٨٧.

(٢) د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، المرجع السابق، ص ١٦.

(٣) إدارية عليا رقم ٩٩٥ س ١١ في ١٩٦٨/٦ س ١٣ ص ٣٩١. وقد جاء هذا الحكم بعد خلاف سابق حول الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة من مجالس التأديب.

وتتضح أهمية التمييز بين الجريمة الإدارية والجنائية من حيث أن المسؤولية الجنائية محاطة بضمانات موضوعية (كمبدأ الشرعية وشخصية المسؤولية) وكذلك ضمانات إجرائية والتي من أهمها ضمانات الدعوى العادلة.

وتأخذ بعض التشريعات الأوروبية بنظرية الجريمة الإدارية كالتشريع الألماني والتشريع الإيطالي والتشريع النمساوي^(١). ويتبين من قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنها تجيز لبعض الدول أن تأخذ بنظرية الجريمة الإدارية، ولكن يتعين على الدولة المتبعة لهذا النظام أن تعمل على توفير ضمانات الدعوى العادلة للمتهم بالجريمة، وترى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن الجريمة الإدارية هي من طبيعة جنائية؛ مما يتعين توفير ضمانات الدعوى العادلة لها^(٢). كما ذهبته المحكمة إلى أن الغرامة التي توقعها الإدارة

(١) د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، مرجع سابق، ص ١٧.

(٢) انظر: قضية "Öztürk" ضد ألمانيا والتي تتلخص وقائعها في وقوع حادثة طريق صدم فيها السيد Öztürk سيارة كانت واقفة على جانب الطريق، عاقبته إدارة المرور الألمانية بغرامة مقدارها ٦٠ مارك، واعترض المتهم على قرار الإدارة، عندئذ أرسل ملف القضية إلى النيابة العامة، لكن المتهم تنازل عن معارضته أمام المحكمة فأصبح القرار القاضي بالغرامة نهائياً وأصدرت المحكمة حكمها بإلزامه بمصروفات الدعوى ومصروفات المترجم، حيث إن المتهم تركي الجنسية ولا يتحدث الألمانية، عارض صاحب الشأن في قرار المصروفات، لكن محكمة الاستئناف الألمانية رفضت معارضته. وواقع الأمر أن شركة التأمين على مصروفات الدعوى بما فيها مصروفات الدفاع وتقديم الطعون على الأحكام. لم يبق سوى مصروفات المترجم التي اعتبر صاحب الشأن أن إلزامه بها يخالف الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المادة السادسة التي تنص على حق المتهم في مساعدة مترجم مجاناً إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستعملة في المحكمة، وإذا كان الطاعن أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد احتج بالطبيعة الجنائية للجريمة، فإن الحكومة الألمانية قد تمسكت بأن الأمر يتعلق بجريمة إدارية، وبالتالي لا يحق للطاعن أن يستفيد من نص الاتفاقية الأوروبية التي تقرر حق المتهم في الاستعانة بمترجم في المواد الجنائية (مادة ٦/٣). وقد أدلت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان برأيها في خصوصها في ٢١ مايو سنة

فيما يتعلق بمخالفات الأسهم والسندات وتصل إلى ٥٠ ألف مارك تعتبر من طبيعة جنائية على الرغم من أنها جريمة إدارية^(١).

وتستلزم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان توافر جميع الضمانات القانونية المقررة في المسؤولية الجنائية وفقاً للاتفاقية الأوروبية إذا تبين أن الجريمة من طبيعة جنائية، وإن اعتبرها المشرع الوطني جريمة إدارية لتسهيل التعامل معها عقابياً. ويتبين لنا أنه ليس من حق المشرع أن يحرم المتهم من الضمانات القانونية عن طريق تغيير وصف الجريمة من جنائية إلى إدارية.

وبتطبيق ما سبق على جرائم البورصة يتضح أن هناك طائفة من جرائم البورصة تتمتع سلطة رأس المال بامتيازات تتمثل في فرض جزاءات إدارية عليها ولا تحال إلى النيابة العامة، هذه الجزاءات إنز يكتفى بها بدلاً من الجزاءات الجنائية، وهي في الواقع تتماثل مع بعض الجزاءات الجنائية مثل الغرامة ووقف النشاط وقفل المنشأة، بل إن الغرامة شديدة من حيث قيمتها ولا تقل عن الغرامات الجنائية من حيث مبلغها ومن حيث أثرها. لذا نتواجد أمام إجراءات إدارية تحل محل العقوبات الجنائية، بل إن النيابة العامة كثيراً ما تحفظ الدعوى اكتفاء بتوقيع الجزاء الإداري في هذا النوع من الجرائم، وبالتالي فإننا نتواجد أمام مسؤولية إدارية جنائية تحل من حيث الواقع محل المسؤولية الجنائية في مجال جرائم البورصة، وكل ذلك يؤكد ضرورة توافر مفهوم الدعوى

= ١٩٨٢ وأيدتها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها الصادر في ٢١ فبراير سنة ١٩٨٤، وقد رجحت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان معيار طبيعة وجسامة الجزاء للتمييز بين الجريمة الجنائية والجريمة الإدارية، ومن هنا قضت المحكمة بأن الأمر في قضية Öztürk يتعلق بجريمة جنائية وليس بجريمة إدارية؛ مما يترتب عليه أن الطاعن متهم في جريمة جنائية ويستفيد من حكم الفقرة الأولى من المادة ٦ من الاتفاقية والتي تقرر الحق في الاستعانة بمترجم، مما يجعل مصروفات المترجم على نفقة الخزينة العامة وليس على نفقة المتهم نفسه.

Öztürk v. The Federal Republic of Germany, Application No. 8544/79, Judgement of 21 February 1984, The European Court of Human Rights.

(١) د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، مرجع سابق، ص ٢١.

العادلة بالنسبة للجزاء الإداري الجنائي، على ما تطرد عليه أحكام القضاء الفرنسي^(١).

المبحث الأول

إجراءات التحقيق الإداري في جرائم سوق الأوراق المالية

نعالج في هذا المبحث إجراءات التحقيق الإداري في جرائم سوق الأوراق المالية والذي تقوم به جهة الإدارة التي حددها القانون، وذلك في مطلبين؛ نتناول في المطلب الأول الحديث عن السلطة المختصة بالتحقيق الإداري، وأما المطلب الثاني فسوف نخصصه لبيان صلاحيات السلطة الإدارية أثناء التحقيق الإداري في جرائم سوق الأوراق المالية.

المطلب الأول

السلطة المختصة بالتحقيق الإداري في جرائم سوق الأوراق المالية

٣١ - اختصاص هيئة سوق المال بالتحقيق الإداري:

ينص قانون سوق رأس المال في مصر في المادة ٤٣ منه على اختصاصات الهيئة العامة للرقابة المالية بقوله: "تتولى الهيئة - فضلاً عن الاختصاصات المقررة لها في أي تشريع آخر - تطبيق أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له، ولها إبرام التصرفات واتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق أغراضها وعلى الأخص:

١ - تنظيم وتنمية سوق رأس المال، ويجب أخذ رأي الهيئة في مشروعات القوانين والقرارات المتعلقة بسوق رأس المال.

(١) انظر سابقاً بند رقم ٢١.

- ٢ - تنظيم أو الإشراف على دورات تدريبية للعاملين في سوق رأس المال أو الراغبين في العمل به.
 - ٣ - الإشراف على توفير ونشر المعلومات والبيانات الكافية عن سوق رأس المال والتحقق من سلامتها ووضوحها وكشفها عن الحقائق التي تعبر عنها.
 - ٤ - مراقبة سوق رأس المال للتأكد من أن التعامل يتم على أوراق مالية سليمة، وأنه غير مشوب بالغش أو النصب أو الاحتيال أو الاستغلال أو المضاربات الوهمية.
 - ٥ - اتخاذ ما يلزم من إجراءات لمتابعة تنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له.
- كما تنص المادة ٤٤ من قانون سوق رأس المال في مصر على أن:
- "مجلس إدارة الهيئة، هو السلطة المختصة بشؤونها وتصريف أمورها، وله أن يتخذ ما يراه لازماً من قرارات نهائية لمباشرة اختصاصات الهيئة وتحقيق أغراضها، وعلى الأخص:
- ١ - وضع السياسة التي تسير عليها ممارسة اختصاصاتها وما يتصل بذلك من خطط وبرامج.
 - ٢ - وضع قواعد التفتيش والرقابة على الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون.
 - ٣ - تحديد مقابل الخدمات التي تقدمها الهيئة.
 - ٤ - وضع قواعد الاستعانة بالخبراء وطلب الاستشارات التي تعين الهيئة على قيامها بوظائفها.
 - ٥ - الموافقة على مشروع الموازنة السنوية للهيئة.
- ويكون لمجلس الإدارة بالنسبة إلى الهيئة الاختصاصات المقررة بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٦.
- ولمجلس الإدارة أن يعهد إلى عضو أو أكثر من بين أعضائه القيام بمهمة محددة".

ويتشكل مجلس إدارة الهيئة وفقاً للمادة ٤٥ من قانون سوق رأس المال على النحو التالي:

- ١ - رئيس الهيئة رئيساً
- ٢ - نائب رئيس الهيئة نائباً
- ٣ - نائب محافظ البنك المركزي عضواً

وأربعة أعضاء من ذوي الخبرة يصدر بتعيينهم وتحديد مكافآتهم لمدة سنتين قابلة للتجديد، قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير. ويصدر بتعيين رئيس الهيئة ونائبه وتحديد المعاملة المالية لهما قرار من رئيس الجمهورية لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد لمدد أخرى".

ويتولى رئيس الهيئة - وفقاً لنص المادة ٤٦ من قانون سوق رأس المال في مصر - إدارتها وتصريف أمورها، ويمثلها أمام القضاء وفي مواجهة الغير، وله أن يفوض واحداً أو أكثر من شاغلي الوظائف العليا في بعض اختصاصاته.

وقد تبنت تشريعات مقارنة الاتجاه نفسه لكي تضمن مقداراً مناسباً من الاستقلال لهيئة سوق المال، من ذلك أن المادة الثانية من القانون الكويتي رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة سوق المال تنص على أن: "تنشأ هيئة عامة مستقلة تتمتع بالشخصية الاعتبارية يشرف عليها وزير التجارة والصناعة، وتسمى هيئة أسواق المال". كما تنص المادة الرابعة من نظام السوق المالية في المملكة العربية السعودية على أن هيئة السوق المالية ترتبط مباشرة برئيس مجلس الوزراء ولكنها تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري. وبالتالي فإن هذا الوضع الخاص بالهيئة يضمن لها مقداراً من الاستقلالية والحرية لكنها تبقى تحت إشراف عام مباشر، هذه الهيئة تشرف على السوق المالية، هذه السوق أنشأها النظام السعودي في شكل شركة مساهمة لكي تكون مختصة بمزاولة العمل في تداول الأوراق المالية.

وقد نصت المادة الخامسة من القانون الكويتي رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة سوق المال على أن: "تقوم الهيئة بما يلي:

- ١ - رفع الدعاوى المدنية والتجارية المتعلقة بمخالفة هذا القانون ...
 - ٢ - تلقي الشكاوى المقدمة بشأن المخالفات والجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والتحقيق الإداري فيها وإحالتها إلى مجلس التأديب إذا قدرت ذلك.
 - ٣ - القيام بجميع الإجراءات التي من شأنها أن تؤدي إلى الكشف عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وإحالة الشكاوى الجنائية إلى النيابة العامة في كل واقعة يشتبه في كونها جريمة سواء وقعت في مواجهة الهيئة أو المتعاملين في نشاط الأوراق المالية.
 - ٤ - إجراء التفتيش ومراقبة نشاط الأشخاص المرخص لهم بموجب هذا القانون".
- وقد أفرد القانون الكويتي رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ لجنة خاصة لتوقيع الجزاءات بنصه في المادة (٤٢) منه على أن: "تشكل بالبورصة لجنة تختص بالنظر في المخالفات التي يرتكبها أحد أعضائها، وللجنة أن توقع الجزاءات التالية:

- ١ - الإنذار.
- ٢ - إصدار أمر للمخالف بالتوقف عن ارتكاب المخالف.
- ٣ - إخضاع المخالف لمزيد من الرقابة.
- ٤ - الوقف عن العمل أو مزاولة مهنة لا تتجاوز سنة.
- ٥ - فرض قيود على نشاط أو أنشطة المخالف.
- ٦ - إلغاء المعاملات ذات العلاقة بالمخالفة وما ترتب عليها من آثار إذا أمكن ذلك.
- ٧ - وقف تداول ورقة مالية فترة زمنية محددة".

ويقرر نظام السوق المالية في المملكة العربية السعودية والصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٠/٢ بتاريخ ٢٠٠٣/٧/٣١ قواعد تقوم على تنظيم تداول الأوراق المالية، ويهدف النظام إلى إعادة هيكلة السوق المالية بالمملكة على أسس جديدة متطورة من شأنها تعزيز الثقة والجاذبية للسوق والمستثمرين

بما يضمن تعزيز الإفصاح والشفافية فيما يتعلق بالأوراق المالية، وتوفير العدالة في التعامل وحماية المتعاملين بالأوراق المالية.

وقد وفر النظام لأول مرة مظلة ومرجعية نظامية متكاملة للسوق توضح الهياكل والمؤسسات التنظيمية والإشرافية والتشغيلية للسوق وتحديد صلاحياتها ومهامها بكل وضوح من خلال الفصل بين الدور الرقابي والإشرافي والدور التشغيلي للسوق، من خلال استحداث مؤسسات جديدة للسوق ولجان للفصل في المنازعات تتمثل فيما يلي:

- ١ - هيئة السوق المالية.
- ٢ - السوق المالية (سوق الأوراق المالية).
- ٣ - لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية.
- ٤ - لجنة الاستئناف.

حرص المشرع السعودي في سنة ١٩٨٤ (١٤٠٣هـ) على تنظيم تداول الأسهم عن طريق تشكيل لجنة وزارية للإشراف على السوق، مكونة من وزير المالية ووزير التجارة ومحافظ مؤسسة النقد العربي السعودي، انبثق عنها لجنة إشراف مشكلة عن تلك الجهات، وقد أوكلت لإدارة الرقابة على الأسهم بمؤسسة النقد العربي السعودي مهمة المراقبة والمتابعة والإشراف اليومي على عمليات تداول الأسهم في السوق، وذلك اعتباراً من النصف الأول من عام ١٤٠٥هـ.

ومن ثم فإن هذا الإشراف العام على تداول الأوراق المالية في المملكة يضمن مقدارا من الحماية من الأزمة المالية الداخلية، ولا يبقى سوى الأزمات الواردة من الخارج، بالإضافة إلى الأزمات التي يسببها المضاربون الذين يسعون إلى رفع أسعار أسهم بعض الشركات لبيعها دون أن يعبر هذا الارتفاع عن وضع مالي وتجاري جيد للشركة، ومن ثم يحدث الانهيار من الداخل^(١).

(١) د. شيماء عبدالغني عطالله، السياسة الجنائية للمنظم السعودي في حماية تداول الأوراق المالية في السوق المالية، مرجع سابق، ص ٨٢٢.

وقد تبنى المشرع الفرنسي الاتجاه نفسه؛ فتنص المادة ٦٢١ فقرة (١) من القانون النقدي والمالي الفرنسي على تعريف هيئة سوق المال أو سلطة الإشراف على سوق الأوراق المالية بأنها: "سلطة عامة مستقلة لها الشخصية المعنوية تهدف إلى حماية الادخار والاستثمار في الأوراق المالية، وكل الإيداعات الأخرى التي تستوجب الإعلان العام للجمهور وإعلام المستثمرين وحسن سير العمل في سوق الأوراق المالية"^(١).

ومن ناحية الجزاءات، فإن المادة ٦٢١ فقرة (٢) من القانون النقدي والمالي الفرنسي تنص على أنه: "تشمل هيئة سوق المال l'AMF الجمعية العمومية Collège ولجنة جزاءات وعند اللزوم لجان خاصة ولجان استشارية..."^(٢).

وتتشكل الجمعية العمومية بهيئة سوق المال وفقاً للمادة ٦٢١ فقرة (٢) من القانون النقدي والمالي الفرنسي من ١٦ عضواً معينين، كما تحدد المادة ٦٢١ فقرة (١٠) اختصاصاتها.

وتتكون لجنة الأوراق المالية والبورصة في القانون الأمريكي من خمسة مفوضين، يتم تعيينهم بقرار من رئيس الولايات المتحدة وبتركية وموافقة مجلس

(١) Selon l'article L. 621-1 du code monétaire et financier issu de la loi de sécurité financière no 2003-706 du 1er août 2003, l'Autorité des marchés financiers est une « autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, [qui] veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers. Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international ».

(٢) Selon les termes mêmes de l'article L. 621-2 du code monétaire et financier, « l'Autorité des marchés financiers comprend un Collège, une Commission des sanctions et, le cas échéant, des commissions spécialisées et des commissions consultatives. Sauf disposition contraire, les attributions confiées à l'Autorité des marchés financiers sont exercées par le Collège ».

الشيوخ مع الأخذ في الاعتبار بأنه لا يتم تعيين أكثر من ثلاثة مفوضين من حزب سياسي واحد. وتجتمع اللجنة لمناقشة الموضوعات التالية:

- تفسير القوانين الفيدرالية المتعلقة بالأوراق المالية.
- النظر في تعديل القوانين واللوائح القائمة.
- اقتراح اللوائح الجديدة التي تتناسب مع المتغيرات التي تحدث في سوق الأوراق المالية.
- بحث المقترحات الخاصة بتطبيق أحكام القوانين واللوائح^(١).

٣٢ - إجراءات البحث والتحري والتحقيق:

يعهد القانون الفرنسي إلى لجنة من لجان هيئة سوق المال بمهمة البحث والتحري والتحقيق في مجال مخالفات البورصة، فيقوم رئيس لجنة الجزاءات بتعيين "مقرر" وظيفته أن يتولى البحث والتحري عن المخالفة المنسوبة إلى شخص طبيعي أو معنوي بخصوص ارتكابه لجريمة من جرائم البورصة، وكذلك التحقيق بخصوصها.

ويتمتع المقرر بسلطة سماع الأشخاص والاطلاع على المستندات، ويقوم بإعداد تقريره بناء على ذلك، فإن انتهى إلى وقوع مخالفة يقوم بتقديم هذا التقرير للجمعية العمومية Collège التي تخطر صاحب الشأن بالتقرير عن طريق خطاب مسجل بعلم الوصول أو بإعلان على يد محضر، هذا الأخير له أن يرد كتابة على التقرير في مدة لا تقل عن خمسة عشر يوما (مادة R. 621-III-39 من القانون النقدي والمالي)، ويتم دعوته للمثول أمام اللجنة في مهلة لا تقل عن ثلاثين يوما.

(١) Report about "How the SEC protects investors and maintains market integrity", Washington D.C, December 1999, p.2 (U.S. Securities & Exchange Commissions Publications)

ومن ناحية علانية الإجراءات، يحق لصاحب الشأن أن يطلب أن تجري جلسة المحاكمة في علانية، ومع ذلك فإن لرئيس الجلسة أن يطلب سرية الجلسة إذا كان ذلك ضرورياً لحماية النظام العام أو سر الأعمال (المادة R. 621-40 من القانون النقدي والمالي).

ويصدر القرار من لجنة الجزاءات في غياب المقرر وكذلك في غياب مفوض الدولة امتثالاً لأحكام القضاء في هذا الخصوص^(١).

٣٣ - مرحلة الرقابة والتحريات في جرائم البورصة:

تمر الإجراءات الجنائية في جرائم البورصة بثلاث مراحل - وفقاً للقانون النقدي والمالي الفرنسي - حيث تبدأ الإجراءات بالرقابة للتأكد من احترام قواعد القانون واللوائح داخل سوق الأوراق المالية، ومن الجدير بالذكر أن هذه المرحلة تشبه مرحلة الضبط الإداري والتي فيها تمر دوريات الشرطة في الشوارع لحفظ الأمن وللتأكد من احترام القوانين، وفي حالة وجود مخالفة للقانون تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة التحريات، وتبدأ التحريات على أثر تقرير أعد في إطار متابعة الرقابة على السوق والشركات المدرجة في سوق الأوراق المالية، أو بناء على شكوى أو بناء على طلب من السلطات التي توازي هيئة سوق المال في الدول الأخرى، وتبدأ التحريات وتستمر بإشراف السكرتير العام لهيئة سوق الأوراق المالية.

٣٤ - القائمون بالتحريات في جرائم البورصة:

حدد القانون النقدي والمالي الفرنسي - وفقاً لنص المادة ٦٢١-٩-٢ والمادة ٦٢١-٣١ - الأشخاص المخولين سلطة الرقابة والتحريات في جرائم البورصة وهم:

(١) Ass. plén. 5 févr. 1999, pourvoi no 97-16.440, LPA 10 févr. 1999, no 29, p. 14, note C. Ducouloux-Favard, Bull. inf. C. cass. no 491, 15 avr. 1999, p. 25, JCP 1999. II. 10060, note H. Matsopoulou.

- أعضاء هيئة سوق المال l'AMF
- مفتشو المحاسبات مثل الجهاز المركزي للمحاسبات commissaires aux comptes
- خبراء وزارة العدل d'experts judiciaires
- الأشخاص ذوي الخبرة والمحددون وفقا لنص المادة ٦٢١-٣١ من القانون النقدي والمالي.

٣٥ - البحث والتحري عن مخالفات البورصة:

يسمح القانون النقدي والمالي في فرنسا لسلطات سوق رأس المال أن يقوموا بالرقابة والتحري فيما يضمن سلامة سوق رأس المال (مادة ٦٢١-٩). وتشمل المهمة الموكولة لتلك الجهات السهر على سلامة العمليات التي تتم في البورصة، كما أن من مهام تلك السلطة مراقبة احترام الجهات والأشخاص لالتزاماتهم المهنية التي تنص عليها قوانين ولوائح البورصة، ولكي تؤدي مهامها فإن القانون الفرنسي قد نص على سلطتها في الرقابة والقيام بالبحث والتحري عند حدوث مخالفات لقوانين ولوائح البورصة.

ويصدر القرار بالبحث والتحري من السكرتير العام لسلطة سوق رأس المال (مادة ٦٢١-٩-١ من القانون النقدي والمالي)، فله أن يكلف مراقبين وفقا لما تنص عليه اللائحة العامة للبورصة). ويجوز له أن يفوض شركات مسجلة بالبورصة للقيام بهذا العمل، كما يجوز له أن يفوض أحد الخبراء المسجلين على الجدول المعتمد لدى المحاكم.

هؤلاء القائمون على البحث والتحري بخصوص مخالفة لقوانين ولوائح البورصة يلتزمون بالمحافظة على سر مهنتهم، وقد نص القانون النقدي والمالي على التزامهم بسر المهنة (مادة ٦٤٢-١)، محيلا في ذلك إلى المادة ٢٢٦-١٣ من قانون العقوبات، والمشرع بهذا يقيم التماثل بين من يقوم بإجراءات جزائية إدارية وإجراءات جنائية وفي الوقت نفسه يقيم التماثل بين القائمين بالإجراءات الإدارية وأموري الضبط القضائي الذين يقومون على جمع الاستدلالات بخصوص جريمة جنائية.

٣٦ - كتابة التقارير بعد الرقابة والتحريات:

تؤدي الرقابة والتحريات إلى إعداد تقرير مكتوب يحال إلى السكرتير العام، والذي يحيله إلى الجمعية العمومية بهيئة سوق المال للنظر فيه، ومن ثم تقرر إما توقيع جزاء على المخالف أو حفظ القضية.

على أثر فضيحة (بيشيني) حدث تعديل في القانون النقدي والمالي الفرنسي، وتم إدخال المواد ٩ فقرة ١ و ٩ فقرة ٢ التي خولت سلطة توقيع الجزاءات للجنة عمليات البورصة، ويثار التساؤل هنا حول مدى تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات إذا كانت جرائم البورصة يختص بالتحقيق فيها وتوقيع الجزاء هيئة سوق المال ثم تنشأ لجنة في داخل الهيئة لتختص بتوقيع الجزاء، فهل يخالف ذلك مبدأ الفصل بين السلطات؟^(١).

شككت العديد من الأحكام الصادرة من محاكم استئناف باريس، وكذلك محكمة النقض الفرنسية في صحة الإجراءات المتبعة أمام لجنة عمليات البورصة la COB فيما يتعلق بتوقيعها للجزاء^(٢).

وقضت محكمة النقض الفرنسية (الدائرة التجارية) ببطالان الإجراءات التي اتخذت أمام لجنة عمليات البورصة استناداً إلى أنها تخل بقرينة البراءة *présomption d'innocence*، ويرجع ذلك إلى أن رئيس لجنة عمليات البورصة قد صرح في الصحف بأن التهم ثابتة في حق شخص معين على الرغم من أنه ارتكب مخالفات تتعلق بالبورصة ولكن لم تثبت في حقه بعد^(٣).

(١) la loi du 2 août 1989 en son article 5, introduisit deux articles 9-1 et 9-2 dans l'ordonnance no 67-833 du 28 septembre 1967 afin de doter la COB de pouvoirs de sanctions propres. (la COB: une Commission des opérations de bourse)

(٢) V. not., Com. 1er déc. 1998, no 96-20.189, Bull. civ. IV, no 283, et deux arrêts, Ass. plén., 5 févr. 1999, no 97-16.440, concl. La fortune, Bull. Inf. C. cass. avr. 1999, no 491, p. 5, Dalloz affaires 1999, no 152, p. 410, RTD com. 1999. 467, obs. N. Rontchevsky, Rev. sociétés 1999. 620, obs. Le Nabasque.

(٣) Com. 1er déc. 1998, no 96-20.189, Bull. civ. IV, no 283, D. 1999. IR. 31, LPA 15 janv. 1999, no 11, p. 5.

٣٧ - المشرع يمنح هيئة سوق المال سلطة إصدار لوائح تفويضية:

ليس هناك ما يمنع أن يفوض المشرع اللجنة "هيئة سوق المال" في إصدار لوائح تحدد مخالفات البورصة وتعرفها وتحدد أركانها، ويتعين هنا التفرقة بين لوائح التفويض ولوائح التنفيذ؛ فالأولى تمثل خطورة كبيرة لأنها تشرع قانوناً، من ذلك أن قانون المخدرات يمنح وزير الصحة سلطة التعديل في جدول المخدرات بالحذف أو بالإضافة، أما لوائح التنفيذ فهي تنظم سير العمل مثل تحديد موعد الامتحان في المدارس والجامعات^(١). وقد منح المشرع هيئة سوق المال سلطة إصدار لوائح تفويضية بهدف تنظيم عملها، وتطبيقاً لهذا التفويض تحدد هيئة سوق المال في اللائحة العامة في فرنسا Règlement général العناصر المكونة لجريمة إفشاء معلومات متميزة تتعلق بالبورصة، وتعاقد عليها وفقاً لنص المادة ٦٢١ فقرة (١٥)، ولكن يجب التحوط في تحديد الجهة التي تقوم بتحديد تلك المخالفات.

المطلب الثاني

صلاحيات السلطة الإدارية أثناء التحقيق الإداري في جرائم سوق الأوراق المالية

٣٨ - سلطة الإدارة المختصة بالتحقيق في الاطلاع على المستندات:

لم يتبن القانون المصري مفهوم الجريمة الإدارية الجزائية، ولم يخول هيئة سوق المال سلطات إدارية في البحث والتحري عن مخالفة إدارية، وبالتالي ليس هناك لجنة جزاءات بالبورصة، وقد اكتفى القانون المصري بالمساءلة الجنائية

(١) le Conseil constitutionnel a décidé que ces dispositions « ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité autre que le Premier ministre le soin de fixer [...] des normes permettant de mettre en oeuvre une loi » (Décis. no 86-217 DC du 18 sept. 1986, CNCL, Rec. Cons. const., p. 141, JO 19 sept.).

في مجال جرائم البورصة، ويختلف ذلك عما هو مقرر في تشريعات أخرى كالتشريع الفرنسي والأمريكي والكويتي والسعودي.

فقد خول القانون الفرنسي الإدارة بالتحقيق في الجريمة الإدارية ليصبح من حقها الاطلاع على الأوراق والمستندات التي توجد في حوزة الجهات الإدارية والقضائية، ولا يجوز التمسك بسرية أعمال الوظيفة أو سرية التحقيقات حتى ولو كانت جنائية في مواجهة الإدارة عندما تقوم بأعمال التحقيق أو المحاكمة عن الجريمة الإدارية، وفي المقابل فإنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تتمسك بالسرية في مواجهة النيابة العامة إذا كان الفعل يتضمن وصفاً إدارياً ووصفاً جنائياً.

وتتولى السكرتارية العامة لسلطة سوق رأس المال في فرنسا سلطة الاتهام وتقوم بالبحث والتحري عن وقوع المخالفات، ويقوم المقرر العام بالتحقيق في الاتهام ويصدر الجزاء من لجنة الجزاءات.

ويقوم المحققون بالاطلاع على الأوراق والبيانات بالكمبيوتر وسماع الشهود والحصول على نسخة من تلك الأوراق والبيانات والدخول إلى الأماكن دون التمسك في مواجهتهم بسر المهنة المادة 621-11 L. من القانون النقدي والمالي). ومن حق المتهم أن يستعين بمدافع في أثناء الإجراءات ابتداءً بمرحلة البحث والتحري (مادة 621-11 L. من القانون النقدي والمالي). ويعاقب من يعوق عمل الباحثين والمتحرين أو يقدم لهم معلومات كاذبة (642-2 L. من القانون النقدي والمالي).

وفي قيامها بالتحقيق في وقوع مخالفة قد يتعين اتخاذ إجراءات قسرية، كما لو تعلق الأمر بتفتيش أماكن معينة وضبط مستندات معينة، عندئذ يقوم السكرتير العام لسلطة سوق رأس المال بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها الأماكن المطلوب تفتيشها، للتصريح بتلك الإجراءات، ويصدر القاضي إذنًا مسببًا بذلك مع تعيين مأمور ضبط قضائي للقيام بذلك مع وجوب احترام حقوق الدفاع، ويقتصر هذا الإذن في نطاق جرائم

البورصة فقط، ومنها إفشاء معلومات تفضيلية، ونشر معلومات كاذبة أو خادعة، والتلاعب في أسعار الأسهم والسندات بالبورصة.

وبالتوازي مع ذلك يسمح القانون النقدي والمالي في فرنسا للجمعية العامة لسلطة سوق الأوراق المالية le Collège أن تقوم بإخطار رئيس النيابة لدى محكمة باريس الابتدائية المختصة نوعيا بجرائم البورصة على المستوى القومي لابلاغه بوقوع جريمة من جرائم البورصة، كما يجوز للمساهم في شركة تطرح أسهمها في البورصة مادام أنه مضرور من تلك الجريمة^(١).

وتتماثل سلطة سوق الأوراق المالية مع ما هو متبع في جهات إدارية أخرى مستقلة تتمتع بصلاحيات فرض جزاءات مثل المجلس الأعلى للإذاعة والتلفزيون؛ حيث تتمتع تلك الجهة بامتياز فرض جزاءات، فلهذا المجلس أن يقوم بجمع المعلومات وإجراء التحريات اللازمة المتعلقة بمخالفات لقوانين الإذاعة والتلفزيون.

وفي خصوص مخالفات الإذاعة والتلفزيون، نظم القانون الفرنسي إجراءات أكثر ذاتية في مرحلة التحقيق، حيث يقوم نائب رئيس مجلس الدولة بتعيين عضو من القضاء الإداري للتحقيق في الموضوع وإعداد تقرير بذلك، هذا التحقيق الذي يقوم به قاض من القضاء الإداري يكفل توافر قدر واضح من الحيطة في التحقيق، ويحضر هذا المقرر المداول بالجلس، وليس له إلا رأي استشاري، وللمجلس أن يصدر قرار الجزاء، هذا يوضح أن هناك فصلا بين سلطة التحقيق وسلطة الجزاء.

غير أن مثول المقرر في المجلس الأعلى للإذاعة والتلفزيون عند فرض الجزاء واشتراكه في المداولة حتى وإن كان رأيه استشاريا أثار جدلا قانونيا، حيث أدانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حضور مفوض الدولة الذي قد يكون له رأي يخالف رأي صاحب القضية في المداولة من جانب أعضاء

(١) Cass. crim. 11 déc. 2002, Bull. Joly Bourse 2003.149, note Stasiak, RTD com. 2003.336, note Rontchevsky.

المحكمة الإدارية، يعطي الانطباع لدى هذا المتقاضي بعدم توافر الحياد في المداولة، في ذلك تقول المحكمة أنه لا يكفي أن تؤدي العدالة، بل يتعين أن يعلم الكافة أن العدالة قد أوديت^(١). وفي الاتجاه نفسه قضت المحكمة في حكم آخر لها أن القاضي يفقد صلاحيته للحكم في قضية إذا سبق وأن أبدى رأياً فيها ولو بصفة استشارية، ذلك أن حياده يصبح محلاً للشك، وتصبح المحكمة التي ينتمي إليها مفتقرة إلى الحياد، كما يصبح الحكم معيباً بالبطلان^(٢).

ويتصل بالصلاحية للجلوس في مجلس له سلطة فرض الجزاء حق المتقاضي في رد العضو المشارك في هذا المجلس ولو لم يكن من القضاة، وذلك قياساً على المركز القانوني للقضاة على الرغم من عدم تعلق الأمر بالقضاة وعدم تعلقه بمحكمة بالمعنى الدقيق، ذلك أن مفهوم العدالة يقتضي ذلك وخاصة في مقام فرض الجزاء. وحسنا فعل المشرع الفرنسي عندما نص على حق المتقاضي في رد أعضاء مجلس المنافسة غير المشروعة وأعضاء سلطة سوق الأوراق المالية، ولكنه غفل عن ذكر هذا الحق في مقام المجلس الأعلى للإذاعة والتلفزيون.

وحسناً تنص المادة (٦٢١-٤) من القانون النقدي والمالي (معدلة بالقانون الصادر في أول أغسطس سنة ٢٠٠٣) على أنه لا يجوز لعضو من أعضاء لجنة جزاءات البورصة (COB) أن يشترك في المداولة في حالة وجود تنازع في المصالح؛ بأن كانت تلك المداولة تخص موضوعاً معيناً لشخص معنوي مارس فيه وظيفة في أثناء السنتين السابقتين، أو كان وكيلاً عنه في عمل من أعماله في تلك المدة، وفي حالة عدم تنحيه عن نظر هذا الموضوع يحق للمتقاضي أن يرده، فلا يجلس لنظره وحده أو مع آخرين.

وتتفق غالبية التشريعات على أنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تفرض تدابير سالبة للحرية، والتي تتمثل في ضبط المتهم أو الشاهد وإحضاره، وكذلك في

(١) l'arrêt Kress c/ France du 7 juin 2001 (V. RFD adm. 2001, dossier).

(٢) l'arrêt Procola c/ Luxembourg du 28 septembre 1995 (série A, n° 326)

حبسه احتياطياً. ويرجع ذلك إلى أن هذا النوع من الإجراءات يتطلب إذناً من النيابة العامة أو القاضي المختص، وقد استلزم القانون الألماني الحصول على إذن من القاضي الجزئي لضبط المستندات التي تتمتع بسرية المراسلات (قانون سنة ١٩٧٥ مادة ٤٦).

٣٩ - التفتيش في جرائم البورصة:

وضع المشرع الفرنسي ضمانات لحماية الحياة الخاصة وحماية أماكن العمل في أثناء التحقيقات التي يجريها رجال البورصة، فقد نصت المادة ٦٢١-١٢ من القانون النقدي والمالي على أنه يجوز للجنة سوق المال تفتيش الأماكن بناء على إذن من رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرة اختصاصه الشركات أو المحلات أو الأماكن المطلوب تفتيشها، ويكون التفتيش بناء على طلب مسبب من السكرتير العام لهيئة سوق المال، ولا يكون الإذن قابلاً للطعن إلا أمام محكمة النقض، ويراعى في تنفيذ إذن التفتيش ألا يبدأ قبل الساعة السادسة صباحاً ولا يتم بعد الساعة التاسعة مساءً^(١).

Art. L. 621-12 (L. no 2013-672 du 26 juill. 2013, art. 36-6o) «Pour la recherche des infractions définies aux articles L. 465-1 et L. 465-2 et des faits susceptibles d'être qualifiés de délit contre les biens et d'être sanctionnés par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers en application de l'article L. 621-15, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les locaux à visiter peut, sur demande motivée du secrétaire général de l'Autorité des marchés financiers, autoriser par ordonnance les enquêteurs de l'autorité à effectuer des visites en tous lieux ainsi qu'à procéder à la saisie de documents et au recueil, dans les conditions et selon les modalités mentionnées aux articles L. 621-10 et L. 621-11, des explications des personnes sollicitées sur place.

«Lorsque les locaux visités sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une ordonnance unique peut être délivrée par l'un des juges des libertés et de la détention compétents.»

Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession de (L. no 2003-706 du 1er août 2003, art. 46-V-1o) «l'Autorité des =

= marchés financiers» de nature à justifier la visite. Il désigne l'officier de police judiciaire chargé d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. (L. no 2013-672 du 26 juill. 2013, art. 36-6o) «Lorsque les opérations ont lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, le juge des libertés et de la détention saisi peut se déplacer sur les lieux quelle que soit leur localisation sur le territoire national.»

(Ord. no 2009-233 du 26 févr. 2009, art. 1er-I-3o) «L'ordonnance (L. no 2013-672 du 26 juill. 2013, art. 36-6o) «mentionnée au premier alinéa» fait mention de la faculté pour l'occupant des lieux ou son représentant de faire appel à un conseil de son choix. L'exercice de cette faculté n'entraîne pas la suspension des opérations de visite et de saisie. Le délai et la voie de recours sont mentionnés dans l'ordonnance.

«L'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal prévu aux (L. no 2013-672 du 26 juill. 2013, art. 36-6o) «onzième et douzième» alinéas du présent article. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'ordonnance est notifiée, après la visite, par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis. A défaut de réception, il est procédé à la signification de l'ordonnance par acte d'huissier de justice. Une copie de l'ordonnance est adressée par lettre recommandée avec avis de réception à l'auteur présumé des délits mentionnés à l'alinéa premier.

«L'ordonnance mentionnée au premier alinéa est exécutoire au seul vu de la minute. Cette ordonnance est susceptible de recours devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué (L. no 2013-672 du 26 juill. 2013, art. 36-6o) «dans le ressort de laquelle le juge a autorisé la mesure»À Les parties ne sont pas tenues de constituer (L. no 2011-94 du 25 janv. 2011, art. 31-II-8o, en vigueur le 1er janv. 2012) «avocat [ancienne rédaction: avoué]»À Suivant les règles prévues par le code de procédure civile, cet appel doit être exclusivement formé par déclaration remise ou adressée, par pli recommandé ou à compter du 1er janvier 2009 par voie électronique, au greffe de la cour dans un délai de quinze jours. Ce délai court à compter soit de la remise, soit de la réception, soit de la signification de l'ordonnance. Cet appel n'est pas suspensif. Le greffe du tribunal de grande instance transmet sans délai le dossier de l'affaire au greffe de la cour d'appel où les parties peuvent le consulter. L'ordonnance du premier président de la cour d'appel est susceptible d'un pourvoi en cassation, selon les règles prévues par le code de procédure civile. Le délai du pourvoi en cassation est de quinze jours.»

La visite s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée. Il peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. A tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

= La visite ne peut être commencée avant six heures ou après vingt et une heures; dans les lieux ouverts au public, elle peut également être commencée pendant les heures d'ouverture de l'établissement. Elle est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant; en cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de son autorité ou de celle de (L. no 2003-706 du 1er août 2003, art. 46-V, 1o) «l'Autorité des marchés financiers».

Les enquêteurs de (L. no 2003-706 du 1er août 2003, art. 46-V, 1o) «l'Autorité des marchés financiers» l'occupant des lieux ou son représentant et l'officier de police judiciaire peuvent seuls prendre connaissance des pièces avant leur saisie.

L'officier de police judiciaire veille au respect du secret professionnel et des droits de la défense conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale. L'article 58 de ce code est applicable. - V. lesdits art. au C. pr. pén.

(Ord. no 2009-233 du 26 févr. 2009, art. 1er-I, 4o) «Lorsque la visite domiciliaire est effectuée dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle, dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier, les dispositions des articles 56-1, 56-2 ou 56-3 du code de procédure pénale, selon les cas, sont applicables.» - V. lesdits art. au C. pr. pén.

Le procès-verbal de visite relatant les modalités et le déroulement de l'opération est dressé sur-le-champ par les enquêteurs de (L. no 2003-706 du 1er août 2003, art. 46-V-1o) «l'Autorité des marchés financiers». Un inventaire des pièces et documents saisis lui est annexé. Le procès-verbal et l'inventaire sont signés par les enquêteurs de (L. no 2003-706 du 1er août 2003, art. 46-V-1o) «l'Autorité des marchés financiers» et par l'officier de police judiciaire ainsi que les personnes mentionnées au (L. no 2013-672 du 26 juill. 2013, art. 36-6o) «sixième» alinéa du présent article; en cas de refus de signer, mention en est faite au procès-verbal. Si l'inventaire sur place présente des difficultés, les pièces et documents saisis sont placés sous scellés. L'occupant des lieux ou son représentant est avisé qu'il peut assister à l'ouverture des scellés qui a lieu en présence de l'officier de police judiciaire; l'inventaire est alors établi.

(Ord. no 2009-233 du 26 févr. 2009, art. 1er-I-5o) «Le premier président de la cour d'appel (L. no 2013-672 du 26 juill. 2013, art. 36-6o) «dans le ressort de laquelle le juge a autorisé la mesure» connaît des recours contre le déroulement des opérations de visite ou de saisie autorisées en application du premier alinéa. Le procès-verbal et l'inventaire rédigés à l'issue de ces opérations mentionnent le délai et la voie de recours. Les parties ne sont pas tenues de constituer avoué. Suivant les règles prévues par le code de procédure civile, ce recours doit être exclusivement formé par déclaration remise ou adressée par pli recommandé ou à compter du 1er janvier 2009 par voie électronique au greffe de la cour dans un

فيجيز القانون النقدي والمالي لسكرتير سلطة سوق رأس المال وهو بصدد البحث والتحري عن جرائم سوق رأس المال الواردة في المواد L. 465-1 et L. 465-2 ومنها جرائم التلاعب في الأسعار وتقديم معلومات كاذبة وجريمة إفشاء معلومات داخلية d' initié le délit أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية الذي في دائرتها يقع المكان المطلوب تفتيشه أن يصدر إنذاراً بالتفتيش. وبناء عليه يجوز عندئذ للمحققين أن يقوموا بتفتيش تلك الأماكن.

هذا النوع من التفتيش هو تفتيش إداري وليس تفتيشاً قضائياً. ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي أحاطه بالضمانة السابقة وهي ضرورة الإذن القضائي على الرغم من أن الأمر لا يتعلق بتفتيش مسكن ولكن بتفتيش مكان من أماكن العمل، بل إن الحرص على أن يصدر الإذن من رئيس المحكمة الابتدائية يوفر ضمانة أكبر عن تفتيش المساكن نفسها، وهو أمر غير مفهوم.

ولم يستلزم القانون الفرنسي أن يقوم مأمور الضبط القضائي بتلك المهمة، بل يكفي أن يقوم بهذه المهمة المحققون الذين استعان بهم السكرتير العام، الأمر الذي يؤكد أن هذا التفتيش تفتيش إداري وليس تفتيشاً قضائياً.

délai de quinze jours. Ce délai court à compter de la remise ou de la réception soit du procès-verbal, soit de l'inventaire. Ce recours n'est pas suspensif. L'ordonnance du premier président est susceptible d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure civile. Le délai du pourvoi en cassation est de quinze jours.»

Les originaux du procès-verbal de visite et de l'inventaire sont, dès qu'ils ont été établis, adressés au juge qui a délivré l'ordonnance; une copie de ces mêmes documents est remise à l'occupant des lieux ou à son représentant (Ord. no 2009-233 du 26 févr. 2009, art. 1er-I-6o) «, ou en leur absence, adressée par lettre recommandée avec avis de réception à l'occupant des lieux et le cas échéant à la personne visée par l'autorisation donnée dans l'ordonnance mentionnée au premier alinéa du présent article qui pourrait avoir commis une (L. no 2013-672 du 26 juill. 2013, art. 36-6o) «infraction ou un fait mentionnés au même premier alinéa». A défaut de réception, il est procédé à la signification de ces documents par acte d'huissier de justice. Ces documents mentionnent le délai et la voie de recours.»

Les pièces et documents qui ne sont plus utiles à la manifestation de la vérité sont restitués à l'occupant des lieux. - [Ord. no 67-833 du 28 sept. 1967, art. 5 ter.]

٤٠ - صلاحيات المقرر في القانون الفرنسي:

عندما يبدأ التحقيق الإداري عن مخالفة من مخالفات البورصة، يقوم المقرر - وفقاً للقانون الفرنسي - بطلب المشتبه فيه لسماع أقواله، كما يحق له طلب أي شخص تتوافر لديه معلومات تفيد في القضية، فإذا ظهرت له مخالفات تتعلق بأشخاص آخرين من غير المشتبه فيهم يتعين على المقرر أن يخطر الجمعية العمومية بهذه المخالفات (وفقاً لنص المادة ٦٢١-٣٨ من اللائحة العامة للقانون النقدي والمالي الفرنسي). وعندما ينتهي التقرير يتم إرساله إلى المشتبه فيه عن طريق خطاب موصي عليه بعلم الوصول أو على يد محضر، ويطلب منه الاطلاع والرد على ما جاء فيه، وبعد ذلك تقوم لجنة الجزاءات أو أحد الفروع التي تمثلها بدعوة المشتبه فيه للحضور أمامها في مهله لا تتجاوز ٣٠ يوماً وفقاً لنص المادة (C. mon. fin., art. R. 621-39-III). هذا الخطاب يحدد الشخص المشتبه فيه والذي يطلب منه الرد على ما جاء في التقرير خلال مهله لا تتجاوز ١٥ يوماً^(١).

المبحث الثاني

توقيع الجزاءات الإدارية الجنائية عن جرائم سوق الأوراق المالية

٤١ - التمييز بين الجزاءات الإدارية وإجراءات الضبط الإداري في جرائم البورصة:

يثار التساؤل عن طبيعة الجزاءات التي توقعها لجنة الجزاءات في هيئة سوق المال على المخالف، هل هي جزاءات إدارية أو أنها تعتبر من إجراءات الضبط الإداري؟ ويرجع ذلك إلى اختلاف الطبيعة القانونية والغاية لكلا النظامين.

(١) Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012), Répertoire de droit pénal, DALLOZ 2012, p55.

فتهدف إجراءات الضبط الإداري إلى الوقاية من المخالفات قبل حدوثها preventive مثال ذلك قيام الإدارة بإبعاد الأجنبي الذي يشكل تواجده في الدولة خطراً على الأمن العام، بينما الجزاءات الإدارية لها غاية عقابية répressive لمن يرتكب المخالفة، مثال ذلك توقيع جزاء الغرامة على المخالف في جرائم البورصة، وتختلف الضمانات الإجرائية في كل من الجزاءات الإدارية عن إجراءات الضبط القضائي، فعلى حين يتفقان في احترامهما لمبدأ المواجهة وكذلك مبدأ التسبب، فإن الجزاءات الإدارية تطبق مبدأ عدم تعدد الجزاءات الإدارية ومبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم، ولا تخضع إجراءات الضبط الإداري لهذه المبادئ^(١).

المطلب الأول

السلطة المختصة بتوقيع الجزاءات الإدارية الجنائية عن جرائم سوق الأوراق المالية

٤٢ - اختصاص لجنة توقيع الجزاءات بهيئة سوق المال بفرنسا:

عهد المشرع الفرنسي إلى لجنة الجزاءات بهيئة سوق المال بمهمة توقيع الجزاء الإداري، وقد راعى في ذلك مبدأ الفصل بين السلطات - التحقيق وتوقيع الجزاء - حيث تختص هذه اللجنة بتوقيع الجزاءات الإدارية على الأشخاص الطبيعية أو المعنوية والتي تخالف القواعد العامة المنظمة للبورصة، دون أن تختص بالتحقيق.

وتتكون لجنة الجزاءات من ١٢ عضواً ليسوا من بين أعضاء الجمعية العمومية، وفقاً للمادة ٦٢١ فقرة (٢) ٤ من القانون النقدي والمالي الفرنسي. وتشكل على النحو التالي: اثنان من مستشاري مجلس الدولة يتم تعيينهم من

(١) د. وليد محمد الشناوي، الدور التنظيمي للإدارة في المجال الاقتصادي، رسالة دكتوراه جامعة المنصورة، مطبعة جامعة المنصورة، ٢٠٠٨، ص ٥٢٠ وما بعدها.

قبل نائب رئيس مجلس الدولة، واثنان من مستشاري محكمة النقض يختارهم الرئيس الأول لمحكمة النقض، وستة أعضاء معينين بسبب اختصاصهم المالي والقانوني ولديهم الخبرة الفنية في مجال البورصة ويتم اختيارهم لتمتعهم بذلك ولديهم خبرة في الأوراق المالية واثنان ممثلان عن عمال الشركات في سوق الأوراق المالية، ويتم اختيار الرئيس بالانتخاب من مستشارين مجلس الدولة ومحكمة النقض.

ويثار التساؤل عن سر هذا الاهتمام بتشكيل لجنة الجزاءات، على الرغم من أن الجزاء غرامة، ويرجع ذلك إلى أهمية الغرامة لأنها قد تصل إلى مبالغ كبيرة تقدر بملايين من اليورو، ويلاحظ أن تشكيل اللجنة من اثنين من مستشاري مجلس الدولة، وكذلك من محكمة النقض، يكشف عن الحرص على احترام شروط الدعوى العادلة.

٤٣ - الطبيعة القانونية لهيئة سوق المال:

هيئة سوق المال هي سلطة إدارية؛ فهي سلطة حيث لها امتياز توقيع جزاءات، وهي إدارية حيث إنها ليست تشريعية ولا هي قضائية، فالقرارات التي تتخذها ليس لها حجية الشيء المقضي به، وعلى الرغم من الطبيعة الإدارية لسلطة سوق المال، فإن قراراتها لا تخضع لرقابة مجلس الدولة، ولكن المشرع قرر أن يكون الطعن على قراراتها من اختصاص محكمة استئناف باريس، وقد أيد المجلس الدستوري في العديد من أحكامه الطبيعة الإدارية لتلك السلطة^(١).

لا يسري على لجنة الجزاءات في البورصة وصف المحكمة، وهذا ما انتهت إليه أحكام المحكمة الأوروبية، لأن ذلك الوصف ينطبق على سلطة تتميز

(١) Décisions no 86-224 DC du 23 janvier 1987 (Rec. Cons., const p. 8) et no 89-260 DC du 28 juillet 1989 (Rec. Cons. const., p. 71). Frédéric STASIAK, Autorités administratives indépendantes (AAI), février 2004 (dernière mise à jour: janvier 2012), Recueil DaLLOZ.

بالاستقلال وبالحيدة^(١). ومع ذلك فإن هناك القواعد الأساسية للدعوى العادلة يجب احترامها عند توقيع الجزاء على ما سيلي بيانه.

٤٤ - السلطة المختصة بتوقيع الجزاءات في القانون الأمريكي:

عرف المشرع الأمريكي قوانين تنظيم البورصة منذ قانون Exchange Act سنة ١٩٣٣ الذي عدل سنة ١٩٣٨ بمقتضى Maloney Act، وقد سمح هذا القانون بتكوين جمعيات متخصصة في البورصة لكي تشرف على سلوك العاملين بها، ولكنها تخضع للجنة العليا للبورصة Securities Exchange Commission بخصوص ما تفرضه من جزاءات على المخالفات، هذه الجمعيات اندمجت سويا في كيان واحد أصبح هو Financial Industry Regulatory Authority <http://en.wikipedia.org/wiki/Financial_Industry_Regulatory_Authority>^(٢).

٤٥ - تشكيل لجنة جزاءات البورصة في الولايات المتحدة:

تتكون لجنة الجزاءات بالبورصة في الولايات المتحدة من خمسة مفتشين يعينهم رئيس الولايات المتحدة الأمريكية بناء على موافقة مجلس الشيوخ، وذلك لمدة خمس سنوات، ويعين الرئيس أيضا رئيس اللجنة ولكنه لا يملك إقالته من منصبه^(٣). وفي أثناء عملها، تقوم لجنة البورصة بالاتصال بجهات تنظيمية أخرى مثل (FINRA) وجهات فيدرالية وكذلك جهات تنظيمية في الولايات، بل وجهات دولية، بالإضافة إلى مأموري الضبط القضائي^(٤).

(١) R. KoeRING-JOULIN, La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6, 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Rev. sc. crim. 1990.765

(٢) Wikipedia, the free encyclopedia, Securities Exchange Act of 1934 http://en.wikipedia.org/wiki/Securities_Exchange_Act_

(٣) U.S. Securities and Exchange Commission, From http://en.wikipedia.org/wiki/U.S._Securities_and_Exchange_Commission

(٤) U.S. Securities and Exchange Commission, From http://en.wikipedia.org/wiki/U.S._Securities_and_Exchange_Commission

المطلب الثاني

إجراءات توقييع الجزاءات الإدارية في جرائم سوق الأوراق المالية

٤٦ - الإجراءات السابقة على الجزاء:

قبل أن تقرر الجمعية العمومية le Collège بالبورصة بدء إجراءات الجزاء، يسمح القانون النقدي والمالي في فرنسا لها أن توجه إنذاراً إلى المخالف سواء أكان فرداً أم شركة، كما له أن يقوم بتعليق رخصة القيام بالنشاط في البورصة والخاصة بأحد المهنيين المخالفين، انتظاراً لتمام إجراءات الجزاء (المادة ٦٢١-١٤).

للجنة أن تصدر جزاء على أي شخص من المهنيين في البورصة بسبب إخلالهم بالتزاماتهم المهنية، أو أي شخص آخر بسبب عدم احترامه لقوانين ولوائح البورصة التي تضمن حسن سيرها (مادة L. 621-15-II من القانون النقدي والمالي). ولتلك اللجنة أن تأمر بتوقييع الجزاءات التالية: الإنذار، اللوم، الحظر المؤقت للممارسة جزء أو كل من النشاط بالبورصة، الجزاءات المالية في حدود عشرة ملايين يورو، أو عشرة أضعاف الأرباح التي تحققت من النشاط المخالف (مادة L. 621-15-111 من القانون النقدي والمالي معدلة بالقانون رقم ٧٧٦ لسنة ٢٠٠٨ الصادر في ٤ أغسطس سنة ٢٠٠٨). ولا يحول ذلك دون سلطة اللجنة في إصدار قرار بالغرامة التي تقل عن عشرة ملايين يورو، وعن عشرة أضعاف مبلغ الربح الذي حققه المخالف، إذا ارتأت اللجنة في ضوء ظروف وملابسات الدعوى قلة الضرر الذي تحقق واتخاذ المخالف لما يلزم من إجراءات للحيلولة دون تجدد المخالفة^(١).

(١) 1^{er} juin 2006 (Bull. Joly bourse 2006. 764, note F. Stasiak): cité par Muriel GIACOPELLI, Nicolas CATELAN, "Délit et manquement d'inités", Encyclopédie Dalloz, Droit penal, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012)

ويجب أن يكون القرار الصادر بالجزاء مسيباً، حتى يتيح لمحكمة الطعن ممارسة سلطتها في الرقابة عليه^(١). ويجوز للجنة الجزاءات وهي تسبب قرارها أن تأخذ بالأسباب التي بنى المقرر عليها تقريره، فلا شيء يمنعها من ذلك^(٢).

٤٧ - تطور إجراءات توقيع الجزاء على مخالفات البورصة:

تطورت إجراءات توقيع الجزاء على مخالفات البورصة، فقد كان القانون الفرنسي قبل سنة ١٩٨٩ يستوجب أن يقوم رئيس لجنة الجزاءات COB بتوجيه إنذار إلى المخالف، وفي حالة عدم امتثال المخالف واستمرار المخالفة فإن رئيس اللجنة يقدم طلباً إلى رئيس المحكمة الابتدائية (الذي يقرر في غرفة المشورة) لتوجيه إنذار جديد إلى المخالف بإزالة المخالفة مشفوع بغرامة تهديدية^(٣).

ولكن مع الإصلاح التشريعي لقانون البورصة في فرنسا سنة ١٩٨٩ تم العدول عن نظام الإنذار، وتطبيق نظام الجزاءات المباشرة التي تفرضها لجنة الجزاءات مع الصعوبات العملية في التطبيق، والتي أدت إلى صدور أحكام بإلغاء بعض القرارات الجزائية^(٤).

(١) CE 4 févr. 2005, no 269001, D. 2005. 717, obs. A. Lienhard; CA Paris, 19 avr. 2005, JCP E 2005, no 24, p. 1030

(٢) CA Paris, 1er avr. 2003, no 2002/18762, D. 2004. 1803

(٣) (V. aff. Hérrikoa, TGI Paris, 22 févr. 1988 et CA Paris, 28 mars 1988, Gaz. Pal. 1988.1.308, note C. Ducouloux-Favard, pour CA Paris, V. égal. D. 1988, IR 136 et D. 1989.116, note N. Decoopman).

(٤) P. BèZARD, Le renforcement des pouvoirs de la Commission des opérations de bourse, Petites affiches no 110, 13 sept. 1989, p. 2; D. BORDE et A. PONCELET, Le pouvoir de sanction administrative conféré à la COB par la loi du 2 août 1989, bilan des premières décisions, RD bancaire et bourse 1993, no 39, p. 217; A. COMTE, L'activité des marchés, Bull. Joly Produits financiers 1991-2, p. 23; D. CARREAU et J.-Y. MARTIN, La loi no 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, ALD 1989.191; J.-P. CHAUMONT, Projet de loi no 544 relatif à la sécurité et à la transparence du marché financier, Petites affiches no 42, avr. 1989; A. =

ومع ذلك فإن دور المقرر rapporteur (بالقرار بقانون رقم ٧٧٤ بتاريخ ٣١ يوليو سنة ١٩٩٧ محل للنقد، ذلك أنه يختص بالتحقيق وكأنه يقوم بدور قاضي التحقيق^(١)).

وتعتبر الغرامات الإدارية التي كان من سلطة لجنة البورصة COB أن تقررها شديدة من حيث مبلغها؛ حيث إن مقدارها كان يمكن أن تصل إلى عشرة ملايين فرنك أو عشرة أضعاف الربح الذي نتج عن العملية المخالفة.

= COURET, Les droits de la défense devant la COB, Bull. Joly 1991, no 379, p. 1081; M. DOBKINE, L'ordre répressif administratif, D. 1993, chron. 157; N. DECOOPMAN, Pouvoirs de sanctions administratives de la COB, RD bancaire et bourse 1990, no 17, p. 16; C. DUCOULOUX-FAVARD, Nouveaux pouvoirs pour la COB, Gaz. Pal. 1990.1, doct. 50 et Manquement et délit d'initié, D. 1992, chron. 197; C. GAVALDA, Commentaire de la loi du 2 août 1989, Rev. sociétés 1990.1; P. GRANDJEAN, La Bourse et le juge consulaire, Gaz. Pal. 1992.2, doct. 828; P. JALLADE, Observations sur un délit à l'ordre du jour, Petites affiches 23 janv. 1989, no 3 et Vers un renforcement des pouvoirs de la COB, ibid., 16 janv. 1989, no 72, p. 4; D. MARTIN, Répartition des pouvoirs entre les autorités financières, RD bancaire et bourse 1990, no 17, p. 11; M. PUECH, La COB et la surveillance du marché au regard du droit pénal, Mélanges D. Bastian 1974.211; Y. REINHARD, Extension des pouvoirs de la Commission des opérations de bourse, RTD com. 1989.677; J. STOUFFLET et J.-P. DESCHANEL, La loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, RD bancaire et bourse janv. 1990, no 501, p. 27; H. SYNDET, Le nouveau droit boursier français, RD bancaire et bourse no 17, janv. 1990, p. 3; D. VATEL, Aspects judiciaires et juridictionnels du pouvoir de sanction de la COB, Rev. sociétés janv. 1994, p. 25; A. VIANDIER, Sécurité et transparence du marché financier [Commentaires des titres 1 et 2 de la loi du 2 août 1989], JCP, éd. E, 1989. II. 15612 et Actes du colloque, Le juge et le marché boursier, 17 et 18 mars 1994, Petites affiches no spéc., juin 1994).

(sur cette réforme, V. C. DUCOULOUX-FAVARD, Un règlement intérieur et un embryon de code de procédure de la COB, AGEFI 22 août 1997, et avec N. RONTCHEVSKY, La procédure de sanction administrative des infractions boursières après le décret no 97-774 du 31 juillet 1997, Bull. Joly Bourse, mai 1997, p. 107 - et n'ayant pas prévu les incompatibilités du décret avec les principes de la Convention européenne des droits de l'homme, F. BUCHER, Vers un progrès des droits de la défense devant la COB, Rev. soc. 1997.481; V. aussi, B. DE BELVAL, Procédure et COB: à l'occasion du décret du 31 juillet 1997, Procédures janv. 1998, p. 3; E. DEZEUZE, La réforme de la procédure de sanction administrative de la COB, JCP, éd. E, 1997. I. 709).

٤٨ - إخطار الشخص محل الاتهام بوقوع مخالفات:

تبدأ إجراءات توقيع الجزاء على المخالف في جرائم البورصة بقيام الجمعية العمومية - وفقاً لنص المادة ٦٢١-٣٨ من اللائحة العامة من القانون النقدي والمالي الفرنسي - بإخطار الشخص محل الاتهام بالمخالفات التي ارتكبها، ويرسل إليه تقرير التحريات والرقابة، ويتم ذلك عن طريق إخطار على يد محضر أو بخطاب بعلم الوصول، على أن يتولى الرد على التهم الموجهة إليه.

كما تقوم الجمعية العمومية le Collège بإخطار رئيس لجنة الجزاءات بالمخالفات، والتي يطلب فيها من الشخص محل الاتهام بالرد عليها في غضون شهرين من تسلمه الإخطار، ويتمشى ذلك مع نص المادة ٦ فقرة (٣) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(١) والتي تستوجب أن يتم إخطار الشخص محل الاتهام بالمخالفات التي ارتكبها، بالإضافة إلى إخطاره بالمخالفات وطلب الرد عليها، من حق الشخص محل الاتهام أن يطلع على المستندات والأوراق التي تثبت ارتكابه للمخالفة والموجودة لدى لجنة الجزاءات، ويمكنه الحصول عليها بنفسه أو بالاستعانة بشخص آخر يمثلته.

(١) ٣ - لكل شخص يتهم في جريمة الحقوق الآتية كحد أدنى:

أ- إخطاره فوراً - وبلغة يفهمها وبالتفصيل - بطبيعة الاتهام الموجه ضده وسببه.

ب- منحه الوقت الكافي والتسهيلات المناسبة لإعداد دفاعه.

ج- تقديم دفاعه بنفسه، أو بمساعدة محام يختاره هو، وإذا لم تكن لديه إمكانيات كافية لدفع تكاليف هذه المساعدة القانونية، يجب توفيرها له مجاناً كلما تطلبت العدالة ذلك.

د- توجيه الأسئلة إلى شهود الإثبات، وتمكينه من استدعاء شهود نفي وتوجيه الأسئلة إليهم في ظل ذات القواعد كشهود الإثبات.

هـ - مساعدته بمترجم مجاناً إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستعملة في المحكمة.

٤٩ - المتطلبات الشكلية لقرار الجزاء في جرائم البورصة:

تستلزم المادة ٦٢١-٤٠/٥ (l'article R. 621-40-V) في قرار الجزاء أن يشير إلى أعضاء التشكيل الذين فصلوا في القضية، كما توجب أن يخطر المتهم بخطاب موصي عليه بعلم الوصول أو يسلم إليه يد بيد أو على يد محضر، وقد أكدت ذلك محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٢٠٠٢^(١)، ويتم إعلان مفوض الدولة بالقرار الصادر بالجزاء بالإضافة إلى رئيس هيئة سوق المال الذي يتولى إطلاع الجمعية العمومية، ويتطلب القانون إعلان بعض الجهات الأخرى بهذا القرار مثل لجنة مؤسسات الائتمان ومشروعات الاستثمار واللجنة البنكية... إلخ. كما يشير القرار الصادر بالجزاء إلى مصاريف الإجراءات التي يتحملها الشخص محل القرار.

٥٠ - تسبیب القرارات الصادرة في جرائم البورصة:

على الرغم من أن النصوص لم تنص صراحة على تسبیب الأحكام الصادرة في جرائم البورصة، إلا أنه يجب أن تكون هذه الأحكام مسببة وفقاً للقواعد العامة، ومن الجدير بالذكر أن المحكمة التي تصدر الطعن تمارس رقابتها من حيث الواقع ومن حيث القانون^(٢). بالإضافة إلى ذلك فلا يوجد نص قانوني يحظر على لجنة عمليات البورصة - في فرنسا - أن تتبنى نفس الأسباب المتضمنة في تقرير المقرر إذا ما اعتبرتها مناسبة^(٣). وتنص المادة ٦٢١-١٥ (l'article L. 621-15) من القانون النقدي والمالي على أنه للجنة أن تنشر القرارات التي تصدرها بالجزاءات سواء في الجرائد أو المنشورات التي

(١) Cour d'appel de Paris le 27 juin 2002 (D. 2002. 2335, obs. A. Lienhard).

(٢) (V. not., CE 4 févr. 2005, no 269001, D. 2005. 717, obs. A. Lienhard; CA Paris, 19 avr. 2005, JCP E 2005, no 24, p. 1030)

(٣) (CA Paris, 1er avr. 2003, no 2002/18762, D. 2004. 1803)

تحدها اللجنة، ويؤكد مجلس الدولة الفرنسي على عدم التزام اللجنة بذكر أسباب نشر القرار الصادر بالجزاء، ويرجع ذلك إلى أنه يعتبر جزاء تكميلياً^(١).

٥١ - جواز توقيع الجزاء على الشخص المعنوي:

تأخذ كثير من التشريعات بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، ومنها القانون الفرنسي، وتوقع الجزاءات الإدارية الجنائية على الشخص المعنوي كالشركة، بما يتلاءم مع طبيعة هذا الشخص مثل الحكم بالحل وبالغرامة أو الحرمان المؤقت من ممارسة النشاط، ولا يحول ذلك دون تقرير المسؤولية الجنائية للفاعل في الجريمة^(٢).

وتقع المسؤولية الإدارية التي تجيز للجنة جزاءات البورصة أن توقع عقوبات على الشخص المعنوي كالشركات على ما يقوم منها بنشاط مهني في البورصة كاستثمار أموال في البورصة أو الوساطة، ومن الشركات ما لها نشاط غير مهني في البورصة كما لو كانت شركة تطرح أسهما في البورصة. فإذا ارتكب المدير القانوني أو الفعل عملاً مخالفاً بقوانين أو لوائح البورصة، فإن الشركة تتعرض للمسؤولية الإدارية، وقد أجاز القضاء الإداري الجمع بين المسؤولية الإدارية للشخص المعنوي والمسؤولية الإدارية للمدير المسؤول^(٣). وذلك بالإضافة إلى ما تجيزه القوانين المقارنة من جواز الجمع بين المسؤولية الإدارية والمسؤولية الجنائية^(٤). إذن نتواجد أمام نوعين من المسؤولية: إدارية

(١) CE 7 févr. 2007, no 288373, Choquenot, Rec. Lebon 2007; idem CE 9 nov. 2007, no 298911, Société Bourse direct SA, Rec. Lebon 2007.

(٢) L. 92-1336 du 16 déc. 1992 abrogée par la loi n° 94-89 du 1er févr. 1994.

(٣) Cf. CA Paris 15 sept. 1993, Brasseler cité dans le rapport du Conseil de la concurrence pour l'année 1993; cf. également l'ouverture d'une procédure administrative concernant le marché du titre Eurotunnel à raison des opérations effectuées par certains intermédiaires, qu'ils soient ou non résidents, rapportée au Bull. COB de juillet-août 1995, p. 63.

(٤) د. شيماء عبدالغني عطا الله، مدى إعمال قواعد المسؤولية الجنائية في مجال المسؤولية التأديبية، مرجع سابق.

وجنائية، كما نتواجد أمام نوعين من المسؤولية: مسؤولية الشخص المعنوي ومسؤولية المدير، الأمر الذي يجعلنا أمام تعدد للجزاءات الجنائية والإدارية، التي توقع على الشخص المعنوي، وتلك التي تقع على الشخص الطبيعي (المدير). غير أن القضاء الفرنسي يخفف هذا التعدد بتطلب "شرط التناسب في الجزاء" حتى لا نتواجد أمام مغالاة وإفراط في الجزاءات^(١).

وفي خصوص مسؤولية الشخص المعنوي إدارياً أجازت محكمة باريس الابتدائية ما قامت به لجنة البورصة من توقيع جزاءات على الشركة الأم بسبب عمليات قامت بها شركة تابعة للشركة الأم، استناداً إلى أن المعلومات المتعلقة بالفعل المخالف كانت في حيازة الشركة الأم كما أن تلك الأخيرة استفادت من تلك العمليات^(٢).

يثار التساؤل حول مدى تطلب الركن المعنوي في جرائم البورصة! وتجب على ذلك التشريعات المعاصرة التي تتطلب توافر الركن المعنوي في الجرائم الإدارية، فتسمح بعض التشريعات بقيام المسؤولية الإدارية الجنائية للشخص المعنوي، فيقوم البعض - مثل القانون الإيطالي - بمسألة الشخص المعنوي على سبيل التضامن مع فاعل الجريمة وهو مدير الشركة أو الممثل القانوني للشخص المعنوي، ويجعل البعض الآخر من التشريعات الشخص المعنوي هو المسؤول مباشرة عن الفعل إن كان ممثله القانوني هو الذي ارتكبه (كالقانون الألماني)^(٣).

(١) Déc. 89-260 DC du 28 juill. 1989, JO, 1er août 1989, p. 9676 - COB. 1

(٢) Déc. du 1er mars 1994, Zodiac et arrêt CA Paris du 15 nov. 1994, Bull. COB, n° 279, avr. 1994 et n° 286, déc. 1994, également cités et commentés à la Revue Bourse et Produits financiers, janv.-févr. 1995, p. 9, note H. de Vauplane.

(٣) انظر: د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، مرجع سابق، ص ٧١. ويثار خلاف في الفقه حول مدى تطبيق مبدأ شخصية المسؤولية على الشخص المعنوي، فيؤيد البعض المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، ويتجه رأي آخر إلى معارضتها. راجع: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ٥١٤؛ د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ٣٩٢.

٥٢ - فرض الغرامة الإدارية على الشخص المعنوي:

تختلف الغرامة الإدارية عن الغرامة الجنائية من حيث جواز انطباقها على الشخص المعنوي، فيمكن لجهة الإدارة أن توقع عقوبة الغرامة الإدارية على الشخص المعنوي دون أن يثير ذلك مشكلة شخصية العقوبة، فالمبدأ الدستوري القائل بشخصية العقوبة يقتصر في نطاق تطبيقه على العقوبات الجنائية، وقد خول المشرع الفرنسي، بمقتضى القانون الصادر في ١٩ يوليو سنة ١٩٧٧، وزير الاقتصاد، بعد أخذ رأي لجنة المنافسة غير المشروعة فرض غرامات مالية إدارية على المشروعات والشركات^(١).

٥٣ - ضرورة تناسب الغرامة مع الخطأ في جرائم البورصة:

يتعين أن يتناسب مبلغ الغرامة كجزاء إداري يفرض على المتهم بارتكاب جريمة من جرائم البورصة والخطأ المرتكب، ومن الجدير بالذكر أن المجلس الدستوري الفرنسي ومجلس الدولة الفرنسي يستلزمان احترام شرط التناسب في الجزاء الإداري^(٢) ويعتبران الإخلال الظاهر به يشوب سلطة الإدارة في فرض إجراءات إدارية جنائية بعيب عدم الدستورية^(٣).

٥٤ - صور للجزاءات الإدارية في القانون الأمريكي:

التهمة الجنائية التي اعترف بها المدعى عليه هي أنه قام بخداع المستثمرين وتحصل من وراء ذلك على أموال منهم عن طريق تقديم بيانات كاذبة تدعيها لهذا المشروع الاحتيالي، كما أنه استعان في تحقيق ذلك بالبريد الفيدرالي لتحقيق ذلك الاحتيال والغش، وذلك كله بالمخالفة للقسم الثامن عشر

(١) André DECOQ, Chronique législative, R.S.C. 1978, p.119.

(٢) انظر: حكم ٢٨ يوليو سنة ١٩٨٩ في قضية بورصة الأوراق المالية Louis FAVOREU, op. cit., p.678.

(٣) لمزيد من التفصيل انظر: د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، مرجع سابق، ص ٤٥.

من تقنين الولايات المتحدة الأمريكية الفصل رقم ١٣٤١ و ١٣٤٢ (Title 18
.United States Code, Sections 1341 and 1342)

وقد أصدرت لجنة جزاءات البورصة الأمريكية على المتهم جزاء الحظر من ممارسة النشاط بالبورصة سواء انفراديا أو بالاشتراك مع غيره من الوسطاء أو المتعاملين بالبورصة أو مكاتب الخبرة والاستشارات في مجال الاستثمار^(١). وقد أصدرت اللجنة ذلك الجزاء وفقا لما تخوله إياها قانون مستشاري الاستثمار لسنة ١٩٤٠ (الفصل رقم ٢٠٣ / ف) SECTION 203(f) OF THE INVESTMENT ADVISERS ACT OF 1940,

تختص لجنة الجزاءات بالبورصة وفقاً للقانون الأمريكي بإصدار جزاءات إدارية عن جرائم جنائية سواء بديلا عن الجزاءات الجنائية أو بالإضافة إلى الجزاءات الجنائية.

من الأمثلة على الجزاءات الإدارية التي تفرضها تلك اللجنة على المخالفين ما قضى به من إدانة أحد الوسطاء عن تهمة جنائية تتمثل في ممارسة الغش بطريق التليفون في قضية VICTOR MANUEL RIVERA, JR. حيث قررت لجنة جزاءات البورصة في ٦ سبتمبر ٢٠١٣ مجازاة المتهم أمامها بحظر اشتراكه مع أي وسيط أو تعامله في البورصة مع أي تاجر أو مستشار في الاستثمار أو غير ذلك من الشركات العاملة في مجال البورصة، وقد كان ذلك بعد الحكم عليه من محكمة جنائية من حكم من الحبس لمدة سنتين مع وقف التنفيذ والوضع تحت الاختبار بالإضافة إلى التعويض المدني بمبلغ ٩٤ ألف دولار، وذلك عن تهمة الغش بطريق wire fraud التليفون متعلق بعمله في

(١) He was " barred from association with any broker, dealer, investment adviser, municipal, securities dealer, municipal advisor, transfer agent, or nationally recognized statistical rating organization". UNITED STATES OF AMERICA Before the SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION INVESTMENT ADVISERS ACT OF 1940, Release No. 70344 / September 6, 2013, ADMINISTRATIVE PROCEEDING, File No. 3-15463, In the Matter of, JOHN A. PICINI, Respondent.

البورصة بالمخالفة للباب ١٨ من تقنين الولايات المتحدة الأمريكية (الفصل ١٣٤٣)^(١). ونفس القرار صدر في قضية David Blech في ٢٠ سبتمبر سنة ٢٠١٣، حيث حكم على المتهم بعقوبة الحبس ٤٨ شهر حبس لارتكابه جريمة الغش والتلاعب في أسعار الأسهم، فقد قضت لجنة الجزاءات بالبورصة عليه بجزاء إداري آخر وهو الحرمان من ممارسة النشاط في البورصة سواء بصفة أصلية أو بالاشتراك مع غيره^(٢).

ويختلف اختصاص لجنة جزاءات البورصة في أمريكا بحسب ما إذا صدر حكم جنائي على المتهم بجريمة من جرائم البورصة أو لم يصدر وبحسب ما إذا قبل المتهم اختصاص اللجنة بتوقيع جزاء إداري عليه أو لم يقبل. فإذا صدر حكم جنائي نهائي عليه ولم يقبل اختصاص اللجنة بتوقيع جزاء إداري، فإن اللجنة تأخذ صفة الخصم وترفع الإجراءات الإدارية administrative proceedings أمام المحكمة الإدارية لكي تنطق بجزاء إداري ضد المتهم، وإذا قبل اختصاص اللجنة بتسوية النزاع settlement فإنها تنتظر الدعوى من تلقاء

(١) UNITED STATES OF AMERICA Before the SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, Release No. 70343 / September 6, 2013 INVESTMENT ADVISERS ACT OF 1940 Release No. 3666 / September 6, 2013 ADMINISTRATIVE PROCEEDING File No. 3-15462 In the Matter of VICTOR MANUEL RIVERA, JR. Respondent. ORDER INSTITUTING ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS PURSUANT TO SECTION 15(b) OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 AND 203(f) OF THE INVESTMENT ADVISERS ACT OF 1940, MAKING FINDINGS, AND IMPOSING REMEDIAL SANCTIONS

(٢) UNITED STATES OF AMERICA, Before the SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, Release No. 70466, September 20, 2013, ADMINISTRATIVE PROCEEDING, File, No. 3-15511, In the Matter of David Blech, Respondent. ORDER INSTITUTING ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS, PURSUANT TO SECTION 15(b) OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, MAKING FINDINGS, AND IMPOSING, REMEDIAL SANCTIONS.

نفسها، وتصدر قرارها الإداري بعد تحقيق دفاع المتهم، ويكون القرار صادرا بجزاء إداري ضد المتهم، ففي قضية VICTOR MANUEL RIVERA, JR. رفعت اللجنة الدعوى على المتهم الذي قضى بحبسه مدة ١٨٠ شهرا والغرامة مائة ألف دولار وكذلك التعويض المدني مقداره ٥٩٩٢٨٠٠ دولار من جانب المحكمة للغش والاتفاق على الغش في الأوراق المالية^(١).

ومن سلطة لجنة البورصة بالولايات المتحدة الأمريكية أن تبدأ إجراءات المساءلة الإدارية عن جريمة جنائية مكتفية في ذلك بالجزاء الإداري دون إحالة الأمر إلى النيابة أو إلى المحكمة الإدارية، تطبيقاً لذلك قُضي بتوقيع جزاء الشطب من البورصة على إحدى الشركات في قضية CHINA LITHIUM TECHNOLOGIES, بسبب ما نُسب إلى المسؤولين فيها من عدم القيام بواجبهم من إعداد التقارير السنوية عن نشاط الشركة لبيان مركزها المالي بشكل صادق^(٢). وقد أضافت اللجنة إلى هذا الجزاء جزء آخر هو توقيع غرامة مدنية civil penalty على الشركة المخالفة، وقد انتهت اللجنة إلى قرار مماثل في قضايا أخرى مثل قضية JPMorganChase & Co of في ١٩ سبتمبر سنة

(١) UNITED STATES OF AMERICA Before the SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, SECURITIES EXCHANGE, ACT OF 1934, Release No. 70341 / September 6, 2013, INVESTMENT ADVISERS, ACT OF 1940, Release No. 3665 / September 6, 2013, ADMINISTRATIVE,, PROCEEDING, File No. 3-15461, In the Matter of, TIMOTHY M. MCGINN and, DAVID L. SMITH,, Respondents,, ORDER INSTITUTING ADMINISTRATIVE, PROCEEDINGS PURSUANT TO SECTION, 15(b) OF THE SECURITIES, EXCHANGE, ACT OF 1934 AND SECTION 203(f) OF THE, INVESTMENT, ADVISERS ACT OF 1940, AND NOTICE OF HEARING

(٢) UNITED STATES OF AMERICA, Before the, SECURITIES AND, EXCHANGE COMMISSION, Washington, D.C. 20549, SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, Release No. 70461/September 20, 2013, ADMINISTRATIVE PROCEEDING, File No. 3-15450, In the Matter of: ORDER MAKING FINDINGS AND, CHINA LITHIUM TECHNOLOGIES, INC., and:, REVOKING REGISTRATIONS CHINA WI-MAX, COMMUNICATIONS, INC.: BY DEFAULT

٢٠١٣^(١)، وقضية ALTUS PHARMACEUTICALS, INC., في ١٠
سبتمبر سنة ٢٠١٣^(٢).

وإذا لم يقبل المتهم باختصاص لجنة البورصات فإن اللجنة تحيل القضية
إلى المحكمة الإدارية لتوقيع الجزاء الإداري عليه، وقد قررت بذلك لجنة
الجزاءات في العديد من القضايا المعروضة عليها مثل قضية Home System
Group في ١٠ سبتمبر سنة ٢٠١٣، وفي قضية American Asset
Development, Inc., aVinci Media Corp., Ceragenix Pharmaceuticals,
Inc. في ١٩ سبتمبر سنة ٢٠١٣^(٣).

(١) UNITED STATES OF AMERICA Before the SECURITIES AND EXCHANGE
COMMISSION SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 Release No. 70458 /
September 19, 2013 ACCOUNTING AND AUDITING ENFORCEMENT Re-
lease No. 3490 / September 19, 2013 ADMINISTRATIVE PROCEEDING File
No. 3-15507 In the Matter of JPMorganChase & Co., Respondent. ORDER
INSTITUTING CEASE-AND DESIST PROCEEDINGS PURSUANT TO SEC-
TION 21C OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, MAKING
FINDINGS, AND IMPOSING A CEASEAND-DESIST ORDER

(٢) UNITED STATES OF AMERICA Before the SECURITIES AND EX-
CHANGE COMMISSION SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 Release
No. 70453/September 19, 2013 ADMINISTRATIVE PROCEEDING File No. 3-
15418 In the Matter of ALTUS PHARMACEUTICALS, INC., BLACKHAWK
CAPITAL GROUP BDC, INC., CARGO CONNECTION LOGISTICS HOLD-
ING, INC., DIAPULSE CORPORATION OF AMERICA, GLOBUS INTER-
NATIONAL RESOURCES CORP., KINGSTON SYSTEMS, INC., and MEGA
MEDIA GROUP, INC. ORDER MAKING FINDINGS AND REVOKING
REGISTRATIONS AS TO FIVE RESPONDENTS BY DEFAULT The The
Securities and Exchange Commission (Commission) issued an Order Instituting
Administrative Proceedings (OIP) on August 14, 2013.

(٣) UNITED STATES OF AMERICA Before the SECURITIES AND EX-
CHANGE COMMISSION SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 Re-
lease No. 70456 / September 19, 2013 ADMINISTRATIVE PROCEEDING
File No. 3-15506 In the Matter of Home System Group, Respondent. ORDER
INSTITUTING ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS AND NOTICE OF
HEARING PURSUANT TO SECTION 12(j) OF THE SECURITIES
EXCHANGE ACT OF 1934.

واللجنة الجزاءات بالبورصة الأمريكية أن تفرض أمراً بالتوقف عن عمل معين يشكل مخالفة لقوانين ولوائح البورصة، والتزام سلوك يتمشى مع صحيح القانون cease and desist مع فرض غرامة مالية على الشركة المخالفة في حالة قبول اختصاص اللجنة بدلا من تقديمها للمحاكمة أمام المحكمة الإدارية المختصة، كما حدث في قضية BRENDAN N. CONNORS, CPA بقرارها في ١٨ سبتمبر سنة ٢٠١٣^(١) وفي قضية Connors, CPA Brendan N في ١٨ سبتمبر سنة ٢٠١٣ وفي قضية Connors, CPA Brendan N بقرارها في نفس اليوم عن تهمة عدم احتساب الضريبة على وجه صحيح، وعدم اتباع وسائل دقيقة للمراجعة الداخلية للشركة^(٢).

كما يجوز للجنة السابقة بالإضافة إلى إصدار أمر بالتوقف عن عمل معين مخالف للقوانين واللوائح، فإنه يجوز لها أن تفرض تعويضا للمضرورين من هذه الأفعال، كما قررته تلك اللجنة في قضية EDMUND E. WILSON في ١٨ سبتمبر سنة ٢٠١٣، حيث قضت بتعويض مدني مقداره \$10,987,273.25 بالإضافة إلى غرامة مدنية وكذلك إصدار أمر بالتوقف عن النشاط المخالف، وكان المتهم قد قبل اختصاص اللجنة ووافقت اللجنة على ذلك وصدر القرار - عاليه -

(١) UNITED STATES OF AMERICA Before the SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 Release No. 70450 / September 18, 2013 ACCOUNTING AND AUDITING ENFORCEMENT Release No. 3489 / September 18, 2013 ADMINISTRATIVE PROCEEDING File No. 3-15504 In the Matter of BRENDAN N. CONNORS, CPA, Respondent. ORDER INSTITUTING PUBLIC ADMINISTRATIVE AND CEASEAND-DESIST PROCEEDINGS PURSUANT TO SECTIONS 4C AND 21C OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934

(٢) UNITED STATES OF AMERICA Before the SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 Release No. 70450 / September 18, 2013 ACCOUNTING AND AUDITING ENFORCEMENT Release No. 3489 / September 18, 2013 ADMINISTRATIVE PROCEEDING File No. 3-15504 In the Matter of BRENDAN N. CONNORS, CPA, Respondent.

في تهمة خداع المستثمرين، حتى تبدو الشركة رابحة في مجال معين من مجالات الاستثمار^(١).

بالتالي فإنه إذا لم يوافق المتهم على اختصاص اللجنة أو لم توافق اللجنة على النظر في الموضوع نظرا لما قدرته من خطورة التهمة، فإن اللجنة تحيل القضية إلى المحكمة الإدارية المختصة وتحدد أجلا للمتهم للمثول أمام تلك المحكمة لمحاكمته عن تلك التهمة، كما حدث في قضية G-2 Trading LLC حيث أسند إلى المتهم أنه اشترى أسهما وباعها قبل مضي الفترة المحددة للبيع، بما يشكل تلاعبا في الأسعار بغرض رفعها بطريق اصطناعية، ثم إعادة بيعها وتحقيق مكاسب ضخمة، والتسبب بهذه الطريقة في انهيار سعر تلك الأسهم بعد ذلك^(٢).

بل إن من سلطة اللجنة وهي تفرض تعويضا مدنيا للمضرورين من عمل المسؤولين بالشركة أن تضيف إلى مبلغ التعويض مبلغا آخر يساوي الفوائد القانونية، كما قررت بذلك اللجنة في بعض القضايا من أمثلتها قضية PEAK6 CAPITAL MANAGEMENT LLC في ١٦ سبتمبر سنة ٢٠١٣^(٣).

فمن سلطة اللجنة إذن أن تجمع بين التعويض المدني disgorgement والفوائد المدنية، وكذلك الغرامة المدنية في حكمها على المخالف، كما في حدث

(١) UNITED STATES OF AMERICA Before the SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 Release No. 70447 / September 18, 2013 ADMINISTRATIVE PROCEEDING File No. 3-15501 In the Matter of EDMUND E. WILSON, Respondent.

(٢) UNITED STATES OF AMERICA Before the SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 Release No. 34-70414 / September 16, 2013 ADMINISTRATIVE PROCEEDING File No. 3-15495 In the Matter of G-2 Trading LLC, Respondent

(٣) UNITED STATES OF AMERICA Before the SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 Release No. 70410 / September 16, 2013 ADMINISTRATIVE PROCEEDING File No. 3-15493 In the Matter of PEAK6 CAPITAL MANAGEMENT LLC Respondent

في عدة قضايا منها قضية ONTARIO TEACHERS' PENSION PLAN BOARD في ١٦ سبتمبر سنة ٢٠١٣^(١).

٥٥ - صور الجزاءات الإدارية في القانون المصري عن مخالفات البورصة:

من الجزاءات الإدارية التي يمكن أن يوقعها مدير الهيئة وفقا للقانون المصري ما نصت عليه المادة (٣١) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ من سلطات لمجلس إدارة الهيئة إصدار قرارات إدارية تشكل جزاءات مهمة بقولها: "لمجلس إدارة الهيئة إذا قام خطر يهدد استقرار سوق رأس المال أو مصالح المساهمين في الشركة أو المتعاملين معها أن يتخذ ما يراه من التدابير الآتية:

- أ - توجيه تنبيه إلى الشركة.
- ب - منع الشركة من مزاوله كل أو بعض الأنشطة المرخص لها بمزاولةها.
- ج - مطالبة رئيس مجلس إدارة الشركة بدعوة المجلس إلى الانعقاد للنظر في أمر المخالفات المنسوبة إلى الشركة واتخاذ اللازم نحو إلزائها، ويحضر اجتماع مجلس الإدارة في هذه الحالة ممثل أو أكثر عن الهيئة.
- د - تعيين عضو مراقب مجلس إدارة الشركة، وذلك للمدة التي يحددها مجلس

(١) UNITED STATES OF AMERICA Before the SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 Release No. 70407 / September 16, 2013 ADMINISTRATIVE PROCEEDING File No. 3-15491 In the Matter of ONTARIO TEACHERS' PENSION PLAN BOARD, Respondent; UNITED STATES OF AMERICA efore the ECURITIES AND XCHANGE COMMISSION ECURITIES EXCHANGE ACTOF 1934 elease No. 70408 / September 16, 2013 DMINISTRATIVE ROCEEDING ile No. 3-15485 n the Matter of OLLERO EACH APITAL PARTNERS LLC, Respondent. RDER INSTITUTING CEASE-ANDDESIST PROCEEDINGS PURSUANT TO SECTION 21C OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934,

إدارة الهيئة، ويكون لهذا العضو المشاركة في مناقشات المجلس وتسجيل رأيه فيما يتخذ من القرارات.

هـ - حل مجلس الإدارة وتعيين مفوض لإدارة الشركة مؤقتاً لحين تعيين مجلس إدارة جديد بالأداة القانونية المقررة.

و - إلزام الشركة المخالفة بزيادة قيمة التأمين المودع منه".

وبالنظر إلى أهمية بعض هذه الجزاءات الإدارية التي يمكن أن يأمر بها مجلس إدارة هيئة سوق المال، فإن التساؤل يثار حول مدى احترام قواعد الدعوى العادلة، فمن الملاحظ أن مجلس إدارة الهيئة يتوافر له ضمانات الاستقلال - في رأينا - حيث إنه يتشكل من "رئيس الهيئة رئيساً، نائب رئيس الهيئة نائباً للرئيس، نائب محافظ البنك المركزي عضواً، وأربعة أعضاء من ذوي الخبرة يصدر بتعيينهم وتحديد مكافآتهم لمدة سنتين قابلة للتجديد، قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير" (مادة ٤٥ من قانون رقم ٩٥ السنة ١٩٩٢، كما تنص المادة ذاتها على أنه: "ويصدر بتعيين رئيس الهيئة ونائبه وتحديد المعاملة المالية لهما قرار من رئيس الجمهورية لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد لمدد أخرى".

غير أن إجراءات توقيع الجزاءات الواردة في المادة (٣١) من القانون رقم ٩٥ لا تستجيب للمعايير المقررة في الدعوى العادلة قبل توقيعها، من حيث سماع المتهم ومناقشته وكفالة الحق في الدفاع وكفالة الحق في الطعن، على الرغم من أن بعض هذه الجزاءات يتسم بالشدة مثل وقف النشاط وحل مجلس الإدارة، كما أن تلك الإجراءات لم تبين وسائل التحقيق وجمع المعلومات قبل توقيع الجزاء على خلاف ما نص عليه القانون الفرنسي في هذا الخصوص.

٥٦ - صور للجزاءات الإدارية في القانون الإماراتي عن مخالفات البورصة:

يختلف قانون سوق الأوراق المالية المصري عن قانون سوق الأوراق المالية في الإمارات (القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠)، حيث لمجلس إدارة الهيئة

توقيع جزاء الغرامة المالية بالإضافة إلى الجزاءات الأخرى، فتنص المادة (٢٧) من القانون الإماراتي على أنه: "يجوز لمجلس إدارة السوق أن يوقع على الوسيط أياً من الجزاءات الآتية:

١ - الإنذار.

٢ - الغرامة المالية بما لا يزيد على مائة ألف درهم.

٣ - مصادرة الكفالة المصرفية جزئياً أو كلياً.

٤ - وقف الوسيط عن العمل لمدة لا تزيد على أسبوع، فإذا زادت مدة الوقف عن أسبوع يحال الأمر إلى الهيئة لاتخاذ ما تراه.

٥ - التوصية للهيئة بشطب الوسيط من سجل الوسطاء المرخصين في السوق".

ويتفق القانون الإماراتي مع القانون المصري في تحقيق مقدار كاف من الاستقلال في هيئة سوق رأس المال، حيث تنص المادة (٢) من القانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠ في الإمارات في مادته الثانية على أنه: "تنشأ في عاصمة الدولة هيئة عامة تسمى هيئة الأوراق المالية والسلع تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري، وبالصلاحيات الرقابية والتنفيذية اللازمة لممارسة مهامها وفقاً لأحكام هذا القانون والأنظمة التي تصدر تنفيذاً له وتلحق بالوزير، وللهيئة أن تنشئ فروعاً أو مكاتب تابعة لها لمباشرة مهام الإشراف والرقابة على الأسواق". كما يعين أعضاء الهيئة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد وفقاً للمادة (٨) التي تنص على أن: "تكون مدة العضوية ثلاث سنوات قابلة للتجديد لمرة واحدة، ويجوز التمديد لنصف الأعضاء للفترة التالية على ألا تتجاوز مدة العضوية تسع سنوات، وإذا شغل منصب أحد الأعضاء لأي سبب من الأسباب قبل انتهاء مدة عضويته، عين خلف له لباقي مدة المجلس".

غير أن قانون رأس المال الإماراتي يتفق مع القانون المصري في أنه أغفل اعتبارات الدعوى العادلة أمام مجلس هيئة رأس المال عندما تمارس اختصاصات الجزاء، ومنها توقيع غرامة مالية كبيرة، واكتفت المادة (٢٩) من هذا القانون على ترديد الحق في الطعن في القرار الصادر بالجزاء أمام القضاء، وهو حق

لا يحتاج إلى تذكير، فتنص تلك المادة على أنه: "يجوز الطعن أمام المحكمة المختصة في القرارات الخاصة بالجزاءات الواردة في البندين (٣) و (٤) من المادة (٢٧)، وكذلك القرارات الصادرة من الهيئة بشطب الوسيط وفقاً لهذا القانون، ويكون الطعن في هذه الحالات خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار بقرار الجزاء". وقد عني المشرع الإماراتي في هذا القانون على النص على الحق في التظلم في المادة (٢٨) منه بقولها: "يجوز التظلم أمام الهيئة من قرارات مجلس إدارة السوق الخاصة بالجزاءات الواردة في البندين (١) و (٢) من المادة (٢٧) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار، ويكون قرار الهيئة في التظلم نهائياً".

ويلاحظ أن قانون سوق رأس المال الإماراتي اختلف عن مثيله المصري في عدم النص على إمكانية تصالح المخالف مع هيئة سوق رأس المال، كما لم ينص على منح موظفي الهيئة الضبطية القضائية على خلاف القانون المصري، واكتفى بسرد الجرائم الجنائية بما يوحي بتقييد هيئة سوق رأس المال بالتبليغ عن جرائم سوق المال عند وقوعها، وعدم التمتع بهامش للحركة أو للاكتفاء بتوقيع الجزاء الإداري، وهذه النتيجة وإن كانت نظرية، إلا أنها ليست عملية حيث لا تزال هيئة سوق رأس المال تتمتع بسلطة عدم التبليغ عن جرائم كثيرة وخاصة تلك التي لا تسبب ضرراً للغير، وبالتالي لن يقوم الطرف المتضرر بتبليغ النيابة العامة بوقوعها، وإنما تقوم بذلك هيئة رأس المال التي تستطيع بالتالي أن تحجم عن ذلك، وتكتفي بتوقيع الجزاء الإداري الجنائي بما يتضمنه ذلك من توقيع عقوبة الغرامة بملايين الدراهم.

وقد اعترف القانون الكويتي بسلطة لجنة الجزاءات بالبورصة في فرض بعض الجزاءات، لكن هذه الجزاءات لا تتضمن الغرامة، فتنص المادة (١٤٦) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ على أنه: "لمجلس التأديب بعد التحقق من المخالفة أن يوقع أي من الجزاءات التالية:

١ - التنبيه على المخالف بالتوقف عن ارتكاب المخالفة.

٢ - الإنذار.

- ٣ - إخضاع المخالف لمزيد من الرقابة.
- ٤ - إلزام المخالف بإعادة اجتياز الاختبارات التأهيلية.
- ٥ - الوقف عن العمل أو مزاولة المهنة لمدة لا تتجاوز سنة.
- ٦ - الوقف عن مزاولة العمل أو المهنة بشكل نهائي.
- ٧ - وقف الترخيص لمدة لا تتجاوز ستة أشهر.
- ٨ - إلغاء الترخيص.
- ٩ - فرض قيود على نشاط أو أنشطة المخالف، وتحدد اللائحة التنفيذية هذه القيود.
- ١٠ - إلغاء المعاملات ذات العلاقة بالمخالفة وما ترتب عليها من آثار مع عدم الإضرار بحقوق الغير حسن النية.
- ١١ - إلغاء أي تصويت من صاحبه أو توكيل أو تفويض يتم الحصول عليه، وذلك بالمخالفة لأحكام هذا القانون.
- ١٢ - طلب إيقاف أو إلغاء أي عرض استحواذ أو صفقات شراء خارج نطاق عرض الاستحواذ، وذلك بالمخالفة لأحكام الفصل السابع من هذا القانون، أو أي نص يتصل به في اللائحة التنفيذية.
- ١٣ - حظر ممارسة حق التصويت لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات لمساهم امتنع عن تقديم أي بيان أو قدم بياناً ناقصاً أو مخالفاً للحقيقة، وذلك بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو اللوائح الصادرة بموجبه.
- ١٤ - إصدار أمر لكل شخص أو مجموعة حصلت على ملكية تتعدى ٣٠٪ من قيمة الأوراق المالية المتداولة لشركة مدرجة يلزمه بتقديم عرض بالشراء لكافة الأسهم المتداولة المتبقية، وإحالاته للمحكمة المختصة في حالة عدم الالتزام.
- ١٥ - تعليق نفاذ نشرة سارية طبقاً لأحكام هذا القانون.
- ١٦ - وقف تداول ورقة مالية لفترة محدودة، أو تعليق أو إلغاء قرار إدراج ورقة مالية قبل نفاذه.

١٧- عزل مدير أو أمين استثمار نظام استثمار جماعي فشل في تنفيذ المسؤوليات المنصوص عليها في هذا القانون أو اللائحة".

٥٧ - صور للجزاءات الإدارية في النظام السعودي عن مخالفات البورصة:

ساير المنظم السعودي القوانين الحديثة في خصوص إنشاء هيئة لسوق المال تكون مستقلة حتى تصدر القرارات ومنها الجزاءات من جهة يتحقق لها شرط الاستقلال. في ذلك تنص المادة الرابعة من نظام السوق المالية في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٠/٢ بتاريخ ١٤٢٤/٦/٢هـ على أن: "تنشأ في المملكة هيئة تسمى "هيئة السوق المالية" ترتبط مباشرة برئيس مجلس الوزراء، وتتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري، وتكون لها جميع الصلاحيات اللازمة لأداء مهامها ووظائفها بموجب هذا النظام. وتتمتع الهيئة بالإعفاءات والتسهيلات التي تتمتع بها المؤسسات العامة، ويخضع العاملون فيها لنظام العمل". كما تكفلت المادة السابعة من هذا النظام استقلال تلك الهيئة بوضع نظام خاص لاختيار أعضائها واستقلالهم الوظيفي من حيث التعيين والتبعية ومدة التعيين بقولها: "أ - يكون للهيئة مجلس يسمى "مجلس هيئة السوق المالية" يتألف من خمسة أعضاء متفرغين، على أن يكونوا أشخاصاً طبيعيين سعوديين ومن ذوي الخبرة والاختصاص، ويتم بأمر ملكي تعيين أعضاء المجلس وتحديد رواتبهم ومزاياهم المالية، ويحدد الأمر الملكي من بين أعضاء المجلس رئيساً ونائباً للرئيس يحل محله عند غيابه. ب - مدة العضوية في المجلس خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، ويظل عضو المجلس في منصبه بعد انتهاء فترة عضويته إلى أن يتم تعيين خلف له".

وقد خول المنظم أعضاء الهيئة وموظفيها سلطة التحقيق والتفتيش على الشركات؛ لأغراض التأكد من حسن تطبيق أحكام النظام، والتحقيق في الادعاء بوقوع مخالفات لهذه الأحكام، فتتنص المادة الخامسة منه على أنه: "ج - لأغراض إجراء جميع التحقيقات التي يرى المجلس ضرورتها لتطبيق أحكام هذا

النظام واللوائح والقواعد الصادرة طبقاً لأحكامه، يتمتع أعضاء الهيئة وموظفوها الذين يحدددهم المجلس بصلاحيات استدعاء الشهود، وأخذ الأدلة، وطلب تقديم أي سجلات، أو أوراق أو أي وثائق أخرى قد تراها الهيئة ذات صلة أو مهمة لتحقيقها.

ويلاحظ أن نظام السوق المالية السعودي قد جعل توقيع الجزاءات مشاركة بين مجلس إدارة الهيئة وبين لجنة الجزاءات التي تنشئها الهيئة للتحقيق ولتوقيع بعض الجزاءات. فتنص المادة (٢٥) من هذا النظام على أن: أ- تُنشئ الهيئة لجنة تسمى "لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية" تختص بالفصل في المنازعات التي تقع في نطاق أحكام هذا النظام ولوائحه التنفيذية، ولوائح الهيئة والسوق وقواعدهما وتعليماتهما في الحق العام والحق الخاص، ويكون لها جميع الصلاحيات الضرورية للتحقيق والفصل في الشكوى أو الدعوى، بما في ذلك سلطة استدعاء الشهود وإصدار القرارات، وفرض العقوبات، والأمر بتقديم الأدلة والوثائق".

وقد كفل المنظم السعودي لتلك اللجنة مقدراً معقولاً من الاستقلال في القرار، فتنص المادة (٢٥) من النظام على أن: ب- تتكون اللجنة من مستشارين قانونيين متخصصين في فقه المعاملات والأسواق المالية يتمتعون بالخبرة في القضايا التجارية والمالية والأوراق المالية، ويعين أعضاء اللجنة بقرار من المجلس لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، غير أنه يجب ألا تكون لأعضاء اللجنة مصلحة مالية أو تجارية مباشرة أو غير مباشرة، أو صلة قرابة حتى الدرجة الرابعة بأصحاب الشكوى أو الدعوى المرفوعة أمام اللجنة، وعلى اللجنة أن تباشر النظر في الشكوى أو الدعوى خلال مدة لا تزيد على أربعة عشر يوماً من تاريخ إيداع الشكوى أو الدعوى لدى اللجنة".

وبالإضافة إلى ذلك خول المنظم السعودي سلطة إضافية لتلك اللجنة وهي أن تكون جهة عليا لنظر التظلمات من قرارات هيئة السوق المالية. فتنص المادة (٢٥) من النظام السعودي على أنه: ج- تشمل اختصاصات اللجنة النظر في التظلم من القرارات والإجراءات الصادرة عن الهيئة أو السوق، ويحق للجنة

إصدار قرار بالتعويض وطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو إصدار قرار آخر يكون مناسباً ويضمن حق المتضرر"، ويكون استئناف قراراتها أمام لجنة استئنافية خاصة بالسوق المالية "و- يجوز استئناف القرارات الصادرة من اللجنة أمام لجنة الاستئناف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغها" (مادة ٢٥). هذه اللجنة التي تنظر الاستئناف هي لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي ولكنها ليست محكمة بالمعنى الفني للكلمة؛ فتنص المادة (٢٥) من النظام السعودي على ذلك بقولها: "ز- تكون بقرار من مجلس الوزراء لجنة الاستئناف من ثلاثة أعضاء يمثلون وزارة المالية، ووزارة التجارة والصناعة، وهيئة الخبراء بمجلس الوزراء، لفترة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، ويحق للجنة الاستئناف وفقاً لتقديرها رفض النظر في القرارات التي تصدرها لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية، أو تأكيد تلك القرارات، أو إعادة النظر في الشكوى أو الدعوى من جديد، استناداً إلى المعلومات الثابتة في ملف الدعوى أمام لجنة الفصل، وإصدار القرار الذي تراه مناسباً في موضوع الشكوى أو الدعوى، وتعد قرارات لجنة الاستئناف نهائية"

ورغم نص المنظم السعودي على اختصاص اللجنة بتوقيع الجزاءات، إلا أنه قدر بالنسبة للتفتيش على الوسطاء والوكلاء بالسوق تخويل الهيئة نفسها سلطة هذا التفتيش والتحقيق من المخالفات المنسوبة إليهم بقوله في المادة (٣٥) من النظام: "للسوق أن تقوم بالتحقيق والتفتيش على أي وسيط أو وكيل وسيط للتأكد من كون هذا الشخص أو شخص آخر خالف أو يخالف أو قامت قرائن على أنه على وشك أن يخالف لوائح السوق وتعليماتها، وتشمل صلاحيات السوق للتحقيق والتفتيش صلاحية طلب الأشخاص للشهادة والمستندات والسجلات والوثائق التي ترى السوق أنها ضرورية، أو لها علاقة بالتحقيق، ويجوز لها أن تطلب حضور الشهود وتقديم الوثائق والأدلة، كما يجوز أن يتم التفتيش في أي مكان توجد فيه السجلات، وتقوم السوق بممارسة صلاحياتها بالتفتيش والتحقيق من خلال الحصول على قرار بالاستدعاء والاستجواب والتفتيش أو غيره من لجنة الفصل، وعلى اللجنة الاستجابة لطلب السوق

بإصدار القرار اللازم مالم يثبت لديها أن الطلب مشوب بالتعسف، أو سوء استعمال السلطة.

ويلاحظ أن المنظم السعودي قد خول اللجنة سلطات واسعة، حيث يمكن لها أن تحكم بالتعويض، فتنص المادة (٥٩) من نظام السوق المالية على أنه: "أ- إذا تبين للهيئة أن أي شخص قد اشترك، أو يشترك، أو شرع في أعمال أو ممارسات تشكل مخالفة لأي من أحكام هذا النظام، أو اللوائح أو القواعد التي تصدرها الهيئة، أو لوائح السوق، فإنه يحق للهيئة في هذه الحالات إقامة دعوى ضده أمام اللجنة لاستصدار قرار بالعقوبة المناسبة، وتشمل العقوبات ما يأتي:

- ١ - إنذار الشخص المعني.
- ٢ - إلزام الشخص المعني بالتوقف، أو الامتناع عن القيام بالعمل موضوع الدعوى.
- ٣ - إلزام الشخص المعني باتخاذ الخطوات الضرورية لتجنب وقوع المخالفة، أو اتخاذ الخطوات التصحيحية اللازمة لمعالجة نتائج المخالفة.
- ٤ - تعويض الأشخاص الذين لحقت بهم أضرار نتيجة للمخالفة المرتكبة، أو إلزام المخالف بدفع المكاسب التي حققها نتيجة هذه المخالفة إلى حساب الهيئة.
- ٥ - تعليق تداول الورقة المالية.
- ٦ - منع الشخص المخالف من مزاولة الوساطة، أو إدارة المحافظ، أو العمل مستشار استثمار للفترة الزمنية اللازمة لسلامة السوق وحماية المستثمرين.
- ٧ - الحجز والتنفيذ على الممتلكات.
- ٨ - المنع من السفر.
- ٩ - المنع من العمل في الشركات التي تتداول أسهمها في السوق.

بالإضافة إلى ذلك خول المنظم السعودي لجنة الجزاءات سلطة الحكم بالتعويض؛ فتنص المادة (٥٥) من قانون السوق المالية على أنه: "هـ- يجوز عن طريق الدعوى المرفوعة تأسيساً على الفقرة (أ) من هذه المادة الحصول على تعويض يمثل الفرق بين السعر الذي دفع بالفعل لشراء الورقة المالية (على

ألا يتجاوز السعر الذي عرضت به على الجمهور) وبين قيمة الورقة المالية في تاريخ إقامة الدعوى، أو السعر الذي كان من الممكن التصرف في الورقة المالية به في السوق قبل رفع الدعوى أمام اللجنة، وإذا أثبت المدعى عليه أن أي جزء من الانخفاض في قيمة الورقة يرجع لأسباب أخرى لا علاقة لها بالحذف أو البيانات غير الصحيحة موضع الدعوى، فإنه يتعين استبعاد هذا الجزء من التعويض الذي يسأل عنه، ويكون المدعى عليهم مسؤولين بصفة فردية وبالتضامن عن تعويض الضرر الذي تقوم مسؤوليتهم عنه طبقاً لهذه المادة، ويكون مبلغ التعويض خاضعاً لأحكام العقد أو الاتفاق المبرم بين الأشخاص المشار إليهم في الفقرة (ب) من هذه المادة، أو طبقاً لما تراه اللجنة محققاً للعدالة، ولا يضر بمصالح المستثمرين أو يتعارض مع روح هذا النظام".

وفي خصوص سلطة اللجنة في الحكم بالتعويض نظمت المادة (٥٩) ذلك بقولها: "ب- يجوز للهيئة، بالإضافة إلى اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة أن تطلب من اللجنة إيقاع غرامة مالية على الأشخاص المسؤولين عن مخالفة متعمدة لأحكام هذا النظام ولوائحه التنفيذية وقواعد الهيئة، ولوائح السوق، وكبديل لما تقدم يجوز للمجلس فرض غرامة مالية على أي شخص مسؤول عن مخالفة هذا النظام ولوائحه، وقواعد الهيئة، ولوائح السوق، ويجب ألا تقل الغرامة المفروضة من قبل اللجنة أو المجلس عن عشرة آلاف (١٠,٠٠٠) ريال وألا تزيد على مئة ألف (١٠٠,٠٠٠) ريال عن كل مخالفة ارتكبتها المدعى عليه.

كما نصت المادة (٥٦) من قانون السوق المالية على تلك السلطة بقولها: "أ- أي شخص يخالف المادة التاسعة والأربعين من هذا النظام، أو أيّاً من اللوائح أو القواعد التي تصدرها الهيئة بناءً على تلك المادة، وذلك بالتصرف أو إجراء صفقة للتلاعب في سعر ورقة مالية على نحو متعمد، أو يشترك في ذلك التصرف أو الإجراء، أو يكون مسؤولاً عن شخص قام بذلك، يكون مسؤولاً عن تعويض أي شخص يشتري أو يبيع الورقة المالية التي تأثر سعرها سلباً

بصورة بالغة نتيجة لهذا التلاعب، وذلك بالقدر الذي تأثر به سعر شراء أو بيع الورقة المالية من جراء تصرف ذلك الشخص.

ب - تقدر التعويضات المستحقة على أي شخص مدعى عليه بموجب هذه المادة، والحقوق المتعلقة بالتعويض وتوزيع مبالغه على المسؤولين عنه بطريقة تتفق مع الأحكام المنصوص عليها في الفقرة (هـ) من المادة الخامسة والخمسين من هذا النظام".

ولم يكتف المنظم السعودي بتلك السلطات الكبيرة للجنة الجزاءات بالبورصة السعودية، ولكنه زاد الأمر فوسع في تلك السلطات بشكل غير مسبق، حيث خول تلك اللجنة سلطة الحكم بالسجن بالإضافة إلى الغرامة. فتنص الفقرة (ج) من المادة (٥٦) من النظام على أنه: "بالإضافة إلى الغرامات والتعويضات المالية المنصوص عليها في هذا النظام يجوز للجنة بناءً على دعوى مقامة من الهيئة معاقبة من يخالف المادتين التاسعة والأربعين، والخمسين من هذا النظام بالسجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات".

وبالإضافة إلى اختصاص لجنة الجزاءات بتوقيع الجزاءات، خول المنظم السعودي مجلس إدارة الهيئة سلطة توقيع بعض من تلك الجزاءات، فتنص المادة (٦٢) من قانون السوق على أنه: "أ- للمجلس أن يصدر قراراً يوجه فيه اللوم إلى الوسيط أو وكيل الوسيط المخالف، أو يفرض بمقتضاه قيوداً على الأنشطة أو الأعمال أو العمليات المرخص له القيام بها، أو يعلق ممارسته لتلك الأنشطة لمدة لا تزيد على اثني عشر شهراً، أو يسحب بمقتضاها الترخيص الممنوح له، وذلك إذا ثبت للمجلس، بعد إخطار الوسيط أو وكيل الوسيط المعني، وإتاحة الفرصة لسماع أقواله في جلسة استماع، أنه قد ارتكب سواء قبل أو بعد حصوله على الترخيص أيّاً من المخالفات الآتية:

- ١ - إذا أعطى عمداً أو تسبب في إعطاء بيانات جوهرية زائفة أو مضللة في طلب الترخيص المقدم، أو في أي وثيقة أو تقرير قدمه إلى السوق أو إلى الهيئة.
- ٢ - إذا خالف عمداً أحكام هذا النظام ولوائحه، أو ساعد شخصاً آخر على ذلك.

٣ - إذا خالف حكماً أو قراراً صادراً بحقه من أي محكمة في المملكة، أو من اللجنة يحظر عليه بصفة دائمة أو مؤقتة ممارسة أعمال الوساطة أو إدارة المحافظ.

٤ - إذا أخطرت الهيئة رسمياً من قبل جهة تنظيمية للأوراق المالية في دولة أخرى أن الوسيط أو وكيل الوسيط قد قام بصورة متعمدة بخرق أنظمة الأوراق المالية لتلك الدولة، أو قام بتقديم معلومات غير صحيحة ومضللة في التقارير المطلوب تقديمها فيها.

ب - يجوز للمجلس أن يصدر قراراً بتعليق ترخيص الوساطة قبل إصدار قرار نهائي بشأن إلغاء الترخيص، إذا ما انتهى المجلس بعد إخطار الوسيط أو وكيل الوسيط المعني، وإعطائه الفرصة لسماع أقواله بصفة عاجلة، إلى أن سلامة السوق وحماية المستثمرين تستوجبان تعليق الرخصة".

٥٨ - وضع حد أقصى للجزاءات في جرائم البورصة عند تعدد الجزاءات Cumul des sanctions:

نظراً لأن جزاء الغرامة هو من ضمن الجزاءات المقررة جنائياً وكذلك إدارياً عن مخالفات البورصة، فقد يحدث تعدد بين هذين النوعين بشكل لافت للنظر نظراً لضخامة الغرامة، ولحل تلك المشكلة وضع المشرع الفرنسي تصوراً مناسباً، فتنص المادة رقم ٦٢١-١٦ من القانون النقدي والمالي الفرنسي على أنه: "عندما توقع لجنة الجزاءات بهئية سوق المال جزاء مالياً ويصبح نهائياً قبل قيام القاضي الجنائي بالفصل في الدعوى الجنائية في الوقائع نفسها أو وقائع مرتبطة، حينئذ يقوم القاضي الجنائي بخصم مبلغ الغرامة التي وقعت سابقاً من قبل لجنة الجزاءات عند الحكم بعقوبة الغرامة في جريمة البورصة" (١).

(١) L'article L. 621-16 du code monétaire et financier dispose que «lorsque la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce» www.dalloz.fr

٥٩ - موقف المشرع الفرنسي من تعدد الجزاءات " الجنائية والإدارية " لجرائم البورصة:

يعترف المشرع الفرنسي بتعدد الجزاءات حيث يعترف بوجود جزائين من الناحية الإجرائية، ويقصد بذلك أنه إذا ما ارتكبت جريمة من جرائم البورصة فإن للجهة الإدارية والمتمثلة في هيئة سوق المال " لجنة الجزاءات " أن توقع الجزاء الإداري، كما أنه من سلطة النيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية تمهيدا لتوقيع الجزاء الجنائي في حق المخالف للقانون، ومع ذلك يذهب المشرع الفرنسي إلى ضرورة وضع حد أقصى للعقوبة المتمثلة في الغرامة وفقا لنص المادة ٦٢١-١٦.

ويتجه اقتراح إلى أن هيئة سوق المال تقوم بإبلاغ النيابة العامة بالوقائع التي تتضمن جريمة جنائية، وتسير التحريات من قبل الهيئة وكذلك النيابة العامة جنبا إلى جنب، ويساعد كل منهما الآخر في تبادل المعلومات؛ توصلًا للكشف عن حقيقة المخالفة، ويتعين على الهيئة أن تؤجل بدء الجزاءات عندما تقوم النيابة العامة بنظر القضية، وفي بعض الحالات تقرر النيابة العامة حفظ الدعوى لعدم الملاءمة، وعندئذ تحيل القضية إلى اللجنة الإدارية^(١).

٦٠ - جواز الجمع بين الجزاءات المنتمية إلى أنظمة قانونية مختلفة :

من القواعد المقررة أن قاعدة حظر الجمع بين الجزاءات لا تسري إلا بين الجزاءات التي تنتمي إلى نظام قانوني واحد، أما إذا كانت هذه الجزاءات تنتمي إلى نظامين قانونيين مختلفتين، فإن تلك القاعدة لا محل لتطبيقها، فيجوز إذن أن يُعاقب الموظف الذي قام بالتزوير - في أثناء القيام بأعمال وظيفته - تأديبيا، بالإضافة إلى توقيع عقوبة جنائية عليه^(٢). كما أن توقيع الجزاء التأديبي

(١) Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012), Répertoire de droit penal, DALLOZ 2012, p80: www.dalloz.fr

(٢) د. عبد القادر عبد الحافظ، الجزاء التأديبي للموظف العام، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٨ ص ١٠٦.

لا يحول دون مساءلة الموظف مدنياً، فالمسؤولية التأديبية لا تستبعد المسؤولية الجنائية، كما أنها لا تستبعد المسؤولية المدنية، وبالتالي يجوز الجمع بين هذه الأنواع الثلاثة من المسؤولية دون أن يُعد ذلك مخالفاً لقاعدة عدم جواز توقيع أكثر من جزاء عن فعل واحد non bis in idem^(١).

٦١ - وقف تنفيذ الجزاءات:

على خلاف أحكام أحكام القضاء الإداري التي تتسم بالتنفيذ الفوري، وبالتالي فإن أحكام المحاكم الإدارية تنفذ على الرغم من الطعن عليها، فإن القرارات الصادرة من الجهات الإدارية المستقلة يجب أن تكون غير واجبة النفاذ فوراً عند الطعن عليها، ذلك أن الطعن عليها يكون أمام القضاء العادي، كما أن تلك القرارات صادرة من لجان إدارية وليس من القضاء الإداري، ومع ذلك فإن المادة L. 464-8 من قانون التجارة تنص على النفاذ الفوري للقرارات الصادرة من مجلس المنافسة غير المشروعة، كما تنص على ذلك أيضاً المادة L. 621-30 من القانون النقدي والمالي، وأن الطعن على القرار الصادر من سلطة سوق رأس المال ليس له أثر واقف إلا إذا قررت محكمة الطعن ذلك.

وقد أدرك المجلس الدستوري الفرنسي خطورة ذلك عندما قرر بأنه من سلطة المشرع أن يقرر حقاً للمحكمة عند نظر الطعن على قرار الجزاء الصادر من مجلس المنافسة غير المشروعة في أن تأمر بوقف تنفيذ هذا القرار لحين الفصل في الطعن^(٢). وقد حدا ذلك بمجلس الدولة الفرنسي إلى أن النفاذ المعجل ليس له ما يبرره عندما يتعلق الأمر بجزاء مثل سحب الترخيص^(٣).

(١) د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، مدى إعمال قواعد المسؤولية الجنائية في مجال المسؤولية التأديبية، مرجع السابق، ص ١١٤.

(٢) decision no 87-224 DC du 23 janvier 1987 (Rec. Cons. const., p. 8),

(٣) décision Hannoun du 24 janvier 2002 (req., no 240717)

المطلب الثاني

مدى دستورية الجزاءات الإدارية في مخالفات البورصة واحترامها لمبادئ الدعوى العادلة

ثارت شكوك حول احترام الجزاءات الإدارية الجنائية التي تفرضها الإدارة، ومنها ما تفرضه هيئة سوق رأس المال على المتعاملين معها من جزاءات لمبادئ دستورية مهمة مثل مبدأ الدعوى العادلة ومبدأ الفصل بين السلطات، على الوجه التالي:

٦٢ - (أولاً) مدى دستورية قرارات لجنة الجزاءات في جرائم البورصة:

عندما ترتكب مخالفة داخل سوق الأوراق المالية فإن لجنة الجزاءات تقوم بالتحقيق مع المتهم بها وتوقع الجزاء عليه، وهنا يثار التساؤل حول مدى دستورية قرارات اللجنة بتوقيع الجزاء، فهل يخالف مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات كما يخالف مبدأ الفصل بين السلطات لأن اللجنة تقوم بعمل التحقيق وتوقيع العقاب؟ وأخيراً هل يخالف ذلك الحق في القاضي الطبيعي؟ يجيب عن هذا السؤال المجلس الدستوري الفرنسي، حيث عرضت عليه مشكلة مماثلة وممر قضائه بمراحل ثلاث، حيث ذهب أولاً إلى القول بعدم دستورية الجزاءات الإدارية: ففي ١١ أكتوبر سنة ١٩٨٤ قرر المجلس الدستوري أن هذه الجزاءات تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ومن ثم قرر عدم دستورتها^(١). ثم في مرحلة ثانية أقر المجلس الدستوري الفرنسي شرعية الجزاءات الإدارية التي توجد فيها علاقة بين الإدارة وصاحب الشأن، ومادامت الإدارة تستند في ذلك

(١) Lepage - Jessua. "Bilan et perspectives de la jurisprudence constitutionnelle", Gaz Pal. 1986 Doc. 665.

إلى قانون يخولها هذا الامتياز^(١). وفي مرحلة الثالثة أقر المجلس الدستوري الفرنسي دستورية الجزاءات الإدارية، فقد ارتأى المجلس في قرار صدر يوم ٢٨ يوليو سنة ١٩٨٩ أن ممارسة الإدارة لسلطة فرض الجزاءات يندرج ضمن ممارسة الإدارة لامتيازات السلطة العامة ما دام الأمر لا يتعلق بالحريات العامة^(٢). وبتطبيق ما سبق على جرائم البورصة والتي تقوم فيها الإدارة بدور التحقيق وتوقيع الجزاء على المخالف وفقاً للقانون، يتبين لنا أنه من حق الإدارة وهي تمارس سلطتها العامة أن توقع جزاء الغرامة والحرمان من بعض الحقوق والمزايا مثل غلق المنشأة التي تمارس نشاطاً مخالفاً للقانون، ولا تتعارض هذه الجزاءات الإدارية مع الحقوق الدستورية ومنها الحق في التقاضي.

ومن الجدير بالذكر أنه يجب ألا تصل الإدارة إلى درجة المساس بالحرية الفردية، ومؤدى ذلك أن يقتصر دور الإدارة على توقيع جزاءات لا تمس الحرية الفردية مثل الغرامة. وينص الدستور المصري على أن: "الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد، أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون...".

ومن الجدير بالذكر أن المجلس الدستوري الفرنسي سبق وأن أصدر قراراً بدستورية الجزاءات الإدارية في قضية بورصة الأوراق المالية، فقد أنشأ القانون

(١) فقد قرر المجلس الدستوري في حكم صدر بتاريخ ٢٣ يناير سنة ١٩٨٧، وحكم آخر صدر في ١٧ يناير سنة ١٩٨٩ في قضية "الإذاعة والتلفزيون" عدم تعارض الجزاءات التي تفرضها جهة الإدارة مع مبدأ الفصل بين السلطات إذا كانت هذه الجزاءات ضد أشخاص تربطهم بالإدارة علاقة كالموردين والمستفيدين من رخص لممارسة نشاط مهني. انظر: د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٢) لمزيد من التفصيل في الموضوع انظر: د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، مرجع سابق، ص ٣٣.

مجلساً لبورصة الأوراق المالية، وخوله سلطة فرض جزاءات تصل إلى ٦ ملايين فرنك، وإذا تحققت أرباح لا تزيد الغرامة على عشر مرات قيمة هذه الأرباح. وتفرض هذه الجزاءات على مخالفة واجبات مهنة سمسار الأوراق المالية، وقد قضى المجلس الدستوري في هذه القضية بتاريخ ٢٨ يوليو سنة ١٩٨٩ أنه "لا يوجد مبدأ دستوري يمنع السلطة الإدارية، من خلال ممارستها لامتيازاتها كسلطة عامة أن تفرض جزاءات، ما دام الجزاء الذي تأمر به لا يتضمن الحرمان من الحرية، وأن ممارسة الإدارة لهذه السلطة تحوطه تدابير ترمي إلى حماية الحقوق والحريات التي يحميها الدستور"^(١). فالمادة ٦٦ من الدستور الفرنسي تجعل السلطة القضائية حارساً على الحقوق والحريات، ولا تتطلب بالضرورة تدخل القاضي إلا فيما يتعلق بالحرمان من الحرية أو تقييدها، ويستبعد ذلك الإجراء من نطاق تطبيق الجزاءات الإدارية^(٢).

وقد ذهب المجلس الدستوري إلى أن سلطة الإدارة لا تنحصر في فرض الجزاءات على الأفراد الذين تربطهم بالإدارة علاقة معينة، فما يهم في رأي المجلس الدستوري ليس هي السلطة الموقعة للجزاء ولكن احترام الضمانات الدستورية، ومن هنا قرر المجلس أن قانون تنظيم سوق الأوراق المالية، وما يتضمنه من سلطة مجلس البورصة في فرض جزاءات على المهنيين العاملين في نشاطات البورصة من سماسرة الأوراق المالية وغيرهم، قد احترام هذه الضمانات عندما نص على احترام مبدأ المواجهة ومبدأ التناسب بين الخطأ والجزاء والحق في الطعن^(٣).

يتضح لنا مما سبق أن دستورية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ومنها سلطة لجنة البورصة تتوقف على احترام المبادئ الدستورية الأخرى غير مبدأ الفصل بين السلطات، فإذا كانت لجنة البورصة تقوم بالتحقيق مع المخالف ثم توقع عليه الجزاء المنصوص عليه في قانون البورصة فإنها بذلك تخالف

(١) Louis FAVOREU, "Droit administratif et droit constitutionnel", Rev. dr. adm. 1989, p.678.

(٢) د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٣) Louis FAVOREU, op. cit., p.679.

مبدأ الفصل بين السلطات، ولكن يلزم أن تحترم ضمانة الدعوى العادلة ومنها الحق في الدفاع والحق في الطعن^(١)، ويؤكد مما سبق قرار المجلس الدستوري الصادر بتاريخ ١٧ يناير سنة ١٩٨٩ الذي يؤكد فيه على إمكانية الطعن على القرار الصادر بالجزاءات الإدارية الجنائية بالإلغاء وبالتعويض شرط ضروري للقول بدستورية هذه الجزاءات^(٢).

وقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي - في قراره الصادر بخصوص قانون مجلس المنافسة غير المشروعة بتاريخ ٢٣ يناير سنة ١٩٨٧ - مبدأ الفصل بين السلطات séparation d'autorités ليس مبدأً دستورياً في حد ذاته. إنز فالمهم هو مبدأ أن القضاء هو حارس الحرية الفردية، وما دام الأمر يتعلق بجزاءات مالية وليس بجزاءات سالبة للحرية فإن هذا القانون الذي يخول مجلس المنافسة غير المشروعة سلطة فرض غرامات مالية كبيرة لا يتعارض مع الدستور^(٣). ولا يختلف الأمر بالنسبة لسلطة لجنة الجزاءات في سوق الأوراق المالية والتي تعاقب المخالف للقانون بالغرامة التي تصل في بعض الأحيان إلى الملايين. أما فيما يتعلق بالجزاءات الأخرى التي توقعها جهة الإدارة مثل حظر ممارسة النشاط فقد قضى

B. Bouloc, Chronique de jurisprudence, R.S.C. 1989, p.542.

(١)

Cons. Const. 17 janv. 1989. J.O., p.758.

(٢)

د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٣)

فرق رأي في الفقه بين مبدأ الفصل بين نشاط السلطات Séparation de pouvoirs ومبدأ الفصل بين أجهزة السلطات Séparation d'autorités، فيرى أن الفصل بين أجهزة السلطات من المبادئ الدستورية، بينما الفصل بين نشاطات السلطات ليس من هذه المبادئ الدستورية، ويعني ذلك أن الجهة الإدارية عندما تمارس اختصاصاً قضائياً يجب أن تتقيد بقواعد هذه الوظيفة وفقاً للمعيار الموضوعي، فيجب أن تحترم مبادئ حيدة أعضاء اللجنة ومبدأ المواجهة ومبدأ الطعن. أما الفصل بين الجهة الإدارية والجهة القضائية فهو ليس في حد ذاته كما قالت المحكمة مبدأً دستورياً. فالجهة الإدارية يمكن أن تصدر قرارات تتعلق بالقضاة، كما أن الجهة القضائية يمكن أن تصدر قرارات إدارية خاصة بالقضاة، وهذا ما يسمى بالفصل المرن بين السلطات (والمقصود أجهزة السلطات).

مجلس الدولة الفرنسي بأن توقيع الإدارة - مثل لجنة الجزاءات بالبورصة - لمثل هذا الجزاء لا يخالف الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(١).

ويثار التساؤل حول قانونية توقيع لجنة الجزاءات بالبورصة جزاء المصادرة على المخالف للقانون! يجب عن هذا التساؤل نص المادة ٣٦ من الدستور المصري الذي يستوجب أن تكون المصادرة بحكم قضائي، فينص على أن: "المصادرة العامة للأموال محظورة ولا تجوز المصادرة إلا بحكم قضائي"^(٢).

٦٣ - (ثانياً) مدى احترام الضمانات الإجرائية للدعوى العادلة:

٦٤ - ضرورة مراعاة الحد الأدنى للدعوى العادلة في جرائم البورصة كجرائم إدارية:

تعتبر بعض التشريعات جرائم البورصة جرائم إدارية، وتعطي لجنة الجزاءات بالبورصة سلطة التحقيق مع المخالف وتوقيع الجزاء بحقه، ومع ذلك يتعين أن يتوافر الحد الأدنى للدعوى العادلة، فيلزم على الأقل إعلان المتهم بالإجراءات المتخذة ضده قبل توقيع الجزاء عليه، وتمكينه من الدفاع عن نفسه في شكل تقديم مذكرات على الأقل.

وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكم konig أن ضمانة حييدة القاضي تسري على مجالس التأديب التابعة للنقابات بوصفها جهة ذات اختصاص قضائي^(٣).

(١) Cons. d'Et. 30 janv. 1981, Jacquesson, Rec. p.39.

(٢) حكم المحكمة الدستورية بجلسة ٦ أبريل ١٩٩١ في القضية رقم ١٦ لسنة ١١ ق دستورية - الجريدة الرسمية، العدد ١٧ في ٢٧/٤/١٩٩١، مجلة إدارية هيئة قضايا الدولة، يناير - مارس ١٩٩٢، ص ١٤٤.

(٣) Jacques Robert, Liberté publiques et droits de l'homme, éd. Monchrestien, 1988, p.224.

وكان مجلس الدولة الفرنسي قد قضى على خلاف ذلك استناداً إلى أن نصوص الاتفاقية الأوروبية لا تضمن الحق في دعوى عادلة إلا في المسائل الجنائية، وفي موضوعات الحقوق المدنية، والأمر ليس كذلك إذا تعلق بمحاكمة تأديبية لأحد الأعضاء.

كما تحرص التشريعات التي تأخذ بنظام القانون الإداري الجنائي على التأكيد على حق المتهم بالجريمة الإدارية في العلم بالتهمة منذ اكتشاف هذه الجريمة، فينص القانون الإيطالي لسنة ١٩٨١ في المادة ١٤/١ على إعلان الشخص المتضامن بالإضافة إلى إعلان الفاعل نفسه بالتهمة فور اكتشاف الجريمة الإدارية.

٦٥ - مدى جواز الجمع بين سلطتي الاتهام والتحقيق وتوقيع الجزاء في جرائم البورصة:

يثار التساؤل عن مدى اعتراض القضاء الدستوري على تجميع السلطات في يد واحدة هي يد الأجهزة التنظيمية (الخاصة بسوق الأوراق المالية)! وحقيقة الأمر أن القضاء الدستوري - في غالبية القوانين المقارنة - لم يعترض على تجميع سلطات متنوعة cumul des pouvoirs في يد واحدة شريطة احترام ضمانات معينة، تتمثل في عدم جواز الجمع بين وظائف الاتهام والتحقيق وإصدار قرارات بالجزاء في يد واحدة داخل الأجهزة التنظيمية^(١).

ويتعين توزيع هذه الوظائف على أقسام إدارية مختلفة داخل كل جهاز تنظيمي، وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين الوظائف، وهو ما بدأ يستجيب له المشرع فعلاً في غالبية الأنظمة القانونية^(٢).

(١) د. وليد محمد الشناوي، الدور التنظيمي للإدارة في المجال الاقتصادي، المرجع السابق، ص ٨٣١ وما يليها.

(٢) Par ex: "l'Autorité des marchés financiers (été créée par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003) se subdivise en deux entités distinctes: le collège et la commission des sanctions. Ces deux entités se différencient par leurs membres ainsi que par leur rôle, de manière à éviter le cumul de fonctions au sein d'autorités juridictionnelles ou quasi-juridictionnelles", D. Costa, L'Autorité des marchés financiers: juridiction? quasi-jurisdiction? pseudo-jurisdiction? RFDA 2005, 1174-1182.

٦٦ - الأساس القانوني للدعوى العادلة:

ونظراً لأهمية الدعوى العادلة، فإن الدساتير والقوانين تنص عليها. من ذلك أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تنص في المادة السادسة منها (في فقرتها الأولى) على أن^(١): "كل شخص من حقه أن تُسمع دعواه بشكل عادل وفي جلسة علنية، من جانب محكمة مستقلة ومحيدة تقرر موضوع الاتهام الجنائي الموجه إليه".

- كما تنص الفقرة الثالثة من المادة السابقة على أن^(٢): "كل متهم له الحق في:
- أن يُخطر في أقرب وقت بلغة يفهمها وبطريقة مفصلة بطبيعة وبسبب الاتهام الموجه إليه.
- أن يُتاح له الوقت والتسهيلات الضرورية لإعداد دفاعه.
- أن يدافع عن نفسه بنفسه أو مستعيناً بمدافع يختاره لهذا الغرض، وفي حالة عدم قدرته على دفع أتعاب المحامي فإن له الحق في مساعدة مدافع معين من قبل المحكمة عندما تقتضي مصلحة العدالة ذلك.
- أن يناقش بنفسه أو بواسطة غيره شاهد الإثبات، وأن تقوم المحكمة باستدعاء واستجواب شهود النفي على النحو المقرر بالنسبة لشهود الإثبات.

(١) 1- Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (et) publiquement par un tribunal indépendant et impartial ... qui décidera ... du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle

(٢) 3- Tout accusé a droit notamment à:

- a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui;
- b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense;
- c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;
- d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge“.

كما تؤكد الدساتير المختلفة في العالم على أن مبدأ الدعوى العادلة مبدأ دستوري استناداً إلى أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه".

وعلى الرغم من أن هذه النصوص المختلفة تشير إلى المحاكمات الجنائية، إلا أنه يمتد إلى المحاكمات الإدارية، وخاصة تلك التي تتضمن جزاء إدارياً يتمثل مع الجزاء الجنائي كالغرامة مثلاً.

وتتمثل مبادئ الدعوى العادلة في قواعد أساسية يجب أن تحترمها المحاكمات ومن أهمها مبدأ الفصل بين سلطة التحقيق وسلطة الحكم، الحق في القاضي الطبيعي ومبدأ الحياد ومبدأ المواجهة ومبدأ العلانية واحترام الحق في الدفاع والحق في الطعن

٦٧ - المقصود بالقاضي الطبيعي:

يُقصد بالقاضي الطبيعي ذلك القاضي الذي يتمتع بميزة الاستقلال والحيادة، وقد تضمن الدستور المصري مبدأ الاستقلال بقوله: "السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون" (مادة ١٦٥). كما تنص المادة ١٦٦ من الدستور على أن: "القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة"، وتؤكد المادة ٦٥ من الدستور أيضاً على أن استقلال القضاء عنصر أساسي من عناصر الدولة القانونية بقولها: "تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانتان أساسيتان لحماية الحقوق والحريات".

٦٨ - الاستقلال وعدم القابلية لل عزل من الضمانات القضائية:

يعتبر استقلال القاضي ضماناً أساسية من ضمانات القضاء، في ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن استقلال السلطة القضائية يقوم في

مضمونه على أن تفصل السلطة القضائية فيما يعرض عليها من أقضية في موضوعية كاملة، وعلى ضوء الوقائع المطروحة عليها، ووفقا للقواعد القانونية المعمول بها، ودون ما قيود تفرضها عليها، أي جهة أو تدخل من جانبها في شؤون العدالة بما يؤثر في متطلباتها، ليكون لقضاتها الكلمة النهائية في كل مسألة من طبيعة قضائية^(١).

وتعتبر ميزة عدم القابلية للعزل، كما تعتبر ميزة عدم التبعية الرئاسية من أهم سمات القاضي الطبيعي الذي لا يتوافر إلا بتحقيقها، فتتص المادة ١٦٨ من الدستور على أن: "القضاة غير قابلين للعزل، وينظم القانون مساءلتهم تأديبيا".

غير أن مفهوم الدعوى العادلة عند توقيع الجزاءات الجنائية يختلف عند توقيع الجزاءات الإدارية. فالدعوى العادلة في الجزاءات التأديبية يكتفى بها بحد أدنى بأن يكون في تشكيل مجلس التأديب عنصر قضائي.

وجدير بالملاحظة أن هيئة سوق المال في فرنسا تتولى حماية المستثمرين في البورصة، فتوقع جزاءات إدارية "تأديبية" على من يخالف جريمة إفشاء معلومات تتعلق بالبورصة *manquement d'initié* حيث تجمع بين سلطة التحريات "الاستدلالات" *pouvoir d'enquête* والتحقيق *poursuite* وتوقيع الجزاء، ولا يمنع ذلك من إقامة الدعوى العمومية أمام محكمة جنح باريس^(٢).

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن هيئة سوق المال ليست قضاء وإنما هي سلطة عامة بمعنى أنها توقع جزاءات إدارية^(٣).

(١) المحكمة الدستورية العليا، جلسة ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١، ق ٣١ س ١٠ ق دستورية.

(٢) Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initié, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012), Repertoire de droit penal, DALLOZ 2012, p.24.

(٣) CE 4 févr. 2005, no 269001, Lebon, p. 28, RFDA 2005. 1174 et s., commentaires suivants: N. DECOOPMAN, Bull. Joly bourse 2005. 227 et s.; J.-J. DAIGRE et H. DE VAUPLANE, Banque et droit 2005, no 101, p. 44-46, D. 2005. 2601, obs. Reinhard et Thomasset-Pierre.

وقد كرست المادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الحق في المحاكمة أمام محكمة مستقلة ومحايدة «tribunal indépendant et impartial «établi par la loi»

ويثار التساؤل حول ما إذا كان وصف المحكمة يسري على لجنة الجزاءات في البورصة، من ظاهر نص المادة (٦) من الاتفاقية يبين ضرورة توافر شرط الإستقلالية والحيادة^(١). وقد اعتمدت المحكمة في مفهومها لفكرة المحكمة على معيارين أساسيين؛ المعيار الأول موضوعي ويتمثل في وظيفة المحكمة أنها جهاز يفصل في منازعة، والمعيار الثاني شكلي وهو استقلالها، ولا يهم في ذلك أن يكون هذا الجهاز إداريا أو منتما إلى هيئة قضائية، فالجهة الإدارية التي تحقق المعيارين يحق عليها وصف "المحكمة"^(٢). ذلك ما قضت به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها X c/ Royaume-Uni الصادر في ٥ نوفمبر سنة ١٩٨١^(٣). بتطبيق هذه المعايير على "السلطة المحلية" في النمسا، قضت المحكمة في حكم Sramek c/ Autriche du الصادر في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٨٤^(٤).

وبناء على ذلك فإن وصف المحكمة لا يسري على الجهة التي ليس لها سلطة الفصل في نزاع ولكن لها سلطة استشارية فقط، وليس لها سلطة القرار^(٥)، وبناء على ذلك أيضا قضت المحكمة الأوروبية على خلاف رأي اللجنة

(١) R. KoeRING-JOULIN, La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6, 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Rev. sc. crim. 1990.765.

(٢) R. KoeRING-JOULIN, La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6, 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Rev. sc. crim. 1990.765

(٣) Arrêt 5 novembre 1981 (Série A, n° 12): http://www.echrco.int/ECHR/HJompage_Fr

(٤) Arrêt 22 octobre 1984 (Série A, n° 84), http://www.echr.coe.int/ECGR/Homepage_Fr

(٥) Weeks c/ Royaume-Uni du 2 mars 1987, Série A, no 127; Campbell et Fell c/ Royaume-Uni du 28 juin 1984, Série A, no 46: http://www.echr.coe.int/ECGR/Homepage_Fr

الأوروبية التي اعتبرت أن "لجنة النظام الخاصة بنقابة المحامين" لا يسري عليها وصف المحكمة بسبب أن تلك اللجنة لها اختصاصات أخرى إدارية واستشارية، فقد قدرت المحكمة أن تلك الاختصاصات الإضافية لا تحول دون توافر وصف المحكمة مادام قد توافر فيها شروط المحكمة^(١).

أما ما عدا ذلك من ضمانات العلانية والحق في الدفاع، فإنها من ضمانات الدعوى العادلة والتي تجعل الإجراءات أمام المحكمة إجراءات عادلة، ولكنها رغم أهميتها ليست من مكونات المحكمة، ولكنها تدخل مكونات الإجراءات أمامها.

وفي تطبيق مفهوم الاستقلال على الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية *c/ Belgique* سنة ١٩٨١^(٢) بأن وجود أعضاء إداريين بالإضافة إلى الأعضاء القضائيين في مجلس التأديب الأعلى للأطباء في بلجيكا لا يتنافى مع طابع الاستقلال الذي يتميز به هذا المجلس، كما أكدت المحكمة هذا المفهوم بخصوص المجلس المحلي في النمسا حتى ولو كان عدد الموظفين غير القضائيين يفوق عدد القضاة.

وقد اعتبرت المحكمة في قضية *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni* سنة ١٩٨٤ أن صفة الاستقلال لا تتوافر في مجلس تأديب المسجونين مادام أن أعضائه يتم تعيينهم من جانب وزير الداخلية^(٣).

فترى المحكمة الأوروبية - في قضية *Sramek c/ Autriche* سنة ١٩٨٤ أن وجود موظفين - من غير القضاة - في جهة معينة تقضي في نزاع، وأنهم يعينون من جانب السلطة العامة لا يعني بالضرورة انتفاء الاستقلال والحياد

(١) H. c/ Belgique du 30 novembre 1987 (Série A, no 127:

http://www.echr.coe.int/ECGR/Homepage_Fr

(٢) c/ Belgique du 23 juin 1981 (Série A, no 43):

http://www.echr.coe.int/ECGR/Homepage_Fr

(٣) Arrêt Campbell et Fell c/ Royaume-Uni du 28 juillet 1984:

http://www.echr.coe.int/ECGR/Homepage_Fr

لتلك الجهة، مادام أن تلك السلطة العامة ليس لها أن توجه تعليمات وتوجيهات لها^(١).

في ذلك قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن طريقة تعيين لجنة الجزاءات COB التابعة لسلطة سوق المال في فرنسا، والمدة المحددة لتولي أعضائها مهامهم تكفي للقول بتوافر ضمانات الاستقلال لتلك السلطة، مع أن الأمر يتعلق بموظف تعيينه جهة عامة (الرئيس يعينه مجلس الوزراء) ولمدة محددة ولا يتمتعون بضمانة عدم القابلية للعزل^(٢).

في الاتجاه نفسه قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية Ettl c/ Autriche سنة ١٩٨٧ بأن تعيين الموظف من مجلس الوزراء و لمدة خمس سنوات قابلة للمد، وتمتعه بشبه عدم قابلية للعزل (حيث كانت حالات القابلية للعزل محدودة) يكفل للجهة قدرًا معقولاً من الاستقلالية والحياد في العمل في اللجان المحلية والعليا للإصلاح الزراعي في النمسا^(٣).

ومؤدى ذلك كله أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تفحص الأمر من أكثر من وجه، ولا تلتصق بمعيار واحد للقول بوجود استقلال أو نفي هذا الاستقلال. فقد قضت في قضية Campbell et Fell بتوافر ذلك الاستقلال على الرغم من قصر مدة التعيين؛ لأنها لاحظت أن أعضاء المجلس التأديبي لا يتقاضون رواتب من الحكومة، مما يعني ضعف التبعية مع الأجهزة التنفيذية^(٤). ومؤدى ذلك أيضا أنه عندما يتعلق الأمر بالحق في محكمة بالنسبة لهذا النوع من الجزاءات،

arrêt Sramek c/ Autriche du 22 octobre 1984: (١)

http://www.echr.coe.int/ECGR/Homepage_Fr

COB no 89-260 DC du 28 juillet 1989: Frédéric STASIAK Autorités administratives indépendantes (AAI): www.dalloz.fr (٢)

Ettl c/ Autriche du 23 avril 1987: http://www.echr.coe.int/ECGR/Homepage_Fr (٣)

Arrêt Campbell et Fell c/ Royaume-Uni du 28 juillet 1984: (٤)

http://www.echr.coe.int/ECGR/Homepage_Fr

فإن المحكمة الأوروبية تقدر أن هناك مقداراً من المرونة عما هو مقرر بالنسبة للمحاكمات الجنائية مادامت موقعة الجزاء هي جهة إدارية أو نقابية^(١).

كما أن فكرة عدم تعارض المصالح لها علاقة بمبدأ الاستقلال والحياد، فقد وجدت لها صدى في مجلس الإذاعة والتلفزيون Conseil de l'audiovisuel وكذلك في مجلس المنافسة Conseil de la concurrence، حيث تنص المادة الخامسة من القانون رقم ٨٦ لسنة ١٠٦٧ الصادر في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٨٦ على أن: "وظائف أعضاء مجلس الإذاعة والتلفزيون تتنافى مع كل عمل نيابي أو وظيفة عامة أو عمل مهني آخر". كما تنص المادة ٤٦١-٢ من قانون التجارة على أن: "يتعين على كل عضو من أعضاء المجلس أن يعلن عن المصالح التي له، والوظائف التي يتولاها في مجال النشاط الاقتصادي، ولا يجوز لأي عضو من الأعضاء أن يشترك في المداولة بخصوص أي موضوع له مصلحة فيه، أو يمثل جهة لها مصلحة في تلك المداولة". أما بالنسبة لمجلس سلطة الرقابة على سوق المال، فإن لجنة الجزاءات فيه COB يتعين في رئيسها توافر عدم التعارض، ذلك أنه ينتمي إلى مستشاري مجلس الدولة أو محكمة النقض، أما أعضاء اللجنة فإنه لا يجوز لأحد منهم أن يجمع بين ذلك العمل وبين العمل في الجمعية العامة لمجلس هيئة سوق رأس المال^(٢).

والحق أن هناك علاقة قوية بين الاستقلال وبين شروط تولي المنصب، بحيث لا يحدث تعارض بسبب تولي منصب آخر أو تولي نيابة عامة (عضو مجلس محلي أو عام)، بحيث يمكن القول أن تولي أكثر من وظيفة عامة أمر يتعارض مع نصوص القانون، ويهدد استقلال الجهة التي تصدر الجزاءات. والأمر نفسه يتحقق في حالة الجمع بين تولي منصب نيابي وتولي عمل في

(١) Arr. Oztürk 21 févr. 1984; Jacqueline Riffault-Treca, Magistrat, La répression administrative des personnes morales, (Commission des opérations de Bourse, Conseil de la concurrence), Revue de science criminelle 1996 p. 262.

(٢) Frédéric STASIAK Autorités administratives indépendantes (AAI): www.dalloz.fr

لجنة الجزاءات، ومع ذلك فإن المجلس الدستوري في حكمه الخاص بلجنة جزاءات البورصة الصادر في سنة ١٩٨٩ ضرب صفحا عن هذا الشرط ولم يشترط استبعاد هذا التعارض^(١).

وعلى الرغم من توافر الاستقلال لتلك الجهات الإدارية المستقلة والتي لها صلاحية توقيع جزاءات، فإن القضاء يسمح بتقرير مسؤولية الدولة عن أعمال تلك الجهات، وذلك بشرط توافر الخطأ الجسيم، ذلك ما قضت به محكمة استئناف باريس^(٢).

ومما يدعم استقلال لجنة عمليات البورصة COB أن تلك اللجنة لها الحق في تقاضي رسوم من الشركات التي تتعامل معها وتؤدي لها خدمات تتعلق بالبورصة، بذلك قضى المجلس الدستوري الفرنسي مؤكداً أن ذلك الاستقلال لا يحول دون توافره أن مبلغ الرسوم تقوم بتحديدته السلطات العامة، على سند من أن ذلك لا يؤثر في التداول الحر للأفكار والتعبير عنها^(٣).

ويلاحظ أن سلطة سوق رأس المال - مثل مجلس الإذاعة والتلفزيون - لها الحق في إصدار قرارات تنفيذاً للقانون، وقد قضى المجلس الدستوري في فرنسا بأن ذلك لا يتعارض مع المادة (٢١) من الدستور والتي تنص على أن رئيس الوزراء هو الذي له سلطة إصدار اللوائح، ذلك أن من حق المشرع أن يخول سلطة أخرى في بعض المسائل وهي هنا سلطة الرقابة على سوق المال، وأن هذا الامتياز تمارسه سلطة رأس المال تحت الرقابة الأصلية لرئيس مجلس الوزراء^(٤). بل إن اللوائح التي تصدرها سلطة رأس المال لا يتم نشرها في الجريدة الرسمية

(١) n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 relative à la COB.

(٢) CA Paris, 1re ch. section COB, 15 janv. 1993, D. 1993.273, note Ducouloux-Favard, JCP, éd. E, 1993.414, note Dobkine; sur la responsabilité de l'état du fait du fonctionnement des AAI, V. C. TEITGEN-COLLY, préc., p. 248 et s.:www.dalloz.fr

(٣) Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 89-248 DC du 17 janvier 1989 (Rec. Cons. const., p. 18);

(٤) (Décis. n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, CNCL, Rec. Cons. const., p. 141).

إلا بعد التصديق عليها من جانب رئيس الوزراء (l'article L. 621-6 من القانون المالي والنقدي).

ومن ناحية تبعية مجلس الإذاعة والتلفزيون، فإن المشرع الفرنسي قد نقلها من المجلس الأعلى للإذاعة والتلفزيون إلى اللجنة الوطنية للاتصالات والحريات، وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي أنه ليس من شأن ذلك أن يقلل الحقوق والضمانات المقررة عند أداء المجلس، ومن بين ذلك توقيع الجزاءات الإدارية على المخالفات الإدارية^(١).

وقد أتيح لمجلس الدولة الفرنسي أن يحكم بأن لجنة البنوك (التي لها سلطة توقيع جزاءات) قد خالفت قواعد الحياد عندما وصفت الأفعال بأوصاف جنائية بينما هي تأديبية، وعندما قدمتها أمامها على أنها ثابتة في حق المسند إليه دون تمكينه من مناقشتها على الوجه الصحيح، الأمر الذي يؤكد أن لجنة الجزاءات الإدارية يجب أن تحترم قواعد الدعوى العادلة في مضمونها الأساسي وهو احترام الحق في الدفاع، على الرغم من أن قرار وصف الفعل بأنه مخالفة معينة هو قرار إداري وليس قراراً قضائياً^(٢). وقد قضت محكمة استئناف Dijon بأن ذلك يخالف قواعد الدعوى العادلة كما تقرها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(٣).

ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يعتبر مخالفاً لقواعد الدعوى العادلة وخاصة مبدأ الحياد ما تتمتع به تلك الجهة الإدارية من الاختصاص الذاتي بالتحقيق s'auto-saisir في واقعة معينة، أي بالتحقيق في الواقعة من تلقاء نفسها وبدون انتظار بلاغ يقدم إليها^(٤).

(١) Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 (Rec. Cons. Const., p. 141).

(٢) CE, 30 déc. 2002, Mme de Rimonthel de Lombares, Dr. adm. 2003, comm. 77, note M. G.

(٣) CA Dijon, 25 avr. 2000, D. 2001, somm. 1069, obs. Lucas.

(٤) CE, 30 déc. 2002, Mme de Rimonthel de Lombares, Dr. adm. 2003, comm. 77, = note M. G.

وقد خول لقانون سلطة سوق رأس المال امتيازات عندما تقوم بالتحري أو بالتحقيق في مخالفات قوانين ولوائح البورصة، وهي عندما تقوم بذلك تتبع طريقتين؛ الأولى طريق البحث والتحري البسيط، والثانية طريق البحث والتحري القسري أي المصحوب بامتيازات تنقيبية تستمدها سلطة سوق رأس المال من القانون.

وبخصوص البحث والتحري القسري، فإن تلك السلطة تتماثل مع ما هو مقرر بالنسبة لإدارة الضرائب التي تتمتع بامتيازات القسرية، وقد سبق أن قرر المجلس الدستوري الفرنسي ما تتمتع به إدارة الضرائب من سلطات تنقيبية عندما تقوم بالبحث والتحري، وكذلك التحقيق في المخالفات الضريبية^(١). غير أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أكدت أن ضمانات الدعوى العادلة التي تقرها المادة (٨) من الاتفاقية الأوروبية لا تقتصر على المحاكمات الجنائية ولكنها تمتد إلى المحاكمات الإدارية^(٢)، وقد انحازت محكمة العدل الأوروبية Cour de justice des Communautés européennes لهذه الرؤية في أحكامها^(٣).

في إطار البحث والتحري البسيط يقرر قانون التجارة الفرنسي حقا لإدارة المنافسة غير المشروعة في زيارة الأماكن والمكاتب وطلب الملفات والأوراق والاطلاع عليها وأخذ صورة منها، وأن رفض تمكين موظفي تلك الإدارة من أداء مهمتها تلك هو جريمة يعاقب عليها القانون، بل إن محكمة النقض الفرنسية قضت بعدم قبول وجه الدفاع من المتهم بتلك الجريمة على سند من أنه كان هناك إضراب في شركته ولم يتمكن من الاستجابة لطلبات إدارة المنافسة غير المشروعة عند قيامها بالبحث والتحري^(٤).

Décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984 (Rec. Cons. const., p. 94). (١)

Arrêts Funke, Crémieux et Mialhe du 25 février 1993 (série A, no 25): CEDH 16 avr. 2002, Sté Colas Est et autres c/ France, JCP 2002. I. 157, obs. Sudre (٢)

Arrêt Roquettes frères SA du 22 octobre 2002 (Rev. Europe, déc. 2002, comm. 404, obs. Meisse, et comm. 422, obs. Idot) (٣)

Cass. crim. 3 nov. 1981, D. 1982, IR 107). (٤)

في إطار سلطتها في القيام ببحث وتحري مصحوب بسلطات قسرية، خول المشرع الفرنسي بعض الإدارات امتيازات تتماثل مع مأموري الضبط القضائي عند قيامه بالتحري عن وقوع جرائم، على الرغم من أن تلك الإدارات تقوم بالبحث والتحري عن مخالفات إدارية، ذلك أن تلك المخالفات تتماثل مع الجرائم الجنائية، كما أن الجزاءات التي تصدرها تتماثل في جسامتها مع بعض العقوبات الجنائية، من ذلك أن مجلس المنافسة غير المشروعة له أن يقوم بتفتيش الأماكن وضبط المستندات وذلك بعد الحصول على إذن قضائي، هذا الإذن يجوز الطعن عليه، غير أن هذا الطعن ليس له تأثير واقف (C. com., art. L. 450-4, al. 6) وتراقب محكمة النقض مدى صحة هذا التصريح عن طريق مراقبتها للأسباب التي صدر بناء عليها، فإذا كان التسبب غير كاف، فإنه تقضي ببطالانه وبطلان ما يترتب عليه من آثار^(١).

٦٩ - مبدأ الحياد: l'impartialité:

على الرغم من أن هيئة سوق المال ليست قضاء، فإنه يلزم توافر القواعد الأساسية في العدالة الجزائية عندما تفرض جزاءات على المخالف، وخاصة إذا كانت تلك الجزاءات تتماثل مع الجزاءات الجنائية، من تلك المبادئ مبدأ الحياد. تطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف باريس ببطلان إجراءات توقيع الجزاء الإداري من قبل لجنة عمليات البورصة، حيث عهدت الجمعية العمومية إلى اللجنة بالتحقيق في المخالفات وتوقيع الجزاء، ويمثل ذلك مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات مما يترتب عليه إخلال بضمانات الدعوى العادلة، وفي واقعة الدعوى قام رئيس لجنة عمليات البورصة وستة من أعضاء الجمعية العمومية بتهام الشخص والتحقيق معه وتوقيع الجزاء^(٢).

(١) Cass. com. 6 avr. 1993, deux arrêts, Bull. civ., no 145 et 146; 12 juill. 1993, Bull. civ., no 307; 26 oct. 1993, Bull. civ., no 367

(٢) «KPMG» du 7 mars 2000 (LPA 22 mai 2000, no 101, p. 4, note C. Ducouloux-Favard, Lamy dr. aff. juin 2000, no 28, D. 2000. 212, obs. M. Boizard, Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012), Répertoire de droit penal, DALLOZ, 2012, p.50.

ومما يتنافى مع مبدأ الحياد أن يحضر المقرر أثناء المداولة قبل صدور قرار الجزاء،، بينما قد قام هو بالتحقيق في القضية، تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية ببطالان الإجراء أمام لجنة عمليات البورصة؛ بسبب حضور المقرر أثناء المداولة والذي شارك في التحقيق في وقائع القضية مع الأجهزة الإدارية، مما يترتب عليه الإخلال بمبدأ الحياد l'impartialité^(١). فقد أبدى مجلس الدولة الفرنسي حرصه على احترام مبدأ الفصل بين السلطات^(٢).

ومما يتنافى مع مبدأ الحياد أن يشترك شخص في تقرير الجزاء بينما ينتمي إلى إحدى الشركتين محل نزاع؛ فكيف يكون منافساً لشركة ويملك اتخاذ القرار ضدها، ذلك ما يتنافى مع الحياد الذي يتعين توافره في متخذ القرار، ورد مجلس الدولة الفرنسي على ذلك بقوله إنه لا توجد إجراءات في القانون بالنسبة للبورصة تسمح برد عضو لجنة البورصة^(٣). "هذا الموقف يحول دون ممارسة هذه الوظيفة ولا يوجد نص يسمح برد أعضاء اللجنة التي هي ليست جهة قضائية"، ويترتب على ذلك أن وجه الطعن المستند إلى عدم احترام مبدأ الحياد لا يكون مقبولاً.

(١) Ass. plén. 5 févr. 1999, pourvoi no 97-16.440, LPA 10 févr. 1999, no 29, p. 14, note C. Ducouloux-Favard, Bull. inf. C. cass. no 491, 15 avr. 1999, p. 25, JCP 1999. II. 10060, note H. Matsopoulou. Cited by: Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012), Répertoire de droit penal, DALLOZ 2012, p59.

(٢) CE 3 déc. 1999, V. Le Conseil d'état et l'article 6 de la Conv. EDH, LPA 14 déc. 1999, no 248, p. 4. Cited by: Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012), Répertoire de droit penal, DALLOZ 2012, p60.

(٣) CE 26 juill. 2007, no 293908, AJDA 2007. 1947; Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012), Répertoire de droit penal, DALLOZ, 2012, p.53. « une telle situation faisait obstacle à ce que l'intéressé [le rapporteur désigné par la Commission des sanctions] exerçât de telles fonctions; qu'aucune disposition ne permettait à M. P. de récuser le rapporteur de la Commission des sanctions, qui n'est pas une juridiction, qu'il suit de là que le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité doit être accueilli »

وقد ثارت شكوك جدية حول حيادية لجنة الجزاءات بالبورصة في فرنسا؛ لأن القانون النقدي والمالي كان يجيز الجمع بين عضوية كل من الجمعية العمومية le college في سلطة سوق رأس المال ولجنة الجزاءات COB (المادة 4° IV-2 L. 621-2 من هذا القانون). لذلك صدر قانون في 1^{er} août 2003 لكي يمنع العضوية المشتركة بين الجهتين المكونتين لسلطة رأس المال، ذلك أن الجمعية العمومية هي التي تتهم ولجنة الجزاءات هي التي تقرر الجزاء^(١). ترتباً على ذلك قضت محكمة استئناف باريس بأن تشكيل لجنة الجزاءات يخالف مبدأ الفصل بين وظيفة الاتهام والتحقيق ووظيفة المحاكمة^(٢). وتأكيداً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن عدم وجود إجراءات لرد أعضاء لجنة الجزاءات يصم تلك الإجراءات بعدم الحياد، ولذا ألغى المجلس قرار الجزاء الصادر من لجنة الجزاءات مع وجود مقرر ينتمي إلى شركة منافسة للشركة محل إجراءات الجزاء^(٣). كرد فعل على ذلك أدخل المشرع الفرنسي المادة L. 621-15-III bis من القانون النقدي والمالي بمقتضى القانون الصادر في ١٧ ديسمبر سنة ٢٠٠٧ لكي يسمح برد أعضاء لجنة الجزاءات.

٧٠ - رد أعضاء لجنة الجزاءات:

L'article L. 621-15-III bis du code monétaire et financier

تعقيباً على ما سبق، أدرك المشرع الفرنسي هذا النقص، وأدخل نصاً يسمح برد أعضاء لجنة الجزاءات، فينص القانون النقدي والمالي الصادر في ١٧ ديسمبر ٢٠٠٧ في المادة ٦٢١-١٥-٣ مكرر على إمكانية رد أعضاء لجنة توقيع الجزاءات بناء على طلب يقدم من المتهم إذا وجد سبب معقول.

(١) Muriel GIACOPELLI, Nicolas CATELAN, "Délit et manquement d'initiés", Encyclopédie Dalloz, Droit penal, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012).

(٢) décision «KPMG» du 7 mars 2000 (LPA 22 mai 2000, n° 101, p. 4, note C. Ducouloux-Favard, Lamy dr. aff. juin 2000, no 28, D. 2000. 212, obs. M. Boizard.

(٣) CE 26 juill. 2007, n° 293908, AJDA 2007. 1947.

٧١- إجراءات نظر الدعوى في جرائم البورصة ومبدأ المواجهة: :contradictoire

يراعي القانون الفرنسي مبدأ آخر من مبادئ الدعوى العادلة عند توقيع الجزاءات الإدارية الجنائية في مخالفات البورصة، حيث نص على أن تتم إجراءات نظر الدعوى في جرائم البورصة في إطار احترام مبدأ المواجهة باعتباره أحد المبادئ الأساسية للعدالة الجزائية (وفقاً لنص المادة ٦٢١-٤٠ من القانون النقدي والمالي الفرنسي).

ويعتبر مبدأ وجاهية الإجراءات من نتائج مبدأ الدفاع الذي هو مبدأ دستوري في القانون المقارن على اختلاف توجهاته، من أصل لاتيني أو من أصل أنجلوأمريكي. ولا يقتصر تطبيق ذلك المبدأ على الإجراءات الجنائية، بل إنه يمتد ليشمل الدعاوى المدنية والإدارية، ذلك أنه أصل من أصول القانون، ولذا يتعين حضور المتقاضى جميع الإجراءات التي تتخذ في حقه لكي يعلمها ولكي يدافع عن نفسه إزاءها، ويعتبر ذلك إجراء جوهرياً تبطل دونة الإجراءات، بل إن المتهم في بعض الجرائم الخطيرة يلزم أن يكون حاضراً، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يجوز له أن يتنازل عن تلك الضمانة في المواد الجنائية^(١). كما أكد مجلس الدولة الفرنسي - منذ حكم Téry سنة ١٩١٣- بأن مبدأ الوجاهية يسري في علاقة الأفراد بالإدارات العامة، وخاصة تلك التي تملك سلطة توقيع الجزاءات على الأفراد^(٢). كما قرر ذلك المجلس الدستوري الفرنسي بخصوص الجزاءات التي يوقعها المجلس الأعلى للإذاعة والتلفزيون^(٣)، وأكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هذا المبدأ في المحاكمات المختلفة^(٤).

(١) Cass. crim. 22 juin 1988, Rev. sc. crim. 1988.826, obs. Braunschweig.

(٢) Arrêt Téry du 20 juin 1913 (Rec. CE, p. 736, concl. Corneille).

(٣) Décision n° 89-248 DC du 17 janvier 1989 relative au CSA (Rec. Cons. const., p. 18).

(٤) arrêt Bricmont c/ Belgique du 7 juillet 1989 (Série A, n° 158).

وعلى الرغم من أن الطابع الوجاهي للإجراءات الإدارية المتبعة ضد صاحب الشأن يفترض علمه بتلك الإجراءات، فإن هذا العلم يختلف في أبعاده في مرحلة البحث والتحري l'enquête عنه في مرحلة التحقيق وعنه في مرحلة صدور الحكم، وهو في ذلك لا يختلف عما هو مقرر في الإجراءات الجنائية، حيث يتميز العلم بأنه أكثر شمولاً عنه في مرحلة الحكم عنه في مرحلة جمع الاستدلالات ومرحلة التحقيق، وقد أبانت ذلك محكمة النقض الدائرة التجارية بخصوص مجلس المنافسة غير المشروعة، حيث قضت المحكمة بأن مرحلة التحقيق تتميز بإخطار المخالف بالمخالفة، وبحقه في الاطلاع على الأوراق^(١). وقد أكدت محكمة استئناف باريس على أنه على الرغم من أن تطبيق الحق في الدفاع محدود في مجال البحث والتحري السابق على التحقيق، فإن ذلك لا يجب أن يؤدي إلى تجهيل الاتهام بالنسبة للمخالف، بحيث يترتب على ذلك أن يدلي بأقول في غير صالحه^(٢).

وقد رتب القضاء الفرنسي على حق المخالف في الاطلاع على الأوراق نتائج مهمة من أهمها ما قضت به محكمة استئناف باريس من استبعاد الأوراق التي لم تسلم منها نسخة إلى الخصم من المناقشات^(٣)، واستبعاد تلك التي لم تتضمن تنبيه المخالف لحقه في الاستعانة بمدافع^(٤)، واستبعاد شهادة شاهد مجهول^(٥).

ومن ناحية الحق في الدفاع، فإن المادة (٦٢١-١١) من القانون النقدي والمالي تنص على حق المخالف في الاستعانة بمدافع، وتسلم نسخة من الأوراق إليه أو إلى المدافع عنه، وتكرس المادة (R. 621-38) من القانون النقدي والمالي

(١) Cass. com. 14 janv. 1992, Sté Le Bureau Veritas, Bull. civ. IV, n° 15.

(٢) arrêt société Hyperallye et autres, du 8 avril 1994 (Contrats, conc., consom. 1994, comm. 101, note Vogel).

(٣) CA Paris, 13 mai 1991, cité par F. DAUDRET.

(٤) CA Paris, 6 déc. 1990, BOCCRF, n° 26 du 29 déc. 1990, p. 445).

(٥) CA Paris, 19 sept. 1990, Herliq et autres, BOCCRF, n° 21 du 26 sept. 1990, p. 335).

في فرنسا الحق في الدفاع ابتداء من العلم بالتهمة، حيث تنص المادة السابقة على إعلان المتهم بالمخالفة بالتهمة المنسوبة إليه بخطاب مسجل بعلم الوصول أو عن طريق محضر لشخص المتهم، ويحق لهذا الأخير أن يرد على ذلك كتابة بمذكرة توجه إلى رئيس لجنة الجزاءات.

على الرغم من أهمية اعتبارات الدعوى العادلة والتي تتضمن الحق في الاطلاع والحق في الدفاع وعلانية الجلسات، فإن تلك الإجراءات من شأنها أن تضر بسر الأعمال، ذلك أن المشروعات تحرص على إخفاء أسرار أعمالها عن منافسيها في السوق، وقد كان ذلك سبباً في النص على حق رئيس مجلس المنافسة غير المشروعة أن يأمر بانسحاب من يراه؛ حفاظاً على سر الأعمال إذا كانت الظروف تبرر ذلك (مادة 4-463 L. من قانون التجارة، 19 du décret، مادة 19 من رقم 849 الصادر في 19 سبتمبر لسنة 1987).

وقد حرص القانون النقدي والمالي على النص على احترام سر الأعمال في مجال البحث والتحري والتحقيق، وكذلك جلسات القرار من سلطة سوق رأس المال (مادة 1-642 L.). كما أن المادة (8) من القانون رقم 1067 لسنة 1986 الخاص بالمجلس الأعلى للإذاعة والتلفزيون قد تضمنت نصاً مماثلاً يسمح لرئيس الجلسة أن يمنع الجمهور من الحضور حفاظاً على النظام العام أو سر الأعمال.

ودعماً لمبدأ المواجهة واحتراماً للحق في الدفاع وتأكيداً لمبدأ الحياد، ألغى المشرع الفرنسي حضور المقرر بمقتضى القانون رقم 420 لسنة 2001 في شأن التنظيمات الاقتصادية الجديدة والتي عدلت المادة 4-463 L. من قانون التجارة والتي كانت تنص على حضور "المقرر" le rapporteur الذي أعد التقرير عن وجود مخالفة، وذلك في اجتماع المجلس الذي ينظر المخالفة ويوقع الجزاء. وقد كان من حق المقرر أن يدلي بملاحظات شفوية وكتابية، وهو ما يتعارض مع المبادئ السابقة، ذلك أن له رأياً مسبقاً في الموضوع، كما أن ملاحظاته يمكن أن تؤثر في أعضاء المجلس وذلك في غياب رد من المخالف،

ويُعد ذلك أخذاً بالتماثل بين المحاكمات الإدارية والمحاكمات الجنائية، حيث لا يجوز للمحقق أن يحضر جلسة المداولة.

وقد عكست أحكام القضاء هذا التوجه في مجال الجزاءات التي فرضتها لجنة الجزاءات بالبورصة COB عندما قضت ببطلان إجراءات توقيع الجزاء لأن المقرر حضر المداولة التي انتهت بتوقيع الجزاء^(١).

وقد أيدت المحكمة الفرنسية (الدائرة التجارية) هذا القضاء بالنسبة للجزاءات التي يوقعها مجلس المنافسة غير المشروعة عندما قضى بأن وجود المقرر في المداولة وإبداءه لرأيه - ولو كان استشارياً - يخالف مبدأ المساواة في الأسلحة والدعوى العادلة^(٢).

وعلى الرغم من هذا الاتجاه المستقر نحو تطبيق مبدأ الدعوى العادلة على جزاءات البورصة، فإن مجلس الدولة الفرنسي كان له رأي مختلف عن القضاء العادي، حيث قضى بأن وجود المقرر في أثناء المداولة لا يخالف مفهوم الدعوى العادلة على سند من أن القرار الصادر بالجزاء يتم الطعن عليه بدعوى القضاء الكامل أمام مجلس الدولة، الأمر الذي يتيح توفير مقومات الدعوى العادلة أمام مجلس الدولة^(٣).

وقد حرصت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أن يتم تمكين الدفاع من الاطلاع على تقرير المقرر وليس فقط المحامي العام لدى محكمة النقض،

(١) CA Paris, 7 mai 1997, D. 1998, somm. 65, obs. Bon-Garcin, Banque et Droit, mai-juin 1997, p. 40, obs. De Vauplane; 7 mars 2000, D. 2000, AJ 212, obs. Boizard, JCP, éd. E, 2000, n° 20, p. 800, obs. Viandier et Caussain et n° 25, p. 992, note Couret; arrêt Oury du 5 février 1999 (D. 1999, somm. 249, obs. Bon-Garcin).

(٢) Cass. com. 5 oct. 1999, JCP 2000. II. 10255, note Cadou, RTD com. 2000. 632, obs. Claudel).

(٣) Arrêt Didier du 3 décembre 1999 (D. 2000, AJ 62, obs. Boizard, JCP 2000. II. 10267, note Sudre).

وقد ارتأت المحكمة في تمكين الثاني دون الأول إخلالا بمبدأ المساواة في الأسلحة^(١).

يترتب على الحق في الدفاع والمساواة في الأسلحة، أنه من حق الأطراف العلم بالاتهامات المسندة إلى المتهم بالمخالفة، وحقه في الاطلاع على الأوراق والرد كتابة بالإضافة إلى الرد شفاهة، وذلك أمام لجنة الجزاءات بالبورصة (مادة ٤٢-٧ فقرة ٣ من القانون رقم ١٠٦٧ لسنة ١٩٨٦).

فمن المقرر أنه يتعين على كل جهة إدارية عند توقيعها للجزاء الإداري أن تحترم مبدأ المواجهة^(٢). من ذلك أن نص المادة ٣٦-٨ الفقرة الأولى من قانون البريد والاتصالات الفرنسي تفرض على سلطة تنظيم الاتصالات احترام هذا المبدأ عند ممارستها لوظيفتها ذات الطابعي القضائي في حل المنازعات المعروضة أمامها، وتلتزم سلطة تنظيم الاتصالات بإخطار كل من الطرفين بالملاحظات والمستندات التي يقدمها أي من الطرفين، مع تحديد مهلة معينة يلتزم فيها كل طرف بتقديم رده على تلك الملاحظات والمستندات، ومن الجدير بالذكر أن محكمة استئناف باريس تراقب مدى سلامة الإجراءات المتبعة أمام سلطة تنظيم الاتصالات، عندما تتدخل للفصل في المنازعات، وبصفة خاصة مدى احترامها لمبدأ المواجهة^(٣).

٧٢ - كفالة حقوق الدفاع أمام لجنة الجزاءات:

يتمتع المتهم بالجريمة الإدارية الجنائية بالحق في الدفاع، ترتيباً على ذلك فإن له أن يصطحب محامياً أثناء الإجراءات الإدارية، غير أن الجهة الإدارية ليست ملزمة بتعيين محام له عند عجزه عن توكيل محام، وتبنى التشريعات

(١) affaires Reinhard et Slimane-Kaïd c/ France du 31 mars 1998, Rec., 1998-II

(٢) يقصد بالمواجهة طرح الدليل على بساط البحث في المحكمة حتى يتمكن المتهم من مناقشته، انظر: د. غنام محمد غنام، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية، جامعة المنصورة، ٢٠١٢، ص ٢٨٣.

(٣) د. وليد محمد الشناوي، المرجع السابق، ص ٧٧٧.

التي تأخذ بنظام القانون الإداري الجنائي مبدأ المواجهة الذي يتضمن حق المتهم بالجريمة الإدارية في الحصول على مهلة لإعداد دفاعه وتقديمه إلى الإدارة^(١).

ويسري على الإجراءات أمام سلطة سوق رأس المال مبدأ ضرورة احترام قرينة البراءة، ترتيباً على ذلك ألغت محكمة النقض - في قضية « Oury » في أول ديسمبر سنة ١٩٩٨- قراراً بالجزاء صادر من لجنة الجزاءات بالبورصة؛ لأن رئيس لجنة الجزاءات صرح في الصحافة أن التهمة ثابتة في حق المشتبه بارتكابها وذلك قبل صدور القرار بالجزاء، وعلى الرغم من أن هذا الرئيس كان قد انتهت رئاسته للجنة ولم يشترك في المداولة^(٢).

على الرغم من أن الدساتير تنص عادة على قرينة البراءة وعلى كفالة حقوق الدفاع في المحاكمات الجنائية، فإنه نظراً لوحدة الموضوع وتعلقه بفرض جزاءات، فإن المحاكم الدستورية والقضاء الإداري يمد تلك الضمانات لكي تسري المحاكمات الإدارية وخاصة تلك التي تنتهي بتوقيع جزاء على المخالف. وقد أكدت محكمة استئناف باريس على هذا المبدأ عندما قضت بأن قرار توقيع الجزاء يكون قد خالف قرينة البراءة، عندما قضت اللجنة بتوقيع الجزاء على المخالفة مع تقديمها على أنها ثابتة في حق المخالف دون تمكينه من الدفاع عن نفسه بإتاحة الفرصة له أن ينفي ثبوتها^(٣).

(١) انظر: د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، مرجع سابق، ص ١٢٨-١٢٩. فينص القانون الإيطالي لسنة ١٩٨١ على إعطاء مهلة لصاحب الشأن تحتسب من وقت إعلانه بوقوع المخالفة الإدارية وهي ثلاثون يوماً (مادة ١٨). ومن حقه خلال هذه المهلة أن يقدم مذكرات للدفاع أو مستندات إلى الجهة الإدارية قبل أن تصدر الجزاء الإداري.

(٢) (Com. 1er déc. 1998, n° 96-20.189, Bull. civ. IV, n° 283, D. 1999. IR. 31, LPA 15 janv. 1999, no 11, p. 5).

(٣) cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 janvier 1993 (JCP, éd. E, 1993. II. 414, note Dobkine, D. 1993.273, note Ducouloux-Favard, Gaz. Pal. 20 juill. 1993.21, note Marchi).

وعلى أية حال، فإنه يجوز إثبات واقعة المخالفة بجميع طرق الإثبات وفقاً لما هو مقرر في قواعد الإثبات في المسائل الجنائية، كما أنه للمحكمة عند رقابتها لمشروعية الجزاء - عندما يطعن أمامها على القرار الصادر بالجزاء - أن تقدر مدى كفاية تسبیب القرار الصادر بالجزاء من حيث ثبوت أركان المخالفة.

وعلى الرغم مما هو مستقر من أن المحاكمات الجزائية الإدارية تتفق مع المحاكمات الجنائية في ضرورة احترام قرينة البراءة، فإن قرينة البراءة ليست مطلقة في المسائل الجنائية وبالتالي فإنها ليست أيضاً مطلقة في المسائل الإدارية، فبينما يتمتع المتهم في المحاكمات الجنائية بقرينة البراءة، فإن تلك القرينة يرد عليها من القيود ما يسمح بالقول بأنها تضعف كلما توافرت ضد المتهم في مرحلة التحقيق أو المحاكمة قرائن قوية تكفي لاتهامه أو لإدانته. فعندما يصدر قرار حبس المتهم احتياطياً استناداً إلى قرائن قوية على الاتهام، فإن قرينة البراءة تكون قد ضعفت ولا مجال للقول بأنه بريء، ذلك أن القانون يجيز حبسه احتياطياً. وقد طعن أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على القرار الصادر برفض التعويض عن حبس احتياطي للمتهم، وأيدت المحكمة هذا القرار الرفض استناداً إلى أن المتهم لو استمرت محاكمته كان من المحتمل جداً أن تنتهي إلى ثبوت إدانته، أي أنه لا يمكن أن يتمتع بقرينة البراءة مثله مثل الشخص الذي تم حبسه احتياطياً بسبب الخطأ في اسم المتهم مثلاً^(١).

وفي الوقت نفسه فإن المحكمة الأوروبية لا تقدر قرينة البراءة بشكل مجرد in abstracto ولكن بشكل واقعي in concreto وفقاً لظروف وملابسات الدعوى؛ لذا قضت المحكمة الأوروبية بعدم وقوع مخالفة لمبدأ قرينة البراءة في حالة النص على قرينة قانونية بسيطة في حق الحائز لبضاعة مغشوشة باعتبار أنه هو الفاعل في جريمة الغش^(٢).

(١) Arrêt Nikenbockhoff c/ Allemagne du 27 août 1987 (Série A, n° 123).

(٢) arrêt Salabiaku c/ France du 7 octobre 1988 (Série A, n° 141): (W. JEANDIDIER, La présomption d'innocence ou le poids des mots, Rev. sc. crim. 1991. 49).

٧٤ - عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:

لا يجوز إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه، إذ إن ذلك يتعارض مع قرينة البراءة التي من نتائجها أن يلتزم المدعي بإثبات ادعائه، وقد رتبت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على ذلك أن النص في قانون الجمارك الفرنسي الذي يلزم المتهم بتقديم أوراقه وإدانته بسبب عدم تقديمها، يخالف الحق في عدم إجبار الشخص على تقديم ضد نفسه^(١).

٧٥ - علانية الجلسات:

على الرغم من أن العلانية مبدأ دستوري في خصوص المحاكمات القضائية، فإن الأمر يبدو محلاً للمناقشة بالنسبة للجهات الإدارية، حتى ولو كانت تنطق بجزاءات تتماثل مع الجزاءات الجنائية مثل الغرامة، لذا قضى مجلس الدولة الفرنسي أن العلانية لا تكون مطلوبة إلا حيث يوجد نص تشريعي أو لائحي يتطلب تلك العلانية^(٢). غير أن مجلس الدولة الفرنسي عاد وقضى بضرورة توافر العلانية في جلسات تلك الجهات، وذلك بصدد سلطة سوق رأس المال عندما تفرض الجزاءات^(٣). ويتفق ذلك مع اتجاه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تقرر ضمانات العلانية بصدد المحاكمات التأديبية من جانب لجنة النظام في نقابة الأطباء في بلجيكا^(٤).

(١) arrêt Funke c/ France du 25 février 1993 (Série A, n° 256-A, D. 1993, jur. 457, note J. Pannier.

(٢) CE 25 juin 1948, Brillaud, Rec. CE, p. 22; 4 oct. 1967, Wattebled, Rec. CE, p. 351). Dans un arrêt Association «Radio solidarité» du 14 juin 1991 (Rec. CE, p. 232, RFD adm. 1992. 1016.

(٣) Arrêt Didier du 3 décembre 1999, précité

(٤) Affaire Lecompte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 181, Série A, n° 43): http://www.echr.coe.int/ECHR/Hoimepage_Fr

وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أن العلانية شرط جوهري يبطل الجزاء عند مخالفته، وذلك في قضية نقابة الأطباء في بلجيكا^(١). وقد عنيت المحكمة بالإشارة إلى أن مخالفة العلانية لم يكن لها ما يبررها من اعتبارات حماية الحياة الخاصة أو السر المهني، سواء في جانب الأطباء أو في جانب المرضى، غير أن المحكمة ذاتها أجازت التنازل عن العلانية من جانب الخصوم إذا ارتضى الخصم أن تُجرى محاكمته تأديبياً في غيبة العلانية، ولا يتفق الفقه على هذا القضاء من ناحية القابلية للتنازل عنها، استناداً إلى أن العلانية مطلوبة في مصلحة العدالة وليس فقط في مصلحة الخصوم^(٢).

فمن الممكن أن تكون الجلسة علنية أثناء نظر الدعوى الجنائية في جرائم البورصة إذا طلب ذلك أحد الخصوم، وهنا يختلف الأمر عن إجراءات الدعوى الجنائية المعتادة والتي يكون الأصل فيها أن الجلسة علنية ما لم يتوافر سبب يجعلها سرية جوازية أو وجوبية، فتنص المادة (٢٦٨) إجراءات على أنه: "يجب أن تكون الجلسة علنية، ويجوز للمحكمة مع ذلك مراعاة للنظام العام أو محافظة على الآداب، أن تأمر بسماع الدعوى كلها أو بعضها في جلسة سرية، أو تمنع فئات معينة من الحضور فيها".

ومع ذلك يختص رئيس الجلسة بالحفاظ على الأمن والنظام أثناء الجلسة، ويحظر على الجمهور دخول الجلسة إما كلها أو بعضها لمصلحة النظام العام، أو عندما تمس العلانية بسرية الأعمال أو تمس بأسرار أخرى يحميها القانون. وبالإضافة إلى تقديم القضية من قبل المقرر فإن لمفوض الدولة أثناء نظر الجلسة أن يقدم هو الآخر ملاحظاته، وإذا رأى رئيس الجلسة عدم كفاية المعلومات فإن له استدعاء من يراه من الأشخاص الذين لديهم معلومات تفيد

(١) Affaire Lecompte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981 (Série A, n° 43): http://www.echr.coe.int/ECHR/Hoimepage_Fr

(٢) J. VELU et R. ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, Extrait du Répertoire pratique de droit belge, Tome VII, 1990, Bruylant, Bruxelles, p. 437): http://www.echr.coe.int/ECHR/Hoimepage_Fr

في القضية المعروضة عليه، فإن لم يجد غايته ولم يستقر على قرار بشأن القضية، يطلب من المقرر أن يقوم بعمل تحقيق أكثر تفصيلاً لإيضاح الأمر بشأن القضية، وفي كل الأحوال فإن المتهم هو آخر من يتكلم حتى يعطى الفرصة ليعقب على كل الملاحظات المقدمة في حقه سواء من المقرر أو من مفوض الدولة أو من غيرهما، فهو من يختم القول (C. mon. fin., art. R. 621-40-II). ويتم الفصل في القضية في نهاية الجلسة، وذلك في غياب المتهم والمقرر ومفوض الدولة (وفقاً لنص المادة (C. mon. fin., art. R. 621-40-III)).

وينص المرسوم بقانون ٢ سبتمبر لسنة ٢٠٠٨ في المادة ٦٢١-٤٠ فقرة (١) مكرراً من اللائحة العامة على أنه: "تكون الجمعية العمومية ممثلة أثناء انعقاد الجلسة، ويمثلها شخص يعينه رئيس هيئة سوق المال، سواء أكان عضواً في الجمعية العمومية أو اللجان التابعة لها أم لا" (١).

وتقترب قواعد المحاكمات من مخالفات البورصة في هذه النقطة عما هو مقرر في المحاكمات الجنائية، حيث إن الأصل في جلسات المحكمة أن تكون علنية، ويقصد بذلك أن يسمح للجمهور بحضور جلسات المحاكمة دون تمييز، فتتضمن المادة ١٦٩ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ على أن: "جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية" (٢).

تأكيداً لذلك تنص المادة ٢٦٨ من قانون الإجراءات الجنائية على أن: "يجب أن تكون الجلسة علنية، ويجوز للمحكمة مع ذلك مراعاة للنظام العام أو محافظة على الآداب، أن تأمر بسماع الدعوى كلها أو بعضها في جلسة سرية،

(١) «Lors de la séance, le collège est représenté par une personne désignée à cette fin par le président de l'Autorité des marchés financiers, qu'elle soit ou non membre du collège ou des services».

(٢) د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة المنصورة، سنة ٢٠١١، ص ٤٩٧. كما نصت على نفس المبدأ المادة ٢٦٨ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ١٨ من قانون السلطة القضائية.

أو تمنع فئات معينة من الحضور فيها". وتقرير سرية الجلسة لا يكون إلا بحكم يصدر من المحكمة في كامل هيئتها، فلا يكفي قرار رئيس الجلسة وحده، ويجب أن يكون الحكم مسبباً، ويكفي أن تشير المحكمة إلى أن مقتضيات النظام العام أو الآداب تمليه دون أن تلتزم المحكمة ببيان سبب إخلال العلانية بالآداب والنظام العام، وتقدير ذلك متروك للمحكمة دون رقابة من محكمة النقض^(١).

وقد أوجب القانون النطق بالحكم الجنائي في جلسة علنية، ولو كانت إجراءات الدعوى قد نظرت في جلسات سرية، فالسرية لا تشمل إلا سماع الدعوى، أما ما يسبق ذلك أو يتلوه من إجراءات فلا تشمله السرية كتلاوة التهمة في الجلسة وسؤال المتهم عن البيانات المتعلقة بشخصيته^(٢). فتنص المادة ٣٠٣ من قانون الإجراءات الجنائية على أن: "يصدر الحكم في الجلسة العلنية ولو كانت الدعوى نظرت في جلسة سرية، ويجب إثباته في محضر الجلسة ويوقع عليه رئيس المحكمة والكاتب، وللمحكمة أن تأمر باتخاذ الوسائل اللازمة لمنع المتهم من مغادرة قاعة الجلسة قبل النطق بالحكم....".

ويتولى سكرتير الجلسة كتابة ملخص الجلسة، ثم يوقع من قبل رئيس التشكيل président de la formation والمقرر وسكرتير الجلسة، وبعد ذلك يرسل إلى أعضاء لجنة الجزاءات ومفوض الدولة وفقاً لنص المادة ٦٢١-٤٠-٩ من القانون النقدي والمالي (اللائحة العامة) (C. mon. fin., art. R. 621-40-IV)^(٣).

(١) د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة المنصورة، سنة ٢٠١١، ص ٤٩٨؛ نقض ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ ص ٤١ رقم ٣٠؛ نقض أول ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ ص ٤٠٨ رقم ٤٣٥.

(٢) د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة المنصورة، سنة ٢٠١١، ص ٤٩٩.

(٣) Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012), Répertoire de droit penal, DALLOZ 2012, p62.

٧٦ - الطعن على القرار الصادر بالجزاء:

عندما تصدر الجهة الإدارية قرارا بتوقيع الجزاء على المخالف فهل يجوز الطعن عليه؟ وما الجهة المختصة بنظر هذا الطعن؟ ذهبت بعض التشريعات - مثل القانون الإيطالي - إلى أنه يمكن الطعن على القرار الصادر بالجزاء ليس أمام القضاء الإداري ولكن أمام محكمة الاستئناف، ولا يعني اختصاص محكمة الاستئناف بنظر الطعن على القرار الصادر بالجزاء الإداري استبعاد القضاء الإداري فيما يتعلق بالطعن على جميع القرارات الإدارية الصادرة بالجزاءات. فينص القانون الإيطالي الصادر في سنة ١٩٨١ في المادة ٢٢ على أن نظر الطعن أمام القضاء العادي يقتصر على الطعن على الغرامة الإدارية أو المصادرة إذا قررت الإدارة المصادرة دون أن تقرر الغرامة، وقد فرقت محكمة النقض الإيطالية بين الجزاءات العقابية التي تتعلق بحق شخص والتدابير العينية التي تتمثل في إعادة الحال إلى ما كان عليه مثال ذلك الهدم والإزالة، وقررت أنه بالنسبة للجزاءات العقابية يمكن الطعن عليها أمام القضاء العادي، بينما عندما يتعلق الأمر بالنوع الثاني من الجزاءات والتي تتعلق بالتدابير العينية يمكن الطعن عليها أمام القضاء الإداري^(١).

وعلى أية حال فإنه من المبادئ التي تحكم الدعوى العادلة حق المحكوم عليه في الطعن على القرار الصادر بالجزاء، وذلك على غرار الحكم الجنائي، وقد أتاح المشرع الفرنسي هذا الحق في الطعن في القرار الصادر من سلطة سوق رأس المال، وجعل الاختصاص بنظر ذلك الطعن لمحكمة استئناف باريس، وأجاز الطعن بالنقض أمام الدائرة التجارية بمحكمة النقض.

ومن ناحية محكمة الطعن، فقد فرق القانون النقدي والمالي بين المهنيين مثل مؤيدي الخدمات بالبورصة والوسطاء والمستشارين في مجال الاستثمار في البورصة وبين غيرهم ممن لا ينتمون إلى طائفة المهنيين وهم الأطراف وسلطة سوق رأس المال (مادة R. 621-45-I والمادة R. 621-45-II من القانون النقدي

(١) Aldo TRAVI, Sanzioni amministrative pubbliche Amministrazione, Cedam-Padova. 1983, p. 83.

مشار إليه في د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، مرجع سابق، ص ١١٣.

والمالي). فيختص مجلس الدولة بنظر الطعن على القرار الصادر بالجزاء في مواجهة الطائفة الأولى أي المهنيين، وتختص محكمة باريس الابتدائية بنظر الطعن الصادر بالجزاء في مواجهة غير المهنيين.

في ذلك تنص المادة ٦٢١-٤٤ (L'article R. 621-44) من القانون النقدي والمالي في فرنسا على أن كل القرارات الصادرة بالجزاء تكون محلاً للطعن. ويحدد القانون مدة شهرين للطعن على القرار الصادر بالجزاء، تحتسب من وقت إخطار المحكوم عليهم بالجزاء، أو من وقت نشر الحكم بالنسبة إلى غيره من أصحاب الشأن.

يخضع قرار اللجنة الصادر بالجزاء للطعن في مهلة شهرين ابتداء من إعلانه بالنسبة لأصحاب الشأن، وابتداء من نشره لغيرهم من الأشخاص (مادة R.621-44 من القانون النقدي والمالي).

٧٧ - التمييز بين المهنيين وغير المهنيين في الجهة المختصة بنظر الطعون في جرائم البورصة:

تميز المادة L'article R. 621-45-I بين المهنيين (مثل مزودي خدمة الاستثمار والمستشارين في مجال الاستثمار المالي ...) في جرائم البورصة وغيرهم من حيث الجهة المختصة بنظر الطعون، فالدعوى بالنسبة للمهنيين تحال أمام مجلس الدولة في إطار طعن القضاء الكامل (تعويض وإلغاء)، ويكون من حق الخصوم وهيئة سوق المال أن تستعين بمحام أمام مجلس الدولة، وكذلك أمام محكمة النقض عند نظر الطعون، أما بالنسبة إلى الأشخاص غير المهنيين فالاختصاص بنظر الطعون ينعقد لمحكمة استئناف باريس وفقاً لنص المادة l'article R. 621-45-II من القانون النقدي والمالي، وتتبع محكمة استئناف باريس من حيث الإجراءات ما نصت عليه المادة l'article R. 621-46 من القانون النقدي والمالي وليست الإجراءات المتضمنة في الباب السادس من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي^(١).

(١) Cour d'appel de Paris dans une décision du 27 avril 2004 (affaire «Rubens», sur décision COB, 4 avr. 2003, Rev. mens. AMF, n° 4, juin 2004, p. 97).

٧٨ - أشكال الطعون المقدمة أمام محكمة استئناف باريس:

وفقاً لنص المادة R. 621-45-II من القانون النقدي والمالي فإنه يتعين على الطاعن أن يودع أربع نسخ في قلم كتاب المحكمة، ومدة الطعن حددتها نص المادة بشهرين C. mon. fin., art. R. 621-46، ومن الجديد بالذكر أن الاستئناف هنا ليس له أثر واقف، فمن الممكن أن يقدم الطاعن طلب وقف التنفيذ إلى رئيس محكمة الاستئناف، ويحدد رئيس المحكمة تاريخ المرافعة والتي فيها يتم تبادل الملاحظات مكتوبة من الأطراف، ويقوم قلم الكتاب بتبليغها لعلم الأطراف، ويبلغ قلم الكتاب النيابة العامة بالطعن والتي يمكن أن تتدخل لكي تساند هيئة سوق المال أو لا تقرر ذلك.

ليس للاستئناف أثر واقف بمعنى أنه يتم تنفيذ الجزاء بصور القرار من اللجنة، ومع ذلك فإنه يجوز للمحكوم عليه أن يطلب وقف تنفيذ هذا القرار بطلب يقدمه إلى رئيس محكمة الاستئناف المختصة الذي يجوز له أن يوقف تنفيذ القرار، وتختص الدائرة التجارية من محكمة النقض الفرنسية بنظر الطعن بالنقض^(١).

ويلاحظ الخلاف بين استئناف قرار الجزاء واستئناف الحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية الذي له أثر واقف، بينما الاستئناف في جرائم البورصة ليس له أثر واقف؛ لأنه يتعلق بتدابير مثل قفل المنشأة أو الغرامة، ومن المعروف أن حكم الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بالغرامة في المواد الجنائية ليس له أثر واقف، إذ يتعين أن يدفع المحكوم عليه بالغرامة مبلغها على الرغم من الطعن في الحكم بالاستئناف، فتنص المادة ٤٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية على أن: "الأحكام الصادرة بالغرامة والمصاريف تكون واجبة التنفيذ فوراً، ولو مع حصول استئنافها...".

(١) Com. 14 juin 2005, n° 04-14.329, D. 2005. 1778, obs. A. Lienhard, Bull. Joly Bourse 2005. 443, note D. Schmidt et M. Delespaul. Cited by: Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour: janvier 2012), Répertoire de droit penal, DALLOZ 2012, p64.

٧٩ - الطعن على درجتين:

تحرص التشريعات المقارنة على إتاحة الطعن على درجتين باعتباره من مبادئ الدعوى العادلة. وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا المبدأ عندما قرر بأن النصوص التي ترمي إلى إلغاء الطعن على درجتين في بعض المسائل يخالف مبدأ المساواة حيث يجوز هذا الطعن في مسائل وينتفي في مسائل أخرى، ويستفيد منه بعض المتقاضين ويحرم منه البعض الآخر^(١). ومع ذلك فإن المجلس الدستوري لا يزال يتردد في الاعتراف بحق المتهم في التقاضي على درجتين^(٢)، ومع ذلك فإنه من المقرر أن المتهم بجزاء إداري يستفيد مما يستفيد منه المتهم في المحاكمات الجنائية من عدم جواز أن يضار المتهم بطعنه.

٨٠ - (ثالثاً): الضمانات الموضوعية للدعوى العادلة:

بالإضافة إلى الضمانات الإجرائية ومن أهمها ضرورة الدعوى العادلة ووقف تنفيذ القرارات حتى يتم الفصل فيها، فإن هناك من الضمانات الموضوعية ما يكفل للجزاء أن يكون عادلاً، من أهم تلك الضمانات الموضوعية: الشرعية والتناسب في الجزاء^(٣). من ذلك أن المجلس الدستوري الفرنسي تطلب في الجزاء الصادر من لجنة الجزاءات بالبورصة أن يكون متناسباً تفريعاً على شرط أن يكون ضرورياً^(٤). ترتباً على شرط التناسب قرر المجلس عدم جواز الجمع بين العقوبات الإدارية والجزاءات الجنائية^(٥).

(١) Décis. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981, Sécurité-Liberté, Rec. Cons. const., p. 15; n° 84-183 DC du 25 janv. 1985, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Rec. Cons. const., p. 32).

(٢) Décision n° 88-248 DC relative au CSA du 17 janvier 1989 (Rec. Cons., p. 18).

(٣) Frédéric STASIAK, Autorités administratives indépendantes (AAI), Encyclopédie Dalloz, Droit penal, février 2004 (dernière mise à jour: janvier 2012).

(٤) Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 (Rec. Cons. p. 71).

(٥) Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, (Rec. Cons. p. 99).

وقد استقرت قرارات المجلس الدستوري على أن الضمانات الموضوعية المتفق عليها في مجال العقوبات الجنائية تسري في مجال الجزاءات التي تقرها المجالس الإدارية المستقلة، مثل مبدأ شرعية الجزاءات ومبدأ ضرورة الجزاء، ومبدأ عدم تطبيق العقوبات الأشد بأثر رجعي^(١).

وعلى الرغم من أهمية مبدأ الشرعية في مجال الجزاءات التي تفرضها الجهات الإدارية، فإن المجلس الدستوري الفرنسي قد خفف من مفهوم هذا المبدأ في مجال تلك الجزاءات عما هو مقرر في مجال العقوبات الجنائية، حيث أجاز في مجال التجريم أن يتم تعريف الجريمة بأنها مخالفة ليس فقط لنص قانوني ولكن أيضاً لالتزام يجد مصدره في لائحة، كما لو كانت لائحة البورصة^(٢).

فقد تطلب المجلس الدستوري الفرنسي أن يتوافر شرط الاستقلال في تلك الجهات الإدارية التي منحها المشرع امتيازات توقيع جزاءات^(٣).

كما قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن الضمانات الموضوعية التي يقرها القانون الجنائي يتعين احترامها عندما يتعلق الأمر بممارسة سلطات تأديبية، كما في حالة قرارات الجزائية التي يفرضها المجلس السمعى والبصري (CSA) مثل مبدأ الشرعية، ومبدأ عدم رجعية القانون الذي يفرض الجزاءات، ومبدأ احترام حقوق الدفاع، وكذلك الحق في دعوى عادلة بمعنى الحق في العلانية والمدة المعقوبة للإجراءات والحق في محكمة، وذلك على الرغم من تعلق الأمر بجزاءات إدارية لأنها في حقيقة الواقع هي "مادة جنائية" matière pénale^(٤).

(١) Décis. préc. n° 82-155 DC du 30 déc. 1982, Loi de finances rect. pour 1982, n° 87-237 DC du 30 déc. 1987, L. de finance pour 1988 et no 88-248 DC du 17 janv. 1989).

(٢) Décision n° 88-248 du 17 janvier 1989 relative au CSA (Rec. Cons. p. 18).

(٣) Déc. 89-260 DC du 28 juill. 1989, JO, 1er août 1989, p. 9676 - COB; déc. 88-248 DC du 17 janv. 1989, JO du 18 janv. 1989, p. 754 - Conseil supérieur de l'audiovisuel.

(٤) Arr. Oztürk 21 févr. 1984, n° 9/1982/55/84, Engel 8 juin 1976, Le Compte, Van Leuven et de Meyere, 23 juin 1981, n° 1/1980/32/47-

٨١ - مدى حق المتهم إدارياً في التنازل عن ضمانات الدعوى العادلة:

تختلف الإجراءات الجنائية عن الإجراءات الإدارية من حيث احترامها ل ضمانات الدعوى العادلة، ابتداء بوجود قاض طبيعي، وانتهاء بتوافر طرق قضائية للطعن ومروراً بالحق في الدفاع وغيره من الحقوق الأخرى المرتبطة بالدعوى الجنائية، وتعطي بعض التشريعات (مثل التشريع المصري والفرنسي والكويتي) الحق للمتهم في أن يختار بين أي الطرفين يسلك، فقد نصت المادة ٤١ من المرسوم بقانون في شأن المرور في دولة الكويت على هذا الحق عندما أشارت إلى أنه إذا لم يدفع المخالف مبلغ الصلح خلال مهلة خمسة أيام من ارتكاب الفعل، أو من تاريخ إعلان المتهم بالمحضر إذا كان تحريره في غيبة المتهم تحال القضية إلى المحكمة الجنائية^(١).

وهنا يثار التساؤل عن مدى جواز تنازل المتهم عن حقه في الدعوى العادلة! وهل الحق في الدعوى العادلة من الحقوق الدستورية؟ تجيب عن هذه التساؤلات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية Ozturk الذي تنازل المتهم فيها عن حقه في التقاضي، فقضت المحكمة بأنه لا مخالفة للحق في المحاكمة إذا عرضت الإدارة أو عرض عضو النيابة على المتهم غرامة تصالحية، على أن تنقضي الدعوى الجنائية إذا وافق المتهم على دفع الغرامة^(٢). كما قضت المحكمة في قضية Deween بأن التنازل الذي يصدر عن إرادة معيبة لا يعتد به^(٣). ومن هنا فالمحكمة تشترط لكي يعمل بالتنازل عن الحق في المحاكمة أن يصدر عن إرادة حرة وليس وليد إكراه واقع على المتهم.

(١) د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٢) Affaire Ozturk C/R F A arrêt du 21 Fév 1984.

وقد تعلق الأمر في هذه القضية بمتهم في جريمة المرور وافق على دفع الغرامة ولكنه عاد وطعن بأن ذلك يمثل مخالفة لحقه في التقاضي.

(٣) Affaire Deween c/Belgique Louis Petti, les Sanctions au sens de la convention Européenne de sauvegarde des de L'Homme, Arch. Pol. Crim. 1984, p.160.

في هذه القضية كان المتهم يعمل تاجراً وقد أخبره عضو النيابة أنه إذا لم يوافق

وتشترط لجنة الوزراء بالمجلس الأوروبي بعض الشروط لكي يتنازل المتهم عن حقوقه الأساسية ومنها الحق في الدفاع، تتمثل في التالي: ١ - موافقة صاحب الشأن ٢ - أن يسمح القانون بذلك ٣ - أن يكون ذلك بصدد الجرائم قليلة الأهمية ٤ - أن تكون الجزاءات الموقعة جزاءات مالية^(١). ويتفق ما سبق مع ما تضمنه قانون الإجراءات الجنائية المصري في المادة ٣٢٣ والتي تتوقف على موافقة المتهم لانطباق نظام الأمر الجنائي والذي يستبعد حق المتهم في المحاكمة وأيضاً حقه في الدفاع^(٢). وتنص المادة ٣٢٨ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: "إذا حضر الخصم الذي لم يقبل الأمر الجنائي في الجلسة المحددة تنظر الدعوى في مواجهته وفقاً للإجراءات العادية".

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه يمكن توقيع الجزاء الإداري على الرغم من توقيع الجزاء الجنائي عن نفس الواقعة^(٣).

ويستقر الرأي على أن الحكم الجنائي يحوز حجية الأمر المقضي به بالنسبة للدعوى الإدارية أو أي قرار يصدر من الإدارة، وذلك على غرار حجية الحكم الجنائي على المحكمة المدنية. فإذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة المتهم على أساس عدم وقوع الأفعال المادية، فلا يجوز للإدارة أن تصدر جزاء إدارياً على الشخص استناداً إلى أنه ارتكب هذه الأفعال^(٤).

= على الغرامة الإدارية فإنه سوف يصدر قراراً بقفل محله بالإضافة إلى تقديمه إلى المحاكمة الجنائية. وقد ارتأت المحكمة أن إجراء قفل المحل يمثل عبئاً مالياً كبيراً بالمقارنة إلى الغرامة الإدارية، مما جعل تنازله عن حقه في المحاكمة الجنائية وُلِدَ ضغط وقع عليه، وبالتالي فإن إرادته كان يشوبها عيب من عيوب الإرادة، ويعد تنازله عندئذ تنازلاً باطلاً.

(١) توصية لجنة وزراء المجلس الأوروبي الصادرة في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٩١.

(٢) انظر: د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، المرجع السابق، ص ٩٣.

(٣) Cons d'Et 19 fev 1943. Lebon p. 143.

(٤) نقض جنائي ١٠ من مارس سنة ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٥٥٨ رقم ٧٦؛ نقض مدني ١٧ من مايو سنة ١٩٦٦، س ١٧ ص ٦٣٩ رقم ١١٥.

نتائج البحث

- من أهم النتائج التي ينتهي إليها البحث ما يلي:
- يتسم سوق الأوراق المالية بخصائص تميزه عن غيره من الأسواق التجارية المعتادة، من أهم تلك الخصائص أنه يعتمد على تداول سلعة ذات طبيعة متميزة وهي الأوراق المالية، مما يترتب عليه وجوب حمايته بإجراءات تكفل حماية أكبر وتتفق مع طبيعته المتميزة^(١).
 - تحمي التشريعات المقارنة سوق الأوراق المالية في مرحلة ما قبل التداول عن طريق ضمان تداول الأوراق المالية بطريقة سليمة خالية من الاحتيال، بحيث تبدو مرتفعة الثمن على غير الحقيقة أو منخفضة الثمن أحياناً على خلاف الواقع. فتستوجب التشريعات المختلفة صحة البيانات وتفرض واجب الصدق وتعاقب على الإخلال به^(٢).
 - يتجه المشرع في كثير من الدول إلى إنشاء هيئة خاصة تتسم بقدر كبير من الاستقلال في مواجهة السلطة التنفيذية، وذلك للإشراف على سوق الأوراق المالية، فتخول هذه التشريعات إدارة سوق المال سلطات واسعة في مراقبة السوق وفرض جزاءات^(٣).
 - تختلف الدعوى الجنائية فيما يتعلق بجرائم البورصة عن الدعوى الجنائية في الجرائم العادية من حيث تطلب معرفة أكثر بنظام سوق المال وخطورته على اقتصاد الدول، وبصفة خاصة حماية السوق المالية من التلاعب^(٤).
 - تضيف التشريعات المقارنة صفة الضبطية القضائية على بعض موظفي

(١) انظر سابقاً بند رقم ٣.

(٢) انظر سابقاً بند رقم ٤.

(٣) انظر سابقاً بند رقم ٥.

(٤) انظر سابقاً بند رقم ١٠.

هيئة سوق المال، نظراً لما تتطلبه جرائم سوق المال من خبرة فنية خاصة لاكتشافها أولاً ومن ثم ضبطها^(١).

- منح المشرع الأمريكي لجنة الأوراق المالية والبورصة سلطة إصدار اللوائح التنفيذية لمواجهة التغييرات السريعة التي تحدث في سوق الأوراق المالية والتي تتطلب ضرورة التصدي لها بشكل سريع حتى نحمي حقوق المتعاملين في هذا السوق^(٢).

- لرجال البورصة الذين لهم صفة مأموري الضبط القضائي الحق في الدخول إلى أماكن العمل دون أن يكون من حق صاحبها التمسك بسر المهنة في مواجهتهم^(٣).

- لرجال الضبط القضائي في جرائم البورصة سلطة الاطلاع على المستندات أيّاً كانت، سواء ورقية أو إلكترونية. كما يمكنهم الاطلاع على أجهزة الشركات والاتصالات بين هذه الشركات والحصول على نسخة منها^(٤).

- يجمع موظفو هيئة سوق المال - في بعض التشريعات - بين جمع الاستدلالات وبين التحقيق؛ وهنا يبرز المنحى المختلف والطابع الخاص للإجراءات الجنائية في مجال جرائم السوق المالية، فالجهة الواحدة تجمع بين الضبط الإداري والضبط القضائي وكذلك التحقيق^(٥).

- تعد جرائم سوق الأوراق المالية - في أغلبها - من الجнг ولكنها ذات طبيعة خاصة وتحتاج إلى تحقيقات إضافية لإثبات كافة عناصر الدعوى لإحالتها إلى المحكمة^(٦).

(١) انظر سابقاً بند رقم ١١.

(٢) انظر سابقاً بند رقم ١١.

(٣) انظر سابقاً بند رقم ١٣.

(٤) انظر سابقاً بند رقم ١٤.

(٥) انظر سابقاً بند رقم ١٥.

(٦) انظر سابقاً بند رقم ١٦.

- يقع على عاتق موظفي هيئة سوق المال - بمناسبة قيامهم بأعمال الضبط القضائي - واجبات يتماثلون فيها مع مأموري الضبط القضائي في الجرائم المعتادة، من ذلك أنهم يلتزمون بسر المهنة^(١).
- اتجه المشرع المصري إلى إنشاء نيابات متخصصة تتولى التحقيق وتحريك الدعوى الجنائية في الجرائم الاقتصادية ومنها جرائم البورصة^(٢).
- يتوقف تحريك الدعوى الجنائية عن جرائم البورصة في التشريعات المقارنة على تقديم طلب من رئيس الهيئة. كما أنه يجوز له أن يتصالح عن هذه الجرائم ولو بعد صدور الحكم النهائي^(٣).
- تمنح بعض التشريعات المقارنة لسلطة سوق رأس المال الحق في الادعاء المدني، وذلك خروجاً على القواعد العامة التي تقضي بضرورة توافر شرط الضرر الشخصي والمباشر في المدعي بالحق المدني^(٤).
- إذا بدأت الإجراءات الجنائية عن جريمة من جرائم البورصة، تعين على الأجهزة التابعة لهيئة سوق المال أن توقف الإجراءات الإدارية الجزائية حتى تنتهي المحكمة الجنائية بحكم نهائي في الموضوع^(٥).
- تسمح المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بتطبيق الجزاءين الجنائي والإداري في مجال جرائم البورصة، ولا يتعارض ذلك مع قاعدة عدم جواز معاقبة شخص عن فعل واحد مرتين^(٦).
- تخصص بعض التشريعات الحديثة محاكم خاصة بقضايا البورصة نظراً

(١) انظر سابقاً بند رقم ١٧.

(٢) انظر سابقاً بند رقم ٢٠.

(٣) انظر سابقاً بند رقم ٢٠.

(٤) انظر سابقاً بند رقم ٢١.

(٥) انظر سابقاً بند رقم ٢٢.

(٦) انظر سابقاً بند رقم ٢٣.

لطابعها الفني المتميز والذي يحتاج إلى قضاة لهم دراية بسوق الأوراق المالية^(١).

- خصص المنظم السعودي لجنة خاصة من غير القضاة تتولى الفصل في المنازعات المتعلقة بجرائم البورصة، أي تقوم بعمل القضاء مع أنها جهة إدارية، وخول للجنة سلطة الحكم في القضايا الجنائية حيث لها أن تحكم بغرامة تصل إلى عدة ملايين بل والحكم بعقوبة الحبس^(٢).

- أصبح معترفاً به أن للإدارة أن توقع جزاءات مالية وغلق المنشأة عن أفعال تمثل جرائم جنائية وفقاً لاتجاه يخفف من اللجوء إلى الطريق الجنائي^(٣).

- تتميز جرائم البورصة بقيام جهة الإدارة والمتمثلة في هيئة سوق المال بتوقيع جزاءات على المخالفين، فتختص الإدارة بالقيام بإجراءات جمع الاستدلالات والتحقيق وإجراءات المحاكمة^(٤).

- ليس هناك ما يمنع أن يفوض المشرع اللجنة "هيئة سوق المال" في إصدار لوائح تحدد مخالفات البورصة وتعرفها وتحدد أركانها^(٥).

- لم يتبن القانون المصري مفهوم الجريمة الإدارية الجزائية، ولم يخول هيئة سوق المال سلطات إدارية في البحث والتحري عن مخالفة إدارية، وبالتالي ليس هناك لجنة جزاءات بالبورصة، وقد اكتفى القانون المصري بالمساءلة الجنائية في مجال جرائم البورصة، ويختلف ذلك عما هو مقرر في تشريعات أخرى كالتشريع الفرنسي والأمريكي والكويتي والسعودي^(٦).

(١) انظر سابقاً بند رقم ٢٤.

(٢) انظر سابقاً بند رقم ٢٥.

(٣) انظر سابقاً بند رقم ٢٨.

(٤) انظر سابقاً بند رقم ٣٠.

(٥) انظر سابقاً بند رقم ٣٧.

(٦) انظر سابقاً بند رقم ٣٨.

- من حق الإدارة المختصة بالتحقيق في جرائم البورصة كجرائم إدارية الاطلاع على الأوراق والمستندات التي توجد في حوزة الجهات الإدارية والقضائية^(١).
- تتفق غالبية التشريعات على أنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تفرض تدابير سالبة للحرية، والتي تتمثل في ضبط المتهم أو الشاهد وإحضاره وكذلك في حبسه احتياطياً^(٢).
- عهد المشرع الفرنسي إلى لجنة الجزاءات بهيئة سوق المال بمهمة توقيع الجزاء الإداري^(٣).
- لا يسري على لجنة الجزاءات في البورصة وصف المحكمة وهذا ما انتهت إليه أحكام المحكمة الأوروبية، لأن ذلك الوصف ينطبق على سلطة تتميز بالاستقلال وبالحيادة^(٤).
- تتوقف دستورية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ومنها سلطة لجنة البورصة على احترام المبادئ الدستورية (احترام مبدأ المواجهة، ومبدأ التناسب بين الخطأ والجزاء، والحق في الطعن، ومبدأ الفصل بين السلطات)^(٥).

(١) انظر سابقاً بند رقم ٣٨.

(٢) انظر سابقاً بند رقم ٣٨.

(٣) انظر سابقاً بند رقم ٤٢.

(٤) انظر سابقاً بند رقم ٤٣.

(٥) انظر سابقاً بند رقم ٦٢.

قائمة المراجع

أولاً - مراجع باللغة العربية:

(أ) - المراجع العامة:

- د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة
المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، جامعة المنصورة، ٢٠١١.
- د. أحمد فتحي سرور
الوسيط في قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، ١٩٩١.
- د. عبد الرؤوف مهدي
شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- د. غنام محمد غنام
الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية، جامعة المنصورة، ٢٠١٢.
- د. محمود نجيب حسني
شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- د. شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.
- د. نجاتي سيد أحمد سند
مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري "الجزء الأول"، جامعة الزقازيق، سنة ٢٠١٢.

(ب) - المراجع المتخصصة:

- د. أحمد رفعت خفاجي
"القانون الإداري الجزائي وتطبيقاته في التشريعات المصرية" تقرير مقدم إلى المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة بتاريخ ١٣-١٧ مارس ١٩٨٧.
- د. أحمد عبد الرحمن الملحم
حظر استغلال المعلومات غير المعلنة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق المالية، من مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٨.

- د. أشرف توفيق شمس الدين
إحالة الدعوى الجنائية إلى القضاء في النظم الإجرائية المقارنة، دار
النهضة العربية، ١٩٩٩.
- د. حازم الببلاوي
دور الدولة في الاقتصاد، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٩.
- د. سامي الشوا
القانون الإداري الجزائي - ظاهرة الحد من العقاب، دار النهضة العربية،
١٩٩٦.
- د. شيماء عبدالغني عطاالله
السياسة الجنائية للمنظم السعودي في حماية تداول الأوراق المالية في
السوق المالية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر بكلية
الحقوق - جامعة المنصورة في الفترة من ١-٢ أبريل ٢٠٠٩.
- د. طارق عبدالعال حماد
بورصة الأوراق المالية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- د. فتوح الشاذلي
الحماية الإجرائية من الغش التجاري في النظام السعودي، مطبوعات معهد
الإدارة العامة (إدارة البحوث) بالملكة العربية السعودية، الرياض، ١٩٩٢.
- د. عبدالفضيل محمد أحمد
وقف التداول في البورصة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية
والاقتصادية كلية الحقوق - جامعة المنصورة، العدد ٤٦ أكتوبر ٢٠٠٩.
- د. عصام حنفي محمود
التزام الشركات بالشفافية والإفصاح، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- د. عمر سالم
الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق
المالية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

- د. غنام محمد غنام
القانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية، بدون تاريخ للنشر.
- د. مجدى حبشي
الحماية الجنائية وشبه الجنائية للأسواق المالية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- د. محمد حافظ الرهوان
دور الشرطة في دعم الاقتصاد القومي، مطبعة سمير الطوبجي، القاهرة، ٢٠٠٢.
- د. محمد فاروق عبدالرسول
الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية، الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
- منير أبو ريشة
المسؤولية الجنائية للوسطاء الماليين في عمليات البورصة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٧.
- د. منير هندي
الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- (ج)- الرسائل العلمية:
 - د. أحمد باز محمد متولي
الالتزام بالشفافية والإفصاح عن المعلومات في بورصة الأوراق المالية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ٢٠١٢.
 - د. أحمد كامل سلامة
الحماية الجنائية لأسرار المهنة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٩.
 - د. تامر صالح
الحماية الجنائية لسوق الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.

- د. عبد القادر عبد الحافظ
الجزء التأديبي للموظف العام، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٨.
- د. شيماء عبدالغني عطاالله
مدى أعمال قواعد المسؤولية التأديبية في مجال المسؤولية الجنائية، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، ٢٠٠٢.
- د. وليد محمد الشناوي
الدور التنظيمي للإدارة في المجال الاقتصادي، رسالة دكتوراه جامعة المنصورة، مطبعة جامعة المنصورة، ٢٠٠٨.
- (د) - أحكام القضاء:
 - حكم المحكمة الدستورية بجلسة ٦ أبريل ١٩٩١ في القضية رقم ١٦ لسنة ١١ ق دستورية - الجريدة الرسمية، العدد ١٧ في ٢٧/٤/١٩٩١، مجلة إدارية هيئة قضايا الدولة، يناير - مارس ١٩٩٢، ص ١٤٤.
 - المحكمة الدستورية العليا، جلسة ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١، ق ٣١ س ١٠ ق دستورية.
 - دستورية عليا، جلسة ٤ يناير سنة ١٩٩٢، قضية رقم ٢٢ لسنة ٨ ق، مجموعة أحكام المحكمة س ٥ ص ٨٩ رقم ١٤.
 - حكم المحكمة الدستورية العليا ١٣/١/٢٠٠٨ في القضية رقم ٢٦ لسنة ٢٨ ق دستورية، منشور في الجريدة الرسمية في ٢٦/١/٢٠٠٨.
 - نقض جلسة ٢٩ مارس سنة ١٩٥٤ طعن رقم ١٦٨ لسنة ٢٤ قضائية.
 - نقض ١١ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض س ٦ العدد الأول ص ٤٩ رقم ١٨.
 - نقض ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٩٦٨ رقم ١٨٤.

- نقض ٩ فبراير ١٩٨٤ مجموعة أحكام النقض س ٣٥ ص ١٣١ رقم ٢٦.
- نقض ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٩١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٤٢ ص ١٠٧٥ رقم ١٤٩، الطعن رقم ٥١١٦ لسنة ٥٩ قضائية.
- نقض ١٨ أكتوبر سنة ١٩٩٢ مجموعة أحكام النقض س ٤٣ ص ٨٤١ رقم ١٢٩، الطعن رقم ٢٢٤١٤ لسنة ٥٩ قضائية.
- إدارية عليا رقم ٩٩٥ س ١١ في ١٩٦٨/٦ س ١٣ ص ٣٩١.

ثانياً - مراجع بلغة أجنبية:

(1)- BIBLIOGRAPHIE EN FRANCAIS:

(I) - OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX

- B. DE BELVAL, Procédure et COB: à l'occasion du décret du 31 juillet 1997, Procédures janv. 1998, p. 3.
- P. BÉZARD, Le renforcement des pouvoirs de la Commission des opérations de «bourse», Petites affiches n° 110, 13 sept. 1989, www.Dalloz.fr.
- D. BORDE et A. PONCELET, Le pouvoir de sanction administrative conféré à la COB par la loi du 2 août 1989, bilan des premières décisions, RD bancaire et «bourse», 1993, n° 39.
- B. Bouloc, Chronique de jurisprudence, R.S.C. 1989, p.542.
- F. BUCHER, Vers un progrès des droits de la défense devant la COB, Rev. soc. 1997.481.
- D. CARREAU et J.-Y. MARTIN, La loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, ALD 1989.191.
- J.-P. CHAUMONT, Projet de loi n° 544 relatif à la sécurité

- et à la transparence du marché financier, Petites affiches n° 42, avr. 1989.
- A. COMTE, L'activité des marchés, Bull. Joly Produits financiers 1991-2, p. 23.
 - A. COURET, Les droits de la défense devant la COB, Bull. Joly 1991, n° 379, p. 1081.
 - N. DECOOPMAN, Pouvoirs de sanctions administratives de la COB, RD bancaire et «bourse» 1990, n° 17, p.16.
 - André DECOQ, Chronique législative, R.S.C. 1978, p.119.
 - E. DEZEUZE, La réforme de la procédure de sanction administrative de la COB, JCP, éd. E, 1997. I. 709).
 - M. DOBKINE, L'ordre répressif administratif, D. 1993, chron. 157.
 - C. DUCOULOUX-FAVARD, Nouveaux pouvoirs pour la COB, Gaz. Pal. 1990.1, doct. 50 et Manquement et délit d'initié, D. 1992, chron. 197.
 - V. C. DUCOULOUX-FAVARD, Un règlement intérieur et un embryon de code de procédure de la COB, AGEFI 22 août 1997.
 - Louis FAVOREU, "Droit administratif et droit constitutionnel", Rev. dr. adm. 1989, p.678.
 - C. GAVALDA, Commentaire de la loi du 2 août 1989, Rev.sociétés 1990.
 - Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour : janvier 2012), Répertoire de droit penal, www.Dalloz.fr.
 - P. GRANDJEAN, La "bourse" et le juge consulaire, Gaz. Pal. 1992.2, doct. 828.
 - P. JALLADE, Observations sur un délit à l'ordre du jour,

- Petites affiches 23 janv. 1989, n° 3 et Vers un renforcement des pouvoirs de la COB, ibid., 16 janv. 1989, n° 72, p. 4.
- Lepage - Jessua. "Bilan et perspectives de la jurisprudence constitutionnelle", Gaz Pal. 1986 Doc. 665.
 - R. KoeRING-JOULIN, La notion européenne de «tribunal indépendant et impartial» au sens de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Rev. sc. crim. 1990.765.
 - D. MARTIN, Répartition des pouvoirs entre les autorités financières, RD bancaire et «bourse» 1990, n° 17, p. 11.
 - M. PUECH, La COB et la surveillance du marché au regard du droit pénal, Mélanges D. Bastian 1974. 211.
 - Jacqueline Riffault-Silk, Droit pénal boursier. Recevabilité de la constitution de partie civile des actionnaires du chef de délit d'initié, Revue de science criminelle 2004, www.Dalloz.fr.
 - Jacques Robert, Liberté publiques et droits de l'homme, éd. Monchrestien, 1988, p.224.
 - N. RONTCHEVSKY, La procédure de sanction administrative des infractions «pursières» après le décret n° 970774 du 31 juillet 1997, Bull. Joly «Bourse», mai 1997, p. 107.
 - Frédéric STASIAK, Autorités administratives indépendantes (AAI), Encyclopédie Dalloz, Droit penal, février 2004 (dernière mise à jour : janvier 2012)
 - J. STOUFFLET et J.-P. DESCHANEL, La loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, RD bancaire et «Bourse» janv. 1990, n° 501, p.27; H. SYNVET, n° 17, janv. 1990, p. 3.
 - D. VATEL, Aspects judiciaires et juridictionnels du pouvoir de sanction de la COB, Rev. sociétés janv. 1994, p. 25.

- J. VELU et R. ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, Extrait du Répertoire pratique de droit belge, Tome VII, 1990, Bruylant, Bruxelles, p. 437.
- A. VIANDIER, Sécurité et transparence du marché financier [Commentaires des titres 1 et 2 de la loi du 2 août 189), JCP, éd. E, 1989. II. 15612 et Actes du colloque, Le juge et le marché «Bourse», 17 et 18 mars 1994, Petites affiches n° spéc., juin 1994).

(II) - ARRÊTS ET JUGEMENTS

- Arrêt Téry du 20 juin 1913 (Rec. CE, p. 736, concl. Cornille).
- CE 25 juin 1948, Brillaud, Rec. CE, p. 22 ; 4 oct. 1967, Wattebled, Rec. CE, p. 351). Dans un arrêt Association « Radio solidarité » du 14 juin 1991 (Rec. CE, p. 232, RFD adm. 1992. 1016 .
- Décis. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981, Sécurité-Liberté, Rec. Cons. const., p. 15 ; n° 84-183 DC du 25 janv. 1985, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Rec. Cons. const., p. 32).
- Cons. d'Et. 30 janv. 1981, Jacquesson, Rec. p.39.
- affaire Lecompte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981 (Série A, n° 43).
- Cass. crim. 3 nov. 1981, D. 1982, IR 107.
- Arrêt 5 novembre 1981 (Série A, n° 12).
- Décis. préc. n° 82-155 DC du 30 déc. 1982, Loi de finances rect. pour 1982, n° 87-237 DC du 30 déc. 1987, L. de finance pour 1988 et n° 88-248 DC du 17 janv. 1989).
- Affaire Oztürk 21 févr. 1984, n°9/1982/55/84, Engel 8 juin

- 1976, Le Compte, Van Leuven et de Meyere, 23 juin 1981, n°1/1980/32/47- Revue de science criminelle 1996 p. 262.
- Arrêt Campbell et Fell c/ Royaume-Uni du 28 juillet 1984.
 - Arrêt 22 octobre 1984 (Série A, n° 84).
 - Décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984 (Rec. Cons. const., p. 94).
 - Affaire Deween c/Belgique Louis Petti, les Sanctions au sens de la convention Européene de sauvegarde des de L'Homme, Arch. Pol. Crim. 1984, p.160.
 - Décis. n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, CNCL, Rec. Cons. const., p. 141, JO 19 sept.).
 - Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 (Rec. Cons., const p. 8), Recueil DaLLOZ.
 - Arrêt Nölkenbockhoff c/ Allemagne du 27 août 1987 (Série A, n° 123).
 - CA Paris, 28 mars 1988, Gaz. Pal. 1988.1.308.
 - CA Paris, V. égal. D. 1988, IR 136 et D. 1989.116.
 - Cass. crim. 22 juin 1988, Rev. sc. crim. 1988.826, obs. Braunschweig).
 - arrêt Salabiaku c/ France du 7 octobre 1988 (Série A, n° 141): (W. JEANDIDIER, La présomption d'innocence ou le poids des mots, Rev. sc. crim. 1991.49.
 - Décision n° 89-248 DC du 17 janvier 1989 relative au CSA (Rec. Cons. const., p. 18).
 - Cons. Const. 17 janv. 1989. J.O., p.758.
 - Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 89-248 DC du 17 janvier 1989 (Rec. Cons. const., p. 18).
 - arrêt Bricmont c/ Belgique du 7 juillet 1989 (Série A, n° 158).

- Déc. 89-260 DC du 28 juill. 1989, JO, 1er août 1989, p. 9676 - COB ; déc. 88-248 DC du 17 janv. 1989, JO du 18 janv. 1989, p. 754 - Conseil supérieur de l'audiovisuel.
- Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 (Rec. Cons. const., p. 71). Frédéric STASIAK, Autorités administratives indépendantes (AAI), février 2004 (dernière mise à jour : janvier 2012) Recueil DaLLOZ.
- CA Paris, 19 sept. 1990, Herlicq et autres, BOCCRF, n° 21 du 26 sept. 1990, p. 335).
- CA Paris, 6 déc. 1990, BOCCRF, n° 26 du 29 déc. 1990, p. 445).
- CA Paris, 13 mai 1991, cité par F. DAUDRET.
- Cass. com. 14 janv. 1992, Sté Le Bureau Veritas, Bull. civ. IV, n° 15.
- - Déc. du 29 sept. 1992 rapportée au Bull. COB, n°262, oct. 1992, arrêt du 17 mars 1993 de la 1re ch. CA Paris, arrêt du 14 nov. 1995, Cass. Com.
- Crim. 3 nov. 1992, n° 92-84.745, Bull. n° 352, RSC 1993. 787, obs. Giudicelli-delage, Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour : janvier 2012), Répertoire de droit penal, DALLOZ 2012, p.15.
- Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 janvier 1993 (JCP, éd. E, 1993. II. 414, note Dobkine, D. 1993.273, note Ducouloux-Favard, Gaz. Pal. 20 juill. 1993.21, note Marchi)
- arrêt Funke c/ France du 25 février 1993 (Série A, n° 256-A, D. 1993, jur. 457, note J. Pannier .
- Arrêts Funke, Crémieux et Mialhe du 25 février 1993 (série A, n° 25) : CEDH 16 avr. 2002, Sté Colas Est et autres c/ France, JCP 2002. I. 157, obs. Sudre .

- Cass. com. 6 avr. 1993, deux arrêts, Bull. civ., n° 145 et 146; 12 juill. 1993, Bull. civ., n° 307; 26 oct. 1993, Bull. civ., n° 367).
- CA Paris 15 sept. 1993, rapportée au Bull. COB de juillet-août 1995, p. 63.
- Déc. du 1er mars 1994, Zodiac et arrêt CA Paris du 15 nov. 1994, Bull. COB, n°279, avr. 1994 et n°286, déc. 1994.
- CA Paris, 16 mars 1994, Bergé c/ Agent judiciaire du Trésor, Gaz. Pal. des 1^{er} et 3 mai 1994. 31, obs. Jobard, JCP 1994. II. 22321, note Robert.
- arrêt société Hyperallye et autres, du 8 avril 1994 (Contrats, conc., consom. 1994, comm. 101, note Vogel).
- Arrêt Procola c/ Luxembourg du 28 septembre 1995 (série A, n° 326).
- La Cour européenne, arrêt du 23 octobre 1995 (Série A, n° 328-C).
- TGI Paris 11e ch., 6 déc. 1995, Dehaye.
- Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, (Rec. Cons. const., p. 99).
- CA Paris, 7 mai 1997, D. 1998, somm. 65, obs. Bon-Garcin, Banque et Droit, mai-juin 1997, p. 40, obs. De Vauplane; 7 mars 2000, D. 2000, AJ 212, obs. Boizard, JCP, éd. E, 2000, n° 20, p. 800, obs. Viandier et Caussain et n° 25, p. 992, note Couret): arrêt Oury du 5 février 1999 (D. 1999, somm. 249, obs. Bon-Garcin.
- affaires Reinhard et Slimane-Kaïd c/ France du 31 mars 1998, Rec., 1998-II).
- arrêt «De Oliveira c/ Suisse» du 30 juillet 1998 (Rec. 1998-V).

- Com. 1^{er} déc. 1998, n° 96-20.189, Bull. civ. IV, n° 283, D. 1999. IR. 31, LPA 15 janv. 1999, n° 11, p. 5.
- Ass. plén. 5 févr. 1999, pourvoi n° 97-16.440 LPA 10 févr. 1999, n°29, p.14, note C. Ducouloux-Favard, Bull. inf. C. cass. n°491, 15 avr. 1999, p. 25, JCP 1999. II. 10060, note H. Matsopoulou).
- Cass. com. 5 oct. 1999, JCP 2000. II. 10255, note Cadou, RTD com. 2000.632, obs. Claudel).
- CA Paris, 26 oct. 1999, Bull. Joly «Bourse» 2000. 153, note Rontchesky.
- CE 3 déc. 1999, V. Le Conseil d'État et l'article 6 de la Conv. EDH, LPA 14 déc. 1999, n° 248, p. 4. Cited by: Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour : janvier 2012), Répertoire de droit penal, DALLOZ 2012, p60.
- Arrêt Didier du 3 décembre 1999 (D. 2000, AJ 62, obs. Boizard, JCP 2000. II. 10267, note Sudre).
- - Crim. 1^{er} mars 2000, n° 99-86.299, Bull. crim. n° 98, JCP E 2001. 30, note J.-J. Daigre
- - Crim. 1^{er} mars 2000, Bull. Joly «Bourse» 2000. 444, note Rontchesky.
- Décision «KPMG» du 7 mars 2000 (LPA 22 mai 2000, n° 101, p. 4, note C. Ducouloux-Favard, Lamy dr. aff. juin 2000, n° 28, D. 2000. 212, obs. M. Boizard, Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour : janvier 2012), Répertoire de droit penal, DALLOZ, 2012, p.50.
- CA Dijon, 25 avr. 2000, D. 2001, somm. 1069, obs. Lucas
- l'arrêt Kress c/ France du 7 juin 2001 (V. RFD adm. 2001, dossier.

- Décision Hannoun du 24 janvier 2002 (req., n° 240717)
- Arrêt Roquettes frères SA du 22 octobre 2002 (Rev. Europe, déc. 2002, comm. 404, obs. Meisse, et comm. 422, obs. Idot)
- CE, 30 déc. 2002, Mme de Rimontheil de Lombares, Dr. adm. 2003, comm. 77, note M. G.
- Cour d'appel de Paris le 27 juin 2002 (D. 2002. 2335, obs. A. Lienhard).
- Cass. crim. 11 déc. 2002: Délit d'initié, action civile, abus de pouvoirs, F. Staziak, Bull. Joly Bourse mars-avr. 2003.
- Cass. crim. 11 déc. 2002, Bull. Joly «Bourse» 2003. 149, note Stasioak, RTD com. 2003. 336, note Rontchevsky.
- CE, 30 déc. 2002, Mme de Rimontheil de Lombares, Dr. adm. 2003, comm. 77, note M. G.
- CA Paris, 1^{er} avr. 2003, n° 2002/18762, D. 2004. 1803
- cour d'appel de Paris dans une décision du 27 avril 2004 (affaire «Rubens», sur décision COB, 4 avr. 2003, Rev. mens. AMF, n° 4, juin 2004, p. 97).
- CE 4 févr. 2005, n° 269001, Lebon, p. 28, RFDA 2005. 1174 et s., commentaires suivants: N. DECOOPMAN, Bull. Joly «Bourse» 2005. 227 et s.; J.-J. DAIGRE et H. DE VAUPLANE, Banque et droit 2005, n° 101, p.44-46, D. 2005. 2601, obs. Reinhard et Thomasset-Pierre.
- CE 4 févr. 2005, n° 269001, D. 2005. 717, obs. A. Lienhard.
- CA Paris, 19 avr. 2005, JCP E 2005, n° 24, p. 1030.
- Com. 14 juin 2005, n° 04-14.329, D. 2005. 1778, obs. A. Lienhard, Bull. Joly «Bourse» 2005. 443, note D. Schmidt et M. Delespaul. Cited by: Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés. janvier 2009 (dernière mise à jour:

- janvier 2012), Repertoire do droit penal, DALLOZ 2012, p.64.
- CE 7 févr. 2007, n° 288373, Choquenot, Rec. Lebon 2007
 - CE 26 juill. 2007, n° 293908, AJDA 2007. 1947; Muriel GIACOPELLI, Délit et manquement d'initiés, janvier 2009 (dernière mise à jour : janvier 2012), Repertoire de droit penal, DALLOZ, 2012, p.53.
 - - CE 9 nov. 2007, n° 298911, Société «Bourse» direct SA, Rec. Lebon 2007.
 - - CEDH 11 juin 2009, Dubus c. France, préc.) Dalloz actualité Æ Editions Dalloz 2013.
 - - CEDH, 11 sept. 2009, Dubus SA c. France, n°5242/04, AJDA 2009. 1936, chron. J.-F. Flauss ; D. 2009. 2247, note A. Couret ; AJ pénal 2009. 354, étude J. Lasserre Capdeville. Dalloz actualité 08 décembre 2011.
 - CE 23 sept. 2011, n°336839, Cons. const., 2 déc. 2011, n°2011-200-QPC, Dalloz actualité 08 décembre 2011.
 - (2) - REFERENCES IN ENGLISH.
 - Howard M. Friedman, Securities and commodities enforcement, D.C Heath & Company, United States of America, 1981.
 - Y. REINHARD, Extension des pouvoirs de la Commission des opérations de «Bourse», RTD com. 1989. 677.
 - Doglas J. Schulz, Brokerage Fraud, Dearborn Trade Publishing, United States of America, 2002.
 - Öztürk v. The Federal Republic of Germany, Application No. 8544/79, Judgement of 21 February 1984, The European Court of Human Rights.

ثالثاً - مواقع الإنترنت:

- www.dalloz.fr.
- http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_Fr
- http://www.egx.com.eg/Arabic/Glossary_main.aspx
- <http://www.iinvest.gov.eg/iinvest/html/faq.html#1>
- http://en.wikipedia.org/wiki/Securities_Exchange_Act_

تنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية في سوق الكويت للأوراق المالية (بين إتاحة العقود الآجلة وحماية السوق العاجلة)

الأستاذ/ همام القوصي
قسم القانون التجاري - كلية الحقوق
جامعة حلب - الجمهورية العربية السورية

ملخص:

في ظل التطور بحجم المدخرات وزيادة السيولة بالإضافة إلى نضوج الوعي الاستثماري لدى المتعاملين في سوق الكويت للأوراق المالية، ظهرت الحاجة لوجود تعاملات تقوم على تأجيل إتمام الصفقة المتفق عليها إلى وقت لاحق، لتحقيق غايات استثمارية، وهو ما تقوم به العقود الآجلة.

وينتج عن هذه التعاملات الآجلة آثار عميقة على أسعار الأوراق المالية التي يتم التعامل عليها بشكل فوري في السوق العاجلة، مما يستتبع ضرورة تدخل إدارة سوق الكويت للأوراق المالية وتنظيم التعاملات الآجلة والبيوع المستقبلية بطريقة صارمة تقي من آثارها.

ومن الواضح أن تنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية بحاجة إلى التوفيق بين أمرين، الأول هو منح المتعاملين حرية التعامل بهذه العقود الآجلة، والثاني هو حماية السوق العاجلة الفورية من الآثار العميقة لهذه العقود على أسعارها.

وسوف نرى من خلال هذا البحث كيف أن سوق الكويت للأوراق المالية قد حاولت التوفيق بين هذين الأمرين عبر تنظيمها للتعامل الآجل والبيوع المستقبلية، ومن خلال تحليلنا للنصوص سوف نظهر النقاط الإيجابية لهذا التنظيم، ونبين النقاط التي نقترح تعديلها، بهدف الوصول إلى أفضل نص ممكن، وننتهي إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

مقدمة:

عندما يتفق متعاملان في سوق الأوراق المالية على تأجيل تنفيذ صفقة تداول إلى وقت آجل مقابل مبلغ يدعى "سعر الآجل" يدفعه الطرف المستفيد من الآجل، فهذا يعني أنّ لكلٍ منهما وجهة نظر في التحرك المستقبلي لسعر الورقة المالية التي تمّ التعامل الآجل عليها.

فيحاول المشتري الحصول على أكبر قدر ممكن من الأرباح بالتعامل الآجل والبيوع المستقبلية عندما يتوقع ارتفاع السعر في وقت تنفيذ الصفقة، بينما يرغب البائع بتجاوز أكبر قدر ممكن من الخسائر عندما يبيع بالآجل، وذلك لأنّه يتوقع انخفاض الأسعار عندما يحين وقت إتمام الصفقة.

وبين هذه الخلافات في تفسير حركة الأسعار المستقبلية في السوق، تنشأ التعاملات التداولية الآجلة على الأوراق المالية، والتي تترك آثارها السعرية على ذات الأوراق المالية المتعامل عليها في السوق العاجلة نتيجة المضاربة على تغيير سعر هذه الأوراق، وهو أمر لا يحبّه المشرعون^(١).

فالمستثمر في السوق العاجلة يعرف كيف يترجم كل المؤشرات في السوق إلى قرارات استثمارية، فمثلاً يستنتج من زيادة تعاملات الشراء بالآجل أنّ الأسعار سوف ترتفع، فيقوم هو بشراء ذات الأوراق المالية في السوق العاجلة بصفقة فورية، ويتبعه أيضاً عدد كبير من المستثمرين الذين فسّروا المعلومات الآتية من السوق الآجلة بنفس الطريقة، وترتفع بالتالي أسعار الأوراق المالية في السوق العاجلة نتيجة إباحة التعامل الآجل على الأوراق المالية.

وبالعكس، تنخفض أسعار الأوراق المالية في السوق العاجلة عندما يكثر البيع الآجل لذات الورقة المالية، وقد يُصيب السكون السوق العاجلة إذا سكنت السوق الآجلة، وذلك للاعتقاد بعدم وجود تغيير سعري مستقبلي سيحدث في السوق.

(١) Lynn A. Stout, "Why the Law Hates Speculators: Regulation and Private Ordering in the Market for OTC Derivatives", DUKE Law Journal, Vol:48:701, 1999, pp 701-786, page 703.

وكل هذه المعطيات تؤدي بنا إلى ضرورة تنظيم العقود الآجلة بنصوص مختلفة عن باقي التعاملات في السوق، فيجب أن تكون أكثر صرامة وتقييداً، ويجب أن يأخذ واضع هذه النصوص باعتباره في كل قاعدة يضعها تأثير أسعار التعاملات الآجلة على توازن أسعار السوق العاجلة.

ومن الجيد أن قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية^(٢) رقم ١ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية - الصادر بتاريخ ٣/٥/٢٠٠٩ - قد وضع في حسابه هذا الأمر، بالإضافة إلى أنه ميّز بين نوعين من التعاملات الآجلة، وهما التعامل الآجل العادي، والبيوع المستقبلية.

ويمكن الفرق بين النوعين المذكورين في أن "التعاملات الآجلة" "Forward Transactions" بمعناها العام، تعني تأجيل تنفيذ الصفقة بسعر محدد إلى وقت محدد أو في مجال زمني محدد، وقد يُترك الخيار "Option" للطرف مشتري العقد الآجل في تنفيذ الصفقة من عدمها.

أما "البيوع المستقبلية" "Future Sales" فهي أيضاً تعاملات تداولية آجلة، ولكن تتميز بأنها لا يجوز الرجوع عنها، فهي تُنشئ التزامين متقابلين عند حلول الآجل^(٣) إلى جانب أن هذه التعاملات تتم بعقود نموذجية مُنمّطة^(٤)، لها عناصر محدّدة وقياسية^(٥)؛ حيث إنَّ مشتري الأسهم بعقد مستقبلي بات يتوجّب عليه مثلاً أن يُنفذ الصفقة ويدفع ثمن الأسهم عند تاريخ معيّن وسعر

(٢) هيئة سوق المال حالياً. انظر: القانون الكويتي، رقم ٧، الخاص بإنشاء هيئة سوق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، الصادر عام ٢٠١٠، المادة ٢.

(٣) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الإطار القانوني لخيار شراء القيم المنقولة "دراسة مقارنة"، الكويت، مجلس النشر العلمي، مطبوعات جامعة الكويت، عام ٢٠٠١، الصفحة ٢٧.

(٤) د. منير إبراهيم هندي، أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ٢٠٠٣، الصفحة ٦٨٠.

(٥) د. نضال الشعار، الأسواق المالية "البورصة"، حلب، دار الضاد للطباعة والنشر، عام ٢٠٠٢، الصفحة ١٩٤.

معين هو "السعر المستقبلي" "Future Price" والذي يتم الاتفاق عليه منذ البداية، دون أن يكون لأحد المتعاقدين حق العدول عن هذا الاتفاق^(٦).

وتسمى عقود التداول الآجلة أيضاً بأدوات التداول المشتقة، والتي تدعى بـ "المشتقات المالية" "Financial Derivatives"^(٧). وتدعى أيضاً بـ "الأوراق المالية المشتقة" "derivative securities"^(٨)، وسبب تسمية هذه التعاملات التداولية بالمشتقة يكمن في أن قيمتها تُشتق من سعر الأصول المالية محل العقد^(٩)، وهي عقود ذات أجل^(١٠)، وتنمو بسرعة وتنوع كبير^(١١)، حتى أنها تعتبر أعظم الابتكارات المالية في الثلاثين عاماً الماضية^(١٢).

وفي جميع الأحوال، نطلق على المدة التي يجوز خلالها إمّا تنفيذ العقد أو طلب إنجائه والتي سينتهي العقد بانقضائها اسم "مدة الآجل"، بينما نسمي المبلغ الذي يدفعه مشتري الصفقة الآجلة ثمناً للأجل بـ "سعر الآجل" ويكون

(٦) محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثاني العقود التجارية- الأوراق التجارية، الإسكندرية، مطبعة اتحاد الجامعات، عام ١٩٥٥، الطبعة الثانية، الصفحة ٣٤.

(٧) د. نضال الشعار، الأسواق المالية "البورصة"، مرجع سابق، الصفحة ١٦٧.

(٨) Edmund W. Kitch, "Regulation of the Securities Market", Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), Encyclopedia of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, page 819. See:.

(٩) د. سيد طه بدوي محمد، "عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية"، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، نوقشت في عام ٢٠٠٠، غير منشورة، الصفحة ٢٨٩.

(١٠) د. نصر على طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية، دراسة تأصلية لبورصات الأوراق المالية والمحافظ المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٣، الصفحة ٢٠٩.

(١١) Joost M.E. Pennings and M.T.G. Meulenberg, "The Financial Industry's Challenge of Developing Commodity Derivatives", 1997, page 2. See:.

(١٢) Gunther Capelle-Blancard, "Les Marches Derives Sont-Ils Dangereux?", page 1. Voir le line: <http://team.univ-paris1.fr/teamperso/capelle/Les%20derives%20sont-ils%20dangereux%20version%20academique.pdf>

نسبة من المبلغ المتبقي من قيمة الصفقة، والذي يسمى بـ "سعر الإنهاء"، وذلك وفقاً للمادة الأولى من القرار المذكور رقم ١ لعام ٢٠٠٩.

ويهدف البحث في تنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية، وفقاً لنظام سوق الكويت للأوراق المالية بشكل عام إلى تحليل الواقع التنظيمي الموجود، والخروج إما بالثناء على النصوص، أو باقتراح تعديلها لما فيه خير السوق، ويهدف البحث بشكل خاص إلى إظهار توفيق نصوص النظام المذكور في حماية سوق الأوراق المالية العاجلة من تأثيرات التعامل في السوق الآجلة.

وتظهر أهمية البحث من حيث إنّ التعاملات الآجلة بشكل عام تُعتبر من أكثر التعاملات تأثيراً على الأسعار في السوق العاجلة، وهذا ما يستتبع دراسة تنظيمها بشكل دقيق خوفاً من اضطراب التعاملات الفورية في السوق بسبب "التلاعب بالأسعار" "Price Manipulation" عبر قيام تعاملات تداولية آجلة لتشويه السوق - والتي هي عبارة عن مساحة تلاقي العرض بالطلب^(١٣) - عبر العقود الآجلة التي تُمثّل "مجازفة شاملة" "systemic risk"، وبالتالي قد تؤدي بعدد كبير من الشركات إلى الإفلاس نتيجة ردود أفعال المتعاملين في السوق^(١٤).

وعلى هذا، تستوجب حساسية العقود الآجلة عدم وجود ثغرات في النظام الذي يحكمها، وهذه مهمتنا كباحثين في مجال قانون سوق الأوراق المالية.

(١٣) Fabian Muniesa, "Le marché comme solution informatique: le cas du Arizona Stock Exchange", papiers de recherche du CSI, CSI working papers series, N° 008, version juillet 2007, page 2. Voir le line: http://www/csi.ensmp.fr/items/WorkingPapers/Download/DLWP.php?wp=WP_CSI_008.pdf.

(١٤) Lynn A. Stout, "Why the Law Hates Speculators: Regulation and Private Ordering in the Market for OTC Derivatives", DUKE Law Journal, op.cit, page 707.

كما أنَّ البحث يحاول حل الإشكالية المتمثلة بالسؤال التالي: "ما مدى توفيق سوق الكويت للأوراق المالية في تنظيم تأثير إتاحة التعاملات الآجلة على توازن أسعار السوق العاجلة؟".

وسوف نقوم بالإجابة عن هذا السؤال من خلال البحث وحل الإشكالية المذكورة عبر المنهج الوصفي التحليلي؛ حيث سنقوم بوصف الإشكاليات مع تحليل المواد التي تنظمها، لنخرج بالنتيجة والاقتراح المناسب.

وقد قسّمنا البحث إلى مبحثين ندرس في الأول كيف يتم تنظيم إجراء التعامل الآجل والبيوع المستقبلية، وندرس في المبحث الثاني الحقوق التي يمنحها التعامل الآجل والبيوع المستقبلية، وكل ذلك وفقاً للنظام الذي وضعه سوق الكويت للأوراق المالية لهذه التعاملات.

المبحث الأول

تنظيم إجراء التعامل الآجل والبيوع المستقبلية

بما أنَّ التعاملات الآجلة والبيوع المستقبلية ذات طبيعة خاصّة، فالتنظيم الخاص بها والمتعلّق بإجرائها يجب أن يكون ذا طبيعة خاصّة أيضاً.

وقد أكّد تنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية في سوق الكويت للأوراق المالية على هذه الخاصيّة المميّزة، ووضع قواعد غاية في التفرد لإجراء التعاملات الآجلة، ويمكننا دراستها عبر البحث في شروط إجراء هذه التعاملات، وخطوات إجرائها، وذلك في المطلبين التاليين.

المطلب الأول

شروط إجراء التعامل الآجل والبيوع المستقبلية

قام تنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية الصادر بقرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ بإتاحة القيام بالتعاملات الآجلة في السوق؛ حيث سمحت المادة الثانية من هذا القرار بالتعامل الآجل والبيوع المستقبلية على الأسهم داخل سوق الكويت للأوراق المالية وفقاً للإجراءات والقواعد التي يتضمنها القرار وأيّة قرارات أو تعليمات أخرى يصدرها السوق.

ولكنّ هذه الإباحة لم تكن مطلقة استناداً إلى طبيعة التعاملات الآجلة الحسّاسة، فقد وضع القرار المذكور شروطاً خاصة بإجراء هذه التعاملات، ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى فئتين، تختصّ الفئة الأولى بشروط القائم بهذه التعاملات، وتضع الفئة الثانية الشروط الخاصة بذات التعاملات الآجلة، وسوف ندرس هاتين الفئتين من الشروط في الفقرتين التاليتين.

أولاً - الشروط الخاصة بالقائم بالتعامل الآجل والبيوع المستقبلية:

عندما يقوم نظام التعاملات الآجلة بوضع القواعد الأولى لتنظيم هذه التعاملات، فإنّه يتجه أولاً نحو القائم بها، فهل يسمح لأي شخص بأن يجريها،

أم يقصر ذلك على أشخاص معيّنين ضبطاً للأمر، وكذلك هل يترك الشخص صاحب الحق بإجراء التعاملات الآجلة بدون التزامات خاصّة بالإفصاح عن هذه التعاملات، أم يُقيّد به هذه الالتزامات حمايةً لجمهور المستثمرين والسوق من آثار تعاملاته. هذا ما سوف نبحث فيه من خلال دراسة شرطي الشخص القائم بالتعامل الآجل، وشرط التزامه بالإفصاح عن تعاملاته التداولية وذلك في ما يلي:

أ - الشخص القائم بالتعامل:

عندما يتم السماح لأي مستثمر في السوق بأن يتعامل بالعقد الآجل مثلما يتعامل بالعقود العاجلة، تظهر إمكانية كبيرة لإساءة استعمال هذا الحق، فالتعامل الآجل والبيوع المستقبلية من أعقد التعاملات التداولية في سوق الأوراق المالية، وأكثرها تأثيراً على الأسعار، وهذا يعني أنّ أي قرار استثماري آجل مُتسرّع قد يؤثر على أسعار الأوراق المالية ذاتها التي يتم التداول عليها في السوق العاجلة، وهذا التسرّع قد يكون مظهراً لتعاملات تداولية غير طبيعية يُقصد منها التلاعب بأسعار الأوراق المالية المحظور قانوناً^(١٥)، وبعدها يقوم المتلاعب بجني ثمار ممارسته غير المشروعة في السوق العاجلة عبر صفقة ينفّذها بشكل فوري، ويكون بهذه الطريقة قد تلاعب بالسوق وأضرّ بأحد المستثمرين، وأصاب ثقة المستثمرين في السوق في الصميم.

ولهذه الوضعيات نصّ قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية في المادة الثالثة منه على أن تتم هذه التعاملات في الأسهم من خلال ما أسماهم القرار بـ "صناع السوق" وعن طريق الوسطاء، وسوف ندرس هذين الشخصين فيما يلي:

١ - صناع السوق:

صناع السوق "Market Makers" هم عبارة عن شركات تحترف تداول الأوراق المالية، وتُحرّك صفقاتها السوق بسبب ما لديها من سيولة كبيرة وخبرة

(١٥) انظر: القانون الكويتي، رقم ٧، الخاص بإنشاء هيئة سوق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، الصادر عام ٢٠١٠، المادة ١٢٢.

وثقافة استثمارية واسعة وعميقة، وصانع السوق هو "مستثمر مؤسّساتي" "Institutional Investor" مختص بمنظومة أو أسلوب للتداول "exchange floor specialist"^(١٦) وبالتالي هو شخص معنوي محترف في تعاملات التداول

(١٦) ذكر الأستاذان Cataldo و Killough عند البحث بصانع السوق مصطلحاً هو PH.D. A. J. Cataldo, PH. D. Larryn, (انظر: Exchange Floor Specialist Killough, "Market Makers' Methods of Stock Manipulation", Management Accounting Quarterly, 10 summer, 2003, vol.4, page 10. See: <http://www.imanet.org/pdf/1832.pdf>), فإذا أردنا أن نعرف معنى هذا المصطلح فعلينا أن نقول بأن الترجمة الحرفية لكلمة Exchange هي تبادل أو تداول مع أن المعنى الاصطلاحي لها هو "السوق" "البورصة"، وبالنسبة لكلمة Floor فمعناها الحرفي هو أرضية أو مجال بينما تعني في مصطلحات سوق الأوراق المالية "ساحة السوق" التي يتم فيها تداول الأوراق المالية، أما كلمة Specialist فهي تعني "المتخصص" أو الشخص الذي يقوم بموازنة الأسعار في السوق وخلق سوق مستمرة، وبالتالي فالمعنى الكامل للمصطلح ككل هو "المتخصص في أرضية التداول" أو "متخصص ساحة السوق"، وهذا المعنى يُظهر المتخصص كشخص طبيعي يقوم بإدخال أوامر التداول إلى السوق بشكل تقليدي. ولكن بعد استبدال نظام المناذاة في أسواق الأوراق المالية وإحلال نظام التداول الإلكتروني في معظم أسواق العالم أصبح إدخال الأمر التداولي يتم بشكل "مؤتمت" Automated، وحلّت "السوق الهجينة" Hybrid Market محل التداول الفيزيائي الذي كان يحدث في ساحة السوق. (انظر: Terrence Hendershott, Pamela C. Moulton, "The Shrinking New York Stock Exchange Floor and the Hybrid Market", March 28, 2008, section 1, page 1. See: http://www.wlu.ca/documents/29974/HybridPaper_20080328.pdf), وللحصول على معاني المصطلحات الكلاسيكية الخاصة بسوق الأوراق المالية، (انظر: Montgomery Rollins, Money and Investments, George Routledge & Sons, Ltd., 1917, Fifth Edition). ويشابه دور "المتخصص" Specialist دور صانع السوق، حتى أنه في الولايات المتحدة في بورصة نيويورك NTSE يُدعى صانع السوق في هذه البورصة بالمتخصص (انظر: أحمد عقيل الخطيب، دور صانع السوق، اللقاء السنوي الخامس عشر لجمعية الاقتصاد السعودية بالتعاون مع هيئة السوق المالية "السوق المالية السعودية: الواقع والمأمول"، الرياض، ١٣-١٥ نوفمبر ٢٠٠٥، الصفحة ٦) =

في سوق الأوراق المالية، وقد سُمّي بـصانع السوق؛ لأنَّ تعاملاته التداولية هي التي تُشكِّل كمية كبيرة من تلاقي العرض بالطلب، ونشوء تداول الأوراق المالية^(١٧).

وقد عرّف قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيع المستقبلية في المادة الأولى منه صناع السوق بأنهم: "الشركات الخاضعة لرقابة البنك المركزي المصرح لها من قبل السوق ببيع وشراء الأسهم وفقاً لأحكام هذا القرار".

= فمن أهم مهام صانع السوق موازنة الأسعار في سوق الأوراق المالية، حيث يتركز عمله كموازن للأسعار بإعادة التوازن إلى سعر إحدى الأوراق المالية أو مجموعة من الأوراق التي يختص بها، فإذا اتجه سعر أحد الأسهم إلى الهبوط بشكل غير طبيعي قام صانع السوق بشرائها ووقف انهيار السعر فيعود إلى حدوده الحقيقية، وبالمقابل يقوم صانع السوق ببيع السهم الذي يتجه سعره نحو الارتفاع إلى حدود غير حقيقية خادعة للمتعاملين في السوق إلى أن يصبح السعر عاكساً حقيقياً لقيمة الأوراق المالية، كما أن صانع السوق من مهامه أن يخلق سوقاً مستمرة على ورقة مالية معينة أو مجموعة من الأوراق، ويقوم بمقابلة أوامر التداول التي لم تتقابل مع أوامر أخرى، فتحتفظ السوق بتوازنها. (انظر: أ. د. رمضان الشراح، "صناع السوق: التجربة الكويتية"، ٢٠٠٦، الصفحة ٣، الرابط: www.unioninvest.org/Reaserches/A/1Market%20Makers2.doc).

(١٧) لبيان المقصود بصناع السوق وطبيعة دورهم نضرب مثلاً عن "البنوك الاستثمارية" التي يمنحها صك تأسيسها صلاحية الاستثمار برأس مالها كأحد أغراضها إلى جانب القيام بالعمليات المصرفية، وهو ما يميزها عن "بنوك التجزئة" التي تعمل في مجال الخدمات المصرفية فقط. وبالتالي بإمكان البنك الاستثماري مثلاً أن يقوم باستثمار مبلغ ٢٠٠ ألف دينار كويتي بكل سهولة وبدون التأثير على توازنه المالي، وهو ما لا يتوفر لدى المستثمر العادي الأمر بالبيع والشراء. ومن جهة أخرى فإن فئة صناع السوق هذه تمتلك شبكة قوية من العلاقات والمصالح مع جهات تعمل في القطاع المالي ممّا يسهّل لها مهمّة اتخاذ القرار الاستثماري وتحمل نتائجه، وهذا أيضاً قد يسهّل لها القيام بممارسات غير قانونية مثل التلاعب بالأسعار واستغلال المعلومات الداخلية. وهذه الوضعية أيضاً تنطبق على "صناديق الاستثمار".

ومن الواضح أنَّ لجنة سوق الكويت للأوراق المالية بنصّها على ضرورة أن يتم التعامل بالعقود الآجلة عن طريق صناع السوق، تُظهر حرصها على أن تتأكّد من جدية ومقدرة المتعامل بالآجل والبيوع المستقبلية. فالشركات التي يجب أن يتم عبرها التعامل هذا -صناع السوق- هي شركات تضمّنُها رقابة البنك المركزي، كما أنَّها تحت الضوء والمراقبة؛ وذلك لأنّه يجب أن يكون مصرّح لها بتداول الأوراق المالية بالآجل من سوق الكويت للأوراق المالية.

وبالتالي يظهر من خلال هذه القاعدة الحرص الشديد لدى لجنة سوق الكويت للأوراق المالية على حماية السوق من التعاملات الآجلة غير الطبيعية، وهذا يناسب حساسية سوق الأوراق المالية في الكويت^(١٨)، وهي صفة تحوّل أي تعاملات -وعلى رأسها الآجلة طبعاً- إلى تحرك بأسعار الأوراق المالية في السوق العاجلة.

ونقترح فيما يخص شخصية القائم بالتعامل الآجل والبيوع المستقبلية أن يتم هذا التعامل حصراً عبر صانع السوق، طالما كانت السوق حساسة وقد يصيبها الاضطراب إن تعامل بهذه العقود أي مستثمر لوحده، والسماح بتداول المتعاملين العاديين للتعاملات الآجلة دون تدخل صناع السوق عندما تكون السوق في حالة استقرار وحاجة للسيولة.

٢ - الوسطاء الماليين:

عرّف القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ الوسطاء في المادة الأولى بأنّهم: "شركات الوساطة المقيمة لدى السوق"، بينما عرّف البعض الوسيط المالي أو السمسار بـ "الشخص المعنوي المرخص الذي يتولى عملية الوساطة في نقل ملكية الأوراق المالية باسم ولحساب العميل..."^(١٩).

(١٨) د. يعقوب يوسف صرخو، "الأسهم وتداولها في الشركة المساهمة"، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، نوقشت عام ١٩٨٢، غير منشورة، الصفحة ١٤.

(١٩) صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية، دراسة قانونية، بدون دار نشر، عام ٢٠٠٤، الطبعة الأولى، الصفحة ١٢٢.

ولا يمكن لصانع السوق أن يتعامل بذاته في السوق إلا بعد أن يتلقّى طلب الوسيط المالي، فيجب أن يقوم الوسطاء الماليون المسجلون بشكل رسمي في السوق بإعطاء أوامر التداول الآجلة إلى أحد صناع السوق، وهذا يعني ضماناً إضافية للتأكد من أن التعامل الآجل حقيقي ولا يهدف للتلاعب بالأسعار، وذلك لأنّ من واجب الوسيط أن يُبلِّغ عن الأوامر التداولية التي يَشْتَبِه بكونها قد تهدف إلى التلاعب بالأسعار أو غير ذلك من الأهداف غير القانونية.

ولكن الوسطاء الماليين يسعون لأن لا يخسروا زبائنهم الكبار، وقد يتكتمون عن بعض أوامر التعاملات الآجلة التي يشتبه بأنّها قد أُصدرت للتلاعب بالأسعار، ولذلك يجب أن يوضع على الوسيط المالي مسؤولية جزائية تتمثّل بكونه مُتَدَخِّلاً أساسياً في جريمة التلاعب بالأسعار إن حدثت، فلولا تجاهل الوسيط لمظاهر التلاعب بالأسعار الموجودة في أوامر عميلة وتنفيذها في السوق، لما تمّ التلاعب بالأسعار.

والتوسّط المالي في مجال التعاملات الآجلة يستوجب - برأينا أيضاً - وضع قواعد خاصّة أكثر صرامة فيما يخص علاقة المتعامل مع الوسيط المالي، وذلك بأن يتم فتح حساب خاص منفصل لهذه التعاملات عن حساب التعاملات الفورية^(٢٠)، وأن يُلْزَم الوسيط بتسليم تقارير دورية إلى السوق وهيئته تتضمّن تحليلاً لأوامر التعاملات الآجلة التي تلقّاها، وما هي الغاية الظاهرة منها، وكيف استبعد أن تكون بغاية التلاعب بالأسعار، أو حتى بغاية استغلال المعلومات غير المعلنة المؤثرة على الأسعار والتي تعلمها فئة محدّدة فقط، وبشكل خاص فيما يتعلّق بعقد الخيار حيث يعتبر من أكثر التعاملات حساسية تجاه المعلومات^(٢١).

(٢٠) وهو ما أخذ به قرار لجنة سوق الأوراق المالية الكويتي رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية، المادة ٥.

(٢١) Kose John, Apoorva Koticha, Ranga Narayanan, Marti Subrahmanyam "Margin Rules, Informed Trading in Derivatives, and Price Dynamics", March 2000, page 15. See: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.31.9157&rep=rep1&type=pdf>.

فالمُطلَّع على معلومة غير معلنة يضمن تقريباً تحرك الأسعار في المستقبل بالاتجاه الذي تعامل على أساسه، ممَّا يخرق مبدأ المساواة بين المتعاملين في السوق.

وبعد أن حدّدنا الشخص القائم بالتعامل الآجل والبيوع المستقبلية، علينا أن ندرس الالتزام المُلقى عليه بالإفصاح، وذلك في الفقرة القادمة.

ب - إفصاح القائم بالتعامل:

الإفصاح في سوق الأوراق المالية هو ببساطة تعميم المعلومات الجوهرية غير المعلنة (الداخلية) على جمهور المتعاملين في السوق بهدف إحاطتهم جميعاً بالعلم بهذه المعلومات، وضمان اتخاذهم للقرار الاستثماري المدروس على أساسها.

وما يقوم به صانع السوق من تعاملات آجلة، يعتبر من أهم المعلومات الداخلية التي يجب الإفصاح عنها للعموم، وذلك لأنَّ المتعاملين في السوق قد يقومون باتخاذ قراراتهم الاستثماري بالاستناد إلى هذه المعلومات.

وكذلك قد يتم استغلال المعلومات الداخلية بالتعامل على أساسها من المُطلَّعين عليها قبل أن يُفصح عنها، وجني ثمار تحرك أسعار الأوراق المالية بعد أن يتم هذا الإفصاح، وهو ما يسمَّى بـ "تعامل المُطلَّعين"، وهو محظور قانوناً^(٢٢)، وهذا ما يفتح الباب لاستغلال المعلومات الداخلية عن التعاملات الآجلة في سوق التعامل الفوري العاجل، وهذا الاستغلال يستتبع أضراراً في توزيع الملكية ودقة أسعار الأوراق المالية والسيولة المطروحة في السوق^(٢٣)

(٢٢) انظر: المرسوم الكويتي رقم ١٥٨ لعام ٢٠٠٥ والمعدل للمادة السادسة من المرسوم الأميري الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية، والصادر بتاريخ ١٤/٨/١٩٨٣، وكذلك: المادة ١١٨ من قانون إنشاء هيئة سوق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، رقم ٧ لعام ٢٠١٠.

(٢٣) Laura N. Beny, "Insider Trading Laws and Stock Markets Around the World, Journal of Corporation Law, an Empirical Contribution to the Theoretical Law and Economics Debate", The Journal of Corporation Law, Winter 2007, pages 258-261-263.

بالإضافة إلى طعن ثقة المستثمرين في السوق. ولذلك يجب أن يشمل الإفصاح التعامل الآجل عبر قواعد تنظيمية^(٢٤).

ولهذه الأسباب، نصّ القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩، والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية في المادة الرابعة منه على واجب مفروض على صناع السوق بالإعلان وبشكل يومي قبل بدء التعامل الآجل عن بيانين، يتعلّق الأوّل بالأسهم التي سيتعاملون فيها، والثاني بأسعار الآجل^(٢٥) الملتزمين بالتعامل على أساسها، وسوف ندرس هذين البيانين فيما يلي.

البيان الأوّل - الأسهم التي سيتم التعامل عليها بالآجل:

يهمّ المستثمر في سوق الأوراق المالية أن يعرف أية أسهم تلك التي سوف يتم التعامل عليها بالآجل، فهو البيان الأساسي الذي يجب أن يقوم صانع السوق بالإفصاح عنه.

فبالأسهم التي يكثر التعامل عليها بالآجل يجب دراسة التعاملات التي جرت عليها قبل عقد صفقة فورية أو آجلة عليها، وذلك لأنّ هذه الأسهم على الأغلب

(٢٤) Jerry W. Markham, "Confederate Bonds," "General Custer," and the Regulation of Derivative Financial Instruments", SETION HALL Law Review, Vol. 25:1, 1994, pp 1-73, page 4.

(٢٥) نستطيع أن نُعرّف أسعار الآجل هنا بأنّها المبالغ التي يدفعها مشتري العقد الآجل لبائع العقد الآجل مقابل تمتّعه بالحقوق التي يمنحه إيّاها هذا العقد، فمشتري خيار الشراء يدفع سعر الآجل مقابل منحه الحق بإتمام الصفقة أو تراجعها عن إتمامها في تاريخ معين أو خلال فترة زمنية معينة، ومشتري العقد المستقبلي يدفع سعر الآجل مقابل تمتّعه بحق تأجيل إتمام الصفقة إلى تاريخ معيّن، حيث أنّ مشتري العقد الآجل يحوز على إمكانية تحقيق أرباح من خلال الآلية السابقة. وكمثال حسابي إذا حُدّد سعر الآجل في صفقة خيار الشراء من اللجنة الفنية لسوق الكويت للأوراق المالية بنسبة ٥٪ من قيمة الصفقة وكانت الصفقة بقيمة ١٠ آلاف دينار كويتي فإنّ سعر الآجل سوف يكون ٥٠٠ دينار يدفعها مشتري العقد الآجل - مشتري خيار الشراء في مثالنا - مهما كان قراره سواء أعقدت الصفقة أم لا، وكذلك سواء أحقّق أرباحاً أم تكبّد خسائر.

من النوع المُتَحَرِّك، أي التي تختلف أسعارها من فترة لأخرى، وإلا لما تَمَّت عليها صفقات آجلة.

وبالمقابل تُسبب العقود الآجلة اضطراباً في تحركات الأسعار، وكذلك إنشاء "فقاعات" "bubbles" سعرية^(٢٦) غير حقيقية سرعان ما تذهب ويعود السعر إلى طبيعته، ممّا قد يشكّل قلقاً استثمارياً لدى المتعاملين في السوق إن لم يتم الإفصاح عن الأسهم التي ينوي صانع السوق التعامل عليها بالآجل.

كما أنّ هذه التعاملات تحمل ثلاثة بيانات في غاية الأهمية، وهي تاريخ إنشائها، وسعر إنهاؤها، وتاريخ إتمامها، فالمشتري لأحد الأسهم لا يُحَبِّذ أن تكون هناك صفقات بيع آجلة أنشئت على هذا السهم في الوقت الذي اشتراه بها، وذلك لأنّه مؤشّر على انخفاض أسعارها في تاريخ إتمامها.

كما أنّ بائع الأسهم قد يعدل عن بيعها، إذا علم أنّ هناك تعاملات آجلة لشراء نفس الأسهم بسعر إنهاء مرتفع، وذلك لأنّ السهم من المتوقع أن يرتفع سعره بشكل كبير في تاريخ إتمام التعامل الآجل، وإلا لما عُقدت عليه صفقات شراء آجلة تستهدف ربح فرق السعر.

وهنا تظهر أهمية الإفصاح عن نوع التعامل الآجل الذي سوف يتم التعامل عليه في تكوين رؤية واضحة لدى المستثمر عن هذه التعاملات، ولذلك نقترح إضافة إلزام على صانع السوق بأن يُفصح عن نوع التعامل الآجل الذي ينوي القيام به على الأسهم (بيع أو شراء)، وعن تاريخ إنشائها، وسعر إنهاؤها، وتاريخ إتمامه.

البيان الثاني - أسعار الآجل التي سوف يتم التعامل على أساسها:

يتمثّل سعر الآجل بمبلغ يكون عبارة عن نسبة محسوبة من المبلغ المتبقي من سعر الصفقة الآجلة والذي سيتم دفعه عند إتمامها. وهو ببساطة مقابل لموافقة الطرف الآخر المواجه لصانع السوق بعقد تعامل آجل.

Lynn A. Stout, "Why the Law Hates Speculators: Regulation and Private Ordering in the Market for OTC Derivatives", DUKE Law Journal, op.cit, page 706, margin 19.

ونُعطي مثالاً عن سعر الآجل في عقود الخيار، والتي تعطي صاحبها الحق وليس الالتزام بشراء أو بيع الأوراق المالية بثمن محدد وفي وقت محدد أو فترة زمنية محددة مقابل ثمن الخيار أو سعر الآجل، فإذا تحركت الأسعار كما توقّع صانع السوق يخسر سعر الآجل ويربح فرق السعر، وإذا تحركت بطريقة مغايرة لما توقّع يخسر سعر الآجل فقط ويخرج من الصفقة عبر استخدام حقه بالخيار.

ويُعتبر الإفصاح عن سعر الآجل أمراً ضرورياً لاستنتاج أهمية ووزن التعاملات الآجلة إذا كان هذا السعر مرتفعاً، وبالتالي تستحق هذه التعاملات اتخاذ قرار استثماري على أساسها، أو استنتاج ضعف هذه التعاملات إذا كان هذا السعر منخفضاً، وهو ما يجعل المستثمر يُفكر ملياً قبل اتخاذه لقراره الاستثماري بناءً عليها.

وسبب ذلك أنّ الطرف المقابل لصانع السوق لن يقبل أن يتعاقد على تعامل آجل سوف يربح منه صانع السوق على الأغلب ويقع هو بخسارة شبه أكيدة، إلّا بسعر آجل مرتفع يجعله يقبل بالمخاطرة، وعلى العكس، عندما تنخفض المخاطر وتظهر صفقة صانع السوق الآجلة شبه فاشلة يقبل الطرف المقابل بأي سعر آجل لأنّه شبه ضامن لربحه ورجوع صانع السوق عن إتمام الصفقة إذا كان ذلك ممكناً.

وبعد أن درسنا الفئة الأولى من شروط إجراء التعامل الآجل والبيوع المستقبلية، علينا الآن دراسة الفئة الثانية من هذه الشروط، والمتعلقة بذات هذه التعاملات الآجلة.

ثانياً - الشروط الخاصة بذات التعامل الآجل والبيوع المستقبلية:

لا يكفي أن نشترط صفات الشخص القائم بالتعامل الآجل ونضع عليه التزامات بالإفصاح عن هذا التعامل، فالتعامل بذاته يجب أن يكون مشروطاً ببعض الشروط التي تُكَمِّل تنظيم التعاملات الآجلة.

وفي سبيل التأكيد من جدية التعاملات التداولية الآجلة، وأنها عُقدت بشكل طبيعي ولأهداف استثمارية قانونية، يتم اشتراط عدة شروط خاصة بذات هذه التعاملات.

وتتعلق هذه الشروط بشكل أساسي بمدة أجلها، وكمية الأسهم التي تحويها، وسوف نقوم بدراستها فيما يلي.

أ - مدة العقد الآجل:

تظهر ضرورة وضع مدة محدّدة للتعاملات الآجلة والبيوع المستقبلية منذ السماح بالقيام بها، فاسم الآجل يعني أنّ أمراً ما قد تأجل، ولا يمكن أن يتم الاتفاق على تأجيل شيء إلى ما لا نهاية، وعلى هذا تظهر ضرورة وجود مدة محدّدة للعقد الآجل التي يتم خلالها تنفيذ التعاملات التداولية الآجلة من حيث حدّها الأدنى والأعلى.

وعلى هذا الأساس نصّ قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية في المادة الأولى منه على تعريف "مدة الآجل": بـ "المدة التي يجوز خلالها تنفيذ العقد أو طلب إنجائه والتي ينتهي العقد بانقضائها"، ونصّ القرار في المادة الثالثة منه على أنّ مدة الآجل يجب ألا تقل عن ٩٠ يوماً، وبالمقابل يجب ألا تتجاوز ٣٦٠ يوماً.

ويبدو من الواضح أنّ مدة الآجل تحتوي على حد أعلى وآخر أدنى، وسوف ندرس سبب اشتراط وجود هذه الحدود، وتقييدهم لإرادة المتعاقدين على التعاملات التداولية الآجلة.

١ - سبب اشتراط حد أدنى لمدة العقد الآجل:

يجب أن تكون مدة الآجل واقعية وكافية لحدوث تغيير سعري ملموس على الأسهم محل التعامل، وعلى الرغم من أنّ أسعار الأوراق المالية في السوق تتغير بسرعة كبيرة في جلسات التداول إلا أنّ اشتراط حد أدنى لمدة الآجل يبقى أمراً ضرورياً، خاصّة أنّ "المضاربين" "Speculators" هم من أهم المتعاملين في

هذا النوع من العقود^(٢٧)، ومدة الآجل شديدة القصر توحى بأنَّ التعامل التداولي جاء للمضاربة السريعة على الأسعار، فمثلاً لو أنَّ مدة الآجل كانت يوماً واحداً فالتعامل أصبح شديد الحساسية، وقد يدفع أحد المتعاقدين لقرارات متسرعة أو حتى للتلاعب بالأسعار؛ لإجبار السعر السوقي على السير في اتجاه مصلحته.

فالتعامل بالعقود المُشَنَّقَة - ومنها الآجلة - يكون عادةً مصاحباً بمضاريات مصطنعة تهدف إلى التلاعب بالأسعار^(٢٨)، كما أنَّ المضاربة الشديدة على الأسعار - حتى ولو لم تكن بغرض التلاعب - تُعتبر غير مستحبة، فهي تشجع التعامل السريع والذي لا ينتج استثماراً حقيقياً، كما أنَّها تحمل أسعار الأوراق المالية إلى حدود غير حقيقية، ولذلك تعمل أنظمة أسواق الأوراق المالية على تقويض المضاريات الجامحة، ونعتبر أنَّ وضع حد أدنى لمدة الآجل قد جاء في هذا السياق، وتعتبر مدة الـ ٩٠ يوماً مدة مناسبة.

ولكن في الواقع يستطيع مشتري أحد الأسهم بالخيار مثلاً أن يقوم بإظهار رغبته بتنفيذ الصفقة منذ اليوم الأول لمدة الآجل، ولذلك نقترح النص على حد أدنى للمدة التي يجوز من خلالها طلب تنفيذ العقد أو إنهائه، بحيث لا تقل عن أسبوع.

٢ - سبب اشتراط حد أعلى لمدة العقد الآجل:

لا يجوز مد الآجل في التعامل الآجل والبيوع المستقبلية إلى ما لانهاية، فالتعامل يجب أن تكون له حدود زمنية قصوى واضحة ومتفق عليها، والسبب أنَّ المدة الزمنية هي التي تضع ملامح العقد، ومن دونها يصبح الطرف مشتري العقد الآجل قادراً على تنفيذ الصفقة في أفضل وقت، مهما كان هذا الوقت بعيداً أو قريباً، وفي ذلك خسارة مؤكدة للطرف المقابل، وأسواق الأوراق المالية

(٢٧) د. كنجو كنجو، د. أيمن شيجا، مروان رشيد، الأسواق المالية، منشورات جامعة حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، عام ٢٠٠٥، الصفحة ١٨٤.

(٢٨) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الإطار القانوني لخيار شراء القيم المنقولة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، الصفحة ٣٣.

لا تقبل أن يقع أحد في خسارة أكيدة منذ قيامه بالتعامل، ولهذا جرى تنظيم العقد الآجل على تحديد وقت ينتهي فيه أجل التعاملات الآجلة، ويصبح بعده العقد إمّا لاغياً إن كان يحتوي حق الخيار لأحد المتعاقدين، وإمّا مُستحق التنفيذ إن كان مستقبلياً باتاً.

ولذلك نصّ القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ على وضع حد أعلى لمدة العقد الآجل بلغ ٣٦٠ يوماً، وهي مدة طويلة إذا ما قورنت بطبيعة أسواق الأوراق المالية المتغيرة، فقد يتم شطب الأسهم التي تمّ التعامل عليها بالآجل خلال هذه المدة، وقد تتغير أسعار الأسهم بطريقة عميقة جداً ممّا يفتح المجال للأرباح غير المحدودة، وبالمقابل للخسائر غير المحدودة، وذلك بشكل خاص بالنسبة للبيوع المستقبلية الباتّة حيث تُستخدَم المشتقّات المالية - ومنها البيوع المستقبلية - لمضاعفة المكاسب التي تحدث نتيجة تغيير إيجابي أو سلبي في سعر الأوراق المالية^(٢٩).

وتقديراً للطبيعة الإلزامية للبيوع المستقبلية، ولكونها تتم خلال عمل السوق الفوري، وما يحمله ذلك من آثار سعرية كبيرة على الأوراق المالية التي يتم تداولها بشكل عاجل، نقترح جعل الحد الأقصى لمدة الآجل بالنسبة للبيوع المستقبلية أقصر منه بالنسبة للتعامل الآجل الذي يتم بعد ساعات التداول الفوري^(٣٠)، ولذلك نقترح جعل الحد الأقصى لمدة الآجل في البيوع المستقبلية ١٥٠ يوماً.

وننتقل الآن إلى شرط آخر متعلّق بذات العملية الآجلة، وهو كمية الأسهم التي يتم التعامل عليها بالآجل.

(٢٩) Etienne PERROT, "La Bourse. exubérante autant que rationnelle", SER-SA études, N° 397, Paris, Décembre 2002\6, page 620. Voir le line: http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=ETU&ID_UNMPUBLIE=E-TU_976&ID_ARTICLE=ETU_976_0615.

(٣٠) انظر إلى الفرق بين تعريفى التعامل الآجل والبيوع المستقبلية في: قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية، رقم ١، الخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية، الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٣، المادة ١.

ب - كمية الأسهم المتداولة بالعقد الآجل:

تلعب كمية الأسهم التي يتم التعامل بها بالعقد بالآجل دوراً كبيراً في إظهار جدية التعامل، فصانع السوق الذي ينوي إجراء عملية تداول آجلة يفترض به الرغبة الحقيقية بتداول الأسهم، وليس مجرد عقد صفقة لإيهام المتعاملين باتجاه سعري قادم، والتلاعب بأسعار الأوراق المالية التي يتم تداولها في السوق العاجلة، وبالمقابل إذا زادت هذه التداولات الآجلة عن حدها تصبح شديدة التأثير والخطورة، وهو ما يدفعنا إلى دراسة الحد الأدنى لكمية الأسهم المتداولة بالآجل، والحد الأعلى لها، وذلك في الفقرتين التاليتين.

١ - الحد الأدنى لكمية الأسهم المتداولة بالعقد الآجل:

رغبةً من سوق الكويت للأوراق المالية في التأكد من جدية التعامل الآجل والبيع المستقبلية التي يعقدها صناع السوق، فقد اشترطت لجنة السوق بقرارها رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم هذه التعاملات في المادة الرابعة منه ألا تقل كمية الأسهم التي يلتزم صناع السوق ببيعها أو بشرائها عن عشر وحدات شراء وعشر وحدات بيع مهما كانت مدة الأجل.

ونتيجة للنص على هذه القاعدة، لن يستطيع المتعامل قليل السيولة أو غير الجاد القيام بالتعامل الآجل أو بالبيع المستقبلية، وذلك لأنه يتوجب عليه التعامل بما لا يقل عن عشر وحدات من الأسهم، وهذا يقي السوق وصغار المستثمرين من الآثار السلبية للتعاملات التداولية الآجلة.

كما أن النص على هذا الحد الأدنى من التعامل الآجل، يضمن بالمقابل نسبة معينة من التأثير السعري للتعاملات الآجلة، بحيث تلعب دورها الطبيعي والمدرّوس في سوق الأوراق المالية، وهي برأينا الغاية المثلى من إيجاد هذا النوع المميّز من تعاملات التداول، والتي لا يتم دفع ثمنها بشكل فوري ولا يتم تسليمها فوراً ولكن تؤجل فيها العمليتان^(٣١).

(٣١) د. سيد طه بدوي محمد، "عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية"، مرجع سابق، الصفحة ٣٩٧.

ونعطي مثلاً على ذلك، فلو أنَّ أحد الأسهم المتداولة في السوق العاجلة لم تتم دراسته بطريقة صحيحة من أحد المستثمرين، وتصرف باقي المستثمرين في السوق بطريقة التقليد واتباع تداولات بعضهم، فاندفعوا نحو شراء هذا السهم وبأسعار متزايدة، وهم سائرون بذلك إلى خسارة محتمة، فجاء أحد صنّاع السوق بصفقة بيع أجل لكمية كبيرة من هذه الأسهم ذاتها بعد أن درس المستثمر الذي أعطاه أمر التداول بيانات الشركة المصدرة لهذه الأسهم، واكتشف وجود مشاكل في تدفقاتها النقدية مثلاً، فأراد ألا يقع في خسارة قد تحدث لو اكتشفت هذه المشاكل وباع أسهمه مع إعطائه حق الخيار، فمثل هذه الصفقة الكبيرة سوف تدفع المستثمرين المندفعين نحو شراء السهم إلى إعادة التفكير فيه، وربما تدفعهم نحو بيعه، وهذا سوف يخفض سعره إلى الحدود الطبيعية له بعد أن صعد لعنان السماء بسبب اندفاع المستثمرين غير العقلاني.

وبهذه الطريقة نرى كيف لعب التعامل الآجل دوره الطبيعي في التأثير على أسعار التعامل الفوري في السوق العاجلة، وهو ما ترغب فيه كل أسواق الأوراق المالية من وراء السماح بالتعاملات التداولية الآجلة.

٢ - الحد الأعلى لكمية الأسهم المتداولة بالعقد الآجل:

عندما نعرف أنَّ العقود الآجلة هي مرتع للمضاربة - فهي عبارة عن عقود تجري بين شخصين أحدهم يسعى للتخلص من المخاطر وآخر يضارب على الدخول بها^(٣٢)، وأنها من أكثر التعاملات التداولية تأثيراً على أسعار الأوراق المالية في السوق العاجلة، ونعرف أنَّ التلاعب بالأسعار من أكثر الممارسات غير العادلة في السوق تخريباً لتوازن العرض والطلب، وتشكل السعر العادل فيها، وطعناً في ثقة المستثمر فيها أيضاً، نعرف ضرورة تقويض هذا التأثير الكبير بشكل لا يسمح لأي شخص أن يقوم بالتلاعب بالأسعار عبر التعامل الآجل، فلا يجب إتاحة العقود الآجلة بدون ضبطها اعتماداً على "الأخلاق

(٣٢) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الإطار القانوني لخيار شراء القيم المنقولة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، الصفحة ٣٠.

المالية "l'ethique financiere" (٣٣) في سوق الأوراق المالية؛ حيث تظهر ممارسات مثل التلاعب بالأسعار، واستغلال المعلومات الداخلية (٣٤).

وقد وجدنا أنَّ لجنة سوق الكويت للأوراق المالية وضعت حدًّا أدنى لكمية الأسهم محل التعاقد الآجل ولم تضع حدًّا أعلى له، وهو أمر يجب التنبيه له مستقبلاً، والنص على حد أعلى معقول يقي السوق العاجلة من التأثير السعري العميق للتعاملات الآجلة، ونفضل أن يكون ٢٥ وحدة من الأسهم.

حيث إنَّ لجنة تعاملات البورصة الفرنسية (COB) - والتي حلت محلها هيئة الأسواق المالية (AMF) - نظَّمت العقود المشتقة المتداولة في جداول مستمرة والتي يتم تداولها بمجرد تلاقي العرض بالطلب وذات التسوية المؤجلة، وأوجبت على الشركة التي تنوي شراء أسهمها عبر هذه التعاملات ألا تمثل العملية حجماً أكبر من ٢٥٪ من متوسط حجم التداول اليومي ذات التسوية المؤجلة خلال ثلاثة أيام تداول سابقة على دخول الشركة للسوق، وذلك عبر اللائحة رقم [٩٨-٠٣] (٣٥). ممَّا يؤكد خطورة وعمق تأثير عقود التداول ذات التسوية الآجلة في تكوين السعر و اصطناعه، ولذلك تمَّ النص على حد أعلى من

(٣٣) Etienne PERROT, "La Bourse. exubérante autant que rationnelle", op.cit, page 623.

(٣٤) يتم استغلال المعلومات الداخلية بشكل ناجح على صعيد خيار البيع، لأنَّ التعامل على أساس هذا الخيار يضارب على انخفاض الأسعار، ويعتبر هذا الخيار الأكثر حساسية تجاه المعلومات السلبية التي تقوم بخفض الأسعار، ممَّا يساعد المُطلَّع على هذه المعلومات على القيام بهذه الممارسة بشكل شبه مضمون. للمزيد من التفاصيل انظر:

Kose John, Apoorva Koticha, Ranga Narayanan, Marti Subrahmanyam, "Margin Rules, Informed Trading in Derivatives, and Price Dynamics", op.cit, page 18.

(٣٥) د. محمد محب الدين قرباش، "النظام القانوني لشراء الشركة لأسهمها، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، نوقشت في عام ٢٠٠٤، غير منشورة، الصفحة ١٧٣.

هذه العقود في حالة شراء الشركة لأسهمها، ونقترح وضع حد أعلى عام على جميع تعاملات العقود الآجلة.

ونذكر بأنه يجب أيضاً على السلطة التنفيذية أن تراقب وضع السوق، فإذا وجدت أن الأسعار قد تمّ التلاعب بها عبر التعاملات الآجلة، فعليها التدخل بسرعة لمنع هذه التعاملات بشكل كامل ولو مؤقتاً، وهو ما حدث في الكويت عندما تمّ منع البيع الآجل للأسهم في سوق الأوراق المالية عبر صدور قرار وزير التجارة والاقتصاد الكويتي رقم ٥٢ لعام ١٩٧٤، وذلك بعد مضاربات عنيفة حصلت عبر التعاملات الآجلة في السوق والتي رفعت الأسعار بشكل غير طبيعي^(٣٦).

وبعد أن درسنا شروط إجراء التعامل الآجل والبيوع المستقبلية في سوق الكويت للأوراق المالية، علينا دراسة خطوات إجراء هذا التعامل، وذلك في المطلب التالي.

المطلب الثاني

خطوات إجراء التعامل الآجل والبيوع المستقبلية

تبعاً للطبيعة المميّزة الخاصّة بالتعاملات الآجلة، يتوجّب على السوق أن ينظّم خطوات إجراء هذه التعاملات بطريقة مغايرة لما يتم مع التعاملات التداولية العاجلة، وهذا ما قامت به لجنة سوق الكويت للأوراق المالية عندما وضعت قواعد خاصة لتنظيم إجراء عقد التعاملات الآجلة، ولتنظيم تسوية هذه التعاملات، وهو ما سوف ندرسه في الفقرتين التاليتين.

أولاً - إجراء عقد التعامل الآجل والبيوع المستقبلية:

يكتسي عقد التعامل الآجل والبيوع المستقبلية أهمية خاصة، فهو الوثيقة التي تضع الالتزامات المميّزة الخاصّة بعقد التداول الآجل في سوق الأوراق

(٣٦) د. يعقوب يوسف صرخو، "الأسهم وتداولها في الشركة المساهمة"، مرجع سابق، الصفحة ٢٥٤.

المالية، وبسبب هذه الأهمية، قامت لجنة سوق الكويت للأوراق المالية عبر قرارها رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية بوضع قواعد للإجراءات التسلسلية التي تنتهي بعقد العملية الآجلة، وقواعد خاصة بتنظيم هذا العقد، وسوف ندرس هذه القواعد فيما يلي.

أ - الإجراءات التسلسلية لعقد الآجل:

على اعتبار أنَّ التعاملات الآجلة لا يقوم بها إلاَّ صناع السوق وعبر الوسطاء الماليين حصراً، وذلك وفقاً للمادة الثالثة من القرار السابق رقم ١ لعام ٢٠٠٩، فإنَّ إجراءات عقد التعاملات الآجلة والبيوع المستقبلية تحتوي على مرحلتين، تختص الأولى بالوسيط المالي، والثانية بصُنَّاع السوق، وسوف ندرس هاتين المرحلتين فيما يلي.

١ - الإجراءات التسلسلية الخاصة بالوسطاء الماليين:

يتميّز عمل الوسطاء الماليين فيما يخص التعاملات الآجلة بكون الوسيط غير مخوَّل بتنفيذ العملية، ويقتصر دوره على تلقّي الأوامر التداولية من المتعاملين وإرسالها إلى صناع السوق ليتم عقدها.

ولكن الطبيعة المؤثّرة للتعامل الآجل والبيوع المستقبلية هي التي جعلت لجنة سوق الكويت للأوراق المالية توجب على الوسطاء وفقاً لتنظيمها لهذه التعاملات عبر المادة الخامسة من القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ تسجيل أوامر العملاء المتعلّقة بالتعامل الآجل في سجلات خاصة تقوم بإعدادها لهذا الغرض.

ومن القاعدة السابقة يظهر لنا ضرورة فصل السجّلات المؤثّقة للتعاملات الآجلة عن تلك العاجلة، وهذا يعني أنَّ العقد الآجل بحاجة إلى رقابة خاصّة، ودقيقة، وهو ما يدفعنا لاقتراح تشكيل لجنة فحص وتدقيق خاصّة بهذه السجلات.

كما أنَّ المادة نفسها من القرار السابق أوجبت على الوسيط أن يسلم هذه الأوامر وفقاً لأولوية كل منها إلى صناع السوق، وهذا يعني أنَّ دور الوسطاء الماليين في مجال التعاملات الآجلة يقتصر على تسجيل الأوامر بسجل خاص، وإرسالها بترتيبها إلى صناع السوق.

ولكن الأمر ليس بهذه البساطة، فوجود مرحلة الوسيط المالي في سلسلة إجراءات عقد التعامل الآجل والبيوع المستقبلية يعني وجود حماية أكبر للسوق من التعاملات الآجلة التي يقصد بها التلاعب، وذلك بشرط تفعيل الدور الرقابي للوسطاء بشكل نزيه وبدون أي محاباة للعملاء، وبشكل خاص العملاء الذين يصدرن أوامر التداول الآجلة الضخمة والتي قد تقود إلى خسائر ضخمة بالمقابل^(٣٧).

حيث نصّت المادة الخامسة من المرسوم الكويتي لعام ١٩٨٦ بشأن تنظيم تصفية تعاملات تداول الأوراق المالية وغرفة المقاصة في سوق الكويت للأوراق المالية، على أن: "يضمن الوسطاء سلامة المعاملات التي تتم خلالها والوفاء بكافة الالتزامات المترتبة عليها، ويكونون مسؤولين تجاه غرفة المقاصة عن سلامة الأوراق والمستندات والبيانات التي يزودونها بها".

٢- الإجراءات التسلسلية الخاصة بضئاع السوق:

يستلم صانع السوق الأوامر التداولية الآجلة من الوسيط المالي، وفور تنفيذ هذه الأوامر عليه إخطار الوسيط بذلك، وعليه أيضاً تحرير عقود البيع فور انتهاء الوقت الذي تمّ تحديده للتعامل الآجل، وذلك حسب المادة الخامسة من القرار السابق رقم ١ لعام ٢٠٠٩.

وهذا يعني أنّ على صانع السوق التزامين فيما يخص الإجراءات التسلسلية لعقد التعاملات التداولية الآجلة، الالتزام الأول: يتعلّق بإخطار الوسيط المالي بتنفيذ أمر التداول الآجل من حسابه الخاص بالتعامل الآجل^(٣٨)، وبهذا

(٣٧) Jerry W. Markham, "Confederate Bonds," "General Custer," and the Regulation of Derivative Financial Instruments", op.cit, page 46.

(٣٨) لم يسمح تنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية الصادر بقرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ في المادة ١٩ منه بأن يستعمل صناع السوق حساباتهم الخاصة بالتعامل الآجل في السوق الفوري إلاّ بموافقة مسبقة من إدارة سوق الكويت للأوراق المالية، ونقترح عدم النص على هذا الاستثناء لخطورة تحويل حساب العمليات الآجلة إلى التداول الفوري، فقد يكون بغرض تضليل مراقبي التداول، كما أنّه قد يستخدم للتلاعب بأسعار السوق العاجلة بشكل مفاجئ.

يتم معرفة أنَّ العلاقة التداولية الآجلة بين المستثمرين قد بدأت وتحدّدت ملامحها الزمنية، ممّا يسمح بدراستها قبل إتمامها حرصاً على توازن الأسعار وبشكل خاص أسعار الأوراق المالية العاجلة، وهنا يأتي دور لجنة السوق بتدقيق كل الإخطارات الخاصة بتنفيذ أوامر التداول الآجلة، التي يُشتبه بأنّها قد تستهدف التلاعب بالأسعار.

حيث إنّ المنظمة الدولية لهيئات الأوراق المالية (IOSCO) اعتبرت في تقريرها الخاص بالتلاعب بالأسعار لعام ٢٠٠٠ أنّ تداول مُشتقّات الأوراق المالية -ومنها الآجل- يُعتبر إحدى طرق اتفاقيات التلاعب بالأسعار، وخاصة فيما يتعلّق بـ "سعر إقفال" "Closing Price" جلسة التداول في السوق، وتدعى هذه الممارسة بـ "تحديد الإغلاق" "marking the close"^(٣٩)؛ حيث إنّ سعر الإغلاق من أكثر المؤثّرات التي تدفع المستثمرين إلى اتجاه معيّن في يوم التداول التالي، أو في فترة التداول التي تليه.

وقد أعطت لجنة سوق الكويت للأوراق المالية عبر القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والمتعلّق بتنظيم التعامل الآجل والبيع المستقبلي في المادة ١٨ منه لإدارة السوق صلاحية تحديد فترة قبل انتهاء التعامل في السوق الفوري، لا يجوز من خلالها لصانع السوق في السوق الآجل إدخال أوامر تداول جديدة في نظام التداول الفوري، وبدون الإخلال بأوامر التداول المدخلة قبل ذلك، وبهذا يتم حماية سعر إغلاق السوق الفوري من التلاعب بتعاملات عاجلة لضمان الربح في التعامل الآجل.

والالتزام الثاني الذي يجب على صانع السوق القيام به هو: تحرير عقد البيع عند انتهاء الآجل، وهي مهمة دقيقة يجب أن يتم من خلالها وضع البنود التي اتفق عليها المتعاملون بالآجل منذ تلاقي أمرَي التداول خاصّتهما، وقد

The International Organization of Securities Commissions "OICU-IOSCO", (٣٩) "Investigating and Prosecuting Market Manipulation", report of technical committee, May 2000, page 6. See: <http://iosco.org/library/pubdoce/pdf/IOSCOPD103.pdf>

يظهر لصانع السوق عند إنشاء العقد النهائي شبهة تلاعب بالأسعار لم تكن واضحة عند تنفيذ الصفقة، وهنا عليه - برأينا - تنبيه لجنة السوق بذلك بشكل فوري، وتقديم تقرير عن الأسباب التي دعت له للاعتقاد بوجود تلاعب بالأسعار عبر التعامل الآجل أو البيوع المستقبلية.

وبعد أن ينتهي الأجل الخاص بالتعامل الآجل أو البيوع المستقبلية، ويتم تحرير العقد النهائي لهذه العملية من صانع السوق، تأتي مرحلة إجراءات تسوية هذا التعامل، والتي سوف ندرسها في الفقرة القادمة.

ثانياً - تسوية التعامل الآجل والبيوع المستقبلية:

تتميّز سوق الأوراق المالية بشكل عام بطرق استثنائية لتسوية الصفقات، فالمتعاملون قد لا يعرفون بعضهم البعض، وهم لا يقومون بتعاملاتهم التداولية بأنفسهم وإنما عبر وسطائهم الماليين، وفي مرحلة تسوية التعامل تظهر مجموعة إجراءات مهمّة تهدف لإنهاء الصفقة ودفع ثمنها للبائع وتسليم أوراقها المالية للمشتري.

وتبعاً للطبيعة الخاصة التي تتميّز بها التعاملات الآجلة، تظهر قواعد خاصة بتسوية هذه التعاملات، وهي منقسمة إلى قسمين، الأول خاص بالوسيط المالي، والثاني بغرفة المقاصة. وسوف ندرس قواعد التسوية هذه فيما يلي.

أ - إجراءات الوسيط المالي الخاصة بتسوية العقد الآجل:

يُعتبر الوسيط المالي الطرف الوحيد الذي يحظى بالاحتكاك الفعلي مع المتعامل على الآجل، وهذا ما يجعل من الوسيط الشخص الأكثر اطلاعاً على حساب عميله بشكل دائم، وما يجعله أيضاً الشخص الأكثر قدرة على تسوية التعامل الآجل من طرف عميله. ونستطيع أن ندرس مهام الوسيط المالي فيما يخص تسوية التعاملات الآجلة من خلال دراسة التزام الوسيط بتسليم الأسهم، ووقت هذا التسليم وذلك فيما يلي.

١ - التزام الوسيط بتسليم الأسهم:

نصّ قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية في المادة السابعة منه على وضع واجب على الوسيط القائم بتنفيذ صفقة التداول الآجل بأن يُسَلِّم الأسهم التي تمّ التعاقد عليها بالإضافة إلى مبلغ الدفعة المقدّمة.

ومن الواضح أنّ دور الوسيط أساسي فيما يخص تسوية الصفقة الآجلة، وهذا يظهر من إلزامه بتسليم الأسهم المتعاقد عليها والتي هي محل الصفقة.

وبالنسبة للـ "دفعة المقدّمة" فهي عبارة عن نسبة من المبلغ الإجمالي للصفقة، وتقوم بتحديددها اللجنة الفنية الخاصة بسوق الكويت للأوراق المالية كما نصّت المادة الأولى من قرار لجنة السوق السابق، وهي مسؤوليات بالغة الأهمية يُعدّ الفشل في تحقيقها كفيلاً بإفشال الصفقة.

ونستشف من القواعد السابقة رغبة سوق الكويت للأوراق المالية بحدوث تعامل فعلي بموجب التعاملات التداولية الآجلة، وليس مجرد القيام بتعاملات تنتهي إلى التسوية بدفع الفرق من الطرف الخاسر كما جرى التعامل على البيوع المستقبلية بشكل خاص.

حيث إنّ العقود المستقبلية تتميز بأنّ التعامل عليها يؤوّل لمجرد دفع الفرق أو التصفية دون تنفيذ فعلي للصفقة، ويُقصد بالتصفية هنا "التسوية النقدية" "cash settlement" أو "دفع الفروق" "paiement de difference"^(٤٠) أي دفع فرق السعر بين يوم الاتفاق وبين يوم التصفية دون تداول حقيقي^(٤١)، وبسبب

(٤٠) د. سيد طه بدوي محمد، "عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية"، مرجع سابق، الصفحة ٤٣٩.

(٤١) محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثاني العقود التجارية- الأوراق التجارية، مرجع سابق، الصفحة ٣٣.

نظام دفع الفرق هذا أجمعت أغلب الدول عن تنظيم العقود المشتقة^(٤٢) ومن ضمنها العقود المستقبلية.

وقد أحسنت لجنة سوق الكويت للأوراق المالية بوضع التزام على الوسيط بتسليم الأسهم محل الصفقة بالإضافة إلى الدفعة المقدمة، فقد وضعت حداً للمضاربات الجامحة على التعاملات الآجلة وبشكل خاص البيوع المستقبلية التي قد تؤثر على توازن الأسعار في السوق الفورية العاجلة.

٢ - وقت التزام الوسيط بتسليم الأسهم:

ذكر القرار السابق رقم ١ لعام ٢٠٠٩ أنَّ التزام الوسيط بتسليم الأسهم محل التعامل الآجل والدفعة المقدمة يجب أن يكون في مدة لا تتجاوز ١١ ساعة من صباح اليوم التالي للتعاقد، وإذا لم يكن اليوم التالي يوم عمل أوجب القرار الوسيط أن يقوم بهذا التسليم قبل أن تنتهي ساعات العمل الرسمية في التاريخ الذي تمَّ التعاقد فيه.

وقد حُصِرَ تنفيذ هذا الالتزام بنطاق زمني ضيق محسوب بالساعات، ولا مجال فيه للانتظار إلى أول يوم عمل، بل يجب إتمامه بذات اليوم إن كان اليوم التالي يوم عطلة رسمية.

وتدلُّ كل هذه القواعد السابقة على حساسية وأهمية التعاملات التداولية الآجلة، وخطورة تأثيرها الذي لا يتحمَّل المماطلة في تسويتها، وقد أحسنت لجنة سوق الكويت للأوراق المالية بإصدارها لهذه القواعد الصارمة فيما يتعلق بالتزامات الوسيط بتسوية الصفقة، فقد تكون هذه الصرامة حاجزاً أمام الوسطاء غير المؤهلين، يمنعهم من القيام بالتوسط المالي في التعامل الآجل والبيوع المستقبلية.

(٤٢) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الإطار القانوني لخيار شراء القيم المنقولة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، الصفحة ٤.

والآن سننتقل لدراسة دور غرفة المقاصة في تسوية الصفقات الآجلة، بعد أن عرفنا الدور ذاته بالنسبة للوسيط المالي.

ب - إجراءات غرفة المقاصة الخاصة بتسوية العقد الآجل:

تقوم غرفة المقاصة في سوق الأوراق المالية بالدور الأهم في تسوية تعاملات التداول^(٤٣) عبر إعطاء الثمن للبائع وتسليم الأوراق المالية للمشتري، فهي تقوم بدور ضامن التنفيذ لهذه العقود الخطرة مالياً. فيتم توجيه المخاطر في التعاملات الآجلة^(٤٤) وذلك من خلال إعطاء غرفة المقاصة دوراً أساسياً في تسويتها، حتى أن طرفي التعاقد الآجل لا يلتفتان إلى بعضهما بقدر التفاتهم لغرفة المقاصة باعتبارها الطرف المُنفَّذ لهذه العقود^(٤٥)، كما أن الاعتماد على غرفة المقاصة في ضمان العقود الآجلة يعتبر من أهم أسباب النجاح فيها^(٤٦).

وتقوم "الشركة الكويتية للمقاصة" بهذا الدور في سوق الكويت للأوراق المالية وفقاً لتعريف "غرفة المقاصة" في المادة الأولى من قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية.

(٤٣) تنص المادة الأولى من المرسوم الكويتي لعام ١٩٨٦ بشأن تنظيم تصفية عمليات تداول الأوراق المالية وغرفة المقاصة في سوق الكويت للأوراق المالية، على أن: "تتولى تصفية المعاملات التي تجرى على الأوراق المالية المسجلة في سوق الكويت للأوراق المالية غرفة مقاصة تقوم بتحديد مراكز أطراف هذه المعاملات وإجراء المقاصة بين ما لهم وما عليهم من حقوق تجاه بعضهم البعض..."

(٤٤) Jerry W. Markham, "Confederate Bonds," "General Custer," and the Regulation of Derivative Financial Instruments", op.cit, page 61.

(٤٥) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الإطار القانوني لخيار شراء القيم المنقولة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، الصفحة ١٠٤.

(٤٦) د. منير إبراهيم هندي، أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية، مرجع سابق، الصفحة ٦٩٠.

وتظهر قواعد تنظيم دور غرفة المقاصة في إجراءات تسوية الصفقات الآجلة في محورين، المحور الأول: يتعلق بتنفيذ التزامات طرفي العقد الآجل بالدفع والتسليم، ويتعلق المحور الثاني: بقواعد تصرف غرفة المقاصة في حالة خاص تتعلق بتسوية العقد الآجل، ويتم فيها بيع الأسهم محل العقد الآجل في السوق العاجل، وسوف ندرس هذه القواعد فيما يلي.

١ - تنفيذ التزامات طرفي العقد الآجل:

تقوم غرفة المقاصة بفتح حساب للبائع في التعامل الآجل، وتلتزم بتقييد الدفعة المقدمة للصفقة الآجلة بالإضافة إلى سعر الآجل في حساب البائع المذكور فور استلام غرفة المقاصة لهذه المبالغ، ولكنها لا تقوم بتسليمها له إلا في موعد التسوية الذي يلي تاريخ التعاقد، وذلك وفقاً للقرار السابق رقم ١ لعام ٢٠٠٩ في المادة الثامنة منه.

بينما وفقاً للمادة التاسعة من نفس القرار لا تسجل الأسهم محل الصفقة الآجلة أثناء فترة الآجل باسم المشتري، وإنما باسم غرفة المقاصة نفسها، ولا تنتقل لاسمه إلا إذا دفع سعر الإنهاء -المبلغ المتبقي من الصفقة- خلال فترة الآجل.

ومن الواضح أنّ القواعد السابقة كانت أكثر ضماناً لحق البائع في استلام الدفعة المقدّمة وسعر الآجل عندما سجلت هذه المبالغ باسمه دون إعطائه الحق باستلامها، وبالمقابل سجّلت الأسهم محل الصفقة الآجلة باسم غرفة المقاصة، وذلك حتى تضمن للبائع أن أسهمه لن تتحوّل للمشتري إلا بعد دفع سعر الإنهاء كاملاً، وحتى تضغط على المشتري لكي يدفع هذا المبلغ بشكل سريع وبدون ممانعة.

وفي هذا الإطار، علينا التحذير من مغبة تجاهل بائعي الأوراق المالية بالآجل، واعتبارهم الحلقة الأضعف في التعامل الآجل والبيوع المستقبلية، ونسيان دورهم الممكن في تخفيض أسعار الأوراق المالية المتداولة في السوق الفورية إذا قاموا بعرض أسهمهم للبيع الآجل بأسعار منخفضة، ولذلك يجب

معاملة طرفي العقد على قِدَم المساواة فيما يخص فحص التعاملات التداولية الآجلة، وعدم افتراض حسن النية بشكل دائم في بائعي الآجل.

٢ - موقف غرفة المقاصة من التصرف بالأسهم في السوق العاجل:

لا يُعتبر المشتري بالآجل خلال فترة الأجل مالكا للأسهم محل الصفقة، وتُسجل هذه الأسهم باسم غرفة المقاصة حتى تتم تسوية الصفقة، ولكن تظهر هنا حالة مهمة تتمثل بإعطاء الحق للمشتري أثناء الآجل ببيع الأسهم محل الصفقة في السوق الفوري، وهي الحالة التي نظمها قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية في المادتين العاشرة والحادية عشرة منه، وهي حالة مميزة لتسوية العقد الآجل.

حيث إنَّ المادة العاشرة من القرار السابق أعطت الحق لمشتري الأسهم بصفقة آجلة أثناء الآجل ببيع جميع الأسهم محل التعاقد في السوق الفورية، ووضعت التزاماً على عاتق غرفة المقاصة في هذه الحالة بقيد سعر الإنهاء في حساب البائع لديها، وتسليمه إليه في موعد التسوية التالي، بينما كان الحكم في المادة الحادية عشرة من ذات القرار أنَّه إذا قام المشتري ببيع جزء من الأسهم وقت الآجل، فتقوم عندها غرفة المقاصة بخصم هذا المبلغ من سعر الإنهاء وقيده في حساب البائع، وتسليمه إليه أيضاً في موعد التسوية التالي.

ومن الواضح أنَّ القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ قد فتح المجال لمشتري العقد الآجل بالمضاربة على الأسعار بين السوقيين الآجلة والعاجلة، عبر شراء أسهم بالآجل وبيعها بربح بصفقة فورية قبل حلول الآجل وإعطاء البائع حقه من سعر الإنهاء، ويبدو أنَّ سبب السماح بمثل هذه التعاملات التداولية هو اعتبار لجنة السوق أنَّ واقعة بيع المشتري بالآجل للأسهم في السوق العاجلة يُعد بمثابة إظهار رغبته بتسوية الصفقة خلال فترة الأجل، وهو ما يساعد في طرح السيولة في السوق، ويوجد حلاً لبعض الصفقات الآجلة العالقة إن لم يستطيع المشتري الإيفاء بسعر الإنهاء.

ولكن يجب رفع درجة الحذر إلى أقصاها مع مثل هذه التداولات، كما يجب أن تقوم هيئة سوق المال بفحص دقيق لإمكانية وجود تلاعب بأسعار الأوراق المالية العاجلة عبر عقد صفقات آجلة وبيعها في السوق قبل حلول أجلها، فهذه الحالة التداولية تساعد في عملية التلاعب بأسعار العقود الفورية، وتوجد حلاً للمتلاعب بالأسعار حتى يتقاضى ربحه غير المشروع، ولذلك نقترح عدم السماح بهذه التداولات في حالات اضطراب السوق.

وبعد أن قمنا بدراسة إجراء التعامل الآجل والبيوع المستقبلية في سوق الأوراق المالية في المبحث الأول، علينا أن ندرس في المبحث الثاني الحقوق التي يمنحها التعامل الآجل.

المبحث الثاني

الحقوق التي يمنحها التعامل الآجل والبيوع المستقبلية

عندما يتم وضع نظام لأيّ تعاملٍ كان، يتوجّب على واضعيه تنظيم الحقوق التي تعطيها لكل طرف من أطراف هذا التعامل، والتي تُعتبر حقاً لصاحبها وواجباً على الطرف الآخر.

وفي مجال التعامل الآجل والبيوع المستقبلية، فإنّ خصوصية هذه التعاملات تستتبع إيجاد نظام خاص بالحقوق التي تمنحها لأطرافه، وقد كان لتنظيم هذه التعاملات الآجلة عبر قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ موقف متميّز من تنظيم الحقوق المتعلقة بالعقود الآجلة.

حيث إنّ القرار المذكور قد أعطى حقوقاً خاصة بالأسهم محل التعاملات الآجلة، وأعطى حقوقاً أخرى خاصّة بإنهاء العقد الآجل. وسوف ندرس هذه الحقوق في المطلبين التاليين.

المطلب الأول

الحقوق الخاصة بالأسهم خلال مدة الآجل

تُنشئ العقود الآجلة فترة في غاية الحساسية، وهي مدة الآجل التي عرّفتها المادة الأولى من القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ بأنّها المدة التي "يجوز من خلالها تنفيذ العقد أو طلب إنهائه والتي ينتهي العقد بانقضائها"، فهذه المدة تتميز بأنّ الأسهم محل التعاقد لم تعد ملكاً خالصاً للبائع، لأنّها تُسجّل باسم غرفة المقاصة وفور إتمام التعامل تنتقل إلى المشتري، ومن جهة أخرى فهي ليست ملكاً للمشتري لأنّه لم يؤدّ بعد التزاماته الخاصة بالعقد ولا يمكن ضمان عدم رجوعه عن تنفيذها، ولذلك تبقى الأسهم باسم غرفة المقاصة خلال مدة الآجل.

وخلال هذه المدة الحساسة تبقى الحقوق التي تعطيها الأسهم بحاجة إلى أحكام خاصة بها، وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق متعلّقة بذات الأسهم، وحقوق

متعلّقة بالتغييرات التي قد تحدث عليها، وسوف ندرس قواعد تنظيم هذه الحقوق خلال مدة الآجل فيما يلي.

أولاً - الحقوق المتعلقة بذات الأسهم:

تُعطي الأسهم لحاملها بعض الحقوق الناتجة عن تملكه حصّة من الشركة المساهمة تتمثّل بهذه الأسهم، ومن أهم الحقوق المتعلقة بذات الأسهم، الحق بتقاضي الأرباح، والحق بالتصويت في الجمعية العامة، وسوف ندرس قواعد وأحكام هذين الحقّين خلال مدة الآجل عبر الفقرتين التاليتين.

أ - الحق بتقاضي أرباح الأسهم:

إنّ من حق المساهم تقاضي الأرباح عن أسهمه متى تمّ إقرار توزيعها، ولكن ما الحكم لو أنّ عقداً آجلاً تمّ على هذه الأسهم وكانت الأرباح سوف توزّع عليها خلال مدة الآجل التي تسجل فيها الأسهم باسم غرفة المقاصة؟.

أجابت لجنة سوق الكويت للأوراق المالية عن هذا السؤال عبر القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بالتعامل الآجل والبيوع المستقبلية؛ حيث ذكرت المادة ١٤ من هذا القرار حكم الأرباح التي توزّع نقداً، أو التي توزّع عبر أسهم المنحة، وسوف ندرس هاتين الحالتين فيما يلي.

١ - تقاضي الأرباح الموزّعة نقداً:

اعتبر قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لعام ١٩٦٠ أنّ المساهمين الذين اكتتبوا بأسهم الشركة هم أعضاء فيها (المادة ١٣٠)، وأنّ العضو يتمتّع بشكل خاص بمجموعة من الحقوق، أولها قبض الأرباح والفوائد التي يتم إقرار توزيعها على المساهمين (المادة ١٣١/أولاً).

ونصّت المادة ١٤ من القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ على أنّ تعود الأرباح التي يتم توزيعها نقداً عن الأسهم محل العقد الآجل إلى بائعها وتخصم من سعر الإنهاء، كما تتولّى غرفة المقاصة تحصيلها.

وقد آثرت لجنة سوق الكويت للأوراق المالية عبر القاعدة السابقة إعطاء الأرباح لبائع العقد الآجل، وهي مُحَقَّةٌ بذلك، فالبائع لا يزال في موقع قانوني أقرب من المشتري للأسهم محل العقد الآجل، فهو لم يتقاضَ بعد إلا جزءاً من ثمنها، على الرغم من قيامه بالتزامه بتسليم الأسهم إلى غرفة المقاصة خلال مدة الآجل، وعلى الرغم من أنَّ الغرفة المذكورة سجَّلت هذه الأسهم باسمها.

ونكرت القاعدة السابقة أنَّ الأرباح التي يتقاضاها بائع الآجل تُخصم من سعر الإنهاء، وذلك لأنَّ البائع يكون قد تقاضى أكثر من حقه لو أخذ سعر الإنهاء كاملاً، فالمشتري الذي حُرِمَ من تقاضي الأرباح خلال مدة الآجل وهو قد يصبح مالكاً لها، لا يجب إلزامه بأكثر من قيمة سعر الإنهاء.

وطالما أنَّ البائع تقاضى أرباحاً عن الأسهم، فهو قد تقاضى ما كان يجب أن يتقاضاه المشتري فيما لو أتمَّ الصفقة، ولذلك ومع إتمام صفقة البيع الآجل لا يبقى على المشتري إلا أن يدفع ما بقي من سعر الإنهاء بعد خصم الأرباح التي آلت للبائع.

وتستمر بعد ذلك غرفة المقاصة بالقيام بدورها الضامن للتعامل الآجل والبيوع المستقبلية، وتقوم هي بنفسها بتحصيل الأرباح، وليس البائع، وتقوم كذلك بخصمها من سعر الإنهاء، وفي هذا حكمة تنظيمية كبيرة؛ حيث إنَّ قيام غرفة المقاصة بهذا الدور تريح طرفي العقد الآجل، وتعطيهم الثقة اللازمة لإتمام العقد.

٢ - استلام أسهم المنحة:

قد تقوم الشركة بتوزيعات خاصَّة للأرباح على المساهمين، وقد تتمثَّل هذه الأرباح بصورة أسهم تمنحها لهم، ويعتبر استلام هذه الأسهم من حقوق مالك الأسهم الأصلية التي أعطت المساهم صفة العضوية بالشركة المساهمة، والتي أعطته الحق بتقاضي هذه التوزيعات، ومن ضمنها أسهم المنحة، وتقوم الشركة

عادة بتوزيع الأرباح على شكل أسهم إذا أرادت الاحتفاظ بالسيولة فتقوم بحساب أرباحها وإصدار أسهم جديدة^(٤٧).

وبالنسبة للأسهم التي تشكل محلاً لعقد آجل، والتي تقرّر توزيع أسهم منحة عليها، فلم يسمح القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية في سوق الكويت للأوراق المالية لأي من بائع الآجل أو مشتريه بالاحتفاظ بأسهم المنحة هذه.

حيث نصّت المادة ١٤ من القرار المذكور على أن تقوم غرفة المقاصة بالاحتفاظ بأسهم المنحة، وأن تخصم قيمتها من الثمن الباقي، ويتم تسليمها للمشتري إذا قام بدفع سعر الإنهاء، أو ترد هذه الأسهم للبائع بالإضافة إلى الأسهم محل التعاقد الآجل إذا انتهى العقد ولم يقم المشتري بتسديد سعر الإنهاء.

ومن العادل أن تحتفظ غرفة المقاصة بأسهم المنحة الموزعة على الأسهم محل العقد الآجل، فهي جهة موضوعية لا مصلحة لها سوى في حسن سير أعمال سوق الأوراق المالية، والقيام بواجبات تسوية الصفقات، وهي بصفقتها الشخصية تقوم بحل وسط يرضي طرفي العقد الآجل.

ويبقى تسديد سعر الإنهاء - المبلغ الباقي من الصفقة الآجلة - هو عنصر الفصل في تسليم أسهم المنحة لمشتري العقد الآجل، بينما يبقى حق البائع في هذه الأسهم إذا لم يتم تنفيذ العقد الآجل ولم يتقاضَ سعر الإنهاء، وهي قواعد عادلة وتضمن حقوق طرفي العقد الآجل.

(٤٧) إسماعيل فيربر، كل شيء عن البورصة، حقوق الترجمة العربية والنشر والتوزيع لمكتبة جرير، الرياض، عام ٢٠٠٧، الطبعة الأولى، الصفحة ٢٩، العنوان الأصلي للكتاب بالانكليزية:

Esmé Faerber, ALL ABOUT STOCKS, McGraw - Hill, New York, 2000, Second Edition.

ب - حق التصويت في الجمعية العامة:

تُعقد في الشركة اجتماعات تضم المساهمين في الشركة بشكل دوري أو استثنائي، وتهدف هذه الاجتماعات إلى اتّخاذ القرارات الدورية أو المصيرية والتي يجب الرجوع فيها إلى مُلاك الشركة من المساهمين.

وحتى يستطيع المساهم أن يشارك بقراره في هذه الاجتماعات يتوجب أن يكون مُتَمَتِّعاً بحق التصويت فيها، ولذلك أعطى قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لعام ١٩٦٠ في الفقرة الثالثة من المادة ١٣١ منه لأعضاء الشركة المساهمة - والمساهم عضو طبعاً- الحق بالمساهمة في إدارة أعمال الشركة في الجمعيات العامة طبقاً لنظامها، وذلك يعتبر إقراراً صريحاً بوجود صوت للمساهم في هذه الاجتماعات.

وتظهر إشكالية حق التصويت المقترن بالأسهم خلال مدة العقد الآجل، فهل يبقى هذا الحق بحوزة بائع العقد الآجل أم أنّه ينتقل إلى مشتريه؟

أجابت لجنة سوق الكويت للأوراق المالية عن هذا السؤال عبر نص المادة ١٥ من القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بالتعامل الآجل والبيع المستقبلية؛ حيث إنّ هذه المادة أعطت المشتري الحق بأن يطلب إعطائه حق التصويت الخاص بالأسهم المتعاقد عليها بالآجل من غرفة المقاصة، وألزمت المادة السابقة غرفة المقاصة أيضاً بإعطاء المشتري التفويض الخاص بالحق بالتصويت، وسوف ندرس هذا الطلب والإلزام فيما يلي.

١ - طلب مشتري العقد الآجل ممارسة حق التصويت:

يتميّز مركز مشتري العقد الآجل بأنّه غامض وغير معروف النهاية، فطالما كان يتمتّع بحق إنهاء العقد، وطالما أنّه لم يدفع من ثمن الصفقة إلاّ سعر الآجل والدفعة المقدّمة، فلا يمكن التأكّد بشكل قاطع من جدية رغبة مشتري العقد الآجل بشراء الأسهم، ولا بقراره النهائي بخصوصها.

وعلى هذا، فلا يمكن إعطاء المشتري الحق بالتصويت في الجمعية العامة للشركة المساهمة بدون التأكّد من رغبته بتمثيل هذه الأسهم في الاجتماع،

والتأكد من نيته لتحمل المسؤولية عن تسيير الشركة واتخاذ قراراتها، ويكون ذلك بشكل مبدئي عبر اشتراط تقديمه لطلب إعطائه حق التصويت عن الأسهم إلى غرفة المقاصة.

وهنا تظهر لنا علة جديدة من النص على ضرورة تقديم طلب التصويت، وهو أنَّ الأسهم انتقلت إلى اسم غرفة المقاصة منذ إجراءات عقد الصفقة، وبالتالي فمن غير الممكن أن يصوت المشتري بدون تفويض صريح من هذه الغرفة، وبهذا يتبين لنا الدور المهم الذي تلعبه غرفة المقاصة على صعيد تخفيض مخاطر التعاقد الآجل^(٤٨)، وإعطاء كل من المتعاقدين الحقوق بشكل متوازن وحريص.

ومن جهتنا، فإننا نرى ضرورة عدم الاقتصار على اشتراط تقديم طلب لغرفة المقاصة، وأن يتم طلب تعهد خطي من مشتري العقد الآجل بأنه يريد استعمال حق التصويت؛ لأنه يريد تمثيل الأسهم في الجمعية العامة، وأنه سوف يدلي بصوته بشكل جدي ومنطقي بدون استخفاف أو تلاعب بهذا الحق.

فمشتري العقد الآجل قد يكون متخذاً لقرار إنهاء العقد في داخله، وفي الوقت نفسه يطلب استعمال حق التصويت من غرفة المقاصة لتحقيق أغراض غير مشروعة، ومنها التأثير على قرارات الشركة بما يخدم مصالحه أو مصالح شركاته أو مصالح الكيانات المرتبطة بها، أو القيام بالتصويت في الاتجاه الذي يريده أحد كبار المساهمين بمقابل مادي - أي أن يبيع صوته -، أو دفع الشركة إلى اتخاذ قرارات تساهم في تغيير اتجاه أسعارها بالشكل الذي يخدم مصالحه.

وهذا ما يعني أنَّ مشتري الآجل بإمكانه التلاعب بأسعار السوق العاجلة عبر استعمال حقه بطلب التصويت.

(٤٨) Jerry W. Markham, "Confederate Bonds," "General Custer," and the Regulation of Derivative Financial Instruments", op.cit, page 63.

وكل هذه الاستعمالات الخطيرة لحق التصويت نتجت عن كون مشتري العقد الآجل غير آبه بمستقبل الشركة ولا بالمستقبل البعيد لأسعار أسهمها، طالما أنَّ بإمكانه إنهاء العقد والخروج من الصفقة، وهو ما يدفعنا لدراسة موقف غرفة المقاصة من إعطاء الحق بالتصويت لمشتري العقد الآجل.

٢ - إلزام غرفة المقاصة بإعطاء التفويض بالتصويت:

نصّت المادة ١٥ من القرار السابق رقم ١ لعام ٢٠٠٩ بشكل حرفي حول موضوع إعطاء مشتري العقد الآجل للتفويض بالتصويت أنَّ: "على غرفة المقاصة تزويده بتفويض يسمح له بذلك"، ومن الواضح من ألفاظ هذا النص أنَّ إعطاء التفويض بالتصويت للمشتري يعتبر مُلزماً عند طلبه.

ويعني هذا الإلزام أنَّ غرفة المقاصة لا تملك حق التقدير في هذا الموقف، فعليها تسليم التفويض بالتصويت إلى مشتري العقد الآجل، وإن كانت مرتابة لكونه غير جاد أو متلاعب وله غايات غير مشروعة دفعته لطلب التصويت في الجمعية العامة.

وفي الواقع نحن نقترح أن يتم تعديل النص السابق، واستبدال جملة "على غرفة المقاصة..." المذكورة أعلاه، بجملة "ويمكن لغرفة المقاصة تزويده بتفويض يسمح له بذلك"، وبهذا نعطي غرفة المقاصة الحق برفض طلب مشتري العقد الآجل إعطائه التفويض بالتصويت.

وهذا التعديل يعتبر ضرورياً - برأينا - لأنَّ مشتري العقد الآجل قد يُقَدِّم على الدخول في هذه الصفقة الآجلة فقط، بغاية الحصول على هذا التفويض والتلاعب بأسعار أسهم الشركة في السوق العاجلة عبر المساهمة بقرارات تخدم مصلحته، وبعدها يخسر ما دفعه في بداية التعاقد الآجل ويكسب أضعافه من التعامل في السوق العاجلة بعد ما تصل أسعار الأسهم إلى الحدود المصطنعة التي أرادها.

ونعطي مثلاً لذلك مشتري الأسهم بخيار الشراء، والذي تتلخّص مصلحته بشكل دائم في ارتفاع الأسعار غير المحدود، فقد يقوم بالتعاقد الآجل على عدد

كبير من الأسهم لتحصيل عدد أصوات كافي من أجل أن تتخذ الشركة قراراً بتوزيع الأرباح على المساهمين بدلاً من تدويرها وإعادة استثمارها إلى رأس المال، ومثل هذا القرار سوف يرفع أسعار الأسهم، فيقوم بشراء أسهم ذات الشركة في السوق الفورية قبل عقد الجمعية العامة وبيعها بعده، فيحقق أرباحاً كبيرة، وينتهي التعاقد الآجل بعد أن تعاود الأسعار النزول لتعود إلى حدودها الطبيعية، فمثل هذه الممارسات تحمل ملامح مخالفات تعامل المٌطلعين والتلاعب بالأسعار، وكلُّها جاءت بسبب إعطاء مشتري العقد الآجل الحق بطلب التفويض بالتصويت وإلزام غرفة المقاصة على الموافقة على هذا الطلب.

ونحن نعلم أنَّ عدداً كبيراً من مشتري العقود الآجلة قد يتم رفض طلباتهم للتصويت، وهذا قد يؤثر على الإقبال على هذا النوع من العقود، ولكن التلاعب بأسعار الشركة سوف يؤدي إلى الإقلال من الإقبال على سوق الأوراق المالية كُلِّها، وطعن ثقة المستثمر فيها، وتشويه أسعارها، واضطراب مؤشراتنا، وفي النهاية انهيارها تماماً، ولذلك تقتضي ضرورة حماية السوق عدم إطلاق حق مشتري العقد الآجل بالحصول على التفويض بالتصويت.

وننتقل الآن لدراسة حقوق التعاقد الآجل في حالات تتعلق بالتغيرات الخاصة بالأسهم محل التعاقد الآجل. وذلك في الفقرة التالية.

ثانياً - الحقوق المتعلقة بتغيرات الأسهم:

في ظل حياة الشركة تحصل تغيرات كثيرة على أسهمها، فقد تحتاج الشركة لتمويل كبير متعلق بمشروع جديد، فتقوم بإصدار أسهم جديدة يكتتب عليها المساهمون، وقد تقوم بتجزئة الأسهم أو بتخفيض رأس المال، وكل هذه الحالات تنتج حقوقاً على الأسهم تحتاج لأحكام صريحة فيما يتعلق بالتعاقد الآجل على الأسهم التي تتعرض لمثل هذه الأحداث.

وسوف ندرس حق المساهم بالاكنتاب على الأسهم الجديدة، والحق الخاص بتجزئة الأسهم وتخفيض رأس المال، وذلك إذا كانت الأسهم محلاً لعقد آجل خلال مدة الأجل.

أ - الحق بالاككتاب الخاص بزيادة الأسهم:

على اعتبار أنَّ المساهمين القدامى هم من قامت وتطوّرت الشركة بفضل مساهماتهم، أقرَّ قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لعام ١٩٦٠ في المادة ١١١ منه، على حكم خاص بالمساهمين عند طرح الاككتاب على أسهم جديدة، يتمثّل بحقّهم بالأولوية في الاككتاب بحصة من الأسهم الجديدة تكون متناسبة مع عدد أسهمه، وتمنح مدة لممارسة حق الأولوية، يجب ألا تقل عن ١٥ يوماً من تاريخ نشر دعوة المساهمين لممارسة حق الاككتاب هذا، وهو ما يسمّيه البعض بـ "حق الشفعة"^(٤٩) والغاية من إعطاء المساهمين القدامى هذه الأفضلية هي حق المساهم بالاستفادة من موجودات الشركة بدلاً من أن يزاحمه عليها المكتتبون الجدد^(٥٠) ففي ذلك ضرر أكيد للمساهمين الأصليين^(٥١).

فإذا كان المساهم قد باع أسهمه بعقد آجل، وخلال مدة الآجل أصدرت الشركة أسهماً للاككتاب، فما حكم حقه بالاككتاب على الأسهم الجديدة، هل يبقى حاملاً لهذا الحق أم ينتقل بشكل كامل لمشتري الأسهم بالآجل؟

جاء قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية بحل وسط لهذه الإشكالية؛ حيث نصّت المادة ١٦ منه على إعطاء مشتري العقد الآجل الحق بأن يطلب من غرفة المقاصة أن تكتتب بأسهم الزيادة على رأس المال والمتعلّقة بالأسهم المتعاقد عليها بالآجل، وذلك بشرط أن يقوم المشتري بدفع ثمن هذه الأسهم الجديدة. وسوف ندرس هذه القاعدة من حيث أسبابها ومصير الأسهم فيها عبر الفقرتين التاليتين.

(٤٩) إسماعي فيربر، كل شيء عن البورصة، مرجع سابق، الصفحة ٢٩.

(٥٠) د. جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، دمشق، منشورات جامعة دمشق، عام ٢٠٠٠، الصفحة ٤٩٥.

(٥١) محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، مرجع سابق، الصفحة ٦٤٧.

١ - أسباب إعطاء المشتري الحق بطلب اكتتاب غرفة المقاصة:

يبدو لنا أنَّ إعطاء المشتري الحق بالطلب من غرفة المقاصة أن تكتتب في الأسهم الجديدة على حسابه كان لسببين:

السبب الأول: هو أنَّ مشتري الأسهم بالآجل قد يكون جاداً بشراء الأسهم، وعندما يقوم بدفع سعر الإنهاء وتنتقل الأسهم إليه سوف يتضرر كثيراً إن حُرِم من الاكتتاب على الأسهم الجديدة، خاصّة أنَّ ذلك يعتبر تفويتاً لفرصة كبيرة في الحصول على الأسهم الجديدة بالسعر الأسمى لها والذي قد يتضاعف عدة مرات إن أُرجت الأسهم بالسوق وصار لها سعر سوقي خاص بها.

وبالمقابل فإنَّ بائع الأسهم بالآجل قد فقد رغبته بالحفاظ على هذه الأسهم، وإلّا لما باعها، وبالتالي لن يُشغل باله بإصدارات الأسهم الجديدة، على عكس المشتري المقبل على الحصول على هذه الأسهم، والذي من مصلحته الدخول بالاكتتاب الجديد.

والسبب الثاني: أنَّ مشتري الأسهم بالآجل لن يقوم بأي عملية اكتتاب فعلية؛ حيث إنَّ غرفة المقاصة هي التي ستكتتب بالأسهم الجديدة باسمها، ولكن بعد طلب المشتري، وبعد أن يقوم بدفع ثمنها، وهذا يشبه التعامل بالوكالة الخفية.

فغرفة المقاصة تشتري الأسهم الجديدة لحساب المشتري وبنقوده لكن باسمها، على الرغم من أنَّ الشركة التي أصدرت الأسهم الجديدة لا تعرف من الشخص الذي تكتتب غرفة المقاصة باسمها لحسابه، وقانونياً يجب الأخذ بالظاهر عند توافر حسن النية، وبالتالي تَعَبَّر الشركة أنَّ غرفة المقاصة هي التي تكتتب بأسهمها.

ولإزالة هذا الغموض، نقترح أن يتم النص على أن تُدَكَّر غرفة المقاصة بأنّها تكتتب بالأسهم الجديدة بناءً على طلب مشتري الآجل الفلاني الذي لا يزال عقده خاضعاً لمدة الآجل والتي لم تنتهِ بعد، ففي هذه الحالة تتّضح الأمور، ويظهر المشتري وكأنّه اشترى الأسهم بناءً على شرط واقف، يقوم

التعامل باسمه ولحسابه إن حصل هذا الشرط، وهو دفعه لسعر إنهاء الصفقة الآجلة، وتملكه للأسهم المتعاقد عليها بالآجل، فإذا لم يحصل هذا الشرط وفشلت الصفقة الآجلة، فما مصير الأسهم الجديدة التي تمّ الاكتتاب عليها من غرفة المقاصة؟.

٢ - مصير الأسهم الجديدة:

لا تظهر مشكلة حول مصير الأسهم الجديدة إن تمّ تعاقد المشتري على الأسهم بالعقد الآجل، وقام بدفع سعر الإنهاء، واستلم الأسهم المتعاقد عليها مع الأسهم الجديدة، ولكن تظهر المشكلة فيما لو لم يتمّ التعاقد على الآجل، بعد أن قامت غرفة المقاصة بالاكتتاب على الأسهم الجديدة على حساب المشتري.

فالقرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بالتعامل الآجل والبيوع المستقبلية في سوق الكويت للأوراق المالية لم يذكر مصير هذه الأسهم إن فشل التعاقد الآجل...، فهل تؤول الأسهم الجديدة مع الأخرى المتعاقد عليها للبائع، الذي يتوجب عليه بهذه الحالة دفع ثمنها، أم تعود الأسهم المتعاقد عليها بالآجل للبائع، ويأخذ المشتري الأسهم الجديدة التي دفع ثمنها.

وفي الواقع الحل الأول يجبر البائع على أمر قد لا يريده، كما أنّ المشتري في الحل الثاني إذا أخذ الأسهم الجديدة يكون قد استفاد من حق المساهم في الاكتتاب بالأسهم الجديدة على الرغم من أنّه لم يكن مساهماً لا خلال مدة الآجل ولا بعد انقضائها، ولو كان الأمر كذلك فما من حاجة فعلية لأن يطلب المساهم من غرفة المقاصة أن تكتتب بالأسهم الجديدة باسمها، وكان اكتتب فيها على حسابه وعلى مسؤوليته.

ولذلك، نرى ضرورة أن تقوم لجنة سوق الكويت للأوراق المالية بالنص على مصير هذه الأسهم المكتتب بها على أساس أسهم لم يتمّ تنفيذ التعاقد الآجل عليها، ونرى الأخذ بالحل الوسط، فعلى البائع إن أراد الاحتفاظ بالأسهم الجديدة أن يدفع ثمنها للمشتري، وتقوم غرفة المقاصة التي اكتتبت بها بتحويلها لحسابه، وإن لم يرغب البائع بذلك يحتفظ المشتري بالأسهم مع دفع

تعويض مناسب للبائع لأنَّ المشتري يكون قد استفاد من حقه بالاكتتاب على الأسهم الجديدة، إلا إذا كان سعر الآجل مرتفعاً وذكّر في العقد أنَّ سعر الآجل مُنْضَمَّن لتعويض البائع عن استعمال حقه بالاكتتاب على الأسهم الجديدة إذا قام المشتري بذلك ولم يظهر البائع رغبته بالقيام بهذا الاكتتاب.

ولا تقتصر الحقوق المتعلقة بتغييرات الأسهم على الحق بالاكتتاب على الأسهم الجديدة، فهناك الحق الخاص بتجزئة الأسهم، والحق الخاص بتخفيض رأس المال، وسوف ندرسهما في الفقرة التالية.

ب - الحق الخاص بتجزئة الأسهم وتخفيض رأس المال:

تجتمع تجزئة الأسهم مع تخفيض رأس المال في كونهما إجراءين قد تتخذهما الشركة في إطار إدارة أصولها، وينشأ عن هذين الإجراءين تغيير في الشركة. وسوف ندرس انعكاس قيام الشركة بهذه الإجراءات على حقوق طرفي العقد الآجل على الأسهم فيما يلي.

١ - تجزئة الأسهم وحقوق العقد الآجل:

قد تقوم الشركة بتجزئة الأسهم فتزيد عددها دون أن تزيد قيمتها، وهذا يعني أنَّ حامل السهم بقيمة معينة سوف يصبح حاملاً لسهمين بذات القيمة. وقد سمح قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لعام ١٩٦٠ للشركة المساهمة أن تقوم بتجزئة أسهمها المدرجة في سوق الكويت للأوراق المالية، وذلك مع توافر شرطين ذكرتهما المادة ٩٩ مكرر من القانون المذكور، الأول: أن تحصل الشركة على موافقة إدارة سوق الكويت للأوراق المالية، والثاني: أن تكون الشركة قد قامت بتوزيع أرباح لمدة سنتين متتاليتين.

وتقوم الشركة بهذا الإجراء إذا شعرت أنَّ أسهمها المتداولة غير كافية لتلبية الطلب المتزايد عليها ولا تريد القيام باكتتاب جديد، أو أنَّ أسعار أسهمها بازدياد غير طبيعي، فتقرر تقسيم قيمتها على عدد أكبر من الأسهم ممَّا يخفِّض قيمة السهم الواحد، ويبدأ السعر يأخذ شكله الطبيعي، وهو ما يعطي رواجاً أكبر

لأسهمها^(٥٢). وهذا يعني أنَّ تجزئة الأسهم يُعتبر من أساليب مواجهة تأثير التعاملات الآجلة على الأسعار السوقية في العقد الآجلة.

ونستطيع أن نسأل السؤال التالي: ما مصير الأسهم المتعاقد عليها بالآجل إذا تمَّت تجزئتها وهي لا تزال في مدة الآجل؟، وكيف سيتم حساب سعر إنهاء الصفقة بعد أن تغيرت قيمة كل سهم؟.

جاءت لجنة سوق الكويت للأوراق المالية بالإجابة عن هذا السؤال عبر القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية؛ حيث نصَّت المادة ١٧ منه على أنَّ تجزئة الأسهم يسري عليها بنفس النسبة دون تأثير في حق البائع المتمثل بتقاضي سعر الإنهاء المحدد بعقد الآجل.

وهذه القاعدة سديدة، فالتغيير الذي تسببه تجزئة الأسهم لا يؤثر في القيمة الكلية للصفقة الآجلة، وإنَّما بعدد الأسهم المتعاقد عليها، وبالتالي فإنَّ حق البائع من سعر الإنهاء يجب أن يبقى ثابتاً.

ولكن يجب التنبُّه إلى حالة ممكنة الحدوث، وهي علم مشتري العقد الآجل بنية الشركة بتجزئة أسهمها قبل إعلانها عن هذه العملية، وعلمه أنَّ عملية التجزئة هذه سوف تؤدي إلى ازدياد رواج أسهمها المجزأة وارتفاع أسعارها، وقيامه بعدها بشراء عدد من هذه الأسهم بالآجل قبل عملية التجزئة لربح فرق السعر، والمساهمة برفع أسعار الأسهم المجزأة بسبب تعاملات شراءه بالآجل التي توحى أيضاً بارتفاع الأسعار، فهذه الممارسات غير العادلة تحتوي على مخالفات للقانون فيما يتعلَّق باستغلال المعلومات الداخلية والتلاعب بالأسعار، وهو ما يشكِّل خطورة على توازن أسعار الأوراق المالية في السوق الفورية، ولهذا يجب دراسة التعاملات الآجلة التي يتم عقدها قبل تجزئة الأسهم، وتتم تسويتها بعد هذه العملية وكتابة تقرير عن كلٍّ منها، وتقدير إن كانت تستحق فتح تحقيق بالحادثة أم لا.

(٥٢) إسماعي فيربر، كل شيء عن البورصة، مرجع سابق، الصفحة ٢٧.

٢ - تخفيض رأس المال وحقوق العقد الآجل:

شرحت المادة ١١٢ من قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لعام ١٩٦٠^(٥٣) عملية خفض رأس مال الشركة المساهمة بأنّها العملية التي تقوم بها الشركة إذا زاد رأس مالها عن حاجتها، أو إذا حدثت خسارة للشركة ورأت إنقاص رأس المال إلى القيمة الموجودة فعلياً^(٥٤)، واشترطت المادة أن يستند التخفيض إلى قرار صادر من الجمعية العامة غير العادية للشركة^(٥٥)، وتتمثل أهم غايات تخفيض رأس المال بإزالة الأموال الفائضة عن حاجة الشركة، أو إذا كان رأس المال الكبير مستغرقاً بالديون والخسائر المتتالية فتعتمد الشركة إلى تخفيضه والتخلص من هذه الالتزامات حتى يعود سعر سهمها في سوق الأوراق المالية إلى الانتعاش نتيجة توزيع أرباح أكبر على عدد محدود من الأسهم^(٥٦).

وفيما يخص التعامل الآجل والبيوع المستقبلية، فإنّ قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ اعتبر في المادة ١٧ منه أنّ تخفيض رأس مال الشركة التي تمّ التعاقد الآجل على أسهمها خلال الآجل يسري على الأسهم بنفس النسبة، ولا يؤثر على حق بائع الأسهم بتقاضي سعر الإنهاء المحدد بالعقد.

(٥٣) تم النص على هذه المادة في المرسوم بقانون الكويتي رقم ٥٢، الصادر بتاريخ ١٥ / ٦ / ١٩٩٩، المعدل لقانون الشركات رقم ١٥ لعام ١٩٦٠.

(٥٤) يجب أن نميّز بين خفض رأس مال الشركة واستهلاك الأسهم، فخفض رأس المال يعني تعديله، بينما استهلاك الأسهم يتم عبر الأرباح، ولذلك لا ينطوي على تعديل لرأس المال، كما أنّ خفض رأس المال بحاجة إلى قرار من الجمعية العامة غير العادية، بينما ينص على استهلاك الأسهم في نظام الشركة. انظر: محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، العقود التجارية، الأوراق التجارية، مرجع سابق، الصفحة ٦٥٢.

(٥٥) انظر: قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لعام ١٩٦٠، المادة ١٥٨.

(٥٦) د. جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، مرجع سابق، الصفحتين ٥٠٠ و ٥٠١.

ومن الواضح أنَّ بائع الآجل لن يتأثر بعملية خفض الشركة لرأس مالها، وأنه سوف يتقاضى سعر الإنهاء كما حُدِّد بالعقد قبل عملية خفض، وهذا يضمن حق البائع ويدفعه نحو إتمام التعاقد الآجل.

ولكن أسعار أسهم مشتري الآجل - الذي اشترى الأسهم بسعرها قبل عملية خفض رأس المال - قد ترتفع بعدها؛ حيث إنَّ أرباح السهم الواحد سوف تزداد لأنَّ الأرباح سوف توزع على أسهم أقل بعد خفض رأس المال، وهذا يعني ربح شبه مضمون لمشتري العقد الآجل، وبالتالي تظهر من جديد شبهة استغلاله لمعلومات داخلية، أو تلاعبه بالأسعار لتعميق اتجاه الأسعار الصاعد، وهو ما يجب أن تنتبه له لجنة السوق إذا تمَّ عقد تعاملات آجلة قبل تخفيض رأس مال الشركة وتنفيذها بعده.

وبعد أن درسنا الحقوق الخاصة بالأسهم خلال مدة الآجل، علينا أن ندرس الحقوق المتعلقة بإنهاء العقد الآجل، وذلك في المطلب الأخير من هذا البحث.

المطلب الثاني

الحقوق الخاصة بإنهاء العقد الآجل

يجب أن نُشير إلى أنَّ مشتري العقد الآجل قد يكون مشترياً للأوراق المالية كما قد يكون بائعاً لها، ونقصد بمشتري العقد الآجل الشخص الذي دفع سعر الآجل كمقابل لتمنُّعه بحق طلب إبرام العقد أو إنهائه خلال مدة الآجل، بغض النظر عن صفته في صفقة الأوراق المالية مشترياً كان أم بائعاً.

وعلى اعتبار أنَّ العقد الآجل لا تتم تسويته بشكل فوري، فقد يترك لأحد الأطراف حق إنهاء العقد خلال مدة الآجل، وقد يكون حق الإنهاء مرتبطاً بإرادة مشتري العقد الآجل، وقد يتم في حالة معيَّنة مشروطة بحصول أحداث محدَّدة بالإضافة إلى رغبة المشتري بالإنهاء. وسوف نقوم بدراسة هذين الحقيَّين في الفقرتين التاليتين.

أولاً - إنهاء العقد الآجل المرتبط بإرادة المشتري:

يقوم مشتري العقد الآجل الذي يعطيه العقد حق إنهاء الصفقة - مثل عقد الخيار - بدفع سعر الآجل أو ما يسمى بـ "علاوة الإصدار"^(٥٧) لكي يتمتع بهذا الحق، وقد يكون هذا الحق لمصلحة مشتري الأسهم أو لمصلحة بائعها^(٥٨).

وبالتالي فإنَّ مشتري العقد الآجل يدخل في غمار التعامل الآجل؛ لأنَّه لم يتَّخذ قراراً نهائياً فيما يخص الأوراق المالية التي تعاقد عليها بالآجل بعد، كما أنَّ بائع العقد على بينة من أمره، ويعرف أنَّ التعاقد قد يؤوّل للإلغاء في فترة الآجل بناءً على محض إرادة مشتريه، ولهذا تلقَّى سعر الآجل كمقابل لإعطاء هذا الحق لمشتري العقد.

ويستطيع مشتري العقد الآجل إنهاء العقد بمحض إرادته في حالتين، الأولى هي أن يطلب ذلك الإنهاء صراحة، والثانية هي ألا يقوم بالالتزامات التي يضعها عليه العقد قاصداً إنهائه. وسوف ندرس هاتين الحالتين فيما يلي:

أ - طلب إنهاء العقد الآجل من مشتريه:

قد يظهر لمشتري العقد الآجل خطأ تقديره عندما أبرم العقد، وتتغيَّر أسعار الأسهم التي تعاقد عليها في غير مصلحته، فيرى أنَّ إتمام العقد ليس في مصلحته، ولذا يقرَّر استخدام حقه المتعلِّق بإنهاء العقد الآجل من طرفه، وبطلب صريح كما نصَّت الفقرة ب من المادة ١٢ من قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية المتعلِّق بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية.

(٥٧) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الإطار القانوني لخيار شراء القيم المنقولة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، الصفحة ٦٨.

(٥٨) محمد يوسف ياسين، البورصة، عمليات البورصة - تنازع القوانين - اختصاص المحاكم، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، عام ٢٠٠٤، الطبعة الأولى، الصفحة ١١٣.

ونقترح فيما يخص طلب الإنهاء هذا وضع محورين لدراسته من لجنة السوق إذا حامت شبهة حول هذا الإنهاء، بأنّه قد جاء للتلاعب بالأسعار أو لإنهاء عملية ناجحة للتلاعب بأسعار الأوراق المالية في السوق العاجلة، وهذان المحوران هما:

١ - المحور الأول: دراسة توقيت طلب إنهاء العقد الآجل:

من الطبيعي أن يقوم مشتري العقد الآجل بإنهائه إذا تغيرت الأسعار بطريقة مختلفة عن تلك التي خطّط لها، ونضرب مثلاً لذلك ببائع الأسهم بالخيار والذي يتوقّع انخفاض أسعارها، ولذلك يقوم ببيعها بسعر محدد ويعطي نفسه مدة الآجل ليتخذ القرار النهائي مقابل دفعه لمبلغ سعر الآجل، فإذا انخفضت الأسعار فعلاً يُظهر رغبته بإتمام العقد ويكون قد باع الأسهم بسعرها القديم الذي انخفض في وقت التسوية، أمّا إذا بقيت أسعار الأسهم على ما هي عليه أو إذا ارتفعت، فسوف تلحق بالبائع خسارة مؤكّدة لو نفذ العقد الآجل ولذلك يطلب إنهائه.

ولكنّ التحرك المذكور في سعر الأسهم يحتاج لبعض الوقت لكي يظهر ويتبلور، فإذا قام مشتري العقد الآجل بطلب إنهائه في وقت غريب مُبكر أو مُتأخّر، تظهر هنا إمكانية قيام مشتري العقد بعملية تلاعب بالأسعار، وهذه الممارسات هي التي وسّعت من نطاق عمل لجنة الأوراق المالية والبورصة الأمريكية (SEC) إلى سوق الخيار؛ خوفاً من إحداث تأثير مقصود عبر عقود الخيار الآجلة على أسعار السوق العاجلة^(٥٩)، وينتج عن هذا التأثير المقصود آثار شديدة الإضرار في النظام المالي تبدأ بالإفلاس^(٦٠) وتنتهي ببث الاضطراب في السوق ككل.

(٥٩) د. منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، الإسكندرية، منشأة المعارف، عام ١٩٩٩، الصفحة ١٨٩.

(٦٠) Gunther Capelle-Blancard, "Les Marches Derives Sont-Ils Dangereux?", op.cit, page 6.

فإذا قام مشتري العقد الآجل بإنهاء العقد فور إنشائه قبل أن تظهر تحركات الأسعار بشكل واضح، تظهر إمكانية قيامه بعقد هذه الصفقة الآجلة بغرض إنشاء قوة سعرية مُعَيَّنة، وعندما تظهر يقوم بإنهاء العقد الآجل وتسوية التعاملات العاجلة الفورية بالسعر الجديد المصطنع.

أمّا إن قام بإنهاء العقد الآجل بشكل متأخر جداً أي مع اللحظات الأخير من عمر فترة الآجل، على الرغم من أنّ تحرك الأسعار لم يكن مفاجئاً، فتظهر إمكانية اتجاه إرادة مشتري العقد لإنشاء انطباع خطأ لدى المتعاملين في السوق يريده أن يدوم لأطول فترة ممكنة.

وبالتالي على هيئة سوق المال الانتباه إلى أي طلب إنهاء للعقود الآجلة إن جاء توقيته غريباً، كما عليها أن تفسّر هذا القرار الاستثماري بمحاولة معرفة الغاية من الطلب الإنهاء.

٢ - المحور الثاني: دراسة الغاية من طلب إنهاء العقد الآجل:

يهدف المتعامل بالعقد الآجل إلى تحقيق الربح من فروق الأسعار بين وقتين، وقت إبرام الصفقة ووقت تنفيذها وتسويتها، ولذلك تظهر بسهولة الغاية من قيام مشتري العقد الآجل بإنهائه إذا كان يتعامل بشكل طبيعي.

فلو أنّ مشتري الأسهم بـ "خيار الشراء" "Call Option" ^(٦١) ألغى الصفقة بعد أن انخفضت أسعار الأسهم التي تعاقد عليها بالآجل، فتفسير هذا القرار الاستثماري بسيط، وهو أنّ الأسهم التي اشتراها بسعر معين وقت عقد الصفقة قد فقدت جاذبيتها وانخفضت أسعارها في السوق، وإن نفذ العقد الآجل سيكون قد اشتراها بسعرها القديم المرتفع، وخسر الفرق بين سعرها السوقي القديم والجديد، ولذلك يُقرّر إنهاء العقد.

(٦١) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الإطار القانوني لخيار شراء القيم المنقولة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، الصفحة ١٠.

ولكن لو قام مشتري الأسهم المذكور بإنهاء العقد على الرغم من ارتفاع أسعارها وقت طلبه عن سعرها وقت عقد الصفقة، فلا تظهر أي غاية استثمارية لقرار الإنهاء هذا، بل إنَّ المشتري يكون قد أوقع نفسه بخسارة فرق السعر، ولكنَّ الواقع قد يكون أنَّه قد ربح أضعاف خسارته في السوق العاجلة الفورية بعد أن رفع الأسعار هناك بعقده لصفقات شراء آجلة توهي للمتعاملين بأنَّ أسعار الأسهم التي تعاقد عليها بالآجل سوف ترتفع.

وبالمثل فإنَّ بائع الأسهم بـ "خيار البيع" "Put option" (٦٢) إن قام بإلغاء الصفقة على الرغم من انخفاض أسعارها، فهو يتلقى خسارة مؤكدة، لكنَّه قد يكون خطَّط لخفض أسعار الأسهم في السوق العاجلة عبر تعاملات البيع الآجلة التي توهي بانخفاض الأسعار، وذلك بغاية الاستزادة من هذه الأسهم، وشراء أكبر كمية ممكنة، منها واحتكارها والاستحواذ عليها بأرخص ثمن ممكن.

ولذلك على هيئة سوق المال أن تُبقى أعينها مفتوحة على أي طلب لإنهاء لعقد آجل إن لم تكن مصلحة مُتَّخِذَه في هذا القرار الاستثماري، فالغاية من هذا التعامل الآجل قد تكون التلاعب بأسعار الأوراق المالية في السوق العاجلة.

وليس من الضروري أن يُظهر مشتري العقد الآجل رغبته الصريحة بإنهاء العقد الآجل إن أراد إنتهائه، فبإمكانه أن يترك التزاماته الخاصة بتنفيذ العقد. وسوف ندرس طريقة الإنهاء هذه في الفقرة القادمة.

ب - عدم قيام مشتري العقد الآجل بالتزاماته:

على اعتبار أنَّ مشتري العقد الآجل مسؤول عن متابعة حلول أجل عقده من حيث انتهاء مدته أو نشوء الحاجة إلى زيادة الدفعة المقدمة، وفقاً للمادة ٢١ من قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩، فإنَّ المشتري يستطيع أن يُنهي العقد الآجل بإرادته إن لم يتم بدفع سعر إنهاء الصفقة في ساعات العمل الرسمية في ذات اليوم الذي ينتهي العقد فيه، وقد ذكرت أيضاً

(٦٢) المرجع السابق.

الفقرة أ من المادة ١٢ من القرار المذكور أنَّ الأسهم محل العقد الآجل تؤول في هذه الحالة إلى صانع السوق، وتتم التسوية في يوم العمل التالي. وبالتالي يُشترط حتى يتم إنهاء العقد الآجل عبر عدم قيام مشتريه بالتزاماته ألا يقوم بدفع سعر إنهاء الصفقة، وأن يكون عدم الالتزام هذا قد حصل في آخر يوم للعقد الآجل. وسوف ندرس هذين الشرطين في الفقرتين التاليتين.

١ - عدم دفع سعر إنهاء الصفقة:

يُعتبر المبلغ المتبقي من سعر الصفقة الآجلة هو سعر إنهاء الصفقة، ويعني دفع هذا المبلغ من مشتري العقد الآجل خلال مدة سريان العقد ببساطة انعقاد الصفقة وضرورة تسويتها، ونقل الأسهم محلها إلى ملكية المشتري.

ويتمثل امتناع مشتري العقد الآجل عن دفع سعر الإنهاء خلال مدة الآجل، إظهاراً سلبياً لرغبته بعدم إتمام الصفقة، وهذا يعني أنَّ المشتري الذي يملك حق إنهاء العقد بمحض إرادته يستطيع أن يمارس هذا الحق بفعل إيجابي وهو طلب الإنهاء الصريح، أو بالامتناع السلبي عن دفع سعر الإنهاء.

ولكن متى يستخدم مشتري العقد الآجل الإنهاء الصريح، ومتى يستخدم الإنهاء السلبي؟

يبدو لنا أنَّ طلب الإنهاء الصريح يستخدمه المشتري في بعض الحالات التي يتأكد من خلالها أنه لا يمكن أن يقبل بالصفقة مستقبلاً، مثل أن تتحرك الأسعار بشكل عميق بعيداً عن أهداف مشتري الآجل، بينما يقوم بالامتناع عن دفع سعر الإنهاء وينهي الصفقة بهذا الفعل السلبي في حالتين برأينا.

الحالة الأولى: إذا كان مشتري العقد الآجل يتوقَّع تحركاً مهماً بالأسعار سيأتي في آخر مدة الآجل، فلا يطلب إنهاء العقد آملاً أن يحدث هذا التغير في آخر لحظة، ومن ثم لا يحدث، فلا يقوم بدفع سعر الإنهاء.

والحالة الثانية: إن كان الغرض من عقد الصفقة الآجلة إنشاء قوة سعرية تُحرِّك أسعار الأسهم بالاتجاه الذي يخدم مصلحته في السوق الفورية، ولا يريد

المشتري إزالة هذه القوة السعريّة بإنهاء العقد، ويريد إبقاء الحالة غير الطبيعية اقتصادياً في السوق^(٦٣)، والتي تسبّب بها عبر قيامه بالتلاعب بالأسعار.

لذا فإنّ على هيئة سوق المال التحقيق في العقود الآجلة المنتهية بسبب عدم دفع سعر الإنهاء، وذلك إذا تبين للهيئة أن المشتري لم تكن له مصلحة حقيقة في الصفقة، ولم تبدّ عليه ملامح الجدية لإتمام الصفقة حتى لو تحرك السعر بالاتجاه الذي يريد.

٢ - عدم الالتزام بالدفع في آخر يوم للعقد الآجل:

يملك مشتري العقد الآجل الحق بطلب إنهاء أو تنفيذ الصفقة حتى آخر يوم من مدة الآجل التي تمّ الاتفاق عليها في العقد، فإذا لم يقم المشتري بأي عمل حتى آخر يوم من مدة الآجل، ومضت ساعات العمل الرسمية دون أن يدفع سعر الإنهاء تعتبر الصفقة الآجلة مُنتهية.

واللافت للنظر في هذه القاعدة أنّ مشتري العقد الآجل لديه مساحة كبيرة للتحرك، وأساليب متنوعة في قبول وإنهاء العقد الآجل، ولكن ليس لديه الحق بتمديد مدة الآجل، وهذا يعني أنّ قراره الذي يتخذه خلال مدة الآجل سيكون نهائياً.

ومن الجيد عدم النص على السماح لمشتري العقد الآجل بتمديده، فحتى لو لم يتجاوز العقد الحد الأعلى للأجل بعد تمديده، فإنّ واقعة التمديد تحمل مُطاطلة لبائع هذا العقد، كما أنّ تمديد العقد يحمل دلالة إنشاء عقد جديد بالنسبة للمتعاملين في السوق، ممّا قد يدفعهم لاتخاذ قرار استثماري في نفس الاتجاه، فقد يقوم بخفض الأسعار، وبعد زوال تأثير التلاعب يظهر أنّ السعر الحقيقي للأسهم أعلى بكثير من السعر الذي تمّت فيه صفقات ضحايا عملية التلاعب خلال "السوق المُنحدر" "declining market"^(٦٤). وهو ما قد

(٦٣) Fabian Muniesa, "Le marché comme solution informatique: le cas du Arizona Stock Exchange", op.cit, page 13.

(٦٤) PH. D. A. J. Cataldo, PH. D. Larry. Killough, "Market Makers' Methods of Stock Manipulation", op.cit, page 10.

يستخدمه مشتري العقد الآجل للتلاعب بأسعار الأوراق المالية في السوق العاجلة، وبشكل خاص لرفع أسعار الأسهم إذا كان مشتري العقد مشترياً للأسهم على الآجل، وقد حدثت مثل حالة التلاعب هذه في الولايات المتحدة عام ١٩٢٩^(٦٥).

ومن جهة أخرى، فقد يحدث إنهاء العقد الآجل عبر حالة معينة تحمل بالإضافة إلى إرادة المشتري شرطاً آخر، سوف ندرسهما في الفقرة التالية.

ثانياً - إنهاء العقد الآجل المرتبط بحدوث انخفاض بالأسعار:

يقوم مشتري العقد الآجل في الواقع باحتجاز الأسهم محل هذا العقد إلى أن تنتهي مدة الآجل مقابل سعر الآجل، وذلك لعدم رغبته باتخاذ قرار استثماري يخص هذه الأسهم بشكل فوري، فيؤجل تنفيذ العقد إلى أجل آخر؛ علّ الأسعار تتحرك في صالحه ويُقرّر بعدها تنفيذ الصفقة، أو لرغبته بالمضاربة على أسعار الأسهم عبر توقُّع أسعارها في المستقبل، فالتعاملات الآجلة لطالما أخذت طابعاً مضاربياً^(٦٦)، أو لرغبته بالقيام بعملية الـ "مُرَاجَعة" "Arbitrage"، وهي تعني بيع ما تمّ شراؤه في السوق العاجلة بصفقة آجلة أو العكس، وذلك اتِّقاءً للتحركات المفاجئة بالأسعار في السوق وللخسائر التي قد تسببها، كما ينتج من هذه العملية أرباح تتمثّل بفرق السعر بين السوقيين العاجلة والآجلة وبدون التعرض للمخاطر.

وكل هذه الأهداف والمصالح التي قد يُحقِّقها مشتري العقد الآجل لا يدفع مقابلها إلّا دفعة مقدّمة من العقد وسعر الآجل، وهذه المبالغ تعتبر جزءاً من سعر الصفقة الإجمالي الذي يبقى منه سعر الإنهاء، ولا يلزم المتعامل على الآجل بدفعه إلّا إذا أراد إتمام الصفقة، ولذلك ذكرت لجنة سوق الكويت للأوراق

(٦٥) د. منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، مرجع سابق، الصفحتين ١٨٠ و ١٨١.

(٦٦) محمد يوسف ياسين، البورصة، مرجع سابق، الصفحة ١٠٩.

المالية في الفقرة ج من المادة ١٢ من القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ حالة يتم فيها إنهاء العقد الآجل بشرط وصول قيمة الأسهم إلى سعر الإنهاء، وعدم سداد سعر الإنهاء أو زيادة الدفعة المقدمة، وسوف نشرح هذين الشرطين في الفقرتين التاليتين.

أ - وصول قيمة الأسهم إلى سعر الإنهاء:

إذا انخفض سعر الأسهم محل العقد الآجل بشكل كبير، وأصبحت قيمتها تساوي سعر الإنهاء لوحده، تَضَعُ ضمانته المبالغ المقدمة من المشتري والتي هي عبارة عن دفعة مقدّمة بالإضافة إلى سعر الآجل، ويصبح بائع العقد الآجل في خطر حقيقي. وسوف ندرس موقف مشتري العقد الآجل من هذا الانخفاض، وإمكانية اتخاذ قرار يسوّي فيه التعاقد، وذلك فيما يلي.

١ - موقف مشتري العقد الآجل من انخفاض سعر الأسهم:

إذا كان مشتري العقد الآجل مشترياً للأسهم محل العقد فإنّ مصلحته تتمثّل بارتفاع أسعارها^(٦٧)، فيؤدي انخفاض سعر الأسهم إلى حد تساوي قيمتها مع سعر الإنهاء إلى رفض متوقّع للصفقة، وإنهاء للعقد من طرف المشتري وإن لم يجاهر بهذا الأمر، فمن حقّه الانتظار حتى آخر يوم عمل في مدة العقد الآجل، ولذلك تجب حماية البائع من هذا الانخفاض بالأسعار وإلزام المشتري بزيادة الدفعة المقدّمة أو أن يطلب تنفيذ العقد، وفي غير هاتين الحالتين ينتهي العقد الآجل.

أمّا إن كان مشتري العقد الآجل بائعاً للأسهم، يأتي هذا الانخفاض في مصلحته، وعلى الأغلب سوف يقبل تنفيذ العقد لأنّه سيُفَقَدُ بسعر التعاقد القديم وليس بسعر السوق المنخفض وقت التنفيذ، أي أنّه يكون قد باع الأسهم المتهاوية القيمة بسعر أعلى من قيمتها، وفي هذه الحالة سوف يخسر الطرف

(٦٧) د. سيد طه بدوي محمد، "عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية"، مرجع سابق، الصفحة ٤٦٩.

المقابل في العقد الآجل بشكل مؤكّد، بالإضافة إلى أنّ المبالغ التي دفعها وقت عقد الصفقة تصبح غير كافية لحماية هذا الطرف بعد انخفاض الأسعار.

ولذلك وُضِعَ الالتزام على مشتري العقد الآجل والبائع للأسهم في حالة تساوي قيمة الأسهم مع سعر الإنهاء، يتمثّل في أن يطلب المشتري تنفيذ الصفقة طالما كانت في مصلحته، وإن أراد الانتظار حتى نهاية مدة الآجل والاستزادة من الأرباح، فعليه أن يزيد من الدفعة المقدّمة، وإلّا انتهى العقد وخسر الصفقة الرابحة؛ حيث تظهر بنود العقد الخاصّة بالدفعة المقدّمة أنّها مجحفة بحق بائع العقد الآجل إن انخفضت أسعار الأسهم بهذه الطريقة.

وقد أصابت لجنة سوق الكويت للأوراق المالية بوضع هذه القواعد التي تضمن حق الطرف الأضعف في العقد الآجل وهو بائعه الذي قدّم الأسهم بالكامل، بينما لم يدفع الطرف الآخر إلاّ دفعة مقدّمة وسعر الآجل، وهي مبالغ لا يمكن لها أن تحمي بائع العقد الآجل إذا تساوت قيمة الأسهم محل الصفقة مع ما تبقى من مبلغ الصفقة - سعر الإنهاء -، وبالتالي تعتبر حالة إنهاء العقد في هذه الوضعية مع عدم زيادة الدفعة المقدّمة أو طلب تنفيذ العقد عادلة وحكيمة.

٢ - تسوية المشتري للعقد الآجل بعد انخفاض سعر الأسهم:

يستطيع مشتري العقد الآجل أن يقوم بدفع سعر الإنهاء عندما يتساوى مع قيمة الأسهم في السوق الفورية، ويتخلّص من أعباء زيادة الدفعة المقدّمة إن أراد تنفيذ العقد بشكل فعلي؛ حيث إنّ تنفيذ العقد أو طلب إنهائه أقلّ تكلفة على مشتري العقد الآجل وأكثر واقعية بالنسبة له.

وتظهر هذه الحالة بشكل واضح إن كان مشتري العقد الآجل بائعاً للأسهم، فإبقاؤها على الآجل في هذه الحالة عبر زيادة الدفعة المقدّمة قد يعني خسارة المشتري لجزء من الصفقة إن عاودت الأسهم الارتفاع بسعرها^(٦٨).

(٦٨) وهذا يجعلنا ننبّه إلى إمكانية قيام العقود الآجلة بـ"تفريغ الأوراق المالية من قيمتها"

عبر بيعها بخيار البيع المكثّف مثلاً، وللتعمّق في الموضوع أكثر انظر:

Gunther Capelle-Blancard, "Les Marches Derives Sont-Ils Dangereux?", op.cit, page 6.

ولذلك على هيئة سوق المال أن تقوم بمراقبة مشتري العقد الآجل وقراره حيال تسوية هذا العقد، فإن قام بتنفيذ العقد في هذه الحالة على الرغم من انعدام مصلحته بذلك، أو قام بزيادة الدفعة المقدمة على الرغم من أنها تزيد من خسائره، وكذلك إن قام بإنهاء العقد على الرغم من أنه يمثل صفقة رابحة بالنسبة له، فكل هذه الحالات السابقة وإن كانت توحى بانعدام خبرة مُتخذها الاستثمارية، إلا أن السذاجة قد تخفي وراءها إرادة آثمة تستهدف التلاعب بالأسعار.

فالمشتري الذي ينفذ صفقة خاسرة دفع فيها مقابل الأسهم سعراً أعلى من سعرها الحالي، قد يكون استفاد في السابق من رفع أسعارها في السوق العاجلة، وذلك لأن صفقته الآجلة قد تنشئ قوة سعرية ترفع الأسعار، وبعد أن تزول تأثيرات الصفقة تعود الأسعار للهبوط، ويقوم المشتري هنا بتنفيذ الصفقة لإبعاد الأنظار عنه، ولن تهمه الخسارة البسيطة فيها بالمقارنة مع المكاسب الكبيرة التي حققها عبر التلاعب بالأسعار.

وبالطريقة نفسها قد يزيد المشتري السابق من الدفعة المقدّمة على الرغم من أنها قد تزيد من خسائره، وذلك بهدف إقناع المتعاملين في السوق بأن الأسعار سوف تعاود الارتفاع، أي أنه يريد من وراء السير بالعقد إلى آخر مدة الآجل أن يستمر تأثير صفقته على المتعاملين، وقد يكون هذا المتلاعب هو الشركة مُصدرة الأسهم إذا قامت بعملية شرائها لأسهمها عبر سوق الأوراق المالية^(٦٩)، ولهذا نصّت المادة ٥ من قرار مدير سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ بشأن إجراءات بيع وشراء شركات المساهمة لأسهمها في السوق - الصادر بتاريخ ٢٠/٥/٢٠٠٩ - على أن تراعي الشركة من خلال ممارستها لحقّها في التعامل على أسهمها في السوق تجنّب المضاربة الضارة على هذه الأسهم.

(٦٩) د. محمد محب الدين قرباش، "النظام القانوني لشراء الشركة لأسهمها"، مرجع سابق، الصفحة ١٧٠.

كما قد يُنهي مشتري العقد الآجل وبائع الأسهم العقد على الرغم من أنَّ تساوي قيمة الأسهم مع سعر الإنهاء وانخفاضها يُعتبر في مصلحته، وذلك قد يحدث بعد أن خفَّض الأسعار بشكل مصطنع في السوق العاجلة عبر العقد الآجل، فيريد أن يخرج من الصفقة التي خفَّض عبرها الأسعار بدون أرباح ليُبعد عنه الشبهات، على الرغم من أنَّه يكون قد اشترى عدداً كبيراً من الأسهم في السوق الفورية بسعر رخيص بعد أن خفَّض الأسعار.

وعلى هذا يبدو أنَّ وصول قيمة الأسهم إلى سعر الإنهاء يعد بمثابة مؤشر قد يدل على المتلاعبين بالأسعار إن تم تفسير معطياته بشكل صحيح، وبدون افتراض حسن النية بالمتعاملين في السوق الذين تشوب قراراتهم الاستثمارية غموض يتعلَّق بالغاية منها.

وبالإضافة إلى ضرورة تساوي سعر الأسهم محل العقد الآجل مع سعر إنهائه، يُشترط في حالة الإنهاء الخاصة هذه ألا يقوم مشتري العقد الآجل بالتزامات التغطية. وهو ما سوف ندرسه في الفقرة القادمة.

ب - عدم القيام بالتزامات التغطية:

تَشْتَرِطُ هذه الحالة المميَّزة لإنهاء العقد الآجل ألا يقوم مشتري العقد الآجل بتغطية مركزه عبر زيادة الدفعة المقدَّمة ولا عبر دفع سعر الإنهاء، وعلى الرغم من ذلك يبقى أجل العقد الآجل المنتهي سارياً. وسوف ندرس هذه القواعد فيما يلي.

١ - عدم زيادة الدفعة المقدمة:

ألزمتُ الفقرة ج من المادة ١٢ من قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بالتعامل الآجل والبيوع المستقبلية مشتري العقد الآجل بزيادة الدفعة المقدمة بما نسبته ١٠٪ من سعر الإنهاء، أو أن يقوم بدفع سعر الإنهاء وعقد الصفقة، وفي غير هاتين الحالتين ينتهي العقد الآجل.

ويبدو أنَّ لجنة السوق أرادت من القاعدة المذكورة أن يبقى هامش زيادة يساوي ١٠٪ بين الدفعة المقدَّمة وقيمة الأسهم محل العقد الآجل لمصلحة

الدفعة المقدّمة خلال مدة الآجل، وألا يحدث تساوي بين المبلغين، وهذا يعطي بائع العقد الآجل بعض الضمان؛ لأنّه لم يتلق إلاّ جزءاً من سعر أسهمه التي سجلت باسم غرفة المقاصة أثناء الآجل.

وفي الواقع يوازن نظام الدفعة المقدّمة وزيادتها بين حقوق والتزامات طرفي العقد الآجل، وهذا ما سعت إليه لجنة السوق بنصّها على هذه القواعد.

وعلى هذا نقترح أن يتم حظر العقود الآجلة مؤقتاً في حالات السوق الهابطة، والتي تصيب أي سوق أوراق مالية لبعض الوقت؛ حيث إنّ انخفاض الأسعار المضطرد في هذه السوق لا يسمح بإنشاء عقود آجلة، طالما أردنا طرح التوازن بين طرفي العقد، وإعمال قاعدة زيادة الدفعة المقدمة في حالة تساوي قيمة الأسهم محل العقد الآجل مع سعر الإنهاء.

٢ - سريان مدة الآجل رغم انتهاء العقد:

نصّت المادة ١٣ من القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ على أنّه في حالة إنهاء العقد الآجل بسبب عدم زيادة الدفعة المقدّمة أو تنفيذ العقد بعد تساوي قيمة الأسهم محل العقد الآجل مع سعر الإنهاء، فلا يجوز لصانع السوق في هذه الحالة بيع الأسهم محل العقد الآجل في السوق الفورية إلاّ بعد أن تنتهي المدة المحددة في العقد - مدة الآجل -.

ومن الواضح حرص القاعدة المذكورة على توازن الأسعار في السوق الفورية، والخوف عليها من الانهيار نتيجة طرح كل الأسهم التي انتهى التعاقد الآجل عليها بسبب انخفاض أسعارها في السوق الفورية، ممّا قد يجعل عروض البيع أكثر بكثير من عروض الشراء، وهذا قد يؤدي إلى خفض الأسعار بشكل عميق، كما أنّ العقد الآجل إن كان بيعاً مستقبلياً قد يتسبب بانهيار السوق كلها مثلاً حصل عند انهيار سوق الأوراق المالية الأمريكي عام ١٩٨٧^(٧٠)؛ وذلك لإلزامية هذا العقد وعدم وجود حدود لخسائره.

(٧٠) د. نصر على طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية، مرجع سابق، الصفحة ٢١٨.

ولذلك نصّت القاعدة المذكورة على ضرورة انتظار مدة الآجل حتى تنتهي، على الرغم من انتهاء العقد الذي نصّ عليها، وهي حالة نادرة من سريان بند في عقد منته الأجل بسبب نص خاص؛ حيث إنّ "للضرورة أحكام".

كما أنّ قاعدة سريان مدة الآجل رغم انتهاء العقد تقي السوق من محاولات التلاعب بالأسعار التي تستهدف تعميق انخفاض الأسعار من الأشخاص الذين يستهدفون الاستحواذ على هذه الأسهم، ويريدون الحصول عليها بأرخص ثمن ممكن، كما أنّ تعاملات الاستحواذ هذه بعد أن تتّضح ترتفع الأسعار كثيراً؛ لأنّ حملة الأسهم يعرفون الرغبة الكبيرة للمستحوذ بالحصول على الأسهم بأي ثمن، ولذلك يحتاط الأشخاص مستهدفو الاحتكار من ارتفاع الأسعار بعمليات خفض للأسعار عبر تعاملات تداولية، يستهدفون بها المستثمرين الذين يجتمعون في مجموعات تتّخذ قرارها الاستثماري، اعتماداً على الضوضاء وتشكل توجّهات استثمارية مختلفة^(٧١)، ولذلك كان من المهم سد الطريق أمام مثل هذه المحاولات التي قد تستفيد من حالة تساوي قيمة الأسهم محل العقد الآجل مع سعر الإنهاء لخفض الأسعار المصطنع.

الخاتمة:

يُعتبر إصدار تنظيم خاص بالعقود الآجلة وبشكل خاص التعامل الآجل والبيوع المستقبلية اعترافاً بأهمية طبيعتها الخاصة التي تحتاج إلى تنظيم خاص يراعي هذه الطبيعة ويطرح توازن الحقوق والواجبات بين المتعاقدين.

وعلى هذا أصدرت لجنة الكويت للأوراق المالية القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيوع المستقبلية، ومن خلال دراستنا العميقة له ولما يتعلق به من أنظمة أصدرتها الجهات الرقابية والتنظيمية في سوق

Beny, Laura Nyantung, "Insider Trading Laws and Stock Markets Around the World", op.cit, page 259.

الأوراق المالية الكويتي وقوانين أصدرها المشرع الكويتي، يتوجب علينا القول بأنَّ الجهد التنظيمي الذي بُذل في هذا النطاق كان ممتازاً وحكيماً ومُتَخَصِّصاً.

كما أنَّ تجربة سوق الكويت للأوراق المالية فيما يخص العقود الآجلة تُعتبر تجربة رائدة على جميع الأصعدة الاقتصادية والمالية والقانونية، ويجب أن يتم الاقتداء بها والاستنارة بوهج نجاحها في الوطن العربي كله.

ومن جهة تفاصيل البحث، فقد وصلنا إلى مجموعة من النتائج فيما يخص تنظيم سوق الكويت للتعامل الآجل والبيوع المستقبلية التي تجري في سوق الأوراق المالية، فمن حيث شروط إجراء التعاقد الآجل نجد أنَّ القرار السابق رقم ١ لعام ٢٠٠٩ قد أحسن عندما وضع شروطاً خاصة بإجراء هذا التعامل فيما يخص الشخص القائم به والعملية ذاتها، وإعطاء دور شديد الأهمية لصانع السوق والوسيط المالي.

ولكننا نرى ضرورة النص على شروط خاصة بظروف السوق، فيجب أن تكون سوق الأوراق المالية مواتية لعقد مثل هذه الصفقات وإلا فلا يسمح بها.

حيث إنَّ الخسائر الكبيرة التي قد تلحق بالمستثمرين من جراء العقود الآجلة تَفْتَرِضُ ضرورة رفع وتيرة تنظيم التعاملات الآجلة^(٧٢)، ومنعها بشكل مؤقت إن اقتضى الأمر.

وبالنسبة لخطوات إجراء العقد الآجل وتسوية التعامل فيه، فقد أعطى القرار المذكور الدور الأساسي فيها لغرفة المقاصة، وذلك يدعم ثقة المستثمر في السوق والتعاقد الآجل، ويريح أطراف هذا التعاقد، ولكننا نرى ضرورة إنشاء غرفة مقاصة خاصة بالتعامل الآجل لكي تُزَيِّح ضغط التعاملات التداولية قليلاً عن كاهل غرفة المقاصة الرئيسية.

(٧٢) Jerry W. Markham, "'Confederate Bonds,' 'General Custer,' and the Regulation of Derivative Financial Instruments", op.cit, page 72.

أمّا بالنسبة للحقوق التي يُعطىها التعامل بالآجل لطرفي العقد، نجد أن القرار المذكور قد أجاد في إحلال التوازن بين طرفي التعاقد، وإعطاء مشتري العقد الآجل مميزات كثيرة تُشجع على زيادة هذا النوع من العقود، كما أن هذه المميزات كانت مُصانة بضمانات كثيرة تحمي حقوق بائع العقد الآجل، ويعتبر دور غرفة المقاصة محورياً في هذا المجال أيضاً.

ولكننا نرى ضرورة النص على حُكم مصير الأسهم الجديدة التي تمّ شراؤها باسم غرفة المقاصة وبتمويل مشتري الآجل الذي لم تتم صفقاته، فهي من الحالات النادرة التي لم ينص القرار المذكور على تنظيم لها.

وفيما يتعلّق بحقوق إنهاء العقد الآجل، فقد تمّ تنظيم حقوق مشتري العقد في هذا المجال بشكل واضح وعادل طالما قام بدفع سعر الآجل والدفعة المقدمة عند عقد الصفقة الآجلة، وتُعتبر إضافة نظام زيادة الدفعة المقدّمة بنسبة ١٠٪ التي نصّ عليها القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ من أُميز الأنظمة التي تضمن المحافظة على توازن الحقوق والواجبات في العقد الآجل، وهي توضّح الالتزامات المالية الثقيلة التي يتحمّلها أطراف العقد الآجل.

ولذلك ننصح بتنبيه صغار المساهمين قبل دخولهم في هذه الصفقات بأنّها قد تحمل إمكانية الربح غير المحدود، ولكنها بالمقابل قد تأتي بخسائر غير محدودة أيضاً.

التوصيات:

ومع انتهائنا من كتابة البحث وبعد تعمّقنا بأفكاره، وصلنا إلى مجموعة من التوصيات:

أولاً: نتيجة التأثير الكبير للتعاملات الآجلة والبيوع المستقبلية وحساسيتها تجاه أسعار الأوراق المالية المتداولة في السوق الفورية العاجلة نقترح عدم طرح أدوات التداول المشتقة التي تتمثّل بالعقود الآجلة للتداول إلّا بعد أن ينضج السوق، ويأخذ اتجاهه السعري المستقر.

ثانياً: نوصي بدعم ما يسمى بـ "عمق السوق" "the Market Deepness"، وهو يعني أن يتحوّل السوق إلى درجة من السيولة تمنع عن أسعاره التأثير بأي عملية تداولية، فعندما يصل السوق إلى هذه الدرجة يمنع عن نفسه تأثير العقود الآجلة على السوق العاجلة وإن كانت تستهدف التلاعب بأسعاره.

ثالثاً: نوصي بتوسيع دائرة المتعاملين في سوق الأوراق المالية ودعم ثقتهم به وثقافتهم المتعلقة بتفاصيله، فذلك إن تحقق يُعتبر كفيلاً بعدم قدرة المتعاقد على الآجل والذي يستهدف التلاعب بأسعار العقود العاجلة على تضليل المستثمرين وقيادتهم نحو قرارات استثمارية غير مدروسة.

رابعاً: نوصي هيئة سوق المال أن تُرسّخ في أذهان المستثمرين غايات أخرى للعقود الآجلة غير المضاربة على الأسعار، ومن ذلك استخدام هذه العقود كوسيلة للحماية من أخطار التعامل أو ما يسمى بـ "إدارة المخاطر" ^(٧٣)؛ حيث يقوم المتعامل بالسوق العاجلة بعكس موقفه الاستثماري في السوق الآجلة، وهكذا يحتاط من حالة فشل قراره الاستثماري، وبالتالي يجب أن يتم "تحسين كفاءة التحوط" ^(٧٤) "improve hedging efficiency" لدى المتعاملين بالمشتقات بشكل عام، فيتم استخدام هذه العقود بغاية تشجيع المستثمرين على وضع مدّخراتهم في السوق، والتخفف من حدة المضاربات الجامحة التي قد تصيب السوق بالاضطراب كما قد تقود الأسعار إلى حدود غير حقيقية.

خامساً: على اعتبار أنّ العقود الآجلة بشكل عام تحتوي العديد من المخاطر، نوصي أن يتم إلزام صانع السوق الذي يقوم بالتعاملات الآجلة بأن يشير إلى درجة المخاطر في هذه التعاملات في بيانه الخاص بالإفصاح عن التعامل الآجل،

(٧٣) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الإطار القانوني لخيار شراء القيم المنقولة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، الصفحة ٢٩.

(٧٤) Joost M.E. Pennings and M.T.G. Meulenberg, "The Financial Industry's Challenge of Developing Commodity Derivatives", op.cit, page 24.

وذلك بهدف تنبيه المتعاملين في السوق إلى خطورة العقود الآجلة التي سيتم عقدها، وإلى مقدار تأثيرها المحتمل على أسعار العقود العاجلة.

سادساً: نوصي هيئة سوق المال بأن تتفحص كل التعاملات الآجلة والبيوع المستقبلية التي لا يظهر لأحد طرفيها أو لكليهما أي مصلحة لهم بها، فقد تكون المصلحة الحقيقية مختبئة في السوق العاجلة وذلك للتلاعب بأسعارها.

سابعاً: نوصي هيئة سوق المال بأن تدرس القرارات الاستثمارية للمتقاعدين على الآجل وبشكل خاص قرار مشتري العقد بإنهائه خلال مدة الآجل، وقراره بالاستمرار إلى آخر مدة الآجل على الرغم من عدم تنفيذه للعقد، وكذلك قراره بزيادة الدفعة المقدّمة إذا تساوت قيمة الأسهم المتعاقد عليها على الآجل مع سعر الإنهاء خلال الآجل، فكل هذه القرارات يجب أن يكون لها غاية استثمارية واضحة فيما يتعلّق بالعقد الآجل، فإذا شاب هذه الغاية الغموض، أو كانت في عكس اتجاه مصلحة متخذها، فإنّ على هيئة سوق المال البحث عن إمكانية وجود تلاعب بأسعار العقود في السوق العاجلة.

ثامناً: نوصي بمراقبة عمل صنّاع السوق بشكل أكبر من باقي العاملين فيه؛ حيث إنّ موقعهم الحساس قد يدفعهم للقيام بتعاملات مقابلة لأوامر العملاء مع أوامرهم التداولية، أو الاستفادة من المعلومات التي تصل إليهم عبر مركزهم في السوق قبل الإفصاح عنها لجمهور المتعاملين، ولهذا يجب أن تكون عقوبة صانع السوق المخالف للقواعد أكبر وأشد من باقي أعضاء السوق، وأن يتم منعه من العمل فيه مع تكرار المخالفة.

تاسعاً: نوصي بإنشاء غرفة مقاصة خاصة بالتعامل الآجل والبيوع المستقبلية، ويكون اسمها "غرفة مقاصة العقود الآجلة"، وتأخذ نفس مهام غرفة المقاصة العامة فيما يتعلّق بالعقود الآجلة، بالإضافة إلى المهام التي تأخذها عليها طبيعة العقود الآجلة؛ حيث إنّ صلاحيات الهيئة يجب أن تكون أكبر وأسرع في مجال العقود المُشْتَقَّة بصفة عامة^(٧٥)، ومن هذه المهام

(٧٥) د. سيد طه بدوي محمد، "عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية"، مرجع سابق، الصفحة ٤٧٧.

والصلاحيات تسجيل الأسهم باسمها خلال مدة الآجل، واكتتابها على الإصدارات الجديدة على الأسهم في ذات الفترة، وغير ذلك من المهام المتعلقة بخصوصية العقود الآجلة، والتي قد تشكّل ازدحاماً في العمل وارتباكاً بسبب تغيير القواعد الخاصة بتسوية هذا النوع من العقود.

عاشراً: نوصي بوضع حد أعلى للتعاقد الآجل الممكن في سوق الأوراق المالية، وذلك لتقويض أثرها السعري على الأوراق المتداولة في السوق العاجلة، ونقترح جعل هذا الحد ٢٥ وحدة من الأسهم كحد أقصى للعملية الواحدة.

حادي عشر: نقترح تعديل النص الملزم لغرفة المقاصة بأن تُعطي مشتري العقد الآجل التفويض الخاص بالتصويت بعد طلبه خلال مدة الآجل، وأن يتم إعطاء الغرفة حق التقدير وقبول هذا الطلب أو رفضه بحسب ما يتبين لها من ظروف هذا الطلب.

ثاني عشر: نوصي بإضافة مواد جزائية تتعلق بعقوبات مخالفة تنظيم التعامل الآجل والبيع المستقبلية إلى القرار رقم ١ لعام ٢٠٠٩ أو إصدار قرار خاص بهذه العقوبات، وأن يتم فيه تشديد عقوبة التلاعب بالأسعار إذا تمت عبر عقود آجلة، أو إذا كانت الغاية من التلاعب هذا الاستحواذ على سهم معين من السوق العاجلة وتخفيض سعرها قبل البدء بعملية الاستحواذ عن طريق عقود آجلة، ووضع عقوبة جنائية لهذه الممارسة، وذلك حتى نضمن ردع المتعاملين عن القيام بمثل هذه الممارسات التي قد تقود السوق للانهايار.

ثالث عشر: على اعتبار أنّ مرتكبي المخالفات في سوق الأوراق المالية يعيدون ارتكابها مرة أخرى، وينتقلون من دولة لأخرى لأكثر من عقود^(٧٦)، نوصي بتشديد العقوبة في حالة تكرار ارتكاب الجرم، ونقترح أن يكون بمقدار النصف مع أول تكرار، وبمقدار الضعف في المرة التالية، وأن تستمر الغرامة بالتضاعف مع كل تكرار.

Jayne W. Barnard, "Securities Fraud, Recidivism, and Deterrence", Penn State Law Review, Vol. 113:1, 10/30/2008, page 191. See: (٧٦)

رابع عشر: نقترح إنشاء لجنة خاصة منبثقة عن هيئة سوق المال تقوم بمراقبة بعض المتهمين في التلاعب بالسوق وبشكل خاص السوق الآجلة، ويجب أن يتم إعطاء قاضي الحكم في أوّل جريمة صلاحية إصدار أمر بمراقبة المحكوم عليه بعد انتهاء مدة عقوبته، إذا تبين له من دراسة ملفّه أنّه شخص قد يكرّر القيام بهذا النوع من الجرائم^(٧٧).

Jayne W. Barnard, "Securities Fraud, Recidivism, and Deterrence", op.cit, page (٧٧) 224.

المراجع

أولاً - القوانين والقرارات:

- قانون الشركات الكويتي، رقم ١٥، الصادر عام ١٩٦٠.
- المرسوم الكويتي لعام ١٩٨٦ بشأن تنظيم تصفية تعاملات تداول الأوراق المالية وغرفة المقاصة في سوق الكويت للأوراق المالية.
- المرسوم بقانون الكويتي رقم ٥٢، الصادر بتاريخ ١٥/٦/١٩٩٩، المعدل لقانون الشركات رقم ١٥ لعام ١٩٦٠.
- المرسوم الكويتي رقم ١٥٨ لعام ٢٠٠٥ والمعدل للمادة السادسة من المرسوم الأميري الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية، والصادر بتاريخ ١٤/٨/١٩٨٣.
- قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية، رقم ١، الخاص بتنظيم التعامل الآجل والبيع المستقبلية، الصادر بتاريخ ٣/٥/٢٠٠٩، والنافذ ابتداءً من ١/٧/٢٠٠٩.
- قرار مدير سوق الكويت للأوراق المالية رقم ١، بشأن إجراءات بيع وشراء شركات المساهمة لأسهمها في السوق، الصادر بتاريخ ٢٠/٥/٢٠٠٩.

ثانياً - المؤلفات العربية:

أ - الكتب العربية:

- د. جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، دمشق، منشورات جامعة دمشق، عام ٢٠٠٠.
- صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية، دراسة قانونية، بدون دار نشر، عام ٢٠٠٤، الطبعة الأولى.
- د. نضال الشعار، الأسواق المالية "البورصة"، حلب، دار الضاد للطباعة والنشر، عام ٢٠٠٢.

- إسماي فيربر، كل شيء عن البورصة، حقوق الترجمة العربية والنشر والتوزيع لمكتبة جرير، الرياض، عام ٢٠٠٧، الطبعة الأولى، العنوان الأصلي للكتاب بالإنكليزية: Esm Faerber, ALL ABOUT STOCKS, McGraw - Hill, New York, 2000, Second Edition.
- محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الإسكندرية، مطبعة دار نشر الثقافة، عام ١٩٥٢، الطبعة الثانية.
- محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثاني العقود التجارية-الأوراق التجارية، الإسكندرية، مطبعة اتحاد الجامعات، عام ١٩٥٥، الطبعة الثانية.
- د. نصر على طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية، دراسة تأصلية لبورصات الأوراق المالية والمحافظ المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٣.
- د. كنجو كنجو، د. أيمن شيحا، مروان رشيد، الأسواق المالية، حلب، منشورات جامعة حلب، عام ٢٠٠٥.
- د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الإطار القانوني لخيار شراء القيم المنقولة "دراسة مقارنة"، الكويت، مجلس النشر العلمي، مطبوعات جامعة الكويت، عام ٢٠٠١.
- د. منير إبراهيم هندي:
- الأوراق المالية وأسواق رأس المال، الإسكندرية، منشأة المعارف، عام ١٩٩٩.
- أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ٢٠٠٣.
- محمد يوسف ياسين، البورصة، تعاملات البورصة-تنازع القوانين-اختصاص المحاكم، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، عام ٢٠٠٤، الطبعة الأولى.

ب - الرسائل والأبحاث العربية:

- د. يعقوب يوسف صرخو، "الأسهم وتداولها في الشركة المساهمة"، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، نوقشت عام ١٩٨٢، غير منشورة.
- د. محمد محب الدين قرياش، "النظام القانوني لشراء الشركة لأسهمها، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، نوقشت في عام ٢٠٠٤، غير منشورة.
- د. سيد طه بدوي محمد، "تعاملات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية"، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، نوقشت في عام ٢٠٠٠، غير منشورة.

ثالثاً - المؤلفات أجنبية:

أ - مؤلفات باللغة الإنكليزية:

- Jayne W. Barnard, "Securities Fraud, Recidivism, and Deterrence", Penn State Law Review, Vol. 113:1, 10/30/2008. See: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1291852.
- Laura N. Beny, "Insider Trading Laws and Stock Markets Around the World, Journal of Corporation Law, an Empirical Contribution to the Theoretical Law and Economics Debate", The Journal of Corporation Law, Winter 2007, pp. 237-300.
- PH. D. A. J. Cataldo, PH. D. Larryn. Killough, "Market Makers' Methods of Stock Manipulation". Management Accounting Quarterly, 10 summer, 2003, vol. 4, no. 4. See: <http://www.imanet.org/pdf/1832.pdf>.

- The International Organization of Securities Commissions "OICU-IOSCO", "Investigating and Prosecuting Market Manipulation", report of technical committee, May 2000. See: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOS-COPD103.pdf>.
- Kose John, Apoorva Koticha, Ranga Narayanan, Marti Subrahmanyam, "Margin Rules, Informed Trading in Derivatives, and Price Dynamics", March 2000. See: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.31.9157&rep=rep1&type=pdf>.
- Edmund W. Kitch, "Regulation of the Securities Market", Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds), Encyclopedia of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000. See: <http://encyclo.findlaw.com/5660book.pdf>.
- Jerry W. Markham, "'Confederate Bonds,' 'General Custer,' and the Regulation of Derivative Financial Instruments", SETION HALL Law Review, Vol. 25:1, 1994, pp 1-73.
- Joost M.E. Pennings and M.T.G. Meulenberg, "The Financial Industry's Challenge of Developing Commodity Derivatives", 1997. See: <http://129.3.20.41/econ-wp/fin/papers/9905/9905001.pdf>.
- Lynn A. Stout, "Why the Law Hates Speculators: Regulation and Private Ordering in the Market for OTC Derivatives", DUKE Law Journal, Vol:48:701, 1999, pp 701-786.

ب - مؤلفات باللغة الفرنسية:

- Gunther Capelle-Blancard, "Les Marches Derives Sont-Ils Dangereux?". Voir le line: <http://team.univ-paris1.fr/teamperso/capelle/Les%20march->

es%20derives%20sont-ils%20dangereux%20-%20version%20academique.pdf.

- Fabian Muniesa, "Le march comme solution informatique: le cas du Arizona Stock Exchange", papiers de recherche du CSI, CSI working papers series, N 008, version juillet 2007. Voir le line:

http://www.csi.ensmp.fr/items/WorkingPapers/Download/DLWP.php?wp=WP_CSI_008.pdf

- Etienne PERROT, "La Bourse. exubérante autant que rationnelle", SER-SA études, N 397, Paris, Dcembre 2002\6. Voir le lien:

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=ETU&ID_NUMPUBLIE=ETU_976&ID_ARTICLE=ETU_976_061

البعد القانوني والشرعي للجريمة المنظمة والإرهاب الدولي

الدكتور/ وليد هويل عوجان
جامعة الشرق الأوسط - كلية الحقوق
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

عرفت المجتمعات البشرية عبر مختلف الحقب التاريخية ظاهرة العنف والإرهاب والجرائم الإرهابية بمختلف أشكالها البسيطة الأولية والموسعة، رغم اختلاف تسميات الموضوع وأساليب تناوله ومواجهته حسب كل فترة تاريخية، وعلى مدى عدة قرون.

وتعد هذه الظواهر من أخطر التحديات التي تواجه العالم في الوقت الحاضر، وقد أصبح من المؤكد أن هذه الظواهر ليست لصيقة بمنطقة جغرافية معينة أو بدين معين أو بثقافة معينة.

في هذا البحث سيتم التركيز على مفهوم الإرهاب والإرهاب الدولي والجريمة المنظمة وعلاقتها بالإرهاب، من خلال محتويات ركزت على مفهوم الإرهاب والجريمة المنظمة ومدى التشابه والاختلاف بين المفهومين.

مقدمة :

"تعد ظاهرة الإرهاب مظهراً من مظاهر العنف الذي يتفشى في المجتمعات الدولية أو في المجتمع الداخلي، وعلى الرغم من تنامي خطورة هذه المظاهر وتلك الظواهر التي لا يختلف بشأنها اثنان، فإن وضع تعريف دقيق واجهته عدة صعوبات ومشاكل، تحكمها الخلفيات الأيديولوجية والمصلحية والمذهبية، سواء بالنسبة للباحثين أو المفكرين، وكذا بالنسبة للدول التي حاولت

مقاربة هذه الظواهر. وهذا طبعاً ما سيثير عدة إشكالات وصعوبات عند تصنيف الإرهاب أو العنف، أو عند تحديد إطار قانوني واتفاقي لمكافحته^(١).

وقد زادت مخاطر الإرهاب بشكل لافت خلال العقود الثلاثة الأخيرة، فبعدما كانت العمليات الإرهابية تتم وفق أساليب تقليدية، وت خلف ضحايا وخسائر محدودة في الفئات والمنشآت المستهدفة، أصبحت تتم بطرق بالغة الدقة والتطور، مستفيدة من التكنولوجيا الحديثة، وأضحت ت خلف خسائر جسيمة، تكاد تعادل خسائر الحروب النظامية سواء في الأرواح أو الممتلكات أو المنشآت...^(٢).

ولقد شكلت هذه التطورات في مجملها منعطفاً بارزاً في حركة قوى التطرف في ظل الاعتبارات التالية^(٣):

أ - تجاوز ممارسات فصائل وأجنحة التطرف مرحلة البناء التنظيمي ودخولها نطاق الجريمة المنظمة التي يستهدف مرتكبوها تحقيق نتائج محددة وفقاً لأولويات مرحلية.

ب - تفاعل أيديولوجية التطرف مع العنف على نحو جعل من الإرهاب بمختلف صوره وأساليبه قيمة أساسية لديها.

ج - انقسام عناصر التطرف إلى تنظيمات مختلفة، وانشقاق أجنحة منها؛ مما أدى إلى إفراز فكري وحركي أشد عنفاً وتطرفاً من أصوله.

(١) مكافحة "الإرهاب" الدولي، بين تحديات المخاطر الجماعية وواقع المقاربات الانفرادية، مجلة ديوان العرب، تاريخ ٢٧ أيلول (سبتمبر)، ٢٠٠٦.

<http://www.diwanalarab.com/spip.php?article6126>

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دراسة قانونية ناقدة، دار العلم للملايين، بيروت (١٩٩١)، ٤٥. وانظر: أحمد محمد رفعت، صالح بكر الطيار، الإرهاب الدولي، مركز الدراسات العربي الأوروبي (١٩٩٨)، ٨-٩.

إن الإرهاب يمثل خطراً حقيقياً يواجه الوجود البشري وحضارته وإنجازاته، وأن الأنشطة الإرهابية أصبحت تمارس وعلى نطاق واسع عبر الزمان وعبر المكان في الماضي والحاضر والمستقبل. وهي تمارس في الشمال كما تمارس في الجنوب، نشهدها في الشرق كما نشهدها في الغرب، وليس هذا فحسب، بل إن خطورة الإرهاب تزداد أيضاً بالنظر إلى الأعداد الكبيرة جداً من المنظمات الإرهابية التي تمارس الإرهاب الذي ينطوي على عنف غير محدود وغير مقيد بقانون أو بأخلاق، وبالنظر إلى تعقد تنظيم وسرية نشاط هذه التنظيمات الإرهابية، هذا فضلاً عن تطور ما تستخدمه هذه التنظيمات من أسلحة ومعدات.

أما الجريمة المنظمة فهي جريمة يضمها تنظيم إجرامي بالغ الخطورة، حيث يتحول فيها المجرم إلى عضو دائم في خلية إجرامية، ويقوم بمهمة إجرامية متخصصة ولعمل إجرامي يشغل به وظيفة داخل هيكل المنظمة الإجرامية. تقوم هذه العصابة على تنظيم إجرامي محكم، قائم على بناء هرمي عنقودي، يضم خلايا عنقودية لمجموعات المجرمين المنتشرين على مستوى الدولة.

وبما أن ظاهرة غسيل الأموال تدخل في إطار الإجرام المنظم، فلا بد من وجود علاقة بين هذه العمليات والإرهاب، من خلال قيام عصابات المخدرات الدولية وبعض رجال الأعمال المستثمرين بغسيل أموالهم القذرة، عن طريق تمويل هذه التنظيمات الإرهابية، ولا يشترط - بطبيعة الحال - أن تكون هذه العلاقة علاقة مباشرة.

أهمية الدراسة:

وإزاء خطورة هذه الظواهر^(٤)، وما يمكن أن يترتب عليها من نتائج وآثار سلبية على كافة القطاعات الاقتصادية وغيرها من القطاعات الأخرى، كان من

(٤) عبد الرحيم العيسوي، شخصية المجرم ودوافع الجريمة، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض (١٩٨٦)، ١٤٣.

الضروري على الباحثين والمهتمين بأبحاث العنف والجرائم على وجه العموم، وأبحاث الإرهاب والجريمة المنظمة على وجه الخصوص، أن يكرسوا جهودهم من أجل إلقاء الضوء على هذه الظواهر الخطيرة، توضيحاً لطبيعتها وتأصيلاً لجذورها وتنقيباً عن روافدها وبحثاً عن دوافعها ومثيراتها، وتحليلاً لأسبابها وعلاقتها بالظواهر الاقتصادية والاجتماعية؛ للوقوف على مكامن الخطر سعياً للعلاج، واتخاذ ما يلزم للحد من خطورتها، أو بالأحرى القضاء عليها. وإذا كانت المؤسسات البحثية في معظم الدول الغربية، قد قطعت شوطاً كبيراً في هذا المضمار، فإن الساحة العلمية العربية لا تزال قليلة وليست خالية من الأبحاث والدراسات العلمية الدقيقة التي تتناول هذه الظاهرة بالدراسة والتحليل والتقويم. وذلك باستثناء محاولات قليلة ظهرت في الآونة الأخيرة؛ لتمثل تطوراً ملموساً في اتجاه البحث العلمي العربي لهذه الظاهرة^(٥).

من هنا، فإن المحاولات الإقليمية والدولية لدعم عمليات التعاون والتنسيق في هذا المجال، لا تزال في حاجة إلى مزيد من الدراسات والبحوث ذات الصلة المباشرة بمنع ومكافحة الجرائم المنظمة، ومنها بالطبع جرائم غسيل الأموال، ومن هنا تتحدد أهمية مثل هذه الدراسة.

منهج الدراسة:

إن هدف الدراسة يتحقق من خلال استخدام المنهج الوصفي والمنهج التحليلي للإرهاب الدولي والجريمة المنظمة.

خطة البحث:

في هذا البحث سيتم التركيز على مفهوم الإرهاب والإرهاب الدولي، والجريمة المنظمة وغسيل الأموال وعلاقتها بالإرهاب، ويتم ذلك من خلال

(٥) نبيل أحمد حلمي، الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٨٨)، ٣.

محتويات ركزت على مفهوم الإرهاب والجريمة المنظمة ومدى التشابه والاختلاف بين المفهومين، وعلاقة الجماعات الإرهابية بتنظيمات الجرائم المنظمة، ومنها عمليات غسيل الأموال. وتم بعد ذلك بحث جريمة الإرهاب من الناحية الشرعية الإسلامية، وركز الباحث على الحراة كصورة من صور الإرهاب.

ولتحقيق الهدف من الدراسة، تم تقسيم البحث بعد الملخص والمقدمة إلى أربعة فصول تبدأ بفصل تمهيدي، وانتهى البحث بخاتمة وإستراتيجيات وتوصيات.

الفصل التمهيدي

مفهوم الإرهاب والجريمة

لم يكن الإرهاب^(٦) وفقاً لبعض المفاهيم التي استقرت في تلك الفترة مجرد أعمال عشوائية، وإنما أعمالاً إجرامية مخططة ومنظمة، تستهدف خلق مناخ عام من التهديد والتخويف والترهيب، من خلال الاستخدام المادي للعنف ضد الأفراد والممتلكات، بما يحقق أهدافاً إستراتيجية لمرتكبيه. فقد كان ثمة هدف سياسي لأعمال الإرهاب، تبلور واتضح مع الوقت وتطورت وسائل تحقيقه يوماً بعد يوم وفقاً لعوامل متعددة.

و"عرفت البشرية منذ الأزل أشكالاً بدائية بسيطة من الجريمة، حاكت وشابهت الحياة الاجتماعية التي نبتت فيها، ومع تطور وتعدد أنماط وأشكال الحياة الاجتماعية ونشوء علاقات اقتصادية معقدة ومتشابكة، أخذت أبعاداً

(٦) الإرهاب لغة: قال ابن دريد: "رَهَبَ الرَّجُلُ رَهْبًا وَرَهَبًا: إِذَا خَافَ وَمِنْهُ اسْتَقْرَاقُ الرَّاهِبِ وَالاسْمُ الرَّهْبَةُ... وَالرَّهْبُ: الْفَزَعُ". قال ابن منظور: "رَهَبَ يَرْهَبُ رَهْبَةً وَرَهْبًا: أَيِ خَافَ، وَأَرْهَبَهُ وَرَهَبَهُ وَاسْتَرْهَبَهُ: أَخَافَهُ وَفَزَعَهُ" ومنه قوله تعالى: ﴿تُزْهِقُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ الأنفال، ٦٠. وجاء في تاج العروس: "أَرْهَبَهُ اسْتَرْهَبَهُ حَتَّى رَهَبَهُ النَّاسَ وَالْإِرْهَابُ بِالْكَسْرِ: الْإِزْعَاجُ وَالْإِخَافَةُ". انظر: ابن فارس، أحمد بن زكريا أبو الحسين (ت: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت (١٣٩٩)، مادة "رَهَب"، ٤٤٧٠/٢. ابن دريد، أبو بكر محمد بن الحسن (ت: ٣٢١هـ)، الاشتقاق، تحقيق عبد السلام هارون، دار الجيل، بيروت، ط ١ (١٩٩١)، ٤٣١. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي بن الأنصاري (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، تحقيق أمين محمد عبد الوهاب، ومحمد الصديق العبيدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٣ (١٤١٩)، مادة "رَهَب"، ٤٦٣/١. الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الستار أحمد فراج، مطبعة الحكومة، الكويت (١٩٦٥)، مادة "رَهَب"، ٥٣٨/٢. ابن الأثير، مجد الدين المبارك بن محمد الجزري (ت: ٦٠٦هـ)، النهاية في غريب الحديث، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، مؤسسة إسماعيليان، قم (ب.ت)، ٢٨٠/٢.

إقليمية ودولية، تتجاوز الحدود الوطنية المعروفة لكل دولة. وفي ثانياً ذلك، تطورت الجريمة تطوراً كبيراً؛ حيث انتقلت من العفوية والبساطة إلى التنظيم، الذي يتصف بالدقة، ويحتاج إلى أطراف متعددة ومتفاوتة المستوى، تتوزع في أماكن مختلفة في العالم، لتصبح معه الجريمة ذات بعد دولي، يخطط لها في بلد، أو في مجموعة بلدان، ويقوم بتنفيذها أفراد من دولة أو من دول أخرى، تبعد آلاف الأميال عن المكان الذي خطط لها فيه، ورسمت فيه ملامحها وأسلوبها. وبذلك قد يسهم في الجريمة المنظمة أشخاص كثيرون أو منظمات متعددة، امتهنت الجريمة في مناطق وأقاليم مختلفة من العالم^(٧).

وعرفت المجتمعات البشرية عبر مختلف الحقب التاريخية ظاهرة الإرهاب والجرائم الإرهابية بمختلف أشكالها البسيطة الأولية والموسعة، رغم اختلاف تسميات الموضوع وأساليب تناوله ومواجهته حسب كل فترة تاريخية، وعلى مدى عدة قرون^(٨).

وتعد ظواهر ومظاهر العنف والجريمة المنظمة والإرهاب الدولي من أخطر التحديات التي تواجه العالم في الوقت الحاضر؛ وقد أصبح من المؤكد أن هذه الظواهر ليست لصيقة بمنطقة جغرافية معينة أو بدين معين أو بثقافة معينة.

ومعلوم أن هناك ارتباطاً واضحاً بين الجريمة والتغيرات والمتغيرات العالمية "العولمة"^(٩). فقد استفادت - وما تزال - عصابات الإجرام في عمليات الفساد والإفساد من معطيات العولمة التقنية، وسهولة التنقل للأفراد والسلع. وأصبحت الجريمة متعددة الأشكال ومتعددة الحدود والقيود^(١٠).

(٧) shbabmisr.com/?xpage=view&EgyxpID=13051-101k

(٨) انظر: هانزبيتر جاسر، حظر الأعمال الإرهابية في القانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، يوليو، تموز - أغسطس، آب، العدد ٢٥٣ (١٩٨٦)، ٢٠٠.

(٩) كامل أبو صقر، العولمة التجارية والإدارية والقانون، رؤية إسلامية، دار الوسام، بيروت، ط ١ (٢٠٠٠)، ٢٣١.

(١٠) سلطان أحمد الثقفي، العولمة والجريمة، صحيفة الجزيرة السعودية، عدد ١١٠٧٥، تاريخ ٢٤/١/٢٠٠٣.

إن انتشار الجريمة له تأثيراته المختلفة على جميع مناحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية والأمنية والسياسية في أي مجتمع. والجريمة، عموماً، إذا شاعت سواء في شكلها التقليدي أو الحديث تهدد الأمن والسلم الاجتماعي والوطني لأي دولة. فالإرهاب والتعصب المصحوب بالعنف أخطر ظاهرتين تهددان الأمن والسلم المحلي والإقليمي والعالمي، لأن مقومات التعصب الأعمى هو إلغاء الآخر أياً كان، والإرهاب يقوم على فرض الأيدولوجيا بقوة التدمير^(١١). كما أن الجريمة المنظمة والفساد الإداري بمختلف الأشكال والأنواع هما صور للجرائم المعاصرة في ظل العولمة والتي استفادت من حيث النوع والشكل والمضمون من معطيات العولمة، من تقنية عالية في وسائل التكنولوجيا والمعلومات والاتصالات، وزيادة التشابك بين المجتمعات المعاصرة ونوبان الفوارق والحدود^(١٢). وهذه المظاهر هي من أبرز أشكال وصور الجريمة والمشاكل المعاصرة في ظل العولمة، والتي يتوقع لها أن تزداد مع زيادة شيوع مفهوم العولمة بسلبياتها وإيجابياتها^(١٣).

بل هي ظواهر لها طابع عالمي، حيث تعرفها دول صناعية متقدمة، كما تعرفها دول نامية، وتعاني منها دول في الشرق، كما تعاني منها دول في الغرب وتشهدها دول ومجتمعات إسلامية، كما تشهدها دول ومجتمعات غير إسلامية. وللتدليل على ذلك تكفي الإشارة إلى الجماعات المتطرفة في الولايات المتحدة الأمريكية، والتي نفذت إحداها الانفجار الشهير "أوكلاهوما سيتي" عام ١٩٩٥. وهناك جماعات النازيين والفاشيين الجدد في بعض دول أوروبا الغربية، وبخاصة فرنسا وألمانيا وإيطاليا^(١٤). وتستهدف هذه الجماعات بعض الجاليات

(١١) انظر: حسنين عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٨٩)، ٢٣٧.

(١٢) سلطان أحمد الثقفي، العولمة والجريمة، صحيفة الجزيرة السعودية، عدد ١١٠٧٥، تاريخ ٢٤/١/٢٠٠٣.

(١٣) محسن أحمد الخصري، العولمة الاجتياحية، مجموعة النيل العربية، القاهرة (٢٠٠١)، ٣٩.

(١٤) معتر محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، آفاق استراتيجية، جريدة الصباح، العدد ١٩٥١٢، التاريخ ١١ / آذار / ٢٠٠٤.

الأجنبية المهاجرة إلى دول أوروبا الغربية. وظهرت في اليابان خلال عام ١٩٩٥ طائفة "أوم شيركو" التي خلقت حالات من الرعب بين اليابانيين، عندما قامت بممارسة الإرهاب ضد السكان في طوكيو، عن طريق استخدام بعض الغازات السامة في محطات مترو الإنفاق. وهناك أيضاً بعض التنظيمات والجماعات المتطرفة الموجودة في بعض الدول الإسلامية والعربية. وبغض النظر عن الاختلافات بين الجماعات والتنظيمات المتطرفة التي يعرفها العديد من دول العالم، فإن هناك عدة سمات فكرية وسيكولوجية عامة، تمثل قاسماً مشتركاً بينها، منها: إنها تتبنى أفكاراً وتصورات مطلقة ومتشددة، قوامها رفض النظم والمؤسسات والمجتمعات القائمة، ورفض الاندماج فيها، والسعي من أجل تغييرها، كما أنها جماعات تعيش على هامش المجتمعات، وترفض الانخراط فيها أو الانصياع لنظمها القانونية والاجتماعية والثقافية، فضلاً عن كونها تعتمد إلى التشديد والعنف كأسلوب لتحقيق ما تؤمن به من أفكار وتصورات. وأخيراً، فإن من المؤسف حقاً أن أغلب أعضاء هذه التنظيمات هم من الشباب^(١٥).

وعلى الرغم من تعدد أسباب ظهور وتنامي هذه الجماعات في العديد من الدول ومناطق العالم، إلا أن هذه الأسباب تتفرع إلى سببين أساسيين، يرتبط أولهما بالدول المتقدمة، فيما يرتبط الثاني بالدول النامية. وبالنسبة للدول المتقدمة، يمكن القول إن مثل هذه الجماعات الهامشية، هي إفراز لبعض الآثار والتداعيات السلبية الناجمة عن التقدم التكنولوجي والصناعي الهائل، وبخاصة فيما يتعلق بخلق حالة من الفراغ الروحي، والاختراق الثقافي، والتفكك الأسري والاجتماعي في تلك المجتمعات. وهو ما أدى إلى دفع فئات من الشباب للانخراط في بعض الجماعات والتنظيمات التي تتبنى أفكاراً قومية أو يمينية أو يسارية متطرفة. أما بالنسبة للدول النامية، فالمؤكد أن المشكلات الاقتصادية والاجتماعية الحادة والمتزايدة التي يعاني منها العديد من هذه الدول ومنها

(١٥) عبد الرحمن العيسوي، مبحث الجريمة "دراسة في تفسير الجريمة والوقاية منها"، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية (١٩٩٢)، ٦٥.

الدول العربية قد أخفقت بدرجات متفاوتة من وضع حد لتلك المشكلات^(١٦). وهكذا فإذا كانت جماعات التطرف والعنف في الدول المتقدمة، هي إفراز سلبي لمشكلات التقدم، فإن تنامي مثل هذه الجماعات المتطرفة في بعض الدول العربية والإسلامية، هو نتيجة لمشكلات التخلف وتعرثر التنمية وفقدان الديمقراطية^(١٧)، وهو ما دفع ببعض المتهمين باستشراق المستقبل إلى القول بأن القرن الحالي سوف يكون قرناً للتطرف والعنف والإرهاب^(١٨).

وقد ترتب على تزايد جماعات التطرف والجريمة المنظمة في العديد من دول ومناطق العالم، تصاعد أعمال الإرهاب التي تمارسها هذه الجماعات ضد الحكومات والمجتمعات، مع زيادة درجة حدتها، وبخاصة في ظل سهولة حصولها على الأسلحة التقليدية والمتفجرات. وهناك مخاوف حقيقية من أن تتمكن بعض جماعات التطرف والعنف من الحصول على أسلحة نووية أو كيميائية أو بيولوجية بطريقة أو بأخرى، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى زيادة الخسائر ومضاعفة الأضرار البشرية والمادية التي يمكن أن تنجم عن أعمال العنف والإرهاب، التي تمارسها هذه الجماعات^(١٩). وهكذا فإن القوة التدميرية للإرهاب الدولي تزداد يوماً بعد يوم، خاصة أن التطور السريع في أشكال وأساليب ممارسة الإرهاب، قد ساعد على جعل العديد من الدول والمجتمعات أكثر انكشافاً وأقل حصانة ضد مخاطرها، وقد برز في الأفق أسلوب إرهابي

(١٦) معتز محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، آفاق استراتيجية، جريدة الصباح، العدد ١٩٥١٢، التاريخ ١١ / آذار / ٢٠٠٤.

(١٧) ثامر عباس، ظاهرة العنف وأزمة الثقافات الفرعية، مجلة الإسلام والديمقراطية، منظمة الإسلام والديمقراطية، العدد ٦، السنة الأولى، ١٥ / آب / ٢٠٠٤.

(١٨) معتز محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، آفاق استراتيجية، جريدة الصباح، العدد ١٩٥١٢، التاريخ ١١ / آذار / ٢٠٠٤.

(١٩) أحمد إبراهيم محمود، الإرهاب الجديد، الشكل الرئيسي للصراع المسلح في الساحة الدولية، مجلة السياسة الدولية، العدد ١٤٧ مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، القاهرة، يناير / ٢٠٠٢. ٣٣.

جديد يعرف بـ "الإرهاب"^(٢٠)، فما هو هذا النوع من الإرهاب الذي بدأنا نسمع عنه مؤخراً؟

إن الثورة الهائلة في مجالات الاتصال والمعلومات^(٢١) تمثل واحدة من أهم ملامح القرن الجديد^(٢٢)، وقد أصبحت شبكات ونظم المعلومات وبخاصة في الدول المتقدمة، تمثل العصب الرئيسي لكل أنشطة الدولة^(٢٣). وهو ما يعني أن أي اختراق خارجي لشبكات المعلومات في دولة من الدول، أو أية عمليات تخريبية تلحق أضراراً كلية أو جزئية بها، فإنه يمكن أن تترتب عليه إصابة الدولة أو بعض قطاعاتها الحيوية بالشلل، فضلاً عن تعريض مصالحها الحيوية للخطر^(٢٤).

وقد تفاخر أحد رجال الاستخبارات الأميركية بأنه يمتلك القدرة على شل جميع مرافق الولايات المتحدة الأميركية بالكامل، وبتكلفة لا تزيد على بليون دولار، وبمساعدة حوالي عشرين فرداً من الأشخاص المؤهلين^(٢٥). وكثيراً ما أشارت الصحف ووكالات الأنباء إلى وقائع لافتة للنظر مثل تمكن بعض

(٢٠) معتز محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، آفاق استراتيجية، جريدة الصباح، العدد ١٩٥١٢، التاريخ ١١ / آذار / ٢٠٠٤.

(٢١) هشام محمد فريد رستم، الجرائم المعلوماتية (أصول التحقيق الجنائي الفني واقتراح بإنشاء آلية عربية موحدة للتدريب التخصصي)، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت كلية الشريعة والقانون، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، عام ٢٠٠٠م، ٢١.

(٢٢) أنور ماجد عشقي، ماهية العولمة وأشكالها، أعمال ندوة الإرهاب والعولمة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ط١ (٢٠٠٢)، ٨٨ وما بعدها.

(٢٣) باسم علي خريسان، السياسة الدولية ومنطق الإرهاب الصفري، مجلة أوراق دولية، مركز الدراسات الدولية، جامعة بغداد، العدد ١٣٣ السنة السادسة، نيسان ٢٠٠٤. ٧٥.

(٢٤) لمبيشونكو وزاردانوف، الإرهاب والقانون الدولي، ترجمة، المبروك محمد الصويغي، الدار الجامعية للنشر والتوزيع والإعلان، بيروت، ط١ (١٩٩٤)، ٢٩٨.

(٢٥) معتز محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، آفاق استراتيجية، جريدة الصباح، العدد ١٩٥١٢، التاريخ ١١ / آذار / ٢٠٠٤.

المراهقين من اختراق بعض شبكات المعلومات في بعض الدول المتقدمة والاطلاع على معلومات حيوية^(٢٦)، يتعلق بعضها بمجالات الأمن والدفاع، وهو ما يؤكد أن هناك مشكلات حقيقية، تواجه عمليات تأمين نظم المعلومات الحديثة في الدول^(٢٧) ومن هنا بدأت تتزايد الهواجس في احتمالات تصاعد الإرهاب المعلوماتي^(٢٨)، خاصة أن وصول جماعات تنظيمات إرهابية إلى شبكات ونظم المعلومات الحيوية في العديد من الدول ليس بالأمر الصعب^(٢٩). فضلاً عن أن الأثر الذي يمكن أن يترتب على تخريب بعض شبكات المعلومات، يفوق بكثير الأثر الناجم عن تنفيذ بعض العمليات الإرهابية التقليدية، كاغتيل شخصية سياسية أو خطف طائرة أو تفجير منشأة اقتصادية^(٣٠).

(٢٦) طارق بن عبد الله الشدي، مقدمة في الحاسب الآلي وتقنيات المعلومات، دار الوطن للنشر، الرياض، ط ٢ (١٤١٦ هـ)، ٤٨.

(٢٧) ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية (الجريمة عبر الإنترنت)، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، عام ٢٠٠٠م.

(٢٨) مجلة العلوم الاجتماعية، مركز الأبحاث في معهد العلوم الاجتماعية، الجامعة اللبنانية، العدد السابع، أيار / ٢٠٠١، ٣٣.

(٢٩) جريدة الشرق الأوسط، العدد ٨٥١٠، ٤ محرم ١٤٢٣، ١٧ مارس ٢٠٠٢.

(٣٠) عبد الله الأشعل، تطور الجهود القانونية الدولية لمكافحة الإرهاب، مجلة السياسة الدولية العدد ١٤٩ مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، القاهرة، السنة ٣٨ يوليو ٢٠٠٢.

الفصل الأول

مصطلح الإرهاب والإرهاب الدولي

ليس "لمصطلح "الإرهاب" محتوى قانوني محدد، فقد تعرض مدلوله للتطور منذ جرى استخدامه في أواخر القرن الثامن عشر، فقد تغير ذلك المدلول من وقت لآخر^(٣١)، فبينما كان يقصد به في البداية تلك الأعمال والسياسات الحكومية التي تهدف إلى نشر الرعب بين المواطنين^(٣٢)، من أجل إخضاعهم لرغبات الحكومة، فقد أصبح يستخدم الآن لوصف أعمال يقوم بها أفراد أو مجموعات تتسم بالعنف وخلق جو من عدم الأمن لتحقيق هدف سياسي^(٣٣).

وعرفت المادة (١٤٧) من قانون العقوبات الأردني الإرهاب بأنه: "استخدام العنف أو التهديد أيًا كانت بواعثه أو أغراضه، سواء وقع تنفيذاً لعمل فردي أو جماعي، بهدف الإخلال بالنظام العام، أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، إذا كان من شأن ذلك إيقاع الرعب بين الناس وترويعهم، أو تعريض حياتهم وأمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو المرافق والأماكن العامة أو الأملاك الخاصة، أو المرافق الدولية والبعثات الدبلوماسية أو باحتلال أيًا منها أو الاستيلاء عليها، أو تعريض الموارد الوطنية للخطر، أو تعطيل تطبيق أحكام الدستور والقوانين" ^(٣٤).

(٣١) عامر، صلاح الدين، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، مع إشارة خاصة إلى أسس الشرعية الدولية للمقاومة الفلسطينية، دار الفكر العربي، القاهرة، (ب)، ٤٨٨.

(٣٢) البناء، يحيى أحمد، الإرهاب الدولي ومسؤوليات شركات الطيران، منشأة المعارف بالإسكندرية (١٩٩٤)، ١-٣.

(٣٣) http://ksouri-mouhamat.blogspot.com/2008/02/blog-post_27.html

وانظر: شكري محمد عزيز، الإرهاب الدولي دراسة قانونية ناقدة، الناشر دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط ١ (١٩٩١م)، ٢١-٢٢.

(٣٤) جهاد محمد البريزات، الجريمة المنظمة، دراسة تحليلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ١ (٢٠٠٨)، ٧٢.

وبالنسبة لتعريف الإرهاب، نجد أن المتخصصين في القانون الدولي العام بذلوا جهوداً ملموسة في مجال التعريف بالإرهاب، وتحديد طبيعته وتوضيح جوانبه، وإن كانت هذه المساهمة وحدها غير كافية لتفهم الظاهرة وتلمس طبيعتها وأبعادها، حيث تعددت تعاريف الإرهاب واختلفت المفاهيم^(٣٥).

وقد عرف عبد العزيز سرحان الإرهاب الدولي بأنه: "كل اعتداء على الأرواح والممتلكات العامة أو الخاصة بالمخالفة لأحكام القانون الدولي، بمصادره المختلفة، بما في ذلك المبادئ العامة للقانون بالمعنى الذي تحدده المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية^(٣٦)، ولأنه كذلك، فإنه يقع تحت طائلة العقاب طبقاً لقوانين سائر الدول، وهو ما سبق أن استندت إليه الأحكام التي أصدرتها محكمة نورمبرج، ومحكمة طوكيو بخصوص معاقبة مجرمي الحرب العالمية الثانية"^(٣٧).

(٣٥) عصام صادق رمضان، الأبعاد القانونية لإرهاب الدولة، مجلة السياسة الدولية، العدد ٨٥، يوليو ١٩٨٦. محمد تاج الدين الحسيني، مساهمة في فهم ظاهرة الإرهاب الدولي، مجلة الوحدة، العدد ٦٧. عبد العزيز سرحان، حول تعريف الإرهاب وتحديد مضمونه، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والعشرون (١٩٧٣)، ١٧٣-١٧٤.

(٣٦) سرحان، عبد العزيز، حول تعريف الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والعشرون، سنة ١٩٧٣، ١٧٣. ولكن شكري عزيز يرى عدم وجود جريمة دولية للإرهاب مستقلة عن غيرها من الجرائم وفقاً للمبادئ العامة للقانون الدولي التي أقرتها الأمم المتحدة بمعناها الوارد في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. انظر: شكري عزيز، الإرهاب الدولي (مرجع سابق)، ٥٨.

(٣٧) سرحان، محمد عبد العزيز (مرجع سابق)، ١٧٤. ومن التعريفات القانونية الجديدة للإرهاب التي لقيت قبولاً دولياً تعريف الخبير القانون الدولي في مجال الإرهاب، محمود شريف بسيوني الذي عرف الإرهاب بأنه: "إستراتيجية عنف محرم دولياً، تحفزها بواعث عقائدية (أيديولوجية) وتتوخى أحداث عنف مرعب داخل شريحة خاصة من مجتمع معين؛ لتحقيق الوصول إلى السلطة أو للقيام بدعاية لمطلب أو لمظلمة، بغض النظر عما إذا كان مقترفو العنف يعملون من أجل أنفسهم، ونيابة عنها، أم نيابة عن دولة من الدول، وقد قبل هذا التعريف في اجتماعات الخبراء الإقليميين في =

و"يعد الفعل إرهاباً دولياً وبالتالي جريمة دولية سواء قام به فرد أم جماعة أم دولة، ولا يعد الفعل إرهاباً وبالتالي لا يعاقب عليه القانون الدولي إذا كان الباعث عليه الدفاع عن الحقوق المقررة للأفراد، وحقوق الإنسان والشعوب، أو كان يهدف للوصول إلى حق تقرير المصير، والحق في تحرير الأرض المحتلة أو مقاومة الاحتلال؛ لأن هذه الأفعال تقابل حقوقاً يقرها القانون الدولي للأفراد والدول، ويكون الأمر هنا متعلقاً باستعمال مشروع للعقوبة طبقاً لأحكام القانون الدولي والاتفاقية العرفية، وهذا ما أكدته ونصت عليه المادة الثانية من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام ١٩٩٨ م"^(٣٨).

ولم تخرج هذه الاتفاقية في تعريفها للإرهاب عن المعاني والمضامين التي وردت في التعريفات السابقة، فقد عرفت الإرهاب بأنه^(٣٩):

"كل فعل من أفعال العنف والتهديد أياً كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق، أو الأملاك العامة أو الخاصة، أو احتلالها أو الاستيلاء عليها، أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر"^(٤٠).

فقد ذكر مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر تعريفاً للإرهاب وذلك بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١، فقال عنه: "هو ترويع الأمنيين وتدمير

= فينا التي نظمتها الأمم المتحدة خلال الفترة الممتدة بين ١٤-١٨ آذار - مارس ١٩٨٨، هذا التعريف وما عليه من مأخذ في كتاب: شكري، عزيز، الإرهاب الدولي (مرجع سابق)، ٤٨-٤٩.

(٣٨) http://ksouri-mouhamat.blogspot.com/2008/02/blog-post_27.html

وانظر: سليمان، عصام، تحريم العنف والإرهاب في المواثيق والاتفاقيات الدولية، دراسة منشورة في مجلة الفكر العربي، مجلة الاتحاد العربي للعلوم الإنسانية، بيروت، العدد ٦٥، تموز يوليو، سبتمبر، ١٩٩١.

(٣٩) المرجع السابق.

(٤٠) بطرس بطرس غالي، الأمم المتحدة ومواجهة الإرهاب الدولي الجديد، مجلة السياسة الدولية، ع ١٢٧ يناير ١٩٩٧، ١٠.

مصالحهم ومقومات حياتهم، والاعتداء على أموالهم وأعراضهم وحياتهم وكراماتهم الإنسانية بغياً وإفساداً في الأرض. ومن حق الدولة التي يقع على أرضها هذا الإرهاب الأثيم، أن تبحث عن المجرمين وأن تقدمهم للهيئات القضائية، لكي تقول كلمتها العادلة فيهم" (٤١).

و"العمليات الإرهابية المعاصرة تستهدف اليوم، وبصفة رئيسة بث الرعب في نفوس كافة الدول، مما دفع الأمم المتحدة في عام ١٩٧٢ إلى إضافة لفظ دولي (International) إلى كلمة إرهاب، وإنشاء لجنة متخصصة لدراسة الدوافع والأسباب الكامنة وراء العمليات الإرهابية" (٤٢).

بهذا المعنى "يشمل الإرهاب عدداً من الأعمال، منها اختطاف الأشخاص، وأخذ الرهائن وخاصة الممثلين الدبلوماسيين وقتلهم، ووضع المتفجرات والعبوات الناسفة في أماكن تجمع المدنيين كالبنوك ووسائل النقل العامة... ونظراً لتزايد الأعمال التي توصف بالإرهاب في أعقاب الحرب العالمية الأولى، وخاصة جرائم الاغتيال السياسي، فقد أدى ذلك إلى ظهور بعض الجهود الهادفة للوصول إلى نوع من التجريم الدولي لتلك الأعمال، وضمان توقيع العقاب الرادع على مرتكبيها" (٤٣).

الإرهاب الدولي في التشريعات الدولية والإقليمية (٤٤):

إن من المتفق عليه أن الإرهاب الدولي يعد جريمة من الجرائم الدولية. "والجرائم الدولية في ظل القانون الدولي هي جرائم يحق لكل دولة أن تمارس

(٤١) بيان مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر بشأن ظاهرة الإرهاب، القاهرة: ١٥/٨/١٤٢٢هـ - ٢٠٠١/١١/١م.

(٤٢) http://ksouri-mouhamat.blogspot.com/2008/02/blog-post_27.html

(٤٣) موسى جميل الديوك، الإرهاب والقانون الدولي.

<http://boubouche.maktoobblog.com/1465761>

(٤٤) انظر: المعاهدات والتشريعات الدولية: غبولي منى، الإرهاب في قانون النزاعات المسلحة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر (٢٠٠٩/٢٠٠٨).

إزاءها اختصاصاً جنائياً، بغض النظر عن جنسية مرتكبها أو ضحيتها أو مكان ارتكابها"^(٤٥). ويوجد على النطاق الدولي عدة اتفاقيات تلزم أطرافها من الدول بممارسة هذا الاختصاص^(٤٦).

و" وضعت لجنة شكلتها عصابة الأمم لدراسة قواعد القانون الدولي المتعلقة بالعقاب عن النشاط الإرهابي في عام ١٩٣٥ مشروع معاهدة للعقاب عن الإرهاب. وعقدت اتفاقية عام ١٩٣٧ حرّمت الإرهاب، ونصّت على أن الأفعال الإرهابية تشمل الأفعال الإجرامية الموجهة ضد دولة، عندما تكون هدفها أحداث رعب لدى أشخاص أو جماعات معينة أو لدى الجمهور، وتشمل الأفعال العمدية الموجهة إلى حياة رؤساء الدول وسلامتهم، والأفعال الموجهة ضد دولة وسلامتها، والأفعال الموجهة ضد الأشخاص القائمين بوظائف أو خدمات عامة،

(٤٥) الهيئة العراقية للاستشارات والبحوث:

<http://www.darbabl.net/word/alerhab%20qanoon.doc>

(٤٦) مثل اتفاق طوكيو ١٩٦٣ الخاص بالجرائم والأفعال الأخرى التي ترتكب على متن الطائرات، واتفاق لاهاي ١٩٧٠ لقمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات، واتفاق مونتريال ١٩١٧ لقمع جرائم الاعتداء على سلامة الطيران، والاتفاق الدولي لمناهضة ارتهان الأشخاص ١٩٧٩. انظر: منتصر سعيد حمودة، الإرهاب الدولي، جوانبه القانونية ووسائل مكافحته في القانون الدولي العام والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (٢٠٠٦)، ٤١٧-٤٢٨. يحيى أحمد البناء، الإرهاب الدولي ومسؤولية شركات الطيران، منشأة المعارف (١٩٩٤)، ١١. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، الإرهاب الدولي مع دراسة الاتفاقيات الدولية وقرارات المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٨٦)، ٣٢٥. محمد نيازي حتاتة، مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين مع التركيز على التعاون الدولي في إطار المنظمات الدولية والاتفاقيات والصكوك والإعلانات الدولية، القاهرة (١٩٩٥)، ٨٣٨-٥٣٩. محمد أبو الفتح غنام، الإرهاب وتشريعات المكافحة في الدول الديمقراطية، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٨٩)، ١٨٥. أحمد محمد سويدان، الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١ (٢٠٠٥)، ٩٨-٩٠. كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ١ (٢٠٠١)، ٦٠.

كما تشمل التخريب العمدي وإلحاق الضرر بالأموال العامة، إذ يتوفر فيها شرط الركن المادي للإرهاب^(٤٧).

وتجدر الإشارة إلى أن "الإرهاب - في بعض الأحيان - يختلط بغيره من النشاطات الإجرامية الأخرى، وذلك لأن الإرهاب بما يشكل من عدوان على الأموال والأرواح يشكل جريمة داخلية، وهذا الخلط يقودنا الآن إلى ضرورة التمييز بين الإرهاب الدولي وغيره من الجرائم المشابهة، ولكن قبل أن نبدأ بالتمييز بينهما، يجب علينا أن ننوه إلى أنه بالإضافة إلى الاهتمام الدولي بالإرهاب، فقد كان هناك جهد إقليمي أيضاً لمحاربة الإرهاب وخاصة في الدول الأوروبية، حيث نجحت تلك الدول وفي إطار مجلس أوروبا في التوصل إلى الاتفاقية الأوروبية لقمع الإرهاب والتي وقع عليها عدد من الدول في ٢٧ يناير ١٩٧٧م^(٤٨)، وتجرم هذه الاتفاقية وتعاقب على الأفعال التي تشكل جرائم إرهابية من وجهة نظر هذه الدول، مع وضع تدابير للتعاون فيما بينهم في هذا الخصوص، بالإضافة إلى إقرار طائفة من الجرائم التي يتعين فيها تسليم المجرمين دون اعتبار لكون بعضها فيه شبهة الجريمة السياسية^(٤٩).

(٤٧) عبد الله السلمو، الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية،

<http://www.barasy.com/index.php?name=News&op=article&sid=2470>

وانظر: حسنين المحمدي البوادي، الإرهاب الدولي بين التحريم والمكافحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (٢٠٠٤)، ٤١.

(٤٨) لقد جاء التوقيع على هذه الاتفاقية من تلك الدول تتويجاً لسلسلة من الجهود الحثيثة التي بذلت من قبل مجلس أوروبا وهيئاته المتعددة. انظر: محمد مؤنس، الإرهاب في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة (١٩٨٣)، ٥٦١-٥٦٢، الهامش. وانظر لمزيد من التفصيل: عبد السلام، علي جعفر، ٥٦٨. رفعت، أحمد محمد، الفوارق القانونية بين الكفاح المسلح المرتبط بحق تقرير المصير والإرهاب الدولي، ٥٣٨-٥٣٩. أودينيس العكرة، الإرهاب السياسي، يبحث في أصول الظاهرة وأبعادها الإنسانية، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت (١٩٨٣)، ١٣.

(٤٩) http://ksouri-mouhamat.blogspot.com/2008/02/blog-post_27.html

وانظر لمزيد من التفصيل: عبد السلام، علي جعفر، ٥٦٨. رفعت، أحمد محمد، الفوارق =

إن تحديد مفهوم الإرهاب الدولي أكثر صعوبة من تحديد مفهوم الإرهاب العادي، فالعنف ظاهرة مشتركة بين أفعال الإرهاب الدولي وبين الأنشطة التي تمارسها حركات التحرر الوطني من الاحتلال الأجنبي ومناهضة العنصرية. وعلى الرغم من أن تلك الأفعال وهذه الأنشطة ليست من طبيعة واحدة، إلا أن الكثير من الطروحات، خاصة الغربية، لا تميز بين هذين النوعين، مما يؤدي إلى خلط في ممارستها وفي دوافع كل منها، وبالتالي تؤدي إلى تباين في موقف كل منها، وعليه كان من الضروري دراسة مفهوم الإرهاب الدولي في جوانبه السياسية والاجتماعية والقانونية، بهدف تحديد مفهوم دقيق للإرهاب الدولي يميزه عن غيره من النشاطات الأخرى، التي تشترك معه في بعض مظاهره، إلا أنها تختلف عنه في الأهداف، وفي بعض الوسائل والنتائج، خاصة وأن مفهوم الإرهاب، سواء الداخلي أو الخارجي، ظل عصياً على التعريف من قبل المنظمة الدولية، بسبب تدخل بعض الدول التي تصر على تحريم جميع أنواع الإرهاب، مهما كانت ومن أية جهة تصدر، وبغض النظر عن الهدف التي تكمن وراءه^(٥٠).

والجدير بالذكر أنه يتم القيام بعمليات التنظيم والتخطيط المطلوبة؛ لتثبيت ركائز الإرهاب الدولي تحت مظلة ثلاث بنيات اقتصادية رئيسية. وقد وصفت لوريتا نابوليوني، مؤلفة كتاب "المال والإرهاب"^(٥١)، هذه المراحل المتقدمة جداً من التطور الاقتصادي الإرهابي على النحو التالي:

أولاً: الإرهاب المدعوم من قبل الدولة، والذي يُعد من حيث المبدأ ذا أهمية متضائلة داخل الدول، وليس على صعيد العلاقات بين الدول.

= القانونية بين الكفاح المسلح المرتبط بحق تقرير المصير والإرهاب الدولي، ٥٣٨-٥٣٩. أودينيس العكرة، الإرهاب السياسي، يبحث في أصول الظاهرة وأبعادها الإنسانية، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت (١٩٨٣)، ١٣.

(٥٠) عبدالله السلمو، الإرهاب في القانون الدولي، الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية. <http://www.barasy.com/index.php?name=News&op=articl&sid=2470>

(٥١) ألبير الخوري، أرقام مذهلة لإرهاب متجول... اقتصاديات عولمة الخوف، شبكة إيلاف الإلكترونية، الأحد ٥ فبراير ٢٠٠٦.

<http://www.elaph.com/ElaphWeb/ElaphWriter/2006/2/125764.htm>

ثانياً: الإرهاب المخصص، حيث تقوم المنظمات الإرهابية إما باختيار إقامة ما يشبه الحكم الذاتي، على هيئة دولة داخل دولة، أو أنها تُجبر على القيام بذلك.

ثالثاً: شبكة الإرهاب العالمية، وهي أعلى مرحلة في التنظيم الاقتصادي الإرهابي. في هذه البنية، تقوم العلاقات البراغمية المتنامية مع الجريمة المنظمة والموالين في الشتات، بتأمين التمويل والموارد التي يحتاج إليها النشاط الإرهابي. ويُعد الترابط المتنامي بين هذه المنظمات ذات الدرجة الأقل من آليات التمويل التقليدية، "مثل عمليات التهريب والتزييف وتهريب المخدرات واستعمال المعادن الثمينة"، يُعد من بين النتائج غير المقصودة لعملية تعزيز وتفعيل الضوابط المالية الدولية ومراقبة عمليات غسيل الأموال^(٥٢)

ويعتمد مثل هذا التنوع على نحو متزايد على الترابط التعايشي غير المألوف بين شبكات الجريمة المنظمة والمنظمات الإرهابية^(٥٣)، وبخاصة في دعم المتطلبات اللوجستية لهذه المنظمات... وقد لا تكون العلاقة حميمة بين شبكات الجريمة المنظمة والمنظمات الإرهابية، إلا أن المصالح المشتركة بينهما قد تكون إحدى النتائج غير المرغوبة للتححرر الاقتصادي والمالي الكبير في المنطقة الأوروبية - الأطلسية^(٥٤).

(٥٢) جلال محمد وفاء، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية (٢٠٠١)، ٤٨. وانظر: محمود عبد الفضيل وجيهان دياب، أبعاد ومكونات الاقتصاد الخفي وحركة الأموال السوداء في الاقتصاد المصري ١٩٧٤-١٩٨٤، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٠٠، أبريل ١٩٨٥، ٢٢.

(٥٣) موجز التقرير النهائي للمؤتمر الدولي لمكافحة الإرهاب المنعقد في الرياض ٢٥-٢٨ ذي الحجة ١٤٢٥هـ الموافق ٥-٨ فبراير ٢٠٠٥م. وانظر: مجلة الناتو، العدد الثاني ٢٠٠٧. انظر:

<http://www.nato.int/docu/review/2007/issue2/arabic/analysis2.html>

(٥٤) <http://www.nato.int/docu/review/2007/issue2/arabic/analysis2.html>. ولقد

ساهمت زراعة الأففيون في تأمين مصادر جيدة لتمويل الإرهابيين والمتمردين، إذ تجاوز إنتاج الأففيون ٦٠٠٠ طن في عام ٢٠٠٦، وذلك طبقاً لما أورده مكتب الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات والجريمة. جريدة الناتو، العدد ٢، ٢٠٠٧.

الفصل الثاني الإرهاب والجريمة المنظمة

إن الجريمة المنظمة هي جريمة يضمها تنظيم إجرامي بالغ الخطورة، حيث يتحول فيها المجرم إلى عضو دائم في خلية إجرامية، ويقوم بمهمة إجرامية متخصصة ولعمل إجرامي يشغل به وظيفة داخل هيكل المنظمة الإجرامية. تقوم هذه العصابة على تنظيم إجرامي محكم، قائم على بناء هرمي عنقودي، يضم خلايا عنقودية لمجموعات المجرمين المنتشرين على مستوى الدولة.

وتعد الجريمة المنظمة أكثر تنظيماً، ولكن معايير تنظيمها مختلفة عن المعايير المنظمة لأسلوب الجريمة العادية أو أسلوب الاحتراف، فالرابطة التي تجمع المجرمين العاديين والمحترفين هنا رابطة إدارية، تمتد طوعاً وبرغبة المجرم، كما أنها رابطة أساسها التعاون، وخالية من كل تدرج وتسلسل في المرتبة الاجتماعية. أما الجريمة المنظمة فإن من أهم أسس تنظيمها: تركيز القيادة، والتدرج في المراتب، والإدارة المعقدة، والضوابط الاجتماعية الممنوعة، وتعدد مجالات العمل وتقسيمه والتخصص فيه^(٥٥).

تعريف الجريمة المنظمة:

إن "مصطلح الجريمة المنظمة غامض ومختلف عليه، وتعريفه يثير مشاكل عديدة، وإحدى تلك المشاكل تتعلق بمدلول المصطلح، إذ يرى البعض أن له مدلولاً شعبياً (popular) وليس قانونياً (legal). والمشكلة الأخرى تتمثل في عدم وجود مفهوم واضح للجريمة المنظمة يحظى باتفاق دولي، بسبب اختلاف

(٥٥) السيد، رمضان، الجريمة والانحراف من المنظور الاجتماعي، دار الفكر العربي، القاهرة (١٩٨٥)، ٤٢.

رؤية المشرع لها في كل دولة من الدول، تبعاً لواقعه السياسي والاقتصادي والاجتماعي" (٥٦).

لقد "كثرت التعريفات للجريمة المنظمة، فمنها ما يدخل في تعريف خواصها أو سماتها، ومنها ما يركز على عنصر دون آخر، ولا سيما عنصر التنظيم، ومنها الموجز، ومنها المسهب. وبعض هذه التعريفات لأساتذة في علم الاجتماع، والبعض الآخر لأساتذة في القانون الجنائي، والبعض الآخر لضباط شرطة، كما أن هناك تعريفات لهيئات معنية بمكافحة الجريمة" (٥٧).

ويعدّ وضع تعريف محدد للجريمة المنظمة من الصعوبة بمكان، لأن التعريف يحتاج أولاً إلى وضوح الصورة، حتى يأتي موضعاً معالم تلك الصورة، وفي مجال الجريمة المنظمة قد تتسع الدائرة وقد تضيق؛ لأن أنواع الجريمة المنظمة وأشكالها كثيرة ومتباينة، ولذلك لا يمكن أن يظلّ لها تعريف واحد، فهي تختلف تبعاً لخلفية أعضائها، وأنواع أنشطتها، والفرص الزمانية والمكانية (٥٨).

ويمكن التمييز في إطار تعريف الجريمة المنظمة بين عدة تعريفات:

١ - عرفها الإنتربول في الندوة الدولية الأولى التي عقدها حول الإجرام المنظم بفرنسا في مايو سنة ١٩٨٨م بأنها: "أي جماعة من الأشخاص تقوم - بحكم تشكيلها - بارتكاب أفعال غير مشروعة بصفة مستمرة، وتهدف أساساً إلى تحقيق الربح، دون التقيد بالحدود الوطنية" (٥٩).

"ويعاب على هذا التعريف، أنه لم يشر إلى البناء التنظيمي للجماعة

(٥٦) كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة (مرجع سابق)، ١٥.

(٥٧) يونس زكور، الإرهاب والإجرام المنظم، أية علاقة؟ الحوار المتمدن - ١٨١١-٢٠٠٧/١
http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=87313

(٥٨) معتز محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، آفاق إستراتيجية، جريدة الصباح، العدد ١٩٥١٢، التاريخ ١١ / آذار / ٢٠٠٤.

(٥٩) يونس زكور، الإرهاب والإجرام المنظم، أية علاقة (مرجع سابق).

الإجرامية، كما أنه لم يتضمن العنف كوسيلة تستخدمها الجماعة الإجرامية المنظمة لتحقيق أغراضها، ونظراً لهذه الانتقادات التي وجهت إلى هذا التعريف، فقد أعاد الإنتربول تعريفها بأنها: أية جماعة من الأشخاص لها بناء تنظيمي، وتهدف إلى تحقيق الربح بطرق غير مشروعة، وتستخدم عادة التخويف والفساد" (٦٠).

٢ - التعريف الذي وضعته "مجموعة مكافحة المخدرات والجريمة المنظمة" بالاتحاد الأوروبي في سنة ١٩٩٣، حيث عرفتها بأنها: "جماعة مشكلة من أكثر من شخصين تمارس مشروعاً إجرامياً، ينطوي على ارتكاب جرائم جسيمة لمدة طويلة أو غير محددة، ويكون لكل عضو مهمة محددة، في إطار التنظيم الإجرامي الذي يهدف إلى السطو وتحقيق الأرباح...." (٦١).

٣ - وهناك تعريف المؤتمر الخامس لمكافحة الجريمة ومعاملة المدنيين للأمم المتحدة المعقود في جنيف عام ١٩٧٥، وهو أن الجريمة المنظمة تتضمن نشاطاً إجرامياً معقداً على نطاق واسع، تنفذه مجموعات من الأشخاص على درجة من التنظيم، وتهدف إلى تحقيق ثراء للمشاركين فيها على حساب المجتمع وأفراده، وهي غالباً ما تتم عن طريق الإهمال التام للقانون، وتتضمن جرائم تهدد الأشخاص، وتكون مرتبطة في بعض الأحيان بالفساد السياسي (٦٢).

و"يسجل على هذا التعريف، أنه حفل بالسلوك الإجرامي بصفة خاصة، إلى جانب الجناة والمجني عليهم بصفة عامة، كما أنه لم يشير إلى عنصر الاستدامة، فمن هذا الكيان الإجرامي نستخلص أنه لم يشير إلى وسيلة العنف

(٦٠) المرجع السابق.

(٦١) المرجع السابق

(٦٢) وثائق الحلقة الدراسية الأولى المعنية بالجريمة المنظمة، ٢١-٢٥ أكتوبر ١٩٩١، نشر لجنة الأمن والعدالة الجنائية، فينا (١٩٩٢)، وانظر: المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد ٦، ص ١٩٧٧.

أو الترويع، وهما ما يميزان هذا النوع من الإجرام، كما أنه لم يشير إلى التخطيط للجريمة اكتفاء منه بالإشارة إلى درجة من التنظيم^(٦٣).

٤ - وهناك تعريفان صدرا عن الحلقة الدراسية الدولية المعنية بدراسة الجريمة المنظمة، والتي عقدت في سوزوال بروسيا من ٢١-٢٥ من أكتوبر ١٩٩١م، حيث جاءت بتعريفين للجريمة المنظمة^(٦٤):

أحدهما: مفصل وهو أن العصابة الإجرامية عبارة عن جماعة كبيرة نسبياً من الكيانات الإجرامية المستديمة، والخاضعة للضبط، ترتكب الجرائم من أجل الربح، وتسعى إلى خلق نظام للاحتماء من الضوابط الاجتماعية بوسائل غير مشروعة، مثل العنف والترويع والإفساد والسرقة على نطاق واسع، وربما أمكن وصفها عموماً بأنها مجموعة من الأفراد المنظمين بقصد الكسب بطرق غير مشروعة وباستمرار^(٦٥).

و"يسجل على هذا التعريف أنه لم يحفل بتحديد السلوك الإجرامي ذاته اكتفاء منه بوسائله، وأنه لم يشير إلى المجني عليهم، وأنه حصر الغاية في الربح غير المشروع"^(٦٦).

وعرف محمد فاروق النبهان الجريمة المنظمة بأنها: "الجريمة التي أوفرتها الحضارة المادية؛ لكي تمكن الإنسان المجرم من تحقيق أهدافه الإجرامية بطريقة متقدمة لا يتمكن القانون من ملاحقته بفضل ما أحاط به نفسه من

(٦٣) عبد الفتاح الصيفي وآخرون، الجريمة المنظمة، التعريف، الأنماط، الاتجاهات، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط ١ (١٤٢٠هـ / ١٩٩٩)، ٢٥.

(٦٤) وثائق المؤتمر السابع لقادة الشرطة والأمن العرب، جرائم العنف وأنماطها ووسائل الحد من انتشارها، البند الخامس من جدول الأعمال، المنعقد في تونس في الفترة ٤-٦ من ربيع الثاني ١٤١٤هـ، الموافق ٢٠-٢٢ سبتمبر / أيلول ١٩٩٣، ٥٦.

(٦٥) المرجع السابق.

(٦٦) عبد الفتاح الصيفي وآخرون، الجريمة المنظمة، التعريف، الأنماط، الاتجاهات (مرجع سابق)، ٢٦.

وسائل يخفي بها أغراضه الإجرامية، ولا بد لتحقيق هذه الغاية من تعاون مجموعة من المجرمين" (٦٧).

و"يؤخذ على هذا التعريف أنه اعتبر الجريمة المنظمة هي نتاج الحضارة المادية، مع أننا نعرف أن أقدم صور الجريمة المنظمة هي القرصنة البحرية، حيث شهدت القرون الوسطى وحتى أوائل القرن التاسع عشر سفن للقرصنة فرضوا سيطرتهم على الجميع، وقسموا البحار والمحيطات بين القرصنة.." (٦٨).

أما التعريف الموجز ففقد عرفها بأنها: "مجموعة من الأفراد المنظمين بقصد الكسب بطرق غير مشروعة وباستمرار" (٦٩). ويسجل الصيغي على هذا التعريف عدة مآخذ:

أولها: "إطلاقه للجناة" بقوله "أي مجموعة"، ما يجعل التعريف يتدخل مع صورة المساهمة الجنائية في الجريمة العادية.

ثانيها: أنه اكتفى بوصف الجناة بأنهم منظمون دون توضيح لمعنى التنظيم. ثالثها: أنه حصر الغاية في الربح غير المشروع وحده دون الإفساد عامة، والإفساد الاقتصادي خاصة، فتدخل التعريف مع جرائم المال العادية وفيها يستهدف الكسب غير المشروع" (٧٠).

ويخلص يونس زكور إلى القول بأن "الجريمة المنظمة هي كل فعل غير قانوني يرتكب من طرف جماعة إجرامية، تتكون من شخصين أو أكثر، وهي

(٦٧) محمد فاروق النبهان، مكافحة الإجرام المنظم، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض (١٩٨٩)، ٤٣-٤٤.

(٦٨) محمد فتحي عيد، الإجرام المعاصر، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض (١٩٩٩)، ٨٨.

(٦٩) وثائق المؤتمر السابع لقادة الشرطة والأمن العرب، جرائم العنف وأنماطها ووسائل الحد من انتشارها (مرجع سابق)،

(٧٠) عبد الفتاح الصيغي وآخرون، الجريمة المنظمة، التعريف، الأنماط، الاتجاهات (مرجع سابق)، ٢٦.

ذات تنظيم محكم ومتدرج، وتتمتع بصفة الاستمرارية، ويعمل أعضاؤها، وفق تنظيم داخلي يحدد دور كل منهم بما يكفل إطاعتهم لأوامر رؤسائهم، ويكون الغرض من هذا الفعل - في غالب الأحيان - الحصول على الربح، وتستخدم الجماعة الإجرامية التهديد أو العنف أو الرشوة لتحقيق أهدافها، ويمكن أن يمتد نشاطها عبر عدة دول^(٧١).

ويستخدم الباحثون مصطلحات متباينة في التعبير عن الجريمة المنظمة ORGANIZED CRIME نذكر من بينها الجريمة الاحترافية PROFESSIONAL، والجريمة المتقنة SOPHISTICATED، والجريمة المخططة PLANNED^(٧٢).

والواقع أن هذه المصطلحات تعكس بدرجات متباينة جوانب من حقيقة هذه الظاهرة الإجرامية. وربما كان المصطلح المناسب للدلالة على هذه الظاهرة من بين مجموعة المصطلحات المشار إليها سلفاً، هو مصطلح التنظيمات الإجرامية للاعتبارات التالية^(٧٣):

- أ - فالجريمة المنظمة ليست جريمة واحدة، بمعنى أنها لا يرتكبها شخص ولا تتكون من نشاط إجرامي واحد، بل هي مشروع إجرامي يحوى أنشطة إجرامية متعددة يقوم بها أناس متعددون.
- ب - التنظيم الإجرامي متباين ومختلف الأشكال، بدءاً من جماعات النواصي وتجمعات الجيرة، وعصابات الجانحين، وجماعات اللصوص والنشالين، والاتحادات الإجرامية العالمية والمافيات... الخ.
- ج - يقوم هذا التنظيم على علاقات بين أدوار متباينة وأوضاع مختلفة، ترتب حقوقاً والتزامات متباينة، وتجمع بينهم أساليب ومستويات ومواقف

(٧١) يونس زكور، الإرهاب والإجرام المنظم، أية علاقة (مرجع سابق).

(٧٢) بدر الدين عبد المنعم شوقي، العمل غير المشروع وأثره في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص المصري، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٧٨)، ٢٥١.

<http://www.mqatari.com/vb/showthread.php?t=126>

(٧٣)

واتجاهات وقواعد واتفاقيات، تسهل عملية التنسيق بين نشاطاتهم الإجرامية، وتدعم تقسيم العمل بينهم.

ولقد "شهدت التنظيمات الإجرامية نمواً ملحوظاً في الآونة الأخيرة"^(٧٤)، وانعكس هذا النمو على بناء التنظيمات الإجرامية وجعلها أكثر تعقيداً، وأثر كذلك على وظائف هذه التنظيمات الإجرامية، وأسهم في تنوع وتعدد هذه الأهداف"^(٧٥). وتستغل هذه التنظيمات ظروف الحرية والانفتاح الاقتصادي، وحرية تدفق السلع والخدمات والأموال ومختلف آليات السوق، لتحقيق أهدافها. لذلك ظهرت تنظيمات إجرامية عابرة للقارات ومتعددة الجنسيات، وقد انعكس هذا النمو على اتساع شبكة العلاقات والصلات المتبادلة بين الجريمة المنظمة وصور الانحراف الأخرى في المجتمع ومنها الإرهاب من ناحية، وبين الجريمة المنظمة ومجموعة النظم الاجتماعية التي يتشكل منها البناء الاجتماعي الأكبر للمجتمع من ناحية أخرى".

ومع الوقت اتسع النشاط الإجرامي لتلك التنظيمات وتضخم، مما أدى إلى ظهور ما اصطلح على تسميته بالمنظمات الإجرامية عبر الوطنية، وهي عصابات منظمة لها قواعدها في دولة معينة، ولكنها تعمل في دولة أخرى أو أكثر، وفقاً لما تشكله الأسواق من فرص سانحة للنشاط الإجرامي، ومن الأمثلة عليها^(٧٦):

أ - المافيا الإيطالية: وتنتمي تاريخياً إلى المافيا الصقلية، ونشاطها الرئيسي الاتجار في العقاقير والمواد المخدرة.

(٧٤) علي عبد الرزاق جلبلي، الجريمة المنظمة والبناء الاجتماعي، أعمال ندوة الجريمة المنظمة وأساليب مواجهتها في العالم العربي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (٢٠٠٣)، ٤٨.

(٧٥) محمد بن سليمان الوهيد، ماهية الجريمة المنظمة، أعمال ندوة الجريمة المنظمة وأساليب مواجهتها في العالم العربي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (٢٠٠٣)، ٩-١٤.

<http://www.mqatari.com/vb/showthread.php?t=126>

(٧٦)

- ب - الإجرام الروسي المنظم: ويعمل في مجالات المخدرات والدعارة والاعتقالات السياسية والأسلحة والمواد النووية وتجارة الأعضاء البشرية.
- ج - الجمعيات الثلاثية الصينية: وتعمل في أنشطة الابتزاز والاتجار في المخدرات والدعارة والقمار، ولها شبكة دولية واسعة النطاق.
- د - الياكوزا اليابانية: وأهم أنشطتها الاتجار في السلاح والمخدرات ومحلات المقامرة والاحتيال وغسيل الأموال والجنس.
- هـ - الكارتلات الكولومبية: وتعمل في أنشطة المخدرات بكل صورها.
- و - المنظمات الإجرامية النيجيرية: وتقوم بأنشطة واسعة في مجالات التهريب والمخدرات والاحتيال والابتزاز^(٧٧).
- وهكذا وجد الإرهاب في عصابات الجريمة المنظمة مساعداً أميناً لتزوير الوثائق والحصول على السلاح وغسيل الأموال ونقلها وتهريب الإرهابيين.. إلخ.
- ولم يغب خطر الجريمة المنظمة عن الأمم المتحدة التي تعقد مؤتمراً عالمياً لمنع الجريمة والعدالة الجنائية كل خمس سنوات. وقد طرح موضوع الجريمة المنظمة في المؤتمر العالمي السابع في ميلانو عام ١٩٨٥، والمؤتمر العالمي الثامن في هافانا عام ١٩٩٠، كما طرح على مؤتمر منع الجريمة التاسع الذي عقد في القاهرة في أوائل عام ١٩٩٥. وشاركت الأمم المتحدة في مؤتمرات خاصة، عقدت بشأن الجريمة المنظمة^(٧٨)، مثل مؤتمر كييف عام ١٩٩٢ ومؤتمر ميلانو عام ١٩٩٤^(٧٩).
- وقد ناقش مؤتمر منع الجريمة الذي عقد في القاهرة عدداً من الموضوعات منها التعاون الدولي والمساعدة الفنية العملية من أجل تدعيم تنفيذ حكم القانون

(٧٧) عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٩٥)، ٧٥-٧٦.

(٧٨) محمد بن سليمان الوهيد، ماهية الجريمة المنظمة، أعمال ندوة الجريمة المنظمة وأساليب مواجهتها في العالم العربي (مرجع سابق)، ١٥.

<http://www.mqatari.com/vb/showthread.php?t=126>

(٧٩)

لمكافحة الجرائم الاقتصادية، والجرائم المنظمة المحلية وعبر الدولية، والعدالة الجنائية ونظام الشرطة، ومكافحة الفساد والقوانين الإجرائية وموضوعات الإرهاب وغيرها^(٨٠).

العلاقة بين الإرهاب والجريمة المنظمة:

يتم التمييز بين الجريمة الإرهابية والجريمة المنظمة بصفة أساسية من خلال أهداف كل منهما، حين تستهدف الجريمة المنظمة محلياً أو دولياً، الوصول إلى تحقيق مكتسبات مالية ومتراكمة الثروات، دون اعتبار لأي قيم وطنية أو إنسانية. بينما تكون للجريمة الإرهابية أهداف سياسية أو اعتبارية، من خلال استهدافها تغيير نظام الحكم أو اختياراته وتوجهاته، أو مواجهة المجتمع ككل بتغيير سلوكه وفرض نمط عيش آخر.

وهكذا نجد أنه في إطار المقارنة بين الجريمة المنظمة والإرهاب، والاختلاف المميز لبعضهما عن بعض، يرى كثير من الدارسين أن أوجه الخلاف بينهما تكمن في الهدف الذي يسعى إليه مرتكبوها، ففي الوقت الذي تسعى عصابات الجريمة المنظمة إلى تحقيق أهداف ومكاسب مادية ومالية، فإن الجماعات الإرهابية تهدف إلى تحقيق أهداف ومكاسب سياسية بحتة، ولتحقيق أغراض مذهبية، وتنفيذ العقيدة وأفكار يؤمن بها مرتكبوها، قناعة منهم بأنهم بذلك يقدمون خدمة للمجتمع ويضحون من أجله ولو بأنفسهم^(٨١).

(٨٠) المرجع السابق.

(٨١) عبد الفتاح مصطفى الصيفي؛ مصطفى عبد المجيد كاره؛ أحمد محمد النكلاوي، الجريمة المنظمة، التعريف والأنماط والاتجاهات، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م)، ٣٥-٤٢. وانظر: عبد الله العلوي البلغيثي، السياسة الجنائية بالمغرب: واقعاً وأفاقاً، منشور بمجلد الأشغال التحضيرية لإعداد تغييرات مجموعة القانون الجنائي، الجزء الأول، المعد بمناسبة الأيام الدراسية المنظمة بمناسبة أيام ٩-١٠-١١ جنبر (٢٠٠٤). وانظر: كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة (مرجع سابق)، ٦٣-٦٤. جهاد محمد البريزات، الجريمة المنظمة (مرجع سابق)، ٧٢-٧٣.

ويمكننا أن نرصد العلاقة بين الإرهاب والجريمة المنظمة من خلال التطرق إلى أوجه الشبه، وأوجه الاختلاف بينهما.

أ - أوجه الشبه بين الإرهاب والجريمة المنظمة^(٨٢):

تتشرك الجريمة المنظمة والجريمة الإرهابية في كثير من الخصائص والسمات التي يمكن إجمالها فيما يلي:

١ - إن كليهما يسعى إلى إفشاء الرعب والخوف والرهبة في النفوس على نحو منظم ومستمر في نفس الوقت، متطلبات الجريمة المنظمة تفرض الرعب على الناس لتحصل على أموالهم، وعلى رجال السلطة، كي لا يتدخلوا في شؤونها، ولكي يتخلوا عن واجبهم في التصدي لها. ومنظمات الإرهاب قد ترهب المواطنين؛ لإثارة الرأي العام ضد السلطات، وإظهار عجزها عن حمايتهم، كما توجه عملياتها إلى رجال السلطة باعتبارهم رموزاً للنظام السياسي. وعلى هذا، فإن الفرق بين المنظمات الإرهابية ومنظمات الجريمة المنظمة، في نطاق الرعب، هو فرق في النوع وليس في الدرجة.

٢ - تعتمد كل من الجريمة المنظمة والإرهاب على تنظيمات سرية معقدة، تضفي نوعاً من الرهبة والسرية على العمليات الإجرامية التي تقوم بممارستها، في ظل مجموعة من المبادئ والقواعد الداخلية الصارمة والقاسية لكل من يخالفها سواء أكان من أعضائها أم من المتعاملين معها.

إن المنظمات الإرهابية تتمثل في شأن تنظيمها، وسرية عملياتها، وقوانينها الداخلية، وأساليب العمليات، بالأنماط التي تمارس بها المنظمات الإجرامية عملها، فهي تستفيد من خبرة وتجارب الجريمة المنظمة في ممارسة الإرهاب، ويظهر هذا واضحاً في دولة مثل إيطاليا حيث تعمل منظمة الألوية الحمراء بنفس أسلوب منظمة المافيا.

(٨٢) يونس زكور، الإرهاب والإجرام المنظم، أية علاقة (مرجع سابق). وانظر للمزيد من التفصيل: كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة (مرجع سابق)، ٦٣-٦٤. جهاد محمد البريزات، الجريمة المنظمة (مرجع سابق)، ٧٢-٧٣.

- ٣ - تماثل الهياكل التنظيمية للإجرام المنظم والإرهاب في ظل طبيعتهما العابرة للحدود ووسائلهما غير المشروعة وغسل الأموال.
- ٤ - وحدة التهديدات التي تشكلها الجرائم المنظمة والإرهاب على الأمن والاستقرار الوطني والدولي وقيم الديمقراطية^(٨٣).
- ٥ - إن بعض المنظمات الإرهابية تسعى إلى تجنيد بعض الأفراد من أعضاء المنظمات الإجرامية، حيث يعهد إليهم ببعض المهام، مثل تخطيط العمليات، والتجهيز لإقامة الأفراد وإخفائهم، والحصول على الوثائق المزيفة أو الأسلحة، والاتصال ببعض ذوي الخبرة الطبية لعلاج المصابين في العمليات الإرهابية، دون إخبار الشرطة.
- ٦ - يتسم كل من الإرهاب والجريمة المنظمة بنزوحهما نحو العالمية، وعبور الحدود، فالجماعات الإرهابية مثلها مثل الجماعات الإجرامية المنظمة، قد تعتمد إلى تجنيد أتباعها في دولة، وتدريبهم في دولة أخرى، والبحث عن مصادر تمويل من جهات متعددة، والقيام بأنشطتها الإجرامية في دول أخرى^(٨٤).
- ٧ - إن لبعض المنظمات الإرهابية صلة قوية بعصابات الجريمة المنظمة، حيث تستأجر المنظمات الإرهابية أحياناً، عصابة من عصابات الجريمة المنظمة للقيام بعملية قتل أو تخريب لحسابها^(٨٥)، خاصة وأن بعض العصابات الإجرامية تكون مسؤولة عن مناطق بعينها، ولا تسمح بأي نشاط آخر لأحد في دائرة اختصاصها. ولما كان التنافس معدوماً بين المنظمات الإرهابية

(٨٣) يونس زكور، الإرهاب والإجرام المنظم، أية علاقة (مرجع سابق).

(٨٤) زكور يونس، الإرهاب مقارنة للمفهوم من خلال الفقه والقانون. مشروع نهاية الدراسة، تحت إشراف د. سعيد خمري، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، الكلية المتعددة التخصصات آسفي، ص ١١٨. انظر:

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=82832>

(٨٥) عز الدين أحمد جلال الدين، الإرهاب والعنف السياسي، كتاب الحرية، ط ١ (١٩٨٦)، ٧٣-٧٤.

وعصابات الجريمة؛ لاختلاف الأهداف والأغراض، فإن مجال التعاون الذي قد تفرضه الظروف - أحياناً - ليس مستبعداً. ويمكننا أن نستخلص أن مجالات التشابه بين الجريمة المنظمة والإرهاب متنوعة وكثيرة، حتى أن البعض يعتبر الإرهاب إحدى صور الجريمة المنظمة، إلا أن ما بينهما من اختلاف أساسي وجوهري في إطار الأنشطة والأهداف والدوافع، يجعل التمييز بينهما واضحاً وجلياً^(٨٦).

ب - أوجه الاختلاف بين الإرهاب والجريمة المنظمة^(٨٧):

يختلف الإرهاب عن الجريمة المنظمة من خلال مجموعة خصائص، يمكن أن نجل أهمها فيما يلي:

- ١ - إن الإرهاب يهدف إلى تحقيق أهداف ومطالب سياسية، بينما تسعى منظمات الجريمة إلى تحقيق أرباح مالية بطرق وأساليب غير مشروعة^(٨٨). وهذا الاختلاف الواضح يركز في نوعية الدافع خلف النشاط، فدافع الإرهاب هو إشعار السلطة السياسية بموقف معين يسعى إلى تحقيقه عندها، ويضحي بذاته في سبيل إقراره، بينما الهدف الوحيد لمنظمات الجريمة المنظمة، هو الحصول على الأموال والأرباح الطائلة، بصرف النظر عن مصدرها حتى ولو كان مصدرها عمليات القمار والدعارة أو الاتجار بالنساء والأطفال.
- فالإرهاب - من وجهة نظره - يسعى إلى تحقيق مبادئ تمثل الحق والعدالة عنده، ويضحي بذاته في سبيل إقرارها، بينما الهدف الوحيد لمنظمات

(٨٦) معتز محيي عبد الحميد، الإرهاب والجريمة المنظمة. انظر:

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

paper.php?source = akbar&mlf = interpage&sid = 22318

(٨٧) يونس زكور، الإرهاب والإجرام المنظم، أية علاقة (مرجع سابق). وانظر للتفصيل:

كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة (مرجع سابق)، ٦٣-٦٤. جهاد محمد

البريزات، الجريمة المنظمة (مرجع سابق)، ٧٢-٧٣.

(٨٨) انظر: كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة (مرجع سابق)، ٦٣.

الجريمة المنظمة هو الحصول على الأموال والأرباح الطائلة، بصرف النظر عن مصدرها حتى ولو كانت من خلال القمار والدعارة^(٨٩).

٢ - الجريمة الإرهابية يمكن أن تقع من مجرم واحد، وهو ما أشارت إليه النصوص التشريعية التي عرفت الإرهاب، أو تلك التي حددت الحالات التي يوصف فيها العمل بالإرهابي، وذلك بعكس الجريمة المنظمة فهي دائماً جماعية تتطلب وجود عدد ملحوظ من الأعضاء^(٩٠).

إن الإرهاب يقوم به أفراد أو جماعات، أما نشاطات الإجرام المنظم، فتقوم بها جماعات منظمة، أي تقتضي التنظيم والتبعية وقد تكون على هيئة اتحاد (كارتل)^(٩١).

٣ - الإرهابيون يرفضون - غالباً - الاعتراف بجرائمهم، ويرفضون وصف ما يقومون به من إرهاب "بالجريمة"، وقد يقومون بعد ارتكاب الجريمة بإصدار تصريحات سياسية عبر وسائل الإعلام لتفسير ما يقومون به من أعمال، أما الجماعات الإجرامية المنظمة فتحافظ على سريتها وتحرص على إخفاء أنشطتها غير المشروعة^(٩٢).

٤ - بالإضافة إلى هذه الاختلافات يمكن أن نضيف أن الجماعات الإرهابية تركز في الدعاية لنفسها على الجانب الفكري والعقائدي، من أجل ضم المزيد من المتطوعين، ومن أجل ضمان الوفاء والإخلاص للجماعة، عكس جماعات الجريمة المنظمة التي تركز على الإغراءات المادية، من أجل ضم مزيد من الأعضاء إلى تنظيماتها.

وعلى الرغم من هذا الاختلاف الواضح، فإن عناصر التشابه قد تدفع البعض إلى وصف الإرهاب بالجريمة المنظمة. ونحن نرى أن هذا الوصف قد

(٨٩) انظر: عز الدين أحمد جلال، الإرهاب والعنف السياسي (مرجع سابق)، ٧٣.

(٩٠) كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة (مرجع سابق)، ٦٣.

(٩١) حسن النجفي، مطبعة الإدارة المحلية، (١٩٧٧)، ٥٣.

(٩٢) انظر: شريف سيد كامل (مرجع سابق)، ٩٨-٩٩.

يصبح صحيحاً إذا ما اتخذت الجريمة المنظمة هدفاً سياسياً، فمجالات التشابه الظاهري بين الإرهاب والجريمة المنظمة كثيرة، إلا أن هناك اختلافاً أساسياً وجوهرياً بين أهداف النشاط لكليهما، يجعل التفرقة بينهما واضحة^(٩٣).

يقول كوركيس: "إن اللجوء إلى إستراتيجيات الإرهاب و"العنف" من جانب جماعات الجريمة المنظمة لا يعني بالضرورة مساواتها بالجماعات الإرهابية، لأن لجوءها إلى تلك الإستراتيجيات يكون بباعث الحصول على الأموال لتمويل أنشطتها الإجرامية، ويبقى المحرك الأساسي لتلك الجماعات أيديولوجياً ولا يمكن عدها من جماعات الجريمة المنظمة"^(٩٤).

وعلى الرغم من ذلك "فإن الفقه الحديث يتجه لعدّ الجرائم الإرهابية من الجرائم المنظمة غالباً والتي تتطلب تعاوناً دولياً لمكافحتها، وذلك لتطور العلاقة بين الإرهاب والجريمة المنظمة"^(٩٥).

وخلاصة القول، إن الاختلافات المميزة لكل نوع من الجرائم لا تحول دون تعاون الجماعات الإرهابية مع جماعات الجريمة المنظمة، لأن ما يجمعهما أكثر مما يفرقهما، فكلتا النوعين من الجماعات يعملان وينشطان خارج القوانين الوطنية والدولية، ويعاديان الدول والشعوب على السواء، وهذا ما يجعلنا نطرح السؤال التالي:

هل يمكن أن تواجه الجرائم المنظمة والجرائم الإرهابية بنفس الوسائل، أم أن كل نوع تلزمه وسائل خاصة ومداخل معينة لمكافحته؟ ولماذا نلاحظ أن المجتمع الدولي ينشط في التنديد بالجرائم الإرهابية والدعوة إلى مكافحتها أكثر مما ينشط في التنديد بالإجرام المنظم والدعوة لمكافحته؟

(٩٣) معتز محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، آفاق إستراتيجية، جريدة الصباح، العدد ١٩٥١٢، التاريخ ١١ / آذار / ٢٠٠٤.

(٩٤) كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة (مرجع سابق)، ٦٤.

(٩٥) جهاد محمد بريزات، الجريمة المنظمة، دراسة تحليلية (مرجع سابق)، ٧٣.

فالبشرية عرفت منذ الأزل الجريمة، وذلك بأشكالها البسيطة والأولية، التي تتركز على فعل واحد أو عدة أفعال لإنجازها، لكن تطور المجتمعات البشرية وتعدّد نظم حياتها ومعاملاتها، ولا سيما ما أفرزته المجتمعات الصناعية الحديثة من تشابك للمصالح الاقتصادية والتجارية، تجاوزت الحدود الوطنية للدولة، فانتقلت الجريمة من البساطة والعفوية إلى التعقيد والتنظيم الدقيق الذي يتصف بالترتيب والإعداد، والذي لم يعد محصوراً في مكان واحد، ولا في مدينة واحدة، ولا في دولة واحدة، ليصبح تنظيم الجريمة ذا بعد دولي، وذا مصالح متنوعة لمجموعة من الأفراد أو المنظمات أو العصابات، فنشأ ما ندعوه بالجريمة المنظمة^(٩٦).

وتقوم الجريمة المنظمة على مجموعة من الأشخاص يمتلكون القدرة على القيادة والتنظيم والتخطيط والتنفيذ، وتوجيه أنواع النشاط الإجرامي إلى المجالات التي تحقق لهم أهدافهم غير المشروعة. ويشكل تنظيم هذه المجموعة من الأشخاص شكلاً هرمياً، يمارس فيه الرئيس سلطات مطلقة، وغالباً ما يكون بعيداً عن الأخطار، ويوجه أوامره عن طريق قيادات متسلسلة، في سرية وكتمان ومحافضة تامة على أسرار العصابة، وعدم البوح بها تحت طائلة التصفية الجسدية، والسمة الغالبة لدى أفراد هذه العصابات أنهم متجردون من كل إحساس من ضمير أو أخلاق، وهم يتحدون كل نظام وقانون.

ومن "الأفعال الجرمية المصنفة ضمن الجريمة المنظمة، والتي بدأت تبرز على السطح عندنا، جرائم السطو على المؤسسات المالية والتجارية التي تعتبر نقطاً لتجميع مبالغ مالية مهمة "وكالات بنوك، الأسواق العصرية الكبرى، محطات توزيع البنزين.." وتهريب المخدرات وغسل الأموال، وكذلك جرائم النصب والاحتيال المرتبطة بدوائر كبرى ذات نفوذ بالبلاد"^(٩٧).

(٩٦) عبد الرحمن محمد العيسوي، الجنون والجريمة والإرهاب، دراسة ميدانية، الدار الجامعية، بيروت (١٩٩٤)، ١٥٤.

(٩٧) كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة (مرجع سابق)، ٦٣.

والإرهاب "كحدث وواقعة، عبارة عن جريمة مستوفية جميع الأركان والعناصر الأساسية لقيامها، وترتكب في سياق سلوك إجرامي مناف للسلوك الاجتماعي ومخالف للقوانين الوطنية والدولية. وبالتالي، فإنه من وجهة النظر القانونية، ينبغي تجريمها وإنزال العقوبات المقررة لها في الأنظمة القانونية بمرتكبيها، وإخضاعها لما تخضع له الجريمة العادية من إجراءات ومحاكمة وفرض عقوبات وتنفيذها؛ لضمان احترام الحياة الإنسانية، وضمان حماية الممتلكات، وسيادة الشرعية القانونية" (٩٨).

وتتميز الجريمة الإرهابية عن الجريمة العادية، بأنها من الجرائم المركبة والمعقدة، كما تتميز بنشاط إعلامي واسع، وهي ذات أبعاد سياسية وتحظى بدعم دولي مباشر أو غير مباشر. وأصبحت الجريمة الإرهابية أسلوباً تستعيز به بعض القوى الدولية عن شن الحروب التقليدية المكلفة وتتجنب ويلاتها (٩٩).

(٩٨) سحر مهدي الياسري، الإرهاب جريمة العصر، المعالجة القانونية دولياً ومحلياً، جريدة الاتحاد، العدد رقم ١٣٥٨٣. انظر:

<http://www.atitthad.com/paper.php?name=News&file=article&sid=13583>

وانظر: عصام صادق رمضان، الأبعاد القانونية للإرهاب الدولي، مجلة السياسة الدولية، الأهرام، مصر، عدد ٨٥ يوليو ١٩٨٦، ٢٤.

(٩٩) ملخص من:

<http://www.alitthad.com/paper.php?name=News&file=article&sid=13583>

وانظر: البيان الختامي للدورة الرابعة والعشرين للمؤتمر الإسلامي، وزارة الخارجية، دورة الإخاء والتعاون، جاكارتا، اندونيسيا (٢٨ رجب، ٣ شعبان) ١٤١٧هـ - ١٣، ت ١، ١٩٩٦م، ٨. محمد فتحي عيد، واقع الإرهاب في الوطن العربي، مطابع أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض (١٩٩٩)، ١٣١ وما بعدها. أحمد فلاح العموش، أسباب انتشار ظاهرة الإرهاب الدولي، مطابع أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض (١٩٩٩)، ٨٦ وما بعدها. تركي ظاهر، الإرهاب العالمي، دار الحسام للطباعة، بيروت، ط ١ (١٩٩٤)، ٢٦ وما بعدها. إبراهيم صوافير، الإرهاب والقانون، مجلة المنار، العدد ٢٢ - ٢٣ - ٢٤، باريس، ١٩٨١، ٥٠. أحمد جلال عز الدين، الإرهاب والعنف السياسي، دار الحرية للطباعة والنشر، القاهرة، ط ١ (١٩٨٦)، ١٩٣.

لكن هذه الخصائص للجريمة الإرهابية "لا يحول دون اعتبارها جريمة عادية، والتعامل معها بالوسائل القانونية من النواحي الإجرائية والعقابية وبوسائل متطورة" (١٠٠).

وتكمن صعوبة العمل الإرهابي في أنه لا يقتصر على توجيه فعل العدوان إلى العدو المباشر فحسب، بل أنه يتعداه إلى رعايا دول أخرى وأموال مملوكة لدول أخرى، ولعل هذا هو السبب الرئيس الذي يجعل العالم الآن مهتماً بالتعاون من أجل مكافحة الإرهاب، وخاصة الذي يقوم به الأفراد (١٠١).

وهكذا فإننا نخلص من عرضنا السابق لمفهوم الإرهاب إلى أن الإرهاب ظاهرة عالمية، عرفها الإنسان منذ القدم، وقد فشل القانون الدولي حتى الآن في إيجاد تعريف موضوعي لمفهوم الإرهاب، وذلك نظراً لتضارب مصالح الدول المؤثرة في العالم وازدواجية المعايير، إلا أنه يوجد إجماع دولي حول بعض الأفعال التي تشكل إرهاباً، وقد اتفق على شجبها ومكافحتها.

(١٠٠) سحر مهدي الياسري، الإرهاب جريمة العصر، المعالجة القانونية دولياً ومحلياً، جريدة الاتحاد، العدد رقم ١٣٥٨٣. انظر:

<http://www.alitthad.com/paper.php?name=News&file=article&sid=13583>

وانظر: عبد الناصر حريز، الإرهاب السياسي، دراسة تحليلية، مكتبة مدلولي، القاهرة (١٩٩٦)، ٣٦.

(١٠١) علي جعفر عبد السلام، بين جريمة القرصنة وجرائم الإرهاب الدولي، بحث مقدم إلى اتحاد المحامين العرب السادس عشر المنعقد في الكويت سنة ١٩٨٧، ٢/٥٧٠.

الفصل الثالث

الإرهاب وجرائم غسيل الأموال

إن غسيل الأموال عبارة عن "مجموعة من العمليات المالية تستهدف إضفاء الشرعية على أموال متحصلة من مصدر غير شرعي، بحيث تنطوي هذه العمليات على إخفاء مصدر المال المتحصل عليه من أنشطة إجرامية، وجعله يبدو في صورة مشروعة، مما يمكن الجناة من الاستفادة من حصيلة جرائمهم علانية.

والجاني في غسيل الأموال يقوم بإجراء عمليات مالية متداخلة هدفها إدخال هذه الأموال غير المشروعة إلى حركة التداول المشروع لرأس المال، وهو ما يؤدي إلى إدماج هذه الأموال في النظام "الهيكل" المالي للدولة التي تتجه إليها هذه الأموال، ويصبح من الصعب اقتفاء أثرها أو الوقوف على مصدرها غير المشروع" (١٠٢).

وعلى ذلك، فإن الأنشطة الخفية الإجرامية، والاتجار في المخدرات، وتجارة الرقيق والأعضاء البشرية، والدعارة، والقوادة، وأعمال المافيا، هي مصادر للأموال القذرة التي يحاول أصحابها تغيير صفتها غير المشروعة وإكسابها صفة جديدة مشروعة، من خلال عمليات غسيل الأموال" (١٠٣).

ولذلك فإن "الإرهاب بمفهومه الواسع تتعدد تصنيفاته بتعدد وتنوع زوايا البحث وأيديولوجية الباحث وثقافته والأسس التي يقوم عليها التصنيف. ومن أبرز تصنيفاته وأنماطه هو العنف المباشر والعنف غير المباشر، استناداً إلى أشكال ومظاهر العنف، حيث يفرق البعض بين العنف المباشر وهو الذي يقترن

(١٠٢) أشرف شمس الدين، تجريم غسيل الأموال في التشريعات المقارنة، دار النهضة، (٢٠٠١)، ٦٣.

(١٠٣) صلاح الدين حسن السيبي، قضايا اقتصادية معاصرة، دراسة نظرية وتطبيقية، دار غريب، القاهرة (٢٠٠٢)، ١٩٥.

باستخدام القوة بصورة مكشوفة " الحرب، العصيان المسلح...الخ^(١٠٤)، وبين العنف غير المباشر أو المستتر الذي لا يقتصر باستخدام القوة^(١٠٥) كالضغوط الفكرية والنفسية، ومراقبة الحياة الخاصة، والتحكم في السلوك الخ^(١٠٦).

إن ما يثير قلق المسؤولين الغربيين هو وجود قاعدة كبيرة من البنية الأساسية للدول الغربية، إما تدار أو أنها مرتبطة بالفعل بأجهزة الكمبيوتر^(١٠٧). فعلى سبيل المثال، فإن أجهزة الكمبيوتر تدير شبكات العمل، وتنظم تدفق البترول والغاز خلال الأنابيب، وتتحكم في حاويات الماء وأنظمة معالجة مياه الشرب والمجاري، كما أن أنظمة التحكم في هبوط وإقلاع الطائرات تعتمد عليها، وتساعد في تدعيم شبكات الاتصالات وخدمات الطوارئ، فضلاً عن إمكانية زرع الفيروس المناسب في المستشفيات والأماكن الصحية على أجهزة الكمبيوتر، والتي ينجم عنها أضرار بالغة. الأمر الذي يؤكد أن حرب المعلومات أو عنف المعلومات يمثل خطورة على التنمية خلال الفترة القادمة، الأمر الذي يتطلب ضرورة إنشاء مركز قومي لحماية البنية الأساسية والمعلومات، على أن يضم عدداً من ذوي الخبرة العلمية والعملية في هذا المجال^(١٠٨).

إن العديد من التنظيمات الإرهابية خلال فترة السبعينات ارتبط اسمها بتنظيمات، من أمثال "تجار المخدرات، مزوري العملة الوطنية والعملات الأجنبية،

(١٠٤) أروى الفاعوري وإيناس قطيشات، جريمة غسيل الأموال (المدلول العام والطبيعة القانونية)، دار وائل، عمان، ط ١ (٢٠٠٢)، ٣٧-٣٩.

(١٠٥) باسترنك دوجالا أوستر، بروس ب، الإرهاب بمجرد لمس مفاتيح الكمبيوتر، ترجمة خلود يوسف خضر (ب.ت)، ٤٠-٤٦.

(١٠٦) فيليب برنو وآخرون، المجتمع والعنف، ترجمة إلياس زحلاوي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، دمشق (١٩٨٦)، ٩٨.

(١٠٧) ف. ددينوف، نظريات العنف في الصراع الأيديولوجي، ترجمة سحر سعيد (ب.ت)، ٢٣-٣١.

(١٠٨) عبد الحميد حسب النبي الشورى، أثر الإرهاب على الاقتصاد القومي في مصر (مرجع سابق)، ١٠٠.

تجار السلاح... الخ". ومما لا شك فيه أن تجار المخدرات وغيرهم هم أحد مصادر عمليات غسيل الأموال^(١٠٩). فهم أيضاً يقومون - أحياناً - بغسل أموالهم^(١١٠)، من خلال تدعيم قيادات التنظيمات الإرهابية مالياً أو مشاركة بعضهم وانضمامهم لصفوف التنظيمات الإرهابية^(١١١).

إن وجود علاقة بين هذه العمليات والإرهاب، ينشأ من خلال قيام عصابات المخدرات الدولية وبعض رجال الأعمال المستثمرين بغسيل أموالهم القذرة، من خلال تمويل التنظيمات الإرهابية^(١١٢). وفي هذه الحالة تكون العلاقة غير مباشرة بين عمليات غسيل الأموال والإرهاب، عندما تقوم بعض قيادات التنظيمات الإرهابية بالاتجار في المواد المخدرة والعملات المزورة والمزيفة، والسطو على البنوك واستحلال أموال رجال الأعمال وتجار الذهب، بهدف توفير الدعم المالي لهذه التنظيمات، مما يؤدي إلى تصاعد أنشطة العناصر الإرهابية، وضرب المصالح الاقتصادية للبلاد^(١١٣).

وبما أن ظاهرة غسيل الأموال تدخل في إطار الإجرام المنظم^(١١٤)، فقد

(١٠٩) عبد العزيز بن محمد، المخدرات وظاهرة غسيل الأموال، مقال نشر في مجلة الأمن والحياة، العدد ٢٠٣، السنة ١٨ لسنة ١٩٩٩. حمدي عبد العظيم، صحيفة الجزيرة السعودية، العدد ١٠٤٨٩، ٢٥ ربيع الأول ١٤٢٢هـ.

(١١٠) إبراهيم الحمود، ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني، ندوة عقدتها مجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الثالث.

(١١١) رضا هلال، الصراع السياسي ومستقبل توظيف الأموال، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٠١٨، تاريخ ١٨ يونية ١٩٩٨.

(١١٢) عبد القادر غالب، غسيل الأموال، دراسة قانونية نشرت في مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد ٢٣٢، المجلد ٢، لسنة ٢٠٠٠.

(١١٣) عبد الحميد حسب النبي الشورى، أثر الإرهاب على الاقتصاد القومي في مصر (مرجع سابق)، ١٠٢.

(١١٤) سمير رضوان، حول إدارة الأموال القذرة، الأهرام (٢٥/٩/١٩٩٥).

أخذت حيزاً كبيراً في كافة وسائل الإعلام؛ نظراً لأهميتها وخطورتها على الاقتصاد العالمي، وكما يقال أن لها دويماً يهز الاقتصاد العالمي^(١١٥).

فالجريمة المنظمة لها علاقة وطيدة بآفة غسيل الأموال، تلك الجريمة التي طالما عانت منها كافة الدول، فهي جريمة متعددة الأوجه تمارسها عصابات إجرامية، تمتلك من وسائل البطش ما يمكنها من فرض الجريمة ولو بأسلوب الإرهاب. فالعلاقة التي تربط الجريمة المنظمة بغسيل الأموال، هي الأساس الإجرامي أي اكتمال أركان الجريمة، وكلاهما يؤثر على الاقتصاد، سواء على المستوى الوطني أو الدولي. ومن هنا إرتأينا أن نقف مع هذه الظاهرة، لنبين مدى علاقتها بالجماعات الإرهابية.

إن هناك علاقة قوية بين غسيل الأموال وكل من الإرهاب وتجارة السلاح والمخدرات، وأن عصابات الجرائم المنظمة أو الإرهابيين وتجار المخدرات والسلاح استفادوا كثيراً من الوسائل التقنية الحديثة مثل الحاسوب والإنترنت في غسل أموالهم الناتجة عن هذه الأعمال غير المشروعة^(١١٦).

وإن من نافلة القول، أن عمليات غسيل الأموال تعد من أخطر المشكلات التي تواجه الأنظمة الاقتصادية على المستوى المحلي والإقليمي والدولي، في ضوء تزايد معدلها سنوياً مع تزايد حركة النشاط الاقتصادي والانفتاح المالي والاقتصادي عالمياً ومحلياً، والاتجاه إلى تحرير التجارة الخارجية والداخلية، وما يرتبط بذلك من مناخ يساهم في تخفيف القيود الإدارية أو الإجرامية. مما قد

(١١٥) بسمة عولمي، جريمة غسيل الأموال وخطورتها على الاقتصاد، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٢-٠٧-٢٠٠٧. انظر:

<http://www.f-law.net/law/archive/index.php?t-2886.html>

(١١٦) مؤتمر القاهرة، "تزايد تهديدات غسيل الأموال، وتنوع أساليبه، والعمل الدولي لمكافحة"، المنعقد بالفترة من ١٣ إلى ١٥ يونيو ٢٠٠٤. انظر: مقال محمد جمال

عرفة: <http://www.islamdaily.net/AR/Contents.aspx?AID=1582>

وانظر: الورقة التي قدمها المستشار هشام فتحي رجب بعنوان "تمويل الإرهاب وعلاقته بغسل الأموال".

يفتح الباب أمام الفساد الإداري والسياسي، ونشاط المخدرات وغيرها من أنشطة التزوير والتزييف، وما يتحقق منها من دخول غير مشروعة تبحث عن مراحل جديدة لإضفاء صفة المشروعية عليها..

إن المحاولات الإقليمية والدولية لدعم عمليات التعاون والتنسيق في هذا المجال لا تزال في حاجة إلى مزيد من الدراسات والبحوث ذات الصلة المباشرة بمنع ومكافحة جرائم غسيل الأموال^(١١٧).

فالارتباط وثيق الصلة بين جريمة غسيل الأموال أو تنظيف عائدات الجرائم بالعديد من الجرائم الأخرى، والتي منها بل في مقدمتها جرائم المخدرات وجرائم الإرهاب وتزييف النقود وتهريب الآثار والتحف وتجارة الرقيق والدعارة، التي تندرج جميعها تحت طائفة الجريمة المنظمة، فضلاً عن طبيعتها الدولية أو العابرة للدول، وبما يدرجها تحت مسمى الجريمة غير الوطنية^(١١٨).

وتشير الدلائل إلى أن الجريمة المنظمة تزداد انتشاراً وتتراكم مواردها، مما يستدعي بالضرورة ابتكار وسائل جديدة لغسيل الأموال، حتى تفلت الأموال الهائلة التي تنتج من الجريمة المنظمة من ملاحقة السلطات عبر البلاد المختلفة. وقد حدد المؤتمر الوزاري العالمي الجريمة المنظمة بأنها تشمل التنظيم الخاص الجماعي بقصد ارتكاب جريمة، والروابط المتدرجة التي تسمح لزعماء المنظمة بالتحكم في الجماعة، واستخدام السيطرة والعنف والإرهاب والإفساد، بهدف جني الأرباح وغسل العائدات المرتبطة بهذه الأنشطة^(١١٩).

(١١٧) عبد الحميد حسب النبي الشورى، أثر الإرهاب على الاقتصاد القومي في مصر "دراسة تطبيقية على قطاع السياحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، شركة مطابع الطوبجي، القاهرة (ب.ت)، ٨٥-٨٦.

(١١٨) انظر: خالد بن محمد سليمان المرزوق، جريمة الاتجار بالنساء والأطفال وعقوباتها في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دراسة تأصيلية مقارنة (رسالة ماجستير)، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (٢٠٠٥)، ٦٥.

(١١٩) عمر حسن عدس، الإجرام المنظم وغسيل الأموال، مجلة بحوث الشرطة، العدد التاسع، يناير ١٩٩٦م، ٢٤.

وهنا تبرز أهمية عمليات التعاون والتنسيق الإقليمي والدولي لدعم الإجراءات ذات الصلة بمنع الجريمة ومكافحتها، خاصة في ظل انتهاج وسائل وأساليب تقنية عالية في ارتكابها "التغلغل في أساسات النظام الاقتصادي في الدول، اللجوء إلى تكتيك الشركات متعددة الجنسية، التلاعب في القرارات المالية والجمركية... الخ". وبما يستوجب ملاحقة إجراءات التصدي ومواكبتها للتقدم العلمي والتقني للجريمة.

إن الجهود الوطنية الفردية لمواجهة جريمة غسيل الأموال لا تزال في حاجة إلى تطوير وتحديث لأجهزتها المعنية "المصرفية والتشريعية والقضائية والأمنية"، خاصة في ظل الطبيعة الدولية للجريمة فضلاً عن مواجهة الآثار السلبية الناجمة عنها^(١٢٠).

لقد أصبحت عمليات غسيل الأموال من أهم الموضوعات المطروحة على الساحة الاقتصادية في الآونة الأخيرة؛ وذلك لآثارها السلبية على الاقتصاد القومي^(١٢١)، لتورط العديد من البنوك على مستوى الدول العربية والأجنبية خاصة مع اتساع تطبيق نظام سرية الحسابات^(١٢٢).

إن شبكة الإرهاب ترتبط ارتباطاً وثيقاً بثلاث شبكات عالمية أخرى، هي شبكة تهريب الأسلحة، وشبكة تهريب المخدرات، وشبكة غسيل الأموال. ومن هنا، فإنه من الصعب أن ننتصر في حربنا ضد الإرهاب، ما لم تشتمل الحرب على مواجهة حاسمة مع هذه الشبكات الإجرامية الثلاث. وقد أشارت أغلب الدراسات التي أجريت في مجال مكافحة المخدرات إلى أن ظاهرة الإجرام في الاتجار غير المشروع في المخدرات وتعاطيلها وترويجها يُعد جزءاً من مكونات الظاهرة^(١٢٣).

(١٢٠) عبد القادر غالب، غسيل الأموال، دراسة قانونية نشرت في مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد ٢٣٢، المجلد ٢، لسنة ٢٠٠٠.

(١٢١) صحيفة الجزيرة السعودية، العدد ١٠٤٨٩، ٢٥ ربيع الأول ١٤٢٢هـ.

(١٢٢) حمدي عبد العظيم، غسيل الأموال في مصر والعالم، بدون ناشر (١٩٩٧)، ٥٦ وما بعدها.

(١٢٣) وهذا ما أكدته الدراسات التي قدمت إلى المؤتمر الدولي لمكافحة الإرهاب الذي نظمته =

وقال محمد علي كومان، الأمين العام لمجلس وزراء الداخلية العرب، في افتتاح المؤتمر العربي الحادي والعشرون لرؤساء أجهزة مكافحة المخدرات المنعقد في تونس: "إن ما يضاعف من خطورة تجارة المخدرات، أن الأموال المتأتية من هذه التجارة تشكل أهم مصدر لتمويل مختلف التنظيمات الإجرامية وفي مقدمتها الإرهاب في إطار التحالف الشرير بين هذه المنظمات" (١٢٤).

ويؤكد التقرير الصادر من الهيئة الدولية لمراقبة المخدرات، بأن حجم تجارة المخدرات وصل في عام ٢٠٠٦م إلى أكثر من ٨٠٠ مليار دولار، ناهيك عن أضرار هذه التجارة اقتصادياً وأمنياً واجتماعياً (١٢٥).

ومما لا شك فيه أن تطور المواصلات ووسائل الاتصال قد ساعد على انتشار ظاهرة هذه الجرائم في مختلف أنحاء العالم، ولم تكن المنطقة العربية - مع الأسف - في منأى عن مخاطر هذه الجريمة التي ولدت بالتأكيد خارج حدودها (١٢٦).

يقول كوركيس يوسف: "وتتيح التكنولوجيا فرصاً أخرى تزيد فرص التلاقي بين المنظمات الإجرامية عبر الدول والجماعات الإرهابية، فمن ذلك فمثلاً، قيام المنظمات الإجرامية عبر الدول بسرقة المواد النووية وشرائها من الجماعات الإرهابية وتهديد الحكومات باستخدامها بقصد تحقيق أهداف سياسية" (١٢٧).

= المملكة العربية السعودية/ الرياض، في عام ١٤٢٥هـ. انظر: جريدة الرياض، الجمعة ٢٧ ربيع الأول ١٤٢٩هـ - ٤ أبريل ٢٠٠٨م - العدد ١٤٥٢٩.

(١٢٤) عبد الإله الشريف، المخدرات والإرهاب، جريدة الرياض، الجمعة ٢٧ ربيع الأول ١٤٢٩هـ - ٤ أبريل ٢٠٠٨م - العدد ١٤٥٢٩.

(١٢٥) المرجع السابق. وانظر: مجلة خالد العسكرية، التقنية والأمن، المملكة العربية السعودية، تاريخ: ٢٠٠٥/٠٣/٠١.

(١٢٦) عبد العزيز بن صقر الغامدي، رئيس أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مقدمة كتاب الجريمة المنظمة وأساليب مواجهتها في الوطن العربي، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (٢٠٠٣)، ٣.

(١٢٧) كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١ (٢٠٠١)، ٦٤.

وفي العشر سنوات الأخيرة شكل الإرهاب ظاهرة خطيرة، تركت آثاراً لا تحصى على الأوضاع الدولية والمحلية، واستقطبت هذه الظاهرة الاهتمام الدولي، ودعت للتفكير بوضع الخطط المضادة للإرهاب بأشكاله وأنواعه، والحد من آثاره المدمرة وإدانتته باعتباره نوعاً من الإجرام الخطر، وشذوذاً في المعايير الاجتماعية والأخلاقية^(١٢٨).

وقد عرف فقهاء القانون الدولي الإرهاب بأنه اعتداء على الأرواح والأموال والممتلكات العامة والخاصة، لمخالفته لأحكام القانون الدولي بمصادره المختلفة، بما في ذلك المبادئ العامة للقانون، سواء قام به فرد أو جماعة أو دولة^(١٢٩)، وتشمل جريمة الإرهاب الدولي أعمال التفرقة العنصرية والقمع وإبادة الجنس التي تقوم بها الدول، وأعمال الإرهاب التي تقع ضد رؤساء الدول خارج دولهم، وضد أعضاء السلك الدبلوماسي وممثلي الدول في المنظمات الدولية، فضلاً عن أعمال النسف والخطف والتفجير واحتجاز الرهائن وإطلاق النار، ووسائل العنف الأخرى ضد الأشخاص والممتلكات والأموال التي يرتكبها الأشخاص أو الهيئات أو الأحزاب أو الدول بشكل مخالف للقانون وتحت أي غطاء كان، سياسياً أو دينياً أو أمنياً.

ويتداخل الإرهاب بوصفه مجموعة من الأعمال التي تشكل في غالبيتها جرائم في القانون العام^(١٣٠)، مع صور عديدة من الإجرام التي تتميز بخصوصية

(١٢٨) أمل شكري اليازجي، محمد عزيز، الإرهاب الدولي والنظام العالمي الراهن، دار الفكر، دمشق، ط ١ (٢٠٠٢)، ص ٧.

(١٢٩) الهيئة العراقية للاستشارات والبحوث.

<http://www.darbabl.net/word/alrhab%20qanoon.doc>

وانظر: إسماعيل الغزال، الإرهاب والقانون الدولي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، القاهرة، ط ١ (١٩٩٠)، ص ١٩. محمد وليد عبد الرحيم، إرهاب الدولة، بحث مقدم لندوة "في تحديد الإرهاب"، كتاب فكر، أعمال ندوة نظمها الحزب العربي السوري القومي الاجتماعي، بيروت، ٢٠ تشرين ثاني (٢٠٠١)، ص ١٣.

(١٣٠) محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي المتعلقة بالجرائم ذات الطبيعة الدولية، دراسة للقانون الدولي الاجتماعي في مجال مكافحة الجرائم الدولية للمخدرات وإبادة الجنس البشري واختطاف الطائرات وجرائم أخرى، دار المطبوعات الجامعية (ب)، ص ٢٧٤.

معينة مثل الإجرام المنظم. وفي هذا الإطار يقر مجموعة من المتخصصين بالعلاقة الوثيقة بين الإرهاب والإجرام المنظم. يؤكد ذلك مجموعة من التقارير التي صدرت عن مراكز ومنظمات متخصصة، من قبيل المنظمة الدولية للشرطة الجنائية "الإنتربول"، حيث أكدت هذه الأخيرة في أكثر من تقرير على العلاقة القائمة بين التنظيمات الإرهابية وجماعات الإجرام المنظم^(١٣١).

من ذلك نجد أن "هناك علاقة وطيدة بين تجارة المخدرات والإرهاب الدولي، فالإرهابيون يعتمدون على المخدرات كمصدر تمويل لهم^(١٣٢)، ويستخدم عصابات التهريب في عمليات التهريب والترويج "تجار المخدرات". ولا شك، فإن مرتكبي جرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات من أعتى المجرمين الإرهابيين تنظيماً، وأكثرهم دهاء وأشرسهم بطشاً وأوفرهم مالاً، لا يؤمنون بدين ولا مبدأ، وهدفهم الوحيد تدمير الطاقات وكسب المال"^(١٣٣).

ويقابل ذلك "الازدياد الحاصل في وقوع الكثير من الأفراد في العالم في براثن المخدرات، والذي وصل عددهم إلى أكثر من ٢١٥ مليون مدمن ومتعاطي حتى الآن.. ناهيك أيضاً عن مدى الخسائر الاقتصادية للدول، وتعطل إنتاج المتعاطين والمدمنين، والتكاليف الباهظة التي تخصص لعمليات المكافحة والوقاية والعلاج والتأهيل والتعليم. كما يؤكد التقرير الصادر عن الهيئة الدولية لمراقبة المخدرات لعام ٢٠٠٨م أن عدد المدمنين الذين تم تنويمهم في المصحات العلاجية في دول العالم لعام ٢٠٠٧م وصل إلى خمسة ملايين شخص"^(١٣٤).

"ورغم الجهود الدولية حيال هذه القضية، إلا أن الأمر يتطلب معه التحرك السريع من جميع دول العالم إزاء تلك القضايا التي باتت مصدراً من مصادر

(١٣١) يونس زكور، الإرهاب والإجرام المنظم، أية علاقة (مرجع سابق).

(١٣٢) انظر: توصيات فرق العمل المنبثقة عن المؤتمر الدولي لمكافحة الإرهاب، الذي استضافته المملكة في العاصمة الرياض، تاريخ: ٢٠٠٥/٠٢/٠٩.

<http://www.mofa.gov.sa/detail.asp?InNewsItemID=27985&InTemplateKey=print>

(١٣٣) عبد الإله الشريف، المخدرات والإرهاب، جريدة الرياض، الجمعة ٢٧ ربيع الأول ١٤٢٩هـ - ٤ أبريل ٢٠٠٨م - العدد ١٤٥٢٩

(١٣٤) المرجع السابق.

التهديد الأمني والاقتصادي والصحي والاجتماعي، ووجب معه تقديم كل الإمكانيات لوقف هذا الزحف، وبالذات فيما يتعلق بقضايا تهريب وتجارة المخدرات، التي باتت تزداد تجارتها يوماً بعد يوم، مخلفة الكثير من الجرائم والأمراض الصحية المستعصية التي أعيت الطب وعجز الأطباء عن علاجها، مثل العديد من الأمراض النفسية والذهنية المزمنة والاضطرابات السلوكية التي تقود للانتحار وارتكاب الجرائم بأنواعها" (١٣٥)

و"تعتبر الجريمة خروجاً عن النظام العام، وهي شذوذ يمارسه الخارجون عن القانون، فهي في نظر المجرمين سلوكاً مستحباً يمارسونه ضد الغير. فالنشاط الإجرامي يتنوع، ولعل الإجرام المنظم يعتبر من أخطر الجرائم التي تمس الاقتصاد الدولي، حيث يقوم بالجريمة المنظمة عصابات في شكل تنظيمات تتغلغل في الاقتصاد لتخربه" (١٣٦).

والجريمة المنظمة سلوك لا اجتماعي يقوم به أعضاء تنظيم إجرامي، يمارس أنشطة خارجة على القانون (١٣٧). ويوجد في التنظيمات الإجرامية تقسيم للعمل، وتحديد للأدوار، وتسلسل للمكانة والسلطة، ونسق للمعايير، وولاء تنظيمي واضح، وقد يكون لهذه المنظمات الإجرامية علاقات مع بعض العاملين في السياسة المحلية، أو قادة المجتمع الذين لهم تأثير على السياسة العامة (١٣٨).

(١٣٥) المرجع السابق. وانظر: أحمد العمري بن محمد، جريمة غسيل الأموال، مكتبة العبيكان، الرياض (٢٠٠٠)، ٢١٦-٢١٨.

(١٣٦) محمد فتحي عيد، الإجرام المعاصر، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (١٩٩٩م)، ٢٣ وما بعدها.

(١٣٧) عبد الفتاح مصطفى الصيفي؛ مصطفى عبد المجيد كاره؛ أحمد محمد النكلاوي، الجريمة المنظمة، التعريف والأنماط والاتجاهات، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (١٩٩٩)، ٣٥-٤٢.

(١٣٨) محمد عاطف غيث، علم الاجتماع، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية (١٩٨٤)، ٩٥. وانظر: عبد الرحمن محمد العيسوي، الجنون والجريمة والإرهاب، دراسة ميدانية، الدار الجامعية، بيروت (١٩٩٤)، ٦٩.

الفصل الرابع

الإسلام والإرهاب والجريمة المنظمة

عندما نتحدث عن القانون الدولي لا بد من التذكير بأهم معالم الحقوق الدولية في الإسلام، وهي على الوجه التالي:

١ - وجوب الوفاء بالعقود والمعاهدات: وهذا الوجوب ملزم ديانة وقضاء، قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١٣٩)، وقال: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الِأَيْمَنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾^(١٤٠)، وقال أيضاً: ﴿وَإِنْ أَسْتَضْرُّوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النِّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَقٌ﴾^(١٤١).

٢ - مراعاة الحقوق الإنسانية: تجب مراعاة الحقوق الإنسانية واعتبار هذه الحقوق مكفولة للإنسان بصفته الإنسانية من غير حاجة إلى اتفاقات ومعاهدات، فقد حرم الرسول بتحريم الله: امتهان الإنسان واحتقاره وظلمه وغشه، وأوجب الإسلام على الإنسان احترام الإنسان وتقديره وإعطاءه حقه، وحتى في الحرب فنمة حقوق أساسية تجب مراعاتها من دون أن يكون ثمة معاهدة أو اتفاق، فلا يجوز المثلة ولا الغدر ولا قتل الأطفال ولا النساء ولا الشيوخ، كما لا يجوز التخريب ولا حرق الشجر.

٣ - السلام هو الأساس في التعامل الدولي: والحرب طارئة عارضة، قال تعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾^(١٤٢)، وقال: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَدْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً﴾^(١٤٣)، وقد قرر الفقهاء

(١٣٩) المائدة، ١.

(١٤٠) النحل، ٩٠.

(١٤١) الأنفال، ٧٢.

(١٤٢) الأنفال، ٦١.

(١٤٣) البقرة، ٢٠٨.

بالإجماع أن الأصل في الدماء الحظر، ولا تستباح إلا بموجب شرعي قضائي بين جلي يظهره ولي الأمر والحاكم العام.

٤ - يعامل الأسرى معاملة رحيمة: وتوفر لهم الأسباب التي تمكنهم من الحياة، ويخضع مصيرهم للحاكم وولي الأمر، ولا يجوز أسر غير المقاتلين أصلاً، فإن أسروا خطأ فيجب إطلاق سراحهم وتحريرهم، وها نحن أولاء نأمل من القوانين الدولية تبني هذه القواعد واعتمادها والتعامل على أساسها، فإسلامنا دين السلام والرحمة والعدالة^(١٤٤).

لقد كان الإسلام من خلال تشريعاته وتعاليمه أحرص ما يكون على صون كرامة الإنسان والإعلاء من قدره ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾^(١٤٥)، بل إنه اعتبر أن حرمة دم المسلم أعظم عند الله من هدم الكعبة الشريفة، لهذا فقد عمل الإسلام على الوقاية من الجريمة قبل وقوعها حتى لا يحدث الاعتداء من أحد على أحد، فتقع الإساءة أو الضرر على المعتدى عليه مما يستوجب معاقبة المعتدي.

وتهدف العقوبات في الشريعة الإسلامية إلى حماية المصلحة العامة، والمحافظة على الضرورات^(١٤٦) الخمس في حياة الإنسان^(١٤٧). والضرورات

(١٤٤) http://www.akkam.org/fatw.php?id=3192&page=0&type=fatw_g

(١٤٥) الإسراء، ٧٠.

(١٤٦) فأما الضرورية: فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهاجر وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين... ومجموع الضروريات خمس، وهي: حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل. انظر: الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي (ت: ٧٩٠هـ)، الموافقات في أصول الأحكام، علق عليه، محمد حسنين مخلوف، دار الفكر، بيروت (ب: ٢/ ١٧-١٨). وانظر: ابن أمير الحاج، محمد بن محمد (ت: ٨٧٩هـ)، التقرير والتحبير، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٩٩٩)، ٣/ ٢٣١.

(١٤٧) محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، المستصفى في علم الأصول، تحقيق محمد عبدالسلام عبدالشافى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٣)، ١/ ٢٨٦.

الخمس في الشريعة الإسلامية، والتي يُسميها العلماء مقاصد الشريعة هي أمور خمسة: المحافظة على النفس وعلى الدين وعلى العقل وعلى النسل وعلى المال^(١٤٨). لأن الحياة الإنسانية الرفيعة لا تتوافر إلا بها، وتكريم الإنسان هو المحافظة عليها. وجعلت الشريعة السمحاء أي تعد على واحدة منها جريمة يستحق مرتكبها العقوبة المناسبة، كما حرصت الشريعة على حفظ المجتمع من الفساد وتطهيره من العبث والعدوان؛ ولتحقيق ذلك فقد شرع الإسلام نظاماً للعقوبات، له أهدافه وأسسها الخاصة به، كما تدرج في العقوبة حسب نوع الجريمة وخطورتها وأثرها في المجتمع.

وأخذت التشريعات الجنائية الإسلامية على عاتقها عبء مكافحة الجريمة والتصدي لها بلا هuada أو فتور، حماية للمجتمع من أن يقع فريسة لها بمختلف أنواعها، والذي سيؤدي - حتماً - إلى ضياع بوصلة الاستقرار الاجتماعي، تلك الركيزة الأساسية لإمكانية قيامه أي المجتمع بعبء واجب الخلافة عن الله تعالى في إعمار الأرض، تلك المهمة التي لن يكون قادراً على القيام بها ما دام واقعاً تحت أسر رعب الجريمة التي ستشل أركانه بالخوف، فيغدو أفراد خائفين وجلين خائعين لا يكاد الواحد منهم أن يساهم بالحد الأدنى من واجبه المجتمعي الشامل.

وتتجلى مظاهر مكافحة الجريمة في الإسلام واضحة في تشريعه سياسة عقابية مثلى، تأخذ في اعتبارها "تغطية" ما كان سائداً من الجرائم وقت التشريع، في الوقت الذي تترك فيه الباب مفتوحاً للاجتهاد في سن القوانين واقتراح عقوبات أخرى لما يستجد من الجرائم والجنح على مر الزمان وتعاقب الأيام^(١٤٩).

(١٤٨) رمضان على السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة، ط ١ (ب)، ٣٦٦.

(١٤٩) يوسف أبا الخيل، جريدة الرياض، السبت ٢٤ ربيع الأول ١٤٣٠ / ٢١ مارس ٢٠٠٩، العدد ١٤٨٨٠.

عرف التاريخ الإسلامي صوراً من الجرائم الإرهابية ورصد لها أشد العقوبات، ولعل جريمتي البغي والحاربة أقرب صور الجرائم إلى الأعمال الإرهابية، ولذلك فإن الجريمة الإرهابية في الشريعة الإسلامية لها صورتان: جريمة البغي، وجريمة الحاربة. وأصلهما واحد، بحيث أن البغاة الذين خرجوا عن طاعة الإمام الحق إما قوم امتنعوا عن طاعة الإمام الحق وخرجوا عن قبضته بغير تأويل، وهؤلاء حكمهم حكم قطاع الطرق يطبق عليهم حد الحاربة^(١٥٠). وإما قوم لهم تأويل، فهؤلاء يطلق عليهم أهل البغي، ومن الشروط التي يجب توافرها في البغاة حتى يقتلوا أن يخرجوا عن طاعة الإمام العادل، وأن يكون الخارجون في منعة وقوة، وأن يخرجوا على الإمام مخالفين له بتأويل محتمل^(١٥١).

ولذا يرى الباحث أن يركز على جريمة الحاربة، بمزيد من التفصيل كصورة من صور الإرهاب، حسب ما تقتضيه طبيعة الدراسة.

(١٥٠) ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد (ت: ٦٢٠هـ)، المغني والشرح الكبير، دار الفكر، بيروت (١٩٩٤)، ٤٩/١٠. منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، كشف القناع، تحقيق أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٩٩٧)، ٦٠/٦. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي (ت: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد فقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢ (ب.ت)، ٣١٢/١٠. عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير بابن قائد (ت: ١٠٩٧هـ)، حاشية منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١ (١٤١٩هـ)، ٤٩٤/٢. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الحنبلي (ت: ٦٢٠هـ)، الكافي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، ط ١ (١٤١٧هـ)، ١٤٦/٣-١٤٧.

(١٥١) تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق كامل محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت (٢٠٠١)، ٢٧٥/٢. محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي (ت: ٥٣٩هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤٠٥هـ)، ٥٣٧/٣. منصور بن يونس البهوتي (ت: ٩٦٨هـ)، الروض المربع، شرح زاد المستنقع، تحقيق محمد عبد الرحمن عوض، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٥ (١٤١٤هـ)، ٣٩٢/٣.

جريمة الحراية

الحراية في اللغة: مأخوذة من الحرب، والحرب نقيض السلم^(١٥٢). قال ابن فارس: "حرب: الحاء والراء والباء أصول ثلاثة: أحدهما: السَّلْبُ... فالأول: الحَرْبُ واشتقاقها من الحرب وهو السَّلْبُ. يقال حَرَبْتُ ماله، وقد حُرِبَ ماله أي سُلِبَ"^(١٥٣). والحراية من الحرب لأن هذه الطائفة الخارجة عن النظام تعد محاربة للجماعة ومحاربة للتعاليم الإسلامية التي جاءت لتحقيق أمن الجماعة^(١٥٤). ومن هنا فإن الحراية تطلق على " الاعتداء والسلب"^(١٥٥).

الحراية اصطلاحاً: إن تعريف الحراية والمحاربين اصطلاحاً مبني على المعنى اللغوي ومتأسس عليه:

فالحنفية عرفوا الحراية بقولهم: "إذا قطع القوم من أهل الإسلام أو من أهل الذمة الطريق على قوم من أهل الإسلام أو من أهل الذمة، فلم يأخذوا مالا ولم يقتلوا أحداً ثم ظهر عليهم الإمام نفاهم"^(١٥٦). وقال ابن الهمام إنهم:

-
- (١٥٢) جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، دار بيروت، بيروت (١٤٠٤هـ)، ١٦٣. الفيروزبادي، القاموس المحيط (مرجع سابق)، ٥٥/١. الرازي، مختار الصحاح (مرجع سابق)، ١٠٨/١. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ (ت: ٧٧٠هـ)، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت (ب.ت)، ١٢٧، مادة "حرب".
- (١٥٣) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (مرجع سابق)، مادة: حرب، ٥٨٢/٢، ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ٢٩٣-٢٩٨. وانظر: السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت: ١٢٠٥هـ)، تاج العروس، دار الهداية، بيروت (١٣٨٥هـ)، ٢٦٠/٢.
- (١٥٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (مرجع سابق)، ٣٤٨/٤.
- (١٥٥) محمد الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، القاهرة (ب.ت)، ١٣٣.
- (١٥٦) أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (ت: ٣٢١هـ)، مختصر اختلاف العلماء، اختصار أبو بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي، دراسة وتحقيق عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط ٢ (١٤١٧)، ٢٧٥. وانظر: شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (ت: ٤٩٠هـ)، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٤)، ١٩٥/٩.

"الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة، يأخذون أموال الناس ويقتلونهم ويخيفون الطريق" (١٥٧).

أما المالكية^(١٥٨) فقد عرفوا المحارب بأنه: "قاطع الطريق لمنع سلوك، أو أخذ مال مسلم أو غيره، على وجه يتعذر معه الغوث، وإن انفرد بمدينة" (١٥٩). وعرفوا الحاربة أنها: "الخروج لإخافة السبيل بأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو ذهاب عقل، أو قتل خفية أو لمجرد قطع الطريق لا لإمارة ولا نائرة ولا عداوة" (١٦٠).

أما الشافعية، فقد عرف الشافعي المحاربين بأنهم: "القوم يعرضون بالسلاح للقوم حتى يغصبوهم مجاهرة في الصحاري والطرق" (١٦١). وعند

(١٥٧) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الوهاب، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط ٢ (١٩٧٧)، ٦ ٩٩. شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت: ٧٧٢هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله آل جبرين، مكتبة العبيكان الرياض، المملكة العربية السعودية، ط ١ (١٤١٣هـ)، ١/ ١٢٦. السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ٩/ ١٩٥. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٢ (١٩٩٠)، ٧/ ٩٠-٩١.

(١٥٨) انظر تفصيل ذلك: أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي (ت: ٥٤٣هـ)، أحكام القرآن، تحقيق محمد بن عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت (١٤١٦هـ)، ٢٤٧/ ١ وما بعدها.

(١٥٩) خليل بن إسحاق بن موسى المالكي (ت: ٧٦٧هـ)، منسك خليل، تحقيق محمد عبد الباقي الأصمعي، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط ١ (١٣٦٩هـ)، ٢٩٠. الشرح الكبير على مختصر خليل، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير (ت: ١٢٠١هـ)، دار إحياء الكتب العربية لعيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة (ب.ت)، ٤/ ٣٤٨.

(١٦٠) أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرخشي (ت: ١١٠١هـ)، شرح مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت (ب.ت)، ٨/ ١٠٣-١٠٤.

(١٦١) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، الأم، خرج أحاديثه محمود مطرجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٣هـ)، ٦/ ١٤٠. وانظر: علي حسن عبدالله، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة (١٩٨٦)، ٣٦٦.

النووي يعد المحارب: "قاطع الطريق المسلم المكلف ذو الشوكة مع فقد الغوث" (١٦٢).

وقال ابن عبد البر: "كل من قطع السبل وأخافها وسعى في الأرض فساداً بأخذ المال، واستباحة الدماء، وهتك ما حرم الله هتكة من المحارم فهو محارب" (١٦٣).

قال الشيرازي في المذهب: "من كان من أهل الريبة، وجرد سلاحاً في برّ أو بحر، أو في بلد أو في غير بلد، في ديار الإسلام أو في ديار الشرك، ليلاً أو نهاراً، كان محارباً" (١٦٤).

وقال النووي: "هو مسلم، مكلف، له شوكة، لا مختلسون يتعرضون لآخر قافلة يعتمدون الهرب، والذين يغلبون شرذمة بقوتهم قطاع في حقهم لا لقافلة عظيمة، وحيث يلحق الغوث ليسوا بقطاع" (١٦٥).

(١٦٢) محمد الزهري الغمراوي (ت: بعد سنة ١٣٣٧هـ)، السراج الوهاج شرح متن المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر (١٣٥٢هـ)، ٥٣١-٥٣٢. وانظر: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت: ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، تحقيق عادل أحمد عبدالموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت ١ (١٤١٥هـ)، ١٨٠/٤.

(١٦٣) أبو عمر يوسف ابن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت (١٤٠٧)، ١٠٨٧/٢، الدردير، أبو البركات، الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مطبعة عيسى، وينظر البابي الحلبي، مصر (بت)، ٤٩٢-٤٩٣.

(١٦٤) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبدالله الشيرازي (ت: ٤٣٦هـ)، المذهب، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط ٢ (١٤٢٢هـ)، ٥٥٣/٢.

(١٦٥) محمد بن عبد الله الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت (١٩٩٧)، ١٨٠/٤، وينظر: ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار التراث بمصر، مصورة قديمة عن الطبعة المنيرية، مصر، ط ١ (بت)، ١٣ / ٣٢٠. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد وبهامشه السبيل المرشد إلى بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبدالله العبادي، دار السلام، الرياض، ط ١ (١٤١٦)، ٢ / ٤٤٥.

أما الحنابلة فيعرفون المحاربين بأنهم: "الذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة" (١٦٦).

في حين وسع الظاهرية معنى الحاربة ليشمل كل مفسد في الأرض، وحثهم في ذلك أن آية المحاربين جعلت كل مفسد في الأرض محارباً، والحكم مطلق يجرى على إطلاقه ما لم يرد حكم يقيد (١٦٧). وقد أوجز ابن حزم ذلك فقال: "كل من حارب المارة وأخاف السبيل بقتل نفس أو أخذ مال لجراحة أو لانتهاك فرج فهو محارب" (١٦٨).

وجمع وهبه الزحيلي بين أقوال العلماء قائلًا: "هو الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة، على وجه يمتنع معه المارة عن المرور وينقطع الطريق، سواء أكان القطع من جماعة أم من واحد، بعد أن يكون له قوّة القطع، وسواء أكان القطع بسلاح أم غيره من العصا والحجر والخشب ونحوها، وسواء أكان بمباشرة الكل أم التسبب من البعض بالإعانة والأخذ، لأنّ القطع يحصل بكلّ ما ذكر كما في السرقة، ولأنّ هذا من عادة قطع الطرق. وبه يظهر أنّ قطاع الطرق قوم لهم منعة وشوكة، بحيث لا تمكن للمارة من مقاومتهم، يقصدون قطع الطريق بالسلاح أو بغيره" (١٦٩).

ويطلق بعض الفقهاء على هذه الجريمة اسم الحاربة، وبعضهم يطلق عليها اسم السرقة الكبرى (١٧٠)، وبعضهم يطلق عليها قطع الطريق.

(١٦٦) مختصر الخرقى، ١١٥، ابن تيمية، المحرر (مرجع سابق)، ١٦٠/٢. ابن قدامة المقدسي، المقنع (مرجع سابق)، ٣٠٣.

(١٦٧) أحمد الكبيسي ومحمد شلال حبيب، المختصر في الفقه الجنائي الإسلامي، بيت الحكمة، بغداد (١٩٨٩)، ١٤١.

(١٦٨) علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الظاهري، المحلى، مكتبة الجمهورية العربية، القاهرة (١٣٩١هـ)، ٣٠٦/١١.

(١٦٩) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢ (١٩٩٨)، ١٣٠-١٢٩/٦.

(١٧٠) ابن الهمام، شرح فتح القدير (مرجع سابق)، ٤٢٢/٥. محمد بن محمود بن أحمد =

ويرى الفقهاء أن الحاربة هي قطع الطريق وإخافة الناس، سواء قصد المحارب أخذ المال أو لم يقصد، وسواء أخذ المحارب مالا أو قتل إنساناً، أو لم يحدث شيء من ذلك، فما دام قد خوف الناس وقطع الطريق عليهم فهو محارب ويستحق العقوبات الواردة في سورة المائدة، ولا فرق في أن تكون المحاربة وقطع الطريق بين المسلمين أو الذميين أو المستأمنين، ما دامت الجريمة قد وقعت في ديار الإسلام، ولا فرق أيضاً أن يقع عدوان المحاربين على المسلمين أو على غيرهم^(١٧١).

قال الطبري: "إنما كانت المحاربة عظيمة الضرر لأن فيها سد سبيل الكسب على الناس؛ لأن أكثر المكاسب وأعظمها التجارات، وركنها وعمادها الضرب في الأرض، كما قال عز وجل: ﴿وَأَخْرُوجُ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾"^(١٧٢)، فإذا خيف الطريق انقطع الناس من السفر واحتاجوا إلى لزوم البيوت، فانسد باب التجارة عليهم وانقطعت أكسابهم، فشرع الله على قطاع الطريق الحدود المغلظة، وذلك الخزي في الدنيا ردعاً لهم عن سوء فعلهم، وفتحاً لباب التجارة التي أباحها لعباده لمن أَرادها منهم، كما وعد فيها بالعذاب العظيم في الآخرة"^(١٧٣).

قال القرطبي: "وإذا أخاف المحاربون السبيل وقطعوا الطريق، وجب على الإمام قتالهم... ووجب على المسلمين التعاون على قتالهم وكفهم عن أذى المسلمين. ثم ذكر بعد ذلك: وإجماع أهل العلم على أنه إن قتل محارب أخاً امرئاً أو أباه في حال المحاربة، فليس إلى طالب الدم من أمر المحارب شيء،

= الحنفي البابر تي (ت: ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، خرج آياته وأحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٥هـ)، ٢٦٨/٤.

(١٧١) ابن عابدين، محمد أمين، حاشية ابن عابدين "رد المحتار على الدر المختار"، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (ب.ت)، ١١٣/٤.

(١٧٢) سورة المزمل، الآية: ٢٠.

(١٧٣) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (ت: ٣١٠هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٢هـ)، ١٤٢/٦.

ولا يجوز عفو ولي الدم، والقائم بذلك الإمام، جعلوا ذلك بمنزلة حد من حدود الله تعالى" (١٧٤).

قال الشوكاني: "الشرك فساد في الأرض، وقطع الطريق فساد في الأرض، وسفك الدماء فساد في الأرض، ونهب الأموال فساد في الأرض، والبغي على عباد الله بغير حق فساد في الأرض، وهدم البنيان وقطع الأشجار وتغيير الأنهار فساد في الأرض" (١٧٥).

ومن مجموع هذه التعريفات يمكن القول بأن فقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم يجمعون على أن الخروج لإخافة الناس في الطريق أو لأخذ أموالهم أو قتلهم أو جرحهم هو من قبيل الحرابة.

السلوك الإجرامي المكون للحرابة:

تعد جريمة الحرابة من أبشع الجرائم التي ورد النص عليها في التشريع الإسلامي، ووضعت لها شروط خاصة وأركان خاصة لا تتحقق إلا بوجودها؛ لجسامة العقوبة المترتبة عليها والتي ورد النص عليها في القرآن الكريم (١٧٦) ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (١٧٧).

(١٧٤) أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض (٢٠٠٣)، ١٥٥/٦ - ١٥٦.

(١٧٥) محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر والتوزيع (٢٠٠٢)، ٣١/٢.

(١٧٦) وعدي سليمان علي، ومازن ليلو راضي، مفهوم الإرهاب في القانون الدولي والداخلي، مقدم للمؤتمر الدولي "الإرهاب في العصر الرقمي" المنعقد في جامعة الحسن بن طلال في الأردن في الفترة ١٠-١٣/٧/٢٠٠٨، ١٣.

(١٧٧) المائدة، ٣٣.

وقد شددت العقوبة على قاطع الطريق الذي يسعى في الأرض فساداً؛ لأنه يؤثر على حركة الإنسان في تقدم الحياة وتحقيق الرفاه للمجتمع، بما يحققه من إرهاب للآمنين وللتجار في نقل بضائعهم وأموالهم، والتأثير على سيولة الاقتصاد وأثر ذلك في بناء المجتمع^(١٧٨).

وقد اعتنت الشريعة الإسلامية بالمحافظة على ذلك وعلى دماء الناس وأعراضهم وأموالهم وحقوقهم عناية تامة، ولا تسمح لأحد أن يخلّ بالأمن العامّ الذي تكون بصدد بسطه على الأرض، فهدّدت الجناة الذين يعيشون في الأرض فساداً. ويفصح عن ذلك أنّ الشريعة طبّقت على من قطع الطريق وأخلّ بالأمن العامّ وأوجد الخوف عنوان المحارب. وحيث إنّ ضرر هذه الجريمة، أعني: قطع الطريق والحراقة يقع على عامة الناس دون فرد خاص، عبّر عنه في بعض الكلمات بـ: «السرقّة الكبرى» وهذا بخلاف: «السرقّة الصغرى» وهي أخذ مال الغير خفية وعلى سبيل الاستخفاء، إذ ضررها يخصّ مالكاً خاصاً فقط^(١٧٩).

وإذا ما أجرينا مقارنة بين هذه الأفعال وبين الصور المعاصرة من الجرائم الإرهابية، نجد أنّهما يتفقان من حيث توافر العنصر النفسي ونشر الرعب أو الخوف. وقد تقدم القول بأن الشافعية عرفوا الحراقة بأنها البروز لأخذ المال أو للإرهاب. كما اشترط الفقهاء تجريد السلاح والمكابرة بالاعتماد على الشوكة والمغالبة، وهو ما ينطبق على أكثر العمليات الإرهابية في الوقت الحاضر، لاسيما أعمال القرصنة البحرية وخطف الطائرات؛ حيث يتمتع الغوث ويتم استخدام السلاح أو التهديد به لنشر الرعب بين المسافرين^(١٨٠).

(١٧٨) محمد محمود حسن وخالد محمد فلاح، الجرائم الاقتصادية دراسة مقارنة، بحث لنيل الإجازة في الحقوق قانون خاص، فاس، المغرب (١٩٩٢/١٩٩٣)، ١٨ وما يليها.

(١٧٩) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١٤ (١٩٩٨)، ٢/٥١٤.

(١٨٠) وعدي سليمان علي، ومازن ليلو راضي، مفهوم الإرهاب في القانون الدولي والداخلي، مقدم للمؤتمر الدولي "الإرهاب في العصر الرقمي" المنعقد في جامعة الحسن بن طلال في الأردن في الفترة ١٠-١٣/٧/٢٠٠٨، ١٣.

وعلى ذلك نجد أن جريمة الحراية في الشريعة الإسلامية هي الصورة المقابلة للجريمة الإرهابية في التشريع الوضعي، وقد حرص الإسلام على ضمان أمن واستقرار المجتمع، فعُدَّ هذه الجريمة من الكبائر ورصد لها أشد العقوبات؛ لما في قطع الطريق وقتل الناس وإرهابهم من إشاعة للفوضى والرعب، وإخلال خطير للنظام العام^(١٨١).

ومما ينبغي ملاحظته هو أن الفرق بين الحراية والبغي يتمثل في أن: "البغي خروج طائفة مسلمة لها إمام وشوكة على الحاكم الشرعي بغية عزله عن الحكم بتأويل ولو بعيد المآخذ. وإذا كانت الجريمة المنظمة تعد حراية، فقد تعد كذلك بغيا إذا اكتملت فيها شروط الحد، هذا ويفترق البغاة عن المحاربين في أن البغاة لا يستهدفون قطع الطريق لذاته .. وإنما يستهدفون عزل الحاكم الشرعي وتولية غيره، وهو ما يعد في القوانين الوضعية بجريمة قلب نظام الحكم أو الشروع فيه، وإذا طور البغاة قصدهم وصرفوا إرادتهم إلى النهب أو السلب، بعد أن يعيثوا في الطريق العامة فساداً، فهنا يتوافر لحدي الحراية والبغي أركانهما، فيسأل الجناة عنهما، وتوقع عليهم العقوبة الأشد وهي عقوبة حد الحراية"^(١٨٢).

والحراية والبغي حدّان من حدود الله تعالى، وجريمتان بينهما وجه تشابه في "وجوب مقاتلتهم على الإمام وعلى من عينه الإمام، متى شهبوا السلاح وتحقق ضررهم على العامة دفعا لفتنتهم ولأجل إخضاعهم للعدالة"^(١٨٣).

(١٨١) أحمد شوقي أبو خطوه، تعويض المجني عليهم من الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، القاهرة، دار النهضة (١٩٩٢)، ٥٥.

(١٨٢) عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الجريمة المنظمة، التعريف والأنماط والاتجاهات، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (١٩٩٩)، ٣٧.

(١٨٣) ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم الحراني (٧٢٨هـ)، الفتاوى الكبرى، تحقيق عبد الرحمن النجدي، مكتبة ابن تيمية (ب)، ٣٠٦/٢٨. علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم، مراتب الإجماع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٦ (ب)، ١٣٢.

الإرهاب جريمة من أكبر الجرائم في نظر الشرع الإسلامي، وتعد الحراية وكذلك البغي بغير حق من الجرائم المسماة في الشرع، والتي يتكيف بها الإرهاب في بعض صوره التطبيقية، لذلك فقد أغلظ الله العقوبة على من يحترف هذه الجريمة ويسلك سبيلها.

مما سبق يتضح أن الإسلام يحارب كل أشكال إشاعة الفوضى والفساد والانحراف الفكري والعملي، ويحارب كل عمل يقوض الأمن ويروع الأمنين، سواء أكان ذلك يسمى إرهاباً أم حراية أم بغياً، فجميعها صور تشيع الرعب والخوف في المجتمع، وترهب الأمنين فيه، وتحول بينهم وبين الحياة المطمئنة، التي هي وسيلة حسن خلافتهم في الأرض بعمارتها في جو من الأمن والأمان، والسلام والاطمئنان، والتعارف والتعاون بين الناس جميعاً، وعبادة الله - سبحانه وتعالى - وفقاً لما شرع الله عز وجل^(١٨٤).

(١٨٤) وعدي سليمان علي، ومازن ليلو راضي، مفهوم الإرهاب في القانون الدولي والداخلي، مقدم للمؤتمر الدولي "الإرهاب في العصر الرقمي" المنعقد في جامعة الحسن بن طلال في الأردن في الفترة ١٠-١٣/٧/٢٠٠٨، ١٣.

الخاتمة

تعد ظواهر التطرف والعنف والجريمة والإرهاب الدولي من أخطر التحديات التي تواجه العالم في الوقت الحاضر، وقد أصبح من المؤكد أن هذه الظواهر ليست لصيقة بمنطقة جغرافية معينة أو بدين معين أو بثقافة معينة.

هذه الظواهر لها طابع عالمي، حيث تعرفها دول صناعية متقدمة، كما تعرفها دول نامية، وتعاني منها دول في الشرق، كما تعاني منها دول في الغرب، وتشهدها دول ومجتمعات إسلامية، كما تشهدها دول ومجتمعات غير إسلامية. ومعلوم أن هناك ارتباطاً واضحاً بين الجريمة والتغيرات والمتغيرات العالمية "العولمة". فقد استفادت - وما تزال - عصابات الإجرام في عمليات الفساد والإفساد من معطيات العولمة التقنية، وسهولة التنقل للأفراد والسلع، وأصبحت الجريمة متعددة الأشكال ومتعدية الحدود والقيود.

وقد ترتب على تزايد جماعات التطرف والجريمة المنظمة في العديد من دول ومناطق العالم، تصاعد أعمال الإرهاب التي تمارسها هذه الجماعات ضد الحكومات والمجتمعات، مع زيادة درجة حدتها وبخاصة في ظل سهولة حصولها على الأسلحة التقليدية والمتفجرات. وهناك مخاوف حقيقية من أن تتمكن بعض جماعات التطرف والعنف من الحصول على أسلحة نووية أو كيميائية أو بيولوجية بطريقة أو بأخرى، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى زيادة الخسائر ومضاعفة الأضرار البشرية والمادية، التي يمكن أن تنجم عن أعمال العنف والإرهاب التي تمارسها هذه الجماعات. وهكذا فإن القوة التدميرية للإرهاب الدولي تزداد يوماً بعد يوم، خاصة أن التطور السريع في أشكال وأساليب ممارسة الإرهاب قد ساعد على جعل العديد من الدول والمجتمعات أكثر انكشافاً وأقل حصانة ضد مخاطرها، وقد برز في الأفق أسلوب إرهابي جديد يعرف بـ "الإرهاب المعلوماتي".

ويمثل الإرهاب ظاهرة عالمية، عرفها الإنسان منذ القدم، وقد فشل القانون الدولي حتى الآن في إيجاد تعريف موضوعي لمفهوم الإرهاب، وذلك نظراً

لتضارب مصالح الدول المؤثرة في العالم وازدواجية المعايير، إلا أنه يوجد إجماع دولي حول بعض الأفعال التي تشكل إرهاباً، وقد اتفق على شجبها ومكافحتها.

ولا نحتاج إلى كثير من العناء في التدليل على أن هناك علاقة قوية بين غسيل الأموال وكل من الإرهاب وتجارة السلاح والمخدرات، وأن عصابات الجرائم المنظمة أو الإرهابيين وتجار المخدرات والسلاح استفادوا كثيراً من الوسائل التقنية الحديثة مثل الحاسوب والإنترنت في غسل أموالهم الناتجة عن هذه الأعمال غير المشروعة، فالارتباط وثيق الصلة بين جريمة غسيل الأموال أو تنظيف عائدات الجرائم بالعديد من الجرائم الأخرى، والتي منها بل في مقدمتها جرائم المخدرات وجرائم الإرهاب وتزييف النقود وتهريب الآثار والتحف وتجارة الرقيق والدعارة، التي تندرج جميعها تحت طائفة الجريمة المنظمة، فضلاً عن طبيعتها الدولية أو العابرة للدول، وبما يدرجها تحت مسمى الجريمة غير الوطنية.

ورغم الجهود الدولية حيال هذه القضية، إلا أن الأمر يتطلب معه التحرك السريع من جميع دول العالم إزاء تلك القضايا التي باتت مصدراً من مصادر التهديد الأمني والاقتصادي والصحي والاجتماعي، ووجب معه تقديم كل الإمكانيات لوقف هذا الزحف الخطير.

ونظراً لوجود بعض المشكلات والتحديات الإقليمية والعالمية التي تشكل مصدراً لخلق حالة من عدم الاستقرار على الصعيد العالمي من ناحية، وضعف قدرات أية دولة أو مجموعة من الدول على التصدي لتلك المشكلات بمفردها من ناحية أخرى، فقد أصبح من المحتم تدعيم جهود التعاون الإقليمي والدولي من أجل التصدي لتلك المشكلات.

الإستراتيجيات والتوصيات

أ - الإستراتيجيات

الهدف من هذا الجزء، هو طرح بعض الأفكار العامة التي تصب في اتجاه صياغة الإستراتيجيات والسياسات الفعالة، للتعامل مع التحديات والقضايا الأمنية التي يواجهها العالم حالياً، وخلال المستقبل المنظور^(١٨٥). ونؤكد على أن ما يشمله هذا الجزء هو مجرد أفكار عامة، تحتاج إلى مزيد من التعميق والتطوير في مقالات وبحوث أخرى... وتتمثل أهم الأفكار فيما يأتي^(١٨٦):

١ - تجديد الفكر الأمني^(١٨٧):

إن التحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتكنولوجية الحادة والمتسارعة التي يشهدها العالم حالياً، وما تتركه من تأثيرات إيجابية أو سلبية على ظواهر الأمن والاستقرار على الصعيد العالمي والمحلي، تتطلب بلورة رؤى وأفكار أمنية جدية، تكون أكثر قدرة على الاستجابة للتحديات الأمنية المثارة حالياً، وخلال المستقبل المنظور. وفي هذا السياق، فإنه من الأهمية بمكان، إعادة النظر في مفهوم الأمن ذاته، فالنظرة التقليدية للمفهوم والتي كانت تجعله مرادفاً لمكافحة الجريمة من ناحية^(١٨٨). وتجعل مسؤولية تحقيقه تقع على عاتق الأجهزة الأمنية وحدها من ناحية أخرى، هذه النظرة لم تعد تلائم مقتضيات العصر، فالأمن أصبح ظاهرة مجتمعية متعددة المداخلات والأبعاد، وذات ارتباط وثيق بمجمل التطورات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتكنولوجية التي تشهدها الدول والمجتمعات.

-
- (١٨٥) جان بودريار، روح الإرهاب، مجلة الفكر العربي المعاصر، عدد ١٢٠-١٢١، ٨.
- (١٨٦) معتز محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، آفاق إستراتيجية، جريدة الصباح، العدد ١٩٥١٢، التاريخ ١١ / آذار / ٢٠٠٤.
- (١٨٧) المرجع السابق.
- (١٨٨) عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دراسة قانونية ناقدة، دار العلم للملايين، بيروت (١٩٩١)، ١٦٥.

لذلك فإن مسؤولية تحقيقه لم تعد قاصرة على الأجهزة الأمنية وحدها، وإن كانت تقوم بالدور الرئيسي في هذا المجال، بل أصبحت مسؤولية مشتركة تقع على عاتق مختلف الأجهزة والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية في الدول الحديثة. وفي هذا السياق، فإن البحث في سبل تدعيم مشاركة الجمهور والتنظيمات الحزبية ومراكز البحوث والجمعيات والنقابات والنوادي الاجتماعية في تحقيق الأمن، يعد أحد العناصر المهمة لتطوير العمل الأمني على الصعيدين النظري والعملي، والتي تستحق مزيداً من الاهتمام في سياق عملية تجديد الفكر الأمني^(١٨٩).

٢ - تدعيم التعاون الإقليمي والدولي في مجال تحقيق الأمن ومكافحة الإرهاب^(١٩٠):

إن المشكلات والظواهر الأمنية التي يواجهها العالم في الوقت الحاضر، والتي سوف يواجهها خلال المستقبل المنظور، هي بالأساس مشكلات ذات طابع عالمي أو شبه عالمي، بمعنى أن أبعادها وتأثيراتها تعني العديد من دول العالم، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر. وفي هذا الإطار، فإنه لا بديل عن تدعيم جهود التعاون الإقليمي والدولي في مختلف مجالات العمل الأمني^(١٩١)، وبخاصة فيما يتعلق بمواجهة مثلث "الإرهاب والجريمة المنظمة والمخدرات". فالتحديات الثلاثة تمثل مشكلات كبرى للعديد من دول العالم، ومنها بعض الدول العربية^(١٩٢).

(١٨٩) معتز محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، آفاق إستراتيجية، جريدة الصباح، العدد ١٩٥١٢، التاريخ ١١ / آذار / ٢٠٠٤.
(١٩٠) المرجع السابق.

(١٩١) قرارات هيئة الأمم المتحدة، الجلسة العامة ٩٩، ٨ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٦.

(١٩٢) محمد قنحي عيد، إسهام المؤسسات والهيئات الدولية في التصدي للإرهاب، أعمال ندوة الإرهاب والعولمة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ط ١ (٢٠٠٢)، ٢١٥ وما بعدها.

وقد أصبح من المؤكد أن قدرة الدول على المواجهة الفردية لتلك المشكلات محدودة تتناقص يوماً بعد يوم، وهو ما يحتم التعاون العربي والدولي في مختلف المجالات الأمنية. ومن المهم في هذا السياق أيضاً التركيز على تفعيل آليات وأساليب هذا التعاون، وبخاصة فيما يتعلق بتبادل الخبرات والمعلومات وتنسيق البرامج والسياسات^(١٩٣).

٣ - تدعيم التعاون الإقليمي من أجل التصدي للمشكلات الاقتصادية والاجتماعية:

لقد أشرنا سابقاً إلى حقيقة الترابط والتداخل بين الدول والمجتمعات الراهنة، وأنه ليس بمقدور أية دولة من دول العالم أن تعزل نفسها عن بعض التطورات والمتغيرات التي تجري في محيطها الخارجي "الإقليمي والدولي"^(١٩٤).

ونظراً لوجود بعض المشكلات والتحديات الإقليمية والعالمية التي تشكل مصدراً لخلق حالة من عدم الاستقرار على الصعيد العالمي من ناحية، وضعف قدرات أية دولة أو مجموعة من الدول على التصدي لتلك المشكلات بمفردها من ناحية أخرى، فقد أصبح من المحتم تدعيم جهود التعاون الإقليمي والدولي من أجل التصدي لتلك المشكلات، وبخاصة تلك المتعلقة بتردي الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية في الدول العربية^(١٩٥). وفي هذا الإطار، فإن مفاهيم وسياسات التعاون الأمني، وبخاصة ما يتعلق بمكافحة الإرهاب والعنف على مستوى الوطن العربي، يحتاج إلى مراجعة وتطوير في ضوء المنعطفات الحرجة والانتكاسات الكبيرة التي مرت بها تجارب التعاون في ظل الجامعة العربية خلال

(١٩٣) انظر: علي بن فايز الجحني، الجهود العربية في مكافحة الإرهاب، أعمال ندوة الإرهاب والعولمة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ط ١ (٢٠٠٢)، ١٩٠ - ١٩٨.

(١٩٤) عبدالغفار شكر، الحوار المتمدن، العدد، ٩٥٦، تاريخ ١٤/٩/٢٠٠٤.

(١٩٥) نجاتي سيد أحمد سند، التعاون الدولي في مكافحة الإرهاب، أعمال ندوة مكافحة الإرهاب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (١٩٩٩)، ٢٠٧ - ٢١٦.

العقود الماضية^(١٩٦). كما أنه من المهم تنشيط جهود التنظيمات الدولية غير الحكومية^(١٩٧)، مثال على ذلك، "مجلس وزراء الداخلية العرب و"مراكز البحوث غير الحكومية" لتدعيم جهود الدول العربية والحكومات في التصدي الحازم لمشكلة الإرهاب والعنف المتصاعد في المجتمعات العربية^(١٩٨).

إن الإرهاب ظاهرة مركبة^(١٩٩) تختلط فيها الجوانب الجنائية والإجرامية والنفسية مع الجوانب السياسية والاقتصادية والأيدولوجية... الخ

لقد ذاع مفهوم الإرهاب في الحقبة الأخيرة^(٢٠٠) ولاقى اهتماماً واسعاً، وأصبح يتردد بشكل مكثف في المحافل السياسية والاجتماعية الدولية وفي أجهزة الإعلام المختلفة؛ نظراً لأنه سلوك منحرف يهدد النظام العام، ويخالف قواعد القانون والعرف الإنساني، ويؤدي إلى نشر المخاطر والفوضى، ويزعزع السكينة والأمن، ويشيع الرعب والذعر في النفوس^(٢٠١).

أما بالنسبة إلى الجريمة المنظمة فقد تطورت تطوراً خطيراً، بدأت تطل به ميادين أخرى ذات أبعاد سياسية واجتماعية، كجرائم الإرهاب والمخدرات وغسيل الأموال وغير ذلك^(٢٠٢).

(١٩٦) سامية محمد جابر، الانحرافات والمجتمع، دار المعرفة، الإسكندرية (١٩٩٠)، ١٨٦.
(١٩٧) شفيق المصري، الإرهاب في ميزان القانون الدولي، مجلة الشرق الأوسط، العدد ١٠٥ (٢٠٠٢)، ٣٤ - ٣٦.

(١٩٨) الإرهاب ظاهرة دولية، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٥٤٦، أغسطس ١٩٩٨.
(١٩٩) عبد الناصر حريز، الإرهاب السياسي، دراسة تحليلية، مكتبة مدبولي، القاهرة، ط ١ (١٩٩٦)، ٢٣ وما بعدها.

(٢٠٠) محمد شفيق، الإرهاب وعلاقته بالتغيرات الاجتماعية والاقتصادية، مجلة الأمن العام، المجلة العربية لعلوم الشرطة، العدد ١٦٢-١٦٣، ٤٣.

(٢٠١) هيثم كيلاني، إرهاب الدولة بديل الحرب في العلاقات الدولية، مجلة الوحدة، العدد ٦٧، إبريل ١٩٩٠.

(٢٠٢) عبدالله العلوي البلغيتي، الوكيل العام للملك بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، منشور بمجلد الأشغال التحضيرية لإعداد تغييرات مجموعة القانون الجنائي، المعد =

ومن هنا فإن معالجة هذه الظواهر الإجرامية تحتاج إلى سعي جاد ومستمر من المجتمع الدولي لوضع سبل المعالجة موضع الجد والتكاتف لمنع الجريمة والإرهاب الدولي.

ب - التوصيات:

تؤكد التوصيات على الأمور التالية:

- "إن الإرهاب يمثل تهديداً مستمراً للسلام والأمن والاستقرار، ولا يوجد مبرر أو مسوغ لأفعال الإرهابيين، فهو مدان دائماً مهما كانت الظروف أو الدوافع المزعومة.
- ترسيخ قيم التفاهم والتسامح والحوار، والتعددية والتعارف بين الشعوب والتقارب بين الثقافات، ورفض منطق صراع الحضارات، ومحاربة كل أيديولوجية تدعو للكراهية وتحرض على العنف وتسوغ الجرائم الإرهابية التي لا يمكن قبولها في أي دين أو قانون.
- التأكيد على أهمية دور وسائل الإعلام والمؤسسات المدنية ونظم التعليم في بلورة إستراتيجيات للتصدي لمزاعم الإرهابيين، وتشجيع وسائل الإعلام لوضع قواعد إرشادية للتقارير الإعلامية والصحفية بما يحول دون استفادة الإرهابيين منها في الاتصال أو التجنيد أو غير ذلك.
- تطلب من الأمم المتحدة تطوير معايير لمساعدة الهيئات الخيرية والإنسانية غير الربحية بدورها في تنظيم أعمالها الإغاثية والإنسانية، ولمنع استغلالها في أنشطة غير مشروعة.
- الدعوة إلى زيادة التعاون على المستوى الوطني والثنائي والإقليمي للتنسيق بين الأجهزة المختصة بمكافحة الإرهاب وغسيل الأموال والاتجار بالأسلحة والمتفجرات وتهريب المخدرات؛ لتبادل الخبرات والتجارب بما في

= بمناسبة الأيام الدراسية المنظمة بمكناس أيام ٩-١٠-١١ دجنبر ٢٠٠٤، الجزء الأول، تحت عنوان: "السياسة الجنائية بالمغرب: واقعاً وآفاقاً".

ذلك التدريب لضمان الفعالية في محاربة الإرهابيين وصلاتهم بالجريمة المنظمة.

- تقوية الإجراءات الدولية الرامية إلى منع الإرهابيين من امتلاك أسلحة الدمار الشامل؛ لدعم دور الأمم المتحدة في هذا المجال، بما في ذلك التنفيذ الكامل لقرار مجلس الأمن رقم ١٥٤٠.
- تطوير التشريعات والإجراءات الوطنية الكفيلة بمنع الإرهابيين من استغلال قوانين اللجوء والهجرة للحصول على ملاذ آمن، أو استخدام أراضي الدول كقواعد للتجنيد أو التدريب أو التخطيط أو التحريض أو الانطلاق منها لتنفيذ عمليات إرهابية ضد الدول الأخرى^(٢٠٣).
- التركيز على ظاهرة جنوح الأحداث من أن يكونوا فريسة مواتية من قبل التنظيمات الإجرامية والإرهابية، واتخاذ التدابير الواقعية والمحددة لحمايتهم من أن يكونوا الضحية لهؤلاء المجرمين.
- اتخاذ تدابير فعالة وحازمة وعاجلة بشأن منع ومكافحة الأنشطة الإجرامية المرتكبة بهدف تشجيع الإرهاب بكل أشكاله ومظاهره، وتعزيز الامتثال العالمي للصكوك والمواثيق والمعاهدات الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب.
- إن الإستراتيجيات الشاملة لمواجهة الجريمة ومنعها على المستويات الوطنية والإقليمية والدولية، يجب أن تركز على معالجة الأسباب والظواهر، من خلال الإستراتيجيات المحددة التي تركز على النواحي التربوية والاجتماعية والصحية والتعليمية وغيرها.
- الالتزام باتخاذ تدابير دولية مشددة لمكافحة الفساد، تستند إلى إعلان الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والرشوة في المعاملات التجارية الدولية، والمدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين، والاتفاقيات الإقليمية

(٢٠٣) التقرير النهائي للمؤتمر الدولي لمكافحة الإرهاب المنعقد في الرياض، بتاريخ ٢٥-٢٨ ذي الحجة ١٤٢٥ هـ الموافق ٥-٨ فبراير ٢٠٠٥ م. انظر:

[http://www.ctic.org.sa/CTIC-Final%20Report\(Summary-AR\).doc](http://www.ctic.org.sa/CTIC-Final%20Report(Summary-AR).doc)

ذات الصلة، والمحافل الإقليمية والدولية، ووضع صك قانوني دولي فعال لمكافحة الفساد، مستنداً على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

- تطوير وتعزيز أنشطة التعاون التقني؛ بغية مساعدة البلدان فيما تبذله من جهود لتدعيم نظمها المحلية في مجال العدالة الجنائية وقدرتها على التعاون الدولي.

- إشراك الحكومات والمؤسسات الوطنية والإقليمية والدولية والمنظمات الدولية - الحكومية وغير الحكومية - ومختلف قطاعات المجتمع الأهلي، بما فيها وسائل الإعلام والقطاع الخاص من أجل العمل الفعال على كشف بلاء الجريمة المنظمة وبؤر الإرهاب.

- تعزيز التعاون بين الجهات المانحة في المجالات التي لها جوانب ذات صلة بمنع الجريمة.

- وضع آليات تنسيقية إقليمية ودولية لمكافحة غسيل الأموال، والاقتصاد القائم على الجريمة عبر الوطنية، وإنشاء نظم عامة لمكافحة غسل عائدات الجريمة.

- ضرورة توثيق التنسيق والتعاون بين الدول في مكافحة الجريمة، وتفعيل المعاهدات البينية والإقليمية والدولية بما يخص الجريمة المنظمة والإرهاب ومكافحة المخدرات وغسيل الأموال؛ لتطوير التعاون الإقليمي والدولي في تجفيف منابع الإرهاب وتجميد الجريمة المنظمة.

- الدعوة إلى صياغة تدابير محددة والتزامات واضحة من أجل تنفيذها ومتابعتها، والبعد عن الصياغات البروتوكولية والعبارات الإنشائية المزخرفة.

- إعادة النظر في التشريعات والإجراءات الإدارية، وتأهيل القوى البشرية وتوعيتهم وتدريبهم ورفع مستواهم؛ ليكونوا في مستوى هذه التشريعات.

- الالتزام بمعايير الأمم المتحدة وقواعدها في مجال منع الجريمة والعدالة

- الجنائية؛ لتسهم في الجهود المبذولة من أجل معالجة الإجرام معالجة فعالة، خاصة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.
- العمل على صياغة سياسات وإجراءات وبرامج تقوم على احترام حقوق الإنسان، وتسهم في الحفاظ على مصالح المجتمعات بما فيها الضحايا وسائر الأطراف.
- تنظيم حملات التوعية بحقوق الضحايا، وتطوير خدمات دعمهم ومؤازرتهم، وإنشاء صناديق خاصة لصالحهم^(٢٠٤).
- التعاون بين الدول كافة في مجال تسليم المجرمين، وتبادل المعلومات حول تلك المنظمات والأنشطة، كون بعض المنظمات الإجرامية مرتبطة مع منظمات أخرى خارج الحدود الإقليمية للدولة.

(٢٠٤) انظر: إعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة مواجهة تحديات القرن الحادي والعشرين

ar.wikisource.org/wiki/-k39

المراجع

- إبراهيم صوفير، الإرهاب والقانون، مجلة المنار، العدد ٢٢ - ٢٣ - ت ١، باريس، ١٩٨١.
- إبراهيم الحمود، ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني، ندوة عقدتها مجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الثالث.
- أحمد إبراهيم محمود، الإرهاب الجديد، الشكل الرئيسي للصراع المسلح في الساحة الدولية، مجلة السياسة الدولية، العدد ١٤٧ مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية بالأهرام، القاهرة، يناير ٢٠٠٢.
- أحمد جلال عز الدين، الإرهاب والعنف السياسي، دار الحرية للطباعة والنشر، القاهرة، ط ١ (١٩٨٦).
- أحمد شوقي أبو خطوه، تعويض المجني عليهم من الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، القاهرة، دار النهضة (١٩٩٢).
- أحمد فلاح العموش، أسباب انتشار ظاهرة الإرهاب الدولي، مطابع أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض (١٩٩٩).
- أحمد محمد رفعت، صالح بكر الطيار، الإرهاب الدولي، مركز الدراسات العربي الأوروبي (١٩٩٨).
- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ (ت: ٧٧٠هـ)، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت (ب.ت).
- أحمد العمري بن محمد، جريمة غسيل الأموال، مكتبة العبيكان، الرياض (٢٠٠٠).
- أحمد الكبيسي ومحمد شلال حبيب، المختصر في الفقه الجنائي الإسلامي، بيت الحكمة (١٩٨٩).
- أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي، حقوق الطبع مركز الدراسات العربي الأوروبي، باريس، ط ١ (١٩٩٨).

- أحمد محمد سويدان، الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١ (٢٠٠٥).
- ابن الأثير، مجد الدين المبارك بن محمد الجزري (ت: ٦٠٦هـ)، النهاية في غريب الحديث، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، مؤسسة إسماعيليان، قم (ب.ت)،
- إدريس لكريني، مكافحة "الإرهاب" الدولي، بين تحديات المخاطر الجماعية وواقع المقاربات الانفرادية، مجلة ديوان العرب، تاريخ ٢٧ أيلول (سبتمبر)، ٢٠٠٦.
- الإرهاب ظاهرة دولية، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٥٤٦، أغسطس ١٩٩٨.
- أروى الفاعوري وإيناس قطيشات، جريمة غسيل الأموال (المدلول العام والطبيعة القانونية)، دار وائل، عمان، ط ١ (٢٠٠٢).
- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي (ت: ٤٣٦هـ)، المهذب، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط ٢ (١٤٢٢هـ).
- إسماعيل الغزال، الإرهاب والقانون الدولي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، القاهرة، ط ١ (١٩٩٠م - ١٤١٠هـ).
- أشرف شمس الدين، تجريم غسيل الأموال في التشريعات المقارنة، دار النهضة (٢٠٠١).
- ألبير الخوري، أرقام مذهلة لإرهاب متجول... اقتصاديات عولمة الخوف، شبكة إيلاف الإلكترونية، الأحد ٥ فبراير ٢٠٠٦.
- أمل شكري اليازجي، محمد عزيز، الإرهاب الدولي والنظام العالمي الراهن، دار الفكر، دمشق، ط ١ (٢٠٠٢).
- ابن أمير الحاج، محمد بن محمد (ت: ٨٧٩هـ)، التقرير والتحبير، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٩٩٩).

- أنور ماجد عشقي، ماهية العولمة وأشكالها، أعمال ندوة الإرهاب والعولمة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ط ١ (٢٠٠٢).
- أودينيس العكرة، الإرهاب السياسي، يبحث في أصول الظاهرة وأبعادها الإنسانية، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت (١٩٨٣).
- باسترنك دوجالا أوستر، بروس ب، الإرهاب بمجرد لمس مفاتيح الكمبيوتر، ترجمة خلود يوسف خضر (ب.ت).
- باسم علي خريسان، السياسة الدولية ومنطق الإرهاب الصفري، مجلة أوراق دولية، مركز الدراسات الدولية، جامعة بغداد، العدد ١٣٣ السنة السادسة، نيسان ٢٠٠٤.
- بدر الدين عبد المنعم شوقي، العمل غير المشروع وأثره في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص المصري، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٧٨).
- أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدريدير (ت: ١٢٠١هـ)، الشرح الكبير على مختصر خليل، دار إحياء الكتب العربية لعيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة (ب.ت).
- بسمة عولمي، جريمة غسيل الأموال وخطورتها على الاقتصاد، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٢-٠٧-٢٠٠٧.
- بطرس بطرس غالي، الأمم المتحدة ومواجهة الإرهاب الدولي الجديد، مجلة السياسة الدولية، ع ١٢٧ يناير ١٩٩٧.
- أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي (ت: ٥٤٣هـ)، أحكام القرآن، تحقيق محمد بن عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت (١٤١٦هـ).
- البيان الختامي للدورة الرابعة والعشرين للمؤتمر الإسلامي، وزارة الخارجية، دورة الإخاء والتعاون، جاكرتا، أندونيسيا (٢٨ رجب، ٣ شعبان) ١٤١٧هـ، ٩-١٣، ت ١، ١٩٩٦م.

- تركي ظاهر، الإرهاب العالمي، دار الحسام للطباعة، بيروت، ط ١ (١٩٩٤).
- التقرير النهائي للمؤتمر الدولي لمكافحة الإرهاب المنعقد في الرياض بتاريخ ٢٥-٢٨ ذي الحجة ١٤٢٥ هـ الموافق ٥-٨ فبراير ٢٠٠٥ م.
- تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق كامل محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت (٢٠٠١ م).
- توصيات فرق العمل المنبثقة عن المؤتمر الدولي لمكافحة الإرهاب الذي استضافته المملكة في العاصمة الرياض تاريخ ٠٩/٠٢/٢٠٠٥.
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم الحراني (٧٢٨هـ)، الفتاوى الكبرى، تحقيق عبدالرحمن النجدي، مكتبة ابن تيمية (ب.ت).
- ثامر عباس، ظاهرة العنف وأزمة الثقافات الفرعية، مجلة الإسلام والديمقراطية منظمة الإسلام والديمقراطية، العدد ٦، السنة الأولى، ١٥ آب ٢٠٠٤.
- جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، دار بيروت، بيروت، (١٤٠٤هـ).
- جان بودريار، روح الإرهاب، مجلة الفكر العربي المعاصر، عدد ١٢٠-١٢١. حسنين عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٨٩).
- جريدة الرياض، الجمعة ٢٧ ربيع الأول ١٤٢٩ هـ - ٤ أبريل ٢٠٠٨ م - العدد ١٤٥٢٩.
- جريدة الشرق الأوسط، العدد ٨٥١٠، ٤ محرم ١٤٢٣، ١٧ مارس ٢٠٠٢.
- أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (ت: ٣٢١هـ)، مختصر اختلاف العلماء، اختصار أبو بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي، دراسة وتحقيق عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط ٢ (١٤١٧هـ - ١٩٩٦ م).

- أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (ت: ٣١٠هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٢هـ).
- جلال محمد بن وفاء، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية (٢٠٠١).
- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، دار عالم الكتب، مصورة عن طبعة بولاق، ط ١ (ب.ت).
- جهاد محمد البريزات، الجريمة المنظمة، دراسة تحليلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ١ (٢٠٠٨).
- ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار التراث بمصر، مصورة قديمة عن الطبعة المنيرية، مصر، ط ١ (ب.ت).
- حسن النجفي، القاموس الاقتصادي، بغداد (١٩٧٧م).
- حسنين المحمدي البوادي، الإرهاب الدولي بين التحريم والمكافحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (٢٠٠٤).
- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت (١٩٩٧).
- حمدي عبد العظيم، صحيفة الجزيرة السعودية، العدد ١٠٤٨٩، ٢٥ ربيع الأول ١٤٢٢هـ.
- حمدي عبد العظيم، غسيل الأموال في مصر والعالم، بدون ناشر (١٩٩٧).
- حسين معلوم، التسوية في زمن العولمة، التداعيات المستقبلية لخيار العرب الإستراتيجي، في "العولمة والتحول المجتمعية في العالم العربي"، مكتبة مدبولي، القاهرة (١٩٩٩).
- خالد بن محمد سليمان المرزوق، جريمة الاتجار بالنساء والأطفال وعقوباتها في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دراسة تأصيلية مقارنة (رسالة ماجستير)، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (٢٠٠٥).

- خليل بن إسحاق بن موسى المالكي (ت: ٧٦٧هـ)، منسك خليل، تحقيق محمد عبد الباقي الأصمعي، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط ١ (١٣٦٩هـ).
- الدردير، أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مطبعة عيسى، وينظر البابي الحلبي، مصر (د.ت).
- ابن دريد، أبو بكر محمد بن الحسن (ت: ٣٢١هـ)، الاشتقاق، تحقيق عبد السلام هارون، دار الجيل، بيروت، ط ١ (١٩٩١).
- الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي (ت: ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، تحقيق محمد عlish، دار الفكر، بيروت (ب.ت).
- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، وبهامشه السبيل المرشد إلى بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبد الله العبادي، دار السلام، الرياض، ط ١ (١٤١٦).
- رضا هلال، الصراع السياسي ومستقبل توظيف الأموال، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٠١٨، تاريخ ١٨ يونية ١٩٩٨.
- رفعت، أحمد محمد، الفوارق القانونية بين الكفاح المسلح المرتبط بحق تقرير المصير والإرهاب الدولي.
- رمضان علي السيد، الجريمة والانحراف من المنظور الاجتماعي، دار الفكر العربي، القاهرة (١٩٨٥).
- رمضان علي السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة، القاهرة، ط ١ (ب.ت).
- الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الستار أحمد فراج، مطبعة الحكومة، الكويت (١٩٦٥).
- سامية محمد جابر، الانحرافات والمجتمع، دار المعرفة، الإسكندرية (١٩٩٠).

- سحر مهدي الياسري، الإرهاب جريمة العصر، المعالجة القانونية دولياً ومحلياً، جريدة الاتحاد، العدد رقم ١٣٥٨٣.
- سرحان، عبد العزيز، حول تعريف الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والعشرون سنة ١٩٧٣، ١٧٣.
- السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار المعارف، بيروت، ط ٢ (١٩٧٨).
- سلطان أحمد الثقفي، أثر الإرهاب على العولمة السياحية "في الإرهاب والعولمة"، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (٢٠٠٢).
- سمير رضوان، حول إدارة الأموال القذرة، الأهرام (٢٥/٩/١٩٩٥).
- السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت: ١٢٠٥هـ)، تاج العروس، دار الهداية، بيروت (١٣٨٥هـ).
- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، الموافقات في أصول الأحكام، علق عليه، محمد حسنين مخلوف، دار الفكر، بيروت (ب.ت).
- شفيق المصري، الإرهاب في ميزان القانون الدولي، مجلة الشرق الأوسط، العدد ١٠٥ (٢٠٠٢).
- شكري محمد عزيز، الإرهاب الدولي دراسة قانونية ناقدة، الناشر دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط ١ (١٩٩١م).
- شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (ت: ٤٩٠هـ)، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٤هـ).
- شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت: ٧٧٢هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله آل جبرين، مكتبة العبيكان الرياض، المملكة العربية السعودية، ط ١ (١٤١٣هـ).
- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت: ٩٧٧هـ)، مغني

- المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٥هـ).
- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب، بيروت، ط ١ (١٩٩٤م).
- صحيفة الجزيرة السعودية، العدد ١٠٤٨٩، ٢٥ ربيع الأول ١٤٢٢هـ.
- صلاح الدين حسن السيبي، قضايا اقتصادية معاصرة، دراسة نظرية وتطبيقية، دار غريب، القاهرة (٢٠٠٢).
- صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، مع إشارة خاصة إلى أسس الشرعية الدولية للمقاومة الفلسطينية، دار الفكر العربي، القاهرة، (ب.ت).
- طارق بن عبد الله الشدي، مقدمة في الحاسب الآلي وتقنيات المعلومات، دار الوطن للنشر، الرياض، ط ٢ (١٤١٦هـ).
- ابن عابدين، محمد أمين، حاشية ابن عابدين "رد المحتار على الدر المختار"، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (ب.ت).
- عبد الإله الشريف، المخدرات والإرهاب، جريدة الرياض، الجمعة ٢٧ ربيع الأول ١٤٢٩هـ - ٤ أبريل ٢٠٠٨م - العدد ١٤٥٢٩.
- عبد الحميد حسب النبي الشوري، أثر الإرهاب على الاقتصاد القومي في مصر "دراسة تطبيقية على قطاع السياحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، شركة مطابع الطوبجي، القاهرة (ب.ت).
- عبد الرحيم العيسوي، شخصية المجرم ودوافع الجريمة، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض (١٩٨٦).
- عبد الرحمن العيسوي، مبحث الجريمة "دراسة في تفسير الجريمة والوقاية منها"، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية (١٩٩٢).

- عبد الرحمن محمد العيسوي، الجنون والجريمة والإرهاب، دراسة ميدانية، الدار الجامعية، بيروت (١٩٩٤).
- عبد العزيز سرحان، حول تعريف الإرهاب وتحديد مضمونه، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والعشرون (١٩٧٣).
- عبد العزيز بن صقر الغامدي، رئيس أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مقدمة كتاب الجريمة المنظمة وأساليب مواجهتها في الوطن العربي، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣).
- عبد العزيز بن محمد، المخدرات وظاهرة غسيل الأموال، مقال نشر في مجلة الأمن والحياة، العدد ٢٠٣، السنة ١٨ لسنة ١٩٩٩.
- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، الإرهاب الدولي مع دراسة الاتفاقيات الدولية وقرارات المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٨٦).
- عبد الغفار شكر، الحوار المتمدن، العدد ٩٥٦، تاريخ ١٤/٩/٢٠٠٤.
- عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مصطفى عبد المجيد كاره، أحمد محمد النكلاوي، الجريمة المنظمة، التعريف والأنماط والاتجاهات، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م).
- عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الجريمة المنظمة، التعريف والأنماط والاتجاهات، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (١٩٩٩).
- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١٤ (١٩٩٨).
- عبد القادر غالب، غسيل الأموال، دراسة قانونية نشرت في مجلة اتحاد المصارف العربية، العدد ٢٣٢، المجلد ٢، لسنة ٢٠٠٠.
- عبد الله الأشعل، تطور الجهود القانونية الدولية لمكافحة الإرهاب، مجلة السياسة الدولية العدد ١٤٩، مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية بالأهرام، القاهرة، السنة ٣٨ يوليو ٢٠٠٢.

- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض (٢٠٠٣).
- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، الأم، خرج أحاديثه محمود مطرجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٣هـ).
- أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي (ت: ١١٠١هـ)، شرح مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت (ب.ت).
- عبد الله العلوي البلغيتي، الوكيل العام للملك بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، منشور بمجلد الأشغال التحضيرية لإعداد تغييرات مجموعة القانون الجنائي، المعد بمناسبة الأيام الدراسية المنظمة بمكناس أيام ٩-١٠-١١ دجنبر ٢٠٠٤، الجزء الأول، تحت عنوان: "السياسة الجنائية بالمغرب: واقعاً وآفاقاً".
- عبد الله بن محمود مودود الموصلي الحنفي (ت: ٦٨٣هـ)، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق خالد بن عبد الرحمن العك، دار المعرفة، بيروت، ط ١ (١٤١٩هـ).
- عبد الإله بن عبد العزيز الفريان، جريمة الحراية والفرق بينها وبين البغي والسرقة، مجلة العدل، وزارة العدل، الرياض، المملكة العربية السعودية، العدد الثاني، ربيع الآخر ١٤٣٠.
- عبد الناصر حريز، الإرهاب السياسي، دراسة تحليلية، مكتبة مدبولي، القاهرة، ط ١ (١٩٩٦).
- عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٩٥).
- عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير بابن قائد (ت: ١٠٩٧هـ)، حاشية المنتهى منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١ (١٤١٩هـ).

- عز الدين أحمد جلال الدين، الإرهاب والعنف السياسي، كتاب الحرية، ط ١ (١٩٨٦).
- عصام صادق رمضان، الأبعاد القانونية للإرهاب الدولي، مجلة السياسة الدولية، الأهرام، مصر، عدد ٨٥ يوليو ١٩٨٦.
- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي (ت: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد فقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢ (ب.ت).
- علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الظاهري، المحلى، مكتبة الجمهورية العربية، القاهرة (١٣٩١هـ).
- علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم، مراتب الإجماع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (ب.ت).
- علي حسن عبد الله، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة (١٩٨٦).
- علي عبد الرزاق جليبي، الجريمة المنظمة والبناء الاجتماعي، أعمال ندوة الجريمة المنظمة وأساليب مواجهتها في العالم العربي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (٢٠٠٣).
- علي بن فايز الجحني، الجهود العربية في مكافحة الإرهاب، أعمال ندوة الإرهاب والعولمة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ط ١ (٢٠٠٢).
- عمر حسن عدس، الإجرام المنظم وغسيل الأموال، مجلة بحوث الشرطة، العدد التاسع، يناير ١٩٩٦م.
- أبو عمر يوسف ابن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت (١٤٠٧).
- ف. دينيسوف، نظريات العنف في الصراع الأيديولوجي، ترجمة سحر سعيد (ب.ت).

- ابن فارس، أحمد بن زكريا أبو الحسين (ت: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت (١٣٩٩).
- فيليب برنو وآخرون، المجتمع والعنف، ترجمة إلياس زحلاوي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، دمشق (١٩٨٦).
- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد (ت: ٦٢٠ هـ)، المغني والشرح الكبير، دار الفكر، بيروت (١٩٩٤).
- قرارات هيئة الأمم المتحدة، الجلسة العامة ٩٩، ٨ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٦.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٢ (١٩٩٠).
- كامل أبو صقر، العولمة التجارية والإدارية والقانون، رؤية إسلامية، دار الوسام، بيروت، ط ١ (٢٠٠٠).
- كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ١ (٢٠٠١).
- لمبيشنكو وزاردانوف، الإرهاب والقانون الدولي، ترجمة، المبروك محمد الصويغي، الدار الجامعية للنشر والتوزيع والإعلان، بيروت، ط ١ (١٩٩٤).
- مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن تيمية الحراني (ت: ٦٥٢هـ) المحرر في الفقه، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٩هـ).
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مصطفى البابي الحلبي، مصر (١٣٧١هـ).
- مجلة خالد العسكرية، التقنية والأمن، المملكة العربية السعودية، تاريخ: ٢٠٠٥/٠٣/٠١
- المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد ٦، ص ١٩٧٧.
- مجلة العلوم الاجتماعية، مركز الأبحاث في معهد العلوم الاجتماعية، الجامعة اللبنانية، العدد السابع، أيار / ٢٠٠١.

- مجلة الناتو، العدد الثاني، ٢٠٠٧.
- مجموعة من المؤلفين، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢ (١٩٩٣).
- محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي (ت: ٥٣٩هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤٠٥هـ).
- محمد بن أحمد عlish (ت: ١٢٩٩هـ)، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت (ب.ت).
- محمد الزهري الغمراوي (ت: بعد سنة ١٣٣٧هـ)، السراج الوهاج شرح متن المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر (١٣٥٢هـ).
- محمد بن عبد الله الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت (١٩٩٧).
- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ت: ٤٥٦هـ)، المحلى بالآثار، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار التراث بمصر، مصورة قديمة عن الطبعة المنيرية، مصر، ط ١ (ب.ت).
- محسن أحمد الخضري، العولمة الاجتياحية، مجموعة النيل العربية، القاهرة (٢٠٠١).
- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان، بيروت (١٩٩٥).
- محمد تاج الدين الحسيني، مساهمة في فهم ظاهرة الإرهاب الدولي، مجلة الوحدة، العدد ٦٧.
- محمد شفيق، الإرهاب وعلاقته بالمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية، مجلة الأمن العام، المجلة العربية لعلوم الشرطة، العدد ١٦٢-١٦٣.
- محمد الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، القاهرة (ب.ت).

- محمد عاطف غيث، علم الاجتماع، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية (١٩٨٤).
- محمد عبد القادر أبو فارس، الفقه الجنائي في الشرع الإسلامي، فقه العقوبات، دار الفرقان، عمان، ط ١ (٢٠٠٥).
- محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي، دراسة قانونية ناقدة، دار العلم للملايين، بيروت (١٩٩١).
- محمد بن سليمان الوهيد، ماهية الجريمة المنظمة، أعمال ندوة الجريمة المنظمة وأساليب مواجهتها في العالم العربي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (٢٠٠٣).
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر والتوزيع (٢٠٠٢).
- محمد فاروق النبهان، مكافحة الإجرام المنظم، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض (١٩٨٩).
- محمد أبو الفتح غنام، الإرهاب وتشريعات المكافحة في الدول الديمقراطية، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٨٩).
- محمد فتحي عيد، الإجرام المعاصر، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م).
- محمد فتحي عيد، إسهام المؤسسات والهيئات الدولية في التصدي للإرهاب، أعمال ندوة الإرهاب والعولمة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ط ١ (٢٠٠٢).
- محمد فتحي عيد، واقع الإرهاب في الوطن العربي، مطابع أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض (١٩٩٩).
- محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، المستصفى في علم الأصول، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٣).

- محمد بن محمود بن أحمد الحنفي البابرتي (ت: ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، خرج آياته وأحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٥هـ).
- محمد محمود حسن وخالد محمد فلاح، الجرائم الاقتصادية دراسة مقارنة، بحث لنيل الإجازة في الحقوق قانون خاص، فاس، المغرب (١٩٩٢/١٩٩٣).
- محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي المتعلقة بالجرائم ذات الطبيعة الدولية، دراسة للقانون الدولي الاجتماعي في مجال مكافحة الجرائم الدولية للمخدرات وإبادة الجنس البشري واختطاف الطائرات وجرائم أخرى، دار المطبوعات الجامعية (ب.ت).
- محمد نيازي حتاتة، مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين مع التركيز على التعاون الدولي في إطار المنظمات الدولية والاتفاقيات والصكوك والإعلانات الدولية، القاهرة (١٩٩٥).
- محمد مؤنس، الإرهاب في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة (١٩٨٣).
- محمد وليد عبد الرحيم، إرهاب الدولة، بحث مقدم لندوة "في تحديد الإرهاب"، كتاب فكر، أعمال ندوة نظمها الحزب العربي السوري القومي الاجتماعي، بيروت، ٢٠ تشرين ثاني (٢٠٠١).
- محمود عبد الفضيل وجيهان دياب، أبعاد ومكونات الاقتصاد الخفي وحركة الأموال السوداء في الاقتصاد المصري ١٩٧٤-١٩٨٤، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٠٠، أبريل ١٩٨٥.
- محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت (ب.ت).

- معبد الرحمن محمد العيسوي، الجنون والجريمة والإرهاب، دراسة ميدانية، الدار الجامعية، بيروت (١٩٩٤).
- معتز محيي عبد الحميد، تفعيل جهود التعاون الإقليمي والدولي ضد الإرهاب، آفاق إستراتيجية، جريدة الصباح، العدد ١٩٥١٢، التاريخ ١١ / آذار / ٢٠٠٤.
- ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية (الجريمة عبر الإنترنت)، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، عام ٢٠٠٠م.
- منتصر سعيد حمودة، الإرهاب الدولي، جوانبه القانونية ووسائل مكافحته في القانون الدولي العام والفقهاء الإسلاميين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (٢٠٠٦).
- منصور بن يونس البهوتي (ت: ٩٦٨هـ)، الروض المربع، شرح زاد المستقنع، تحقيق محمد عبد الرحمن عوض، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٥ (١٤١٤هـ).
- منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الرياض، ط ١ (١٤١٧هـ).
- منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، كشف القناع، تحقيق أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٨هـ).
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي بن الأنصاري (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، تحقيق أمين محمد عبد الوهاب، ومحمد الصادق العبيدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٣ (١٤١٩هـ).
- مؤتمر القاهرة، "تزايد تهديدات غسل الأموال، وتنوع أساليبه، والعمل الدولي لمكافحته"، المنعقد بالفترة من ١٣ إلى ١٥ يونيو ٢٠٠٤.

- موجز التقرير النهائي للمؤتمر الدولي لمكافحة الإرهاب، المنعقد في الرياض ٢٥-٢٨ ذي الحجة ١٤٢٥هـ الموافق ٥-٨ فبراير ٢٠٠٥م.
- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي (ت: ٦٢٠ هـ)، الكافي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، ط ١ (١٤١٧هـ).
- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي (ت: ٦٢٠ هـ)، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط ٣ (١٤١٧هـ).
- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي (ت: ٦٢٠ هـ)، المقنع، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، القاهرة، ط ١ (١٤١٤هـ).
- نبيل أحمد حلمي، الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٨٨).
- نجاتي سيد أحمد سند، التعاون الدولي في مكافحة الإرهاب، مكافحة الإرهاب، أعمال ندوة مكافحة الإرهاب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض (١٩٩٩).
- نجاتي سيد أحمد، الجريمة السياسية دراسة مقارنة، القاهرة (١٩٨٢).
- وثائق الحلقة الدراسية الأولى المعنية بالجريمة المنظمة، ٢١-٢٥ أكتوبر ١٩٩١، نشر لجنة الأمن والعدالة الجنائية، فينا (١٩٩٢).
- وثائق المؤتمر السابع لقادة الشرطة والأمن العرب، جرائم العنف وأنماطها ووسائل الحد من انتشارها، البند الخامس من جدول الأعمال، المنعقد في تونس في الفترة ٤-٦ من ربيع الثاني ١٤١٤هـ الموافق ٢٠-٢٢ سبتمبر/ أيلول ١٩٩٣.
- وعدي سليمان علي، ومازن ليلو راضي، مفهوم الإرهاب في القانون الدولي

- والداخلي، مقدم للمؤتمر الدولي "الإرهاب في العصر الرقمي" المنعقد في جامعة الحسن بن طلال في الأردن في الفترة ١٠-١٣/٧/٢٠٠٨.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢ (١٩٩٨).
- هانزيبتر جاسر، حظر الأعمال الإرهابية في القانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، يوليو، تموز- أغسطس، آب، العدد ٢٥٣ (١٩٨٦).
- هشام محمد فريد رستم، الجرائم المعلوماتية (أصول التحقيق الجنائي الفني واقتراح بإنشاء آلية عربية موحدة للتدريب التخصصي)، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، عام ٢٠٠٠م.
- ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ٥/٤٢٢. محمد بن محمود بن أحمد الحنفي البابرّي (ت: ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، خرج آياته وأحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٤١٥هـ).
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الوهاب، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط ٢ (١٩٧٧).
- هيثم كيلاّني، إرهاب الدولة بديل الحرب في العلاقات الدولية، مجلة الوحدة، العدد ٦٧، إبريل ١٩٩٠.
- يحيى أحمد البناء، الإرهاب الدولي ومسؤوليات شركات الطيران، منشأة المعارف، الإسكندرية (١٩٩٤).
- يوسف أبا الخيل، جريدة الرياض، السبت ٢٤ ربيع الأول ١٤٣٠ / ٢١ مارس ٢٠٠٩، العدد ١٤٨٨٠.
- يونس زكور، الإرهاب والإجرام المنظم، أية علاقة؟ الحوار المتمدن، العدد: ١٨١١-٢٠٠٧/١/٣٠.

المواقع الإلكترونية

- shbabmisr.com/?xpage = view&EgyxpID = 13051 - 101k
- <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid = 87313>
- <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid = 82832>
- [http://www.ctic.org.sa/CTIC-Final%20Report\(Summary-AR\).doc](http://www.ctic.org.sa/CTIC-Final%20Report(Summary-AR).doc)
- <http://www.mofa.gov.sa/detail.asp?InNewsItemID = 27985&InTemplateKey = print>
- www.barasy.com/index.php?name = News&op = printpage&sid = 2470 - 12k -
- <http://www.darbabl.net/word/alerhab%20qanoon.doc>
- http://ksouri-mouhamat.blogspot.com/2008/02/blog-post_27.html
- <http://www.islamdaily.net/AR/Contents.aspx?AID = 1582>
- <http://www.mqatari.com/vb/showthread.php?t = 126>
- <http://www.alsabaah.com/paper.php?source = akbar&mlf = interpage&sid = 22318>
- <http://www.elaph.com/ElaphWeb/ElaphWriter/2006/2/125764.htm>
- <http://www.f-law.net/law/archive/index.php?t=2886.html>
- <http://www.nato.int/docu/review/2007/issue2/arabic/analysis2.html>
- <http://www.alitthad.com/paper.php?name = News&file = article&sid = 13583>

الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة"

الدكتور/ منصور إبراهيم العتوم
أستاذ القانون العام المساعد
كلية الحقوق - جامعة عقان الأهلية

مقدمة:

أولاً - تحديد مشكلة البحث: يتكون العقد الإداري من عدة عمليات مركبة، بعضها عبارة عن قرارات إدارية يمكن فصلها عن العقد والطعن فيها أمام قاضي الإلغاء وليس أمام قاضي العقد، على اعتبار أن الأخير هو صاحب الاختصاص الأصلي بالنظر في منازعات العقود الإدارية، ولكن المشكلة التي تنور بهذا الصدد تتمثل في تحديد نطاق الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، وأثر حكم الإلغاء على هذه العقود.

ثانياً - تحديد فرضيات البحث: تدور فرضيات البحث حول معيار تمييز القرارات القابلة للانفصال عن العقد، وهل أصبحت فكرة القرارات القابلة للانفصال نظرية متكاملة من نظريات القانون الإداري؟ وهل تجد مجالاً لتطبيقها في جميع مراحل العملية التعاقدية؟ وهل الطعن بالإلغاء في بعض منازعات العقود الإدارية متاح للمتعاقدين مع الإدارة وغير المتعاقدين معها على حد سواء؟ وما أثر حكم الإلغاء على العقد؟

ثالثاً - أهمية البحث: تكمن أهمية هذه الدراسة في تسليط الضوء على تطورات مسألة الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، وتحليل مختلف

الاتجاهات القضائية والفقهية بهذا الصدد، وصولاً إلى بعض النتائج التي قد تسهم ولو بقدر في دراسة هذا الموضوع المهم.

رابعاً - منهجية البحث: لقد اتبعت في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن؛ حيث قمت بتحليل مختلف الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع، وتصديت لتأصيله في النظام القانوني الفرنسي مقارنة بنظيره في مصر والأردن.

خامساً - خطة البحث: وبناء عليه، قسمت هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: الطعن بإلغاء القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري.
المبحث الثاني: مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقد الإداري بعد إبرامه.

المبحث الثالث: أثر حكم الإلغاء على العقد الإداري.
وأنهت البحث بخاتمة تتضمن بعض النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

المبحث الأول

الطعن بإلغاء القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري

تمهيد وتقسيم:

يتكون العقد الإداري^(١) من سلسلة من العمليات المركبة، بعضها ينتج عن تلاقي إرادة الإدارة مع إرادة المتعاقد معها، والبعض الآخر عبارة عن قرارات إدارية تصدر بإرادة الإدارة المنفردة؛ وبعبارة أخرى لا يتوقف صدورها على إرادة المتعاقد معها أو موافقته. وإذا كانت الإدارة تقوم بإصدار قرارات إدارية في كل مرحلة من المراحل الأساسية التي يمر بها العقد وهي: مرحلة تكوينه، ومرحلة تنفيذه، ثم مرحلة إنجائه، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل يجوز الطعن بإلغاء القرارات القابلة للانفصال والصادرة في أي من المراحل المذكورة؟

للإجابة عن هذا السؤال، نبادر إلى القول بأن فكرة الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال ظهرت منذ بداية القرن الماضي في فرنسا، ثم أخذت بها دول أخرى منها مصر والأردن، وشهدت هذه الفكرة تطوراً من خلال

(١) يعرف العقد عموماً بأنه اتفاق إرادتين على ترتيب أثر قانوني، بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله، انظر في ذلك: د. أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، منشورات الجامعة الأردنية، ط١، عمان، ١٩٨٧، ص (١٠).

ويعرف العقد الإداري بأنه ذلك العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام، ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، متبعاً في هذا الأساليب المقررة في القانون العام، بما يعني انطواءه على نوع أو آخر من الشروط غير المألوفة في عقد القانون الخاص (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٥٧٦، جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من ١٩٥٥ إلى ١٩٩٥، طبعة المكتب الفني لمجلس الدولة، ص ٩١).

الاجتهادات القضائية والفقهية التي اتفقت في جوانب واختلفت في أخرى، حتى غدت نظرية من نظريات القانون الإداري، وبناء على ما سبق نقسم هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: نشأة نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد وتطورها.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري.

المطلب الأول

نشأة نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد وتطورها

تمهيد:

يقصد بالقرارات القابلة للانفصال عن العقد هي تلك التي ينطبق عليها المفهوم العام للقرار الإداري، فهي تعبير عن إرادة الإدارة الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك جائزاً وممكناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة^(٢).

ولقد عبّرت المحكمة الإدارية العليا المصرية عن مفهوم القرارات القابلة للانفصال بقولها: "ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة، وبين الإجراءات التي تمهد لإبرام هذا العقد أو تهئ لمولده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً فإن هذه الإجراءات تتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته، من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح

(٢) انظر: قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٢٧١/٢٠٠٥ تاريخ ٢٦/٩/٢٠٠٥، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، وانظر في عرض التعريفات التي قيلت في القرار الإداري: د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار وائل للنشر، ط١، ٢٠١٠، عمان، ص ١٩ وما بعدها.

بقصد إحداث أثر قانوني، تحقيقاً لمصلحة عامة يبتغيها القانون، ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً أو إدارياً وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلاً، ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقود لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها" (٣).

وعلى النحو ذاته استقر اجتهاد محكمة العدل العليا الأردنية؛ حيث قالت: "استقر الاجتهاد على أن العقد الإداري يمر بمرحلة تمهيدية تستقل الإدارة بصفتها سلطة عامة بإصدار القرارات الإدارية المنفردة كتعبير عن إرادتها الذاتية، وتحدد بها المراكز القانونية كإحالة العطاء على جهة ما، وهذه القرارات في هذه المرحلة تأخذ صفة وشكل القرارات الإدارية، ويجوز لأي متضرر الطعن بها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري ... " (٤).

وتأسيساً على ما سبق نستنتج أن القرار القابل للانفصال هو قرار إداري صادر عن سلطة عامة، ويتميز بأنه يرتب آثاراً قانونية بمفرده دون أن يتوقف الأمر على باقي أجزاء العملية التعاقدية.

وفيما يلي، نتناول نشأة نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد، ومراحل تطورها في اجتهادات القضاء الإداري الفرنسي والمصري والأردني، ثم نناقش أساس ومعياري تمييز القرارات القابلة للانتقال على النحو الآتي:

الفرع الأول

نشأة النظرية وتطورها في فرنسا

يقتضي البحث في نشأة نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري وتطورها في قضاء مجلس الدولة، التصدي لهذه المسألة في ثلاث مراحل كما يلي:

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٣٢٠ تاريخ ٥/٤/١٩٧٥، المجموعة سنة ٢٠ قضائية، ص ٣٠٨.

(٤) قرار محكمة العدل العليا رقم ١٩٩٩/٦١٠ (هيئة خماسية)، تاريخ ٩/٥/٢٠٠٠، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

المرحلة الأولى - رفض الأخذ بفكرة القرارات القابلة للانفصال عن العقد:

وفي هذه المرحلة كان مجلس الدولة الفرنسي يعتنق نظرية مفادها أن العقد الإداري ما هو إلا وحدة قانونية واحدة لا تتجزأ، والقرارات التي تصدر عن الإدارة وتتصل بالعقد تندمج فيه ولا يمكن فصلها عنه. وحيث إن العقد الإداري يتكون نتيجة التقاء إرادتي الإدارة والمتعاقد معها، فإنه يترتب على ذلك عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات المتصلة بالعقد^(٥).

لقد استند هذا القضاء على حجتين هما:

١ - إن المتعاقد مع الإدارة يملك طريقاً قضائياً آخر يغنيه عن اللجوء إلى دعوى الإلغاء، وهذا ما عبرت عنه العديد من تقارير مفوضي الدولة^(٦)، وهو ما عبر عنه أيضاً العلامة (Laferrriere) بقوله: "الطعن بتجاوز السلطة غير مقبول فإذا كان المدعي يدعي بأنه متضرر من قرار إداري غير مشروع يمكنه اللجوء إلى طريقة طعن موازي سواء أكان أمام القضاء العادي أو الإداري"^(٧).

بيد أن تلك الحجة وجدت معارضة لدى جانب من الفقه^(٨)؛ حيث وجه لها عدة انتقادات تتمحور حول عدم وجود دعوى موازية تحقق كل ما تحققه دعوى الإلغاء من نتائج، ذلك أن الحكم الصادر في الأخيرة يحوز حجية مطلقة، بينما يقتصر أثر الحكم في دعاوى القضاء الكامل أو العادي على الخصوم في النزاع الذي فصلت

(٥) انظر في ذلك: د. عادل الطيببائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية (دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي)، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الحادية عشر، العدد ٣، أيلول ١٩٨٧، ص ٢٢.

(٦) يراجع في ذلك:

Pouyaud (D): La Nullité des contrats administratifs, L.G.D.J. 1991., P. 298.

(٧) Laferrriere (E): Traite de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, 1887 - 1888., t. II, P. 474.

(٨) يراجع في عرض هذه الانتقادات: د. عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة. (دراسة مقارنة في القانونيين المصري والفرنسي)، مجلة مصر المعاصرة، السنة السادسة والستون، العدد ٣٦٣، أكتوبر (تشرين أول)، ١٩٧٥، ص ٨٢.

فيه الدعوى، كما أن هذه الحجة لا تصلح لتبرر عدم قبول دعوى الإلغاء المقدم من غير أطراف العلاقة التعاقدية ... ذلك أنه إذا كان لا يمكنه اللجوء إلى قاضي العقد ولا اللجوء إلى قاضي الإلغاء، فإنه يفقد حقه، وفي هذا إنكار للعدالة.

٢ - ضرورة احترام الحقوق المكتسبة: ومفاد هذه الحجة أن العقد يولد حقوقاً مكتسبة لطرفيه، وأن إلغاء أي من القرارات المتصلة بعملية التعاقد يتضمن المساس بالحقوق المكتسبة.

بيد أن تلك الحجة وجدت معارضة هي الأخرى لدى جانب من الفقه؛ حيث وجهوا لها انتقادات تتمحور حول أن احترام الحقوق المكتسبة يتطلب أن يكون اكتسابها قد تولد بطريقة سليمة ومشروعة، وأن إلغاء القرار المنفصل من قبل قاضي الإلغاء لا يؤدي إلى سقوط العقد، وتظل الحقوق المكتسبة طالما أن العقد قائم ومنتج لآثاره حتى يقوم قاضي العقد بإبطاله^(٩).

المرحلة الثانية - ظهور فكرة القرارات المنفصلة عن العقد وخضوعها لرقابة المشروعية:

في بداية القرن العشرين بدأ مجلس الدولة الفرنسي بتبني فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد؛ حيث أجاز الطعن بالإلغاء في بعض القرارات الإدارية التي تُعد جزءاً من عملية التعاقد مع الغير، دون ربط مصير هذه القرارات مع مصير العقد بذاته، لما قد يترتب على هذا الربط من آثار قانونية يتعذر تدارك نتائجها، وبالتالي ضياع حقوق بعض أطراف العلاقة.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الفكرة ظهرت - في بادئ الأمر - في المنازعات المتعلقة بعقود القانون الخاص^(١٠)، ثم اتجه صوب عقود القانون

(٩) يراجع في عرض ذلك د. شعبان أحمد رمضان: مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية (دراسة تحليلية نقدية في النظامين الفرنسي والمصري)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠١٠م، ص ٣٢ - ٣٣.

(١٠) انظر C.E., 11 - 12-1903, Rec., P. 770.

العام، فأصدر حكمه في قضية (Martin)^(١١) والذي قبل فيها الطعن على القرار الإداري الصادر بالتصريح بمنح امتياز لإحدى شركات الحافلات الكهربائية (الترام)، على الرغم من أن هذا القرار يندرج ضمن عقد إداري تدخل المنازعة بشأنه في اختصاص قاضي العقد.

ومنذ حكم (مارتان) المذكور تحولت أنظار الفقه صوب فكرة القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري كوسيلة للطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، كما استقرت أحكام مجلس الدولة على الأخذ بهذه الفكرة كما سنرى فيما بعد.

المرحلة الثالثة - ظهور رقابة الخطأ البين في منازعات العقود الإدارية:

ظهرت رقابة الخطأ البين في التقدير في أحكام مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٦٠^(١٢) بهدف الحيلولة دون خطر الانحراف أو التعسف في استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية^(١٣)، وبعد أن استقرت أحكام المجلس المذكور على الأخذ بتلك الرقابة وجد أنه من الملائم إعمالها في مجال العقود الإدارية وخاصة عقود الأشغال العامة؛ حيث قضى في حكم له عام ١٩٧٩ على أنه: ".... لا يوجد بين أوراق الدعوى ما يؤكد عدم المقدرة الفنية لشركة Borderes في إنجاز الأعمال موضوع المناقصة، بل على العكس تبين له من خلال الأعمال التي باشرت بها سابقاً ما تملكه من قدرات فنية تجعلها قادرة ومؤهلة لإنجاز الأعمال المكلفة بها (في العقد موضوع الدعوى)، ومن ثم انتهى إلى تأييد حكم محكمة (مونبلييه)

(١١) انظر: C.E., 4-8-1905., R.D.P., 1906., P. 249.

(١٢) انظر: C.E., 2-3-1960., Rec. P. 162.

(١٣) لمزيد من التفاصيل حول ظهور وتطور هذه الرقابة انظر د. مصلح الصرايرة، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الأول، ٢٠٠٩، ص ١٧٧ وما بعدها.

القاضي بإلغاء قرار نائب عمدة مدينة Beziers بعدم الموافقة على منح العقد لشركة Borderes، ذلك إن هذا القرار معيب بخطأ بيّن في التقدير^(١٤).

ومن الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد حكمه بتاريخ ٢٩/١٢/٢٠٠٨م حيث قضى برد الدعوى المقامة من أحد المتناقصين بداعي عدم مشروعية قرار استبعاده من المناقصة بسبب ارتفاع أسعار عطائه، تأسيساً على أن قرار الإدارة لم يكن مشوباً بخطأ بيّن في التقدير^(١٥).

الفرع الثاني نشأة النظرية وتطورها في مصر

تبنى مجلس الدولة المصري منذ نشأته فكرة فصل بعض القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة عن العملية التعاقدية وإخضاعها لرقابة قاضي المشروعية، ففي ظل قانون إنشائه رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وعلى الرغم من أن القانون المذكور لم يتضمن النص على اختصاصه بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، إلا أنه سار على نهج القضاء الإداري الفرنسي في الأخذ بفكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد؛ حيث أخضع هذه القرارات لرقابته سواء أكانت متصلة بعقد من عقود القانون الخاص^(١٦)، أو بعقد من عقود القانون العام^(١٧).

(١٤) انظر: C.E., 14-9-1979, Rec., P. 356.

(١٥) C.E., 7ème et 2ème sous-sections réunies, 29-12-2008, Hospitalier d'Auch, n 294606. (<http://www.cnrs.fr>)

(١٦) يراجع حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٤٣، جلسة ٢٥/١١/١٩٤٧، مجموعة أحكامها الأولى، السنة الثانية، ص ١٠٤. (حيث قبلت الطعن بإلغاء قرار مصلحة الأملاك بإرساء مزاد على قطعة أرض مملوكة للدولة على فردين، وهو قرار يتصل بعقد مدني خاص ببيع أملاك أميرية بطريق المزايدة).

(١٧) يراجع حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٠٩، جلسة ٢٥/١١/١٩٤٧، مجموعة أحكامها الأولى، السنة الثانية، ص ٩١. (حيث قبلت الطعن بإلغاء قرارين، أولهما برسو المناقصة على غير الطاعن، والثاني بشطب اسمه من عداد المقولين، والحكم المذكور يتعلق بعقد أشغال عامة).

وفي ظل قانون مجلس الدولة رقم ٩ لسنة ١٩٤٩، والذي بموجبه أصبحت محكمة القضاء الإداري مختصة في المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام وعقود الأشغال العامة وعقود التوريد، نجد أن مجلس الدولة تبني فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد سواءً أكان العقد من عقود القانون الخاص^(١٨)، أو من العقود الإدارية غير الواردة في التعداد التشريعي المشار إليه فيما سبق^(١٩)، أو من العقود الإدارية التي يختص بنظرها المجلس^(٢٠).

وبعد أن أصبح المجلس مختصاً بالنظر في منازعات جميع أنواع العقود الإدارية، وذلك بموجب القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ لم يتغير الوضع؛ حيث عمل على تطبيق فكرة القرارات المنفصلة عن العقد في العديد من أحكامه^(٢١).

واستمر مجلس الدولة في الاتجاه المذكور في القانونيين اللاحقين وهما قانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ وقانونه الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، ومن ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بقولها: "... ينبغي التمييز في مقام التكيف القانوني بين العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة، وبين الإجراءات التي تمهد بها لإجراء هذا العقد أو تهئ لمولده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون هذا العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة المختصة له خصائص

(١٨) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (١٠٢)، جلسة ١٩٤٩/٢/٣، مجموعة أحكامها، السنة الثالثة، ص ٣٠٢.

(١٩) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢١٣، جلسة ١٩٥١/١٢/٢٦، مجموعة أحكامها، السنة السادسة، ص ٢١٤، حيث طبقت فكرة القرارات المنفصلة على عقد المساهمة في نفقات مشروع ذي نفع عام.....

(٢٠) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (١٨٠٧)، جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٢، مجموعة أحكامها، السنة التاسعة، ص ١٧١، حيث قررت أن الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمراً جائزاً قانوناً؛ لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية.....

(٢١) انظر مثلاً: حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (٧٢٤)، جلسة ١٩٥٦/١/١٨، مجموعة أحكامها، السنة العاشرة، ص ١٣٥.

القرار الإداري ... ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كان أو إدارياً وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز لذي الشأن الطعن فيه بالإلغاء استقلاً، ويكون الاختصاص والحال كذلك معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها^(٢٢).

الفرع الثالث

نشأة النظرية وتطورها في الأردن

تندرج منازعات العقود الإدارية في الأردن ضمن اختصاصات القضاء العادي (المدني) وليس الإداري، ذلك أن اختصاصات محكمة العدل العليا قد وردت على سبيل الحصر، وليس من بينها منازعات العقود الإدارية، ولم يتغير الوضع بالنسبة لهذه المسألة منذ إنشاء المحكمة المذكورة بوصفها محكمة قضاء إداري بموجب قانون تشكيل المحاكم النظامية المؤقت رقم ٧١ لسنة ١٩٥١، أو بموجب قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢ والذي حل محل القانون المذكور؛ حيث كانت محكمة التمييز تنعقد بوصفها محكمة عدل عليا لتمارس ولاية القضاء الإداري، وكذلك الأمر عندما تم فصل محكمة العدل العليا عن محكمة التمييز بموجب قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم ١١ لسنة ١٩٨٩، والذي أصبح قانوناً دائماً بموجب قانونها الحالي رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢، إذ ما زالت غير مختصة بمنازعات العقود الإدارية^(٢٣).

(٢٢) انظر في ذلك مثلاً: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعينين ٤٥٦ و ٣٢٠، السنة القضائية ١٧، جلسة ١٩٧٥/٤/٢٥، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في ١٥ سنة، الجزء ٢، ص ١٨٤٣، وبالاتجاه نفسه حكمها في الطعن رقم ٣٤٤٨، السنة القضائية (٣١)، جلسة ١٩٩٣/١/٣١، مجموعة المكتب الفني، ص ٣٨. وكذلك حكمها في الطعن رقم ١٦٤٠، السنة القضائية ٤٠، جلسة ١٩٩٤/١٢/٣، مجموعة المكتب الفني، ص ٤٠٠.

(٢٣) لمزيد من التفاصيل انظر: د. أحمد عودة الغويري: قضاء الإلغاء في الأردن، ط ١، بلا ناشر، ١٩٨٩، ص ٩٧ وما بعدها. ود. عمر الشوبكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ١٠١ وما بعدها. وانظر أيضاً: نص المادة ٩ من قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢.

أما فيما يتعلق بالقرارات القابلة للانفصال عن العقد، فقد تبنت محكمة العدل العليا هذه الفكرة منذ نشأتها متأثرة بالنهج المصري والذي أخذه بدوره عن قضاء مجلس الدولة الفرنسي، كما أسلفنا، وبهذا الصدد نجد محكمة العدل العليا تقول في حكم لها صدر في عام ١٩٥٤: "الدعوى التي تنصب على الطعن في العقد من ناحيته التعاقدية لا من ناحيته الإدارية لا تدخل في اختصاص محكمة العدل العليا بل يعود أمر النظر فيها إلى المحاكم المدنية العادية"^(٢٤) وفي ذلك إشارة واضحة إلى تبني فكرة قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد، وفي حكم آخر لها صدر عام ١٩٥٥ قالت: "إن صلاحية القضاء الإداري تنحصر بالنظر في الطعون المقدمة ضد القرارات الإدارية التي يصدرها الموظفون العامون استناداً إلى سلطاتهم المستمدة من القوانين والأنظمة، أما القرارات التي تصدر عنهم تنفيذاً لشروط العقد فتدخل في منطقة العقد وتكون محلاً للطعن أمام القضاء العادي ..."^(٢٥).

وبعد ذلك استمر القضاء الإداري الأردني في إخضاع القرارات التي يمكن فصلها عن العقد^(٢٦)، ومن الأحكام الحديثة نسبياً ما قضت به محكمة العدل العليا بالقول: "من المتفق عليه فقهاً وقضاً أن العقد الإداري يمر بمرحلة تمهيدية تستقل الإدارة بها - بصفتها سلطة عامة - بإصدار القرارات الإدارية المنفردة كتعبير عن إرادتها الذاتية، وتحدد بها المراكز القانونية لإحالة العطاء على جهة ما، وهذه القرارات تأخذ صفة وشكل القرارات الإدارية، يجوز لأي متضرر الطعن بها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري ..."^(٢٧).

(٢٤) قرار محكمة العدل العليا رقم ٥٤/٢٦، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل

العليا من ١٩٥٣ - ١٩٧١، نقابة المحامين (إعداد د. حنا نده)، عمان، ص ١٤.

(٢٥) قرار محكمة العدل العليا رقم ٥٥/٦٩، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل

العليا من ١٩٥٣ - ١٩٧١، المرجع السابق، ص ١٤.

(٢٦) انظر مثلاً: قرارات محكمة العدل العليا التالية: رقم ٦٥/٥١، مجلة نقابة المحامين،

السنة ١٣، ص ١٤١١، ورقم ٧٧/١٠٦، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٨، ص ٩٥٣.

(٢٧) قرار محكمة العدل العليا رقم ٩٣/٨٧ تاريخ ٩٣/٣/١٧، منشورات مركز عدالة

الإلكتروني.

الفرع الرابع

أساس ومعيار تمييز القرارات القابلة للانفصال

يتبين لنا مما تقدم أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر والأردن قبل الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة التي تسهم في تكوين العملية العقدية، تأسيساً على أن العقد له جانبان عقدي وإداري؛ حيث يمكن أن يكون الجانب الإداري محلاً لدعوى الإلغاء بشروطها المقررة ... وفي اعتقادي أن ما دفع القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة موضوع هذا البحث إلى تبني هذه الفكرة وتطويرها حتى أصبحت نظرية متكاملة، هو الحرص على أن يقوم القضاء الإداري بدوره في مجال رقابة مشروعية أعمال الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء، خاصة وأنه لا توجد دعوى قضائية أخرى تحقق من الناحية القانونية كل ما تحققه تلك الدعوى، يضاف إلى ذلك وجوب قيام القضاء الإداري بحماية حقوق الغير ممن هم ليسوا أطرافاً في العقد وتتوفر لديهم المصلحة الشخصية المباشرة في إلغاء بعض القرارات القابلة للانفصال عن العقد الذي تبرمه الإدارة مع أطراف أخرى، والذين لا يجوز لهم استخدام دعوى العقد لنسبية آثاره^(٢٨). وبذلك فإن إتاحة الفرصة أمام هؤلاء باللجوء إلى دعوى الإلغاء يسهم في إعلاء مبدأ المشروعية وتحقيق العدالة.

وإذا كان الأمر كذلك فإنه ينبغي أن نبين أن العقود تحتوي على نوعين من القرارات هما: قرارات قابلة للانفصال وأخرى غير قابلة للانفصال؛ حيث يمكن الطعن بالإلغاء في الأولى دون الثانية، ولكن كيف يتم التمييز بين النوعين؟ للإجابة عن هذا التساؤل، يرى البعض أن المعيار المميز للقرار القابل للانفصال

(٢٨) من المسلم به أن العقد إذا نشأ صحيحاً طبقاً للقانون ترتبت عليه آثاره القانونية، والمبدأ السائد في العقود الإدارية والمدنية، هو نسبية آثار العقود، أي لا تلزم الأطراف فيها احتراماً لحرية الأفراد. انظر في ذلك: د. طارق سلطان: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣٣٠.

عن غيره هو صلاحية هذا القرار ذاته لترتيب آثار قانونية معينة بمفرده، دون التوقف على أجزاء أخرى من العقد، ودون انتظار لاكتمال العملية نفسها^(٢٩)، ومن جانبنا نرى أن هذا المعيار لا يخلو من النقد، ذلك أن القرار قد يكون مؤثراً ولكن الإدارة اتخذته بوصفها متعاقدة وهو مما لا يدخل في نطاق دعوى الإلغاء، وعليه فالمعيار الأسلم - حسب رأينا - هو اتخاذ القرار استناداً إلى سلطة الإدارة المتعاقدة وليس بوصفها متعاقدة، بالإضافة إلى توفر الشروط اللازمة للطعن في القرارات الإدارية بشكل عام.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال

عن العقد الإداري

لدى استقراء التطبيقات القضائية لنظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري، يتضح لنا أن مجالها بشكل أساسي، هو القرارات المتصلة بمرحلة تكوين العقد، وتشمل: القرارات السابقة على تكوين العقد، والقرارات المتعلقة بإبرام العقد أو رفض إبرامه، لذلك نبحت هذا الموضوع على النحو الآتي:

أولاً - الطعن بالإلغاء ضد القرارات السابقة على تكوين العقد: لقد قبل القضاء الإداري في فرنسا ومصر والأردن الطعن بالإلغاء ضد القرارات السابقة على تكوين العقد، ومنها على سبيل المثال:

١ - المداوولات التي تدور داخل الهيئات العامة، ومنها القرار المتضمن أن يطرح في المزايدة حق تأجير الصيد في الغابات العامة^(٣٠).

(٢٩) د. جمال عباس أحمد عثمان: العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دون دار نشر وسنة نشر، ص ١٦٨.

(٣٠) C.E., 11 - 2 - 1977., R.A., 1977. P. 273.

انظر:

- C.E., 20 - 7 - 1970., Rec., p. 450.

- ٢ - قرار المجالس باللجوء إلى أسلوب العقد لتنفيذ مهامها^(٣١).
- ٣ - قرارات رفض منح الكفالة اللازمة لإبرام العقد^(٣٢).
- ٤ - الإجراءات المتعلقة بوضع شروط المناقصة والإعلان عنها وتلقي العطاءات ثم المفاضلة بينها بإرساء المناقصة^(٣٣).
- ٥ - القرارات الصادرة بإرساء مزاد لقطعة أرض مملوكة للدولة^(٣٤).
- ٦ - قرارات استبعاد بعض العطاءات أو قبولها^(٣٥).
- ٧ - القرارات الصادرة بالحرمان من دخول المزايدة أو المناقصة دون وجه حق^(٣٦).

وفيما يتعلق بالنوع الأخير من هذه القرارات يرى البعض أن الطعن فيها بالإلغاء لا يدخل ضمن تطبيقات نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد؛ بحجة أن قرارات الشطب أو الحرمان من دخول المزايدات والمناقصات ما هي إلا قرارات إدارية قد تمتد آثارها إلى جميع العمليات التعاقدية التي يمكن أن تتم أثناء سريان هذه القرارات، وبالتالي فهي لا تتعلق بنزاع حول عقد إداري

(٣١) انظر: C.E., 9-7-1948, Rec., P. 314.

- C.E., 26-11-1954., Rec., P. 620.

(٣٢) قرار محكمة العدل العليا الأردنية بتاريخ ١٦/٥/١٩٦٠، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٦٠، ص ٣١٣.

(٣٣) قرارات محكمة العدل العليا الأردنية: تاريخ ١١/٤/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩٥، ص ١٨٣٣، وتاريخ ١٦/٥/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩٥، ص ١٨٤٢.

(٣٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ١٤٣ تاريخ ٢٥/١١/١٩٤٧ (سبقت الإشارة إليه).

(٣٥) انظر: حكم محكمة العدل العليا الأردنية بتاريخ ٩/١١/١٩٩٣، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩٥، ص ١٦٧.

(٣٦) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم ٢٨٨، جلسة ٩/٥/١٩٥٩، مجموعة السنة الرابعة، ص ١٢٥٢.

معين^(٣٧)، بينما يذهب البعض الآخر - بحق - إلى أن هذا النوع من القرارات يعد تطبيقاً لنظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد^(٣٨)، ذلك أنه لا يثار الطعن فيها إلا بمناسبة نزاع يتعلق بعملية تعاقدية معينة بذاتها، وبناء عليه تم قبول الطعن فيها سنداً لنظرية القرارات القابلة للانفصال.

ثانياً - الطعن بالإلغاء في القرارات الخاصة بإبرام العقد أو رفض إبرامه:
استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر والأردن على أن قرارات إبرام العقد تعد قرارات إدارية قابلة للانفصال عن العملية التعاقدية^(٣٩)، ومن هذه القرارات ما يلي:

- ١ - قرار الإدارة بإبرام عقد لتأجير جزء من أملاك إحدى الجمعيات^(٤٠).
 - ٢ - قرار المدير^(٤١) أو الوزير^(٤٢) بإبرام العقد.
- ولقد وصفت محكمة القضاء الإداري في مصر القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام العقد والمراحل السابقة عليه بأنها قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة^(٤٣).

(٣٧) د. عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقد الإدارة، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٣٨) د. محمد السندي: التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، بلا تاريخ نشر، ص ٤٥.

(٣٩) انظر في عرض هذه الأحكام: د. علي خطار شطناوي: موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤، ص ٣٦٨-٣٦٩. ومن أحكام محكمة العدل العليا بهذا الشأن: قرارها بتاريخ ١٩٦٩/٩/٢٤، مجلة نقابة المحامين لعام ١٨٦٩، ص ٦٣٦. وقرارها بتاريخ ١٩٩٦/٢/١٣، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩٧، ص ١٠١٥.

(٤٠) حكم مجلس الدولة الفرنسي. C.E: 5/3/1971, Rec, P. 108.

(٤١) حكم مجلس الدولة الفرنسي. C.E., 9-11-1934, Rec., P. 1034.

(٤٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي. C.E: 7-2-1936, Rec., P. 171.

(٤٣) حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ٣٢٩، السنة القضائية ١٤، جلسة ١٩٦٣/٤/٢١، مجموعة المبادئ القانونية في خمس سنوات، ص ١٨٨.

أما القرارات الصادرة برفض إبرام العقد فنذكر منها:

١ - قرار مجلس الدولة الفرنسي باعتبار أن القرار الصادر عن العمدة برفض تجديد عقد امتياز صيد الحمام البري في إحدى الغابات العامة قراراً قابلاً للطعن بالإلغاء^(٤٤).

٢ - ما قرره محكمة القضاء الإداري المصرية من أن امتناع الإدارة عن إبرام عقد تركيب واستعمال تليفون يعد قراراً إدارياً مستقلاً يدخل في ولاية محكمة القضاء الإداري^(٤٥).

٣ - ما قرره محكمة العدل العليا الأردنية من أن قرارات تصديق قرارات إحالة العطاءات أو رفض تصديقها هي قرارات قابلة للانفصال عن العقد وتكون محلاً للطعن بالإلغاء^(٤٦)، ذلك أن جهة التصديق تملك الموافقة أو الرفض^(٤٧)، ولكن ينبغي لقبول الدعوى شكلاً مخاصمة الجهة الإدارية التي أصدرت قرار الإحالة وتلك التي أصدرت قرار المصادقة معاً^(٤٨).

وتجدر الإشارة - في هذا المقام - إلى أن رفض التوقيع أو التصديق على العقد يعني بالضرورة وجود قرار إداري مستقل ومنفصل عن العقد ذاته^(٤٩)،

(٤٤) C.E: 4/3/1981, Rec. P. 820.

(٤٥) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٦١٨، جلسة ١٥/٢/١٩٥٤، مجموعة أحكامها، السنة الثامنة، ص ٦٧٨.

(٤٦) قرار محكمة العدل العليا بتاريخ ١١/١٠/١٩٨٦، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٨٧، ص ١٤٧٧.

(٤٧) قرار محكمة العدل العليا بتاريخ ١٣/٤/١٩٧٧، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٧٧، ص ٦٤١، وقرارها بتاريخ ٢٧/٣/١٩٩٦، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩٧، ص ٦٧٣.

(٤٨) قرار محكمة العدل العليا بتاريخ ٢/٥/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٩٥، ص ١٨٣٩٠.

(٤٩) د. عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية (دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي)، مرجع سابق، ص ٢٩.

وهو قرار قابل للطعن بالإلغاء، غير أن المسألة لا تكون بهذا الوضوح بصورة دائمة ومستمرة، بل تدق بالنسبة لرفض توقيع العقد مع أحد مستعملي المرافق العامة الاقتصادية والتجارية، وبهذا الصدد نجد أن مجلس الدولة الفرنسي رفض قبول الطعن ضد هذه القرارات باعتبارها قرارات غير صادرة عن سلطة إدارية بالمعنى الدقيق لهذه العبارة، وبالتالي فإن النزاع حولها يدخل في اختصاص القضاء العادي^(٥٠).

تأسيساً على ما تقدم يتبين لنا أن الأنظمة القضائية المقارنة - موضوع هذا البحث - قد استقرت على قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تتخذها الإدارة في مرحلة تكوين العقد، بشرط ألا تتخذ هذه القرارات الصفة التحضيرية أو التمهيدية، وإنما ينبغي أن تكون تعبيراً عن إرادة الإدارة المنفردة، يحدث أثراً بذاته دون أن يتوقف الأمر على إرادة طرف آخر في العملية التعاقدية.

ويرى الباحث أن نطاق تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد هو مرحلة تكوين العقد، والتي تشمل الإجراءات السابقة على تكوينه مثل: قرارات الإدارة باللجوء إلى أسلوب العقد لتنفيذ بعض المهام، أو قرارات رفض منح الكفالة التي يتطلبها إبرام العقد - كما أسلفنا -، وتشمل كذلك الإجراءات المعاصرة لتكوين العقد وهي القرارات المتعلقة بإبرام العقد أو رفض إبرامه، ومؤدى هذه النظرية أن العقد الإداري يتكون من سلسلة من العمليات المركبة^(٥١)، بعضها له طبيعة ثنائية والبعض الآخر يعبر عن إرادة الإدارة وحدها، وهو ما يطلق عليه القرارات القابلة للانفصال عن العقد، وكونها قرارات إدارية شأنها شأن أية قرارات إدارية أخرى، فإنه لا يوجد ما يمنع من الطعن فيها بالإلغاء. وإذا كان قضاء الإلغاء قد تبنى سياسة توسعية في هذا الشأن

(٥٠) انظر في عرض هذه المسألة: Delvolvé (P), L'acte administratif, sirey, 1983. P. 49.

(٥١) انظر مثلاً: د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، طبعة ٢٠٠٥، دار الفكر العربي، ص ١٩٨ وما بعدها. ود. عادل الططبطائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٣.

ليجعل رقابته أكثر فاعلية^(٥٢)، إلا أننا نلاحظ أن تطبيقات هذه النظرية في القضاء الإداري المقارن تقوم على أسس راسخة فيما يتعلق بالقرارات القابلة للانفصال والمتصلة بمرحلة تكوين العقد دون غيرها من المراحل، على اعتبار أن مرحلتين تنفيذ العقد وإنهائه لهما طبيعة مختلفة عن مرحلة تكوين العقد، لذلك نجد أن القضاء الإداري توسع في قبول الطعن بالإلغاء في هذه المرحلة، بينما نجده متحفظاً في قبول الطعن ضد القرارات المتصلة بمرحلتين التنفيذ والإنهاء، كما سيتضح لنا في المبحث التالي، الأمر الذي يدعونا إلى القول بأن نطاق تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري، هو مرحلة تكوين العقد.

(٥٢) د. عادل الطببائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٤.

المبحث الثاني مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقد الإداري بعد إبرامه

تمهيد وتقسيم:

رأينا فيما سبق أن الأصل المستقر عليه هو جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة عن الإدارة في مرحلة تكوين العقد، أما بعد إبرامه فيبدو أن الأمر مختلف بالنسبة للمنازعات التي تنشأ في مرحلتي تنفيذ العقد وإنهائه؛ حيث يثور التساؤل حول مدى إمكانية اللجوء إلى قضاء الإلغاء للطعن في بعض القرارات التي تصدرها الإدارة في المرحلتين المذكورتين، أو للطعن في العقد بذاته؟ هذا ما سنجيب عنه في هذا المبحث، والذي سوف نقسمه لهذه الغاية إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه.

المطلب الثاني: الطعن بالإلغاء في العقد الإداري ذاته.

المطلب الأول الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بمرحلتي تنفيذ العقد وإنهائه

القاعدة العامة في هذه المسألة هي عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات التي تصدرها الإدارة سواء في مرحلة تنفيذ العقد، أو مرحلة إنهائه، ولكن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر والأردن قرر بعض الاستثناءات في هذا المجال خروجاً على الأصل؛ حيث أجاز للمتعاقد مع الإرادة، وكذلك للغير الطعن بالإلغاء في حالات معينة، وبناء عليه نبحت هذا الموضوع في فرعين ثم نبين الرأي القانوني في هذه المسألة في فرع ثالث وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

القاعدة العامة (عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه)

القاعدة العامة أن المنازعات التي تنصب على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة تنفيذاً للعقد مثل قرار فسخ العقد أو توقيع جزاء عقدي، إنما يدخل في منطقة العقد، وتكون المنازعة الناشئة عنه منازعة حقوقية لا يختص بنظرها قضاء الإلغاء، وذلك استناداً إلى أن القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد أو إنهائه يصعب فصلها عن العقد، فضلاً عن أنها تتعلق بالحقوق التعاقدية والتي يختص بنظرها قاضي العقد^(٥٣)، وقد طبق القضاء الإداري في كل من فرنسا^(٥٤)، ومصر^(٥٥)، والأردن^(٥٦) هذه القاعدة في العديد من الأحكام الصادرة عنه بهذا الخصوص.

(٥٣) انظر بهذا المعنى: د. شعبان أحمد رمضان: مدى جواز الطعن بالإلغاء بتجاوز السلطة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٣. ود. عادل الطبطبائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٢. ود. جمال عباس أحمد عثمان: العقد الإداري وقضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ٤٩٢. د. مطيع علي حمود جبير: العقد الإداري بين التشريع والقضاء (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٦٥٣ وما بعدها. ود. عمر حلمي فهمي: طبيعة القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٦٣. ود. محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى ٢٠٠٤، مكتبة نادي مجلس الدولة، ٢٠٠٤، ص ١٠٧.

(٥٤) انظر مثلاً: - C.E., 13-6-1980, Rec., P. 268.

- C.E., 6-5-1955, Rec., P. 244.

(٥٥) انظر مثلاً: حكم المحكمة الإدارية العليا (المصرية) الطعن رقم ٢٣٤٨ لسنة ٣٦ قضائية، جلسة ١٩٩٥/٣/٧. مشار إليه لدى د. محمد ماهر أبو العينين: القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية حتى عام ٢٠٠٩، الكتاب الأول، بلا ناشر أو تاريخ نشر، ص ٩٩٦.

(٥٦) انظر مثلاً: قرار محكمة العدل العليا رقم ١٩٩٩/٦١٠ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٩م، =

غير أن القضاء الإداري خرج على تلك القاعدة فأجاز للمتعاقد مع الإدارة وللغير الطعن بالإلغاء في بعض القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد أو إنهائه، وهو ما سنتناوله في الفرع التالي.

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه

لدى استقراء أحكام القضاء الإداري المقارن نجد أنه أتاح الطعن بإلغاء بعض القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه للمتعاقد مع الإدارة وكذلك للغير، وفيما ما يلي بيان ذلك:

أولاً - الطعون المقدمة من المتعاقد مع الإدارة:

هناك نوعان من القرارات الخاصة بتنفيذ العقد الإداري أو إنهائه يقبل الطعن فيهما من قبل المتعاقد وهما:

١ - القرارات الصادرة عن الإدارة بوصفها سلطة عامة: وهي تلك القرارات التي تتخذها الإدارة، ولكن ليس بصفقتها التعاقدية، ومع ذلك يكون لهذه القرارات ارتباط أو مساس بتنفيذ العقد بصورة أو أخرى، ومن ذلك القرارات التي تتخذها الإدارة استناداً إلى سلطتها الضبطية المستمدة من القوانين والأنظمة، ولكنها تؤثر على وضع المتعاقد معها وتنفيذه للعقد؛ بحيث يستطيع الطعن فيها بالإلغاء، وبهذا الاتجاه قضى مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة إلى القرارات التي توجهها الدولة للشركات استناداً إلى القوانين واللوائح بأن لتلك الشركات أن تلجأ إلى قاضي الإلغاء للطعن في هذه القرارات بقطع النظر عن العقد وأحكامه^(٥٧).

= منشورات مركز عدالة الإلكتروني (سيقت الإشارة إليه)، وقرارها بتاريخ ٢٩/١/٢٠٠١، مجلة نقابة المحامين لعام ٢٠٠١، ص ١٤١٢.

= (٥٧) حكم مجلس الدولة الفرنسي C.E., 6-12-1907, Rec., P. 913.

وعلى النهج نفسه سار مجلس الدولة المصري؛ حيث قبل الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التي تصدر عن الإدارة أثناء تنفيذ العقد بما لها من سلطة وبوصفها كذلك، وليس كونها متعاقدة، وبناء عليه قررت محكمة القضاء الإداري (المصرية) بأن القرار الصادر سناً إلى نص القانون يدخل في نطاق دعوى الإلغاء، أما إذا كان مستنداً إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذاً له، فيدخل في نطاق دعوى القضاء الكامل^(٥٨).

ولدى استقراء أحكام محكمة العدل العليا الأردنية نجد أنها أخذت بذات التأصيل؛ حيث قضت: "بأن القرار الذي يصدر عن سلطة إدارية بالاستناد إلى عقد إداري وتنفيذاً له لا يعد قراراً إدارياً خاضعاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري. أما إذا كان القرار يستند إلى نص القانون وبالتطبيق لأحكامه، فإنه يكون قراراً إدارياً يطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري، ... فإن القرار المطعون فيه يكون قد صدر بالاستناد إلى النظام أو القانون بمعناه العام وبالتطبيق لأحكامه، وليس بالاستناد إلى نصوص العقد، ويعتبر قراراً إدارياً تختص محكمة العدل العليا بنظر الطعن فيه"^(٥٩)، وفي حكم آخر لها تقول: "إن القرار الأول المطعون به المتضمن فسخ العقد، قد صدر عن مجلس الوزراء استناداً إلى الشروط الواردة في العقد ... ولهذا فإن النظر في الدعوى المتعلقة بقرار فسخ العقد يخرج عن اختصاص هذه المحكمة ويدخل في اختصاص المحاكم العادية"^(٦٠).

= ومن الأحكام الحديثة نسبياً لمجلس الدولة الفرنسي بذات الاتجاه، انظر: C.E., 9-12-1983, Rec., P. 499.

(٥٨) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية ١٦٧ لسنة ١١ قضائية، مشار إليه لدى د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

(٥٩) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١٣٨/١٩٦٦، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٧، ص ١٤٠.

(٦٠) قرار محكمة العدل العليا تاريخ ١/٢٧/١٩٨٠، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٨٠، ص ٢٧٥. وبذات المعنى قرارها رقم ١٠٦/١٩٧٧، عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ ١/١/١٩٧٨، ص ٩٥٣ (وكان القرار يتضمن فسخ العطاء بناء على شروط العقد).

٢ - القرارات الصادرة عن الإدارة في مواجهة ذوي المراكز اللائحية: إن بعض العقود التي تبرمها الإدارة مع بعض المستخدمين لديها، أو المنتفعين بالخدمات العامة مثل المشتركين في الخدمات الهاتفية أو التأمينات الاجتماعية، إنما تكون مراكزهم القانونية في علاقتهم مع الإدارة ذات طبيعة مركبة؛ فهناك من جانب النصوص ذات الطبيعة التعاقدية، ومن جانب آخر هناك النصوص ذات الطبيعة اللائحية أو التنظيمية^(٦١).

وبناء عليه فإن الجانب التنظيمي في هذه العلاقة يتيح للإدارة إصدار بعض القرارات المتصلة بتنفيذ عقودهم أو إنهاؤها، وتكون هذه القرارات قابلة للطعن بالإلغاء لصدورها عن الإدارة لما لها من سلطة مستمدة من النصوص اللائحية^(٦٢). ومن ذلك مثلاً ما قرره محكمة العدل العليا (الأردنية) بهيئتها العامة في حكم حديث لها بقولها: "..... ويستفاد من ذلك أن الموظف بعقد في الجامعة الهاشمية هو موظف عام لأن الجامعة الهاشمية تعتبر من المؤسسات العامة الرسمية، وبالتالي فإن قرار عدم تجديد عقد الموظف هو إنهاء لخدمته وهو قرار إداري يخضع للطعن بالإلغاء سنداً للمادة (٣/أ/٩) من قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢، ويغدو الدفع بعدم اختصاص محكمة العدل العليا للنظر في هذا الطعن بداعي أن الخلاف بين المستدعي والجامعة حول عقد إداري ولا يدخل في اختصاص محكمة العدل العليا في غير محله، وذلك رجوعاً عن أي اجتهاد سابق"^(٦٣).

(٦١) انظر: د. عادل الطبطاوي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٦٢) انظر: د. محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص ٦٣. وفي الفقه الفرنسي انظر: Delvolvé (P), L'acte administratif, op. cit., p. 80.

(٦٣) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٢٨٣/٢٠٠٠ (هيئة عامة) تاريخ ٢٠٠١/١/٣١، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

ونجد مثل هذا التأصيل في أحكام القضاء الإداري المقارن؛ حيث قبل مجلس الدولة الفرنسي مثلاً الطعن بإلغاء القرارات المنهية لخدمات الموظف المتعاقد لأنه في مركز تنظيمي^(٦٤)، أو تلك المتعلقة بالمشاركين في التأمينات الاجتماعية بسبب استناد الاتفاقيات الخاصة بهم إلى نصوص تشريعية أو لائحية^(٦٥).

ثانياً - الطعون المقدمة من غير المتعاقدين:

الأصل هو عدم جواز الطعن بالإلغاء ضد القرارات الخاصة بتنفيذ العقد أو إنهائه سواء أكان الطاعن من المتعاقدين أو من الغير^(٦٦)، ولكن اعتبارات الحفاظ على مصالح الغير، وتحقيقاً للعدالة^(٦٧) فقد أجاز القضاء الإداري الطعن المقدم من غير المتعاقدين ضد القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه في بعض الحالات التي تمس فيها هذه القرارات مصلحة شخصية للطاعن^(٦٨)، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن المقدم من الغير ضد القرارات التي تتخذها الإدارة استناداً إلى شروط تنظيمية أو لائحية في العقد^(٦٩)، بحيث يستطيع

(٦٤) انظر مثلاً: C.E., 3 -5- 1982, Rec, P. 166.

- C.E., 25 -5- 1982, Rec, P. 231.

(٦٥) انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي: C.E., 9 -10-1981, A.J.D.A., 1982, P. 327.

(٦٦) لقد سبق لمجلس الدولة الفرنسي أن يبيّن هذا المبدأ منذ عام ١٩٥٢ بحجة نسبية آثار العقد، وأن الغير هم أجانب عن العلاقات التعاقدية، يراجع في ذلك حكمه التالي: C.E., 24 -10-1952, Rec. p.465.

(٦٧) انظر: د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، مرجع سابق، ص ٣٣١.

(٦٨) انظر: في شرط المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء: د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٦٨. ود. أنور أحمد رسلان: وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٦٩. ود. نواف كنعان: القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٩٩. ود. عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠١.

(٦٩) تتعلق الشروط التنظيمية في العقد بتنظيم عمل المرافق وقيامه بوظيفته، وتقديمه الخدمات إلى المنتفعين.

صاحب المصلحة الشخصية المباشرة ممارسة حق الطعن ضد القرارات الخاصة بتنفيذ العقود الإدارية، مهما كان نوع العقد الإداري الذي تضمن شروطاً تنظيمية^(٧٠).

وإذا كان القضاء الإداري قد أتاح الطعن المقدم من المتعاقد مع الإدارة ضد القرارات التي تتخذها الأخيرة بصفة أخرى غير صفتها التعاقدية - كما أسلفنا - فمن باب أولى أن يقبل الطعن ضد هذه القرارات من الغير الذين تتوفر لديهم شروط قبول دعوى الإلغاء وفقاً للقواعد التي تحكم قضاء الإلغاء، باعتبار أن هؤلاء لا يملكون اللجوء إلى دعوى العقد لانتفاء شرط الصفة^(٧١)، ووفقاً لمبدأ نسبية العقد^(٧٢).

وفيما يتعلق بإجراءات فسخ العقد الإداري، والتي تعد غير قابلة للانفصال عن العقد في الأصل^(٧٣)، فقد أورد القضاء الإداري بعض الاستثناءات؛ حيث نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد قبل الطعون المقدمة من الغير ضد القرارات الخاصة بفسخ العقد الإداري^(٧٤)، أو تلك الخاصة برفض طلب فسخه^(٧٥)، وفي حكم حديث له صدر بتاريخ ١٧/١٢/٢٠٠٨، أكد فيه على حق الغير في الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة برفض فسخ العقد^(٧٦).

(٧٠) انظر: حكم مجلس الدولة الفرنسي C.E., 23-2-1968, A.J.D.A. 1968, P. 457 - .
(٧١) انظر: د. شعبان أحمد رمضان: مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٧٢) انظر بالمعنى نفسه: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ١٤٣ لسنة ٢٥/١١/١٩٤٧ بتاريخ ١١/٢٥/١٩٤٧ (سبقت الإشارة إليه).

(٧٣) انظر مثلاً: حكم محكمة العدل العليا الأردنية بتاريخ ١/١١/١٩٨١، مجلة نقابة المحامين لعام ١٩٨١، ص ٢٠١٩.

(٧٤) انظر مثلاً: C.E., 2-2-1987, Rec., P. 29.

(٧٥) انظر مثلاً: C.E., 24-4-1964, Rec., P. 239.

(٧٦) C.E., 17-12-2008. Association pour la protection de l'environnement du lunelloi, n 293836. (<http://www.dissertationsgratuites.com>)

الفرع الثالث الرأي القانوني

بينما فيما سبق أن الأصل هو عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الخاصة بتنفيذ العقد الإداري أو إنهائه، وهو ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم حديث صدر لها بتاريخ ٢٣/١٢/٢٠٠٤م بقولها: "ومن حيث إنه يتعين الإشارة في ضوء واقعات النزاع الماثل إلى أن القرارات التي تصدرها جهة الإدارة المتعاقدة تنفيذاً لأحكام العقد مثل القرار الصادر بتوقيع جزاء معين من الجزاءات التعاقدية كفسخ العقد، لا تعتبر تلك القرارات طبقاً لما جرى به قضاء هذه المحكمة قرارات إدارية تدخل المنازعة بشأنها في نطاق قضاء الإلغاء، بل هي إجراءات تعاقدية لا تخضع للأحكام العامة الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية قضائياً، وإنما تكون محلاً للطعن على أساس استدعاء ولاية القضاء الكامل" (٧٧).

واستثناءً من هذا الأصل فقد قبل القضاء الإداري الطعن في بعض القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه، كما بينا فيما سبق، ولكن التساؤل الذي يثور هنا هو، هل يمكن اعتبار الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء في مرحلة تنفيذ العقد أو إنهائه من تطبيقات نظرية القرارات القابلة للانفصال؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقرر أولاً: أنه ليس كل قرار إداري يصدر عن الإدارة بعد الإبرام النهائي للعقد ويؤثر في تنفيذه يكون من القرارات المتعلقة بالتنفيذ^(٧٨)، إذ يعد من هذا القبيل فقط تلك القرارات التي تتخذها الإدارة بصفقتها متعاقدة وتنفيذاً لنصوص العقد^(٧٩)، أما غير ذلك من القرارات

(٧٧) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٨٣٦، جلسة ٢٣/٣/٢٠٠٤، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا من ٢٠٠٢ - ٢٠٠٤، المكتب الفني لهيئة قضايا الدولة، الجزء الأول، ص ٨٤٦.

(٧٨) انظر: د. عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٧٩) انظر: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع السابق، ص ٢٠٧.

التي قد يكون لها تأثير على تنفيذ العقد أو إنهائه فتتخذها الإدارة بناء على سلطتها العامة أو استناداً إلى الشروط اللائحية، أي خارج إطار صفتها التعاقدية. بناء على ذلك يرى الباحث أن الحالات السابقة لا تعد من تطبيقات نظرية القرارات القابلة للانفصال؛ ذلك إن مقتضى هذه النظرية قبول الطعن في القرارات التي تشكل جزءاً من بنيان العملية التعاقدية^(٨٠)، في حين نجد أن القرارات التي قبل القضاء الإداري الطعن فيها في مرحلتي التنفيذ والإنهاء تقع خارج نطاق العملية التعاقدية، سواء أكان الطاعن هو المتعاقد أو الغير، وسواء أكان الطعن بقرارات تتخذها الإدارة استناداً إلى سلطتها المستمدة من القوانين والأنظمة، أو بقرارات تخص المراكز التنظيمية التي يوجد فيها بعض المتعاقدين مع الإدارة، فهذه القرارات وإن كان لها أثر على تنفيذ العقد أو إنهائه لكنها لا تعد جزءاً من العقد بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة، وأساس الطعن فيها هو خرق القرار لمبدأ المشروعية وليس مخالفته لأحكام العقد.

المطلب الثاني

الطعن بالإلغاء في العقد الإداري ذاته

القاعدة العامة التي تحكم هذه المسألة هي عدم جواز الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري ذاته، غير أن المشرع ومجلس الدولة الفرنسيين قد أوردا بعض الاستثناءات على هذه القاعدة، وهو ما سنبحثه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء في العقد الإداري ذاته

القاعدة العامة المستقرة في القضاء الإداري في كل من فرنسا^(٨١)

(٨٠) انظر: د. عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة (الجزء الثاني)، مرجع سابق، ص ٥٨.

C.E., 20-10-1955., Rec., P. 505

(٨١) انظر مثلاً:

C.E., 23-5-1980., Rec., P. 846.

ومصر^(٨٢) والأردن^(٨٣) قوامها عدم جواز أو قبول الطعن بالإلغاء في العقد الإداري ذاته، وذلك تأسيساً على أن الشروط الواردة في العقد إنما تعبر عن تلاقي إرادتين هما: إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها، وبناءً عليه ينشأ عنها مراكز ذاتية أو شخصية، والمنازعة بشأنها منازعة حقوقية لا تكون محلاً لدعوى الإلغاء من حيث المبدأ^(٨٤)، غير أن هذه القاعدة كانت موضع خلاف في الفقه بين مؤيد لها ومعارض - كما أسلفنا -^(٨٥)، يضاف إلى ذلك أن بعض العقود الإدارية تتضمن شروطاً لائحية تتصف بالعمومية والتجريد، وتنشئ مراكز قانونية موضوعية، وهذا الواقع يثير التساؤل حول مدى إمكانية الطعن بالإلغاء في العقد الإداري ذاته، وفي الشروط اللائحية التي تتضمنها بعض العقود، هذا ما سنجيب عنه في الفرع التالي.

(٨٢) انظر مثلاً: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم ١٠٥٩، السنة ٧ قضائية، جلسة ١٩٥٣/٥/٢٥، مجموعة أبو شادي، ص ١٣٥١. (حيث وضحت في هذا الحكم الفرق بين القرار الإداري والعقد الإداري). وبالمعنى نفسه حكمها في الطعن رقم ٨٨٣٦، السنة ٤٥ قضائية، جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٣ (سبقت الإشارة إليه).

(٨٣) انظر مثلاً: قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٢٠٠١/٣٠٤، تاريخ ٢٠٠٢/٤/٩، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، حيث تقول فيه لا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في العقود الإدارية، وبالمعنى نفسه قرارها رقم ٢٠٠٩/١٥٩، تاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٣، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

(٨٤) انظر مثلاً: د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٩٧٠. ود. شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧١ وما بعدها، ود. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليميني، مرجع سابق، ص ٦٥٠.

(٨٥) يراجع في هذا الشأن المطلب الأول من المبحث الأول من هذا البحث.

الفرع الثاني الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء في العقد ذاته

لقد أورد المشرع والقضاء الفرنسيين بعض الاستثناءات على قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء في العقد الإداري ذاته، وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً - الاستثناءات التشريعية:

شهدت فرنسا في عام ١٩٨٢ تطوراً مهماً في مجال الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية؛ حيث صدر القانون رقم ٨٢/٢١٣ بتاريخ ١٩٨٢/٣/٢، والمعدل بالقانون رقم ٨٢/٦٢٣ بتاريخ ١٩٨٢/٧/٢٢ بشأن إصلاح وسائل الرقابة على الجماعات المحلية^(٨٦)، فقد حدد المشرع بموجب هذا القانون عدداً من العقود الإدارية التي تبرمها الهيئات المحلية لا تعتبر نافذة إلا بعد تحويلها إلى ممثل الدولة الذي يمكن له الطعن فيها بالإلغاء خلال شهرين أمام المحكمة الإدارية عندما يقدر عدم مشروعيتها^(٨٧)، وهذه العقود هي: عقود الامتياز، وعقود الأشغال العامة، وعقود القروض، وعقود إيجار المرافق العامة المحلية، أما غيرها من العقود الإدارية فتعد نافذة بمجرد إبرامها، ولا يملك ممثل الدولة إحالتها إلى المحكمة الإدارية من تلقاء نفسه، بل يجب أن تكون هذه الإحالة بناء على طلب الغير الذي أُضير منها، وسواء أكان هذا الغير شخصاً طبيعياً أو معنوياً^(٨٨).

(٨٦) لمزيد من التفاصيل انظر: د. عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود

الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٠ وما بعدها، وفي الفقه الفرنسي:

Alain Delcamp: Les nouvelles de controle de legalite sur les actes des autorites locales, A.J.D.A., 1982, P. 500 ets.

(٨٧) لمزيد من التفاصيل انظر: Jean Rivero. Droit administratif, Dalloz 1983, P. 423 - 424.

(٨٨) لمزيد من التفاصيل يراجع:

André De Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, Traite des contrats administratifs, Tom2, ed. 2, Paris, 1984, P. 1070 - 1074.

ولقد طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه الأحكام التشريعية في العديد من القضايا، بل توسع في مفهوم الطعن بالإلغاء في العقد الإداري، كما سنرى في البند ثانياً، وبذلك نجد أن هذا التطور قد أنشأ مفهوماً جديداً لدعوى الإلغاء يستوعب الطعن بتجاوز السلطة الموجه ضد بعض العقود الإدارية^(٨٩)، ونلاحظ هنا مدى التناسق والتناغم بين المشرع والقضاء في تبني سياسة قابلة للتطور في هذا المجال تقوم على توسيع رقابة المشروعية تأسيساً على ارتباط العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير بالصالح العام، وإذا كان هذا الاتجاه يقتصر حالياً على عقود الإدارة المحلية، فهل من الممكن أن نشهد تطورات لاحقة مستقبلاً بحث يمتد نطاقه ليشمل العقود التي تبرمها السلطات المركزية؟ للإجابة عن هذا السؤال يرى البعض أنه من المحتمل في مرحلة لاحقة، أن يقبل الطعن في العقود المماثلة التي تبرمها السلطة المركزية؛ لأن العقد الإداري لا تتغير طبيعته القانونية بتغير السلطة التي تبرمه، مركزية كانت أم محلية^(٩٠) وخلافاً لهذا الرأي يرى الباحث أن الاتجاه التشريعي والقضائي الفرنسيين موضوع البحث وإن كان له أهمية في مجال إعمال مبدأ المشروعية، وتنمى على التشريع والقضاء المقارن أن يحذو حذوه، إلا أنه يبقى في إطار الاستثناءات التي ينبغي عدم التوسع فيها، ذلك أن هذا الاتجاه - حسب اعتقادنا - تقتضيه ضرورة الرقابة على مشروعية أعمال السلطات اللامركزية المستقلة، ويعد رديفاً لرقابة الوصاية الإدارية التي تمارسها السلطة المركزية على السلطات اللامركزية^(٩١).

(٨٩) انظر مثلاً: (1985, les Amis de la terre, A.J.D.A., 1985, 8-3-1985, C.E., مشار إليه لدى د. عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقد الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٧.

C.E., 26-7-1991, Rec., P. 302.

(٩٠) د. عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٩١) تخضع الهيئات اللامركزية لرقابة الوصاية الإدارية بهدف حماية المصلحة العامة، وضمن بقاء سياسة هذه الهيئات ضمن نطاق السياسة العامة للدولة. انظر في ذلك =

ثانياً – الاستثناءات القضائية:

لقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء في شروط العقد ذات الطابع اللائحي التي تتعلق بتنظيم عمل المرافق العامة وعلاقتها مع المنتفعين، وذلك خروجاً على قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء في العقد الإداري ذاته، ومن الأحكام الحديثة بهذا الشأن حكمه بتاريخ ١٧/١٢/٢٠٠٨م والذي قرر فيه أن من حق غير المتعاقدين الطعن بالإلغاء في الشروط اللائحية الواردة في العقد إذا توافرت لهم مصلحة شخصية مباشرة في هذا الطعن^(٩٢)، وفي حكم آخر له بتاريخ ١٨/٤/٢٠٠٩ قضى بأنه: "... ولما كان الطعن لم يستهدف إلغاء قرار إداري قابل للانفصال عن هذا العقد، ولم يوجه إلى الشروط اللائحية الواردة في العقد، فإن الطعن يكون غير مقبول"^(٩٣)، وبذلك اتجه القضاء الإداري الفرنسي إلى إخضاع الشروط اللائحية في العقد لرقابة المشروعية شأنها شأن القرارات الإدارية القابلة للانفصال. كما نلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي خطا خطوة أخرى متقدمة بهذا الاتجاه عندما قرر قبول الطعن بالإلغاء في الشروط التي لا تعد ذات طبيعة لائحية، ولكنها تضع المتعاقد مع الإدارة في مركز تنظيمي كما هو الحال في عقود العمل^(٩٤)، وفي اعتقادي إن ما دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى تبني هذه السياسية وإقرار هذه الاستثناءات هو السعي لإعمال مبدأ المشروعية من خلال الرقابة على أعمال الإدارة، ذلك إن هذه الاستثناءات – كما نلاحظ – تتعلق بالجانب الإداري من العملية التعاقدية؛ حيث تتخذها جهة الإدارة

= مثلاً: د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ١٦٧ وما بعدها، د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٥٠ وما بعدها، د. حمدي القبيلات: القانون الإداري، دار وائل للنشر، ط١، عمان، ٢٠٠٨، ص ١١٢ وما بعدها.

(٩٢) سبقت الإشارة إلى هذا الحكم في الهامش (٧٦).

(٩٣) انظر: C.E 18-4-2009, Association Comité CSG., n 295233.

(٩٤) انظر: C.E., 30-1-0-1998, A.S.D.A., 1998, P. 1014.

منفردة، وبالتالي ينبغي لها أن تخضع لرقابة المشروعية تحقيقاً للمصلحة العامة^(٩٥).

(٩٥) تعد المصلحة العامة الغاية النهائية لأي نشاط تقوم به الإدارة، ذلك أنها علة وجود أي جهاز إداري، ووسيلة القضاء لإعمال رقابته على الإدارة، انظر بهذا المعنى: د. عمر البوريني، المصلحة العامة كمحدد لمشروعية العمل الإداري، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون (جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون)، السنة (٢)، العدد ٣٢، سنة ٢٠٠٧، ص ٢٦٥ وما بعدها.

المبحث الثالث

أثر حكم الإلغاء على العقد الإداري^(٩٦)

تمهيد وتقسيم:

اختلفت الاجتهادات القضائية والفقهية في مسألة أثر الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد؛ حيث ذهب اتجاه إلى القول بأن إلغاء القرار يؤدي إلى إلغاء العقد، في حين ذهب آخر إلى القول باستمرار العقد رغم صدور حكم بإلغاء القرار المنفصل عنه. وهو ما سوف نتناوله في هذا المبحث من خلال مطلبين، ثم نقوم بتقييم هذين الاتجاهين في مطلب ثالث، وذلك كما يلي:

المطلب الأول: الاتجاه القائل بأن إلغاء القرار المنفصل يؤدي إلى إلغاء العقد.

المطلب الثاني: الاتجاه القائل بأن إلغاء القرار المنفصل لا يؤدي إلى إلغاء العقد تلقائياً.

المطلب الثالث: تقييم الاتجاهين.

المطلب الأول

الاتجاه القائل بأن إلغاء القرار المنفصل يؤدي إلى إلغاء العقد

اتجهت بعض الاجتهادات القضائية يساندها جانب من الفقه إلى أن إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد من قبل القضاء يترتب عليه بطلان العقد بالضرورة، ودون الحاجة إلى تحريك دعوى أخرى لإبطال العقد. ففي حكم لمجلس الدولة الفرنسي صدر عام ١٩٤٦ في قضية تتلخص وقائعها في أن

(٩٦) بالرجوع إلى مجموعات أحكام القضاء الأردني سواء الإداري (محكمة العدل العليا) أو العادي (محكمة التمييز باعتبارها ما زالت مختصة بالنظر في منازعات العقود الإدارية) لم يعثر الباحث على أي حكم أو اجتهاد يتعلق بهذا الموضوع.

القضاء العادي أحوال إلى المجلس المذكور تفسير كراسة الشروط الملحقة بعقد امتياز، وكان قد سبق أن صدر حكم من القضاء الإداري بإلغاء قرار التصديق على العقد المشار إليه لصدوره من جهة غير مختصة^(٩٧)، اعتبر مجلس الدولة أن طلب التفسير غير ذي موضوع استناداً إلى أن عقد الامتياز غير مكتمل وغير قابل للتنفيذ لسبق صدور حكم من القضاء الإداري بإلغاء قرار التصديق عليه. وكذلك نجد أن المجلس المذكور قد سار بذات الاتجاه في بعض أحكامه الحديثة؛ حيث قضى بأن قيام إحدى المقاطعات باختيار مقاليد لبناء مدرسة دون التزامها بدعوة المؤسسات التي يحق لها الاشتراك في هذه الممارسة، فإن إغفالها لهذا الإجراء - كمتطلب في مثل هذه الحالة - يؤدي إلى بطلان القرار الصادر بهذا الخصوص وبطلان العقد الموقع من المفاوض نتيجة لذلك^(٩٨)، وفي حكم آخر قضى بأنه يتعين على قاضي العقد أن يلتزم بحكم إلغاء القرار المنفصل عن العقد، وأن يقرر بالتالي بطلان العقد الذي لا يمكن أن يولد أية التزامات تعاقدية في مثل هذه الحالة^(٩٩).

وقد أصدر قسم الرأي في مجلس الدولة المصري فتوى بتاريخ ١٣/١٢/١٩٥١ بذات الاتجاه يقول فيها: " ... وبما أنه يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون صادراً من سلطة إدارية لها الحق في إصداره، ويعتبر الإخلال بذلك موجباً للتصرف ... وبما أن مدير معمل تكرير البترول الأميري بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارية تفصح عن إرادة مصلحة المناجم في إحداث أثر قانوني، ذلك أن المختص في هذه الحالة هو مدير مصلحة المناجم لشؤون الوقود ومن ثم لا يكون ثمة عقد قد انعقد بينها وبين المصلحة"^(١٠٠).

(٩٧) C.E., 1-3-1946, Rec., P. 66.

(٩٨) C.E., 7-7-1982, R.D.P., P. 1439.

(٩٩) انظر: حكم مجلس الدولة في قضية Yacht-club بتاريخ ١٠/١٠/١٩٩٣، مذكور لدى:

د. شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية،

مرجع سابق، ص ٨٢. (C.E., 1-10-1993., A.J.D.A., 1993., p. 180).

(١٠٠) فتوى قسم الرأي مجتمعاً رقم (٦٨٤) صادرة بتاريخ ١٣/١٢/١٩٥١، وردت في =

ونجد في الفقه^(١٠١) اتجاهاً يتناغم ويتفق مع الاتجاه القضائي المذكور، بداعي أن المنطق يقضي بإلغاء العقد المبني على قرار إداري صدر حكم بإلغائه، ذلك أنه ينبغي النظر إلى شرعية العملية التعاقدية من منظور كلي، وليس من منظور جزئي، بحيث يترتب على عدم مشروعية القرار بطلان العقد الذي بني عليه، إذ ليس من المعقول أن يلغى قرار معين ثم يظل الإجراء المترتب عليه قائماً^(١٠٢).

ويصف جانب من الفقه الاتجاه القضائي المغاير لهذا الاتجاه بأنه متناقض، باعتبار أن القرار المنفصل والذي يحكم بإلغائه هو مرحلة من مراحل العملية المركبة، ويترتب عليه بطلان العملية برمتها، وبالتالي فإن إبطال القرار الإداري المنفصل عن العقد يؤدي إلى إبطال ما يترتب عليه^(١٠٣). كما يصفه جانب آخر^(١٠٤) بأنه اتجاه غير منطقي، ويخالف القاعدة الأصولية القائلة بأن ما بني على الباطل فهو باطل، ويقترح السماح لقاضي الإلغاء بأن يرتب النتائج المنطقية التي ينبغي أن تترتب على إلغاء القرار المنفصل عن العقد بما في ذلك بطلان العقد بذاته، على أن يتم في هذه الحالة اختصام طرفي العقد والإدارة

= مؤلف الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٠٦، ومشار إليها كذلك لدى: د. جمال عباس أحمد عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ٥٤٩.

(١٠١) انظر في عرض هذه الآراء: د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٠٤ وما بعدها، و د. شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٩ وما بعدها.

(١٠٢) انظر: د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٢٧١، و د. إبراهيم محمد عبد الحليم، أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، بلا ناشر، ١٩٩٤، ص ١٤١.

(١٠٣) انظر: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(١٠٤) انظر: د. محمد السندي، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص ٨٧.

مصدرة القرار؛ لكي تكون وجهات نظر أطراف النزاع ماثلة أمام قاضي واحد هو قاضي الإلغاء، وكذلك تسهياً لإجراءات التقاضي وسرعة الفصل في المنازعات.

المطلب الثاني

الاتجاه القائل بأن إلغاء القرار المنفصل لا يؤدي إلى إلغاء العقد تلقائياً

لدى استقراء أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر نجد أن الأصل المستقر عليه، منذ زمن بعيد، هو أن إلغاء القرار المنفصل عن العقد لا يؤدي إلى إلغاء العقد تلقائياً، بل يتعين اللجوء إلى قاضي العقد لكي يرتب هذا الإلغاء.

ويمثل حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية (Martin) بتاريخ ١٩٠٥/٨/٤^(١٠٥) حجر الزاوية في هذا الاتجاه؛ حيث بين مفوض الحكومة (Romieu) في تقريره المقدم في هذه القضية ما يلي: " إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية، فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق، وقد يبقى العقد برغم الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد، ولكن هذه النتيجة يجب ألا تدهشكم أو تبعث التردد في نفوسكم، فأنتم تعلمون تماماً أن دعوى الإلغاء في بعض الحالات لا تؤدي إلا إلى نتائج نظرية، فليس على قاضي الإلغاء إلا أن يبحث فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغى، دون أن يهتم بما يترتب على هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو إيجابية، فإذا صححت الإدارة الوضع القانوني بإجراء لاحق، فإن هذا يحمل في طياته أسمى آيات الاحترام لحكمكم، أما إذا صمم الطرفان على الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الإلغاء فسيكون لهذا الحكم - دائماً - أثر مهم يتركز في أنه أعلن حكم القانون، ولم يغلق أبواب المحكمة في وجه مواطن يستعمل رخصة قد خوله إياها القانون لكي يراقب قرارات الإدارة، وأنه

(١٠٥) سبقت الإشارة إلى هذا الحكم (الهامش رقم ١١).

قد نور الرأي العام بحيث يمتنع في المستقبل العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستنير، ومستلزمات الديمقراطية المنظمة....." (١٠٦).

وفي الحديث عن أحكامه أكد مجلس الدولة الفرنسي على هذا الاتجاه، ومنها حكمه الصادر بتاريخ ١٠/١٢/٢٠٠٣ (١٠٧)، وكذلك حكمه الصادر بتاريخ ١٩/١٢/٢٠٠٧ (١٠٨)؛ حيث أكد فيهما على أن إلغاء القرار المنفصل لا يؤدي بصورة مباشرة إلى إلغاء العقد.

ولقد سار مجلس الدولة المصري على ذات النهج؛ حيث تواترت أحكامه على أن إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد لا يؤدي بالضرورة إلى إلغاء العقد، بل ينبغي أن يتم ذلك أمام قاضي العقد.

ففي حكم قديم له صدر عام ١٩٤٧ ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أنه: ".... ومن حيث أنه لا يقدح فيما تقدم مما قد يخيل - بادئ الرأي - من أن الطعن بالإلغاء يكون في هذه الحالة غير مجد ما دام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته، وذلك لأن مناط الاختصاص هو ما إذا كان ثمة قرار إداري يجوز أم يكون محلاً للطعن بالإلغاء أم لا؟ فحيثما يمكن فصل هذا القرار عن العملية المركبة فإن طلب إلغائه يكون - والحالة هذه - من اختصاص محكمة القضاء الإداري؛ لأن وجه المصلحة في الطعن ظاهر، إذ لوحظ أن حكم الإلغاء قد يكون محل تقدير المحكمة المدنية أو الإدارية، كما أن الأغيار الذين لا يستطيعون الطعن في العقد لفقدان الحق الذي يخلوهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا أطرافاً في العقد، يمكنهم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصل به، متى كانت لهم مصلحة

(١٠٦) نقلاً عن ترجمة د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٠٠ - ٢٠١.

(١٠٧) انظر: C.E., 10-12-3003, Rec., P. 501.

(١٠٨) انظر: C.E., 19-12-2007, Syndicat Intercommunal d'alimentation en eau potable du confolentais, n 291487. (<http://www.aact.asso.fr>)

شخصية مباشرة في هذا الطعن، وقد يؤدي إلغاء القرار إلى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم" (١٠٩).

وفي الحديث عن أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية حكم لها صدر بتاريخ ٢٠٠٤/١/١٧ أكدت فيه على هذا الاتجاه بقولها: "..... وحيث إن ما يسبق هذا التعاقد من إجراءات تبقى وفق طبيعتها كقرار إداري، شأنه في ذلك شأن القرار الذي يصدر عن أي جهة إدارية وتظل تلك القرارات منفصلة عن العقد وقائمة بذاتها، فتختص جهة القضاء الإداري بإلغائها إذا شابها عيب من عيوب القرارات الإدارية وهذا النزاع لا يمتد إلى العقد ذاته الذي يظل قائماً ومنتجاً لآثاره إلى أن تفصل المحكمة المختصة في النزاع المتعلق به، وهو ما يستلزم بالضرورة تحديد طبيعة هذا العقد للوقوف على جهة القضاء المختصة بنظره، وما إذا كان عقداً إدارياً تختص محاكم مجلس الدولة بنظر المنازعة الناشئة عنه، أو أنه من عقود القانون الخاص التي تخضع لولاية القضاء العادي ولا شأن لمحاكم مجلس الدولة بالمنازعات الناشئة عنه" (١١٠).

ولقد اتجه جانب من الفقه (١١١) نحو تأييد ما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري في فرنسا ومصر من أن الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد لا يؤدي إلى بطلان العقد بشكل تلقائي، وإنما يبقى منتجاً لآثاره (١١٢)، إلا إذا قرر

(١٠٩) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية ١٤٣ لسنة (١) قضائية، جلسة ٢٥/١١/١٩٤٧ (سبقت الإشارة إليه في الهامش رقم ١٦).

(١١٠) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٣٠ لسنة (٤٤) قضائية جلسة ١٧/١/٢٠٠٤، مذكور لدى: د. شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٧ - ٨٨.

(١١١) يراجع في عرض تلك الآراء: د. عاطف الشهاوي، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال من العقد، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ٢٠٠٦، ص ٣٧٦ وما بعدها، ود. أنس جعفر: العقود الإدارية، ط ٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٢٢٤.

(١١٢) انظر مثلاً: د. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية "العقود الإدارية في التطبيق العملي"، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٩٩. ود. محمود =

قاضي العقد غير ذلك بناء على دعوى مستقلة ترفع أمامه، ويستند هذا الاتجاه إلى العديد من المبررات تتمحور حول ضرورة احترام توزيع قواعد الاختصاص بين قاضي الإلغاء وقاضي العقد، وهو مبدأ أساسي يسير عليه مجلس الدولة، يضاف إلى ذلك أن حكم الإلغاء يتمتع بحجية مطلقة^(١١٣) يتعين على قاضي العقد احترامها والحكم ببطالان العقد الذي بني على قرار حكم ببطلانه، كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن الغير الذي يصدر حكم بإلغاء القرار المنفصل لمصلحته يمكنه المطالبة بالتعويض الذي يكفي لجبر الضرر الذي لحق به دون إبطال العقد.

الفرع الثالث تقييم الاتجاهين

يرى الباحث أن الأخذ بأي من الاتجاهين على علّاته وكما هو محل نظر ولا يخلو من النقد، فالاتجاه القائل بأن إلغاء القرار المنفصل يؤدي إلى بطلان العقد تلقائياً يواجه مشكلة إهداره لقواعد توزيع الاختصاص بين قاضي الإلغاء وقاضي العقد، أما الاتجاه الآخر فيواجه مشكلة عدم قدرة غير المتعاقد مع الإدارة، الذي صدر حكم الإلغاء لصالحه، اللجوء إلى قاضي العقد لاستصدار حكم بإلغاء العقد.

= حلمي: العقد الإداري، ط ٢، دار الفكر العربي، ١٩٧٧، ص ٦٣ - ٦٤، ود. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مرجع سابق، ص ٦٦١، ود. عبدالله طلبة ود. نجم الأحمد، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٦ - ٢٠٠٧، ص ٤١٤ - ٤١٥، ود. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠١م، ص ١٨٧.

(١١٣) لمزيد من التفاصيل حجية حكم الإلغاء وآثاره، انظر مثلاً: د. حمدي القبيلات، الوجيز في القضاء الإداري، ط ١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٠ - ٢٠١١، ص ٤٧٦ وما بعدها، ود. خليل الظاهر، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء - قضاء التعويض)، (دراسة مقارنة)، ط ١، بلا ناشر، ١٩٩٩، ص ٢٧٨ - ٢٧٩.

والحل الأسلم - حسب رأينا - الذي يتلافى النقد الموجه إلى كل من الاتجاهين، هو الذي يأخذ بعين الاعتبار صفة من صدر حكم بإلغاء ذلك القرار لصالحه، وفيما إذا كان هو المتعاقد مع الإدارة أو أنه من غير المتعاقدين معها.

أما بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة والذي يصدر حكم بإلغاء القرار المنفصل لصالحه، فينبغي أن يلجأ إلى قاضي العقد للمطالبة بإبطال العقد الذي بني على قرار حكم بإلغائه، وذلك احتراماً وإعمالاً لقواعد توزيع الاختصاص. ولكن التساؤل الذي يطرح هنا هو، هل يقوم القاضي بإلغاء العقد دون أن يكون له سلطة تقديرية يتحقق من خلالها من أثر حكم الإلغاء على العملية التعاقدية أم أنه يملك مثل هذه السلطة؟ في معرض الإجابة عن هذا التساؤل يرى البعض^(١١٤) أن قاضي العقد لا يملك سوى الحكم بإلغاء العقد إعمالاً لمبدأ حجية الشيء المقضي به، ويؤخذ على هذا الرأي - حسب اعتقادنا - تجاهله لدور قاضي العقد من جهة، وإغفاله لاعتبارات المصلحة العامة ومبدأ دوام سير المرافق العامة من جهة أخرى؛ فقاضي العقد ومن خلال القيام بدوره يستطيع تحقيق التوازن بين مصلحة من صدر حكم الإلغاء لصالحه ودواعي المصلحة العامة، وذلك بترتيب الأثر المناسب على هذا الحكم إما بفسخ العقد أو بعض شروطه حسب مقتضى الحال، وبهذا الاتجاه قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم حديث له صدر بتاريخ ١٦/٧/٢٠٠٧^(١١٥) بقوله: "عندما يتحقق القاضي من وجود أحد العيوب التي تؤثر في صحة العقد، فله أن يقدر النتائج التي يمكن أن تترتب على ذلك؛ حيث يجوز له إما أن يقضي بفسخ العقد برمته أو يعدل بعض شروطه، ... ويجوز له بعد التحقق من أن إلغاء العقد لا يشكل اعتداءً

(١١٤) انظر في عرض رأي هذا الجانب من الفقه: بحث الدكتور شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٥ حيث يشير إلى بعض أصحاب هذا الرأي في الفقه الفرنسي ومنهم مثلاً الفقيه (André De Laubadère).

(١١٥) انظر: C.E., 16-7-2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291455 (http://www.lantero-deliandcourt.com)

مفراطاً على المصلحة العامة أو حقوق الأطراف أن يقضي بإلغاء العقد كلياً أو جزئياً، مع تأجيل التنفيذ إذا اقتضت الضرورة ذلك^(١١٦).

وأما فيما يتعلق بغير المتعاقد مع الإدارة الذي يصدر حكم إلغاء القرار المنفصل لصالحه، وحيث أنه ليس بذي صفة تمكنه من اللجوء إلى قاضي العقد طالباً بإبطاله كلياً أو جزئياً بالاستناد إلى حكم إلغاء القرار المنفصل عنه، كما أنه لا يملك استعمال دعوى الإلغاء لإجبار الإدارة على رفع دعوى أمام قاضي العقد لاستصدار حكم بإلغاء العقد، ولكي لا يبقى العقد المبني على قرارات حكم بإلغائها سارياً لأن ذلك يتعارض مع المنطق القانوني السليم^(١١٧)، فإن الحل - حسب رأينا - هو أن يتدخل المشرع بحيث يسمح للغير، الذي صدر حكم إلغاء القرار المنفصل لصالحه، بأن يطلب ترتيب آثار حكم الإلغاء بدعوى يرفعها أمام قاضي العقد لهذا الغرض، وفي هذا الحل أعمال لمبدأ حجية حكم الإلغاء، واحترام لقاعدة توزيع الاختصاص، وتمكين قاضي العقد من تحقيق التوازن بين مصلحة المتعاقد مع الإدارة والمصلحة العامة - كما أسلفنا -.

والحل الآخر الذي نقترحه كبديل للحل الأول هو أن يحذو المشرع في الأردن ومصر حذو المشرع الفرنسي^(١١٨)، الذي أجاز لغير المتعاقدين اللجوء إلى قاضي الإلغاء بطلب فرض غرامة تهديدية على الإدارة، أو توجيه الأوامر لها لحثها على القيام بتنفيذ حكم الإلغاء، عن طريق رفع الأمر إلى قاضي العقد

(١١٦) نقلاً عن ترجمة د. شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٦ - ٩٧.

(١١٧) انظر بهذا المعنى: د. عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٣٣.

(١١٨) انظر في عرض هذا التطور التشريعي في فرنسا: د. وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر دول مجلس التعاون الخليجي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٦١٢.

ليقوم الأخير بإجراء المقتضى القانوني فيما يتعلق بترتيب أثر حكم الإلغاء على العقد^(١١٩).

الخاتمة:

بينما فيما سبق مدى جواز الطعن في منازعات العقود الإدارية من خلال تحليل مختلف الاجتهادات القضائية والفقهية المتعلقة بهذا الموضوع في الأنظمة المقارنة؛ حيث توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات لعل أهمها ما يلي:

- ١ - لقد تبنى القضاء الإداري المقارن فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري، وأخضعها لرقابة قضاء الإلغاء، ثم قام بتطويرها حتى أصبحت نظرية متكاملة.
- ٢ - إن نطاق تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد من حيث المبدأ هو مرحلة تكوين العقد.
- ٣ - إن القاعدة العامة هي عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه، نظراً لصعوبة فصلها عن العقد، بالإضافة إلى صلتها بالحقوق التعاقدية.
- ٤ - لقد أتاح قضاء الإلغاء للمتعاقد وللغير الطعن في بعض القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه كاستثناء يرد على قاعدة عدم جواز الطعن، على اعتبار أن الإدارة تتخذ هذه القرارات خارج إطار صفتها التعاقدية.

(١١٩) وذلك بموجب أحكام القانون رقم ٨٠/٥٣٩، الصادر بتاريخ ١٩٨٠/١/٦، بشأن الغرامات التهديدية في المواد الإدارية وتنفيذ الأحكام القضائية، المعدل بالقانون رقم ٨٧/٥٨٨ الصادر بتاريخ ١٩٨٧/٧/٣٠، وتعديلاته بتاريخ ١٩٩٥/٧/٣، والقانون رقم ٩٥/١٢٥ الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٢/٨ (مشار إليها لدى: د. وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، المرجع السابق، ص ٦١٢، ود. شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية)، مرجع سابق، ص ١٠٠.

- ٥ - إن اتجاه المشرع الفرنسي إلى إخضاع بعض عقود الإدارة المحلية للطعن بالإلغاء، كان على سبيل الاستثناء، اقتضته ضرورة الرقابة على مشروعية أعمال السلطات المحلية.
- ٦ - إن اتجاه القضاء الفرنسي نحو إخضاع الشروط اللائحية في العقد، وكذلك الشروط التي تضع المتعاقد مع الإدارة في مركز تنظيمي هو إعمال لمبدأ المشروعية، تأسيساً على أنها تتعلق بالجانب الإداري للعملية التعاقدية.
- ٧ - إن الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد لا يؤدي إلى بطلان العقد تلقائياً، ومن يملك ترتيب آثاره هو قاضي العقد إدارياً كان أو مدنياً، وذلك إعمالاً لقواعد توزيع الاختصاص.
- ٨ - يستطيع قاضي العقد أن يحقق التوازن بين مصلحة من صدر حكم الإلغاء لصالحه وبين دواعي المصلحة العامة، وبالتالي له أن يقضي بإبطال العقد كلياً أو جزئياً.
- ٩ - إن المنطق القانوني السليم يقضي بأن يسمح لغير المتعاقد، الذي صدر حكم إلغاء القرار المنفصل لصالحه، باللجوء إلى قاضي العقد إعمالاً لحجية حكم الإلغاء، وتحقيقاً للعدالة.
- ١٠ - وأخيراً نوصي بأن يتجه المشرع في الأردن ومصر نحو السماح لغير المتعاقد مع الإدارة، الذي صدر حكم بإلغاء القرار المنفصل لصالحه، باللجوء إلى قاضي العقد لترتيب أثر حكم الإلغاء، أو - على الأقل - اللجوء إلى قاضي الإلغاء بطلب فرض غرامة تهديدية على الإدارة، أو توجيه الأوامر لها لكي تقوم بإحالة الموضوع إلى قاضي العقد، ولكي يقوم الأخير بترتيب الأثر المناسب على حكم الإلغاء؛ وذلك تحقيقاً للعدالة وإعمالاً لمبدأ حجية حكم الإلغاء.

المراجع

أولاً - باللغة العربية:

١ - المؤلفات العامة والمتخصصة:

- د. أحمد عودة الغويري، قضاء الإلغاء في الأردن، ط١، بلا ناشر، ١٩٨٩.
- د. أنس جعفر، العقود الإدارية، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- د. أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، ط١، عمان، ١٩٨٧.
- د. حمدي قبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار وائل للنشر، ط١، عمان، ٢٠١٠.
- د. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- د. خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء، قضاء التعويض)، دراسة مقارنة، ط١، بلا ناشر، ١٩٩٩.
- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة سنة ٢٠٠٥.
- د. شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، دراسة تحليلية نقدية في النظامين الفرنسي والمصري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

- د. عبدالله طلبه و د. نجم الأحمد، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، (٢٠٠٦ - ٢٠٠٧).
- د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤.
- د. عمر الشوبكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
- د. عمر حلمي فهمي، طبيعة القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.
- د. محمد السنادي، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.
- د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.
- د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى ٢٠٠٤، مكتبة نادي مجلس الدولة، ٢٠٠٤م.
- د. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقد الإدارية حتى عام ٢٠٠٩، الكتاب الأول، بلا ناشر وتاريخ نشر.
- د. محمود حلمي، العقد الإداري، ط٢، دار الفكر العربي، ١٩٧٧.
- د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠.
- د. نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
- د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦.
- د. وليد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية،

دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون الخليجي، دار
الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.

٢ - الرسائل والبحوث:

- د. إبراهيم محمد عبد الحليم، أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، بلا ناشر، ١٩٩٤.
- د. جمال عباس أحمد عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بلا ناشر أو تاريخ نشر.
- د. عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سنة ١١، عدد ٣، أيلول ١٩٨٧.
- د. عاطف الشهاوي، نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٦.
- د. عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٦، العدد ٣٦٣ أكتوبر ١٩٧٥.
- د. عمر البوريني، المصلحة العامة كمحدد لمشروعية العمل الإداري، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، السنة ٢، عدد ٣٢، ٢٠٠٧.
- د. مصلح الصرايرة، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الأول، ٢٠٠٩.
- د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٦.
- د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠١م.

٣ - المجموعات والدوريات:

- مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري (المصرية).
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا (المصرية).
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من ١٩٥٥ - ١٩٩٥، طبعة المكتب الفني لمجلس الدولة (مصر).
- مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا من ١٩٥٣ - ١٩٧١ - نقابة المحامين الأردنيين، إعداد د. حنا نده.
- مجلة نقابة المحامين الأردنيين (عمان).

٤ - موقع عدالة الإلكتروني www.adaleh.com

ثانياً - باللغة الفرنسية:

١ - المراجع:

- Alain Delcamp: Les nouvelles de controle de legalite sur les actes des autorites locales, A.J.D.A., 1982.
- André De Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, Traite des contrats administratifs, Tom2, ed. 2, Paris, 1984.
- Jean Rivero. Droit administratif, Dalloz 1983.
- Laferriere (E): Traite de la Jurisdiction administrative et des recours contentieux, Paris, 1887 - 1888.
- Pouyaud (D): La Nullité des contrats administratifs, L.G.D.J. 1991.
- Delvolvé (P), L' acte administratif, sirey, 1983.

٢ - بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي.

جريمة الإبادة الجماعية والقضاء الدولي الجنائي

الدكتور/ فريجه حسين
أستاذ محاضر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة المسيلة - الجمهورية الجزائرية

ملخص:

جريمة الإبادة الجماعية، جريمة دولية كبدت البشرية خسائر فادحة، تتطلب تعاون جميع الدول لتحرير الإنسانية من شرورها، حيث أنها تعتبر إخلالا وانتهاكا لمبادئ القانون الدولي العام وتضر بالمصالح الدولية التي يحميها هذا القانون، كما أن العشر سنوات الأخيرة من القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين قد حملت تجاوزات خطيرة ضد البشرية مما لا يتصورها عقل بشر، تمثلت في مذابح الهوتو والتوتسي في رواندا، وجرائم الإبادة الجماعية في البوسنة والهرسك ضد المسلمين من طرف الصرب في يوغسلافيا السابقة، وما يحدث في الوقت الحالي للعرب في فلسطين المحتلة على أيدي قوات الاحتلال الإسرائيلي، وفي أفغانستان على أيدي القوات الأمريكية والبريطانية وقوات التحالف في الكثير من الأقاليم، وهذا ما يتطلب من المجتمع الدولي تفعيل دور المحكمة الجنائية الدولية لحماية حقوق الإنسان.

مقدمة:

تعتبر الإبادة الجماعية للأفراد من الأفعال القديمة قدم البشرية، وقد حمل لنا التاريخ الكثير من المآسي التي تضمنت حروباً أدت إلى إبادة الأجناس البشرية، ولعل أهمها ما حدث من غزو "المغول" للشرق الإسلامي، وإبادته لسكان المدن والدول التي استولى عليها، ثم الهجمات الصليبية وما حدث فيها

من مأس تمثلت في إبادة العرب المسلمين، كما ذاقت أوروبا وبال هذه الجريمة وما خلفته من آثار خطيرة على الأمن والسلم في العالم، حيث كانت المجازر البشرية الرهيبة خلال الحربين العالميتين الأولى والثانية.

غير أن العالم المتمدن، تنبه إلى خطورة هذه الجريمة، والتي تمس الإنسان في أعلى ما يملكه وهو الحق في الحياة. وعلى هذا الأساس، ومنذ نشأة الأمم المتحدة، صدرت القرارات الدولية التي تجرم أفعال إبادة الجنس البشري، كما جاءت الاتفاقية الدولية التي تمنع وتعاقب على جريمة الإبادة الجماعية عام ١٩٤٨، ومنذ ذلك التاريخ وحتى وقتنا الحاضر فإن الصراعات الدولية والإقليمية لم تخل من تجاوزات صارخة على وقوع هذه الجريمة، ومن ذلك النزاع في الصومال والذي لا زال مستمراً حتى يومنا، والمجازر التي قامت في رواندا، وحروب الإبادة الجماعية التي قامت في منطقة البلقان بأوروبا، وجرائم الإبادة الجماعية التي وقعت في البوسنة والهرسك ثم في إقليم كوسوفو.

ومن هنا أدركت البشرية أن إقرار العقوبة عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية هو أمر له صلة وثيقة باستقرار السلم والأمن الدوليين، ولهذا شكلت المحاكم الجنائية في لاهاي لمعاقبة مجرمي الإبادة الجماعية عن النزاعات التي قامت في يوغسلافيا السابقة ورواندا والمحاكم المختلطة في كمبوديا وسيراليون وتيمور الشرقية، إلى أن صدر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عام ١٩٩٨ والتي أصبحت كمحكمة دائمة مختصة بنظر الإبادة الجماعية ضمن الجرائم الأخرى. ومن المقرر أنه لا يمكن الإعفاء من المسؤولية فيما يتعلق بجرائم الإبادة الجماعية، لأن الإعفاء من العقاب يعد خيانة للنظام العالمي في جوهره، وللكرامة الإنسانية في صميمها، نتيجة خطورة وهول هذه الجريمة.

أهمية الدراسة:

تتمثل جريمة الإبادة الجماعية في أنها من أخطر أنواع الجرائم في العصر الحديث، نظراً لخطورتها ولمساسها بحقوق الإنسان، وآثارها المدمرة لحقوق الفرد والجماعة، وإخلالها بالأمن والسلم الدوليين، وهي الأمور التي تتطلب من

المجتمع الدولي الاهتمام بها وذلك بوضع آليات كفيلة لمواجهةها، خاصة وأن جوهر هذه الجريمة يتمثل في إنكار حق البقاء لمجموعات بشرية بأجمعها، ومن ذلك تظهر أهمية الدراسة في وجوب مواجهة هذه الجريمة لإدراك المجتمع الدولي لخطورتها.

هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة إعطاء صورة واضحة عن جريمة الإبادة الجماعية، باعتبارها جريمة دولية تمس بحقوق الإنسان، فالتعريف بهذه الجريمة من شأنه أن يكون وسيلة لتحقيق التوازن العادل بين المحافظة على المصالح العليا للمجتمع الدولي وعقاب كل من تسول له نفسه العبث بأمن وحياة الشعوب، دون الأخذ بالاعتبارات السياسية التي غالباً ما يكون هدفها عرقلة ومنع معاقبة مرتكبيها، وبيان موقف القضاء الدولي الجنائي وكيفية معالجته لهذه الجريمة في الحالات التي عرضت عليه.

تساؤلات الدراسة:

بعد تتبعنا لهذه الجريمة، باعتبارها جريمة تمس بأسمى ما يملكه الإنسان من حقوق وهو الحق في الحياة، ورغم النص عليها في عديد من الاتفاقيات وما شهدته منظومة القانون الدولي الجنائي من تطورات، إلا أن هذه الجريمة لازالت ترتكب دون أي رادع، رغم محاولة ملاحقة مرتكبيها من قبل القضاء الدولي الجنائي، الأمر الذي يدعونا إلى طرح التساؤلات التالية:

- هل شهدت منظومة القانون الدولي الجنائي تطوراً نوعياً بعد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، ودخولها حيز النفاذ منذ ٠١ يوليو ٢٠٠٢ إلى ترسيخ مبدأ العقاب على جريمة الإبادة الجماعية؟
- هل يمكن القول أن ما آلت إليه منظومة القانون الدولي الجنائي الحديث، تخطت دائرة الجدل الفقهي إلى الميدان التطبيقي، للمساءلة عن جريمة الإبادة الجماعية، والتعاون الدولي في مجال تسليم مرتكبيها؟

فروض الدراسة:

حفّزنا تطور منظومة القانون الدولي الجنائي، وتطبيقاتها المعاصرة على كتابة هذه الدراسة، وفي محاولة للاطلاع على المدى القانوني الذي بلغتة المنظومة القانونية من جهة، وعلى وقائع التطبيقات الدولية للمعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية من جهة أخرى. من أجل الوصول إلى هدفنا، فقد سلطنا محورين:

أولاً: تناول مفهوم جريمة الإبادة الجماعية، وذلك من خلال المواثيق الدولية والنظم الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية، بشقيها القانوني والتطبيقي.

ثانياً: الانتقال إلى ما عرفه الجزاء الدولي من تطور على صعيد المسؤولية الفردية، والمساءلة الجنائية أمام القضاء الدولي الجنائي.

منهج الدراسة:

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي فيما يتعلق بمفهوم جريمة الإبادة الجماعية، أما المنهج المقارن فقد استعين به لتوضيح جريمة الإبادة الجماعية، وكيف تطورت منذ الحرب العالمية الثانية وعرفها القضاء الدولي الجنائي عبر محاكمه المؤقتة في نورمبرج ومحكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا، ثم كيف ظهرت ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وقد تتبعنا هذه الجريمة في الواقع العملي من خلال صدور أحكام ضد متهمين دون اعتبار لأي حصانة كانوا يتمتعون بها، باعتبار أن الجزاء هو أحسن دواء لهذه الجريمة، وقد عرضنا في هذه الدراسة خطورة جريمة الإبادة الجماعية، والتعاون الدولي لمكافحةها.

خطة الدراسة:

تتطلب دراسة جريمة الإبادة الجماعية، توضيح مفهوم الإبادة الجماعية من الناحية القانونية وفي المواثيق الدولية، ثم تبيان خصائص جريمة الإبادة الجماعية باعتبارها جريمة دولية وليست من الجرائم السياسية، والجاني فيها

يكون مسؤولاً عن الأفعال التي قام بها، كما نتناول الأركان المادية والمعنوية لهذه الجريمة، ثم نتعرض إلى التعاون الدولي المطلوب لمكافحة هذه الجريمة وذلك عن طريق الالتزام بتسليم المجرمين من أجل معاقبة مرتكبي جريمة الإبادة الجماعية وعدم تركهم دون عقاب، ونختتم دراستنا بنتائج وتوصيات، وذلك من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: مفهوم جريمة الإبادة الجماعية في القانون الداخلي والمواثيق الدولية.

المبحث الثاني: خصائص جريمة الإبادة الجماعية.

المبحث الثالث: أركان جريمة الإبادة الجماعية.

المبحث الرابع: التعاون الدولي لمكافحة جريمة الإبادة الجماعية.

المبحث الأول مفهوم جريمة الإبادة الجماعية في القانون الداخلي والمواثيق الدولية

سنتعرض في هذا المبحث إلى المفهوم القانوني لجريمة الإبادة الجماعية أولاً، ثم نتعرض إلى جريمة الإبادة الجماعية في المواثيق الدولية.

المطلب الأول المفهوم اللغوي والقانوني لجريمة الإبادة الجماعية.

شهدت البشرية من خلال جريمة الإبادة الجماعية أحداثاً مروعة، وحظيت بالتجريم والتأثيم قبل منتصف القرن العشرين بموجب الاتفاقية الدولية لمنع جريمة إبادة الجنس والعقاب عليها لعام ١٩٤٨، وذلك وفقاً لقواعد القانون الدولي، وكان عليها أن تنتظر طويلاً حتى القرن العشرين وذلك بعد عناء كبير لإنشاء اتفاقية دولية تمنع وتعاقب من يقترب جريمة الإبادة الجماعية، تلك الجريمة الماسة بأسمى حقوق الأفراد^(١).

وسنتعرض فيما يلي لمفهوم الإبادة الجماعية من الناحية اللغوية، ثم المعنى القانوني لها.

(١) اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق أو للانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٦٠ ألف (د-٣) المؤرخ في ٩ ديسمبر ١٩٤٨، تاريخ بدء النفاذ: ١٢ يناير ١٩٥١، وفقاً لأحكام المادة ١٣.

الفرع الأول

مفهوم الإبادة الجماعية لغوياً

إن مصطلح إبادة الأجناس Genocide مشتق من الكلمة اليونانية Genus ومعناها "الجماعة" ومن الكلمة اللاتينية Caedere ومعناها "يقتل" ونتاجاً لذلك يعني المصطلح قتل أو تدمير الجماعة^(٢).

وجوهر جريمة الإبادة الجماعية يتمثل في إنكار حق البقاء لمجموعات بشرية، نظراً لما ينطوي عليه من مجافاة لضمير الإنسانية، وإصابتها بأضرار بالغة من النواحي الثقافية أو الأخلاقية أو المبادئ العليا للمثل. وجريمة الإبادة الجماعية، هي جريمة ضد قانون الشعوب، ترتكب في وقت السلم كما ترتكب في وقت الحرب، وتقع بوسائل مختلفة مادية أو معنوية^(٣).

الفرع الثاني

المفهوم القانوني لجريمة الإبادة الجماعية

اتخذت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٤٨ م قراراً صادقت بموجبه على اتفاقية الأمم المتحدة لمنع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها^(٤). وقد عرفت الجمعية العامة جريمة الإبادة الجماعية

(٢) الدكتور أيمن عبد العزيز محمد سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، (دار العلوم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٦)، ص ٢١.

(٣) قام الإمبراطور "دقلديانوس" حاكم الإمبراطورية الرومانية عام ٢٨٤ م بهدم الكنائس وإحراق الأنجيل وعزل كل من يعتنق الدين المسيحي من الوظائف العامة، كما أعدم كل من عارضه. (انظر: الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥)، ص ٣١٨، هامش ٠١.

(٤) الدكتور علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية الجنائية، (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠١)، ص ١٢٨.

بأنها^(٥): "إنكار حق الوجود لجماعات إنسانية بأكملها"، وقد نصت المادة الثانية من هذه الاتفاقية على أنه: "تعني الإبادة الجماعية أيًا من الأفعال الآتية المرتكبة بقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو عنصرية أو عرقية أو دينية بصفتها هذه:

- أ - قتل أعضاء من الجماعة.
 - ب - إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة.
 - ج - إخضاع الجماعة - عمداً - لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً.
 - د - فرض تدابير تستهدف منع إنجاب أطفال داخل الجماعة.
 - هـ - نقل أطفال من الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.
- وقد شكلت كتابات المحامي "ليمكين"^(٦). والذي اهتم بهذه الجريمة حافزاً أفضى بالأمم المتحدة إلى إصدار هذه الاتفاقية، وقد لخص "ليمكين" الإبادة الجماعية بقوله: "إنني أعني بالإبادة الجماعية تدمير أمة أو مجموعة عرقية، وبشكل عام لا تعني الإبادة الجماعية التدمير المباشر للأمة، إلا عندما تقتصر

(٥) ظهر مصطلح "الإبادة الجماعية" في الوثائق الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة، نذكر منها: اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، والمشار إليها في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة لعام ١٩٩٧، والمادة السادسة من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، كما وردت أيضاً عبارة "إبادة الأجناس" في المادة الرابعة من نظام المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

(٦) رافائيل ليمكين (١٩٠٠ - ١٩٥٩) محام يهودي وضع وصف للسياسات النازية للقتل المنظم، وحينما كان يقوم بصياغة جريمة الإبادة الجماعية، قامت المحكمة العسكرية الدولية في مدينة "نورمبرج" بتوجيه الاتهامات إلى كبار القادة النازيين بارتكاب "جرائم ضد الإنسانية" وقد اشتملت الاتهامات على كلمة "الإبادة الجماعية"، وقد أقرت الأمم المتحدة اتفاقية تقضي بمنع جرائم الإبادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها في ٩ ديسمبر ١٩٤٨.

الإبادة الجماعية بالقتل لكل أعضاء الأمة". إن الإبادة الجماعية تستند على خطة متسقة من خلال عدة أعمال مختلفة، تهدف إلى تدمير الأسس الضرورية لحياة جماعة قومية بهدف تدمير هذه الجماعة^(٧).

وهذا ما أشار إليه ممثل الادعاء البريطاني أثناء محاكمة مجرمي الحرب النازيين بنورمبرج بقوله: "إن الإبادة الجماعية لم تقتصر فقط على القضاء على اليهود أو العجبر، ولكن مورست أيضا في يوغسلافيا وضد السكان غير الألمان في منطقة الألزاس واللورين الفرنسية وسكان هولندا والنرويج".

ولم تعد قضية حقوق الإنسان والانتهاكات الجسيمة التي ترتكبها الأنظمة الدكتاتورية مسألة داخلية لا تهم الأسرة الدولية، بل أصبح المجتمع الدولي لا يقف متفرجاً أمام قضية التطهير العرقي أو الجرائم الدولية التي يرتكبها بعض الحكام الظالمين في أي بقعة من بقاع الأرض^(٨). وأضحى هذه الجرائم سبباً ملحوظاً للنزاعات والحروب بما يشكله استمرارها من خطر على الأمن والسلم الدوليين^(٩).

المطلب الثاني

مفهوم الإبادة الجماعية في المواثيق الدولية.

إن الحرب العالمية الثانية قد خلّفت جرائم وخسائر فادحة للإنسانية، وسببت مذابح روّعت البشرية، حيث اتسمت هذه الأعمال بوحشية وإجرام

(٧) Law reports of trials of war criminals, London office, 1947-1949 vol VI, p 48.

(٨) في ٥ نوفمبر ١٩٨٨ وقع الرئيس الأمريكي "رونالد ريجان" على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن منع ومعاينة الإبادة الجماعية. وكان هناك معارضون لهذه الاتفاقية بزعم أنها تنتهك السيادة الوطنية الأمريكية كما كان لها مؤيدوها.

(٩) رداً على الأعمال الوحشية التي ارتكبت في البوسنة، أصدر مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة القرار ٨٢٧ في سنة ١٩٩٣ والذي يقضي بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في لاهاي. وكانت هذه أول محكمة جنائية دولية منذ محكمة نورمبرج. والجرائم التي يمكن للمحكمة نظرها والبت فيها هي: الانتهاكات الخطيرة لاتفاقيات جنيف ١٩٤٩، وانتهاكات قوانين وأعراف الحرب، والإبادة الجماعية. (منشور على الموقع: <http://www.ushmm.org/wlc/ar/article.php?moduled=10007095>)

يجاوزان كل وصف؛ مما دفع الدول المنتصرة إلى إنشاء محكمتي نورمبرج وطوكيو لمحاكمة كبار القادة النازيين، ثم ما لبث وأن لعبت الأمم المتحدة بعد ذلك التاريخ دوراً إيجابياً في إنشاء محاكم جنائية دولية عن طريق مجلس الأمن وهما محكمة يوغسلافيا السابقة المنشأة عام ١٩٩٣، والمحكمة الدولية لرواندا المنشأة عام ١٩٩٤، لمحاكمة وعقاب المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وذلك بموجب النظام الأساسي للمحكمتين والذي حدد مفهوم الإبادة الجماعية^(١٠). كما حرص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على تحديد مفهوم الإبادة الجماعية. وهذا ما سنتعرض له فيما يلي.

الفرع الأول

اتفاقية الأمم المتحدة بشأن جريمة الإبادة للجنس البشري لعام ١٩٤٨

بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وما خلفته من دمار شامل ومن أعمال وحشية وإجرام، تقدمت وفود كوبا والهند وبنما - أثناء انعقاد الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة ١٩٤٦م - باقتراح يهدف إلى توجيه نظر المجلس الاقتصادي والاجتماعي إلى جريمة الإبادة الجماعية، وقد نوقش هذا الاقتراح وأقرته الجمعية العامة في ١ ديسمبر ١٩٤٦، بحيث اعتبرت جريمة الإبادة الجماعية جريمة دولية^(١١). وشكل المجلس الاقتصادي لجنة خاصة كلفت بوضع المشروع النهائي لجريمة الإبادة الجماعية.

ووضعت اللجنة المشروع وأقرته بتاريخ ٣٠ أبريل ١٩٤٨، وعرضه المجلس الاقتصادي والاجتماعي على الجمعية العامة بتاريخ ٢٤ سبتمبر ١٩٤٨

(١٠) الدكتور محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية، دراسة في القانون الدولي الجنائي، (دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧)، ص ٥٩٦.

(١١) الدكتور عباس هاشم السعدي، مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢)، ص ٩٤.

والتي عهدت به إلى لجنتها القانونية لدراسته ومراجعته، وقد توصلت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٩ ديسمبر ١٩٤٨ إلى تجريم فعل الإبادة الجماعية وعرفت باتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية والجزاء عليها^(١٢). وقد حصرت هذه الاتفاقية جوهر جرائم الإبادة الجماعية في إنكار حق البقاء لمجموعات بشرية بأجمعها، ونصت المادة الأولى من الاتفاقية على أن الأفعال التي ترمي إلى إبادة الجنس البشري تعد جرائم في نظر القانون الدولي، سواء ارتكبت في وقت السلم أو وقت الحرب. وقد نصت المادة الثالثة من الاتفاقية على تجريم الأفعال التالية:^(١٣)

- أ - إبادة الجنس.
- ب - الاتفاق بقصد ارتكاب إبادة الجنس.
- ج - التحريض المباشر والعلني على ارتكاب إبادة الأجناس.
- د - الشروع في ارتكاب إبادة الأجناس.
- هـ - الاشتراك في ارتكابها.

الفرع الثاني

جريمة الإبادة الجماعية في النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة لعام ١٩٩٣

كانت شبه جزيرة البلقان مسرحاً للصراع بين القوى العظمى في أوروبا طيلة قرون عديدة، خاصةً بعد دخول الإسلام إليها عن طريق ألبانيا وتركيا

(١٢) صادقت ٢٠ دولة على اتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية بتاريخ ١٢ يناير ١٩٥١ وهو تاريخ دخولها حيز التنفيذ، ووصل عدد الدول المنضمة إليها ما يزيد عن ١٣٧ دولة في سبتمبر ٢٠٠٤. (الدكتور أيمن عبد العزيز محمد سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، المرجع السابق، هامش ١، ص ٤).

(١٣) الدكتور إبراهيم العناني، النظام الدولي الأمني، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١٧٩.

واليونان وبلغاريا والبوسنة، وقد تعرض إقليم البوسنة للاضطهاد من قبل صربيا وخاصةً بعد سقوط الدولة العثمانية التي كانت تحكمه. وعلى إثر تفكك الاتحاد السوفياتي في ١٩٩٢م سعت كل جمهوريات يوغسلافيا إلى الاستقلال. ومن هنا ثارت النزاعات المسلحة بين الصرب والكروات والمسلمين في جمهورية البوسنة والهرسك، وتدخلت صربيا والجبل الأسود لمساندة صرب البوسنة. ونظراً لعدم التكافؤ، فقد ارتكب الصرب أشد الفظائع ضد المسلمين، فأبادوا القرى وقتلوا المدنيين، وشرّدوا آلاف السكان، ومارسوا أشد أنواع التعذيب الجسدي من اغتصاب النساء وقتل الأطفال والدفن في مقابر جماعية^(١٤).

وقد أنشئت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بمحاكمة مجرمي الحرب في يوغسلافيا السابقة بموجب قرار مجلس الأمن رقم ٨٢٧، واكتسبت وجودها القانوني في ٢٥ مايو ١٩٩٣، واتخذت مقراً لها في لاهاي.

وقد نصت المادة الرابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا على جريمة الإبادة الجماعية وعرفت في فقرتها الثالثة في المادة الرابعة بأنها^(١٥): "أي من الأفعال المرتكبة بقصد تدمير أو تحطيم -كلياً أو جزئياً- جماعة قومية أو عرقية أو سلالية أو دينية:

- ١ - قتل أفراد من الجماعة.
- ٢ - التسبب في إحداث أذى أو أضرار جسدية أو نفسية خطيرة لأعضاء الجماعة.
- ٣ - إخضاع الجماعة، بصورة مقصودة أو مدبرة، لشروط حياتية أو معيشية من شأنها أن تحدث أو تسبب تدميراً جسدياً لأفراد الجماعة، كلياً أو جزئياً.

(١٤) الدكتور محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية (دراسة في القانون الدولي الجنائي)، المرجع السابق، ص ٦٠٠.

(١٥) الدكتور محمد لطفي، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني "دراسة مقارنة"، (دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٦)، ص ١٥٦.

٤ - فرض تدابير بقصد منع التوالد في الجماعة.

٥ - نقل الأطفال بالقوة من جماعة إلى جماعة أخرى".

كما نصت المادة الرابعة من النظام الأساسي على العقاب على أفعال الإبادة والاتفاق على ارتكاب أفعال الإبادة والتحريض المباشر والعلمي على ارتكاب الإبادة والشروع في الإبادة والمساهمة في جريمة الإبادة^(١٦).

وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية الإبادة الجماعية للأمم المتحدة الصادرة في ٩ ديسمبر ١٩٤٨. وما يميز هذه الاتفاقية أنها تدخل في نطاق العرف الدولي، ومعنى ذلك أنها ملزمة لجميع الدول أعضاء المجتمع الدولي وليس الموقعين عليها فقط^(١٧).

وقد أصدرت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا حكماً بحق الجنرال الصربي "كرانزيتش". يمثل هذا الحكم نقطة تحول مهمة منذ الحرب العالمية الثانية، باعتباره أول حكم يقرر العقاب على جريمة الإبادة الجماعية للجنس البشري. كما وجهت المحكمة ستين تهمة إبادة جماعية ضد "سلوبودان ميلوسيفيتش" رئيس يوغسلافيا، وتعتبر هذه المحاكمة علامة بارزة في العدالة الدولية، إذ أن "ميلوسيفيتش" هو أول زعيم دولة سابق يقف أمام المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا. وبالتالي فإن نجاح القضاء الدولي الجنائي جسد الجهود المستقبلية لمعاقبة أكثر مجرمي الحرب دموية^(١٨). وبالإضافة إلى "ميلوسيفيتش" فقد تم تسليم المتهمين للمحكمة وهم: رئيس صربيا السابق، نائب رئيس وزراء الاتحاد اليوغسلافي السابق، ورئيس أركان الجيش

(١٦) الدكتور محمد شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي، (مطابع روز اليوسف الحديثة، القاهرة، ٢٠٠١)، ص ٥٣ - ٥٤.

(١٧) الدكتور محمد أحمد داود، الحماية الأمنية للمدنيين تحت الاحتلال في القانون الدولي الإنساني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٤٠٠.

(١٨) تعتبر محاكمة "ميلوسيفيتش" نجاحاً باهراً للعدالة الجنائية الدولية، إذ تم إلقاء القبض عليه وظل في السجن دون محاكمة حتى وفاته عام ٢٠٠٦.

اليوغسلافي السابق، رئيس جمهورية صرب البوسنة، وذلك لاتهامهم بارتكاب جرائم الإبادة الجماعية^(١٩).

الفرع الثالث

جريمة الإبادة الجماعية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية

الدولية في رواندا لعام ١٩٩٤

أصدر مجلس الأمن الدولي قراره رقم ٩٥٥ والذي نص على النظام الأساسي لمحكمة رواندا^(٢٠). وذلك للنظر في الجرائم التي روعت البشرية - والتي نجمت عن جرائم الإبادة الجماعية التي ارتكبت بين قبيلتي الهوتو والتوتسي- وذلك بعد إنشائه للمحكمة الجنائية الدولية للنظر في الجرائم المرتكبة في يوغسلافيا السابقة بموجب القرار رقم ٨٠٨ والذي بموجبه تم إنشاء محكمة دولية من أجل مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي التي ارتكبت في إقليم يوغسلافيا السابقة منذ عام ١٩٩١^(٢١).

وتختص المحكمة بالنظر في قضايا ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية^(٢٢).

(١٩) الدكتور محمد لطفي، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص ١٥٦.

(٢٠) قرار مجلس الأمن رقم ٩٥٥، الجلسة رقم ٣٤٥٣ المنعقدة في ٨ نوفمبر ١٩٩٤ (S/RES/955 (1994)، والمتعلقة بإنشاء محكمة دولية خاصة برواندا.

(٢١) قرار مجلس الأمن رقم ٨٠٨، الجلسة رقم ٣١٧٥، المنعقدة في ٢٢ فبراير ١٩٩٣ (S/RES/808 (1993)، والمتعلقة بإنشاء محكمة دولية من أجل مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي التي ارتكبت في إقليم يوغسلافيا السابقة منذ عام ١٩٩١.

(٢٢) قتل ما يصل إلى ٨٠٠,٠٠٠ شخص أغلبهم ينتمون إلى مجموعة التوتسي التي تمثل جماعة أقلية في رواندا. لقد كان القتل يتم على مستوى ونطاق مدمرين وبسرعة رهيبية، وفي أكتوبر أنشأ مجلس الأمن المحكمة الجنائية الدولية لرواندا (ICTR) في أروشا، تنزانيا. (منشور على الموقع: <http://www.ushmm.org/wlc/ar/article.php>)

فالمادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة حددت ذلك الاختصاص^(٢٣). وأيضاً الاختصاص الوارد في المادة الرابعة من النظام الأساسي للمحكمة الدولية ليوغسلافيا.

وبتاريخ ٢ سبتمبر من عام ١٩٩٨، أصدرت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، أول حكم إدانة بالإبادة الجماعية، عندما توصلت إلى أن " جان بول أكايسو" يعد مذنباً بالإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية عن الأعمال التي شارك فيها وأشرف عليها كعمدة لبلدة "تابا" في رواندا.

وحددت المحكمة تعريفها في هذه المحاكمة لمفهوم الإبادة الجماعية، بأنها: " الأفعال التي يرتكبها الأشخاص أو المجموعات ضد أخرى بهدف القضاء عليهم، وقد يكون هؤلاء الآخرون أقلية عرقية أو دينية أو قومية " والمعيار الذي تبنته المحكمة في قضية "أكايسو" وعملت به في المحاكمات الأخرى هو وجود إبادة جماعية في رواندا بموازاة نزاع مسلح^(٢٤). وأن كل الجرائم التي ارتكبتها المتهم قد وقعت أثناء عمليات الإبادة الجماعية.

كما أدانت المحكمة ثلاثة من رجال الإعلام بارتكاب جرائم الإبادة الجماعية من خلال الإيعاز بالمشاركة في موجة القتل التي اجتاحت رواندا، وثبتت للمحكمة أن المتهمين قد أجرموا باستخدام محطة إذاعة محلية وصحيفة لإثارة الكراهية ضد قبيلة التوتسي التي تشكل أقلية في البلاد، وتوجيه وتشجيع حملات القتل الجماعي^(٢٥).

(٢٣) في ٢ سبتمبر من عام ١٩٩٨، أصدرت المحكمة الجنائية حكماً ضد "جان بول أكايسو" (انظر: الدكتور خليل حسين، قضايا دولية معاصرة، (دار المنهل اللبناني، بيروت، ٢٠٠٧)، ص ٣٧٦).

(٢٤) الدكتور محمد لطفي، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص ١٥٧.

(٢٥) صدر الحكم في ٣ يناير ٢٠٠٤ وهو حكم يشكل سابقة منذ محاكمات نورمبرغ في سنة ١٩٤٥ الذي يحمل المتهمين مسؤولية الإبادة الجماعية من خلال السيطرة على أجهزة الإعلام، وهو يتجاوز في مضمونه الحكم الذي صدر بحق الناشر النازي =

الفرع الرابع

جريمة الإبادة الجماعية في نظام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة

ظل حلم إنشاء آلية قضائية جنائية دولية دائمة يراود فكر البشرية، بعد أن عانت شعوب العالم المختلفة من ويلات الحروب وجرائم الإبادة الجماعية، ومن أجل حماية التراث المشترك للإنسانية، ومن أجل حماية الحياة البشرية، ومن أجل عالم أكثر سلاماً وأماناً، ومن أجل التأكيد على حق كل شعوب العالم في عدالة مقدسة تحاكم مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية، وعلى هذا تم اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بمدينة روما الإيطالية في ١٧ يوليو ١٩٩٨ برعاية منظمة الأمم المتحدة^(٢٦).

وقد نصت المادة الأولى من نظام المحكمة الجنائية الدولية على أن يطبق نظامها على الأشخاص الذين يرتكبون الجرائم الدولية الخطيرة التي تهدد المجتمع الدولي ومنها جريمة الإبادة الجماعية طبقاً لنص المادة ٦؛ بحيث اعتبرت من الجرائم التي تشكل خطراً على السلم والأمن الدوليين، وتعني الإبادة الجماعية أيّاً من الأفعال الآتية متى ارتكبت بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية، بصفتها هذه، إهلاكاً كلياً أو جزئياً:

١ - قتل أفراد الجماعة.

= "يوليو سترايخر" سنة ١٩٤٦، كما أنه يشكل سابقة في تقرير أن مسؤولي المؤسسات الإعلامية يمكن أن يخضعوا للمحاكمة بسبب الجرائم التي وجهت مستمعها وقراءها لارتكابها.

(٢٦) بعد خمسة أسابيع من النقاشات المكثفة، بين ممثلي الدول، صوتت ١٢٠ دولة لصالح النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، في حين صوتت ٧ دول ضده، وامتنعت ٢١ دولة عن التصويت، ومن الدول الراضية للنظام الأساسي كانت الصين، إسرائيل، الولايات المتحدة الأمريكية، أما الدول الممتنعة عن التصويت فكانت بعض دول الكومنولث وعدد من الدول الإسلامية والعربية باستثناء الأردن وجيبوتي. (انظر: فيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية، نحو العدالة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٥٠).

- ٢ - إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة.
 - ٣ - إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية بقصد إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً.
 - ٤ - فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة.
 - ٥ - نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.
- وقد استلهم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية جريمة الإبادة الجماعية من نصوص اتفاقية الإبادة الجماعية لعام ١٩٤٨^(٢٧).

(٢٧) الدكتور منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة، (دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦)، ص ١٠٦.

المبحث الثاني

خصائص جريمة الإبادة الجماعية

جريمة الإبادة الجماعية حسب تعبير نظام المحكمة الجنائية الدولية تتسم بخصائص، هي: أنها ذات طبيعة دولية، كما أنها ليست جريمة سياسية، والجاني فيها يكون مسؤولاً عن الأفعال التي قام بها.

المطلب الأول

الطبيعة الدولية لجريمة الإبادة الجماعية

جريمة الإبادة الجماعية، جريمة دولية كبدت البشرية خسائر فادحة، تتطلب تعاون جميع الدول لتحرير الإنسانية من شرورها^(٢٨). حيث إنها تعتبر إخلالاً وانتهاكاً لمبادئ حقوق الإنسان والقانون الدولي العام وتضرر بالمصالح الدولية التي يحميها هذا القانون^(٢٩).

وهي سلوك إنساني غير مشروع صادر عن إرادة إجرامية، يرتكبه فرد باسم الدولة أو برضاء منها، وينطوي على انتهاك لمصلحة دولية، يحميها القانون عن طريق الجزاء الجنائي^(٣٠). واعتبرت المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة لمنع جريمة الإبادة الجماعية والعقاب عليها، أن جريمة الإبادة الجماعية هي جريمة دولية سواء ارتكبت في أيام السلم أو أثناء الحرب^(٣١).

(٢٨) الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

(٢٩) Glaser (Stefan), Droit International Pénal Conventionnel, Bruylant, Bruxelles, 1970, p 48.

(٣٠) الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية، (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢)، ص ٢٠٧.

(٣١) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٩٦ د-١ المؤرخ في ١١ ديسمبر ١٩٤٦، قد أعلنت أن الإبادة الجماعية جريمة بمقتضى القانون الدولي، تتعارض مع روح الأمم المتحدة وأهدافها، ويدينها العالم المتمدن.

كما اعتبرت محكمة العدل الدولية "الاعتبارات الأولية الإنسانية" من ضمن المبادئ العامة للقانون، وأشارت إلى أن اتفاقية الإبادة الجماعية، هي مبادئ مقررّة بواسطة الأمم المتحدة، كقواعد ملزمة للدول، حتى بدون التزام اتفاقي. وذلك حين أبدت رأيها الاستشاري بشأن تحفظات الدول على اتفاقية الإبادة الجماعية^(٣٢).

وتعتبر حقوق الإنسان قواعد أمرّة للقانون الدولي يجب احترامها، حتى في غياب التزام تعاهدي، والحق في الحياة هو من حقوق الإنسان الأساسية التي يجب عدم مخالفتها، وبالتالي نجد أن جريمة الإبادة الجماعية تمثل انتهاكاً صارخاً للقواعد الدولية الأمرّة.

ويقصد بالإنسانية "الجنس البشري" مجرداً من انتمائه لدولة أو لأخرى، لذا فإن هذا الاصطلاح يحتضن شعوب العالم أجمع^(٣٣). كما تعني الإنسانية شعوب العالم الحاضر، والذين سيأتي بهم المستقبل^(٣٤).

المطلب الثاني

جريمة الإبادة الجماعية ليست جريمة سياسية

نصت المادة السابعة من اتفاقية منع إبادة الجنس البشري على أنه:
"لا تعتبر جريمة إبادة الجنس البشري من الجرائم السياسية".

(٣٢) Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, Advisory opinion of May 28 th, I.C.J Rep, Leyden Publishing Company, 1951, P 15,23.

(٣٣) الدكتور محمد السعيد الدقاق، عدم الاعتراف بالأوضاع الإقليمية غير المشروعة، دراسة لنظرية الجزاء في القانون الدولي، (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩١)، ص ٨١.

(٣٤) الدكتور محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، (منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢)، ص ٨٧٠.

كما أن نظام المحكمة الجنائية الدولية لم يعتبر هذه الجريمة سياسية؛ بحيث إنها لا تعدد بالحصانة المستمدة من الصفة الرسمية للجاني كونه رئيساً للدولة أو قائداً في القوات المسلحة، حال ثبوت اقترافه لهذه الجريمة إذ تجري محاكمته طبقاً للمادتين ٢٧ و ٢٨ من نظام روما الأساسي^(٣٥).

ولعل نظرة واضعي نظام روما كانت جريئة، إذ تعد هذه الجريمة من أخطر الجرائم نظراً لانطوائها على أفعال تؤدي إلى القضاء على الجنس البشري^(٣٦). خاصة إذا ما عرفنا أن السنوات الأخيرة من القرن العشرين حملت تجاوزات

(٣٥) تنص (المادة ٢٧/٠١) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: "يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية، وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص، سواء كان رئيساً لدولة أو حكومة أو عضواً في حكومة أو برلمان أو ممثلاً منتخباً أو موظفاً حكومياً، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي، كما أنها لا تشكل في حد ذاتها سبباً لتخفيف العقوبة".

– كما تنص (المادة ٢٨/١) من النظام نفسه على أنه: "يكون القائد العسكري أو الشخص القائم فعلاً بأعمال القائد العسكري مسؤولاً مسؤولية جنائية عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتبكة من جانب قوات تخضع لإمرته وسيطرته الفعليين، أو تخضع لسلطته وسيطرته الفعليين، حسب الحالة، نتيجة لعدم ممارسة القائد العسكري أو الشخص سيطرته على هذه القوات ممارسة سليمة.

أ – إذا كان القائد العسكري أو الشخص قد علم، أو يفترض أن يكون قد علم، بسبب الظروف السائدة في ذلك الحين بأن القوات ترتكب أو تكون على وشك ارتكاب هذه الجرائم.

ب – إذا لم يتخذ ذلك القائد العسكري أو الشخص جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكابه هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة". (انظر: نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، اعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية بتاريخ ١٧ يوليو ١٩٩٨، الوثيقة رقم A/CONF.183/9، دخل حيز النفاذ بتاريخ ٠١ يوليو ٢٠٠٢).

(٣٦) الدكتور عبدالفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ٣٣٢.

خطيرة ضد البشرية مما لا يتصورها عقل بشر، تمثلت في مذابح الهوتو والتوتسي في رواندا، وجرائم الإبادة الجماعية في البوسنة والهرسك ضد المسلمين من طرف الصرب في يوغسلافيا السابقة، وما يحدث في الوقت الحالي للعرب في فلسطين المحتلة على أيدي قوات الاحتلال الإسرائيلي^(٣٧). وفي العراق على أيدي القوات الأمريكية والبريطانية وفي الكثير من الأقاليم^(٣٨)، وفي أفغانستان، وما يجري في ليبيا.

وقد نصت المادة ٢٧/٠٢ على عدم الاعتداد بالصفة الرسمية لشخص المتهم، وهذا ما أخذت به بالنسبة للرئيس السوداني عمر البشير إذ أصدرت أمرا بالقبض عليه تمهيدا لمحاكمته ضد الجرائم المتهم بها ومنها تهمة الإبادة الجماعية^(٣٩).

غير أن نظام المحكمة الجنائية الدولية تعارضه أمريكا وبشدة، إذ هددت بأنه إذا لم يتم منح جنودها ومواطنيها حصانة، فإنها سوف تعيد النظر في مشاركتها في قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة في جميع أنحاء العالم، وعمدت إلى استخدام حق النقض في ٣٠/٦/٢٠٠٢ ضد التجديد لقوات حفظ السلام في البوسنة، ولم يكن أمام مجلس الأمن سوى الرضوخ للموقف الأمريكي، فوافق على منح الأمريكيين حصانة من المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية لمدة سنة بموجب القرار ١٤٢٢، ويعد هذا القرار انقلاباً على

(٣٧) الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

(٣٨) الدكتور منتصر سعيد حمودة، الجوانب القانونية لظاهرة الإرهاب الدولي ووسائل مكافحتها، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، القاهرة، ٢٠٠٥)، ص ٨٠.

(٣٩) أشارت المحكمة الجنائية الدولية إلى أن منصب الرئيس السوداني كرئيس دولة لا يعفيه من المسؤولية الجنائية، ولا يعطيه حصانة لمقاضاته. (المحكمة الجنائية تتهم البشير بالإبادة الجماعية بتاريخ ٣٠ فبراير ٢٠١٠، منشور على الموقع: www.Ifhamdarfur.net/Note 1481).

المحكمة الجنائية الدولية عبر إعادة هيمنة مجلس الأمن عليها بصورة مخالفة لأحكام نظام روما الأساسي^(٤٠). وعليه فإن إقدام مجلس الأمن على منح الرعايا الأمريكيين حصانة لمدة عام من الخضوع لهذه المحكمة، يتضمن تعديلاً لنظام روما الذي لا يجيز مثل هذه التعديلات أو هذا الإعفاء، كما يثير الخوف من أن تتكرر هذه المحاولة ويمنح مجلس الأمن الحصانة لإسرائيل، الأمر الذي يؤدي إلى القول بإمكانية عرقلة نظام المحكمة الجنائية الدولية، وهو الهدف الذي تسعى إليه كل من إسرائيل وأمريكا.

المطلب الثالث

مسؤولية الجاني الفردية في جريمة الإبادة الجماعية

منذ محاكمات نورمبرج^(٤١) مروراً بمحكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا، أخذت المسؤولية الجنائية للفرد تتطور، وهو المبدأ الذي أخذ به نظام المحكمة الجنائية الدولية^(٤٢).

(٤٠) عصام نعمة إسماعيل، الولايات المتحدة والقضاء الجنائي الدولي، القانون الدولي الإنساني آفاق وتحديات، (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٥)، ص ٦٤.

(٤١) قامت المحكمة العسكرية الدولية في نورمبرج في الفترة الممتدة ما بين ٢٠ نوفمبر ١٩٤٥ و ٠١ أكتوبر ١٩٤٦ بمحاكمة ٢٢ من كبار القادة الألمان النازيين بتهمة الجرائم ضد السلام وجرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية، والتآمر لارتكاب كل واحدة من هذه الجرائم، وكانت هذه المرة الأولى التي تستخدم فيها المحاكم الدولية كآليات لما بعد الحرب تعمل على إحضار القادة الوطنيين أمام العدالة، وقد كانت كلمة "إبادة جماعية" ضمن عريضة الاتهام، لكنها كانت مصطلحاً وصفاً وليس قانونياً. (انظر: مفهوم الإبادة الجماعية، منشور على الموقع: [http://: www.ushmm.org/](http://www.ushmm.org/)) (wlc/ar/article.php?moduled=10007095).

(٤٢) الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

وقد نصت المادة الرابعة من اتفاقية الأمم المتحدة في شأن منع وحظر إبادة الجنس البشري على أنه: "يعاقب كل من يرتكب جريمة إبادة الأجناس، سواءً كان الجاني من الحكام أو الموظفين أو من الأفراد العاديين".

وهكذا فإن أول حكم يتعلق بجريمة الإبادة الجماعية أصدرته المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، فقد تمت إدانة رجل يدعى "جون بول أكايسو" لتورطه في ارتكاب أعمال إبادة جماعية عندما كان يتقلد منصب عمدة بلدة "تابا" الرواندية^(٤٣).

كذلك فإن نظام المحكمة الجنائية الدولية جرم الإبادة الجماعية في المادتين ٠٥ و ٠٦ كما أكد نظام المحكمة الجنائية الدولية على أنه لا اعتداد بالحصانة أو الصفة الرسمية لأي متهم ارتكب جريمة تدخل في اختصاص هذه المحكمة، سواء أكان رئيس دولة أم قائداً عسكرياً كبيراً، ويخضع للمحاكمة عن ارتكابه

(٤٣) ولد "أكايسو" في عام ١٩٥٣ في "تابا"، وهو أب لخمسة أبناء، وكان يعمل معلماً، وكان "أكايسو" رجلاً يتسم بالأخلاق الرفيعة والذكاء والاستقامة، وفي عام ١٩٩١ أصبح "أكايسو" رئيساً محلياً للحركة الجمهورية الديمقراطية وهي حركة تمثل حزباً سياسياً معارضاً، وانتخب عمدة لبلدة "تابا"، حيث ظل يشغل هذا المنصب منذ أبريل ١٩٩٣ حتى يونيو ١٩٩٤، وبصفته عمدة البلدة، كان "أكايسو" زعيم القرية حيث كان السكان يعاملونه باحترام وإذعان، وكان يقوم بالإشراف على الاقتصاد المحلي والسيطرة على الشرطة وإدارة المسائل القانونية، وبشكل عام كان يقود الحياة الاجتماعية في القرية.

وعقب بدء الإبادة الجماعية برواندا في ٠٧ أبريل ١٩٩٤، رآه شهود عيان وهو يحث سكان المدينة على الاشتراك في القتل، وتحويل المناطق الآمنة إلى مناطق تعذيب وعنف وقتل، وبمجرد انتهاء الحرب هرب "أكايسو" إلى جمهورية الكونغو الديمقراطية، ثم إلى زمبيا حيث تم اعتقاله في أكتوبر ١٩٩٥، وفي محاكمة انعقدت أمام المحكمة الجنائية لرواندا تمت إدانته بجريمة الإبادة الجماعية، وهو يقضي الآن حكماً بالسجن مدى الحياة في أحد سجون مالي. (انظر: مفهوم الإبادة الجماعية، منشور على الموقع: <http://www.ushm.m.org/wlc>).

جريمة دولية ولا يتمتع بأي حصانة، وهو يطبق على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز^(٤٤).

وعلى هذا فإن نظام المحكمة الجنائية الدولية أكد عدم جواز التعلل بالصفة الرسمية نتيجة ارتكاب الجرائم الدولية الشديدة الضراوة، المثيرة للاشمئزاز، الحاطة بالكرامة، كما أثبت التاريخ أن الرادع القانوني لا يتأتى بمجرد القول أو نشر القوانين، وإنما بتطبيقها الصارم دون تمييز، وبغض النظر عن مراكز المتهمين أو سطوتهم أو نفوذهم، فلا يجب أن يكون الإفلات من العقاب هو القاعدة التي عفا عليها الزمن، فلا يجب أن يفلت من العقاب الأمر بالجريمة، والمحرض عليها، والمتآمر على تنفيذها من القادة والرؤساء، كما يطل العقاب الجندي البسيط الذي ينفذ أوامر رؤسائه^(٤٥).

وتمارس المحكمة الجنائية الدولية اختصاصها طبقاً للمادة ١٧ من نظام روما الأساسي في حالتين وهما:

الأولى: عند انهيار النظام القضائي الوطني، أي في حالة دولة ليس بها نظام قضائي، كدولة انهكتها الحروب، وتبددت جهود مؤسساتها ومنها مرفق القضاء.

الثانية: عندما يعجز النظام القضائي الوطني عن القيام بالتحقيق والمحاكمة بالنسبة للأشخاص الذين يرتكبون الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الدولية أو بمعاقبتهم، ومن ضمن هذه الجرائم، جريمة الإبادة الجماعية.

(٤٤) من خلال نصوص المحكمة الجنائية الدولية، فإن جريمة الإبادة الجماعية يرتكبها الأفراد، وليس الدول، وبدون عقاب هؤلاء الأفراد لن تتحقق الفاعلية للقانون الدولي. (الدكتور محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية، (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٤)، ص ٢٤١).

(٤٥) الدكتور أيمن عبد العزيز محمد سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، المرجع السابق، ص ٢٩٥.

وقد نصت المادتان ١٧ و ١٨ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على معايير الاختصاص^(٤٦). غير أن المشكلة التي تواجه المحكمة الجنائية الدولية تتمثل في الصعوبة المتعلقة بتسليم المطلوبين، وليس من السهل إجبار الدول على إجراء التسليم، خاصة وأن دولة مثل أمريكا تحظر تسليم رعاياها^(٤٧). كما أن بعض الدول كإسرائيل لا تعترف تماماً بالقضاء الدولي وعلى رأسه المحكمة الجنائية الدولية.

(٤٦) الدكتور عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي، مبادئه، قواعده الموضوعية والإجرائية، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨)، ص ١٢٤ - ١٢٥.

(٤٧) الدكتور محمد لطفي، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص ٣٢٢.

المبحث الثالث

أركان جريمة الإبادة الجماعية

لقد جرمت الاتفاقية الدولية أفعال إبادة الجنس البشري في وقت السلم ووقت الحرب كما ذكرنا، فهذه الجريمة لا يشترط فيها أن تقع وقت الحرب؛ ولذلك نصت المادة الأولى من الاتفاقية على أنه: "تؤكد الدول المتعاقدة على أن الأفعال التي ترمي إلى إبادة الجنس سواء أرتكبت أيام السلم أو أثناء الحرب هي جريمة في نظر القانون الدولي، وتتعهد بمنعها والمعاقبة عليها"^(٤٨). وقد كرست اتفاقية الإبادة الجماعية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة المبدأ الذي استقرت عليه محاكمات نورمبرج، كما أكدته محكمة رواندا في قضية المدعو "Rutaganda"^(٤٩). كما أكدت لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة في عام ١٩٩٦ على تحديد جريمة الإبادة الجماعية بمناسبة إعدادها لمشروع قانون الجرائم ضد سلم البشرية وأمنها^(٥٠).

وحتى تقوم جريمة الإبادة الجماعية يجب أن تتوافر فيها الركن المادي والركن المعنوي والركن الدولي^(٥١). وسنتعرض لهذه الأركان فيما يلي:

المطلب الأول

الركن المادي في جريمة الإبادة الجماعية

الركن المادي لجريمة الإبادة يقع بأحد الأفعال التي نصت عليها المادة الثانية من اتفاقية منع جريمة إبادة الجنس البشري، والمادة السادسة من نظام

(٤٨) نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة مادة، (دار هومة، الجزائر ٢٠٠٨)، ج ١، ص ٢٥.

(٤٩) Jugement de première instance, Le Procureur c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, affaire no ICTR-96-3-T, Jugement et sentence, 6 décembre 1999.

(٥٠) Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its Forty-eighth session, Year Book of the International Law Commission, Document A/51/10 Volume II, 06 May -26 July 1996.

(٥١) الدكتور علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، المرجع السابق، ص ١٢٩.

روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ويلاحظ عدم وجود اختلاف بين المادتين السابقتين من حيث الأفعال التي يتكون منها الركن المادي لجريمة الإبادة إلا من حيث الصياغة^(٥٢). ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة عن طريق أفعال مادية كالقتل أو إعاقة التناسل، وسنحاول هنا أن نعرض لصور الركن المادي كما وردت في نظام المحكمة الجنائية الدولية، مع ربطها بالاتفاقية الدولية لمنع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة.

الفرع الأول قتل أفراد الجماعة

قتل أفراد الجماعة هي من الصور الشائعة في جريمة الإبادة الجماعية، باعتبارها من أسهل الطرق التي تضمن للجاني التخلص من الأفراد الدينية أو العرقية أو السياسية أو الثقافية غير المرغوب فيها، فيلجأ الجناة إلى القضاء على أفراد الجماعة كلها أو بعضها، دون تمييز بين الرجال والنساء والشباب والشيوخ^(٥٣). وقد ذكرت المادة السادسة من نظام المحكمة الجنائية الدولية الأفعال التي يتحقق بها الركن المادي لهذه الجريمة؛ بحيث أن قتل أفراد الجماعة كصورة من صور جريمة الإبادة الجماعية يشترط فيها ما يلي:

- ١ - أن يقوم الجاني بقتل شخص أو أكثر.
- ٢ - أن يكون المجني عليه ضمن جماعة قومية أو عرقية أو دينية معينة.
- ٣ - أن ترتكب هذه الأفعال بنية إهلاك الجماعة كلياً أو جزئياً.
- ٤ - وأن يتم القتل ضمن سلوك منظم.

(٥٢) الدكتور محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية (دراسة في القانون الدولي الجنائي)، المرجع السابق، ص ٦٠٦ - ٦٠٧.

(٥٣) الدكتور عبدالفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

ومن أمثلة هذه الجريمة ما ارتكبه إسرائيل في دير ياسين عام ١٩٤٨^(٥٤)، وكفر قاسم في ١٩٥٦^(٥٥)، وقتل الأسرى المصريين عام ١٩٦٧، وفي صبرا وشاتيلا عام ١٩٨٢، وكذلك جرائم الإبادة الجماعية التي حدثت للمدنيين في قانا عام ١٩٩٦ في لبنان، ومذبحة مخيم جينين في فلسطين عام ٢٠٠٢^(٥٦)، وجرائم الإبادة في قطاع غزة، فقد توفرت نية ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية من خلال التحريض على القتل واقتحام المنازل ووضع المدنيين في حفر كبيرة أمام الدبابات^(٥٧)، ناهيك عن جرائم الإبادة الجماعية المرتكبة بجنوب

(٥٤) فوجئ سكان قرية دير ياسين العربية في الأراضي الفلسطينية في مساء ٠٩ أبريل ١٩٤٨، بهجوم العصابات الصهيونية (أرغون وشيتون) على أهالي هذه القرية، وقتلوا منهم ٢٥٠ شخصا ومثلوا بأجسادهم، أما من بقي على قيد الحياة من النساء والبنات فقد جردوهن من ثيابهن ووضعوهن في سيارات مكشوفة وطاقوا بهن في الشوارع اليهودية في القدس، حيث تعرضن لسخرية الجماهير وللاعتداء على حياتهن، فقد كانت عدواناً بربرياً مروعاً يدل على وحشية الصهاينة. (انظر: الدكتور محمد عبدالمنعم عبدالغني، الجرائم الدولية (دراسة في القانون الدولي الجنائي)، المرجع السابق، هامش ٢، ص ٦٠٨ و ٦٠٩).

(٥٥) كما وقعت مذبحة كفر قاسم بتاريخ ٢٩ أكتوبر ١٩٥٦ بحيث قتل السجناء وذبح الأطفال والنساء بدون شفقة ولا رحمة، ولم تهتم إسرائيل باحتجاج الرأي العام العالمي. (انظر: الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ٣٤٧).

(٥٦) ارتكب الصهاينة بقيادة شارون مذبحة صبرا وشاتيلا بلبنان ضد الفلسطينيين عام ١٩٨٢، وبتاريخ ١٨ أبريل ١٩٩٦، ارتكب الصهاينة مجزرة في بلدة "قانا" حيث توفي أكثر من مائة طفل وسيدة ورجل، بحيث ارتكبت مجازر وإبادة جماعية لعدد من الأفراد، وذلك باستخدام قذائف شديدة الانفجار، بحيث تنفجر فوق الأرض وتصيب القدر الأكبر من الأشخاص. (انظر: فرجينيا شري، تقرير مجزرة قانا، قذائف عناقيد الغضب تسقط على أهداف مدنية، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.moqawama.org>).

(٥٧) نشر مكتب منسق الشؤون الإنسانية التابع للأمم المتحدة استناداً إلى شهود عيان بأن الجيش الإسرائيلي قام يوم ٤ يناير ٢٠٠٩ بتجميع ١١٠ من المدنيين الفلسطينيين نصفهم من الأطفال داخل إحدى البنايات مما أدى إلى مقتل ٣٠ مدنياً،

لبنان بتاريخ ١٢ يوليو ٢٠٠٦^(٥٨).

وما حدث في رواندا من انتهاكات صارخة - وصلت إلى حد قتل أفراد من الجماعة - أكد أعمال الإبادة الجماعية، كما أكدت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا: "يجب أن يكون ذلك الفعل قد ارتكب ضد فرد أو عدة أفراد من الجماعة بسبب أن هذا الفرد أو الأفراد كانوا أعضاء من جماعة معينة وتحديدا بسبب انتمائهم لهذه الجماعة"^(٥٩).

كما قامت القوات الصربية في جمهورية البوسنة والهرسك بالقبض على مئات الآلاف من المدنيين المسلمين، وقاموا بحبسهم في معتقلات وارتكبوا مجازر جماعية ضدهم، ولم يفرقوا بين الرجال والنساء والأطفال والشيوخ، بل وحتى الأطفال الرضع لم يسلموا من القتل^(٦٠).

والحقيقة أن الإبادة الجماعية التي يتعرض لها الشعب الفلسطيني على أيدي الصهاينة، وما حدث من إبادة جماعية في البوسنة والهرسك من القوات الصربية ضد المسلمين في هذه الجمهورية، وما حدث في يوغسلافيا السابقة

= وإشباعاً لشهوة القتل التي مارسها الجيش الإسرائيلي تم إبادة عائلات بأكملها، مجسداً بذلك جريمة الإبادة الجماعية. (انظر: الدكتور عابد عبيد الزربعي، الجرائم الإسرائيلية المرتكبة في الأراضي الفلسطينية أثناء الحرب على غزة، مداخلة أقيمت بالملتقى الدولي المنعقد يومي ٢٤-٢٥ يونيو ٢٠٠٩ بجامعة عبد الرحمان ميرة حول الجرائم الدولية والمحكمة الجنائية الدولية، بجاية، الجزائر).

(٥٨) نوال أحمد بسج، القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين والأعيان المدنية في زمن النزاعات المسلحة، (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١٠)، ص ٢٦٤.

(٥٩) Jugement, Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, affaire no ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998(Chambre de première instance).

(٦٠) تقرير اللجنة الدولية بجمع الحقائق في جرائم الحرب في جمهورية البوسنة والهرسك، أكتوبر ١٩٩٢.

ضد ألبانيا، وما تعرض له الشعب الشيشاني المسلم من قبل القوات الروسية منذ ١٩٩٩، كلها تندرج ضمن جريمة الإبادة الجماعية^(٦١).

وما يلاحظ أن بعض الدول مثل إسرائيل وأمريكا وروسيا لا زالت ترتكب جرائم إبادة جماعية ضد الشعوب التي هي تحت سيطرتها، ضاربة عرض الحائط بجميع الاتفاقيات الدولية ومبادئ القضاء الدولي الجنائي، ومثال ذلك أن الرئيس الأمريكي "جورج بوش" بمجرد توليه سدة الحكم سحب توقيع الولايات المتحدة من الانضمام لنظام المحكمة الجنائية الدولية، باعتباره يتعارض مع إستراتيجية أمريكا^(٦٢).

الفرع الثاني

إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة

خلافًا للحالة السابقة التي لا تطرح إشكالاً كبيراً من معرفة مدى توافر الركن المادي لجريمة الإبادة، فإن مسألة إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة تعد أكثر صعوبة في إثباتها، فمباشرةً بعد التصديق على اتفاقية ١٩٤٨، أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية إعلاناً تؤكد فيه اشتراط حصول ضرر ذي طابع دائم بالنسبة لحالة الضرر العقلي، حتى يمكن القول بقيام جريمة الإبادة الجماعية، كما توصلت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا في قضية (أكايسو) أن الاغتصاب والجرائم ذات الطابع الجنسي هي من أفعال الإبادة التي تحدث ضرراً بالسلامة الجسدية أو العقلية للضحية^(٦٣).

(٦١) قامت القوات الروسية بقصف "جروزني" عاصمة "الشيشان" بالصواريخ والغازات السامة، كما قام الجيش الروسي بقتل المدنيين بقصفهم بقنابل النابالم والقنابل الكيماوية، كما ارتكبت القوات الروسية مذابح مروعة ضد المدنيين العزل ومن بينهم الأطفال وذلك من خلال دهسهم بالدبابات. (انظر: الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ٣٦٤ - ٣٦٦).

(٦٢) لندة معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، ٢٠٠٨)، ص ٢٢٧.

(٦٣) نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة مادة، المرجع السابق، ص ٢٦.

و قد تعرضت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، بتحديد الأذى الجسدي أو الروحي الخطير الذي يلحق بالجماعة، وذلك عند نظرها في قضية المتهم "Rutaganda"؛ حيث قالت إن: "أفعال التعذيب العقلي أو الجسدي، والمعاملات غير الإنسانية أو المذلة، والاعتداءات الجنسية والاضطهاد"^(٦٤). كما بين المدعي العام لهذه المحكمة أن المقصود بتحديد (جسيم أو خطير) بمقتضى المادة الثانية من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، يجب أن يكون مرتبطاً بالأذى الذي يحدثه بالسلامة الجسدية والعقلية للصحية، وهنا ليس المساس الروحي إزهاق الروح، وإنما قد يعيق الفرد، وذلك بمنعه من أن يشكل من الناحية الاجتماعية وحدة مفيدة داخل المجتمع^(٦٥). كما بينت غرفة التحقيق للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا: "أن الأنماط التي تتبع لإلحاق الأذى الجسدي أو المعنوي الخطير للجماعة، هي أنماط لا يمكن حصرها أو حتى توقعها"^(٦٦).

وإلحاق الأذى بالجماعة قد يكون عن طريق نقل أمراض، أو إجبارهم على تناول طعام فاسد، أو الضرب أو الجرح المفضي إلى عاهات مستديمة، أو تعذيبهم إلى الحد الذي يصيب ملكاتهم العقلية، ولاشك أن هذه الأفعال تُعدُّ أعمال إبادة جماعية وهي أفعال جسيمة^(٦٧). كما يجب أن يكون الشخص المرتكب لجريمة الإبادة الجماعية تحركه بواعث أو دوافع دينية أو عرقية أو

(٦٤) Jugement de première instance, Le Procureur c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, affaire no ICTR-96-3-T, Jugement et sentence, 6 décembre 1999.

(٦٥) الدكتور أيمن عبد العزيز محمد سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، المرجع السابق، ص ٧٨.

(٦٦) Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Le Procureur c. Duško Tadić, affaire no IT-94 1 AR72, 2 octobre 1995 (Chambre d'appel du TPIY).

(٦٧) ناتالي فاغنر، تطور نظام المخالفات الجسيمة والمسؤولية الجنائية الفردية لدى المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، المجلة الدولية للصليب الأحمر، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، مختارات من أعداد عام ٢٠٠٣، ص ٣٣٦.

قومية أو إثنية، وحتى تقوم جريمة الإبادة الجماعية حسب نظام المحكمة الجنائية الدولية، وهي إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم لا بد أن يكون المجني عليهم يخالفون الجاني في القومية أو العرق أو الدين أو المذهب الإثني، وعلى ذلك فالبواعث على جريمة الإبادة الجماعية قد تكون سياسية أو دينية أو اجتماعية^(٦٨). ومثال على ذلك قيام الجيش الصربي بوضع السجناء داخل معتقلات؛ حيث يتم ضربهم وتجويعهم وقتلهم أو إعدامهم بشكل جماعي واغتصاب النساء منهم^(٦٩). وهناك إساءات أخرى تمثل حرب إبادة ضد الشعب الفلسطيني منذ هجرة اليهود إلى فلسطين عقب "وعد بلفور" عام ١٩١٧، إنها حرب عرقية دينية هدفها إبادة لشعب بأكمله، ولعل ما حدث في مخيم "جنين" في شهر مارس ٢٠٠٢ بحيث تم تسوية المخيم بالقنابل، ودفن الأحياء تحت المباني، وتم قتل كل من يتحرك على الأرض بعد قصف متواصل من الأرض والجو على مدار أكثر من أسبوعين، وقتل المئات في هذه المذبحة، ولم يحرك المجتمع الدولي ساكناً سوى الاستنكار لهذه الأفعال.

ويمكن القول أن جريمة الإبادة الجماعية زادت وتطورت، منذ إنشاء منظمة الأمم المتحدة، وتقنين القواعد بشأنها، وإنشاء المحاكم الجنائية الدولية^(٧٠). والتي لم تمنع العديد من التجاوزات التي حدثت في أكثر بقعة في العالم.

(٦٨) تقوم الحركة الصهيونية على العقيدة الدينية اليهودية حسب زعمها، بحيث تدفع نحو استخدام الإبادة نحو الشعب الفلسطيني، كما قامت الحركة الدينية ودفعت بالصرب إلى القضاء على المسلمين في البوسنة والهرسك، وهي تغذى حالياً في "نيجيريا" بين المسلمين والمسيحيين.

(٦٩) تم اغتصاب النساء أثناء اعتقالهن، وقد ورد في تقرير لجنة هلسنكي عن شهادة طبيب أن النساء قد تعرضن للاغتصاب، وأن إحداهن حملت ثم أجهضت نفسها، فضلاً عن أنه عاين تسع نساء أخريات تعرضن للاغتصاب أثناء احتجازهن في منطقة "فوكو". (انظر: الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ٣٥٠).

(٧٠) قامت الأمم المتحدة بإصدار اتفاقية منع إبادة الجنس البشري في ٩ ديسمبر ١٩٤٨، كما صدر نظام روما عام ١٩٩٨، ودخوله حيز التنفيذ في ١/٧/٢٠٠٢. ذلك أن =

الفرع الثالث

إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً

إن تعريض جماعة ما لظروف معيشية قاسية قد ينطوي على نية القضاء عليها تدريجياً بصفة كلية أو جزئية، أي تعريضها للموت ببطء، وقد يتحقق ذلك بكل التدابير التي تعيق استمرارها الطبيعي، كأن يفرض عليها حصار أو تجبر على العيش في بيئة قاسية تصعب فيها الحياة^(٧١).

لقد بينت غرفة التحقيق لمحكمة يوغسلافيا السابقة معنى: "إخضاع الجماعة عمداً لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً" وذلك بمناسبة محاكمة المتهم الصربي "Tadic"، حيث بينت المحكمة: "إن من وسائل إحداث الأذى المتعمد بالظروف المعيشية للجماعة: تعريض الجماعات لظروف غذائية صعبة، والطرء المنهجي من منازلهم، وإنقاص الخدمات الطبية المقدمة لهم أقل من الحد الأدنى"^(٧٢). كما اعتبرت المحكمة الجنائية برواندا أثناء نظرها قضية "Rutaganda" الظروف المعيشية التي يراد بها تدمير الجماعة أنها: "وسائل تدمير لا يقصد فاعلها من خلالها القتل الفوري لأعضاء

= اتفاقية منع إبادة الجنس البشري كانت تنطوي على نقطة ضعف غاية في خطورتها، ألا وهي عدم وجود محكمة جنائية دولية مختصة، فالمحكمة بالدرجة الأولى أبقّت الباب مفتوحاً لإمكانية تشكيل مثل هذه المحكمة، باعتبار أن الأساس هو القضاء الوطني في الدول التي وقعت فيها هذه الجريمة، أي الإبادة الجماعية، هي المختصة بمحاكمة الجناة في هذه الجرائم، وهو الأمر الذي أضعف المحكمة وجعل الكثير من الجناة يفلتون من العقاب، ولعل هذا ما دفع بمجلس الأمن إلى إنشاء محاكم جنائية دولية خاصة لمحاكمة مجرمي الإبادة الجماعية في يوغسلافيا السابقة ورواندا.

(٧١) نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة مادة، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٧٢) Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Le Procureur c. Duško Tadić, affaire no IT-94 1 AR72, 2 octobre 1995 (Chambre d'appel du TPIY).

الجماعة، ولكنه يهدف إلى تصفيتهم في أجل محدد^(٧٣). كما يتحقق فعل الإبادة الجماعية عن طريق إجبار المجموعة في بيئة جغرافية معينة، مثل الإقامة في مكان خال من كل سبل الحياة حيث لا زرع ولا ماء أو في منطقة جدداء، أو في ظل ظروف مناخية قاسية تجلب الأمراض دون تقديم سبل العلاج^(٧٤). وهو ما نصت عليه (المادة ٦) من نظام المحكمة الجنائية الدولية، أن مرتكب جريمة الإبادة الجماعية يهدف إلى إهلاك تلك الجماعة القومية أو الإثنية أو العرقية أو الدينية بفرض أحوال معيشية مهلكة على أفراد الجماعة، وذلك ضمن سلوك منظم وواضح هدفه القضاء على تلك الجماعة^(٧٥).

الفرع الرابع

فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة

وهي عبارة عن جملة من الأفعال التي تهدف إلى إعاقة النسل داخل الجماعة، بوضع حد للنمو بالتزايد الطبيعي لها، كتعقيم النساء، بإعطاء عقاقير تفقدن القدرة على الحمل والإنجاب، أو إكراههن على الإجهاض، أو خصي الرجال، أو بمنع التزاوج، أو ببتتر العضو الجنسي للرجال^(٧٦). ولا يهم أن يكون

(٧٣) Jugement de première instance, Le Procureur c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, affaire no ICTR-96-3-T Jugement et sentence, 6 décembre 1999.

(٧٤) الدكتور علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٧٥) تنص (المادة ٠٦) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن: "تعني

الإبادة الجماعية، أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية، بصفاتها هذه إهلاكاً كلياً أو جزئياً:

(أ) قتل أفراد الجماعة.

(ب) إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة.

(ج) إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً.

(د) فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة.

(هـ) نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.

(٧٦) الدكتور علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، المرجع السابق، ص ١٣٣.

الشخص المستهدف منعه من الإنجاب رجلاً أو امرأة ينتمي إلى جماعة تختلف عن جماعة الجناة لأسباب قومية أو عرقية أو دينية، وسواء كان ذلك بصفة كلية أو جزئية بهدف إهلاك الجماعة ضمن خطة منظمة أو محكمة^(٧٧).

فالمقصود هو حرمان المجموعة من الاستمرار في التوالد، وقد يتم ذلك إما بفصل النساء عن الرجال، وبالإجبار على استعمال وسائل منع الحمل، إذ يترتب عليه إبادة تدريجية وبطيئة لأعضائها، وقد رأت محكمة يوغسلافيا أن من ضمن التدابير التي تستهدف منع إنجاب الأطفال داخل الجماعة، إخصاء الرجال القادرين على الإنجاب، وممارسة التعقيم، وتحديد النسل القسري، وفصل الجنسين، وحظر الزواج^(٧٨). ويطلق البعض على هذه الصورة من صور الإبادة الجماعية اسم (إعاقة التناسل في الجماعة) وهي إحدى صور إبادة الجنس البشري؛ حيث تعتمد على أساليب بيولوجية تعوق نمو وتزايد أعضاء الجماعة المستهدفة^(٧٩). كما ذهبت محكمة رواندا في قضية "أكايسو" على أنه يتم اغتصاب السيدات وذلك لحملهن على أن يلدن من رجل من جماعة أخرى، بقصد جعل الطفل المولود منتماً لجنسية الرجل المغتصب والمنتمي بالطبع لجماعة أخرى مغايرة لجماعة المرأة المغتصبة؛ مما يؤدي إلى زيادة تعداد الجماعة التي ينتمي إليها ذلك الرجل المغتصب^(٨٠).

وقد ذهب النظام النازي في ألمانيا بتاريخ ١٤ يوليو ١٩٣٣ إلى إصدار قانون أباح فيه للدولة تعقيم الأفراد الذين يعانون من أمراض وراثية عقلية أو

(٧٧) الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ٤٢٠ - ٤٢١.

(٧٨) الدكتور أيمن عبد العزيز أحمد سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، المرجع السابق، ص ٨٧.

(٧٩) أكدت لجنة هلسنكي التي قامت بالتحقيق في جرائم البوسنة على أن الصرب قاموا بخصي عدة أشخاص في أحد المعسكرات، وقد أجمع الشهود على خصي المئات من الرجال.

(٨٠) Arrêt, Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, affaire no ICTR-96-4-A, 1er juin 2001 (Chambre d'appel).

عضوية، فقامت السلطات في ألمانيا بتعقيم حوالي ٤٥ ألف شخص خلال عام ١٩٣٤، كما صدر قانون بتاريخ ١٨ أكتوبر ١٩٣٥ يحرم الزواج من المرضى بأمراض عقلية أو وراثية، وقد عرف هذا القانون بقانون حماية الدم، وكان يهدف النظام النازي من سنه لهذه القوانين إلى تنقية الدم الآري الألماني^(٨١). عن طريق استئصال من ليس آرياً من جماعة الألمان، وذلك بإبادته للوصول إلى "النقاء العنصري"^(٨٢).

الفرع الخامس

نقل أطفال أو صغار الجماعة قهراً وعنوة من جماعتهم إلى جماعة أخرى

نصت على هذه الصورة من صور الإبادة الجماعية المادة السادسة الفقرة (هـ) من نظام المحكمة الجنائية الدولية، كما تناولتها المادة الثانية من اتفاقية منع إبادة الجنس البشري.

ويعتبر النقل القسري للأطفال من جماعة إلى أخرى بهدف فصلهم عن جماعتهم الأصلية، وذلك لقطع أية صلة لهم بجذورهم التاريخية، أحد أشكال الإبادة الجماعية طبقاً للمادة الثانية الفقرة الخامسة من اتفاقية منع إبادة الجنس البشري^(٨٣).

كما ينطوي نقل الأطفال قهراً من جماعتهم على نوع من أنواع الإبادة الثقافية، إذ يمثل هؤلاء الأطفال مستقبل الجماعة الثقافي واستمرارها

(٨١) الدكتور عبد الحميد متولي، نظام الحكم في إسرائيل، (منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٢)، ص ٦١.

(٨٢) الدكتور أيمن عبد العزيز محمد سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، المرجع السابق، ص ٨٩.

(٨٣) انظر: المادة ٢ الفقرة ٥ من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، المؤرخة في ٩ ديسمبر ١٩٤٨.

الاجتماعي، ونقلهم إلى جماعة أخرى يعني وقف الاستمرار الثقافي والاجتماعي لتلك الجماعة، فهؤلاء الأطفال لن يتعلموا لغة جماعتهم ولا دينها ولا عاداتها وتقاليدها، ولا يهم أن ينقل هؤلاء إلى جماعة أخرى ترعاهم صحياً، أو إلى جماعة لا توفر لهم مثل هذه الرعاية مما يؤدي إلى موتهم^(٨٤). فتقوم هذه الجريمة إذا تعرض الصغار للإبادة الثقافية دون تعرضهم لظروف معيشية صعبة^(٨٥).

كما رأت الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا: "أن الترحيل القسري للأطفال من جماعة إلى أخرى لا تهدف إلى معاقبة الفعل المباشر للترحيل، ولكن أيضاً معاقبة التهديدات أو الإصابات التي تم إلحاقها بالجماعة"^(٨٦). فالنقل القسري للأطفال يسبب أذى معنوياً جسيماً للطفل ولوالديه وأقاربه، مما ينبغي القول أن مرتكب هذا الفعل قد تسبب في إحداث ضرر بدني ومعنوي لأعضاء الجماعة، كما أن هذا الفعل يعاقب عليه بموجب القانون الدولي الجنائي. كما أن (المادة ٦) من نظام المحكمة الجنائية الدولية نصت على الأفعال التي يجب توافرها لقيام هذه الجريمة وهي:

" ١- أن ينقل مرتكب هذه الجريمة الجماعة - عنوة - شخصاً أو أكثر، وقد يتم النقل بالقوة الجبرية أو عن طريق التهديد بالقوة أو بالجبر أو القسر أو التهديد بخطفهم أو عن طريق القمع النفسي^(٨٧).

(٨٤) الدكتور علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، المرجع السابق، ١٣٤.

(٨٥) الدكتور عبد الواحد محمد يوسف الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، (دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥)، ص ٣٠٠.

(٨٦) Jugement de première instance, Le Procureur c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, affaire no ICTR-96-3-T, Jugement et sentence, 6 décembre 1999.

(٨٧) يدخل في عداد نقل الأطفال قسراً، ما تقوم به إسرائيل من ترويع للفلسطينيين في الضفة الغربية وقطاع غزة على نحو يؤدي إلى هجرة هذه المناطق، وكذلك ما تقوم به من إبعاد النشطاء الفلسطينيين المطالبين بحقوقهم وإبعادهم خارج وطنهم إلى دول أخرى. ومثال ما حدث في ٢٠٠٢ عندما قامت إسرائيل بمحاصرة مجموعة من

٢ - أن يكون النقل من تلك الجماعة إلى جماعة أخرى مختلفة عنها لأسباب قومية أو إثنية أو عرقية، وقد حدثت هذه العملية كثيراً بين الصرب والمسلمين والكروات^(٨٨).

٣ - أن يكون الشخص أو الأشخاص دون سن الثامنة عشرة". وهنا تتطلب جريمة الإبادة الجماعية أن يكون الطفل سنه أقل من ثمانية عشر عاماً، وهو شرط يتفق مع تعريف اتفاقية حقوق الطفل^(٨٩).

المطلب الثاني

الركن المعنوي في جريمة الإبادة الجماعية

يتطلب الركن المعنوي لجريمة الإبادة الجماعية توافر القصد الجنائي، فالجاني يجب أن يكون على علم بأنه يقوم بعمل يؤدي إلى تهديم كيان الجماعة وإبادتها، ومع ذلك لا يتوقف وإنما يواصل عمله بهدف الوصول إلى الغاية. وتتميز هذه الجريمة بقصدها الخاص المتمثل في الإهلاك سواءً كان جسدياً أو بيولوجياً أو ثقافياً^(٩٠). وانتفاء نية الإهلاك الكلي أو الجزئي ينفي توفر عنصر

= الفلسطينيين بكنيسة المهد بيت لحم، وبعد وساطة دولية تم نقلهم من أراضيهم من الضفة الغربية وإبعادهم إلى الخارج بأوروبا الغربية (الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص ٤٢٤).

(٨٨) في ١٨ مايو ١٩٩٢ كان هناك خمسة آلاف امرأة وطفل وشيخ من أعراق مختلفة يغادرون سراييفو عاصمة البوسنة في قافلة نظمتها جمعية أطفال السفارة الخيرية. (تقرير لجنة هلسنكي لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص ٧٣).

(٨٩) تنص (المادة ٠١) من اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ بأنه: "كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، مالم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه". (انظر: إتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٤٤/٢٥ المؤرخ في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩، تاريخ بدء النفاذ: ٢ سبتمبر ١٩٩٠، وفقاً للمادة ٤٩).

(٩٠) فيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية، نحو العدالة الدولية، (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٦) المرجع السابق، ص ١٤٥.

الجريمة المعنوي ويجردها من وصف الإبادة الجماعية^(٩١). كما تقوم المشكلة بمناسبة البحث عن تحديد النية وخاصةً عندما لا يتوفر الدليل الكتابي على نية الإهلاك لدى منفذي السياسات والأوامر العليا^(٩٢). وفي قضية "أكايسو" رأت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا نية الإهلاك من أقوال المتهم وأفعاله، ومن مجموعة أفعال أخرى مرتكبة من مجموعة ينتمي إليها المتهم.

وقد نصت المادة السادسة من نظام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة على البعد العددي بذكرها "إهلاكاً كلياً أو جزئياً" بحيث يضم المعتدي قتل عدد كبير من الجماعة المستهدفة، فالعبرة ليست في عدد الضحايا الفعلي بل في الكم الذي يضمه المعتدي، كما نصت المادة نفسها على الفئات التي تتجه صوبها نية الإهلاك وهي الفئات القومية والعرقية والإثنية والدينية، وحُكم "أكايسو" تعرّض للفئات الإثنية والدينية، فالأولى تضم أناساً من لغة أو ثقافة مشتركة، والثانية تضم أناساً ذوي ديانة ومعتقدات وشعائر وممارسات دينية مشتركة^(٩٣). وبذلك تكون هذه الجريمة من الجرائم التي تتطلب قصداً جنائياً خاصاً لارتكابها، وهذا القصد الجنائي الخاص عبارة عن قصد الإبادة، فإذا تخلف هذا القصد الخاص لم تقم جريمة الإبادة الجماعية.

كما أن هذه الجريمة تقع من طبقة الحكام والمحكومين على السواء، ورؤساء الدول والحكومات لا يستطيعون التمسك بأي حصانة إذا ارتكبوا هذه الجريمة^(٩٤).

(٩١) برأت المحكمة الجنائية الدولية المؤقتة ليوغسلافيا السابقة "غوران يليسيتش" من تهمة الإبادة الجماعية لعدم توفر الأدلة التي تثبت نية الإهلاك، واصفة الأفعال المتابع بها بأنها جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية. (منشور على الموقع: <http://www.un.org/icty/jelusic/appeal/judgement>).

(٩٢) فيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية، نحو العدالة الدولية، (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٦) المرجع السابق، ص ١٤٥.

(٩٣) Arrêt, Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, affaire no ICTR-96-4-A, 1er juin 2001 (Chambre d'appel).

(٩٤) الدكتور منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية - النظرية العامة للجريمة الدولية - المرجع السابق، ص ١١٢.

ويمكن إثبات الركن المعنوي الخاص بنية الإبادة على نحو مباشر من التصريحات والأوامر، كما يمكن استنتاجه من السياق الذي تم فيه التدمير الموجه للجماعات، وقد قررت غرفة المحاكمة في المحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا السابقة في الحكم الصادر ضد "يلدتش" أنه: "لم يتم إثبات القصد الخاص بجريمة الإبادة لدى المتهم، وشرحت أن المتهم قام بعمليات القتل عشوائياً دون قصد تدمير جماعة ما"، أما في قضية "كيردتش" فقد رأت المحكمة: "أن قتل أفراد بجزء من جماعة متواجدة في منطقة جغرافية صغيرة حتى لو كان عدد القتلى قليلاً، يجوز تكييفها كجريمة إبادة إذا ما تمت بقصد تدمير هذا الجزء من الجماعة المتواجدة بهذه المنطقة الجغرافية الصغيرة"^(٩٥).

إن جريمة الإبادة الجماعية هي جريمة القرن العشرين؛ حيث قتل (ستالين) الملايين، وقتل (بول بوت) ما يزيد عن مليون، وحظي (عيدي أمين) بتقاعد مريح، فيما هرب الجنرال (أوغستو بينوشييه) من المحاكمة بسبب التعقيدات والإجراءات القانونية، ولكن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية إنما يعني إعطاء العدل فرصة، وجعل القرن الواحد والعشرين أفضل بعض الشيء، وكذلك إجبار طغاة هذا القرن على الخوف^(٩٦).

ومن المفروض على القضاء الدولي الجنائي ملاحقة المجرمين الإسرائيليين، ومعاقبتهم على ما ارتكبه من مجازر في غزة ولبنان، كما لا يجب نسيان ضحايا العراق وأفغانستان وما لحق بهم على يد الأمريكان.

(٩٥) الدكتور محمد لطفي، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص ١٥٣.

(٩٦) الدكتور إبراهيم دراجي، القانون الدولي الإنساني والمحكمة الجنائية الدولية - كيف نجحنا في إنشاء المحكمة الجنائية الدولية - القانون الدولي الإنساني، آفاق وتحديات، الجزء الثالث، (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٥)، ص ١٨٢.

المبحث الرابع

التعاون الدولي لمكافحة جريمة الإبادة الجماعية

تنبعت اتفاقية الأمم المتحدة إلى الدور الحيوي الذي يلعبه التعاون الدولي من أجل منع ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، حيث ورد في ديباجة الاتفاقية: "إيماناً من الجمعية العامة بأن تحرير البشرية من مثل هذه الآفة البغيضة يتطلب التعاون الدولي".

وتتطلب جريمة الإبادة الجماعية تعاوناً بين الدول، وقد أوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم ٩٦ بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٤٦: "بتنظيم التعاون الدولي من أجل اتخاذ إجراءات وقائية سريعة ضد جريمة الإبادة الجماعية وتسهيل ردعها".

وتحقيقاً لهذا الغرض استلهمت الجمعية العامة للأمم المتحدة المبادئ والأهداف المنصوص عليها في الميثاق، وأعلنت عن مبادئ التعاون الدولي فيما يتعلق بتعقب وتوقيف وتسليم وعقاب الأفراد المتهمين بجرائم حرب، وجرائم ضد الإنسانية^(٩٧).

كما نصت (المادة ٨٦) من نظام روما الأساسي على أن: "تتعاون الدول الأطراف تعاوناً تاماً مع المحكمة فيما تجريه - في إطار اختصاص المحكمة - من تحقيقات في الجرائم والمقاضاة عليها". ومعنى هذا أن الدول الأطراف عليها أن تضمن وتمكن المدعي العام للمحكمة من إجراء تحقيقات، كما يجب على أجهزتها ذات العلاقة أن تتعاون تعاوناً تاماً مع المحكمة، وإجراء التحريات وضبط الأدلة، والبحث عن الشهود وتوفير الحماية لهم، والقبض على الأشخاص الذين تتهمهم المحكمة الجنائية الدولية بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية وتقديمهم إليها^(٩٨).

(٩٧) مبادئ التعاون الدولي في تعقب واعتقال وتسليم ومعاينة الأشخاص المذنبين بارتكاب جرائم حرب، وجرائم ضد الإنسانية، اعتمدت ونشرت على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٠٧٤ (د - ٢٨) المؤرخ في ٣ ديسمبر ١٩٧٣.

(٩٨) الدكتور محمد هاشم ماقورا، المحكمة الجنائية الدولية، منشور على الموقع: www.Aladel.gov.ly/Main/Modules/Sections/Item.php?Itemid=278

كما أن ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لأعمالها يتطلب منها إقامة علاقات واسعة لتشمل دول العالم كلها؛ لذلك لا بد لها أن تعقد اتفاقيات مع الدول^(٩٩).

كما تجيز المادة ١٢ الفقرة ٣ منها للدول غير الأطراف قبول ممارسة المحكمة لاختصاصها بصدد قضية معينة.

كما أنه وطبقاً للقرارين رقم ٨٢٧^(١٠٠) و ٩٣٥^(١٠١) الصادرين عن مجلس الأمن، والنظامين الأساسيين لكل من محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا فإنه يجب تسليم الأشخاص المتهمين^(١٠٢).

المطلب الأول

تسليم المتهمين بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية

بدون شك أن تسليم مرتكبي جريمة الإبادة الجماعية من شأنه ردع كل من تسول له نفسه انتهاك حقوق الآخرين، ذلك أن المتهم بارتكاب هذه الجريمة

(٩٩) نصت المادة ١٢٥ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: "١ / تكون المحكمة شخصية قانونية دولية، كما تكون لها الأهلية القانونية اللازمة لممارسة وظائفها وتحقيق مقاصدها. ٢ / للمحكمة أن تمارس وظائفها وسلطاتها، على النحو المنصوص عليه في هذا النظام الأساسي، في إقليم أية دولة طرف، ولها بموجب اتفاق خاص مع أية دولة أخرى، أن تمارسها في إقليم تلك الدول".

(١٠٠) قرار مجلس الأمن رقم ٨٢٧ بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٩٣، المستند رقم S/25704، الخاص بإنشاء محكمة جنائية دولية لمحاكمة كبار مجرمي الحرب في يوغسلافيا السابقة.

(١٠١) القرار رقم ٩٣٥ لعام ١٩٩٤: الخاص بإنشاء لجنة الخبراء للتحقيق في الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني، بما في ذلك جرائم الإبادة الجماعية، التي ارتكبت أثناء الحرب الأهلية في رواندا. وقد تم إنشاء هذه المحكمة رسمياً في ١١/٠٨/١٩٩٤ بموجب القرار ٦٦٥ بالاستناد للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة وقد تحدد في القرار اختصاصات المحكمة ونظامها الأساسي (لندة معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، المرجع السابق، ص ٨١).

(١٠٢) الدكتور براء منذر كمال عبد اللطيف، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، (دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨)، ص ١٥٨ - ١٥٩.

سيكون محل متابعة وبحث وملاحقة، وأنه عرضة للتسليم والاعتقال، ويمكن القول بأن تسليم مرتكبي الجرائم هو: "الإجراء الذي بواسطته تقبل دولة ذات سيادة، أن تسلم أحد الأفراد الموجودين على أراضيها إلى دولة أخرى، حتى تستطيع هذه الأخيرة محاكمة هذا الفرد المقصود، وتنفيذ الحكم الذي كان قد أدين أو حكم عليه به" (١٠٣).

والهدف من تسليم مرتكب الجريمة هو الحيلولة دون إفلات المجرم من العقاب، وبالتالي فإن هذا الإجراء يعتبر مظهراً من مظاهر مكافحة الإجرام (١٠٤).

وقد أدين الرئيس اليوغسلافي السابق "سلوبودان ميلوسوفيتش" بتاريخ ٢٢ نوفمبر ٢٠٠١ بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية في جمهورية البوسنة والهرسك (١٠٥). وقد سلم "ميلوسوفيتش" إلى المحكمة بلاهاي في ٢٨ يونيو ٢٠٠١.

كما لا يمكن لدولة منح متهم بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية ملجأً داخل أراضيها (١٠٦). كما أن إيطاليا نصت في دستورها الصادر في ٢١ يونيو ١٩٦٧ على: "أن مبدأ عدم تسليم المواطنين لا يشمل الرعايا الإيطاليين المتهمين بارتكاب جريمة الإبادة" (١٠٧).

غير أن ارتكاب متهمين لجريمة الإبادة الجماعية، ثم فرارهم إلى دول

(١٠٣) الدكتور أيمن عبد العزيز محمد سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، المرجع السابق، ص ١٨٢.

(١٠٤) John P. McMahon, Air Hijacking Extradition As a Deterrent, the Georgetown law journal, Vol 58, 1970, P 1135.

(١٠٥) Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Indictment (Bosnia), Case No. IT-01-51-I, 22 Novembre 2001, para 06.

(١٠٦) لجأ الرئيس الأوغندي، عيدي أمين خلال سنة ١٩٧٩ إلى المملكة العربية السعودية بعد ارتكاب العديد من الجرائم الدولية ومنها الإبادة الجماعية.

(١٠٧) الدكتور عبد الوهاب حومد، الإجرام الدولي، (مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٨)، ص ٢٤٤.

أخرى، يعد أحد العوائق التي تعيق فعالية التعاون الدولي لمكافحة جريمة الإبادة الجماعية، فهناك بعض من الدول التي ضربت بالنظام العالمي وقواعد القانون الدولي عرض الحائط، وجعلت من أقاليمها ملاذاً آمناً يهنأ ويرتع فيه هؤلاء الجناة، ومن تلك الدول مثلاً: الأرجنتين التي تحولت بعد الحرب العالمية الثانية إلى ملاذ آمن لقادة النازية ومجرمي الحرب العالمية الثانية الذين كانوا قد لجؤوا إليها عام ١٩٤٦ - ١٩٥٥، وقد قدر عدد هؤلاء بحوالي ٣٠٠٠ فرد^(١٠٨).

وتمثل الصعوبات في تسليم المتهمين، وعدم التعاون من بعض الدول إحدى العقبات الرئيسية التي تعوق تنفيذ مهمة القضاء الدولي الجنائي، وهي حقيقة تواجهها المحكمة الجنائية الدولية الدائمة؛ بحيث ينبغي على المجتمع الدولي اتخاذ خطوة إلى الأمام بعد إقرار آليات المساءلة الدولية نحو وضعها موضع التنفيذ^(١٠٩). ويؤمل أن تمثل هذه الخطوة أحد التطورات القادمة في مكافحة الإفلات من العقوبة. والغرض من التعاون الدولي وتسليم المجرمين هو حرمان المتهمين باقتراف الجرائم الخطيرة التي تعتبر إهانة للمجتمع الدولي ككل من الحصول على ملاذ آمن^(١١٠). وقد ذهبت بعض الدول بالنص في تشريعاتها والسماح لمحاكمها بممارسة الاختصاص القضائي العالمي فيما يتعلق بجرائم الإبادة الجماعية، وكانت أول محاكمة تجري بموجب القانون البلجيكي هي الدعوى القضائية التي رفعت ضد المتهمين الروانديين الأربعة ومن بينهم راهبتان، وقد أدانتهن هيئة محلفين بلجيكية في عام ٢٠٠١ بتهمة

(١٠٨) الدكتور أيمن عبد العزيز محمد سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(١٠٩) خطاب موجه إلى مجلس الأمن بالأمم المتحدة من مدعي المحكمتين الدوليتين ليوغسلافيا السابقة ورواندا، السيدة "كارلا ديل بونتي" ٢٧ نوفمبر ٢٠٠١، منشور

على الموقع: http://www.ictj.org/speeches/deplonte271101_sc.htm.

(١١٠) إيلينا بيجيتش، المساءلة عن الجرائم الدولية، من التخمين إلى الواقع، المجلة الدولية للصليب الأحمر، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، مختارات من أعداد عام ٢٠٠٢، ص ١٩٥.

التورط في عملية إبادة جماعية في رواندا عام ١٩٩٤^(١١١)، كما أُدين "سلوبودان ميلوسفيتش" بارتكاب أعمال الإبادة الجماعية بعد نقله إلى لاهاي عن طريق السلطات الصربية تحت ضغط دولي كبير.

المطلب الثاني

التدخل الدولي لقمع جريمة الإبادة الجماعية

عرف القرن السادس عشر والسابع عشر تدخل الدول الأوروبية البروتستانتية في شؤون الدول الأوروبية الكاثوليكية لحماية الأفراد المنتمين إلى المذهب البروتستانتية، وفي القرن التاسع عشر شهدت اليونان التدخل الإنجليزي الفرنسي الروسي لمساعدة ثوارها عام ١٨٢٧ الذين تمردوا على الحكم العثماني في جزيرة المورة، وادعت الدول الثلاث أن تدخلهم كان يهدف إلى منع الإبادة العنصرية لليونانيين، كما تدخلت فرنسا في سوريا من ١٨٦٠ إلى ١٨٦١ بزعم الحيلولة دون وقوع مذابح ضد الأقلية المارونية من قبل الدروز^(١١٢). ويرى البعض من الفقهاء^(١١٣) أن على الدول واجباً عاماً يفرض عليها أن تمنع الإخلال بما تقضي به قواعد القانون الدولي ومبادئ الإنسانية، من احترام حياة الفرد وحرية، أيّاً كانت جنسيته أو أصله أو دينه، واعتبار التدخل لصالح الإنسانية مشروعاً، وخاصة: "في تلك الحالة التي تكون فيها الدولة قد مارست أعمال القوة والاضطهاد بالنسبة لرعاياها، لأنها بذلك تكون قد

(١١١) ليندا كيلر، هيئة المحلفين البلجيكية تصدر قرارها في الدعوى الخاصة بعمليات الإبادة الجماعية في رواندا، منشور على الموقع: www.ASIL.org/insights/insigh72.hTM

(١١٢) الدكتور بطرس غالي، الأقليات وحقوق الإنسان في الفقه الدولي، مجلة السياسة الدولية، المجلد الحادي عشر، العدد ٣٩، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١١.

(١١٣) Fauchille (Paul), Traité de Droit International Public, Tome 1, 8eme édition, (١١٣) Rousseau, Paris, 1923, Page 307.

حرماتهم من حقوقهم الأساسية^(١١٤). بينما يرى البعض أنه لا يجوز التدخل، لأنه سيؤدي إلى نشر الفوضى الدولية بدلاً من الحفاظ على الأمن والسلم الدوليين^(١١٥). ويتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة الذي يمنع استعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي والاستقلال السياسي.

كما أكدت محكمة العدل الدولية على عدم مشروعية أعمال التدخل في العديد من أقاليم الدول، وخاصة تلك التي تتم تحت مبرر حماية حقوق الإنسان، وذلك عندما أدانت تدخل الولايات المتحدة الأمريكية في نيكاراغوا بقولها: "أنه إذا كان للولايات المتحدة أن تبدي قلقها حول حقوق الإنسان في نيكاراغوا، إلا أن استعمال القوة لا يعد الوسيلة المناسبة لحماية حقوق الإنسان"^(١١٦).

غير أن فريقاً آخر يرى أن التدخل الإنساني هو حق وواجب، واتجاه نحو حماية حقوق الإنسان والحيلولة دون انتهاكها، ويتعين أن تكون الهدف الأسمى لأي نظام دولي^(١١٧). كما أن الأعمال الوحشية قد بلغت درجة الإبادة الجماعية والتي تمثل اعتداء على الحقوق المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة، وقد عني ميثاق الأمم المتحدة بحقوق الإنسان؛ إذ نص في ديباجته: "نحن شعوب الأمم المتحدة وقد آلينا على أنفسنا أن ننقذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب التي في خلال جيل واحد جلبت على الإنسانية مرتين أحزاناً يعجز عنها

Lauterpacht, International law and Human Rights Under The Law, London, (١١٤) 1964, P61.

(١١٥) الدكتور علي إبراهيم، حقوق الإنسان والتدخل لصالح الإنسانية، الطبعة الأولى، (دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠)، ص ٨١١.

(١١٦) الحكم الصادر في ٢٧ يونيو ١٩٨٦، القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨ - ١٩٩١، ST/LEG/SER.F/1، منشورات الأمم المتحدة ١٩٩٢، ص ٢١٢.

(١١٧) عماد جاد، حلف الأطلنطي والحرب في البلقان، مجلة السياسة الدولية، عدد ١٣٧، يوليو، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١١٥.

الوصف، وأن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره" ^(١١٨). وعلى هذا الأساس فإن من حق المجتمع الدولي أن يفرض عقوبات قد تصل إلى التدخل العسكري من أجل حماية حقوق الإنسان، وقد نصت المادة الثامنة من اتفاقية الإبادة الجماعية على أنه: "لأي من الأطراف المتعاقدة أن يطلب إلى أجهزة الأمم المتحدة المختصة أن تتخذ - طبقاً لميثاق الأمم المتحدة - ما تراه مناسباً من التدابير لمنع وقمع أفعال الإبادة الجماعية". وتعتبر حماية حقوق الإنسان هدفاً مشتركاً للمجتمع الدولي ^(١١٩). ويجب أن يتم التدخل من قبل الأمم المتحدة من أجل حماية حقوق الإنسان ودون تمييز، وحماية أولئك الذين يتعرضون لصور الإبادة الجماعية والاستئصال الجماعي ^(١٢٠). ومن المفروض أن تتدخل قوات حفظ سلام تابعة للأمم المتحدة من أجل القضاء على العنف في إقليم دارفور ^(١٢١). وخاصة وأن الحكومة السودانية وعلى رأسها (عمر البشير) متهم من قبل المحكمة الجنائية الدولية بتهمة الإبادة الجماعية.

(١١٨) ميثاق الأمم المتحدة الموقع في ٢٦ يونيو ١٩٤٥ في سان فرانسيسكو، ودخل حيز النفاذ في ٢٤ أكتوبر ١٩٤٥.

(١١٩) الدكتور بطرس غالي، حقوق الإنسان بين الديمقراطية والتنمية، مجلة السياسة الدولية، العدد ١١٤، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٤٠.

(١٢٠) الدكتور أيمن عبد العزيز محمد سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(١٢١) أدلى وزير الخارجية الأمريكي الأسبق "كولين باول" بشهادته أمام لجنة العلاقات الخارجية بمجلس الشيوخ حول الوضع في دارفور قائلاً: "لقد انتهينا - انتهيت - إلى أنه تم ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية في دارفور، وأن حكومة السودان وجماعة الجنجويد يتحملون المسؤولية، وأن الإبادة الجماعية لا تزال مستمرة، منشور على الموقع: www.Ushmm.org/WLC/ar/article/php?http

الخاتمة:

الحقوق الأساسية للإنسان، وعلى رأسها الحق في الحياة هي من الحقوق التي تهم الإنسانية جمعاء، وبالتالي فإن الإبادة الجماعية تستند في تجريمها إلى قواعد القانون الدولي. وهذه الجريمة كما تبين لنا خلال هذه الدراسة هي قديمة قدم البشرية وتكررت أثناء الحرب العالمية الأولى وخلال الحرب العالمية الثانية. وعلى الرغم من إقرار اتفاقية منع الإبادة الجماعية في نطاق الأمم المتحدة التي دخلت حيز التنفيذ منذ سنة ١٩٥١ إلا أن ذلك لم يمنع أعمال الإبادة الجماعية التي ترتكبها القوات الإسرائيلية في حق الشعب الفلسطيني ولا زالت تقع حتى اليوم، والمذابح التي ارتكبت ضد شعب البوسنة والهرسك من قبل الصرب في أوائل التسعينات من القرن الماضي، وما حدث للألبان في يوغسلافيا السابقة، كذلك لم تمنع اتفاقية الأمم المتحدة لإبادة الجنس البشري مذابح المسلمين الشيشان منذ ١٩٩٥ حتى يومنا هذا، فضلا عن المذابح العرقية التي وقعت بين قبيلتي التوتسي واليهوتو في رواندا، بالإضافة إلى الصراعات العرقية الكثيرة في دول إفريقيا، وكذلك حروب الإبادة الجماعية التي لازالت قائمة حتى الآن رغم إنشاء المحكمة الجنائية الدولية والتي يدخل ضمن اختصاصها المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية.

غير أنه يمكن لنا القول أن هذه المحكمة تواجه عدة تحديات منها:

- ١ - موقف الدول الكبرى من هذه المحكمة الدائمة وخاصةً الولايات المتحدة الأمريكية التي تخشى أن يحد وجود المحكمة من قدرتها على تحقيق مصالحها، كما تشعر بالقلق من إمكانية مساءلة جنودها الذين يقومون بعمليات عسكرية في أكثر من بقعة من بقاع العالم^(١٢٢).
- ويظهر جلياً أن أمريكا اتصلت تقريباً بكل دول العالم سعياً إلى التوقيع على

(١٢٢) الدكتور محمد عزيز شكري، القانون الدولي الإنساني والمحكمة الجنائية الدولية، القانون الدولي الإنساني "آفاق وتحديات"، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٥، ج ٣)، ص ١٤٠.

اتفاقيات ثنائية؛ لضمان عدم إحالة المواطنين الأمريكيين إلى المحكمة الجنائية الدولية، وقد رضى مجلس الأمن الدولي للسياسة الأمريكية وأصدر قراره رقم ١٤٢٢ بتاريخ ٢١ يونيو ٢٠٠٢ الذي منح الحصانة التي طلبتها الولايات المتحدة لمواطنيها وكرر لها هذه الحصانة في ١٢/٦/٢٠٠٣.

وهكذا فإن المعارضة الأمريكية للمحكمة الجنائية الدولية قد شكك بصورة كبيرة في مصداقيتها وكأنها تدفع بالعالم إلى ارتكاب المزيد من جرائم الإبادة الجماعية، وعدم محاكمة الأمريكيين والإسرائيليين.

٢ - التحدي الثاني يتمثل في الأنظمة السياسية الدكتاتورية التي لازالت ترتكب هذه الجريمة، ولم تنضم إلى اتفاقية روما بشأن المحكمة الجنائية الدولية، ولازالت تواصل انتهاكاتها لحقوق الإنسان، وترتكب جريمة الإبادة الجماعية في الكثير من بقاع العالم، وبإيعاز من قوى سياسية كبرى. ونظراً إلى أن جريمة الإبادة الجماعية ترتكب بواسطة الأنظمة السياسية المسطرة بالقوة على شعوبها، فإنه ينبغي على المجتمع الدولي أن ينهض بتحمل مسؤولياته في إجبار الدول التي ترتكب هذه الجريمة بالكف عن ممارسة هذه الأفعال.

٣ - يبدو لنا في بعض الأحيان أن المحكمة الجنائية الدولية مسيسة تحت ضغط القوى الكبرى، فبعد مساسها بتطبيق قرار المدعي العام بالقبض على رئيس السودان، نراها تراخت وغضت الطرف عنه حتى انتهاء عملية الاستفتاء على انفصال الجنوب، وكأنها صفقة عقدت بحيث لا يعرقل الانفصال مقابل عدم القبض عليه، وكذلك تراخيتها في القبض على مجرمي الإبادة في يوغسلافيا لفترة طويلة.

٤ - نرى تقاعس مجلس الأمن الدولي عن الدفاع عن الحقوق المنتهكة للشعب الفلسطيني بسبب هيمنة الدول الكبرى على قرارات هذا المجلس، الأمر الذي يقلص من وظيفته الأساسية وهي حفظ الأمن والسلم الدوليين. غير أن هذا لا يمنع المحكمة الجنائية الدولية من أن تنعقد ولايتها بالنسبة لجريمة الإبادة الجماعية، إذ إن هذه الجريمة تعد وفقاً للقانون الدولي الجنائي من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة. وعلى الرغم من عدم مصادقة إسرائيل

على نظام المحكمة الجنائية الدولية، فإن هذا التحفظ غير قانوني ويعد مخالفا لمبادئ القانون الدولي.

النتائج:

١ - أظهرت لنا هذه الدراسة أن الشعوب تعمل وتتنازل من أجل القضاء على جريمة الإبادة الجماعية، على الرغم من عدم ثقتها بالتنظيم الدولي المعاصر والذي يعاني من الإخلال بتطبيق مبادئ القانون الدولي والمساواة بين الشعوب والدول.

٢ - إن فقدان الشعوب ثقتها بالتنظيم الدولي ماهو إلا نتيجة عدم قيام المجتمع الدولي بواجباته الدولية المتمثلة في إقرار مبادئ الأمن والسلم الدوليين والكيل بمكيالين، مما أدى في النهاية إلى سيادة شريعة الغاب، وارتكاب جرائم الظلم والعدوان ضد الشعوب، وارتكاب المجازر ضدها، فقد جعل الطرف القوي قواعد القانون الدولي في خدمته ومصالحه، رغم أن الهدف من القواعد القانونية هو حماية الطرف الضعيف، وإعطاء كل ذي حق حقه، وإشاعة الأمن والاستقرار وقواعد الإنصاف والعدالة.

٣ - إن هيمنة الولايات المتحدة الأمريكية على العالم جعل من العولمة نقمةً بدلاً من أن تكون نعمةً، لأنها أصبحت غير محكومة بقواعد القانون الدولي الذي يكفل للإنسان حقوقه، فمنذ حلول العولمة ظهرت جريمة الإبادة الجماعية بمفهومها الشامل والواسع النطاق في يوغسلافيا السابقة وفي رواندا وفي فلسطين والعراق وأفغانستان وباكستان والشيستان والسودان وفي الكثير من بقاع العالم.

٤ - إن اتفاقية منع جريمة إبادة الجنس البشري، وكذلك نظام روما الأساسي لم يشيرا إلى جريمة الإبادة الثقافية المتمثلة في القضاء على اللغة أو الدين، بقصد حرمان الجماعة من أهم وسائل ثقافتها وصولاً إلى حرمانها من معرفة تاريخها وعناصر مقوماتها.

٥ - إن الولايات المتحدة الأمريكية التي قبلت وقررت إقامة محاكم جنائية دولية

بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية كمحكمتي نورمبرج وطوكيو، ووافقت على المحاكم الجنائية الدولية الخاصة في شأن يوغسلافيا السابقة عام ١٩٩٣ ومحكمة رواندا عام ١٩٩٤، تعود وتتصل من التصديق على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

٦ - إن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ومنحها الاختصاص بمحاكمة مرتكبي جريمة الإبادة الجماعية والعقاب عليها، يعد ضماناً أساسية للحيلولة دون إفلات مرتكبي هذه الجريمة من العقاب، ويحقق الردع العام مما يعد ضماناً لإقرار الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان، وإقرار العدالة الجنائية الدولية.

٧ - اعتبار جريمة الإبادة الجماعية ليست جريمة سياسية، ومن ثم يجوز تسليم المجرمين بشأن هذه الجريمة لمحاكمتهم في البلد الذي له ولاية القضاء، ولا يجوز تسليمهم إلى المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في حال توفير إجراءات قضائية عادلة، باعتبار أن قانون المحكمة الجنائية الدولية ينص على أنها هيئة مستقلة ومكملة للولايات القضائية الوطنية، والهدف من إنشائها هو تحقيق عدالة منصفة وبحياد كامل بعيداً عن كل الضغوطات.

٨ - جريمة الإبادة الجماعية هي جريمة دولية، والصفة الدولية تستمد من الحق المعتدى عليه وهو الحق في الحياة التي تشترك فيه البشرية كلها، ويحق للدولة أو الأفراد المعتدى عليهم في جريمة الإبادة الجماعية، رفع شكوى أمام المحكمة الجنائية الدولية وذلك لمعاقبة مرتكبي هذه الجريمة.

التوصيات:

١ - إن مكافحة جريمة الإبادة الجماعية ضرورة تقع على كاهل المجتمع الدولي برمته، وعلى المجتمع الدولي نصرة الدول والشعوب المستضعفة في مجابهة قوى الطغيان والتسلط والقهر.

٢ - تضامن شعوب العالم والتعاون فيما بينها من أجل سعيها لنيل حقوقها

- المهضومة، ومقاومة الأنظمة المستبدة، وإقامة أنظمة ديمقراطية تؤمن بمبادئ تداول السلطة، والقضاء على مظاهر التفرقة والفساد والتمييز.
- ٣ - تفعيل دور المنظمات الدولية والإقليمية من أجل مساعدة ونجدة المستضعفين في العالم، كما أنه بات مطلوباً من المجتمع الدولي أن يتضامن - أكثر من أي وقت مضى - من أجل مكافحة جريمة الإبادة الجماعية، وأن يعبر في كل مناسبة عن احترامه وتقديسه للحياة البشرية، ويعمل على المساهمة في استقرار وتوازن الأوضاع والمراكز القانونية واحترام مبادئ القانون الدولي.
- ٤ - المطلوب من المجتمع الدولي العمل على وقف الظلم، والحكمة تقول: " الوقاية خير من العلاج"، وعليه أن يتصرف قبل وقوع الجريمة وإصلاح الضرر، والوقوف في وجه الظلم والطغيان والاستبداد الذي يؤدي إلى ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، أفضل له من تقديم المجرمين إلى محاكم نورمبرج وطوكيو ومحاكم لاهاي، فرغم إيجابياتها ورغم أحكامها فإنها لا تصلح الضرر الذي وقع.
- ٥ - يجب تفعيل دور المحكمة الجنائية الدولية لمعاقبة مرتكبي جريمة الإبادة الجماعية في هذا الوقت الذي كثرت فيه الصراعات العرقية والانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان وحياته الأساسية؛ للمحافظة على مصداقية مجلس الأمن والأمم المتحدة.
- ٦ - المطلوب من الدول العربية والإسلامية، والدول المحبة للسلام والإنسانية أن تساند المحكمة الجنائية الدولية من أجل القيام بمهمتها ودعم استقلالها، وتفعيل دورها من أجل خدمة العدالة الدولية وحفظ حقوق البشرية من الانتهاكات التعسفية.

المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية:

I - الكتب القانونية:

- ١ - الدكتور إبراهيم دراجي، القانون الدولي الإنساني والمحكمة الجنائية الدولية - كيف نجحنا في إنشاء المحكمة الجنائية الدولية - القانون الدولي الإنساني، آفاق وتحديات، الجزء الثالث، (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٥).
- ٢ - الدكتور إبراهيم العناني، النظام الدولي الأممي، (المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٩٧).
- ٣ - الدكتور أيمن عبد العزيز محمد سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، (دار العلوم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٦).
- ٤ - الدكتور براء منذر كمال عبد اللطيف، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، (دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨).
- ٥ - الدكتور خليل حسين، قضايا دولية معاصرة، (دار المنهل اللبناني، بيروت، ٢٠٠٧).
- ٦ - لندة معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، ٢٠٠٨).
- ٧ - الدكتور محمد السعيد الدقاق، عدم الاعتراف بالأوضاع الإقليمية غير المشروعة، دراسة لنظرية الجزاء في القانون الدولي، (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩١).
- ٨ - الدكتور محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، (منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢).
- ٩ - الدكتور محمد لطفي، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي

- الإنساني "دراسة مقارنة"، (دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٦).
- ١٠- الدكتور محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية، (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٤).
- ١١- الدكتور محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية، دراسة في القانون الدولي الجنائي، (دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧).
- ١٢- الدكتور محمد عزيز شكري، القانون الدولي الإنساني والمحكمة الجنائية الدولية، القانون الدولي الإنساني "آفاق وتحديات"، الجزء الثالث، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥).
- ١٣- الدكتور محمد شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي، (مطابع روز اليوسف الحديثة، القاهرة، ٢٠٠١).
- ١٤- الدكتور منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة، (دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦).
- ١٥- نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة مادة، الجزء الأول، (دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٨).
- ١٦- نوال أحمد بسج، القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين والأعيان المدنية في زمن النزاعات المسلحة، (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١٠).
- ١٧- الدكتور عباس هاشم السعدي، مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢).
- ١٨- الدكتور عبد الحميد متولي، نظام الحكم في إسرائيل، (منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٢).
- ١٩- الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥).

- ٢٠- الدكتور عبد الواحد محمد يوسف الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، (دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥).
- ٢١- الدكتور عبد الوهاب حومد، الإجرام الدولي، (مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٨).
- ٢٢- الدكتور علي إبراهيم، حقوق الإنسان والتدخل لصالح الإنسانية، الطبعة الأولى، (دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠).
- ٢٣- الدكتور علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية الجنائية، (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠١).
- ٢٤- الدكتور عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي، مبادئه قواعده الموضوعية والإجرائية، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨).
- ٢٥- الدكتور عصام نعمة إسماعيل، الولايات المتحدة والقضاء الجنائي الدولي، القانون الدولي الإنساني آفاق وتحديات، (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٥).
- ٢٦- الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية، (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢).
- ٢٧- فيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية، نحو العدالة الدولية، (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٦).

II - الرسائل الجامعية:

- ١ - الدكتور محمد أحمد داود، الحماية الأمنية للمدنيين تحت الاحتلال في القانون الدولي الإنساني، (رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨).
- ٢ - الدكتور منتصر سعيد حمودة، الجوانب القانونية لظاهرة الإرهاب الدولي ووسائل مكافحتها، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، القاهرة، ٢٠٠٥).

III- المقالات والأبحاث:

- ١ - إيلينا بيجيتش، المساءلة عن الجرائم الدولية، من التخمين إلى الواقع، المجلة الدولية للصليب الأحمر، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، مختارات من أعداد عام ٢٠٠٢.
- ٢ - الدكتور بطرس غالي:
 - الأقليات وحقوق الإنسان في الفقه الدولي، مجلة السياسة الدولية، المجلد ١١، القاهرة، ١٩٧٥.
 - حقوق الإنسان بين الديمقراطية والتنمية، مجلة السياسة الدولية، العدد ١١٤، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٣ - عماد جاد، حلف الأطلنطي والحرب في البلقان، مجلة السياسة الدولية، عدد ١٣٧، يوليو، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٤ - ناتالي فاغنر، تطور نظام المخالفات الجسيمة والمسؤولية الجنائية الفردية لدى المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، المجلة الدولية للصليب الأحمر، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، مختارات من أعداد عام ٢٠٠٣.

IV - الاتفاقيات والقرارات الدولية:

- ١ - ميثاق الأمم المتحدة الموقع في ٢٦ يونيو ١٩٤٥ في سان فرانسيسكو، ودخل حيز النفاذ في ٢٤ أكتوبر ١٩٤٥.
- ٢ - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٩٦ د - ١ المؤرخ في ١١ ديسمبر ١٩٤٦، أعلنت أن الإبادة الجماعية جريمة بمقتضى القانون الدولي، تتعارض مع روح الأمم المتحدة وأهدافها، ويدينها العالم المتمدن.
- ٣ - اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، أتممت وعرضت للتوقيع والتصديق أو للانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٦٠ ألف (د-٣) المؤرخ في ٩ ديسمبر ١٩٤٨، تاريخ بدء النفاذ: ١٢ يناير ١٩٥١، وفقاً لأحكام المادة ١٣.

- ٤ - مبادئ التعاون الدولي في تعقب واعتقال وتسليم ومعاينة الأشخاص المذنبين بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، اعتمدت ونشرت على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٠٧٤ (د - ٢٨) المؤرخ في ٠٣ ديسمبر ١٩٧٣.
- ٥ - إتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٤٤/٢٥ المؤرخ في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩، تاريخ بدء النفاذ: ٢ سبتمبر ١٩٩٠، وفقاً للمادة ٤٩.
- ٦ - الحكم الصادر في ٢٧ يونيو ١٩٨٦، القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ST/LEG/SER.F/1, 1991-1948، منشورات الأمم المتحدة، ١٩٩٢.
- ٧ - قرار مجلس الأمن رقم ٨٠٨، الجلسة رقم ٣١٧٥، المنعقدة في ٢٢ فبراير ١٩٩٣ S/RES/808 (1993)، والمتعلقة بإنشاء محكمة دولية من أجل مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي التي ارتكبت في إقليم يوغسلافيا السابقة منذ عام ١٩٩١.
- ٨ - قرار مجلس الأمن رقم ٨٢٧ بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٩٣، المستند رقم S/25704، الخاص بإنشاء محكمة جنائية دولية لمحاكمة كبار مجرمي الحرب في يوغسلافيا السابقة.
- ٩ - القرار رقم ٩٣٥ لعام ١٩٩٤: الخاص بإنشاء لجنة الخبراء للتحقيق في الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني الواقعة بإقليم رواندا.
- ١٠ - قرار مجلس الأمن رقم ٩٥٥، الجلسة رقم ٤٥٣٥ المنعقدة في ٨ نوفمبر ١٩٩٤ S/RES/955، والمتعلقة بإنشاء محكمة دولية خاصة برواندا.
- ١١ - نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، اعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، بتاريخ

١٧ يوليو ١٩٩٨، الوثيقة رقم A/CONF.183/9، دخل حيز النفاذ بتاريخ ٠١ يوليو ٢٠٠٢.

الملتقيات العلمية:

١ - الدكتور عابد عبيد الزربعي، الجرائم الإسرائيلية المرتكبة في الأراضي الفلسطينية أثناء الحرب على غزة، مداخلة أقيمت بالملتقى الدولي المنعقد يومي ٢٤-٢٥ يونيو ٢٠٠٩ بجامعة عبد الرحمان ميرة حول الجرائم الدولية والمحكمة الجنائية الدولية، بجاية، الجزائر.

VI - مواقع شبكة الإنترنت:

١ - الجرائم التي يمكن لمحكمة نورمبرغ نظرها والبت فيها، وكذا مفهوم الإبادة الجماعية. (منشور على الموقع:

<http://www.ushmm.org/wlc/ar/article.php?moduleId=10007095>

٢ - فرجينيا شري، تقرير مجزرة قانا، قذائف عناقيد الغضب تسقط على أهداف مدنية، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.moqawama.org>

٣ - الدكتور محمد هاشم ماقورا، المحكمة الجنائية الدولية، منشور على الموقع: <http://www.Aladel.gov.ly/Main/Modules/Sections/Item.php?Itemid=278>

٤ - خطاب موجه إلى مجلس الأمن بالأمم المتحدة من مدعي المحكمتين الدوليتين ليوغسلافيا السابقة ورواندا، السيدة " كارلا ديل بونتي " ٢٧ نوفمبر ٢٠٠١، منشور على الموقع:

<http://www.ictt.org/speeches/deplonte271101sc.htm>

٥ - ليندا كيلر، هيئة المحلفين البلجيكية تصدر قرارها في الدعوى الخاصة بعمليات الإبادة الجماعية في رواندا، منشور على الموقع:

<http://www.ASIL.org/insights/insigh72.hTM>

٦ - المحكمة الجنائية تتهم البشير بالإبادة الجماعية بتاريخ ٣٠ فبراير ٢٠١٠، منشور على الموقع: <http://www.Ifhamdarfur.net/Note/Note1481>

ثانياً - المراجع باللغة الأجنبية:

I- Livres:

- 1 - Glaser (Stefan), Droit international Pénal Conventionnel, Bruylant, Bruxelles, 1970.
- 2 - Fauchille (Paul), Traité de Droit International Public, Tome 1, 8^{ème} édition, Rousseau, Paris, 1923.
- 3 - Lauterpacht, International law and Human Rights Under The Law, London, 1964.

II- Articles:

- 1 - John P. McMahon, Air Hijacking Extradition As a Deterrent, the Georgetown law journal, Vol 58, 1970, P 1135.
- 2 - Law reports of trials of war criminals, London office, 1947 - 1949 vol VI.
- 3 - Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, Advisory opinion of May 28 th, I.C.J Rep, Leyden Publishing Company, 1951.

III- Décisions et Rapports:

- 1 - Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Le Procureur c. Dusko Tadić, affaire n° IT-94 1 AR72, 2 octobre 1995 (Chambre d'appel du TPIY).
- 2 - Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its Forty-eighth session, Year Book of the International Law Commission, Document A/51/10 Volume II, 06 May -26 July 1996.

- 3 - Jugement, Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, affaire n° ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998(Chambre de premiere instance).
- 4 - Jugement de premiere instance, Le Procureur c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, affaire n° ICTR-96-3-T, Jugement et sentence, 6 dcembre 1999.
- 5 - Prosector v. Slobodan Milosevic, Indictment (Bosnia), Case No. IT-01-51-I, 22 Novembre 2001, para 06.

المقياس القانوني للديمقراطية

الدكتور/ فتحي زراري

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد الشريف مساعدي

سوق إهراس - الجمهورية الجزائرية

ملخص:

لقد تزايدت في عالمنا المعاصر أهمية الديمقراطية لعدة أسباب منها، ازدهار حقوق الإنسان، وأزمة المشروعية التي تعاني منها الكثير من الدول، لاسيما الدول النامية، وهذا ما أتاح الفرصة أمام الدول ذات المصلحة لأن تستخدم مسألة التحول الديمقراطي كوسيلة ضغط على الأنظمة التي لا تتفق مصالحها معها، وبالأخص تلك الأنظمة التي لا تقبل الدوران في فلكها. من جانب آخر، تستخدم الأنظمة غير الديمقراطية مسألة السيادة الوطنية واستنكار الضغوط الخارجية عليها باتجاه إحداث تحول ديمقراطي حتى تطيل من عمر بقائها.

في عالم تسوده مصالح متوافقة وأخرى متعارضة، لا بد من ظهور برامج سياسية مختلفة وأحيانا متناقضة، قد يلعب أصحابها على الكثير من الأصدقاء؛ حماية للمصالح الآنية والمستقبلية. أمام هذه الوضعية الدقيقة، ظهرت في العالم فكرة قياس مدى الديمقراطية بطريقة علمية من طرف جهات غير حكومية، وذلك حتى لا يكون وصف الديمقراطية عطية من الدول الكبرى لتلك الأنظمة التي ترضى عنها، في حين تنعت دول أخرى بالدول المارقة. من جانب آخر، تريد هذه المنظمات ومراكز الأبحاث قطع الطريق على تلك الأنظمة التي تتستر من وراء بعض المظاهر الديمقراطية في حين أنها لا تمت للديمقراطية بصلة.

على الرغم من كون بعض محاولات قياس الديمقراطية تتسم بكثير من الموضوعية متى كانت الدراسة بمعزل عن جماعات الضغط، إلا أنها في بعض الأحيان تتجاذبها تأثيرات تجعلنا نتساءل عن مدى مصداقية هذه

الدراسات، فلقد دأب "بيت الحرية - Freedom House"، مثلاً، على تصنيف إسرائيل ضمن الدول الحرة، في حين أن بعض الدول العربية التي تشهد الكثير من التحولات والحراك السياسي، لم تخرج من خانة الدول غير الحرة، ولم تصنف أبداً كدولة حرة ولو جزئياً في تقارير هذه المنظمة.

أمام مثل هذا الوضع، سعى هذا البحث إلى تقديم جملة من المعايير القانونية التي يمكن استخدامها كقاعدة لقياس الديمقراطية، مع تحري الموضوعية والمنطق السليم في اختيار المؤشرات وكيفية استخدامها لتصنيف الأنظمة، فقد قدم هذا البحث أربعين (٤٠) مؤشراً ضمن مجموعتين، إحدهما تتعلق بتنظيم السلطة، والأخرى تتعلق بتنظيم كيفية الوصول للسلطة.

مقدمة

تزايدت في عصرنا الحالي أهمية الديمقراطية أكثر فأكثر، وذلك بسبب عدة عوامل من بينها انتعاش حقوق الإنسان، وهجر النظريات غير الديمقراطية لتبرير مشروعية الحكم. لقد أصبحت الديمقراطية تفرض نفسها بقوة على الدول العربية بما في ذلك الجزائر؛ وذلك لكون إرادة الشعب أصبحت لها أهمية متزايدة.

لأجل ما تقدم، تسعى هذه الدول إلى تفاذي وصفها بغير الديمقراطية، لاسيما وأن بعضها يتعرض لضغوط دولية لأجل احترام المبادئ الديمقراطية. من جهة أخرى، تدعي دول أخرى حماية الديمقراطية لأسباب قد لا تمت بصلة للديمقراطية.

إن العالم أصبح تتحكم فيه مجموعات ضغط عالمية تحدد السياسات والاتجاهات والنماذج الديمقراطية وفق مبدأ الغاية تبرر الوسيلة، وأينما كانت المصلحة يكون السلام والديمقراطية، وأينما تم المساس بالمصالح يوجد الإرهاب والدكتاتورية، لذلك أصبحنا نشاهد العديد من الديمقراطيات داخل الدولة الواحدة، أصحاب اليمين يدعون إلى ديمقراطية مخالفة لأصحاب اليسار والعكس صحيح، والأحزاب تطالب بالديمقراطية، والسلطة كذلك تطالب بالديمقراطية لكن كليهما يختلف في تحديد معنى الديمقراطية.

إن أمريكا، على سبيل المثال، تطبق ديمقراطية خاصة في بلدها داخلياً، في حين تطبق ديمقراطية مختلفة كل الاختلاف على أرض العراق التي احتلتها بعد ارتكابها لجريمة العدوان التي لا يغفرها القانون الدولي مهما طال العهد، هذا في حين ترفع لافتة ضعف الديمقراطية والإرهاب صوب كل دولة تتعارض مصالحها معها.

لقد نحت أوروبا أيضاً نفس نحو الولايات المتحدة الأمريكية، إذ نجدها تدعو كذلك إلى الديمقراطية وتطبقها داخلياً، في حين تطالب بديمقراطية من نوع آخر في مستعمراتها السابقة.

علاوة على ما سبق فإن أغلب الدول التي تدعي الديمقراطية قد توجد فيها العنصرية والطبقية الاجتماعية والفقر والامية والجهل والرأسمالية المتوحشة والنخبوية المقيتة، هذا في حين تريد تفكير العالم وتسييره وفق مصالحها، فالكل يدعي الديمقراطية، لكن هل الكل يطبق الديمقراطية؟

إن الجواب صعب بسبب عدم وجود نظرية ديمقراطية واحدة متفق عليها بين دول العالم.

لقد بدأ الباحثون والمهنيون المتخصصون بالديمقراطية منذ بضعة عقود، التفصيل أكثر بخصوص الفرق بين الديمقراطيات الشكلية والديمقراطيات الأكثر عمقاً، ومع ذلك فإن كل أشكال الديمقراطية هذه لا تنفك عن عمقها التاريخي وهو المفهوم اليوناني القديم الملخص في عبارة "حكم الشعب".

إلى هنا يمكننا التساؤل عن النماذج الديمقراطية الرئيسية التي يمكن على أساسها استنباط المعايير القانونية للديمقراطية، ومن ثم وضع جملة من المؤشرات العملية لقياس الديمقراطية من منظور قانوني.

لبلوغ الهدف أعلاه قسم هذا البحث إلى مبحثين، يتشعب كل منهما إلى مطلبين، ويتفرع كل مطلب إلى فرعين. تناول المبحث الأول النماذج الأساسية للديمقراطية، وتناول الثاني المعايير القانونية للديمقراطية والتحول الديمقراطي؛ ليخلص البحث إلى جملة من النتائج التي تعرض سلماً للقياس القانوني للديمقراطية، ثم جملة من الأسئلة التي تشكل الإجابة عنها مؤشرات لمدى وجود أو تطور الديمقراطية في بلد ما.

المبحث الأول

النماذج الأساسية للديمقراطية

تصنيف الأنظمة السياسية الديمقراطية مسألة تتطلب بحثاً أفقياً موسعاً قد يفضي إلى عدد هائل من النماذج؛ لأن درجات الديمقراطية ومظاهرها التي تظهر بها والأسس التي تنبني عليها تتفاوت من فكر إلى آخر ومن نظام إلى آخر، فمحاولة النظر في جميع النماذج الديمقراطية يؤدي إلى غلبة النظرة السطحية ذات الهدف الإحصائي، فعلى سبيل المثال أحصى الباحثان "كوليه وليفيتسكي Collier et Levitsky" أكثر من خمسمائة وخمسين (٥٥٠) نموذجاً للديمقراطية^(١).

إن الهدف من هذا المبحث هو التعرض للتصورات الأساسية الأولى للديمقراطية التي اندثرت منذ قرابة ألفي سنة، والتي عادت كفكر في خضم عصر النهضة منذ أواخر القرن ١٦ خلال الصراع بين النظام الليبرالي ضد الطغيان والدولة المطلقة، ثم إعادة صياغة الفكرة الديمقراطية أواخر القرن ١٨ و١٩ في كل من النظامين الليبرالي والماركسي، فالهدف من هذا المبحث هو الرجوع إلى إرهاصات نشوء الفكر الديمقراطي، والبدايات الأولى للممارسة الديمقراطية من خلال تفحص نموذجين مفتاحيين للديمقراطية، وهما: النموذج الأثيني القديم، والنموذج الروماني القديم، ثم الوقوف على آخر تطورات الفكر الديمقراطي وتطبيقاته من خلال بيان الحد الأدنى للديمقراطية أو ما يصطلح عليه بالديمقراطية الانتخابية، ثم سبر أغوار أكثر الصور الديمقراطية تطوراً أو ما يصطلح عليه بالديمقراطية الليبرالية.

Lori HANDRAHAN, Gendering Ethnicity, London, Routledge, 2002, p.54.

(١)

المطلب الأول النماذج الديمقراطية الكلاسيكية

إن العصور القديمة هي مصدر التقاليد الأوروبية التي يرجع أصلها إلى اليونانيين القدامى تحديداً، والذين بنوا حضارة تجعل من الإنسان أساساً وغاية لها في آن واحد، هذه الفلسفة تلقتها روما القديمة ونشرتها في أنحاء أوروبا بفعل فرض الحضارة الرومانية عبر الغزو والتوسع^(١).

الفرع الأول ديمقراطية أثينا القديمة

الشائع في الفقه السياسي والدستوري أن كلمة ديمقراطية كلمة إغريقية الأصل، فهي تركيب من كلمتين هما (حكم الشعب)^(٢)، كما يتفق المؤرخون على أن اليونانيين هم صانعو أول ديمقراطية في التاريخ^(٣) إذ إن فكرة الديمقراطية موجودة في كتابات فلاسفة الإغريق القدامى، فقد كان أفلاطون مثلاً يرى أن مصدر السيادة هي الإرادة المتحدة للمدينة، وبذلك فإنه يتفق مع أرسطو الذي يعتبر أن السلطة لا تنبع من شخص الحاكم وإنما من الجماعة ذاتها^(٤)، لذلك فإن التركيز على هذا النموذج الديمقراطي الأول في التاريخ سوف يلقي بكثير من الضوء على منشأ الديمقراطية كنظرية وتطبيق.

(١) Jean-Louis CLERGIE, L'union européenne, Paris, DALLOZ, 7ème éd., 2008, p.2- 4.

(٢) أندري هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ج ١، ط ٢، بيروت، الأهلية للنشر والتوزيع، ١٩٧٧، ص. ٣٠٣.

(٣) سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ج ٢، ط ٣، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤، ص ٤٩.

(٤) محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ النظم السياسية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ١٨١.

عندما انتخب "صولون" لمنصب الأرخون الأول "Archonte éponyme" عام ٥٩٤ ق.م. انتزع السلطة المطلقة من النبلاء لينقلها إلى أرستقراطية جديدة تستند إلى الثروة لا إلى "النسب الحسن"، وتعد هذه الفكرة فكرة جديدة في ذلك العصر^(١)؛ لأنه انتقل بالبلاد من هيمنة طبقة واحدة على سلطة الدولة إلى مراعاة باقي مكونات المجتمع الأثيني - لاسيما الأغنياء والكادحين - في توزيع سلطة الدولة.

قسم "صولون" الشعب إلى أربع طبقات حسب قيمة مداخلهم السنوية، مقدرة بوحدة حجم مقدارها ٨٤,٥١ لتر من المحاصيل الجافة أو السوائل والتي يسميها الإغريق القدامى "ميدمين - médimne": الطبقة الأولى هم الذين تساوي مداخلهم أو تزيد عن خمسمائة (٥٠٠) وحدة، وهؤلاء هم وحدهم أهل للترشح للمناصب التسعة للأراخنة ويسمون "pentacosimedimnes"، الطبقة الثانية هم الفرسان "Hippeis" وهم الذين يتراوح دخلهم السنوي من ثلاثمائة (٣٠٠) وحدة إلى أقل من خمسمائة (٥٠٠) وحدة، الطبقة الثالثة يسمون "Zeugites" ويتراوح دخلهم ما بين مائتين (٢٠٠) إلى أقل من ثلاثمائة (٣٠٠) وحدة، هذه الطبقة والتي قبلها هم المؤهلون للترشح لمنصب القضاة الأدنى درجة من الأراخنة، أما الطبقة الرابعة والتي لا يزيد دخلها السنوي عن مائتي (٢٠٠) وحدة فيسمون الكادحون "Thètes" وهؤلاء لهم الحق في عضوية مجلس الشعب "Iecclésia" الذي يعقد اجتماعاته في الساحة الكبرى في أثينا المسماة "Agora"، كما يمكنهم انتخاب القضاة ومحاسبتهم، ولهم أيضاً أن يكونوا محلفين في المحاكم^(٢).

لقد انتقلت أثينا في عهد "صولون" من حكم نخبوي إلى حكم الشعب بفضل تحرير المواطنين، فالمواطن - كما يقول "أرسطو" - أصبح يمتلك - خلافاً

(١) Revue Des Deux Mondes, Tome Vingt-troisième (Dix-huitième Année) Paris, Bureau de la revue, 1884, p.434.

(٢) Charles AUGUSTE DESIRE FILON, op.cit., p.10.

للمقيم الأجنبي - سلطة سياسية، إذ إنه عضو في جمعية الشعب، وله أن يكون عضواً في هيئة المحلفين، لكنه ينبغي الانتباه إلى أن "صولون" كان حكيماً في عدم جعل إصلاحاته سبباً للصراع بين القوى الثلاث الأساسية في أثينا وهم الأرستقراطيون، الأثرياء، عامة الشعب، فبمقابل إنشائه لمجلس الشعب الأثيني الذي يعود إليه القرار في كافة الشؤون السياسية، أنشأ أيضاً مجلس الأربعمئة "La Boulé" الذي يضم المواطنين الأكثر غنى؛ بغرض الفحص التمهيدي ودراسة الشؤون التي يتم عرضها على مجلس الشعب؛ تسهياً لعمل هذا الأخير نظراً لكثرة عدد أعضائه، علاوة على ذلك تم الإبقاء على مجلس النبلاء "l'Aréopage" الذي يضم الأراخنة القدامى، ويهتم أساساً بالسهرة على احترام القانون وحماية النظام السياسي^(١).

بهذا الاعتبار، يمكننا القول أن "صولون" هو أب الديمقراطية بفضل النموذج الأثيني الذي بلوره من خلال المؤسسات السياسية والقضائية المبينة أعلاه، لكن هناك من يشكك في أحقية "صولون" لهذا اللقب لأن البعض، مثل المؤرخ الكبير "هيرودوت - Hérodote"، يميل إلى إعطاء هذا اللقب لرجل الدولة "كليستينيس - Kleisthenes" لأن إصلاحاته - على حد زعمه - يمكن اعتبارها الأصول الحقيقية للديمقراطية^(٢)، هذا في حين يرى أرسطوبان الملك "تيسي" هو أول من مال نحو الحكم الشعبي وتنازل بإرادته عن الملك^(٣).

في خلاصة بسيطة يمكن القول أن العوامل الأساسية التي أدت إلى نشوء ديمقراطية أثينا تتمحور حول عوامل جغرافية، اجتماعية، ثقافية، اقتصادية وسياسية، يمكن الإلماح لها بالقول أن أثينا مدينة صغيرة ذات كثافة سكانية عالية يسهل معها انتشار الأخبار والاتصال، عاشت فترة انتعاش اقتصادي

(١) Joint Association of Classical Teachers, The world of Athens, an introduction to1 classical Athenian culture, 2nd edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p.200.

(٢) PLUTARQUE, Les vies des hommes illustres, traduit en français par Dominique Ricard, Paris, Didier, 1844, p.85.

تدعم باقتصاد العبيد؛ مما جعل المواطن الأثيني أكثر اهتماماً بالشؤون العامة، لاسيما مع انتشار القراءة والكتابة في عالم قديم غلبت عليه الثقافة الشفوية. أمام هذا الواقع، جاء رجل واع بهذه العوامل استطاع أن يفعل (بكسر العين وشدها) هذه العوامل، من خلال تحرير المواطن من ربة العبودية لطبقة قليلة محظوظة بالنسب أو الثروة، فقسم السلطة تقسيماً متوازناً حل به الصراع الناتج عن مجتمع ذي مكونات متميزة ومتصارعة.

بلغة عصرنا يمكن القول إن "صولون" جعل السيادة بيد الشعب من خلال مجلس الشعب "LEcclesia" وجعل السلطة التنفيذية بيد الأراخنة بمختلف مهامهم العسكرية، الإدارية... مع دعم دور الأراخنة بمجلس تمكن مقارنته مع الدور الاستشاري لمجلس الدولة في الدول العاملة بنظام الازدواجية القضائية وهو مجلس الأربعمئة، هذا إضافة إلى مجلس قدامى الأراخنة الذي تمكن مقارنته بمجلس الشيوخ إلا أنه يتميز بكونه دائماً، إذ إن عضوية قدامى الأراخنة فيه هي عضوية مدى الحياة.

بهذا التصور الحكيم نشأ في أثينا نموذج ديمقراطي متميز، عكس خصوصيات المجتمع الأثيني آنذاك، هو ديمقراطية أثينا.

الفرع الثاني

ديمقراطية روما القديمة

تعد روما نموذجاً ديمقراطياً كلاسيكياً؛ لأنها لم تكن - هي الأخرى، على غرار أثينا - مجرد تقليد لغيرها من الديمقراطيات، بل كانت بلورة لعوامل خاصة بروما، وهذا ما يتبين من مميزات وعوامل نشأة ديمقراطية روما، كما يتبين من تلك المبادئ والأهداف التي ميزت روما الجمهورية عن غيرها من الكيانات ذات الحكم الشعبي.

عند النظر في المميزات الأولى لديمقراطية روما، وبعد التعرض إلى الديمقراطية الأثينية القديمة، لا بد من الانتباه إلى وجود نقاط تلاقي ونقاط اختلاف بين الحضارتين أو الدولتين وخصوصاً بين الديمقراطيتين، خاصة أن

الفصل الزمني لنشوء المدينتين ليس كبيراً قياساً مع أعمار الدول. بخصوص أبرز النقاط المشتركة بين نشأة أثينا ونشأة روما، يقول المؤرخ المشهور "بلوتارك" أنه كما كان الملك "تيسي" هو مؤسس أثينا، فإن الملك "روميلوس - Romulus" هو مؤسس روما، ويضيف أن كلا الملكين يشتركان في كونهما تحيط بهما الأساطير، فكل منهما اعتبر سليل الآلهة، كما أثر عن كل منهما أنه محارب شديد^(١).

الميزة الأساسية للرومان أنهم كانوا يقاتلون على الدوام ضد جميع الشعوب، لكنهم تميزوا أيضاً بميزة أخرى جعلت ملكهم ملكاً حيويًا قابلاً للانتعاش والازدهار، هذه الميزة تتمثل في أنهم مع كونهم شعباً متمسكاً بالتقاليد، إلا أنهم كانوا قادرين على أن يتنازلوا عن هذه التقاليد متى وجدوا خيراً منها، إضافة إلى ذلك فإن الظاهرة الملكية عند الرومان تميزت بأمر لم تتميز به الملكيات عند الشعوب الأخرى عبر التاريخ، وهو أن ملوكهم كانوا سلسلة غير متقطعة من الرجال العظام، كرجال دولة وكقادة حرب أيضاً^(٢).

عندما كانت ديمقراطية أثينا في انحدار، كانت روما تتجه نحو نموذج جديد للديمقراطية اختار له الرومان اسم "الجمهورية"^(٣)، في الفترة التي كانت أثينا تقاوم الطغاة الذين اغتصبوا فيها الحكم الديمقراطي مراراً، كانت روما تقاوم النظام الملكي لتضع له حداً بصفة نهائية^(٤).

إن كلمة "جمهورية" المترجمة إلى العربية من الكلمة ذات الأصل اللاتيني "République" أو "Republic" يرجع أصلها إلى الفترة التي طردت فيها روما آخر ملوكها "طاركان الرائع - Tarquin le Superbe" وهي تتألف من

PLUTARQUE, op.cit., p. 65. (١)

Charles de Secondat MONTESQUIEU, Considérations sur les causes de la 2 (٢)
randeur1 des romains et de leur décadence, Amsterdam, Arkstée et Merkus,
1761, p. 3.

Majid BEHROUZI, op.cit., p.22. (٣)

Louis SEGUR, op.cit., p. 95. (٤)

كلمتين "Res" والتي معناها باللاتينية "شيء أو شأن" و "Publica" ومعناها بنفس اللغة "عام" وهذا يعني بأن الحكم الجديد هو (شأن عام) ولا يتعلق فقط بفرد أو فئة^(١).

يعد الملك "سيرفيوس" أب الديمقراطية على غرار "صولون" الأثيني لكونه هو الذي وضع القواعد الأساسية للديمقراطية، كما يعود له الفضل في قوانين كثيرة تدعم الحرية لكنها - من حيث المبدأ - كانت تدعم الحرية الأرستقراطية^(٢)، أما القضاء النهائي على الحكم الملكي فيرجع إلى "الباتريسيين" المدعومين بالطبقات الشعبية الأخرى الذين لم يكتفوا بحكم القنصلين بدلا من الملوك، وإنما بالغوا أيضاً في إغراء الشعب بالحرية، وهذا ما فتح شهية العامة للحرية أكثر فأكثر، وجعلهم يعتقدون بأن فكرة وجود قنصلين غير كافية مادام منصب القنصل محجوزاً للطبقة النبيلة، فطالب الشعب بإنشاء منصب قضاة العامة "Tribuns" ليشاركوا القناصل سلطاتهم، وبعد صراع بين العامة والنبلاء اضطر النبلاء للإذعان لهذا المطلب عام ٤٩٣ ق.م. وتحولت الأرستقراطية شيئاً فشيئاً إلى ديمقراطية^(٣). كانت الجمهورية تعرف صراعا حادا بين النبلاء والعامة، لكنه ليس صراعاً يهدف إلى القضاء على النبلاء، بل يهدف فقط إلى الحد من طغيانهم والحصول على حقوق متساوية، وقد نجح الشعب في هذا المسعى من خلال تأسيس قضاة العامة^(٤).

ولتحرير الشعب من التبعية للنبلاء، ولتحرير المجالس الشعبية من هيمنة مجلس الشيوخ وجعل الحكم أكثر ديمقراطية، أدخل قضاة العامة طريقة جديدة

(١) WIKIPEDIA, LENCYCLOPÉDIE LIBRE, République, [en ligne], <http://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9publique#.C3.89tymologie> (page consultée le 09/09/2008).

(٢) Jules MICHELET, Œuvres, Tome Premier, Bruxelles, Meline Cans et Compagnie, 1840, p.195.

(٣) Charles de SECONDAT MONTESQUIEU, op.cit., p. 67.

(٤) Ibid., p. 309.

لجمع الأصوات، بجعل المجالس القبلية ذات تأثير أكبر في التصويت، كونها هي ممثل العامة أمام المجالس التي تمثل الأرستقراطيين والأغنياء، كما حرروا هذه المجالس من مجلس الشيوخ، وتولوا رئاسة جلساتها، واحتجزوا لأنفسهم صلاحية دعوتها للانعقاد^(١).

كل هذه التطورات كانت تصب في صالح العامة، لاسيما تحرير هؤلاء من هيمنة الطبقة الأرستقراطية، وجعل نظام الحكم أكثر ديمقراطية. يعكس ذلك نضال العامة من أجل التساوي مع النبلاء أمام القضاء وفي الحقوق السياسية، فهم لا يهدفون إلى قلب نظام الحكم أو شق عصى طاعة حكامهم، وإنما أرادوا أن يحكموا حسب مبادئ العدالة والمساواة، لكن عوضاً من أن يجدوا في حكامهم وقضاتهم آباءً للأمة، وجدوا صلابة وقسوة وحكماً بالهوى أكثر من كونه حكماً يراعي ما ضحت به العامة من أجل روما.

المطلب الثاني

النماذج العصرية للديمقراطية

يبحث هذا المطلب في فكرة الديمقراطية المعاصرة من حيث متطلبات كل نموذج ديمقراطي بغض النظر عن تعداد الأسماء؛ لأن ذلك يفضي - كما سبق ذكره - إلى عملية إحصائية أفقية لعدد كبير من النماذج المتباينة للأنظمة الديمقراطية التي تتقاسم نفس المتطلبات، فيؤدي ذلك إلى تضخيم البحث بعيداً عن غايته، إذ المطلوب هو استخلاص المتطلبات القانونية للديمقراطية، بهذا الصدد نلاحظ وجود معنى سهل التحقيق نسبياً للديمقراطية ألا وهو الديمقراطية الانتخابية، وهو معنى أدنى قليل العمق، وإن كان ضرورياً للولوج للمعنى الأكثر عمقاً، فالمعنى الأول أو الصورة الأولى للديمقراطية هي الديمقراطية الانتخابية، أما المعنى الأكثر عمقاً منه فهو الديمقراطية الليبرالية

(١) Louis de BEAUFORT, La république romaine ou plan général de l'ancien gouvernement de Rome, Tome sixième, Paris, Saillant, 1767, p.198.

وبينهما درجات عدة لا نرى ضرورة لذكرها؛ إذ الهدف هنا هو رسم الطريق نحو المعنى الأعظم بالمرور عبر المعنى الأقل عمقاً، وبذلك تنجلي ملامح الديمقراطية فكراً وتطبيقاً في العصر المعاصر، وسوف يتم التركيز على هذين النموذجين أخذاً بعين الاعتبار تاريخ مهم هو تاريخ نهاية الحرب الباردة، فعقب انتهاء هذه الحرب عام ١٩٨٩ بين المعسكرين الشيوعي والرأسمالي، نشطت حركة الديمقراطية في العالم، وتزايد عدد الدول الديمقراطية بفعل التأثير بالمعسكر الرأسمالي الذي خرج منتصراً من الحرب الباردة، لكن تزايد عدد الدول التي مستها الديمقراطية لا يعني أن جميع الدول الديمقراطية على قدم المساواة من حيث الوفاء بالمتطلبات الديمقراطية، فبين الدول الديمقراطية بالحد الأدنى للعبارة أو كما يسميها الفقه الأنجلوسكسوني "minimalist democracies" وبين الدول الراسخة في الديمقراطية أو التي أصطلح على تسميتها الديمقراطيات الليبرالية "liberal democracies" هناك درجات متفاوتة من الوفاء بمتطلبات الديمقراطية، بالقياس مع النموذج الأكثر تطوراً وهو النموذج الليبرالي.

في خضم هذا الفصل لا بد من عدم إضاعة تلك الصلة الجوهرية بين النماذج القديمة للديمقراطية، فكما يقول الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب فإن "الديمقراطية اليونانية القديمة تختلف جوهرياً عن الديمقراطية المعاصرة الحديثة ولكنها أصلها التاريخي"^(١).

الفرع الأول الديمقراطية الانتخابية

من بين كبار المفكرين الذين عرفوا الديمقراطية بالحد الأدنى لها والتي تسمى اليوم ديمقراطية انتخابية، نجد المفكر "جوزيف آلو شامبيتر - Joseph Alois Schumpeter (1883- 1950)" الذي لا يفترض أن المنافسة السياسية

(١) محمد رفعت عبد الوهاب، الأنظمة السياسية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥، ص ١٥٥.

تكون عادلة تماماً، بل إنه يشبه التنافس السياسي بالمنافسة التجارية التي لا تكون عادلة دائماً؛ إذ قد يكون هناك غش أو إظهار كاذب أو شركات كبرى تضغط على شركات صغرى للسيطرة على السوق.. الخ، لكن على الرغم من ذلك فإنه كما توجد في عالم الاقتصاد إجراءات تحول دون تحكم هذه المثبطات في المنافسة الاقتصادية، فكذلك المنافسة السياسية لا بد لها من إجراءات تضمن عدالتها رغم ما قد يعتري الحياة السياسية من إكراه وغش أيضاً^(١). إن الإجراءات التي يشترطها "شامبيتر" من أجل توافر قدر مقبول من المنافسة السياسية تتمثل في جملة من الشروط التي يمكن من خلالها لحزب معارض أو مرشح معارض من أن يتمتع بفرصة معقولة في أن يهزم الحزب الحاكم أو المرشح الحاكم في الانتخابات^(٢)، فهذا هو الاختبار الذي يضع الشروط المتوافرة على المحك، ويمتحن نجاعتها في توفير فرصة للمعارضة بأن تصل للحكم أو على الأقل بأن تشارك فيه، وإذا لم تتمكن المعارضة من تحقيق هذا الهدف، فإن ذلك يجب أن يكون بسبب تفضيل الناخبين لمن هو في الحكم، وليس بسبب الإكراه أو التزوير في الانتخابات.

في أحد التقارير المنشورة لها، تبين منظمة "فريدم هاوس" أنه لكي تكون دولة ما مؤهلة كدولة ديمقراطية انتخابية لا بد أن يكون لها نظام تعددية حزبية تنافسي، وأن يكون الاقتراع عاماً وسرياً، وأن تنظم انتخابات دورية بعيدة عن عمليات الغش التي تشوه إرادة الشعب^(٣)، فهذه الشروط الأولية للديمقراطية هي التي تعطيها معناها بالحد الأدنى.

(١) Joseph Aloïs Schumpeter, Capitalism, socialism and democracy, 3rd ed., New 2 York, Harper and Brothers, 1950, p. 259.

(٢) Alan SIAROFF, Comparing political system regimes, Peterborough ON.,3 Broadview Press, 2005, p.64.

(٣) FREEDOM HOUSE, freedom in the world: 2009, setbacks and resilience, en ligne], http://www.freedomhouse.org/uploads/fiw09/FIW09_OverviewEssay_Final.pdf (Page consultée le 25/02/2009).

الفرع الثاني

الديمقراطية الليبرالية

في بداية هذا الفرع لابد من رسم الفرق بين المذهب الليبرالي والديمقراطية الليبرالية. المذهب الليبرالي هو اتجاه فكري يبحث عن التأثير في قوانين وسياسات الأنظمة السياسية سواء كانت ديمقراطية أم لا^(١). تقوم الليبرالية على تقديس حرية الفرد واعتبار تدخل الدولة غير مرغوب فيه في ظل نظام يأخذ بمبدأ (دعه يعمل دعه يمر) "Laissez-faire laissez-passer"^(٢). الليبرالية، إذن، مذهب يقوم على تقديس حرية الفرد في الإنتاج، وهذا ما قصده "آدم سميث – Adam Smith" من قوله "دعه يعمل...،" كما يقوم على تقديس حرية الفرد في توزيع ما أنتجه، وهذا هو المقصود من تتمة قوله "...دعه يمر". فالمذهب الليبرالي يقوم أساساً على الحرية في الجانب الاقتصادي، لكنه يصعب الفصل بين الاقتصادي والسياسي؛ لذلك فإن الحرية الاقتصادية تحتاج إلى التأثير في القوانين والسياسات بما يخدمها.

بهذا المعنى يكون المذهب الليبرالي أبعد مدى من الديمقراطية الليبرالية التي ما هي إلا نوع من الأنظمة السياسية، غير أن الديمقراطية الليبرالية أكثر قوة في التأثير على النظام السياسي من حيث إنها "نظرية دستورية تستخدم لتبرير النظم السياسية التي تقوم على مزيج من الممارسات لاسيما تقييد الحكومة ومساءلتها"^(٣). يمكن القول أيضاً أن مصطلح الليبرالية السياسية يستخدم في معنيين مختلفين، فمن جهة تستعمل هذه العبارة وصفاً لمجتمع يتمتع مجموع أفراده بحقوق المواطنين، ومن جهة ثانية تستعمل هذه الكلمة

(١) Richard VERNON, Political morality; a theory of liberal democracy, London, 2 Continuum International Publishing Group, 2001, p.168.

(٢) عبد الله بوقفة، السلطة التنفيذية بين التعسف والقيود، دراسة مقارنة تاريخية، قانونية وسياسية، عين مليلة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٦، ص ٧٤-٧٥.

(٣) Richard VERNON, loc.cit.

للإشارة إلى نظام سياسي يتمسك بالاقتراع العام المباشر والتعددية الحزبية وحرية الرأي العام^(١).

يرى بعض الفلاسفة المعاصرين أمثال فرانسيس فوكوياما - Francis Fukuyama (1952) أن الاتفاق على الديمقراطية الليبرالية سيؤدي إلى انتهاء الصراعات الإيديولوجية، وبذلك فإنه يرى فيها النموذج الديمقراطي الوحيد المقبول أو على الأقل النموذج الذي يمكن أن يحقق إجماعاً حوله^(٢).

يرى البعض في الليبرالية السياسية نظاماً سياسياً مناسباً لقيم العصر، في إطار تعدد التصورات فيما يخص معنى الخير^(٣)، فالمجتمعات الديمقراطية المعاصرة تجد تجسيدها السياسي والمؤسساتي في تصور سياسي حيادي لقيمة العدل، وذلك في إطار تعددية تصورات الخير^(٤). فبين الحياض في تصور العدل والتعددية في تصور الخير، يعتبر الفيلسوف "جون رولس - John RAWLS" * أن المقصود من "التصورات العقلانية للخير" هي تلك التصورات المتفقة مع الحقوق الأساسية للإنسان ومع تصورنا المشترك للعدل^(٥).

يضيف ذات الفيلسوف أن هذه التصورات العقلانية يرجع أساسها إلى الخيارات العقلانية للأفراد في ظل شروط الاختيار الحر^(٦). بهذا التصور المثالي

(١) عبد الله بوقفة، مرجع سابق، ص ٧٢.

(٢) فرانسيس فوكوياما، نهاية التاريخ وآخر إنسان، ترجمة وتعليق د. حسنين الشيخ، ط ١، بيروت، دار العلوم العربية، ١٩٩٣، ص ١٠ وما بعدها.

(٣) Samuel PERLAS, La démocratie libérale en procès, Paris, LHarmattan, 2006, p. 119.

(٤) Idem.

* يعد "جون رولس" (١٩٢١-٢٠٠٢) الأمريكي ونظيره "جورغن هابرماس" (١٩٢٩-) الألماني الفيلسوفان الأكثر تأثيراً في الفلسفة المعاصرة منذ ثلاث عشرات، نقلاً عن "بجارن مالكفيك - Bjarne Melkevik":

Bjarne MELKEVIK, Rawls ou Habermas: une question de philosophie du droit, Québec,

Presses Université Laval, 2002, p.21.

(٥) Idem.

(٦) Ibid., p.120.

للبرالية السياسية فإنها تصبح - بحق - موجه للقيم السياسية لاسيما قيم التسامح والوسطية والإنصاف^(١).

يشرح الفيلسوف "رولس" علاقة هذه القيم الثلاث بالعدل والخير العام بقوله: "إن قيم التعاون السياسي التي تجعل نظاماً دستورياً ممكناً هي قيم عليا. أقصد بذلك، على سبيل المثال، قيمة التسامح - أي الاستعداد للانضمام للآخرين في منتصف الطريق - وقيمة الاعتدال وروح الإنصاف، فعندما تنتشر هذه القيم الثلاث في المجتمع وتكون أساساً لتصوره السياسي للعدالة فإنها تشكل خيراً عاماً جوهرياً وجزءاً من التراث السياسي للمجتمع"^(٢).

تختلف الديمقراطيات الليبرالية في التنظيم المؤسسي للدولة، وإن كانت تتفق إلى حد كبير في القيم التي تنبع منها، فليس للديمقراطيات الليبرالية نفس الدستور، لكنه يمكن القول أن للديمقراطيات الليبرالية المعاصرة جملة من المظاهر الأساسية التي تميزها، والقائمة على مجموعة من المبادئ التي تبين كيفية تنظيم المجتمع، وللوقوف على هذه المظاهر - في جملتها على الأقل - يمكننا أن نفرق بين الحياة الخاصة والمشاركة في الحياة العامة وتوفير السلامة والرعاية للمواطنين الأكثر حرماناً، هذه الأبعاد الثلاثة تشكل مظاهر تتقاسمها الديمقراطيات الليبرالية وإن كانت بدرجات متميزة.

Idem.

(١)

John RAWLS, Libéralisme politique, Paris, PUF, 1995, p.197.

(٢)

المبحث الثاني المعايير القانونية للديمقراطية والتحول الديمقراطي

على الرغم من اختلاط عناصر دولة القانون مع ضمانات بقاء هذه الدولة واستمرارها، فإن هذا المبحث يحاول بيان ما يعد من أهم مقومات أو عناصر خضوع الدولة للقانون، مع الأخذ بعين الاعتبار أن وجود جميع العناصر يعني الوصول بنظام دولة القانون إلى صورته المثالية، وإن إغفال أحد هذه العناصر لا ينفي عن الدولة صفتها هذه وإنما يعني عدم اكتمال الصورة النموذجية لها. إن النظام الديمقراطي لا يشكل ضماناً لدولة القانون فحسب، وإنما يعني غيابه غياب دولة القانون؛ لأن استقرار فكرة اختيار الحكام من قبل المحكومين، وقدرة هؤلاء على مراقبتهم وإمكانية محاسبتهم تجبر الحكام على احترام القانون خوفاً من سخط الرأي العام وطمعاً في رضاه^(١)، بهذا المنظور، فإن التأكيد على دولة القانون يشكل أحد العوامل المهمة لتقدم الديمقراطية.

في محاولة لتجميع شتات عناصر دولة القانون وعناصر النظام الديمقراطي، يتم تناول تنظيم السلطة في مطلب أول، وتنظيم الوصول للسلطة في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول تنظيم سلطة الدولة

لقد أصبحت من مسلمات الفقه السياسي والدستوري، بل من بديهياته، أن الدولة لا تقوم إلا بوجود سلطة، فكما أن الحرية ضرورية فالسلطة أيضاً ضرورية، لكنه في معرض الحديث عن الدولة الديمقراطية لا مناص من أن تكون هذه السلطة منظمة بقانون يوازن - باعتدال - بين السلطة والحرية. لقد خبر

(١) محمد كاظم المشهداني، القانون الدستوري: الدولة، الحكومة، الدستور، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ٢٠٠٨، ص. ٦٦.

التاريخ نماذجاً وأمثلة جمة عن السلطات المستبدة التي أهدرت الحريات، لكنه أحياناً يطالعنا بأمثلة لسلطات ضعيفة؛ لأن الحرص على الحرية أحياناً قد يضعف كفة السلطة. فعلى سبيل المثال، كانت سلطة الجمهورية الفرنسية في ظل دستور ١٩٤٦ ضعيفة؛ لأن الدستور أقام - باسم الحرية - جمهورية بدون سلطة قوية، لذلك توجب إصلاحات لربط الحرية بالسلطة، وإنشاء جمهورية ذات سلطة قوية^(١)، فتنظيم السلطة يدخل في إطار ربط السلطة بالحرية، وربط الدولة بالقانون، إذ في إطار دولة القانون يسود القانون الجميع، حكماً ومحكومين، ويصبح الحكم الديمقراطي قاب قوسين أو أدنى، ذلك أن دولة القانون وإن كانت غاية ومطلباً عزيزاً إلا أنها لا تعني بالضرورة أن الدولة ذات حكم ديمقراطي.

الفرع الأول الديمقراطية ودولة القانون

التحليل النظري للروابط الموجودة بين دولة القانون والديمقراطية يفضي إلى علاقة وطيدة بين الاثنين دون أن تصل إلى حد التلازم بينهما، فإذا كان عدد من الكتاب يعترفون بأنه لا ديمقراطية إلا الديمقراطية الليبرالية فهم متحفظون حول وجود توافق على المبدأ الديمقراطي في إطار النظرية الليبرالية، فحسب رأي سائد فإنه من الممكن أن نتصور دولة قانون لا تكون ديمقراطية، في حين أن العكس يكون من الناحية التصورية مستبعداً^(٢).

لعل الفيلسوف الألماني "جورغن هابرماس - Jürgen HABERMAS (1929)"، الذي يعتبر الفيلسوف الرسمي للاتحاد الأوروبي، يرى ويدلل على وجود رابط تصوري داخلي بين الديمقراطية ودولة القانون، ويستبعد أن تكون

(١) ilvano AROMATARIO, La pensée politique et constitutionnelle de Michel Debré, Thèse publiée, Paris, L.G.D.J., 2001, p.255.

(٢) Luc HEUSCLING, Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law, Thèse publiée, Paris, ALLOZ, 2002 p. 433- 596.

العلاقة بين الاثنين علاقة تاريخية احتمالية^(١). يدافع "هابرماس" عن أطروحته قائلاً: "إن النظام السياسي لا يمكن له أن يتطور إلا بتقنين مؤسساتي في شكل حقوق أساسية، لأجل ذلك فإن النظام الدستوري الألماني، من خلال فكرته عن دولة القانون، استطاع في وقت أول أن يقيم رابطاً جد مباشراً بين الحريات المؤسسة على القانون والسلطة المنظمة للدولة، فدولة القانون لا بد أن تضمن الحرية في الحياة الخاصة لمواطنيها والمساواة القانونية بينهم^(٢)."

من الكتاب العرب من ينحو نحو الفيلسوف الألماني "هابرماس" ويحاول ربط الديمقراطية بدولة القانون لاسيما بالدولة الدستورية، أي الدولة التي تستمد سلطاتها العامة شرعيتها من الدستور، فالدكتور "محمد المجذوب" يرى أن هناك صلة وثيقة بين الدستور والديمقراطية، فالديمقراطية لا تتحقق ولا تزدهر إلا في ظل النظام الدستوري، كذلك فإن الدستور وليد الديمقراطية التي شجعت قيام الحركة الدستورية وتعهدت، بعد القضاء على الحكم الفردي المستبد، بالخضوع لأحكام القانون الذي يستمد أصوله من الإرادة الشعبية، لهذا، يضيف ذات الكاتب، تعتبر الديمقراطية نظاماً دستورياً أو نظاماً مقيداً بدستور تنبثق منه كل القوانين النافذة في الدولة^(٣).

مهما تكن النقاشات الفلسفية حول العلاقة بين الديمقراطية ودولة القانون، وإذا كان ممكناً من الناحية التصورية تخيل دولة قانون لا تكون بالضرورة

(١) ينظر في هذا الموضوع، مثلاً:

- Laurant LEMASSON, «La démocratie radicale de Jürgen HABERMAS entre socialisme et anarchie», in Revue française des sciences politiques, volume 58, n°01 (février 2008), p.39-40.

- Jürgen HABERMAS, Droit et démocratie: entre faits et normes, traduit de l'allemand en français par R. ROCHLITZ et C. BOUCHENDHOMME, Paris, Gallimard, 1997, p.480.

(٢) Jürgen HABERMAS, «L'Etat de droit indissociable de la démocratie: 2 problèmes politiques et sociaux», in Revue de l'Etat de droit, n°898 (mars 2004), p.100.

(٣) محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان (وأهم النظم الدستورية والدستورية في العالم)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ٨٠.

ديمقراطية، إلا أن مثل هذا الاحتمال مستبعد في الواقع إلا في إطار حكم راشد أو في إطار ما يسميه (محمد عبده) المستبد العادل أو المستنير، كذلك فإن هذا البحث لا يمكن إلا أن يعرج على دولة القانون التي بدونها لا تكون الديمقراطية وذلك بإجماع الفقهاء والفلاسفة، لذلك فإن متطلبات الديمقراطية لا يمكن أن تتنكر لدولة القانون بأي حال من الأحوال.

الفرع الثاني تنظيم الوصول للسلطة

تعتمد طبيعة الصراع على السلطة على طبيعة العلاقة بين النخب السياسية الحاكمة وبين القوى السياسية، ومدى قدرة هذه الأخيرة على المشاركة السياسية، وعلى أساس الطابع الذي يأخذه الصراع على السلطة تتحدد كيفية تداولها.

بقدر ما يعبر التداول أو التناوب على السلطة عن عمق الديمقراطية ورسوخ قواعدها ومؤسساتها وآلياتها، فإن الثورات والانقلابات تمثل نتيجة طبيعية لعجز المؤسسات السياسية عن تنظيم عملية التعاقب على السلطة، كما يدلل التعاقب الثوري والانقلابي على انحياز النظام السياسي في الصراع الاجتماعي، وعدم حياده إزاء مطالب المشاركة السياسية للقوى السياسية، فالثورات والانقلابات ترتبط أشد الارتباط بتصاعد مطالب المشاركة السياسية، وعدم توفر المؤسسات السياسية القادرة على استيعابها وانغلاقها وذلك لصالح قوة اجتماعية منظمة في إطار قوة سياسية، مما يؤدي إلى ضعف وتحلل شرعية النظام السياسي، ويقود إلى تزايد اللجوء للعنف كوسيلة لتحقيق أهداف هذه القوى؛ إذ إن غياب الثقافة السياسية أضعف قدرتها على فرض تسوية بين القوى الاجتماعية المتصارعة بشأن وسائل العمل السياسي وآليات فض النزاعات السياسية ينال من، أو على الأقل، يحول دون استقلال المؤسسات السياسية إزاء الصراع الاجتماعي حتماً، مما يدفع نحو قمع كل قوى المعارضة، وعدم السماح لها بالمشاركة التي تفترض وجوب استقلالية النظام السياسي ومؤسساته، وامتلاكه الفاعلية في التوسط بين القوى الاجتماعية المتصارعة، وهكذا فإن عدم انفصال

النظام السياسي عن الصراع الاجتماعي وعدم حياده بين القوى الاجتماعية ينم عن الحاجة لاختيار أسلوب التعاقب الثوري والانقلابي من أجل تسلم السلطة والوصول إلى مواقع الحكم من جانب القوة السياسية.

في الأنظمة السياسية الديمقراطية، تتألف الصورة السياسية للبلد من حكومة تزاوّل السلطة، ومن معارضة تراقبها وتنقدها وتنافسها وتسعى إلى إبعادها عن السلطة في دورة انتخابية قادمة، وضمن هذه الصيرورة تكون المعارضة جزءاً من النظام السياسي.

من أبرز الأعمال في إطار تحديد معايير الانتخابات الديمقراطية وأكثرها شمولاً ما قام به "ديفيد باتلر - David Butler (1924-)" وآخرون، فالانتخابات العامة الديمقراطية تستند إلى شروط ستة، هي: حق التصويت العام لكل المواطنين البالغين، دورية الانتخابات وانتظامها، عدم حرمان أي جماعة من تشكيل حزب سياسي أو من الترشح للمناصب السياسية، حق التنافس على كل مقاعد المجالس التشريعية، حرية إدارة الحملات الانتخابية بطريقة لا يحرم فيها القانون ولا وسائل العنف المرشحين من أن يعرضوا آرائهم وقدراتهم ولا تحرم الناخبين من مناقشة تلك الآراء، وكذا تمكين الناخبين من الإدلاء بأصواتهم وسط جو من الحرية والسرية، وفرز الأصوات وإعلانها بشفافية، علاوة على تمكين المنتصرين من مناصبهم السياسية حتى وقت الانتخابات التالية^(١).

المطلب الثاني التحول الديمقراطي

الديمقراطية لم تعد نوعاً من الخيال الفكري لاسيما في نظر مجتمعات ينتشر فيها التسلط، بل باتت خياراً بين الشرعية السياسية أو انعدامها لأي

(١) David BUTLER, Howard R. PENNIMAN and Austin RANNEY, Democracy at the polls: a comparative study of competitive national elections, Washington and London: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1981, p. 2-3.

نظام سياسي في عالم اليوم. الهدف الأساسي من هذا المطلب هو الاستفادة من تجارب الآخرين، واستخلاص العبر والدروس في إنجاز عمليات انتقال ديمقراطي حقيقي لاسيما في الدول العربية والإفريقية، وتجدر الإشارة، بدايةً، إلى أنه ليست هناك طريقة واحدة متفق عليها أفرزتها تجارب الانتقال الناجحة في جنوب وشرق أوروبا وجنوب شرق آسيا وأمريكا اللاتينية وأفريقيا، في العقود القليلة الماضية، بل إن طرق التحول الديمقراطي الحقيقي متنوعة بتنوع هذه التجارب واختلاف ظروفها.

الفرع الأول شروط التحول الديمقراطي

لعل تعدد العوامل المؤثرة في عمليات التحول، وتفاوت آثارها باختلاف المكان والزمان يُفسّر إلى حد كبير ظهور أكثر من سيناريو للتغيير والانتقال الديمقراطي، هذا إلى جانب أن العامل الخارجي لعب دوراً مؤثراً في دعم أو عرقلة الكثير من حالات الانتقال، ومن ثم لا مناص من تتبع آثاره في الكثير من الحالات^(١).

أما عن شروط التحول الديمقراطي، فمن الأسئلة المعتبرة المطروحة للمناقشة بطريقة علمية هو سؤال "دانكوارت رستو Dankwart Rustow - " الذي طرح السؤال التالي: " ما هي الشروط التي تجعل الديمقراطية ممكنة؟ وما هي الشروط التي تجعلها تنجح؟"^(٢). رغم أن هذا السؤال طرحه "رستو" في مقالة نشرت في السبعينات إلا أنه يجدر إلقاء مزيد من الضوء عليها؛ لأنها

(١) المرصد العراقي، مداخل الانتقال إلى نظم الحكم الديمقراطية، [على الإنترنت]، <http://www.baghdadtimes.net/Arabic/uploaded/doc/marsad33477.doc>

(صفحة أطلع عليها يوم ٠١/١١/٢٠٠٩).

(٢) Dankwart RUSTOW, »transitions to democracy: toward a dynamic model«, in comparative politics, vol.2, N°. 03 (April 1970), p. 337.

تعتبر مرجعاً مهماً في الانتقال الديمقراطي، كما أنها شكلت البداية لترسيم نظرية مهمة عن التحول الديمقراطي، وتعد إضافة معتبرة للنظريات الديمقراطية.

ليس هناك إجماع بين المفكرين حول تلك الشروط التي تجعل التحول الديمقراطي ممكناً في بلد ما، ولعله يمكن إلقاء نظرة خاطفة على التعليقات المختلفة للتحول الديمقراطي من خلال ثلاثة أنواع أساسية من التبرير، أحد هذه التبريرات هي التي قدمها "ليبست - Lipset" و"فيليبس - Philips" وغيرهما الذين يربطون الديمقراطية المستقلة بظروف اجتماعية واقتصادية مثل الدخل الفردي، التعليم المنتشر، وسكن المناطق المدنية، نوع ثان من التعليل يكمن في الحاجة إلى اعتقادات معينة أو سلوك نفسي بين المواطنين، أما النوع الأخير فينظر إلى سمات معينة في البنية الاجتماعية والسياسية، حيث يؤكد العديد من العلماء على أن النزاع والمصالحة ضروريان للديمقراطية^(١).

ينتقد "روستو" هذه التفسيرات ويحاول أن يصل إلى نموذج ديناميكي للعوامل التي تنتج الديمقراطية، فهو يرى أن عملية التحول الديمقراطي هي عملية من الممكن أن تحدث في ظل ظروف تجتمع فيها عدة عوامل بطريقة غير مبرمجة، ويحدث الانتقال إلى الديمقراطية عند دخول نظام الحكم لدولة ما في أزمة شرعية، الأمر الذي يؤدي إلى حدوث انقسام بين النخب السياسية، أي بين من يريد أن يستمر النظام القديم (النخبة الحاكمة) وبين من يريد تغيير النظام (المعارضة)^(٢).

على الرغم من جميع ما يميز مقالة "روستو"، إلا أن ما قد يؤخذ عليها أنها من النظريات التي تركز على النخب، فقد اعتمد على دور النخب في الانتقال الديمقراطي، فهو يرى أن الانتقال يأتي من أعلى، وهنا ينبغي التنويه إلى أنه على الرغم من أهمية دور النخب في عملية التحول الديمقراطي إلا أنه تجاهل دور الجماهير العريضة التي تعامل معها تعامل المتأثر أكثر من كونها لاعباً أساسياً في التحول الديمقراطي.

Idem.

(١)

Ibid., p. 360-363.

(٢)

بصفة عامة، وبلاستفادة من مختلف التفسيرات، يمكن القول أن ثمة شرائط أساسية لعملية التحول الديمقراطي، أهمها: الشرط الإيديولوجي، الشرط الاجتماعي، الشرط الوطني والشرط الاقتصادي.

أولاً - الشرط الإيديولوجي: لا تعني الدساتير الديمقراطية انعدام إيديولوجية يفسر في إطارها الدستور دون أن يتحول بالضرورة إلى دستور برنامج كما كان الحال بالنسبة للدول الشيوعية والاشتراكية، لكن المقصود هنا بالشرط الإيديولوجي هو وجود إجماع وطني على المفاهيم الأيديولوجية للديمقراطية؛ بهدف انتهاز آداب السلوك الديمقراطي السليم، وينبغي في هذا الشأن أن تكون القيادات داخل الدولة في مقدمة المطبقين لآداب ذلك السلوك، وهو الأمر الذي يمكن أن يساعد المجتمع على الالتزام بقواعد السلوك العام والتطبيق المتنامي للمواثيق والقوانين. وفقاً لما تقدم، لعل الأمل يكون معقوداً على أن عملية التحول الديمقراطي في الدول ذات الأنظمة غير الديمقراطية يمكن أن تتم على مرحلتين، تتعلق الأولى بالتحول الليبرالي، أي أن يتم التأكيد على قدر مناسب من الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد والجماعات في مواجهة السلطة الحاكمة، أو بعبارة أخرى ضمان عدم تعسف السلطة وانتهاكها للشرعية السياسية^(١)، ولم يكن من الممكن انتشار الأفكار الليبرالية في مختلف دول القارة الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية لو لم تكن متفكة إلى أبعد الحدود مع حرية الفرد التي قادته إلى محاربة الاستبداد على الصعيد السياسي، وإلى العقلانية على الصعيد المعرفي، وإلى العلمانية، وتحرير المرأة، والديمقراطية التي تشكل التخطيط الديالكتيكي لهذه الليبرالية^(٢).

- (١) إبراهيم أحمد نصر الدين، "التنمية والإصلاح السياسي وتعزيز حقوق الإنسان كمدخل وقائية لحل مشكلات اللاجئين في أفريقيا"، برنامج الدراسات المصرية الأفريقي، القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، يونيو ٢٠٠٥، ص ١٢.
- (٢) توفيق المدني، التوتاليتارية الليبرالية الجديدة والحرب على الإرهاب، دمشق/ منشورات اتحاد الكتاب العرب، ٢٠٠٣، ص ٧-٨.

لقد جاءت الليبرالية الجديدة بمنهاج جديد لإدارة الرأسمالية في زمن العولمة، منها استقطاب رؤوس الأموال والتدفقات الاستثمارية ولو على حساب العالم الثالث، لاسيما نحو الولايات المتحدة الأمريكية، وتوجيه العالم نحو قطب وحيد تسمى الدول الخارجة عنه دول فاشلة أو محاور شر، والتي لا تتورع عن استخدام قوتها العسكرية ضدها ولو خارج الشرعية الدولية، وذلك تحت حجج واهية في كثير من الأحيان أبرزها حجة الإرهاب كما هو الحال في حربها على العراق، وما تسميه حربها على الإرهاب سواء في أفغانستان أو في منطقة القرن الأفريقي^(١). يبدو أن التحركات الأيديولوجية المتناقلة للعديد من الدول الأفريقية فيما يتعلق بتبني الليبرالية السياسية من أجل إحداث التحولات السياسية كانت صعبة وعسيرة على تلك الدول، وهو نتاج طبيعي لمحاولات استنساخ تلك الأيديولوجيا الغربية في بيئة مغايرة، كما تجدر الإشارة إلى أن المسألة الأيديولوجية في أفريقيا تشير إلى فشل كل من التوجهات الاشتراكية والرأسمالية في القارة الأفريقية؛ حيث لا توجد طبقة عمالية وطنية (بروليتاريا) يمكن أن تشكل قاعدة للتحويل الاشتراكي، كما لا توجد طبقة رأسمالية وطنية يمكن أن تشكل قاعدة للتحويل الرأسمالي، ويرجع ذلك إلى تخلف البنية الاقتصادية والاجتماعية في الدول الأفريقية، وتغلب الاختلافات الإثنية، الدينية والإقليمية على الحياة السياسية الأفريقية^(٢). أما المرحلة الثانية من التحول الديمقراطي هي أن يتم الانتقال نحو الليبرالية السياسية من خلال عملية تدريجية تفضي في النهاية إلى إقامة نظام ديمقراطي، وذلك من خلال توفير متطلبات الحكم الديمقراطي.

ثانياً - الشرط الاجتماعي: يتمثل في ضرورة الحد من الولاءات التحتية (قبلية، إثنية... إلخ) لصالح الولاء الوطني، والهدف المبدئي في هذا السياق هو اندماج جميع الجماعات المهمشة (إثنية، قبلية، دينية...) داخل نظام الدولة وفي

(١) المرجع السابق، نفس الصفحات.

(٢) إبراهيم أحمد نصر الدين، مرجع سابق، ص ٦.

إطار ما يمكن تسميته بالديمقراطية الاجتماعية - على المسرح الإفريقي مثلاً - تلاحظ عدة أسباب رئيسية يمكن أن تؤثر بشكل مباشر على أية مساع أو جهود تبذل بصدد محاولة إحداث تحول ديمقراطي فعال منها التفسخ الاجتماعي والمجتمعي، أو ما يمكن تسميته بشيوع أزمة الهوية أو أزمة الاندماج الوطني، ومن ثم فإن هذه الأزمة هي السبب في العديد من الأزمات التي تواجهها النظم الأفريقية، ابتداء من أزمة المشروعية، ومروراً بأزمة المشاركة السياسية، وانتهاء بأزمة المواطنة التي هي السبب في فشل تجارب الحزب الوحيد، والتعدد الحزبي، إذ لطالما كان الحزب الوحيد يشكل أداة الجماعة (الإثنية) الحاكمة في الهيمنة على بقية الجماعات، ولطالما كانت نظم التعدد الحزبي هي الأخرى قد أسفرت عن نقل الاختلافات الإثنية والدينية والإقليمية إلى ساحة الصراع السياسي، ذلك أن تجارب التعدد الحزبي في القارة الأفريقية في الماضي والحاضر قد أسفرت عن ظهور أحزاب طائفية (الأمة والاتحادي في السودان) أو أحزاب دينية (كاثوليك وبروتستانت في أوغندا) أو أحزاب إقليمية (شمال وشرق وغرب نيجيريا)^(١).

يضاف إلى ما تقدم أن أزمة الاندماج الوطني هي السبب الرئيسي في ظاهرة الانقلابات العسكرية في أفريقيا (أكثر من ٨٠ انقلاباً عسكرياً منذ ستينيات القرن الماضي) وفي ظاهرة الحروب الأهلية (التي ضربت نحو ١٨

(١) انظر مثلاً في هذا الموضوع:

- ألباك آدم، (الصعوبات في التجربة الديمقراطية في أفريقيا)، محاضرة أُلقيت في يوم ١٣ من شهر سبتمبر ٢٠٠٦ بجامعة عبدومؤمن، نيامي - النيجر، [على الإنترنت]،

<http://www.greenbookresearch.com/ar/lectures/L2006018.doc>

- عزة عبد المحسن خليل، (المجتمع المدني في إفريقيا وأفاق التكامل بين الشعوب الإفريقية)، [على الإنترنت]،

<http://www.aarcegypt.org/Admin/upload/DOCs/MAGTMA%2022.doc>

(صفحات اطلع عليها يوم ٠٢/١١/٢٠٠٩)

دولة أفريقية طوال نفس الفترة) وما ترتب عليها من مشكلات فرعية أخرى أكثر حدة، منها حروب الإبادة في رواندا، وما يثار من تطهير عرقي في دارفور، فضلاً عما تشكله تلك الظاهرة من احتمالات انتقال الحروب الأهلية إليها، إضافة إلى انهيار دول (الصومال، ليبيريا، سيراليون، غينيا بيساو، ساحل العاج، الكونغو الديمقراطية... إلخ^(١).

ثالثاً - الشرط الوطني: وهو شرط يبني على الشرط الاجتماعي؛ حيث ينمو ولاء وطني عريض يسفر عن إجماع وطني وعلى توجه أيديولوجي يضيف على النظام الحاكم مشروعيته ويجعل من الانتماء الوطني أمراً حتمياً، ذلك ما أسفرت عنه الخبرة التاريخية للمجتمعات الأوروبية التي كانت منقسمة في داخلها على أسس دينية ولغوية وثقافية، فجاءت الثورة الصناعية لتحث هذا التحول في هذه المجتمعات، أسفر عن بزوغ الدولة القومية، وظهور وترسيخ الظاهرة الديمقراطية لكن دون فرضها، وها هي الخبرة التاريخية تثبت صدق هذه المقولة، فقد انهارت التجارب الديمقراطية في العديد من الدول الأفريقية، ولا ينتظر لهذه الظاهرة أن تستقر في الدول التي أخذت بالتحول الديمقراطي منذ انتهاء الحرب الباردة، نتيجة لانتفاء الظروف الموضوعية لظهورها، فنيجيريا على سبيل المثال أخذت بالليبرالية السياسية والاقتصادية منذ استقلالها في ظل

(١) انظر مثلاً في هذا الموضوع:

- ألبك أدم، (الصعوبات في التجربة الديمقراطية في أفريقيا)، محاضرة أقيمت في يوم ١٣ من شهر سبتمبر ٢٠٠٦ بجامعة عبدو مؤمن، نيامي - النيجر، [على الإنترنت]،

<http://www.greenbookresearch.com/ar/lectures/L2006018.doc>

(صفحة اطلع عليها يوم ٠٢/١١/٢٠٠٩)

- عزة عبد المحسن خليل، (المجتمع المدني في إفريقيا وآفاق التكامل بين الشعوب الإفريقية)، [على الإنترنت]،

<http://www.aarcegypt.org/Admin/upload/DOCs/MAGTMA%2022.doc>

(صفحة اطلع عليها يوم ٠٢/١١/٢٠٠٩).

وجود دولة فيدرالية، ونظام حكم برلماني، وتعدد حزبي، وانهارت التجربة عام ١٩٦٦، ثم عادت لتأخذ بنظام الحكم الرئاسي منذ عام ١٩٧٩، وانهارت التجربة أيضاً، فحاولت الأخذ بنظام الحزبين وفشلت التجربة كذلك، وأسفر الأمر عن استمرار خضوعها للحكم العسكري معظم فترات تاريخها، ورغم العودة للأخذ بالديمقراطية، إلا أن التجربة مازالت غير مستقرة، والصراعات الإثنية والدينية آخذة في التصاعد، ذلك هو الحال في دول أفريقية عديدة كأوغندا ورواندا وبوروندي والسودان... الخ^(١).

رابعاً - الشرط الاقتصادي: الشروط الثلاثة السابقة ليست الوحيدة لجعل التحول الديمقراطي ممكناً، فثمة شروط أخرى لا تقل عنها أهمية مثالها الشرط الاقتصادي؛ حيث ينبغي التركيز في هذا الشأن على أهمية العلاقات المتداخلة والمشاركة بين المجالات الاقتصادية والتعددية السياسية والتجارب الديمقراطية، فالمساواة على سبيل المثال ليست فقط بين الجماعات الإثنية والطائفية ولكن أيضاً فيما بين الطبقات الاجتماعية، كما أن التكاليف السياسية للفشل الاقتصادي تكون كبيرة، وقد تؤدي إلى انهيار أنظمة سياسية بأكملها، وهوما يمكن ملاحظته في أنحاء عديدة في أفريقيا على سبيل المثال؛ لأجل ذلك يرى البعض أنه ليس من شك في أن الغرب مطالب اليوم بتمويل خطة "النيباد" لتعويض القارة عن قرون من النهب الاستعماري، إذا ما أريد حل مشكلات القارة ودفع عملية الإصلاح السياسي والاقتصادي^(٢).

الدرس الحقيقي الذي يجب أن تستفيد منه تجربة التحول الديمقراطي في أفريقيا والذي يعد أحد الشروط الأساسية لاتجاهها هو أن النظام السياسي لا

(١) جمال محمد السيد ضلع (إشكالية الديمقراطية غير المباشرة في أفريقيا)، محاضرة أقيمت خلال الندوة الدولية حول إشكالية السلطة بين التسلط والتحرر، طرابلس - ليبيا، [على الإنترنت]،

<http://rcmpal.org/artical/370-jab-zbubshjj-bbfi-zbkmsijj-zbbninjj.html>

(صفحة اطلع عليها يوم ٠٣ / ١١ / ٢٠٠٩).

(٢) المرجع السابق.

يقاس بالتوسع في وضع المبادئ المستخلصة عن الديمقراطية، أو التطبيق لنماذج مؤسسية مستوردة من الخارج، وإنما الأمر يتعلق بالدرجة الأساسية بحرص النظام السياسي على تمثيله لمصالح الجماعات المختلفة بداخله، والقدرة على إحداث التوازن بين المطالب والمصادر والتطوير لحياة الجماهير، على أسس المساواة والعدالة الاجتماعية.

الفرع الثاني آليات التحول الديمقراطي

بمحاولة إلقاء نظرة سريعة على التحول الديمقراطي في دول أمريكا الوسطى في النصف الثاني من القرن العشرين، نلاحظ أن تطور الصراع بين الحكومات القائمة والقوى المعارضة لها قد اتخذ منحرجات حادة من خلال ثورات عنيفة ضد الحكم القائم، كما هو الحال في كل من "غواتيمالا"، "سلفادور" و"نيكارغوا" هذا في حين كان الصراع أقل عنفاً في كل من "الهندوراس" و"كوستاريكا"^(١)، كان التحول الديمقراطي في "بنما" بتدخل عسكري من الولايات المتحدة الأمريكية^(٢)، وقد لعب المجتمع المدني الذي تشكل خلال فترة الصراع في الدول الخمس الأولى دوراً مهماً في التحول الديمقراطي^(٣). قبل الانتهاء من هذه الإطالة السريعة على هذه النماذج لا بد من التذكير بدور الوضع الجيوسياسي للمنطقة، التطور الاقتصادي وعلاقته بالعدالة الاجتماعية، التجارب السياسية والميراث التسلطي للأنظمة وكذا التعبئة القوية للشعوب ضد الحكومات التسلطية، كل هذه العناصر شكلت محددات قوية للتحول الديمقراطي في أمريكا الوسطى^(٤).

(١) Thomas W. Walker and Ariel C. Armony, Repression, resistance and democratic transition in central America, Wilmington, Scholarly Resources, 2000, p. xxiii

(٢) Ibid., p. xxvi.

(٣) Idem.

(٤) Ibid., p. 256.

إن الآلية الأكثر حدة لأجل إحداث تحول ديمقراطي، أو على الأقل، حراك سياسي هي المساهمة المباشرة والنشطة للجماهير، لاسيما الطبقة العاملة الفقيرة وذلك في إطار تظاهرات، إضرابات، مقاطعة وأشكال أخرى من العمل المباشر للجماهير، وقد أدى النضال من أجل الديمقراطية في بعض البلاد الإفريقية إلى أنواع جديدة من المقاومة للأنظمة الظالمة على كل الأصعدة، فقد اتجه النضال ضد الأحادية الحزبية والحكم العسكري إلى وسائل العنف المسلح كما هو الحال في كل أثيوبيا، أريتيريا، أوغندا، مدعوماً بوسائل الضغط الشعبي المباشر^(١).

بخصوص الدول العربية فإن مسألة التحول الديمقراطي تعتبر مسألة اجتماعية وسياسية بامتياز، لا يقتصر تحقيقها على مؤسسات الدولة وفقط؛ إذ لا بد أن تطل كافة الفئات والشرائح الاجتماعية المعنية تماماً بعملية التحول، وبذلك تصبح الدولة عبر هذا المفهوم العام والشامل دولة لكل المجتمع، وليست مجرد مؤسسة لفئة معينة من فئات المجتمع دون غيرها، فتتخذ عملية التحول أبعادها السياسية والاجتماعية والثقافية بطريقة سلمية. لعل أبرز آليات العمل الوطني والاجتماعي للتحول الديمقراطي يكمن في توسيع وتعميق التفاعل بين مختلف مكونات المجتمع، وذلك من خلال إطلاق الحراك الثقافي والسياسي والحوار الوطني الديمقراطي عبر إعادة إنتاج وتشكيل الجمعيات والمنظمات وهيئات المجتمع المدني في مختلف ميادين الحياة الاجتماعية وعلى اختلاف أنواعها، في مناخ من الحرية وبعيداً عن تسلط أجهزة السلطة عليها وعلى القائمين على تفعيل نشاطاتها المتعددة والمتنوعة. من الصيغ المطروحة لهذا الحراك عقد المؤتمرات الوطنية والإقليمية والدولية التي تعد صيغة من أبرز آليات التغيير السلمي للأنظمة التسلطية. هذه المؤتمرات بدأت في البينين عام ١٩٩٠، ثم تلتها مؤتمرات في كل من الكونغو، طوغو، مالي والنيجر عام ١٩٩١،

(١) Georges NZONGOLA-NTALAJA, The state and democracy in Africa, Asmara, Africa World Press, 1998, p. 201.

كما استخدمت في جمهورية الكونغوالديمقراطية عامي ١٩٩١ و ١٩٩٢ فأتاحت الفرصة للضغط على الأنظمة من أجل بدء عملية التحول الديمقراطي^(١).

على صعيد المؤتمرات الإقليمية في قارة إفريقيا، فقد اجتمع قادة أفارقة في العاصمة النيجيرية أبوجا أواخر شهر مارس ٢٠٠٢ للتوقيع على إعلان غير مسبوق لتأكيد التزام الدول الأفريقية بالديمقراطية وحكم القانون والفصل بين السلطات ومواجهة الحروب المدمرة والفساد، وقد حضر المؤتمر قادة خمس عشرة دولة من اللجنة التنفيذية للشراكة الجديدة للتنمية الأفريقية "نيباد" وخرجوا بإعلان سياسي يؤكد على تطبيق مبادئ الديمقراطية وحكم القانون والفصل بين السلطات، ومن بينها استقلال القضاء وفعالية البرلمانات في إصدار القوانين إضافة إلى العمل على تأمين حرية المجتمع المدني وحرية الصحافة واحترام حقوق الإنسان ومواجهة الفساد^(٢). هذه الآليات وإن لم تحقق الغاية منها في أفريقيا إلا أنها لا تعاب لذاتها، فيمكن توسلها في الدول العربية مع إرادة جدية في التغيير لتفادي توسل قنوات غير سلمية لإحداث تحول ديمقراطي. الآلية الأكثر بطئاً والأقل جدية، في كثير من الأحيان، فهي التي يقودها الحكام الموجودون في السلطة أو ما يسميه البعض بالتحول الموجه أو التحول من أعلى، وهذا في مواجهة الآليات التي تكون عفوية أو طبيعية كما يسميها "روستو" في نظريته المعروفة بنظرية "النشئة (Genetic)" التي يزعم من خلالها أن نشوء الديمقراطية يعزى إلى نوعين من الشرائط المتفاعلة فيما بينها، شرائط سياسية وأخرى اقتصادية واجتماعية^(٣). تتميز عملية التحول في ظل هذا النموذج بالتعقيد والتطويل (مثال ذلك مصر، ونيجيريا، وغانا،

(١) Georges NZONGOLA-NTALAJA, loc.cit.

(٢) بنابرس "المنظور الإفريقي"، افتتاح قمة نيباد في أبوجا (نيجيريا) ٢٦ مارس ٢٠٠٢، [على الإنترنت]،

<http://www.panapress.com/paysindexara.asp?code=ara038&page=501>

(صفحة اطلع عليها يوم ٠٣/١١/٢٠٠٩)

Dankwart RUSTOW, op. cit., p., 344.

(٣)

وإثيوبيا...) وتتم عملية التحول بقيام النظم القائمة بالبدء في الإصلاحات استجابة لأزمات قائمة أو محتملة، وذلك بغرض التحكم في مدى ومضمون عملية التحول وإطالة عمر المرحلة الانتقالية^(١).

آلية التحول من أعلى إلى أسفل قد تناسب الصين إذا ما حدث فيها تحول ديمقراطي على المدى المتوسط، وهذا يرجع إلى ظروف المجتمع الصيني، فعلى الرغم من عدم حدوث تحول ديمقراطي في الصين، إلا أن الوضع اختلف عما كان عليه في زمن "ماوتسي تونغ"، ويرجع هذا إلى التطور والتنمية الاقتصادية والمعلوماتية؛ حيث أثر هذا على الكثير من الصينيين، وغير من توجهاتهم السياسية والفكرية، فقد اختلف النظام السلطوي التقليدي الذي كان سائداً قبل الانفتاح الاقتصادي، فالنظام السلطوي الجديد فيه مرونة أكثر بالمقارنة مع النظام السابق، لذلك فإن التحول الديمقراطي من أعلى إلى أسفل قد يلقي تطبيقه في الصين^(٢). من خلال استعراض جملة من الآليات التي يمكن توسلها لإحداث تحول ديمقراطي، يمكننا الخروج ببعض الملاحظات، الأولى أن هذه الآليات ليست آليات اختيارية بقدر ما هي ردود أفعال على ممارسات النظام القائم، فإذا كان النظام القائم متسامحاً ولوبالحد الأدنى مع باقي القوى المدنية والسياسية، إن وجدت، فإن هذا يمكن أن يجعل من الحوار والتفاوض وسيلة ناجعة لتحول ديمقراطي ولوبصفة بطيئة، أما إغلاق النظام غير الديمقراطي لهذه الأبواب فإنه يزعج بالمجتمع إلى حلبة صراع لا محالة، قد تقتصر على المظاهرات والإضرابات، كما قد تتطور باتجاه عمل مسلح قد يكلف غالباً من الناحية البشرية والمادية. أما إذا كان النظام هو الذي يحرك دفة التحول الديمقراطي فإن ذلك يشكل متنفساً للقوى الداعية أو المطالبة أو الضاغطة نحو إحداث التحول، لكن قد يأخذ الأمر مدة غير قصيرة لإحداث أي تحول ملموس.

(١) جمال محمد السيد ضلع، مرجع سبق ذكره، نفس الصفحة.

(٢) ديماء محمد الصالح، (التحول الديمقراطي في الصين)، الحوار المتعدد، عدد ٢٣٧٢

(٢٠٠٨/٠٨/١٣)، [على الإنترنت]،

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=143822>

(صفحة اطلع عليها يوم ٢٠٠٩/١١/٠١).

الخاتمة

تمثلت إشكالية هذا البحث في سؤال حول إمكانية قياس الديمقراطية من زاوية قانونية، فكان الهدف من البحث هو تقديم محاولة لإجراء مثل هذا القياس، لأجل ذلك توصل هذا البحث إلى نتائج أساسية ثلاث بخصوص المقياس المقترح.

النتيجة الأولى:

تتعلق النتيجة الأولى بكيفية التعامل مع الديمقراطية كمفهوم عملي يراد قياسه، إذ لم يتجه البحث اتجاهاً تبسيطياً أحادي المنظور يرى في الديمقراطية، باعتبارها حكم (أوسلطة) الشعب، مجرد قيام مجموعة من البشر بحكم أنفسهم بأنفسهم ولصالحهم، كما لم يتجه البحث اتجاهاً إحصائياً أفقياً لكافة التطبيقات التي عرفت الديمقراطية. السبب في تفادي الاتجاه التبساطي يرجع إلى إهماله للتعقيدات الواقعية التي تكتنف الديمقراطية بخصوص المفهومين اللذين يشكلان كنهها، وهما "الشعب" و"الحكم"؛ لأن الشعوب ليست لها التركيبة نفسها ولا الهوية نفسها ولا المصالح والتطلعات، كما أنها تختلف بسبب ظروف المكان والزمان، ولأن "الحكم" أو "السلطة" ليس لها المفهوم نفسه لدى كل المجتمعات، سواء من ناحية البنيات التحتية الاجتماعية والثقافية والاقتصادية التي تقوم عليها السلطة من الناحية الموضوعية، أو من ناحية نظام الحكم والهيئات التي يظهر فيها هذا النظام من الناحية الشكلية.

بين هذين الاتجاهين، سلك البحث مسلكاً يتمشى مع هدفه، بمعنى أنه حاول النزول بفكرة الديمقراطية من عالم التجريد النظري الذي يكون القياس فيه بعيداً عن الواقع، لكن دون أن يغرق في التفاصيل التي تخرج عن الحصر، فتم التعامل مع الديمقراطية كمفهوم عملي منذ نشوئه كحل واقعي لأزمات الحكم في المدن اليونانية القديمة، ثم في روما القديمة، وصولاً إلى آخر ما طرأ على هذا المفهوم من تطورات في العالم المعاصر، سواء بالتصور الأدنى له وهو الديمقراطية الانتخابية، أو بالتصور الأكثر تطوراً وهو الديمقراطية الليبرالية، دون الإغراق في درجات التطبيق المتفاوتة بين هذين الحدين.

هذا الاتجاه خلص إلى محاولة إبراز أسس وغايات وضوابط وآليات عمل النموذجين الحدين للديمقراطية دون بترهما عن أصولهما التاريخية.

وفي محاولة لتقديم تعريف للديمقراطية، اقترحت الدراسة التعريف التالي:

"الديمقراطية هي نظام سياسي يكون فيه الحكم منظماً بقانون ترضى عنه غالبية المواطنين على الأقل".

إن التعريف المقترح، إلى جانب كونه محاولة من محاولات فهم الديمقراطية، فإنه يخدم هدف هذه الدراسة من وجهين، الوجه الأول: هو أنه لا يمكن تصور قياس ما لا يمكن تعريفه، أما الوجه الثاني: فإن التعريف ترجم حكم الشعب من خلال قانون يرضى عنه الشعب، فيمكن بذلك استخلاص المعايير القانونية لحكم الشعب.

النتيجة الثانية:

تتمثل النتيجة الثانية في استخلاص المعايير القانونية للديمقراطية حيث لم يتجه البحث اتجاهاً يقصره على العملية الانتخابية فقط، ولا خرج عن هدفه إلى استقصاء (متعذر) لكل كبيرة وصغيرة تتعلق بالعلاقة التفاعلية بين الديمقراطية وسائر الظواهر الاجتماعية والثقافية والاقتصادية، بل سلك طريقاً حاول فيه الإحاطة بالموضوعات التي تتصل اتصالاً وثيقاً بالنماذج العصرية للديمقراطية دون ابتسارها عن عمقها التاريخي، منتهجاً في ذلك نهجاً منطقياً في تقصي هذه الموضوعات المراد الإحاطة بها، لاسيما موضوع القيم التي يركز عليها الحكم الديمقراطي.

النتيجة الثالثة:

تختص النتيجة الثالثة والأخيرة بعملية القياس، ولأن عملية القياس تحتاج إلى معيار بسيط وواضح ودقيق، كما تحتاج إلى إسناد درجة معينة للشيء المراد قياسه، ومن ثم الحكم عليه بناء على هذه الدرجة، ولأن الشيء المراد قياسه يتطلب أكثر من معيار لقياسه، فإن هذا البحث تحرى ما يلي:

- الابتعاد عن الضبابية من خلال التعبير عن المعايير القانونية المستخلصة

في شكل أسئلة تتسم - قدر الإمكان - بالبساطة والوضوح والدقة، منطوية على معيار يطلب الإجابة على مدى توفره أو عدم توفره، كما تحررت النأي عن التحيز لنموذج ديمقراطي معين مما يحيد بالبحث عن الموضوعية المتوخاة منه، وذلك من خلال تغطية هذه الأسئلة لمسألتين متكاملتين للحكم الديمقراطي، هما: كيفية تنظيم السلطة، وكيفية تنظيم الوصول للسلطة. هذا التقسيم يرجع سببه - من الناحية المنطقية - إلى أن نصف الطريق لبناء النظام الديمقراطي هو وضع إطار هيكلي لهذا النظام من خلال سلطة ذات مشروعية شعبية منظمة تنظيماً ينأى بها عن الطغيان والاستبداد، والنصف الثاني من الطريق هو وضع آليات قانونية تضمن تكريس إرادة صاحب السيادة في اختيار أولئك الذين يملؤون المناصب السامية في الدولة، ويعملون باسمه ولصالحه، لذلك قسمت الأسئلة إلى مجموعتين كما هو مبين في ملحق الأسئلة المرفق أدناه؛ بحيث تتألف كل مجموعة من عشرين (٢٠) سؤالاً، فتكون جملة الأسئلة أربعين (٤٠) سؤالاً.

- إسناد نقطة لكل إجابة عن سؤال من الأسئلة المبينة في الملحق على ألا تنحصر النقطة في "٠" أو "١" وإنما ارتأت الدراسة أن تكون النقطة المسندة من أربع درجات: ٠، ١، ٢ أو ٣. المنطق الذي يستند إليه هذا السلم رباعي الدرجات هو أن الإجابة الرئيسية عن الأسئلة هي إما "نعم" وإما "لا" أي أنها إما أن تكون في صالح الديمقراطية وإما ألا تكون في صالحها، هذا من جهة، من جهة أخرى فإن الإجابة إما أن تكون بدون تحفظ وإما أن تكون بتحفظ مع غلبة الإجابة الرئيسية (نعم أولاً)، فتكون الإجابات المتاحة أربع إجابات هي: "نعم"، "لا"، "نعم، لكن بتحفظ" أو "لا، لكن بتحفظ". بذلك تغطي "المساحة الرمادية" التي لا تخلو منها الأحكام في مجال العلوم الإنسانية، فتسند نقطة "٠" إذا كانت الإجابة "لا"، تسند علامة "١" إذا كانت الإجابة "لا، لكن بتحفظ"، تسند علامة "٢" إذا كانت الإجابة "نعم لكن بتحفظ"، وأخيراً تسند علامة "٣" إذا

- كانت الإجابة "نعم"، فيكون المجموع الأدنى هو ٠٠ والمجموع الأقصى هو ١٢٠ نقطة.
- بناء على السلم الموضوع أعلاه، تقترح الدراسة إصدار الأحكام التالية على الأنظمة السياسية:
 - إذا حصل النظام على مجموعة من النقاط تتراوح بين ٠٠ وأقل من ٤٠ نقطة من المجموع الكلي للنقاط، فإن النظام السياسي يحكم عليه بأنه: "غير ديمقراطي".
 - إذا حصل النظام على مجموعة من النقاط تتراوح بين ٤٠ وأقل من ٨٠ نقطة من المجموع الكلي للنقاط، فإن النظام السياسي يحكم عليه بأنه: "غير ديمقراطي بتحفظ".
 - إذا حصل النظام على مجموعة من النقاط تتراوح بين ٨٠ وأقل من ١٢٠ نقطة من المجموع الكلي للنقاط، فإن النظام السياسي يحكم عليه بأنه: "ديمقراطي بتحفظ".
 - إذا حصل النظام على مجموعة من النقاط تساوي المجموع الكلي للنقاط، أي ١٢٠ نقطة، فإن النظام السياسي يحكم عليه بأنه: "ديمقراطي تماماً".

ملحق الأسئلة

أولاً - الأسئلة المتعلقة بتنظيم السلطة:

هذه الأسئلة هدفها التحقق من الابتعاد عن العشوائية في الحكم، التحقق من مدى المساهمة الشعبية في وضع الدستور الموجود، التحقق من كون السلطة التأسيسية بيد الشعب، وكذا التحقق من مدى حريته في استخدامها.

- هل يوجد دستور ينظم سلطة الدولة؟
- هل ترجع المصادقة النهائية على الدستور للشعب أو لممثليه الذين ينتخبهم لهذا الغرض (في حالة عدم وجود دستور سار) أو لممثليه المخولين دستورياً (في حالة وجود دستور سار)؟
- هل يمكن للشعب أن يبادر بفكرة تعديل دستوري أو بفكرة وضع دستور جديد سواء من خلال عدد معقول من المواطنين أو من خلال ممثليه المخولين دستورياً؟
- هل ترجع المصادقة النهائية على التشريعات للشعب مباشرة أو لممثليه المنتخبين في هيئة تشريعية؟
- هل يمكن للشعب أن يبادر بفكرة تعديل أو إلغاء أو وضع تشريع جديد من خلال عدد مقبول من المواطنين أو من خلال ممثليه المنتخبين في هيئة تشريعية؟
- هل المناصب التنفيذية، التي لا تخضع للسلطة الرئاسية، منتخبة من طرف الشعب مباشرة أو بطريق غير مباشر؟
- هل المناصب التنفيذية غير المنتخبة تخضع للسلطة الرئاسية لمنتخبين؟
- هل هناك هيئة عليا للقضاء منتخبة من طرف الشعب مباشرة أو بطريق غير مباشر تضمن استقلالية القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية؟
- هل عهدة الهيئات المنتخبة معقولة المدة (خمس إلى سبع سنوات)؟
- هل يمكن الطعن أمام هيئة مستقلة عن الهيئتين التنفيذية والتشريعية

- (هيئة قضائية أو مجلس دستوري) بعدم دستورية النصوص القانونية التي تستمد مشروعيتها مباشرة من الدستور؟
- هل يمكن الطعن أمام هيئة مستقلة عن الهيئتين التنفيذية والتشريعية (هيئة قضائية عادية أو إدارية) في الأعمال الإدارية التي تستمد شرعيتها من نصوص قانونية أدنى درجة من الدستور؟
- هل يمكن للجمهور الاطلاع على عمل الهيئات المنتخبة؟
- هل يمكن للجمهور أن يعبر عن رأيه في عمل الهيئات المنتخبة من خلال الإعلام وغيره من الوسائل السلمية؟
- هل هناك حرية في تشكيل الأحزاب السياسية (بدون شروط غير معقولة)؟
- هل هناك حرية في تشكيل مؤسسات المجتمع المدني (بدون شروط غير معقولة)؟
- هل يسمح لمنظمات المجتمع المدني بالنشاط بالاستقلال عن الحكومة أو القطاع الخاص أو الأحزاب السياسية؟
- هل هناك قيود على تمويل منظمات المجتمع المدني وعلى علاقاتها مع نظيراتها في الخارج؟
- هل هناك قيود على تنظيم اجتماعات عامة؟
- هل، إذا كان لا بد من تصريح للاجتماعات، فإن التصاريح تسلم بصورة آلية ما دامت لا يوجد خطر حقيقي على النظام العام؟
- هل هناك مساواة في تولي المناصب العامة غير الانتخابية؟

ثانياً - الأسئلة المتعلقة بتنظيم الوصول للسلطة:

- هذه الأسئلة هدفها التحقق من تكريس تداول السلطة بطريقة سلمية وسلسة، تتجسد من خلالها إرادة صاحب السيادة في اختيار من يمثله في الهيئات الحاكمة.
- هل يتم الانتخاب من خلال عملية الاقتراع العام والسري؟

- هل هناك انتظام في إجراء الانتخابات؟
- هل تتم عملية تطهير وتحيين الجداول الانتخابية بطريقة منتظمة وشفافة؟
- هل شروط الانتخاب والترشح موضوعية بعيدة عن التمييز القائم على أسس تنافي حقوق الإنسان كالجنس، العرق، اللون، الدين، الطائفة، الانتماء السياسي أو الإيديولوجي؟
- هل حرية الترشح مكفولة للأحزاب والمستقلين؟
- هل يمكن للمتنافسين إدارة حملاتهم الانتخابية بشكل حر (لاسيما من تدخل السلطة التنفيذية)؟
- هل تمويل الأحزاب السياسية شفاف؟
- هل الإنفاق على الحملات الانتخابية شفاف؟
- هل هناك طرق لتسوية الخلافات أو الشكاوى خلال فترة الحملات الانتخابية؟
- هل تقسيم الدوائر الانتخابية تم بطريقة موضوعية بعيدة عن المصالح الضيقة؟
- هل نظم تحديد نتائج الانتخابات تنطوي على صيغ دقيقة لتحويل أصوات الناخبين إلى مقاعد في المجالس المنتخبة؟
- هل نظم تحديد نتائج الانتخابات المعتمدة تتماشى مع التركيبة الاجتماعية؟
- هل يضمن القانون الانتخابي استقلالية وحيادية اللجنة المشرفة على الانتخابات واستقلاليتها المالية عن الحكومة؟
- هل هناك ضمانات لسير العملية الانتخابية في جو سلمي؟
- هل هناك رقابة نزيهة على العملية الانتخابية (يقبلها المترشحون)؟
- هل يمكن لممثلي المترشحين مراقبة سير العملية الانتخابية؟
- هل يسمح القانون للمراقبين الدوليين بمراقبة العملية الانتخابية؟
- هل يسمح القانون لمؤسسات المجتمع المدني بمراقبة العملية الانتخابية؟

- هل يمكن للجمهور أن يعبر عن رأيه في نتائج العمليات الانتخابية من خلال الإعلام وغيره من الوسائل السلمية؟
- هل يمكن الطعن في الخروقات الانتخابية المحتملة أمام جهات مستقلة عن الهيئتين التشريعية والتنفيذية؟

القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف طبقاً للقانون الوضعي واتفاقية بيرن "دراسة مقارنة"

الدكتور/ عامر محمود الكسواني
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة عمان الأهلية

ملخص:

يعالج هذا البحث مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف كمفردة من مفردات الحقوق المعنوية (الفكرية) من خلال بيان ماهية هذا القانون، سواء طبقاً للقواعد الوضعية في كل من القانون المدني الكويتي والقانون المدني الاردني، أو طبقاً للقواعد التي تضمنتها اتفاقية بيرن الموقعة في عام ١٨٨٦ والتي تعتبر الشريعة العامة لحماية حق المؤلف.

وسنجد في هذا البحث أن التشريعات الوضعية اتخذت موقفين مختلفين في الشكل متفقين في النتيجة، فمثلاً التشريع الكويتي المتمثل في المرسوم الأميري رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ينص في مادته رقم ٥٧ صراحة وبكل وضوح على سريان قانون بلد النشر الأول أو قانون بلد الإخراج الأول على حق المؤلف، بينما نجد أن التشريع المدني الأردني قد اتخذ موقفاً يكتنفه الغموض وعدم الوضوح مكتفياً بترديد ما ورد في اتفاقية بيرن إزاء تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، الأمر الذي فتح المجال على مصرعيه للفقهاء القانوني ليقول رأيه في هذه المسألة، والذي أجمع على إخضاع حق المؤلف كذلك لقانون بلد النشر الأول.

كما سنجد أيضاً في هذا البحث أن اتفاقية بيرن قد تضمنت بعض القواعد الموضوعية التي تحدد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف،

كما تضمنت أيضاً قواعد إسناد خاصة تشير صراحة إلى هذا القانون وتحدده تحديداً واضحاً.

وضع المشكلة وتقسيم :

مَنْ الله - عز وجل - على الإنسان بنعمة العقل والتفكير، إذ ميزه عن بقية المخلوقات بأن جعله كائناً يفكر، وبالتالي قادر على الإبداع والخلق من أجل تحقيق مصالحه وضمان ديمومته واستمرار وجوده، حيث استطاع الإنسان من خلال أعمال عقله وتفكيره استغلال واستعمال والتصرف في نتاج قريحته الذهنية والاستفادة منها مادياً ومعنوياً، ونتج عن ذلك ما يسمى بالحق المعنوي الذي أصبح يشكل مع الحق العيني والحق الشخصي ثالث الحقوق المقننة تشريعياً في مختلف القوانين المدنية في معظم دول العالم^(١).

وإذا كان الحق العيني هو سلطة مباشرة يمنحها القانون لشخص معين على شيء معين^(٢)، وإذا كان الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، بموجب هذه الرابطة يستطيع الدائن أن يطلب من المدين إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو نقل حق عيني^(٣)، فإن الحق المعنوي يجمع بين كلا الحقين السابقين؛ حيث يأخذ من الحق العيني كونه يعطي صاحبه سلطة مباشرة على شيء معين، ويأخذ من الحق الشخصي كونه يقرر التزاماً على الكافة يتضمن الامتناع عن التعرض لصاحب الحق المعنوي، ولهذا تعتبر الحقوق المعنوية من قبيل الحقوق ذات الطبيعة القانونية المزدوجة^(٤).

(١) انظر: المادة ٦٧ من القانون المدني الأردني التي تنص على " يكون الحق شخصياً أو عينياً أو معنوياً.

(٢) المادة ٦٩ مدني أردني.

(٣) المادة ٦٨ مدني أردني.

(٤) انظر بهذا: الدكتور عامر محمود الكسواني، الملكية الفكرية ماهيتها، مفرداتها، طرق حمايتها، دار الجيب، طبعة عام ١٩٩٨، ص ٤٤ وما بعدها، وكذلك للدكتور نفسه، القانون الواجب التطبيق على الملكية الفكرية، دار وائل، طبعة ١ بسنة ٢٠١١ ص ٧٤ وما بعدها.

وكذلك إذا كان الحق العيني محله إما أن يكون عقاراً وإما أن يكون منقولاً مادياً، وإذا كان الحق الشخصي محله دائماً مديونية معينة بين شخصين قد تتمثل في صورة نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل^(٥)، فإن الحق المعنوي محله لا يكون إلا منقولاً معنوياً.

ومنذ ظهور الحقوق المعنوية أو ما اصطلح حديثاً على تسميتها بالملكية الفكرية^(٦) بدأ التفكير يتجه نحو رفق هذه الملكية الجديدة بالحماية القانونية اللازمة، والكفيلة باستفادة مالكيها منها استفادة جامعة مانعة، وضمان عدم تعرض الغير لصاحبها، ومن أجديات رفق هذه الملكية بالحماية القانونية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

إن مفهوم الملكية الفكرية يجمع تحت لوائه كافة مفردات الحقوق المعنوية الناتجة عن إعمال العقل في مختلف مناحي الأنشطة الإنسانية التجارية كالعلامة التجارية والأسماء التجارية والصناعية، كبراءة الاختراع والتصاميم والرسوم والنماذج الصناعية، والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة والمعلومات غير المفصح عنها، والأسرار التجارية والأدبية الفنية العلمية كحق المؤلف والحقوق المجاورة لحق المؤلف وبرامج الحاسوب.

وحيث إن المجال لا يتسع للتصدي لتحديد القانون الواجب التطبيق على كافة مفردات الملكية الفكرية السابق بيانها، خصصنا هذا البحث لتناول تلك الجزئية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على حق المؤلف فقط، تاركين غيره من مفردات الملكية الفكرية لأبحاث أخرى قادمة بإذن الله.

(٥) بهذا المعنى انظر: د. عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة ٢ عام ٢٠٠٧، ص ١٧ وما بعدها.

(٦) ظهر اصطلاح الملكية الفكرية كبديل للحقوق المعنوية بإصدار الملحق ج/١ من ملاحق اتفاقيات منظمة التجارة العالمية بعد جولات شاقة من المباحثات، أهمها جولة الأوروغواي التي استمرت أكثر من ١١ سنة من عام ١٩٨٦ ولغاية عام ١٩٩٤.

والمشكلة التي صادفتنا ونحن نهم بتحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف تكمن في تباين مواقف الشريعات العربية، حيث نجد أن من بين هذه التشريعات كالتشريع الكويتي والعراقي يقرران صراحة خضوع حق المؤلف لما يعرف بقانون بلد النشر أو الإخراج الأول، بينما نجد أن من بين هذه التشريعات كالتشريع الأردني جاء موقفها غامضاً غير واضح، ومكرراً لما تمخضت عنه الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، لا بل قد نعتبره - كما سنرى لاحقاً- بأنه جاء خالياً من نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف؛ مما ترك المجال فسيحاً أمام الفقه القانوني ليقول كلمته، وليقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، والذي أجمع - كما سنرى فيما بعد - على إخضاع حق المؤلف إلى القانون نفسه الذي قرره القانون الكويتي والعراقي، ألا وهو قانون بلد النشر أو الإخراج الأول، وهو ما يدعونا للقول بأن تباين موقف التشريعات العربية على النحو السابق ما هو إلا تباين شكلي حيث إنهم يتفقون - رغم هذا التباين الشكلي - في النتيجة، ويخضعون حق المؤلف للقانون نفسه وهو قانون بلد النشر أو الإخراج الأول.

وعلى الرغم من هذا التباين الشكلي في موقف التشريع العربي المتمثل في القانون الكويتي والقانون الأردني، إلا أن الأمر يحتاج منا إلى تبيان موقف كلا القانونين بشيء من التفصيل، خصوصاً وأن هناك شريعة عامة تطبق على كافة المسائل المتعلقة بحق المؤلف، ألا وهي اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية الموقعة في عام ١٨٨٦ والتي تضمنت قواعد موضوعية وأخرى إسنادية تشير بوضوح إلى القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، وبالتالي كان لا بد من التصدي لمواقف كل من التشريع الكويتي والتشريع الأردني كتشريعات وضعية، واتفاقية بيرن كتشريع دولي اتفاقي، لنرى هل وافق موقف هذه التشريعات الوضعية موقف التشريع الدولي الاتفاقي أم لا؟؟ وإذا كانت الإجابة بنعم، فما حكم التعارض بين النص الوضعي لكل من القانون الكويتي والقانون الأردني من جهة، واتفاقية بيرن من جهة أخرى؟؟

وقبل البدء في تناول حيثيات هذا البحث والإجابة على التساؤلات السابقة لا بد لنا في البداية من التعرض ولو بإيجاز لماهية حق المؤلف، فنبين المقصود

بالمؤلف (المبتكر) والمؤلف (المصنّف) وتحديد الطبيعة الخاصة لحق المؤلف، كل ذلك من خلال فصل تمهيدي نستهل به هذه الدراسة، ومن ثم تناول موضوع هذا البحث من خلال فصل أول نتناول فيه تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف وفقاً للتشريعات الوضعية المتمثلة في كل من موقف القانون الكويتي وموقف القانون الأردني، ثم نتناول في فصل ثانٍ تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف طبقاً لقواعد اتفاقية بيرن سواء بالنسبة لقواعدها الموضوعية أو لقواعد الإسناد التي تتضمنها، فإذا ما انتهينا من ذلك يقع لزماً علينا بيان حكم التعارض بين النص القانون الوضعي ونص اتفاقية بيرن.

وعليه فإن خطة البحث ستكون على النحو التالي :

الفصل التمهيدي : ماهية حق المؤلف، ويقسم بدوره إلى :

المبحث الأول: تعريف من المؤلف (المبتكر)

المبحث الثاني : تعريف ما المؤلف (المصنّف)

المبحث الثالث: الطبيعة الخاصة لحق المؤلف

الفصل الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف وفقاً لقواعد التشريعات الوضعية، ويقسم بدوره إلى مبحثين :

المبحث الأول : موقف القانون الكويتي

المبحث الثاني : موقف القانون الأردني

الفصل الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف طبقاً لاتفاقية بيرن ويقسم إلى :

المبحث الأول : حكم القواعد الموضوعية لاتفاقية بيرن

المبحث الثاني : حكم قواعد الإسناد في اتفاقية بيرن

المبحث الثالث: حكم التعارض بين النص الوضعي ونصوص اتفاقية بيرن.

الخاتمة والتوصيات

الفصل التمهيدي ماهية حق المؤلف

تمهيد وتقسيم:

لما كان منامط حق المؤلف هو الابتكار والخلق والإبداع فإن مؤدى ذلك الإقرار مع البعض^(٧) بأن وجود هذا الحق يعتبر من الأمور الحتمية التي تقتضيها الفطرة الإنسانية، على اعتبار أن كل فرد من الأفراد يمتلك - بصورة أو بأخرى - حداً أدنى من ملكة الإبداع والخلق والابتكار، سواء كان ذلك على الصعيد الأدبي أو الفني أو العلمي^(٨).

وعلى هذا الأساس نرى أن المشرع الأردني يقرر أن نطاق حق المؤلف يشمل جميع المصنفات المبتكرة في الأدب والفنون والعلوم، أيّاً كان نوع هذه المصنفات أو أهميتها أو الغرض من إنتاجها، وأياً كان مظهر التعبير عنها سواء كان بالكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة^(٩).

ووفقاً لما تقدم يغدو صحيحاً ومتفقاً مع المنطق العلمي ما اتجه إليه البعض^(١٠) من ربط ظهور حق المؤلف مع الأدوات والوسائل الدالة عليه، مثل اختراع الكتابة والطباعة واكتشاف الورق، وكذلك الرسم والنحت والتأليف والتلحين في عصور الحضارات القديمة، وذلك للتأكيد على حقيقة أن حق

(٧) أستاذنا د. محمد حسام لطفي، المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية، دون ذكر لدار النشر، سنة ١٩٩٥ - ١٩٩٦، ص ٥.

(٨) انظر بهذا المعنى: Stephan M. McJohn, Copyrights: Examples & Explanations, 1st edition, 2009 page 17.

(٩) انظر: المادة ٣ فقرة أ وفقرة ب من قانون حماية حق المؤلف الأردني.

(١٠) وهو الاتجاه الذي اتبعه الدكتور نواف كنعان، حق المؤلف، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٥ ص ١٥ وما بعدها.

المؤلف يعتبر من أقدم الحقوق ظهوراً، وإن كانت هذه الحضارات لم تنظم ولم تحم حق المؤلف كما هي منظمة ومحمية حالياً^(١١).

وللتعرف على ماهية حق المؤلف يقتضي منا معرفة المقصود بكل من المؤلف (المبتكر) والمؤلف (المصنف)، ومن ثم تحديد طبيعته القانونية الخاصة.

المبحث الأول المؤلف (المبتكر)

لم يرد في القانون الأردني لحماية حق المؤلف - وكذلك الحال بالنسبة لمعظم التشريعات العربية - تعريفاً جامعاً مانعاً للمؤلف، حيث اكتفى مشرعو معظم الدول بمجرد إيراد متى يثبت وصف المؤلف على الشخص، وبهذا الصدد نجد أنه طبقاً لنص المادة ٤ من قانون حماية حق المؤلف الأردني يعتبر كل مما يلي مؤلفاً:

- "الشخص الذي ينشر المصنف، منسوباً إليه سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأي طريقة أخرى إلا إذا قام الدليل على غير ذلك".
- كل من "قام بترجمة المصنف إلى لغة أخرى، أو تحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلى لون آخر منها، أو تلخيصه أو تحويله أو تعديله أو شرحه أو التعليق عليه أو فهرسته، أو غير ذلك من الأوجه التي تظهره بشكل جديد".
- وكذلك "المؤدي الذي ينقل إلى الجمهور عملاً فنياً وضعه غيره، سواء كان هذا الأداء بالغناء أو العزف أو الإلقاء أو التصوير أو الرسم أو الحركات أو الخطوات أو بأية طريقة أخرى".
- وأيضاً "مؤلفو الموسوعات والمختارات التي تشكل من حيث انتقاء مادتها

(١١) انظر: موقف هذه الحضارات من حق المؤلف لدى د. عامر محمود الكسواني، القانون الواجب التطبيق على مسائل الملكية الفكرية، مرجع سابق.

وترتيبها أعمالاً فكرية إبداعية، وكذلك مؤلفو المجموعات التي تتضمن مقتطفات مختارة من الشعر أو النثر أو الموسيقى أو غيرها، على أن يذكر في تلك المجموعات مصدر المقتطفات ومؤلفها".

ومناطق اعتبار كل هؤلاء من المتمتعين بوصف المؤلف بالنسبة للمصنفات التي وضعوها هو الابتكار والإبداع والخلق الجديد^(١٢) ولهذا نرى أن قانون حماية حق المؤلف سواء الأردني أو المقارن لا يحمي إلا المصنفات الأدبية والفنية والعلمية المتمتعة بعنصري الابتكار والإبداع.

وعلى ضوء التعريف السابق للمؤلف لا يعتبر بنظر القانون الأردني والمقارن مؤلفاً كل من:

- واضعي القوانين والأنظمة والأحكام القضائية وقرارات الهيئات الإدارية والاتفاقيات الدولية، وسائر الوثائق والترجمات الرسمية لهذه المصنفات أو لأي جزء منها.

- كما لا يعتبر مؤلفاً أيضاً الناشر أو المعد أو الصحفي الذي يحرر أو ينقل أو يبث الأنباء المنشورة أو المذاعة أو المبلغة بصورة علنية؛ حيث لا تعتبر هذه الأنباء ولا الأخبار المرئية والمسموعة والمقروءة بمثابة مصنفات فكرية محمية، ولا كذلك مصنفات الدومين العام كالفلكلور الوطني، ما لم تكن مثل هذه الأنباء أو الأخبار أو مصنفات الدومين العام تتميز بجهد بشري مبتكر في تحريرها أو إخراجها أو إذاعتها^(١٣).

وليس بالضرورة أن يكون المؤلف شخصاً منفرداً، بل قد يشترك مع غيره في إنتاج المصنف الذي يسمى عندئذ بالمصنف المشترك؛ حيث يعتبر كل

(١٢) انظر بهذا المعنى: Richard stim Attoreny, Patent, Copyrights&Trademarks: An Intellectual Property Desk reference, 1st edition, 2009, page 110.

(١٣) انظر: المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف الأردني.

شخص شارك في إعداده وإنتاجه شريكاً في عملية التأليف، وبالتالي متمتعاً بالحماية القانونية المقررة للمؤلفين.

وكذلك ليس بالضرورة أيضاً أن تتم عملية نشر المصنف من قبل شخص واحد فقط، إذ من المتصور أن يشترك أكثر من شخص في عملية أداء هذا المصنف ونشره، بناءً على توجيه وراقبة شخص معنوي أو طبيعي يدير هذا المصنف، كما هو الحال بالنسبة للمصنفات الجماعية (المصنفات الإذاعية والتلفزيونية والسينمائية ...) والتي يشترك أكثر من شخص في إنتاجها، وهنا يعتبر مؤلف السيناريو والكاتب والمخرج وواضع الموسيقى التصويرية لهذا المصنف شركاء جميعاً في إنتاج هذه المصنفات، وبالتالي تحق لهم الحماية القانونية المقررة للمؤلف.

وأخيراً يعتبر مؤلفاً كل من اشترك في اقتباس أو ترجمة مصنف أصلي، فانتج لنا ما يعرف باسم المصنف المقتبس أو المترجم، حيث يعتبر المقتبس أو المترجم هنا بمثابة المؤلف الأصلي للعمل أو للمصنف الذي تم اقتباسه أو ترجمته من المصنف الأصلي، وبالتالي يتمتع هذا المؤلف المقتبس أو المترجم بصفة المؤلف ويتمتع بالحماية القانونية، كما لو كان هو الذي قام بإنتاج أو إعداد المصنف الجديد.

المبحث الثاني المؤلف (المصنف)

لم تتضمن معظم التشريعات العربية المقارنة^(١٤) تعريفاً وتحديداً حصرياً للمقصود بالمصنف (المؤلف)؛ حيث ارتأت هذه التشريعات أن تدلل على

(١٤) يقصد بالتشريعات المقارنة هنا التشريعات العربية المجاورة؛ حيث نراها تتفق مع موقف المشرع الأردني في خلوها من تعريف جامع مانع لحق المؤلف، ما عدا كل من المشرع السعودي والمشرع الإماراتي والذي تضمن القانون الخاص بحماية حق المؤلف فيهما تعريفاً مختصراً للمصنف بأنه كل إنتاج مبتكر في الأدب أو العلوم أو الفنون.

المصنف محل الحماية من خلال بيان ماهيته بدلاً من وضع تعريف تشريعي له، قد يؤدي بلا داعٍ إلى تضيق المقصود باصطلاح المصنف.

وعلى هذا النحو نجد أن المقصود بالمصنفات بالنسبة لهذه التشريعات هو كل إنتاج بشري مبتكر سواء كان في مجال العلوم أو الآداب أو الفنون، وعلى وجه الخصوص ما يلي:

- ١ - الكتب والكتيبات وسائر المواد المكتوبة والمحاضرات والخطب والمواعظ.
- ٢ - المسرحيات سواء الغنائية أو الموسيقية أو التمثيلية والمصنفات الموسيقية.
- ٣ - المصنفات والرسومات وأعمال النحت والحفر والعمارة والفنون التطبيقية والزخرفة.
- ٤ - الخرائط والصور التوضيحية والمجسمات والخرائط المسطحة للأرض.
- ٥ - برامج الحاسوب.

ونعتقد بأن ترك المصنفات بلا تعريف جامع ومانع هو أولى وأدق من وضع تعريف خاص بها، إذ لا طائل من تقييد مفهوم المصنفات خصوصاً وأننا نتكلم عن أمور هي بمثابة إنتاجات عقلية وذهنية لا سقف لها، ولا حد يحددها، ولا ندري إلى أي مدى ستأخذنا هذه الإبداعات العقلية والذهنية، وبالتالي نرى من الأنسب الإبقاء عليها دون تعريف يحددها أو يضيق من نطاقها دون مبرر.

والحماية القانونية للمصنف لا تشمل فقط مضمون هذا المصنف، بل تشمل أيضاً عنوانه ما لم يكن هذا العنوان هو بمثابة لفظ جاري للدلالة على موضوع المصنف، كما تشمل هذه الحماية أيضاً مجموعة المصنفات الأدبية أو الفنية كالموسوعات والمختارات والبيانات المجمعة، بصرف النظر عن طريقة قراءتها، شريطة أن تكون طريقة انتقائها وترتيبها وتبويبها مبتكرة وجديدة.

ووفقاً للتوضيح السابق لماهية المؤلفات (المصنفات) نجد أن القانون الخاص بحماية حق المؤلف استبعد من نطاق حمايته كل من القوانين والأنظمة والأحكام القضائية وقرارات الهيئات الإدارية والاتفاقيات الدولية وسائر الوثائق

الرسمية والترجمات الرسمية لهذه " المصنفات " أو لأي جزء منها، ولا ندري لماذا سمي المشرع الأردني ما تقدم بالمصنفات طالما أنه استبعدا من نطاق الحماية القانونية المقررة للمصنفات الفكرية!! حيث كان من الأفضل والأولى أن لا يستخدم لفظ مصنفات للدلالة على القوانين والأحكام وغيرها من القرارات والوثائق الرسمية، وتسميتها بشيء آخر طالما أنها غير محمية بحسب الأصل وإن مناط حمايتها هو فقط تمتعها وتميزها بجهد شخصي ينطوي على الابتكار أو الترتيب، فعندئذ فقط يصدق عليها وصف مصنفات.

كما يستبعد القانون الأردني الخاص بحماية حق المؤلف من نطاق حمايته الأنباء المنشورة أو المذاعة أو المبلغة بصورة علنية، وكذلك مصنفات الدومين العام ومنها الفلكلور الوطني.

وعلى ضوء ما تقدم نقرر أن مناط اعتبار المصنفات محمية قانوناً هو الابتكار والخلق والإبداع الشخصي، والذي يسمح بتمييز المصنف عن سواه من المصنفات المنتمية إلى نفس النوع^(١٥)، أو هو كما يراه البعض^(١٦) - بحق - بصمة المؤلف الشخصية على المصنف والتي تسمح للجمهور بالنطق باسمه بمجرد مطالعة المصنف، وبهذه الميزة نرى أن المصنف الفكري أو حق المؤلف يختلف عن بقية مفردات الملكية الفكرية كالعلامة التجارية أو براءة الاختراع، حيث إن العبرة في مجال الحماية بقانون حق المؤلف هي الابتكار، بينما في

(١٥) علماً بأن عملية تقدير وجود طابع الابتكار من عدمه من الأمور التي تنفرد بها محكمة الموضوع، وبهذا الصدد انظر: ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية بهذا الخصوص، نقض مدني في ١٨ / ٢ / ١٩٦٥ السنة ١٦ رقم ٢٨، مجموعة المكتب الفني ص ١٧٨ والخاص بتمصير رواية الأرملة الطروب، وكذلك نقض مدني في ٦ / ١ / ١٩٩٢ طعن رقم ١٤٦٢ السنة ٥٤، مجلة القضاة، سنة ٢٥ عدد ٢ ص ٥٨٢ والخاص بشأن انطواء طريقة أداء تلاوة القرآن الكريم على شيء من الابتكار بحيث تستبين أن مبتكرها قد خلع عليها من شخصيته ومن ملكاته وحواسه وقدراته ما يميزها على غيرها.

(١٦) أستاذنا د. محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص ٢٥.

العلامة التجارية وبراءة الاختراع نجد أن مناط الحماية هو الجدة وليس الابتكار، وبالتالي نقرر أن الحماية القانونية يستفيد منها صاحب المصنف الجديد وصاحب المصنف المبتكر حتى ولو لم يكن جديداً، لأن الجدة لا تكون محل تقدير إلا ونحن بصدد تقييم أو تسجيل العلامات التجارية و براءات الاختراع وغيرها من مفردات الملكية الصناعية.

المبحث الثالث الطبيعة الخاصة لحق المؤلف

في إطار تحديد الطبيعة القانونية لحق المؤلف والذي يندرج تحت مفهوم الحق المعنوي المنصوص عليه في المادة (٦٧) من القانون المدني الأردني، نجد أن هذا الحق يتضمن عناصر وخصائص كل من الحق العيني والحق الشخصي، ومن خلال المزج بينهما يظهر لنا حق المؤلف بطبيعة قانونية مزدوجة ثنائية الأبعاد^(١٧)؛ حيث يأخذ من الحق العيني كونه يقرر سلطة قانونية مباشرة لشخص معين على شيء معين، كما يأخذ من الحق الشخصي كونه يتضمن رابطة وعلاقة قانونية بين مالكة وبين الغير، تقرر هذه العلاقة حقاً لصاحبه، وتفرض في الوقت نفسه التزاماً على غيره يتمثل إما بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل.

وأمام هذه الخصوصية لطبيعة حق المؤلف احتار فقهاء القانون المدني في تحديد هذه الطبيعة على ثلاثة أقوال :

الأول: يرفض تماماً وصف حق المؤلف بأنه حق ملكية، على اعتبار أن هذا الحق يفتقد صفة التأبيد وإنه لا يرد إلا على شيء غير مادي، وبالتالي يخرج عن نطاق الملكية بمعناها التقليدي المتعارف عليه^(١٨).

(١٧) انظر بهذا المعنى: Marshall A. Leaffer, Understanding Copyrights law, 1st edition, 2005, page 48.

(١٨) من أصحاب هذا القول السنهوري، الذي يرى أن الحق الفكري يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية في شقه الأدبي ومن الحقوق العينية في شقه المادي، انظر

والثاني يؤيد وصف حق المؤلف بأنه حق ملكية^(١٩) إلا أنه بدوره ينقسم إلى اتجاهين أو نظريتين:

= السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية / ص ٢٧٦ وما بعدها، حيث يرى أن طبيعة الملكية تتنافى وطبيعة الفكر من ناحيتين: الأولى: أن الفكر لصيق بالشخصية بل هو جزء منها، ومن ثم فقد وجب تقييد نتاج الفكر بهذا الاعتبار الأساسي. والثانية: أن الفكر حياته انتشاره لا في الاستثثار به، وإذا كان صاحب الفكر هو الذي ابتدع نتاج فكره، فالإنسانية شريكة له من وجهين، وجه تقضي به المصلحة العامة، ووجه آخر يرجع إلى أن صاحب الفكر مدين على نحو ما للإنسانية، ففكره ليس إلا حلقة في سلسلة، تسبقها حلقات وتتلوها حلقات، ومقتضى ذلك ألا يكون حق المؤلف أو المخترع حقاً مبدءاً كما هو شأن الملكية المادية، ومن أجل ذلك يجب أن ننفي عن حق المؤلف أو المخترع صفة الملكية، فالملكية حق استثنائ مؤبد، في حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال مؤقت. ومن أصحاب هذا الاتجاه أيضاً كل من د. محمد على عرفه، شرح القانون المدني الجديد، ط ٣، حق الملكية، دار النهضة العربية ص ٢٦، حيث يرى بأن وصف الحق الفكري بأنه حق ملكية فيه مجافاة لما ينبغي أن تكون عليه لغة القانون من الدقة والضبط، فالملكية في الفقه القانوني المستقر لا ترد إلا على الأشياء المجسمة ونحن هنا بصدد فكرة لا جسم لها!! ومن أنصار هذا الرأي أيضاً د. جمال الدين زكي، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ لسنة الطبع، ص ١١، حيث يقول بأن الحقوق المالية تنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق ترد على أشياء غير مادية، تنعت أحياناً وعلى غير مقتضى الدقة العلمية بالحقوق المعنوية.

(١٩) ومن أصحاب هذا الرأي الذي نؤيده والذي يرى أن حق المؤلف أو المخترع هو حق ملكية حقيقية؛ إذ أن فيه مقومات حق الملكية وإذا نقصه التأييد، كل من د. محمد كامل مرسى، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، فقرة ١٩٠، مطابع الكتاب العربي، بدون تاريخ، و د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، بدون تاريخ للطبعة، ص ٧٣-٧٥ و د. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٥٥، ص ١٠٠، د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مكتبة مكاي، سنة ١٩٧٥، فقرة ١٩٣، وأستاذنا د. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون التجاري، الدار الجامعية، سنة ١٩٨٩، ص ٦٧٤.

الاتجاه الأول: أو كما يسميه البعض، بنظرية الازدواج^(٢٠) فيتفق أصحابها على اعتبار ما يتصل من سلطات المبتكر بشخصيته من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فهي بالتالي تخرج عن نطاق الأموال، ومن هذا القبيل حقه في تقرير نشر فكرته وفي نسبتها إليه، وفي إدخال ما يراه من تعديلات، وأخيراً في الحيلولة دون اعتداء الغير على شخصيته المتمثل في الاعتداء على فكرته.

ولكنهم يختلفون في تكيف المظهر المادي لهذه السلطات، المتمثل في استغلال الفكرة لتحقيق ربح مادي، فيصف بعضهم هذا المظهر بأنه حق ملكية، ويصفه آخرون بأنه حق شخصي ينشأ لصالح المبتكر عن عقد يربطه بالجمهور بمجرد نشر الفكرة، بينما يذهب فريق ثالث إلى أنه حق من نوع خاص^(٢١).

أما الاتجاه الثاني أو أصحاب نظرية الوحدة^(٢٢)، فيرى أصحابها أن حق المؤلف بما ينطوي عليه من سلطات مادية ومعنوية يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وليس مما يتعارض مع طبيعة هذه الحقوق أن يتمخض عنها بعض النتائج ذات الطبيعة المالية، فالاسم قد يباع ويشترى إذا أصبح علماً على مؤسسة تجارية أو صناعية، وكذلك القرابة تؤدي إلى نتائج مالية كالميراث والنفقة.

وأما الرأي الثالث والذي يعتبر أكثر الآراء تحمساً لحق المؤلف، فيرى أنه ليس مجرد حق ملكية عادية بل هو أقدم الملكيات على الإطلاق، حيث يتصل هذا الحق بنتاج ذهن صاحبها وتفكيره ومبتكراته العقلية، وبالتالي تتصل بأعمق

(٢٠) راجع لمزيد من التعمق وتحليل هذه النظرية، أستاذنا د. جلال العدوي بالاشتراك مع أستاذنا د. رمضان أبو السعود، المراكز القانونية، الدار الجامعية، سنة ١٩٨٨، ص ٢٨٠ وما بعدها.

(٢١) د. محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٢٢) راجع لمزيد من التعمق والتحليل لهذه النظرية، أستاذنا د. جلال العدوي بالاشتراك مع أستاذنا د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ٢٧٨ وما بعدها.

أعماق نفسه وخبايا شخصيته، ومن ثم تكون أولى بالحماية من الملكية المادية^(٢٣).

وفي مجال الترجيح بين هذه الاتجاهات السابقة نجد أنفسنا مؤيدين للاتجاه الثاني الذي يقرر أن حق المؤلف يتمتع بوصف الملكية، إلا إنها من الملكيات التي تتمتع بمميزات معينة، ومن هنا فإنني أخالف من يقول بأن سلطة صاحب حق المؤلف ما هي إلا مكنة استغلال للشيء الوارد عليه هذا الحق، فحق المؤلف ينطوي على حق ملكية كامل، وإن كان يتمتع دون غيره ببعض الخصائص والقيود إلا أنها لا تبعده عن كونه حق ملكية كامل^(٢٤) وللتدليل على سلامة هذا القول يمكننا استعراض عناصر الملكية بشكل عام، ومعرفة مدى انطباقها على حق المؤلف.

يخول حق المؤلف صاحبه جميع المكنات والسلطات التي قد ينطوي عليها الشيء محل الملكية، فتعطي لصاحبها مكنة الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهذه هي عناصر الملكية.

(٢٣) راجع السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٧٧ هامش رقم (٣) حيث أورد - رحمه الله - قولاً مأثوراً عن لامارتين عن حق المؤلف، يفيد أن هذا الحق يعتبر من أقدم الحقوق وأكثرها تعلقاً وارتباطاً بشخصية صاحبها، ولقد كان هذا توجه المشرع الفرنسي عندما أصدر قانون ١١/٣/١٩٥٧؛ حيث وصف حق المؤلف والمخترع بأنه حق ملكية معنوية مانع ونافذ بالنسبة إلى الناس كافة، وهو ما يغير سلوك المشرع المصري الذي تجنب عمداً أن يصف حق المؤلف بأنه حق ملكية، مؤثراً عدم الخوض في هذه المسألة التي يجدر تركها للفقهاء والقضاء؛ ليسايراً فيها مقتضيات التطور، انظر: السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٧٨ هامش (١)، وانظر أيضاً: د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص ٣.

(٢٤) راجع بهذا الخصوص، د. محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص ٢٢٨ وما بعدها، وكذلك انظر: أستاذنا د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق ص ٦٧٤، حيث يرى سيادته أنه ليس ثمة ما يمنع من اعتبار حقوق الملكية الفكرية من قبيل حقوق الملكية، لأن الأشياء المادية والمعنوية على السواء تصلح محلاً لحق الملكية، أما التآبد فليس من جوهر حق الملكية بل أن الاتجاه الحديث يرمي إلى التقييد من حق الملكية في سبيل مصلحة الجماعة.

- الاستعمال: ويقصد به استخدام الشيء فيما أعد له، كاستعمال جهاز الكمبيوتر باستخدامه، واستعمال النقود بصرفها وإنفاقها، واستعمال النص المسرحي بإخراجه وأدائه العلني.
 - الاستغلال: ويقصد به الانتفاع وجني ثمار الشيء محل الملكية، كاستغلال الكتاب بنشره وجني أرباح النشر والتوزيع، مثله في ذلك مثل استغلال الأرض بتأجيرها والانتفاع بالأجرة.
 - التصرف: ويقصد به استخدام الشيء محل الملكية استخداماً يؤدي إما إلى زواله كلياً أو جزئياً، وإما إلى مجرد إنهاء بعض السلطات الممنوحة لصاحبه، أو بمعنى آخر قد يكون التصرف مؤدياً إلى استهلاك الشيء استهلاكاً كلياً أو جزئياً، وقد يكون التصرف مجرد إحداث تغيرات جوهرية فيه سواء كان ذلك بفعل الواقع أو القانون، كأن تحدث بعض الظروف التي تؤدي إلى هلاك الشيء هلاكاً كلياً أو جزئياً، أو كأن يكون هذا التصرف قانونياً كالبيع أو الرهن أو الهبة أو غيرها من التصرفات القانونية الجائزة.
- وباستعراض عناصر الملكية بشكل عام نجدها تتوفر في حق المؤلف، حيث يعطي هذا الأخير لصاحبه مكنة استعمال واستغلال والتصرف بالشيء محل هذا الحق، وهو ما يجعلنا نؤكد على حقيقة أن عناصر الملكية متوفرة في حق المؤلف.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف طبقاً لقواعد التشريعات الوضعية

تمهيد وتقسيم:

أدى تطور وتشابك التعاملات بين مختلف شعوب العالم، وفي مختلف المجالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والتجارية والعلمية والصحية والصناعية والرياضية أيضاً، إلى ظهور نوعية جديدة من العلاقات القانونية المتضمنة لعنصر أجنبي في أحد أركانها، سواء كان ذلك في أطرافها أو محلها أو السبب المنشئ لها، الأمر الذي أدى إلى ظهور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق عليها، وهو التساؤل الذي أدى بدوره إلى وجود ظاهرة تنازع القوانين، بمعنى وجود أكثر من قانون واحد للنظر والفصل في المنازعات الناتجة أو التي قد تنتج عن هذه العلاقات الجديدة.

ومن ضمن هذه العلاقات تلك الخاصة بحق المؤلف الذي تتفق قريحته الذهنية عن مصنف معين يتم نشره في أكثر من دولة، مما أدى إلى التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على حق هذا المؤلف على هذا المصنف المنشور خارج حدود إقليم دولته؟؟؟

وفي معرض الإجابة عن التساؤل السابق، نجد أن التشريعات العربية الوضعية سواء تمثلت في القانون المدني أو القانون الخاص بحق المؤلف قد تباين موقفها، فنجد منها من فضل تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف من خلال النص صراحة على خضوعه لقانون معين دون غيره، وهو ما قام به القانون الكويتي المتمثل في المرسوم الأميري رقم ٥ لسنة ١٩٦١، ومنهم من فضل مجرد تكرار للقواعد الموضوعية المقررة في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة - وأهمها في هذا المجال اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية - وهو ما يجعلنا نعتبر موقف هذه التشريعات قريباً جداً من موقف

السكوت عن بيان القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، وبالتالي ترك هذه المهمة للفقهاء القانوني وفقاً لمرئياتهم الخاصة المستندة - دون شك - على مجموعة المبادئ والقواعد المقررة إما عرفاً أو تشريعياً، سواء على صعيد الدول الأخرى أو على الصعيد الدولي المتمثل في قواعد وأحكام اتفاقية بيرن التي تعتبر الشريعة العامة لحق المؤلف بكافة المسائل المتعلقة به، ومنها القانون الواجب التطبيق عليه.

ومن هنا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتصدى في المبحث الأول منه لبيان موقف المشرع الكويتي بالنسبة لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، ثم نتصدى في المبحث الثاني لبيان موقف المشرع الأردني بالنسبة للمسألة نفسها.

المبحث الأول موقف القانون الكويتي

على الرغم من أن الكويت ليست عضواً في اتفاقية بيرن لحماية حق المؤلف، ولا في اتفاقية الويبو لحق المؤلف، إلا أنها تعتبر عضواً منظماً لهذه وتلك على أساس انضمامها إلى منظمة التجارة العالمية، ومن قبلها إلى اتفاقية الجات منذ أوائل الستينيات من القرن المنصرم، خلافاً لبقية دول الخليج العربي التي فضلت التريث قليلاً قبل الانضمام إلى التجمعات الدولية، وهذا يدل على أن الكويت كانت حريصة قبل غيرها على الدخول في خضم التكتلات الدولية الحريصة على حماية وصيانة حقوق الملكية الفكرية، على اعتبار أن هذه الأخيرة تعتبر إحدى الملاحق التي أنتجها اتفاق التجارة العالمية التي حلت محل اتفاق الجات.

وكذلك ألحقت الكويت حرصها على حماية الملكية الفكرية بحرص آخر يتمثل بانضمامها إلى المنظمة العالمية للملكية الفكرية بموجب القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٨، وبالتالي تعتبر من أوائل الدول العربية الرائدة في مجال حماية كافة حقوق الملكية الفكرية ومن ضمنها حق المؤلف، حيث إن الانضمام إلى

المنظمة العالمية للملكية الفكرية يعني الالتزام بكافة الاتفاقيات الدولية المؤسسة لهذه المنظمة العالمية، والتي من ضمنها اتفاقية بيرن لحماية حق المؤلف.

ومن هذا المنطلق يمكننا القول بأن الكويت أولت موضوع حق المؤلف الحماية المثلى من خلال قانونها الداخلي المتمثل بالمرسوم الأميري رقم ٥ لسنة ١٩٦١ الخاص بحماية حق المؤلف.

ووفقاً لهذا المرسوم نستطيع القول بأن المشرع الكويتي - على خلاف غيره من المشرعين العرب اللهم المشرع العراقي (قانون حق المؤلف لسنة ١٩٧١) - قد انفرد بتغطية تشريعية شاملة لبيان القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف.

وفي هذا الصدد نجد أن المرسوم الأميري المذكور قد نص في المادة ٥٧ على سريان قانون بلد النشر الأول أو الإخراج الأول على حق المؤلف، وهو ما يعتبر سبقاً تشريعياً لا يناظره على المستوى العربي تشريع آخر سوى التشريع العراقي الخاص بحماية حق المؤلف لسنة ١٩٧١.

ووفقاً لهذا الموقف التشريعي المتميز للقانون الكويتي، يطبق على حق المؤلف قانون بلد النشر الأول أو الإخراج الأول، ويظهر تميز موقف القانون الكويتي من خلال النقاط التالية:

- إنه الموقف التشريعي الوحيد مع الموقف التشريعي العراقي الذي أخذ على نفسه بيان وتحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، فيكون بذلك صاحب قصب السبق في التنظيم التشريعي لهذه المسألة الأولية، والمهمة جداً في إطار ضمان حماية تشريعية لهذا الحق.

- إن بقية التشريعات العربية والتي لم تنتهج نفس الموقف الكويتي، وفُضلت تكرار أحكام اتفاقية بيرن المتعلقة بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، وتركزت هذه المسألة ليتم تحديدها من قبل رجال الفقه القانوني، لم تجد قانوناً آخر يطبق على حق المؤلف سوى قانون بلد النشر الأول أيضاً، وفي ذلك إقرار وإجماع على نجاعة وصحة الموقف التشريعي

الكويتي، ومن هنا نقرر أنه طالما أن التشريعات الصامتة تشريعاً حيال مسألة القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف أقرت بإجماع الفقه القانوني على تطبيق قانون بلد النشر الأول أو الإخراج الأول على حق المؤلف، فإننا نعتقد جازمين بأنه كان من الأفضل لها لو أنها أقرت هذا الأمر تشريعاً كما فعلت دولة الكويت، لأن التنظيم التشريعي لمسألة قانونية ما يوفر استقراراً وتوازناً في المراكز القانونية أكثر بكثير مما يوفر الإجماع الفقهي بالنسبة للمسألة نفسها.

ويقصد بقانون بلد النشر أو الإخراج الأول في إطار حق المؤلف قانون البلد الذي كشف فيه المؤلف عن مصنفه لأول مرة، أو القانون الذي سمح فيه المؤلف بتحديد اللحظة التي يتيح فيها المؤلف مصنفه للجمهور، فإذا سمح المؤلف وأتاح مصنفه لتداول وإطلاع الجمهور عليه لأول مرة في الكويت، فمعنى ذلك أن القانون الكويتي وحده هو القانون الواجب التطبيق على حقه على هذا المصنف بشقيه، المادي المتمثل في حق الاستغلال والاستئثار بالمرئود المالي الناتج عن تمكين الجمهور من مصنفه سواء من خلال تلاوته أو أدائه العلني أو التوقيع الموسيقي له أو تمثيله المسرحي أو تقديمه أو إذاعته أو بالمجمل نقله إلى الجمهور، والمعنوي المتمثل بحق تقرير نشر المصنف أو نسبة المصنف إليه أو حقه في سحبه وتعديله.

ومن المقرر قانوناً أن حق النشر أو الإخراج الأول هو من الحقوق الأصلية المقررة للمؤلف وحده أو من يمثله قانوناً، سواء كان هذا الممثل قانونياً كورثته أو اتفاقياً كوكيله، شريطة حصول هذا الممثل على ترخيص بذلك من المؤلف.

ومع احترامنا وتقديرنا واتفاقنا مع موقف القانون الكويتي بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، إلا أننا كنا نتمنى لو استبدل المشرع الكويتي مصطلح النشر أو الإخراج الأول بمصطلح الإتاحة، وذلك لأن مصطلح النشر أو الإخراج يعني في بيئة حق المؤلف تمكين الجمهور من الاطلاع على المصنف، ولقد كان هذا الاطلاع لوقت قريب يأخذ الشكل المادي من خلال الحياة المادية للمصنف، ولكن ومع التطورات التكنولوجية والمعلوماتية التي

شهدتها عملية نشر المصنفات في الآونة الأخيرة، والتي تمخض عنها إمكانية طرح المصنف إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت^(٢٥)، وبالتالي تمكين الجمهور من الاطلاع على المصنف إلكترونياً أصبح مصطلح النشر بمفهومه الدارج غير دقيق وبحاجة إلى تعديل، ليصبح بدلاً من مفهوم تمكين الجمهور من هذا المصنف مادياً من خلال نشره وتمكين الجمهور منه عبر اقتناء نسخة واحدة منه تلبي احتياجاته، إلى مفهوم إتاحتها للجمهور بالمعنى الواسع لمصطلح الإتاحة الذي يشمل الإتاحة المادية والإتاحة الإلكترونية عبر شبكة المعلومات.

المبحث الثاني موقف القانون الأردني

انضمت المملكة الأردنية الهاشمية تقريباً إلى كافة الاتفاقيات الدولية النازمة لمختلف مفردات الملكية الفكرية، بما فيها بالطبع حق المؤلف، فالمملكة عضو في اتفاقية بيرن لحماية حق المؤلف منذ تاريخ ٢٧/٧/١٩٩٩، وهي أيضاً في الاتفاقية العالمية لحماية حق المؤلف (اتفاقية الويبو) منذ تاريخ ٢٧/٤/٢٠٠٤، كما تعتبر المملكة من الدول المهتمة جداً بموضوع الملكية الفكرية، وهي تقبع حالياً في مرتبة متقدمة في سلم الدول المدرجة على لائحة الإدارج الخاص الصادرة عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية وفقاً لتقريرها السنوي الخاص لسنة ٢٠٠٩ والمعروف بتقرير ٣٠١ الصادر في ٣٠/٤/٢٠٠٩.

وعلى الرغم من هذه الحقائق التي تدعو للفخر والاعتزاز إلا أننا نجد أن المشرع الأردني بخصوص القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف قد اتخذ موقفاً نراه - مع الاحترام - سلبياً بعض الشيء؛ حيث إنه اكتفى بتكرير ما تضمنته اتفاقية بيرن بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، فجاء موقفه غامضاً وغير واضح ومقيداً بالعديد من القيود السياسية

(٢٥) انظر بهذا المعنى: Jessica Litman, Digital Copyrights, 1st edition, 2005, pagr

كقيد المعاملة بالمثل أو شرط الإقامة، وهو ما لا يجوز . كما سنرى لاحقاً- في إطار تحدي القانون الواجب التطبيق أو وضع حل لمشكلة تنازع القوانين.

فلو استعرضنا القانون المدني الأردني لوجدنا أن المادة ١٩ منه والتي تنص على: "يسري على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب على كسب الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها" لا تحدد إلا القانون الواجب التطبيق على المنقولات المادية فقط والتي يخرج منها حق المؤلف على اعتبار أنه من الحقوق المعنوية.

ولو استعرضنا قانون حماية حق المؤلف لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته لوجدنا أن هناك نصاً وحيداً وهو نص المادة ٥٦ ينص في فقرته الأولى على: "أ- تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين الأردنيين والأجانب المنشورة أو غير المنشورة، والمعبّر عنها بأي من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة ٣ داخل المملكة، وعلى مصنفات المؤلفين الأردنيين المنشورة أو غير المنشورة، والمعبّر عنها بأي من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة ٣ خارج المملكة".

وقد يبدو للبعض أن النص السابق يشكل معالجة وتحديداً من قبل المشرع الأردني للقانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، إلا أن الحقيقة تناهض هذا الاعتقاد، فالمشرع الأردني لم يفعل في هذا النص سوى بسط ولاية قانون حماية حق المؤلف على المصنفات، فبين نطاق تطبيق هذا القانون من خلال بيان المصنفات التي تخضع لأحكامه، وهذا بالطبع لا يشكل تنظيماً ولا تحديداً للقانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، وذلك للأسباب التالية:

١ - إن نص المادة ٥٦ لم يربط تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف ببلد النشر أو الإخراج الأول، وبالتالي أدى ذلك إلى غياب ضابط الإسناد الذي يشير للقاضي إلى القانون الواجب التطبيق ومتى يتم تطبيقه، ومن

المعروف أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق تحل من خلال قاعدة معينة للإسناد تتكون من عناصر ثلاثة، هي قاعدة الإسناد وضابط الإسناد والقانون المسند إليه، وهذه العناصر لم تتوفر في هذا النص، الأمر الذي يجعلنا نقرر بجزم أن هذا النص لا يتضمن تحديداً للقانون الواجب التطبيق على حق المؤلف.

٢ - إن هذا النص ارتبط - وجوداً وعدماً - بقيد أو شرط التعامل بالمثل، ويظهر ذلك في الفقرة (ب) منه التي ربطت انطباق هذا النص في حالة وجود شرط التعامل بالمثل، بمعنى أن هذا النص يطبق على مصنفات المؤلفين الأجانب إذا كان قانونهم يطبق على مصنفات المؤلفين الأردنيين والعكس طبعاً صحيح، ومن المعروف في إطار حل مسألة تنازع القوانين أو تحديد القانون الواجب التطبيق أنه لا يجوز ربط انطباق القانون الواجب التطبيق على مسألة معينة بأي قيد أو شرط كشرط المعاملة بالمثل مثلاً.

وبناء على ما تقدم يمكننا القول بأن موقف القانون الأردني إزاء بيان وتحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف جاء صامتاً، أو على الأقل غامضاً غير واضح المعالم، أو أنه جاء ترجمة حرفية لما تضمنته الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحق المؤلف في هذا الصدد، وأنه لم يتضمن نصاً واضحاً يحدد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، كما هو الحال بالنسبة للقانون الكويتي.

ومن هذا المنطلق نرى أن ما جرى عليه العمل الفقهي والقضائي في الأردن بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، اعتمد على ما اتفق عليه جمهور الفقه القانوني الذي وضع قاعدة قانونية عامة أصبحت تشكل حلاً لمشكلة القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف بكافة أشكاله وصوره ومفرداته، مفادها أن القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف هو ما يعرف بقانون بلد الأصل، أو القانون الذي تم فيه أول عملية نشر، بالمعنى العام لمصطلح نشر والذي يشمل التمثيل والأداء العلني والتوزيع الموسيقي والإذاعة.

وعلى الرغم من اتفاق معظم الفقه الراجح على تطبيق قانون الدولة التي نشر فيها المصنف لأول مرة وفقاً لما تقرره القاعدة العامة في هذا الشأن، إلا أن هذا الفقه اختلف في تأسيس موقفه هذا على ثلاثة أقوال:

الأول: يرى أصحابه أن الأساس الذي اعتمدت عليه القاعدة العامة المقررة لتحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف والمتمثل في قانون الدولة الذي تم فيها نشر المصنف لأول مرة، يتمثل في أن نشر الإنتاج الأدبي والفني والعلمي، أو بمعنى آخر نشر كافة مفردات حق المؤلف، هي العملية التي ينشأ عنها حق المؤلف بحد ذاته، حيث أن عملية النشر هي التي تعطي للمصنف قيمة معينة واجبة الاحترام بين الأفراد، كما أن النشر هو الذي يجعل لمفردات الملكية الأدبية والفنية محلاً للتداول والاستغلال والاستثمار، وبالتالي وجب خضوع هذه المفردات لقانون البلد الذي ينشر فيه لأول مرة^(٢٦).

الثاني: ويؤسس أصحابه موقفهم المؤيد للرأي الراجح على أن أساس خضوع حق المؤلف لقانون البلد الذي تم فيه النشر لأول مرة، يكمن في أن المكان الذي ينشر فيه المصنف لأول مرة هو المكان الذي تبدو فيه القيمة الذاتية للمصنف في إطار العلاقات الاجتماعية والثقافية والعلمية والفنية، فمزد اللحظة التي ينشر فيها المصنف يمكن القول بأنه قد أصبح مالاً يجوز لصاحبه وللغير أن يستفيد منه^(٢٧).

الثالث: ويرى أصحابه^(٢٨) أن أساس خضوع حق المؤلف لقانون بلد أول عملية نشر، هو الموقع الافتراضي للحق المعنوي المتمثل في المصنف، وهذا المقر أو الموقع الافتراضي يتمثل في بلد أول نشر للمصنف.

بناءً على ما تقدم نستنتج أن موقف التشريع الكويتي الناظم بالفعل لمسألة القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، وموقف التشريع الأردني الذي اعتمد

(٢٦) انظر هذا الموقف وهذا التأسيس لدى: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ١٩٩٣، ط ٣، ص ٨١٣.

(٢٧) د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٨١٣ وبالمعنى نفسه، انظر: د. شمس الدين الوكيل، دروس في القانون الدولي الخاص، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٦٢ ص ١٧٤ وما بعدها.

(٢٨) أستاذنا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دون اسم لدار النشر، سنة ١٩٩٦، ص ٣٢٣.

على ما اتفق عليه جمهور الفقه القانوني جاء متفقين من حيث النتيجة، وإن كانا اختلفا في طريقة المعالجة لهذه المسألة، فالقانون الكويتي أراح نفسه وقرر صراحة انطباق قانون بلد النشر أو الإخراج الأول على حق المؤلف، بينما القانون الأردني أخذ ما اتفق عليه جمهور الفقه في مسألة القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، وما هو مقرر في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وأقرها كحل لمسألة القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف دون تمحيص أو تدقيق، بل وجاءت على استعجال رغبة منه في مواءمة هذه الاتفاقيات الدولية وما تفرضه من نصوص.

وطالما أن كلا القانونين يقرران بالنتيجة خضوع حق المؤلف لقانون بلد أول نشر أو إخراج، فيصبح من المنطقي القول بأنه إذا قام المؤلف بنشر إنتاجه الفكري في دولة معينة، ثم قام بنشره مرة ثانية في دول أخرى، فإن حماية حقوقه على هذا الإنتاج يحكمها قانون الدولة التي تم فيها نشر إنتاجه لأول مرة، لا سيما بالنسبة لمدة الحماية ونطاقها وموضوعها^(٢٩).

وكذلك، طالما أن كلا القانونين يقرران نفس النتيجة أيضاً، ويخضعان حق المؤلف لقانون بلد أول نشر أو إخراج، فإن أسهم النقد التي وجهت لهذا القانون توجه لكليهما، حيث إنه - وعلى الرغم - من ذيوع قاعدة قانون أول بلد نشر أو إخراج كقانون واجب التطبيق على حق المؤلف إلا أن الأمر لم يخل من بعض الصعوبات في التطبيق العملي له، خصوصاً في الفرض الذي يكون فيه المصنف لم ينشر بعد، أو في الفرض الذي تم فيه نشر المصنف في أكثر من دول في الوقت نفسه؟؟.

أما الفرض الأول والمتمثل في عدم نشر المصنف بعد، فيتجه البعض^(٣٠) - كمحاولة لوضع حل لهذا الفرض - إلى ترجيح فكرة تطبيق قانون دولة

(٢٩) د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة دمشق، سنة ١٩٩٧، ص ٣٠٧.

(٣٠) Bartin، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج ٣ ص ٧٢ وما بعدها، وكذلك انظر هذا الرأي معروضاً لدى: د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٨١٤ والهامش رقم ١.

المؤلف، لأن المصنف هو نتاج الفكر وهذا الأخير هو من الأمور اللصيقة بشخصية المؤلف، وبالتالي فإن خير قانون ينبغي تطبيقه في هذا الفرض هو قانون جنسية المؤلف.

بينما يتجه البعض الآخر^(٣١) إلى أن القانون الواجب التطبيق في هذا الفرض هو قانون المكان الذي توجد فيه النسخة الأصلية للمصنف، على اعتبار أن هذه النسخة الأصلية سواء كانت كتاباً أو لوحةً أو تمثالاً أو غير ذلك، تمثل بحد ذاتها مالا مادياً يخضع وفقاً للقاعدة العامة لقانون موقعه.

وأما الفرض الثاني والمتمثل في نشر المصنف في أكثر من بلد في الوقت نفسه، فيتجه البعض^(٣٢) - كحل لهذا الفرض - إلى التمسك بأن القانون الذي يقرر مدة حماية أقصر من غيره من القوانين المتزاحمة هو القانون الواجب التطبيق على هذا الفرض^(٣٣)، بينما يتجه البعض الآخر^(٣٤) إلى ضرورة الاعتداد بموقع النشر الرئيسي، فإذا كان المصنف قد نشر في وقت واحد في عدة دول مختلفة، فإنه يتعين الرجوع إلى قانون الدولة التي كان لنشر المصنف فيها أهمية أكثر من غيرها.

ومن أوجه النقد التي وجهت لقاعدة قانون بلد أول نشر أو إخراج - على الرغم من ذيوعه وانتشاره - أنه أحياناً قد لا يعبر عن رابطة حقيقية بين المصنف والدولة التي وقع فيها أول نشر، وذلك في حالة إذا ما وقع أول نشر في دولة ما بصورة عرضية أو بمحض الصدفة، كما أنه بالنسبة للمصنفات الموسيقية والسينمائية كثيراً ما يتم أول عرض لها في مهرجان في دولة معينة لا تربطها بالمصنف ولا بمؤلفه أية صلة، وعلى هذا فإن الأخذ بقانون بلد أول

(٣١) د. فؤاد ديب، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

(٣٢) د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٨١٤ وانظر كذلك هذا التوجه معروضاً لدى: د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٣٠٠.

(٣٣) من الجدير ذكره هنا أن هذا الموقف أخذت به كل من اتفاقية بيرن وجنيف.

(٣٤) انظر هذا الرأي معروضاً لدى: د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٨١٤.

نشر قد يؤدي إلى أن يتوقف تحديد القانون الواجب التطبيق على الصدفة التي أدت إلى اختيار دولة ما مقراً للمهرجان^(٣٥).

ويضاف إلى النقد الموجه لهذا الرأي، صعوبة تحديد قانون بلد أول نشر بالنسبة للمصنفات التي لم تنشر بعد، أو تلك التي تم نشرها في أكثر من دولة في الوقت نفسه - وفقاً لما تقدم -.

أمام أسهم النقد التي نالت من وجهة هذا الرأي السائد والذي كان يمثل قاعدة عامة في هذا الصدد، اتجه البعض^(٣٦) - بحق - إلى تطبيق قانون بلد طلب الحماية، على أساس أن لحق المؤلف مقراً، شأن الحقوق التي ترد على أموال مادية، ولكن هذا المقرر يتعدد بتعدد القوانين التي تحميه، ناهيك عن أن الأخذ بقانون بلد طلب الحماية ينسجم كثيراً مع تعلق حق المؤلف باعتبارات الأمن المدني داخل الدولة، والذي يفترض أن يكون القانون الإقليمي هو القانون الأولي بالانطباق عند التنازع مع قوانين أخرى.

ومن جانبنا، نؤيد - إذا كان لا بد من الأخذ بقانون أول نشر أو إخراج للمصنف - الاتجاه الأخير^(٣٧)، الذي نجده قد وضع لنا معياراً رئيسياً وآخر

(٣٥) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٣٦) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٢٤، حيث يرى سيادته أنه في حالة عدم اتخاذ موقف تشريعي في هذا الشأن يجب الاستعانة بقانون البلد التي تطلب حماية قانونها إلى جانب قانون بلد أول نشر للمصنف، وذلك على أساس تطبيق قانون الأصل على مسائل وجوهر المؤلف ونطاقه ومدة حمايته، وذلك بالنسبة للمصنفات المنشورة، على أن يتقيد حق المؤلف على هذه المصنفات بما يورده قانون بلد طلب الحماية من قيود، كما يحكم هذا القانون الأخير وسائل حماية حق المؤلف لما تتسم به هذه المسألة من طبيعة إجرائية، ويحكم أيضاً النظام القانوني للمصنفات غير المنشورة، نظراً لتعدد الأخذ بقانون بلد أول نشر بالنسبة لهذه الطائفة من المصنفات.

(٣٧) ويتمثل هذا الاتجاه في رأي الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم السابق الإشارة إليه في الهامش السابق.

احتياطياً، يشكلان بمجموعهما أساساً متيناً لتحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، فإذا كان المؤلف منشوراً، كان القانون الأولي بالاعتداد هو قانون البلد الذي تم فيه أول نشر، أما إذا كان المصنف غير منشور أو كان بحاجة لتحديد بعض المسائل الإجرائية له، وجب عندئذ الاعتداد بقانون البلد الذي يطلب المؤلف حماية مصنفه داخله.

الفصل الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف

طبقاً لقواعد اتفاقية بيرن

حتى تسهل علينا عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف طبقاً لاتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، لا بد لنا ابتداءً من إلقاء الضوء والمرور السريع - ولو بلمحة عامة - على الحماية الدولية لحق المؤلف سواء على المستوى العالمي أو المستوى العربي، ومن بعدها ننطلق لتحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف طبقاً لاتفاقية بيرن سواء من خلال قواعدها الموضوعية أو من خلال قواعد الإسناد الخاصة التي تضمنتها، فإذا انتهينا من ذلك يبقى علينا الإجابة عن التساؤل الدائر حول حكم وجود تعارض بين النص القانوني الوضعي ونص اتفاقية بيرن، على اعتبار أن هذه الاتفاقية تعتبر - بحق - الشريعة العامة لحق المؤلف.

تمهيد وتقسيم: لمحة عامة عن الحماية الدولية لحق المؤلف

منذ ظهور الأهمية الكبيرة لحق المؤلف على الصعيدين المحلي والدولي، حرصت الدول والمنظمات الدولية على تنظيم وإبرام معاهدات واتفاقيات دولية لضمان توفير حد أدنى من الحماية القانونية لهذا الحق.

ومن هذا المنطلق حرصت معظم دول العالم سواء العربية منها أو الغربية على العمل بكل جهد لتوفير أرضية صلبة لحقوق المؤلف وحماية المصنفات الفكرية، الأمر الذي تمخض عنه إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية النازمة والمعالجة لحق المؤلف منذ عام ١٨٨٦، حيث شهد هذا العام ميلاد أول اتفاقية دولية تتعلق بحماية حق المؤلف وهي اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية^(٣٨) والتي بلغ عدد

(٣٨) المؤرخة في ٩ أيلول ١٨٨٦، والمكتملة بباريس في ٤ أيار ١٨٩٦، والمعدلة ببرلين في ١٣ آذار ١٩١٤، والمعدلة بروما في ٢ حزيران ١٩٢٨ وبروكسل في ٢٦ حزيران

أعضائها ١٤٧ دولة حتى إحصاء عام ٢٠٠١م، من ضمنها اثنتا عشرة دولة عربية هي الأردن وتونس (تعتبر من بين الدول المؤسسة للاتفاقية) والجزائر ولبنان والمغرب وموريتانيا وليبيا و مصر و البحرين وقطر وسلطنة عُمان ودولة الإمارات العربية المتحدة.

ولقد أدى النص على حقوق الملكية الأدبية والفنية ضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ إلى ازدياد الحرص الدولي على توفير الحماية الدولية لحق المؤلف، الذي تمخض عن إبرام الاتفاقية العالمية لحق المؤلف في جنيف سنة ١٩٥٢ والتي تضم بين أعضائها خمس دول عربية هي لبنان وتونس والجزائر والمغرب والأردن^(٣٩).

إن الاهتمام العالمي بحماية الملكية الأدبية والفنية لم يقتصر على حق المؤلف فقط، بل تعداه ليشمل الحقوق المشابهة أو ما يسمى بالحقوق المجاورة؛ حيث أبرمت في روما اتفاقية دولية بشأن حماية فنانى الأداء ومنتجى التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة سنة ١٩٦١، كما أبرمت في جنيف اتفاقية دولية بشأن حماية منتجى الفونوجرامات من استنساخ فونوجراماتهم دون تصريح سنة ١٩٧١، وأيضاً الاتفاقية الدولية التي أبرمت في بروكسل سنة ١٩٧٤ بشأن توزيع الإشارات الحاملة للبرامج المرسلة عبر التوابع الصناعية.

واتسع نطاق حماية حق المؤلف ليصل إلى الدول العربية التي لمست على الفور مدى أهمية توحيد التشريعات العربية - العربية في هذا المجال، فقامت اللجنة القانونية الدائمة التابعة لجامعة الدول العربية سنة ١٩٤٧ ببحث توحيد قوانين الدول العربية المتعلقة بحق المؤلف، وأعدت مشروع قانون بهذا الخصوص وافق عليه مجلس الجامعة العربية سنة ١٩٤٨، وأصدر توصية لكافة

= ١٩٤٨، واستكهولم في ١٤ تموز ١٩٦٧، وباريس في ٢٤ تموز ١٩٧١، والمعدلة أخيراً في ٢٨ أيلول ١٩٧٩.
(٣٩) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، الجات والحماية الدولية لبرامج الكمبيوتر وحق المؤلف، مجموعة أبحاث، ص ٨١.

الدول العربية تقضي بأن تقوم هذه الأخيرة بسن أو تعديل تشريعاتها الداخلية حتى تضمن انسجامها ومشروع هذا القانون الموحد.

كما قامت الجامعة العربية بالموافقة على دستور المنظمة العربية للتربية والعلوم والثقافة عام ١٩٦٤، التي كان من بين أهدافها "التمكين للوحدة الفكرية بين أجزاء الوطن العربي عن طريق التربية والثقافة والعلوم، ورفع المستوى الثقافي في هذا الوطن حتى يقوم بواجبه في متابعة الحضارة العالمية والمشاركة الإيجابية فيها، وتشجيع التعاون بين الأمة العربية والأمم الأخرى في جميع نواحي النشاط الفكري"^(٤٠).

كما أبرم أيضاً ميثاق الوحدة الثقافية العربية الذي جاء في المادة ٢١ منه "تعمل الدول الأعضاء على أن تضع كل منها تشريعاً لحماية الملكية الأدبية والعلمية والفنية لما ينتج في هذه الميادين في كل دولة من دول الجامعة العربية"^(٤١).

وتنفيذاً لهذه الاتفاقيات العربية . العربية قامت أغلبية الدول العربية بإصدار تشريعات خاصة لحماية حق المؤلف، إلا أن هذا لا يعني عدم معرفة الدول العربية لمثل هذه القوانين من قبل؛ حيث كان أول قانون خاص بحق المؤلف في البلاد العربية هو قانون حق التأليف العثماني الصادر في ٨ أيار ١٩١٢ والذي ظل العمل سارياً به في الأردن حتى صدور أول قانون أردني لحماية حق المؤلف وهو القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩١٠^(٤٢).

(٤٠) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق ص ٨٥

(٤١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق ص ٨٥، حيث يعتبر أن الدول العربية ملتزمة بموجب المعاهدات التي أبرمتها في هذا الشأن وهي المعاهدة الثقافية لسنة ١٩٤٥، وميثاق الوحدة الثقافية لسنة ١٩٦٤، بإصدار قوانين خاصة بحق المؤلف في إقليمها.

(٤٢) د. نواف كنعان، حق المؤلف، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٧، ص ٣٩ وما بعدها.

ويعتبر القانون الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩١٠ والخاص بحماية حق المؤلف هو أول قانون عربي بهذا الخصوص^(٤٣)، الذي صدر بعده على التوالي المرسوم الفرنسي في كل من سوريا ولبنان رقم ٢٣٨٥ في عام ١٩٢٣، ثم صدر القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ في مصر، ثم المرسوم الأميري رقم ٥ لسنة ١٩٦١ في الكويت، ثم القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ في تونس، ثم القانون رقم ٩ لسنة ١٩٦٨ في ليبيا، ثم القانون رقم ٣ لسنة ١٩٧١ في العراق، ثم الأمر رقم ٧٣-١٤ الصادر سنة ١٩٧٣ في الجزائر، ثم القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٤ في السودان، ثم النظام الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١١ لسنة ١٩٨٩ في المملكة العربية السعودية، ثم القانون الاتحادي رقم ٤٠ لسنة ١٩٩٢ في دولة الإمارات العربية.

ولا تزال بعض الدول العربية - حتى الآن - مثل جيبوتي والصومال واليمن وموريتانيا بلا قانون خاص لحماية حق المؤلف، بينما قامت بعض الدول العربية الأخرى بسن تشريعات خاصة بحماية حق المؤلف تعتبر حديثة نوعاً ما، وبعضها لا تزال بصيغة مشاريع قوانين كما هو الوضع في كل من سلطنة عمان وقطر والبحرين.

ومن الجدير ذكره بخصوص القوانين العربية الخاصة بحماية حق المؤلف، وجود تشابه كبير بين هذه القوانين، والسبب في ذلك - كما يراه البعض^(٤٤) - يتمثل في كل من:

- اعتماد غالبية الدول العربية على القانون المصري باعتباره من أقدم القوانين العربية في هذا المجال.

- اعتماد معظم الدول العربية على اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، وهذا التحليل أقرب من سابقه إلى المنطق والدقة والموضوعية^(٤٥).

(٤٣) قارن هذا مع د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٤٤) د. نواف كنعان، حق المؤلف، ص ٤٠ وما بعدها.

(٤٥) د. حسام لطفي، المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية، ص ٢٦٣.

وبعض هذا الملمح السريع عن الحماية الدولية لحق المؤلف والمتمثل في نصوص اتفاقية بيرن، نقرر أن هذه الاتفاقية - وفي صدد حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف - تضمنت نوعين من القواعد، الأول: قواعد موضوعية تستعرض مسألة القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، ومن ثم تضع حلاً لها، والثاني: قواعد إسناد خاصة تشير إلى تطبيق القانون الواجب على حق المؤلف، وعليه فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف طبقاً لهذه الاتفاقية سيكون من خلال استعراض أحكام قواعدها الموضوعية، ومن ثم استعراض قواعد الإسناد الخاصة بها والتي تشير إلى حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف.

المبحث الأول حكم القواعد الموضوعية لاتفاقية بيرن

تضمنت اتفاقية بيرن بعض القواعد العامة التي تحكم وتنظم التعامل الدولي بين الدول في مجال حماية المصنفات الأدبية والفنية، وتتمثل هذه القواعد بكل من مبدأ التسوية ومبدأ الحد الأدنى للحماية.

المطلب الأول مبدأ التسوية

ومفاده أن تتساوى المصنفات الأجنبية - التي تتضمنها الاتفاقية بالطبع - مع المصنفات الوطنية فيما يتعلق بالحماية التشريعية المقررة وفقاً للقانون الداخلي للدول الأعضاء، وهذا يعني أن تتمتع كافة المصنفات الداخلة في موضوع الاتفاقية في إقليم أية دولة متعاقدة بالحماية نفسها التي تتمتع بها المصنفات الوطنية في هذه الدولة^(٤٦).

(٤٦) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، ص ٣٢٧؛ حيث يرى أن مقتضى هذا المبدأ، هو اعتبار أن كل الدول الأطراف في الاتفاقية تكون إقليمياً واحداً يتمتع كل

وفي هذا الصدد تنص المادة الخامسة من الاتفاقية على: "يتمتع المؤلفون بالنسبة للمصنفات المقررة حمايتها بمقتضى هذه الاتفاقية - في دول الاتحاد عدا بلد الأصل للمصنف - بالحقوق التي تقررها في الحال أو مستقبلاً تشريعات هذه الدول لمواطنيها، وكذلك بالحقوق المقررة بصفة خاصة في هذه الاتفاقية".

ولقد أخذ القانون الأردني لحماية حق المؤلف - مثله في ذلك مثل معظم التشريعات العربية - بهذا المبدأ - وفقاً لما ورد سابقاً - حيث تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين الأردنيين والأجانب المنشورة أو غير المنشورة والمعبر عنها بأي من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة الثالثة داخل المملكة، وعلى مصنفات المؤلفين الأردنيين المنشورة أو غير المنشورة والمعبر عنها بأي من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة الثالثة خارج المملكة.

المطلب الثاني الحد الأدنى من الحماية

قررت اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية مبدأ التسوية بين المصنفات الداخلة في نطاقها من حيث التمتع بحمايتها، إلا أن هذا المبدأ لن يجدي نفعاً إذا كانت إحدى الدول الأخرى تقرر حداً غير كافٍ من الحماية لهذه المصنفات، الأمر الذي دفع بالاتفاقية إلى التأكيد على وجوب وجود حد أدنى من الحماية التشريعية الوطنية للمصنفات الأدبية والفنية.

= مصنف يتم أول نشر له في جزء من هذا الإقليم بالقدر نفسه من الحماية الذي يتمتع به مصنف آخر نشر في جزء آخر منه. فالتسوية تقوم بين المصنف الذي ينشر في دولة متعاقدة وذلك الذي ينشر في دولة متعاقدة أخرى.

ويعتبر هذا المبدأ مكملاً لمبدأ التسوية، وعاملاً مساعداً على تلافي أية مساوئ قد تنتج عن أعماله، حيث نجد أن الاتفاقية قد أخذت به كقاعدة عامة من شأنه سد النقص الذي قد يؤدي إلى إعمال مبدأ التسوية^(٤٧).

ويتمثل مبدأ الحد الأدنى من الحماية، بإيراد الاتفاقية لمجموعة من القواعد التي تشكل بمجموعها حماية موضوعية لحقوق المؤلف، تتمثل في النص على كل من الحقوق المادية والأدبية للمؤلف، وكذلك تفصيل هذه الحقوق، حيث تنص المادة التاسعة من الاتفاقية على: "١- يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية الذين تحميهم هذه الاتفاقية بحق استثنائي في التصريح بعمل نسخ من هذه المصنفات بأية طريقة وبأي شكل كان".

ومن الحقوق الاستثنائية (الخالصة) للمؤلف والتي أوردتها الاتفاقية حق المؤلف في الترجمة؛ حيث تنص المادة الثامنة من الاتفاقية على: "يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية الذين تحميهم هذه الاتفاقية بحق استثنائي في ترجمة أو التصريح بترجمة مصنفاتهم طوال مدة حماية ما لهم من حقوق في المصنفات المبتكرة".

كما تقرر الاتفاقية حق الأداء العلني للمصنف وإذاعته وتمثيله للجمهور؛ حيث تنص المادة الحادية عشرة منها على: "يتمتع مؤلفو المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية والمصنفات الموسيقية بحق استثنائي في التصريح بتمثيل مصنفاتهم وأدائها علناً، بما في ذلك التمثيل والأداء العلني بكل الوسائل أو الطرق، وبنقل تمثيل وأداء مصنفاتهم إلى الجمهور بكل الوسائل".

ومن الحقوق الاستثنائية أيضاً حق المؤلف في تتبع عمليات بيع مصنفه؛ حيث تؤكد الاتفاقية في مادتها الرابعة عشرة على هذا الحق؛ حيث تؤكد أن للمؤلف مطلق الحق في تتبع عمليات بيع مصنفه المتتالية لتنازله عن حقه في استغلال مصنفه، وهو ما أصبح يعرف بعد التعديل الذي طرأ على الاتفاقية عام

(٤٧) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

١٩٢٨ في روما بحق التتبع، حيث تنص هذه المادة على: "فيما يتعلق بالمصنفات الفنية والمخطوطات الأصلية لكتاب ومؤلفين وموسيقيين، يتمتع المؤلف، أو من له صفة بعد وفاته من الأفراد أو الهيئات وفقاً للتشريع الوطني، بحق غير قابل للتصرف فيه، في تعلق مصالحهم بعمليات بيع المصنف التالية لأول تنازل عن حق الاستغلال يجريه المؤلف" (٤٨).

ولم يقتصر تأكيد الاتفاقية لحقوق المؤلف المادية فقط، بل تعداه ليشمل الحقوق المعنوية أيضاً، حيث تنص المادة السادسة منها على: "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".

وبالإضافة إلى الحقوق المادية والمعنوية، عالجت الاتفاقية موضوع مدة الحماية المقررة للمصنفات، فقررت في مادتها السابعة أن مدة الحماية هي طيلة حياة المؤلف وخمسون عاماً تالية على وفاته.

ولا يستفاد من اصطلاح الاتفاقية بالتأكيد على حقوق المؤلف المادية والمعنوية أنها تشكل بذلك الحماية المثلى للملكية الأدبية والفنية، إذ أن كل ما فعلته هذه الاتفاقية هو أنها اجتهدت قدر الإمكان لترتيب وبناء أساس متين للحماية التي ننشدها لحق المؤلف، وتشكيل حد أدنى لهذه الحماية، وهذا يعني أن الاتفاقية تقبل انطباق قواعد حماية أخرى تتضمنها تشريعات أخرى غيرها على حق المؤلف، إذا كانت تتضمن سقفاً أعلى لحماية هذا الحق من ذلك التي تتضمنه هذه الاتفاقية، وهو ما أكدته الاتفاقية نفسها في المادة التاسعة عشرة

(٤٨) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٣٠، راجع نص هذه المادة لدى Berne Convention for the Protection of literary and Artistic Works, WIPO, 1998 ويلاحظ رداءة ترجمة هذا النص الذي كان بالإمكان ترجمته بصورة أوضح وأكثر دلالة على فحواه.

والمادة العشرين منها؛ حيث تنص المادة ١٩ على أن: "القواعد الواردة في هذه الاتفاقية لا تحول والتمسك بتطبيق قواعد أفضل يتضمنها تشريع إحدى دول الاتحاد"، بينما نصت المادة ٢٠ على أن: "تحتفظ دول الاتحاد بالحق في أن تبرم الاتفاقيات فيما بينها طالما كان من شأن هذه الاتفاقيات منح المؤلفين حقوقاً تزيد عن تلك المقررة في الاتفاقية، أو كانت تتضمن قواعد لا تتعارض مع هذه الاتفاقية".

إن وجود حد أدنى مقرر دولياً لحماية حق المؤلف تلتزم به جميع الدول - وهي بصدد تعاملها مع هذا الحق بشقيه المادي والمعنوي ولا تهبط في تعاملها عن هذا الحد المقرر دولياً - يشكل على الصعيد الدولي الخط الأحمر الذي لا يجوز للدول الأعضاء في اتفاقية بيرن لحماية حق المؤلف النزول عنه وإلا انعقدت مسؤوليتها الدولية، بينما يجوز لهذه الدول الارتفاع قدر الإمكان بمستوى تعاملهم مع حق المؤلف كما يشاؤون.

المبحث الثاني

حكم قواعد الإسناد لاتفاقية بيرن

بمراجعة التطور التاريخي لاتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية وكافة ما مرت به من مراحل وتعديلات، نجد أنها كانت تأخذ منذ إعداد مشروعها الذي تبناه مؤتمر بيرن لسنة ١٨٨٤ بقانون بلد النشر، على اعتبار أنه القانون الواجب التطبيق على مسائل حق المؤلف، والذي يعطي الاختصاص بالتطبيق لقانون البلد الذي يتم فيه أول نشر للمصنف.

إلا أن الاتفاقية سرعان ما غيرت من اتجاهها في تطبيق قانون بلد النشر، متجهة صوب تطبيق قانون البلد الذي تطلب فيه الحماية، وكان ذلك عام ١٨٨٥ خلال المؤتمر الذي عقد في بيرن.

ومنذ ذلك التاريخ وحتى تعديل الاتفاقية في برلين عام ١٩٠٨ سارت الاتفاقية - ولا تزال - على أساس تطبيق قانون الدولة التي تطلب فيها الحماية، حيث تنص المادة الثانية/٢ من الاتفاقية على: "إن تمتع المصنفات بحماية

قانون محل طلب الحماية لا يتوقف على وجود الحماية في قانون بلد النشر، وبالتالي فإن نطاق ووسائل حماية حقوق المؤلف تخضع لقانون بلد الحماية دون غيره".

ولقد أوردت الاتفاقية استثناء على القاعدة السابقة في مادتها السابعة/فقرة ٨، حيث نصت على "٨- يحكم مدة الحماية قانون بلد طلب الحماية على ألا تتجاوز المدة المقررة في قانون بلد أصل المصنف"، بمعنى أن القانون الواجب التطبيق في شأن مدة الحماية هو قانون الدولة التي تطلب حمايتها أو قانون بلد الأول بالنشر أيهما يقرر مدة حماية أقل^(٤٩).

ويظهر مما تقدم أن اتفاقية بيرن لم تستقر على رأي فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، حيث وجدنا أنها بدأت مؤيدة لتطبيق قانون بلد النشر، ثم سرعان ما عدلت فاتجهت شطر تطبيق قانون البلد الذي تطلب فيه الحماية، ويعتقد البعض^(٥٠)، أن مرد هذا التخبط يرجع إلى تغير مفهوم الاتفاقية عن حق المؤلف، بمعنى أن تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل حق المؤلف يتأثر بتكييف هذا الحق، وفي هذا التكييف تردت الاتفاقية بين اتجاهين، يعتبر الاتجاه الأول منها أن حق المؤلف من حقوق الشخصية، بينما يعتبره الاتجاه الثاني احتكار استغلال، بينما غلبت الاتفاقية - وفقاً لنصوص سنة ١٨٨٦ - النظر إلى حق المؤلف باعتباره حقاً من حقوق الشخصية، مما يتعين معه أن يخضع لقانون جنسية المؤلف أو موطنه أو لقانون بلد النشر.

إلا أنها عادت فتخلت عن هذا النظر في تعديل الاتفاقية في برلين سنة ١٩٠٨ واعتبرت حق المؤلف احتكار استغلال يقيد حرية الفكر كما تقيد الملكية الصناعية حرية التجارة والصناعة، مما يتعين معه اعتباره متعلقاً بمسائل الأمن المدني في الدولة التي تطلب حمايتها، وهو يخضع بالتالي لسلطانها التشريعية.

(٤٩) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

(٥٠) انظر هذا الاتجاه معروضاً عند: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

ويرى البعض الآخر^(٥١) أن تبني اتفاقية بيرن لقانون بلد طلب الحماية يحقق فائدة عملية مفادها تسهيل مهمة القاضي الوطني غير المطلع إلا على قانونه الوطني فقط.

واعتقد مع البعض^(٥٢) - بحق - أن الاتفاقية باتجاهها نحو تطبيق قانون بلد الحماية تعتبر قد خرجت عن الإجماع الفقهي القاضي بترجيح قانون بلد النشر للتطبيق على مسائل حق المؤلف، على الرغم من الانتقادات الشديدة التي تعرضت لها نتيجة هذا السلوك إلا أنها بقيت على قاعدة تطبيق قانون بلد الحماية.

المطلب الثالث

حكم التعارض بين النص الوضعي ونص اتفاقية بيرن

إن أي دراسة قانونية تشتمل على المقارنة بين النص القانوني الوضعي والنص الاتفاقي الدولي المتمثل في اتفاقية دولية أو معاهدة، تقتضي ابتداءً افتراض حدوث تعارض بين النص القانوني الداخلي الوضعي ونص الاتفاقية الدولية، ومن ثم محاولة بيان الحكم القانوني لمثل هذا التعارض المتصور.

وعليه ينبغي التأكيد على حقيقة قانونية تتمثل في أن جميع الاتفاقيات التي توقعها الدولة أو تنضم إليها لاحقاً تعتبر دستورياً بمثابة قوانين داخلية، حيث جري العمل في الأردن مثلاً على أن تعرض الاتفاقيات التي توقعها الدولة على مجلس الأمة (السلطة التشريعية) حتى يصار إلى إقرارها ابتداءً، ومن ثم إصدار قانون بها يتم نشره في الجريدة الرسمية، وبالتالي تعتبر بمثابة تشريع داخلي له القوة نفسها إن لم تكن أكبر.

(٥١) انظر هذا الاتجاه معروضاً عند: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

(٥٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

ومن المتصور أن يتعارض نص في الاتفاقية الدولية مع قانون داخلي سابق، فأين الحل؟؟

الواقع أن حكم هذا التعارض المتصور يكمن في قاعدة أن التشريع اللاحق ينسخ السابق بمعنى أنه إذا كانت الاتفاقية لاحقة للتشريع الداخلي وحصل تعارض بين نص من نصوصها وبين نص في التشريع الداخلي، فإن الأولى بالتطبيق والاعتداد هو حكم نص الاتفاقية، وفقاً لقاعدة التشريع اللاحق ينسخ السابق.

خلاصة القول أن اتفاقية بيرن وغيرها من الاتفاقيات المتعلقة بالملكية الفكرية التي انضمت إليها المملكة الأردنية الهاشمية، وتمت المصادقة عليها ونشرت في الجريدة الرسمية وفقاً لأحكام الدستور الأردني تعتبر جزءاً لا يتجزأ عن التشريع الأردني بمعناه الواسع، وبالتالي فإن أي تعارض بين نص اتفاقية بيرن ونص قانون حماية حق المؤلف لسنة ١٩٩٢ تحكمه قاعدة أن التشريع اللاحق ينسخ السابق.

الخلاصة والتوصيات:

نخلص مما تقدم أن حق المؤلف كغيره من المصنفات الأدبية والفنية من مفردات الملكية الفكرية يحتاج إلى حماية قانونية، ومن مظاهر هذه الحماية تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، ولقد رأينا أن المشرع الكويتي قد أراحنا واستراح فنص صراحة في المرسوم الأميري رقم ٥ لسنة ١٩٦١ وفي المادة ٥٧ منه على خضوع حق المؤلف لقانون بلد أول نشر أو إخراج، وهو موقف نجده إيجابياً وجديراً بالاتباع وإن كنا نتمنى على المشرع الكويتي إعادة صياغة هذه المادة واستبدال مصلح نشر بمصلح إتاحة الذي يشمل النشر التقليدي والنشر المعلوماتي.

بينما رأينا أن المشرع الأردني قد أعاد صياغة ما ورد في نصوص اتفاقية بيرن دون أن يكلف نفسه وضع قاعدة عامة أو قاعدة إسناد خاصة في قانون حق المؤلف تحدد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، كما فعل نظيره

الكويتي، ومن هنا نتمنى على مشرعنا الأردني تعديل نص المادة ٥٦ من قانون حق المؤلف، والنص صراحة على إخضاع حق المؤلف لقانون بلد أول نشر أو إخراج إذا كان المصنف منشوراً، وإخضاعه لقانون بلد الحماية إذا كان غير منشور.

إن دعوة المشرع الأردني لتعديل موقفه من القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف وفقاً لما تقدم، تجد أساسها فيما يلي:

١ - إن المشرع الأردني يقر ويأخذ تحت وطأة الأخذ بما أجمع عليه جمهور فقهاء القانون الدولي الخاص، وما تضمنته اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، وبالتالي يخضع حق المؤلف لقانون بلد أول نشر أو إخراج أو كما سماه الفقه قانون بلد الأصل.

٢ - إن مفهوم بلد النشر أو الإخراج الأول مع التطور التكنولوجي الهائل الذي طرأ على نقل المعلومات والمعرفة، أصبح مفهوماً غير دقيق، وبالتالي فإن تطبيقه في كل الحالات سيؤدي إلى صعوبات عملية يصعب حلها.

٣ - إن الأخذ بقانون بلد الحماية يقلل قدر الإمكان من مشكلة خضوع المصنفات غير المنشورة للقاعدة المقررة في كل من الكويت والأردن التي لا يوجد لها قانون أول نشر أو إخراج، وبالتالي ستبقى هذه المصنفات بلا حماية وبلا تحديد للقانون الواجب التطبيق عليها.

٤ - إن اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية تقرر حداً أدنى للحماية، وطالما أن الأردن ملتزم بأحكام هذه الاتفاقية، فمعنى ذلك أن تعديل موقفه التشريعي وفقاً لما تقدم معنا في هذه الدراسة سيضمن للأردن عدم النزول عن الحد الأدنى المقرر دولياً لحق المؤلف، وبالتالي يكون الأردن ملتزماً ومنفذاً لالتزاماته الدولية المنضم إليها.

٥ - إن سن قاعدة إسناد تشريعية صريحة واضحة المعالم والدلالة، تميز بين المصنفات المنشورة وتلك غير المنشورة، وتقرر لكل واحدة منهما قانوناً يطبق عليهما، سيؤدي دون أدنى شك إلى تسهيل مهمة القاضي الناظر في

منازعة متعلقة بهذه المسألة، وبالتالي ستؤدي إلى تحقيق التوازن المنشود بين مراكز الخصوم، وتضمن استقرار المعاملات من خلال قدرتها على إزالة أي شك أو لبس أو تضارب أو اختلاف حول القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف.

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- ١ - إبراهيم، إبراهيم أحمد:
- القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دون ذكر لدار النشر، سنة الطبع ١٩٩٦.
- الجات والحماية الدولية لبرامج الكمبيوتر وحقوق المؤلف في الدول العربية، مجموعة أبحاث، دون ذكر لدار النشر، ودون ذكر لتاريخ الطبع.
- ٢ - ديب، فؤاد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة دمشق، ١٩٩٧.
- ٣ - زكي، جمال الدين، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ لسنة الطبع.
- ٤ - السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية.
- ٥ - صادق، هشام علي، تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ١٩٩٣، الطبعة ٣.
- ٦ - الصدة، عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مكتبة مكابي، سنة ١٩٧٥.
- ٧ - طه، مصطفى كمال، مبادئ القانون التجاري، الدار الجامعية، سنة ١٩٨٩.
- ٨ - العدوي، جلال، بالاشتراك مع رمضان أبو السعود، المراكز القانونية، الدار الجامعية، سنة ١٩٨٨.
- ٩ - عرفة، محمد علي، شرح القانون المدني الجديد، الطبعة ٣، حق الملكية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ لسنة الطبع.
- ١٠ - عرموش، ممدوح، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ٢٠٠٥.
- ١١ - غانم، إسماعيل، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، بدون تاريخ لسنة الطبع.

- ١٢- الكسواني، عامر محمود:
 - القانون الواجب التطبيق على مسائل الملكية الفكرية، دار وائل للنشر، ط١، عام ٢٠١١.
 - الملكية الفكرية / ماهيتها ومفرداتها وطرق حمايتها، دار الجيب، ط١، عام ١٩٩٨.
 - أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط٢، عام ٢٠٠٧.
- ١٣- كنعان، نواف، حق المؤلف، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٥.
- ١٤- لطفي، محمد حسام، المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية، دون ذكر لدار النشر، سنة النشر ١٩٩٥-١٩٩٦.
- ١٥- منصور، منصور مصطفى، المدخل للعلوم القانونية، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٥٥.
- ١٦- مرسى، محمد كامل، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، مطابع الكتاب العربي، بدون تاريخ لسنة الطبع.
- ١٧- الوكيل، شمس الدين، دروس في القانون الدولي الخاص، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٦٢.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- 1 - McJohn. M. Stephan, Copyright: Examples & Explanations, 1st edition, 2009.
- 2 - Richard stim Attorney, Patent, Copyrights & Trademark, 1st edition, 2009.
- 3 - Jessica Litman, Digital Copyrights, 1st, 2006.
- 4 - Marshall A. leaffer, Understanding Copyrights law, 1st edition 2005.

الجوانب القانونية لتعامل الشركة المساهمة العامة بأسهم الخزينة في التشريع الأردني

الدكتور/ مراد محمود المواجدة
أستاذ مساعد - رئيس قسم القانون الخاص
كلية القانون - الجامعة الأمريكية في
الإمارات - دبي

ملخص:

تعد عملية شراء الشركة المساهمة العامة لأسهمها الصادرة عنها أو ما يسمى "باسهم الخزينة" من أهم وأخطر المعاملات التي تقوم بها الشركة، وذلك لما تمثله من خروج عن القواعد القانونية المعتادة والمتبعة في هذه الشركات، ولأن الشركة تهدف من ورائها إما إلى تخفيض رأس مالها، وإما بقصد الاستثمار لتحقيق الأرباح عندما ترتفع القيمة السوقية للأسهم، وإما بوصفها أسلوب من الأساليب الإدارية الحديثة، بشرط أن تراعي الشركة كافة الشروط القانونية المتطلبة في هذه العملية. هذا وقد أجاز قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ للشركة شراء أسهمها وفقاً لما ورد بنص المادة (٩٨/د)، ووفقاً لقواعد قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه. ولقد نظمت تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ هذه العملية، وبيّنت الشروط القانونية التي يجب أن تتوافر فيها، وكذلك الإجراءات القانونية اللازمة لصحة الشراء، ثم الآثار القانونية المترتبة في حالة الشراء الصحيح لأسهم الخزينة، لكن هذه التعليمات أغفلت الآثار القانونية التي تترتب على الشراء غير الصحيح لأسهم الخزينة، ولم تبين كذلك الجزاء القانوني المترتب في هذه الحالة، وهذا نقص قانوني واضح ينبغي التدخل التشريعي لتداركه.

مقدمة :

يعد قيام الشركة المساهمة العامة بعملية شراء الأسهم الصادرة عنها من المساهمين الذين قاموا بالاكتمال بها في وقت سابق من أهم وأحدث المعاملات التي تقوم بها الشركة، بوصف إن هذه العملية تشكل خروجاً عن القواعد القانونية التي تنظم معاملات هذه الشركات، وتؤدي إلى المساس برأسمال الشركة في بعض الأحيان، مما قد يلحق الضرر بالدائنين، حيث إن رأسمال الشركة يمثل أهم ضمانات الدائنين، وبالتالي لا يجوز المساس به إطلاقاً.

إلا أن هناك ضرورات تبح للشركة المساهمة العامة القيام بالتعامل بأسهم الخزينة في حدود ضيقة جداً، ووفقاً لشروط قانونية صارمة ينبغي أن تتوافر، وإلا ترتبت الجزاءات القانونية على كل تعامل بهذه الأسهم يخالف القانون والتعليمات الصادرة بمقتضاه.

وقد أدرك المشرع الأردني أهمية قيام الشركة المساهمة العامة بالتعامل بأسهم الخزينة، حيث أجاز هذا التعامل بنسبة قليلة من رأسمال الشركة المكتتب بها، حيث لا يتجاوز شراء الشركة لأسهمها ما نسبته (١٠٪) من رأسمالها المكتتب به في جميع الأحوال وبموافقة هيئة الأوراق المالية، وحدد أيضاً حجم الشراء اليومي في جلسة التداول الواحدة، وأجاز المشرع عملية الشراء عن طريق سوق رأس المال الوطني الأردني فقط، دون اتباع الطرق الأخرى في عملية الشراء كإبرام الصفقات.

لهذا؛ وبسبب أهمية هذا الموضوع وخطورته على الشركة والمساهمين والدائنين، وما يثيره من جوانب قانونية مهمة، فقد اخترته موضوعاً لهذه الدراسة، حيث إن هناك عدم اهتمام بهذا الموضوع من قبل فقه القانون التجاري الأردني، ولذلك لم يشار إليه في المؤلفات القانونية في الأردن، أضف إلى ذلك أن المشرع الأردني - وبالرغم من تنظيمه لهذا الموضوع - إلا أن هناك نقصاً تشريعياً في الأحكام التي تنظم هذه العملية، خاصة ما يتعلق منها بالآثار القانونية التي تترتب على الشراء غير الصحيح لأسهم الخزينة، وكذلك ما يتعلق

بالجزاء القانونية التي تترتب على الشركة في حالة الشراء غير الصحيح لتلك الأسهم.

سوف نتناول في المبحث الأول من هذه الدراسة، تعريف أسهم الخزينة، وأهم خصائص عملية شراء الشركة لأسهمها، والفرق بين عملية شراء أسهم الخزينة والاكتتاب وخيارات المساهمة، وكذلك أهداف شراء الشركة لأسهم الخزينة. وسنتناول في المبحث الثاني الشروط القانونية التي يجب توافرها في الشراء الصحيح لأسهم الخزينة، من حيث تمويل عملية الشراء والإجراءات القانونية اللازمة لهذه العملية، وعدد الأسهم المشتراه، وطرق الشراء، ومراعاة مصلحة المساهمين عند التعامل على أسهم الخزينة، أما المبحث الثالث والأخير فسوف نتناول فيه الآثار القانونية التي تترتب على عملية شراء أسهم الخزينة، والجزاء القانوني الذي يترتب على الشراء غير الصحيح لتلك الأسهم.

المبحث الأول ماهية أسهم الخزينة

سأتناول في هذا المبحث تعريف أسهم الخزينة، وخصائص عملية شراء أسهم الخزينة، والفرق بين عملية شراء أسهم الخزينة والاكتتاب بالأسهم وخيارات المساهمة.

المطلب الأول تعريف أسهم الخزينة

يقصد بالأسهم عموماً: حصة الشريك في الشركة ممثلة بصك قابل للتداول^(١). أو هي "صكوك متساوية القيمة، قابلة للتداول ويتمثل فيها حق المساهم في أسهم في رأسمالها، وتخول له بصفته هذه ممارسة حقوقه في الشركة، لاسيما حقه في الحصول على نسبة من الأرباح ونصيبه من موجودات الشركة عند تصفيتها"^(٢).

ولم ينص قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على تعريف السهم، إلا أنه بين رأسمال الشركة المساهمة العامة بموجب نص المادة (٩٥) وحدد كيفية تسديده وكذلك الاكتتاب بالجزء غير المكتتب به.

أما أسهم الخزينة فيقصد بها وفقاً لما ورد بنص المادة (٢) من تعليمات شراء الشركات المساهمة العامة للأسهم الصادرة عنها "أسهم الخزينة الصادرة بالاستناد لأحكام المادتين (١٢/ف و ١٢٣/ب) من قانون الأوراق

(١) العكيلي، عزيز، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص ٢٢٨.

(٢) العبيدي، عباس، الاكتتاب في رأسمال الشركة المساهمة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨، ص ٧٧. ناصيف، إلياس، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، منشورات البحر المتوسط، بيروت ١٩٨٢، ص ٢٣٢، المحيسن، أسامة نائل، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٤٣.

المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، أنها "الأسهم الصادرة عن الشركة والمشتراه من قبلها".

ويقصد بها أيضاً تلك الأسهم التي تقوم الشركة المساهمة العامة المصدرة لها بإعادة شرائها عن طريق سوق رأس المال الوطني الأردني للأوراق المالية وفقاً لأحكام القانون^(١). ولقد أجاز المشرع الأردني بشكل واضح وصريح قيام الشركة المساهمة العامة أو أي شركة من أشكالها المدرجة أسهمها في سوق رأس المال الوطني، أن تقوم بعملية شراء جزء من هذه الأسهم المتداولة، وذلك لتحقيق بعض الأهداف الخاصة بالشركة، وبشرط عدم الإضرار بالمساهمين البائع، أو استغلال سعر الأسهم بدفع سعر أقل من السعر السوقي للأسهم.

أما السند القانوني لإجازة شراء الشركة المساهمة العامة لأسهمها في النظام القانوني الأردني فهو ما ورد بنص المادة (٩٨/د) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧؛ حيث نصت على أنه: "يجوز للشركة المساهمة العامة شراء الأسهم الصادرة عنها وبيعها وفقاً لأحكام قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه". ولاشك أن هذا نص واضح وصريح لإجازة قيام الشركة المساهمة العامة بشراء أسهم الخزينة، وفقاً لتلك القواعد القانونية الواردة في قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاها.

ويؤكد نص المادة (٩٨/أ/١٧٥) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ هذا الأمر، حيث نصت على أن: "أ- تختص الهيئة العامة للشركة المساهمة العامة في اجتماعها غير العادي بالنظر في مناقشة الأمور التالية واتخاذ القرارات المناسبة بشأنها...، ٩- شراء الشركة لأسهمها وبيع تلك الأسهم وفقاً لأحكام هذا القانون والتشريعات النافذة ذات العلاقة" فقد أعطت المادة السابقة الهيئة العامة صلاحية إقرار شراء الشركة لأسهمها من خلال اجتماع غير عادي يعقد لهذه الغاية.

(١) Thomas, Conyngton; A Manual of Corporate Organization, Biblio Bazaar, LLC, 2009, p.84.

كذلك فقد منحت المادة (١٢٣/ب) مجلس الوزراء سلطة إصدار الأنظمة والتعليمات اللازمة لتنفيذ أحكام قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، وأعطت مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية جميع الصلاحيات لتحقيق أهداف الهيئة، وفقاً لنص المادة (١٢/ف) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، هذا وقد وضعت تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ بعض القواعد القانونية التي تبين عملية الشراء والتمويل وشروط الشراء الصحيح والآثار القانونية التي تترتب على ذلك.

إن عملية الشراء ترد على الأسهم الصادرة عن الشركة نفسها في وقت سابق، ولا تشمل شراء الأسهم الصادرة عن الشركات الأخرى، ولا تشمل التعامل في الأوراق المالية الأخرى، وتشمل عملية الشراء أسهم الشركات المساهمة العامة بكافة أشكالها وصورها التي يتم تداول أسهمها في سوق رأس المال الوطني الأردني، ومن أهم صور هذه الشركات، الشركة القابضة وهي شركة مساهمة عامة تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركات أخرى تابعة لها، حيث تعد أسهمها قابلة للتداول في سوق رأس المال الوطني، وفقاً لنص المادة (٢٠٦) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧^(١).

والشركة المعفاة تأخذ شكل الشركة المساهمة العامة وهي تمارس أعمالها خارج الأردن وتستطيع إصدار أسهم قابلة للتداول، وفقاً لنص المادة (٢١١) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧^(٢)، وكذلك شركات الاستثمار

(١) تنص المادة (٢٠٦/أ) على أن: "أ- تؤسس الشركة القابضة بإحدى الطرق التالية: أ - بتأسيس شركة مساهمة عامة تنحصر غاياتها في الأعمال المنصوص عليها في المادة (٢٠٥) من هذا القانون، أو في أي منها، وفي تأسيس شركات تابعة لها أو تملك أسهم أو حصص في شركات مساهمة عامة أخرى أو شركات محدودة المسؤولية أو شركات توصية بالأسهم للقيام بتلك الغايات".

(٢) تنص المادة (٢١١) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ الأردني على أن: "الشركة المعفاة هي شركة مساهمة عامة أو شركة توصية بالأسهم أو شركة محدودة المسؤولية أو الشركات المساهمة الخاصة تسجل في المملكة وتزاول أعمالها خارجها، ويضاف إلى اسمها عبارة شركة معفاة".

المشترك وتعد شركة مالية، غايتها استثمار أموالها وأموال الغير في الأوراق المالية، وتصدر أسهم قابلة للتداول وتأخذ شكل الشركة المساهمة العامة، وفقا لنص المادة (٢٠٩) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧^(١).

أما عن تسمية هذه الأسهم بأسهم الخزينة، فنعتقد أن تسميتها تأتي من الهدف من عملية شراء الشركة لأسهمها^(٢)، حيث تحتفظ الشركة بالأسهم المشتراة في خزينتها لمدة محدودة مجردة من كل الحقوق، وبالتالي تعمل على بيعها إذا ما احتاجت مبلغاً معيناً من المال، وإلا فتبقى حتى ترتفع قيمتها السوقية، أو يأتي الوقت القانوني المحدد بموجب التعليمات للتصرف بها.

المطلب الثاني

خصائص عملية شراء الشركة المساهمة العامة لأسهم الخزينة

- إن عملية الشراء تقتصر فقط على الأسهم الصادرة عن الشركة المساهمة العامة ذاتها، ولا تشمل الأسهم التي تصدر عن الشركات المساهمة العامة الأخرى المتداولة في سوق رأس المال الوطني.
- إن عملية الشراء تقتصر فقط على الأسهم الصادرة عن الشركة، ولا ترد على بقية الأوراق المالية الأخرى التي تصدر عن الشركة ذاتها، مثل سندات القرض، وإيصالات إيداع الأوراق المالية، والوحدات الاستثمارية في صناديق الاستثمار المشترك، وخيارات المساهمة، والعقود آنية التسوية، والعقود أجل التسوية، وعقود خيار الشراء والتوريق^(٣).

(١) تنص المادة (٢٠٩/١) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ الأردني على أن: "تسجل شركة الاستثمار المشتركة كشركة مساهمة عامة لدى مراقب الشركات في سجل منفصل، وتقتصر غاياتها على استثمار أموالها وأموال الغير في الأوراق المالية على اختلاف أنواعها، وتنظم أعمالها وفق أحكام قانون الأوراق المالية".

(٢) The Law ON Business Organization, Rex Book Store, Inc. Reviews, 2008, p.207.

(٣) انظر: نص المادة (٣/ب) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٢.

- إن عملية شراء الأسهم تتم فقط على تلك الأسهم التي يتم تداولها في سوق رأس المال الوطني، ولا تشمل أسهم الشركات المساهمة غير المتداولة في سوق رأس المال الوطني.
- عملية شراء الأسهم مقيدة وفقاً لأحكام القانون بحد أعلى (٥٪) أو (١٠٪) من عدد الأسهم المكتتب بها من رأسمال الشركة، بموافقة هيئة الأوراق المالية.
- يجب صدور قرار بشراء أسهم الخزينة من قبل الهيئة العامة للشركة المساهمة في اجتماع غير عادي.
- يجب موافقة هيئة الأوراق المالية على عملية الشراء، أو الجهات الرقابية على شركات البنوك والتأمين والشركات المالية.
- يتم تمويل شراء أسهم الخزينة عن طريق الأرباح المدورة والاحتياطي الاختياري للشركة والاحتياطي الخاص فقط، دون استخدام رأسمال الشركة المساهمة العامة أو الاحتياطي الإجمالي.
- إن عملية شراء الشركة لأسهمها ترد فقط على تلك الأسهم المكتتب بها فعلاً من قبل الشركاء بالشركة، ولا ترد على الجزء غير المكتتب به من رأس المال المصرح به.
- إن عملية شراء الشركة لأسهمها هو عمل اختياري وليس إجبارياً سواء بالنسبة للشريك البائع للأسهم أم بالنسبة للشركة المشتري.

المطلب الثالث

الفرق بين عملية شراء أسهم الخزينة والاكتتاب بالأسهم وخيارات المساهمة

أولاً - الفرق بين عملية شراء أسهم الخزينة والاكتتاب:

يقصد بالاكتتاب "تصرف قانوني يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المكتتب بشراء سهم أو أكثر من أسهم الشركة، ودفع قيمته الاسمية في المواعيد

والنسب المحددة بعقدها ونظامها الأساسي، مساهماً في الشركة" ^(١). أو "انضمام الشخص إلى عقد الشركة بتقديمه قيمة السهم، ويعطى المكتتب مقابلاً لذلك سهماً يكتسب به صفة الشريك بعد إتمام إجراءات التأسيس" ^(٢).

أما شراء أسهم الخزينة فيقصد به قيام الشركة التي أصدرت الأسهم بشرائها لهذه الأسهم المطروحة للتداول في سوق رأس المال الوطني، مقابل مبلغ من المال يمثل القيمة السوقية لتلك الأسهم.

ويتضح مما سبق أهم الفروق بين العمليتين:

- إن عملية الاكتتاب تتم بعد تسجيل الشركة في سجل مراقب الشركات، حيث تتم إجراءات التأسيس ومنها طرح أسهم الشركة إلى الاكتتاب العام ^(٣). أما عملية شراء أسهم الخزينة فتتم بعد مباشرة الشركة لأعمالها وطرح أسهمها للتداول في سوق رأس المال الوطني، وفقاً للشروط الواردة في قانون الأوراق المالية ^(٤).
- إن عملية الاكتتاب بأسهم الشركة تكون من قبل الغير (الجمهور) أو من قبل الشركاء، ويختلف الأمر في هذا الصدد إذا كان الاكتتاب عاماً أو خاصاً؛ حيث إن عملية الاكتتاب هي عبارة عن عقد بيع بين المكتتب والشركة، أما عملية شراء أسهم الخزينة فلا تتم من قبل الجمهور وإنما من قبل الشركة ذاتها، بما تملك من ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشريك،

(١) العكيلي، عزيز، الوسيط في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٢٠١. شفيق، محسن، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٤٨٨. البارود، علي، دروس في القانون التجاري، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٢٨٢.

(٢) القليوبي، سميحة، الشركات التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، القاهرة ١٩٩٣، ص ٢٧٠.

(٣) سامي، فوزي محمد، الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠، ص ٣٠٧.

(٤) انظر: نص المادة (٥، ٦، ٧) من تعليمات إدراج الأوراق المالية الصادرة بالاستناد لأحكام المادة (٧٢) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢.

حيث تخرج هذه الأسهم من ذمة الشريك وتدخل في الذمة المالية للشركة^(١).

- إن عملية الاكتتاب بالأسهم تتم عن طريق البنوك، وفقاً لما ورد بنص المادة (٧) من تعليمات إصدار الأوراق المالية وتسجيلها، الصادرة عن مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية بالاستناد لأحكام المادتين (١٢/ف و١٢٣/ب) من قانون الأوراق المالية المؤقت رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢^(٢)، أو قد تتم عن طريق سوق الأوراق المالية، وفقاً لنص المادة (٧/ب) من التعليمات السابقة، أما بالنسبة لعملية شراء أسهم الخزينة فأنها تتم عن طريق البورصة إي عن طريق سوق رأس المال الوطني الأردني، ولا يجوز أن تتم عن طريق الصفقات، وفقاً لما ورد في نص المادة (٦) من تعليمات شراء الشركات المساهمة العامة للأسهم الصادرة عنها "أسهم الخزينة" لسنة ٢٠٠٦.

- إن عملية الاكتتاب تتم من خلال الجمهور، حيث يقوم الجمهور بدفع القيمة الاسمية للأسهم، والقيمة الاسمية هي دينار أردني واحد لكل سهم، وفقاً لنص المادة (٩٥/أ) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، أما عملية شراء أسهم الخزينة فتدفع قيمتها الشركة بالقيمة السوقية، لأن المشرع الأردني اشترط أن يتم شراء هذه الأسهم عن طريق سوق رأس المال الوطني.

- إن عملية تمويل الاكتتاب تكون من قبل الجمهور ومن أموالهم الخاصة المدخرة لديهم^(٣)، أما عملية تمويل شراء أسهم الخزينة فتتم من قبل

(١) القضاة، مفلاح، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٥، ص ٤١٧.

(٢) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(٣) عبد القادر، ناريمان، الأحكام العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٤.

الشركة وتستخدم في تمويلها الأرباح المدورة أو الاحتياطي الاختياري أو الاحتياطي الخاص فقط.

من حيث المركز القانوني للشخص الذي يرغب بالاككتاب بالأسهم، فهو يصبح شريكاً في الشركة بمجرد شرائه للأسهم وحصوله على شهادة الأسهم^(١) ومن ثم فهو يتمتع بذات المركز القانوني للمساهم من حيث حصوله على الأرباح والتصويت ومسؤوليته عن ديون الشركة، أما المركز القانوني للشركة التي ترغب بالشراء، فإن الأسهم التي تحصل عليها لا تتمتع بأية حقوق في الأرباح ولا تشارك في التصويت ولا في اجتماعات الهيئة العامة للشركة، وفقاً لنص المادة (٧) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦.

إن عملية الاككتاب تتم عن طريق نشرة إصدار موجهة إلى الجمهور من أجل الاككتاب بأسهم الشركة، وفقاً لنص المادة (٩٩ب) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، وحدد قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، وتعليمات إصدار الأوراق المالية وتسجيلها لسنة ٢٠٠٥ أحكام هذه النشرة وما تشتمل عليه من بيانات، أما عملية شراء أسهم الخزينة فتتم من دون نشرة إصدار، فيكفي أن يصدر قرار عن الهيئة العامة غير العادية في الشركة، وإخطار هيئة الأوراق المالية به، ونشره في صحيفتين يوميتين على الأقل، بحيث يتضمن الإعلان بعض المعلومات عن عملية الشراء، وفقاً لنص المادة (٤) من تعليمات شراء الشركة لأسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦.

إن الاككتاب الذي يتم بين المكتتب والشركة يعد عقد إذعان على رأي بعض الفقه^(٢)، ذلك لأن المكتتب يقبل الانضمام إلى الشركة بواسطة الاككتاب بالأسهم دون أن يكون له الحق في مناقشة الشروط التي ترد في

(١) عيد، إدوارد، الشركات التجارية، الجزء الثاني، بيروت، ١٩٧٠، ص ٨٢.

(٢) الشرقاوي، محمود سمير، المشروع المتعدد القوميات والشركات القابضة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٤٩.

نشرة الاكتتاب أو في عقد الشركة أو نظامها الأساسي^(١). أما عقد بيع أسهم الخزينة الذي يتم ما بين الشركة وما بين الشريك فهو من عقود الخيار، حيث لا يجوز للشركة أن تجبر الشريك على بيع أسهمه، إنما هو يتم عادة في سوق رأس المال الوطني، وبالتالي الأمر يخضع للعرض والطلب، فللشريك الحرية في أن يبيع أسهمه للشركة أو للغير، حيث أوجبت المادة (١٥) من تعليمات شراء أسهم الخزينة على الشركة مراعاة مصلحة جميع مساهميها عند اتخاذ قرارها بشراء أو بيع أسهم الخزينة.

— مدة الاكتتاب لا تقل عن ١٠ أيام ولا تزيد عن ٩٠ يوماً، وفقاً لما ورد في نص المادة (١٤/ب) من تعليمات إصدار الأوراق المالية وتسجيلها، أما مدة تنفيذ شراء أسهم الخزينة فيجب ألا تتجاوز مدة ٣٠ يوم تداول من تاريخ بدء أول عملية شراء، وفقاً لنص (٦/ب) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦.

ثانياً - الفرق بين منح خيارات المساهمة وبين شراء أسهم الخزينة:

هناك فرق بين أسهم الخزينة وخيارات المساهمة، حيث توزع خيارات المساهمة على العاملين في الشركة من أجل دفعهم إلى القيام بالعمل بجد واجتهاد، ومن ثمّ رفع مستوى الأداء في الشركة، الذي سوف ينعكس بشكل إيجابي على السعر السوقي للأسهم، حيث تقوم الشركة بمنح الموظفين جزءاً من الأسهم المشتراة لكي يصبحوا من المساهمين في الشركة، وهي ما تسمى "خيارات المساهمة" حيث وضع مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية أسس منح خيارات المساهمة لموظفي الشركات المساهمة العامة التي أقرت برقم (٢٠٠٨/٤٦٥) المورخ في ٢٠/٨/٢٠٠٨.

وعرفت التعليمات السابقة خيارات المساهمة في الفقرة (١) بأنها: "تلك العقود التي تلتزم الشركة المساهمة العامة بموجبها بمنح موظفيها حق الاكتتاب بالأسهم الصادرة عنها بتاريخ مستقبلي محدد، أو ضمن فترة مستقلة محددة

(١) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

وبسعر محدد، وفقاً للشروط التعاقدية بين الشركة والموظف، إلا أن هذه التعليمات لا تعتبر خيارات المساهمة من قبيل الأوراق المالية".

تمنح هذه الأسهم للموظفين التابعين للشركة وفقاً للفقرة (١٤) من التعليمات، ويحظر منحها إلى أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة، وكذلك إلى الموظف الذي يملك (٥٪) فأكثر من رأسمال الشركة.

يجب أن يتم تحديد سعر التنفيذ لخيارات المساهمة المحددة في العقد، بحيث تكون مساوية لسعر السهم السوقي أو أعلى منه بتاريخ إبرام العقود، ويشترط لكي تمنح الشركة خيارات المساهمة أن تكون أسهمها مدرجة للتداول في سوق رأس المال الوطني الأردني، وألزمت التعليمات الشركة بسقف أعلى سنوي لمنح خيارات المساهمة هو (٢٪) من رأس مال الشركة المدفوع، ولا يتجاوز إجمالي خيارات المساهمة الممنوح للموظفين ٦٪ من رأس المال.

وتقرر التعليمات أنه لا يجوز استخدام أسهم الخزينة من أجل تسوية الالتزامات التي تترتب على الشركة نتيجة منحها خيارات المساهمة للموظفين.

المطلب الرابع

أهداف شراء الشركة المساهمة العامة لأسهم الخزينة

أولاً - تخفيض رأسمال الشركة المساهمة العامة:

تعد عملية شراء الشركة لأسهم الخزينة أحد الأساليب المتبعة من أجل تخفيض رأسمال الشركة المساهمة العامة، فقد يكون المركز المالي للشركة المساهمة العامة في وضع حرج، فتقوم بتخفيض رأسمالها، وذلك من أجل النهوض من الوضع المالي السيئ الذي تتعرض له، وبذلك تتفادى الخسائر التي قد تلحق بها في المستقبل.

وقد أجازت المادة (١٤) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ للشركة المساهمة العامة أن تقوم بتخفيض رأسمالها عن طريق شراء الأسهم الصادرة عنها من خلال سوق رأس المال الوطني، وأجازت لها في ذات الوقت

عدم التقيد بالشروط التي ترد في هذه التعليمات، ولذلك يكون للشركة المساهمة العامة الخيار بين اللجوء إلى تخفيض رأسمالها عن طريق شراء أسهم الخزينة أو بأي طريق آخر تراه مناسباً.

لا شك أن موقف المشرع في هذا الشأن محمود، ويراعي مسألة عملية بالغة الأهمية، وهي أنه قد تكون وفقاً لأحكام المادة (١١٤) من القانون هناك شركة مساهمة عامة ترغب بتخفيض رأسمالها ولكن أسهمها غير مدرجة في سوق رأس المال الوطني للتداول، وتستطيع أن تقوم بتخفيض رأسمالها، ولا تتقيد بتعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦، ذلك أن هذه التعليمات تطبق على شراء أسهم الخزينة للشركات المدرجة أسهمها في سوق رأس المال الوطني فقط، وفقاً لنص المادة (٦) من التعليمات السابقة.

ويأتي هذا الأمر استجابة لما ورد في الفصل السادس من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ الذي أجاز في نص المادة (١١٤) للشركة المساهمة العامة المحدودة أن تقوم بتخفيض رأسمالها، وذلك إذا توافرت أي من الحالات التي تدفع الشركة لتخفيض رأسمالها، وهي إذا زاد رأسمال الشركة المساهمة العامة عن حاجتها، أو إذا لحق بالشركة خسارة ورأت أن إنقاص رأسمالها بمقدار الخسارة أو أي جزء منه سوف يجنب الشركة المشاكل التي قد تتعرض لها نتيجة لهذه الخسارة الحالية، ولكن يشترط لكي تقوم الشركة المساهمة العامة بتخفيض رأسمالها عبر شراء أسهم الخزينة، أن تراعي حقوق الغير التي وردت بنص المادة (١١٥) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، ويقصد بالغير الدائنين، حيث أوجبت المادة (١١٥) على مجلس إدارة الشركة أن يقدم إلى مراقب الشركات طلب تخفيض رأس المال مقترناً بموافقة الهيئة العامة للشركة بأكثرية لا تقل عن (٧٥٪) من الأسهم المتمثلة في اجتماع الهيئة غير العادي، ومرفقاً به أسماء دائني الشركة ومقدار ديونهم وعناوينهم، وبيان موجودات الشركة والتزاماتها، مصدقاً من مدقق الحسابات.

وحرصاً على مصلحة الدائنين، يقوم المراقب بتبليغهم برغبة الهيئة العامة في تخفيض رأسمال الشركة المكتتب به، وتنشر هذه الرغبة في صحيفتين

يوميتين محليتين على نفقة الشركة، وأجاز المشرع للدائنين الاعتراض خطياً على قرار تخفيض رأسمال الشركة خلال مدة ٣٠ يوماً من تاريخ نشره، فينظر المراقب في هذه الاعتراضات ويقوم بتسويتها، ويستطيع الدائنون الاعتراض على قرار المراقب خلال مدة ٣٠ يوماً من تاريخ انتهاء المدة المحددة للتسوية لدى المحكمة المختصة، وفقاً لنص المادة (١١٥/ب) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، وتأخذ هذه الدعوة الصفة المستعجلة، ويجب على المراقب وقف إجراءات التسوية إذا تبلغ بإشعار من المحكمة أن الدائنين تقدموا بدعوى، حتى صدور حكم قطعي من المحكمة، وفقاً لنص المادة (١١٥/ج) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧.

كذلك لا يجوز للشركة المساهمة العامة التي ترغب بتخفيض رأسمالها عن طريق شراء أسهم الخزينة، أن يقل هذا التخفيض عن الحد الأدنى المقرر لرأسمال الشركة، وفقاً لنص المادة (٩٥) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، حيث قررت المادة السابقة أن الحد الأدنى لرأسمال الشركة المساهمة العامة المحددة يجب ألا يقل عن (٥٠٠,٠٠٠) دينار أردني، وميزت هذه المادة بين نوعين من رأس المال، الأول: وهو رأس المال المصرح به؛ حيث يجب ألا يقل عن (٥٠٠,٠٠٠) دينار أردني، والثاني: رأس المال المكتتب به، ويجب ألا يقل عن (١٠٠,٠٠٠) دينار أردني أو (٢٠٪) من رأس المال المصرح به أيهما أكثر، وبالتالي فإن عملية شراء الشركة لأسهمها تقع فقط مع رأس المال المكتتب به فعلاً وليس على رأس المال المصرح به، لأن المشرع الأردني ألزم بنص الفقرة (٩٥/ب) أن يسدد الجزء غير المكتتب به خلال مدة ثلاث سنوات من تسجيل الشركة، وفي حالة عدم تسديدة تتبع الإجراءات القانونية في هذا الشأن^(١).

(١) تنص المادة (٩٥/ب) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أنه: "مع مراعاة أحكام الفقرة (د) من هذه المادة، يسدد الجزء غير المكتتب به خلال ثلاث سنوات من تاريخ تسجيل الشركة أو زيادة رأس المال، حسب مقتضى الحال، وفي حال التخلف عن تسديد الجزء غير المكتتب به خلال هذه المدة يراعى ما يلي:

ثانياً - شراء أسهم الخزينة بهدف إعادة بيعها بربح:

لاشك أنه يجوز للشركة أن تقوم بشراء أسهم الخزينة بهدف استثمارها، وتحقيق هامش ربحي بين سعر الشراء وسعر البيع الذي يتم عبر البورصة بواسطة الوسطاء، وعبر وسيلة إلكترونية تتوافر في سوق الأوراق المالية الأردني.

إن الشركة المساهمة العامة قد يتوافر لديها أرباح ضخمة واحتياطيات كبيرة نتيجة ما تقوم به من أعمال تجارية، وبالتالي تستطيع الشركة أن تستخدم هذه الأموال في شراء أسهمها من الشركاء عبر سوق الأوراق المالية، وذلك بهدف تقليل أعداد المساهمين في الشركة، ذلك أن الشركة تقوم بتوزيع أرباح كبيرة على المساهمين، ومن أجل تقليل الأرباح الموزعة تقوم بشراء الأسهم بالسعر السوقي، وبالتالي تقلل عدد المساهمين وتقلل الأرباح الكبيرة التي توزع عليهم.

كذلك قد يتوافر للشركة المساهمة العامة مبالغ مالية ضخمة من الأرباح والاحتياطي الاختياري، نتيجة حدوث أزمة مالية عالمية -خاصة في الوقت الراهن- فتستطيع الشركة أن تقوم باستثمار تلك الأموال غير المستخدمة بشراء الأسهم والاحتفاظ بها لمدة محددة، وتقوم بعد ذلك ببيعها إلى الجمهور عبر سوق رأس المال الوطني، وبالتالي تحقق أرباحاً من ذلك نتيجة ارتفاع أسعار هذه الأسهم^(١).

= ١- إذا كان رأس المال المكتتب به يزيد عن خمسمائة ألف (٥٠٠,٠٠٠) دينار عند انتهاء المدة فيصبح رأسمال الشركة المصرح به هو رأسمالها المكتتب به فعلاً.
٢- إذا كان رأس المال المكتتب به يقل عن خمسمائة ألف (٥٠٠,٠٠٠) دينار عند انتهاء المدة فعلى المراقب إنذار الشركة بضرورة العمل على تسديد فرق المبلغ اللازم، حتى يصبح رأسمال الشركة المكتتب به فعلاً خمسمائة ألف (٥٠٠,٠٠٠) دينار، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ الإنذار إلى الشركة، فإذا تخلفت الشركة عن ذلك فيحق للمراقب بعدها الطلب إلى المحكمة تصفية الشركة حسب أحكام المادة (٢٦٦) من هذا القانون).

(١) صدقي، أميرة، النظام القانوني لشراء الأسهم من جانب الشركة المصدرة لها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٥.

ثالثاً - يعد شراء أسهم الخزينة من أساليب الإدارة الحديثة للشركة المساهمة العامة:

تقوم الشركة بعملية شراء أسهم الخزينة من أجل تعزيز أسعار الأسهم، حيث تعطي الثقة إلى الأشخاص الذين يتداولون الأسهم بأن سعر السهم في صعود ومغري، وهذا يساعد على تنشيط الطلب على أسهم الشركة^(١)، ذلك أن المتعاملين يعتقدون أن الشركة إذا قامت بشراء أسهمها من السوق يعني أن الشركة واثقة من نجاح نشاطاتها وتحقيق أرباح حقيقية كبيرة مما يدعم ثقتهم بأسهم الشركة، وبالتالي يجعل من إقبالهم على شراء أسهم الشركة أمراً حتمياً، خاصة أن الشركة مطلعة على جميع المعلومات الداخلية غير المعلنة، التي تتعلق بالشركة المساهمة العامة.

كذلك يؤدي شراء الشركة لأسهم الخزينة إلى تخفيض رأسمال الشركة وزيادة في التزاماتها، ولكنها تحصل نتيجة ذلك على تخفيض حقوق الملكية للمساهمين في الشركة وليس الحصول على أصل جديد للشركة، لذلك توضع أسهم الخزينة كبند منفصل في حقوق المساهمين؛ لأنها لا تتمتع بأية حقوق خلال احتفاظ الشركة بهذه الأسهم^(٢).

وتشير الدراسات الاقتصادية^(٣)، إلى أنه إذا كانت الشركة تملك موارد مالية كبيرة تفوق احتياجاتها الاستثمارية، فإنه من الأفضل أن تقوم الشركة بإعادة شراء أسهمها، حيث يؤدي ذلك إلى انخفاض عدد الأسهم، وبالتالي ارتفاع ربحية السهم وقيمتها السوقية، ذلك أن الشركة التي تحتاج إلى مبالغ نقدية تستطيع أن تقوم ببيع جزء مما تملكه من الأسهم، أما الشركة التي لا تحتاج إلى مبالغ

(١) C Michael, Brigham, Eugene F; Financial Management, Cengage Learning, 2008, p.78.

(٢) <http://www.ase.com.jo>

(٣) <http://www.iraqism.com>

نقدية فيمكنها الاحتفاظ بالأسهم إلى الوقت الذي ترتفع فيه القيمة السوقية للأسهم.

ومن الأساليب الإدارية والمالية الحديثة التي تمارسها الشركة، هي تفعيل القيود الاتفاقية التي ترد على المساهم خاصة حق الأفضلية، حيث تقوم الشركة بشراء أسهمها من المساهم الذي يرغب ببيعها حتى لا تقع في يد منافس أو شخص غير مرغوب به، ذلك أن نظام الشركة قد يتضمن نصاً يلزم المساهم الذي يرغب ببيع أسهمه أن يخطر الشركة بذلك، فيكون للشركة حق أفضلية في الحصول على تلك الأسهم، ومن ثم تقوم الشركة بشراء تلك الأسهم من المساهم البائع^(١). ويلاحظ أن عملية البيع حتى تعد صحيحة ما بين المساهم وما بين الشركة يجب أن تتم من خلال سوق رأس المال الوطني الأردني، وبالسعر السوقي المحدد لقيمة السهم.

كذلك قد يرد قيد اتفاقي في عقد الشركة، بموجبة يحرم المساهم من التنازل عن الأسهم التي يملكها في الشركة المساهمة العامة إلى أشخاص محددين كالأجانب أو الأشخاص الذين يمارسون أعمالاً تجارية منافسة أو مشابهة، وهذا الحكم قد يرد على الشركات المساهمة المقفلة العائلية للمحافظة على الاعتبار الشخصي. ويرد قيد آخر يتمثل بوجوب موافقة مجلس الإدارة على الشخص الذي يرغب بشراء الأسهم، فإذا رفض مجلس الإدارة الموافقة على هذا الشخص وأصر المساهم على بيع أسهمه، فليس هناك ما يمنع أن تقوم الشركة بشراء تلك الأسهم بمقابل، وفقاً لأحكام الشراء الواردة في تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦^(٢).

(١) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٢٤٩. نصرالله، مرتضى، الشركات التجارية، بغداد، ١٩٦٦، ص ١٨٨.

(٢) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٢٥٠، رضوان، أبو زيد، الشركات التجارية في القانون الكويتي والمقارن، الكويت، ١٩٧٨، ص ٣٢٣، طه، مصطفى كمال، القانون التجاري، بيروت، ١٩٨٨، ص ٤٢٣.

المبحث الثاني الشروط القانونية التي يجب توافرها في الشراء الصحيح لأسهم الخزينة

هناك شروط قانونية عدة ينبغي أن تتوافر حتى تعتبر عملية شراء الشركة المساهمة العامة لأسهمها صحيحة وترتب كافة الآثار القانونية المقصودة من عملية الشراء.

المطلب الأول تمويل عملية شراء أسهم الخزينة

لقد أوردت تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ نصاً واضحاً وصريحاً في هذا الصدد هو نص المادة (٥/ب)، حيث ورد فيها إنه يجب ألا يزيد المبلغ الذي تخصصه الشركة المساهمة العامة لشراء أسهم الخزينة عن مجموع الأرباح المدورة والاحتياطات الاختيارية للشركة.

يتضح من هذا النص أن الأموال التي تستخدمها الشركة المساهمة العامة في شراء أسهم الخزينة هي الأرباح المدورة والاحتياطي الاختياري والاحتياطي الخاص في الشركة، وهذا يعني أنه لا يجوز لهذه الشركة أن تستخدم جزءاً من رأسمال الشركة أو الاحتياطي الإجباري لتمويل عملية الشراء.

إن الاحتياطي الذي تقتطعه الشركة المساهمة العامة يتم خصمه من الأرباح الصافية، ذلك أن الحكمة تقتضي عدم توزيع كافة الأرباح الصافية على المساهمين، بل أن تحتفظ الشركة بهذا الاحتياطي، من أجل مواجهة أية خسارة قد تلحق بالشركة في المستقبل، ولتقوية مركزها المالي، ولكي تضمن الحد الأدنى من الأرباح السنوية للمساهمين^(١).

(١) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

ويشكل الاحتياطي الاختياري الذي تمول فيه عملية شراء أسهم الخزينة مالا يزيد عن (٢٠٪) من الأرباح الصافية في السنة المالية؛ حيث ترك المشرع الأردني بموجب نص المادة (١٨٧) للهيئة العامة للشركة المساهمة العامة بناء على اقتراح مجلس الإدارة اقتطاع الاحتياطي الاختياري بما لا يزيد عن (٢٠٪) من الأرباح الصافية.

ولقد أجاز نص المادة (١٨٧) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ للشركة المساهمة العامة أن تستعمل الاحتياطي الاختياري في الأغراض التي يراها مجلس الإدارة مناسبة، ومن هذه الاستخدامات تمويل عملية شراء أسهم الخزينة. كذلك يجوز تمويل هذه العملية باستخدام الاحتياطي الخاص الذي ورد ذكره بنص المادة (١٨٧/ج) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، حيث أعطت هذه المادة للهيئة العامة للشركة المساهمة العامة بناء على اقتراح من مجلس الإدارة سلطة اقتطاع ما لا يزيد عن (٢٠٪) من الأرباح الصافية في السنة المالية كاحتياطي خاص، يتم استعماله في حالة الطوارئ والتوسع أو تقوية مركز الشركة المالي، ومواجهة المخاطر التي قد تتعرض لها الشركة في المستقبل، ولا شك أن عملية شراء الشركة لأسهمها تدخل ضمن هذه الأغراض، حيث أن الهدف من عملية شراء الشركة لأسهمها هو إما لتقوية مركزها المالي أو لمواجهة حالة الطوارئ، أو إذا ما رغب أحد الشركاء ببيع أسهمه إلى منافس للشركة أو إلى شخص غير مرغوب فيه.

إن السبب الأساسي الذي يكمن وراء تدخل المشرع الأردني في تحديد الحد الأعلى الذي ينبغي استقطاعه كاحتياطي اختياري أو خاص، هو ألا تنمادى الشركة المساهمة العامة في اقتطاع نسبة كبيرة من الأرباح بهدف الإضرار بالمساهمين عن طريق تقليل الأرباح التي توزع عليهم^(١).

كذلك قد يتم تمويل عملية شراء أسهم الخزينة من الأرباح المدورة، ويقصد بها تلك الأرباح التي تقرر الهيئة العامة في الشركة المساهمة العامة

(١) سامي، فوزي محمد، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٥١٤.

عدم توزيعها في نهاية السنة المالية، في حالة إن كانت تلك الأرباح التي حققتها في تلك السنة المالية قليلة، حيث تقوم بإضافتها إلى أرباح السنة المقبلة، أو في حالة تحقيق الشركة أرباحاً كبيرة، حيث تمتنع عن توزيعها وتقوم بتدويرها لكي توزع في السنوات القادمة^(١).

والجدير بالذكر أن قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ يخلو من النص على الأرباح المدورة، إلا أن تعليمات الشراء نصت على تمويل شراء أسهم الخزينة من الأرباح المدورة، ولذلك نعتقد - في ظل غياب هذا النص - عدم وجود ما يمنع من قيام الشركة بتدوير أرباحها؛ لأن: "المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقدّم دليل التقييد نصاً أو دلالة"^(٢).

ويقصد بالأرباح الصافية التي يقتطع منها الاحتياطي الاختياري والاحتياطي الخاص وفقاً لما ورد بنص المادة (١٨٩) "الفرق بين مجموع الإيرادات المتحققة في أي سنة مالية من جانب، ومجموع المصروفات والاستهلاك في تلك السنة من جانب آخر، قبل تنزيل المخصص لضريبي الدخل والخدمات الاجتماعية".

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هل يجوز للشركة المساهمة العامة أن تقوم باستخدام رأسمال الشركة لتمويل عملية شراء أسهم الخزينة؟

تنص المادة (١٤) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ على أن: "للشركات التي ترغب بتخفيض رأسمالها القيام بذلك عن طريق شراء الأسهم الصادرة عنها من السوق دون التقيد بالشروط الواردة في هذه التعليمات".

من استقراء ما ورد بنص المادة (١٤) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ يتضح أن المشرع الأردني أجاز استخدام رأسمال الشركة المساهمة العامة في تمويل عملية شراء أسهم الخزينة في حالة واحدة، وهي إذا

(١) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص ٥١٩.

(٢) انظر: نص المادة (٢١٨) من القانون المدني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

ما رغبت الشركة بتخفيض رأسمالها، حيث يستخدم المبلغ المخفض من رأسمال الشركة في تمويل عملية شراء هذه الأسهم، والدليل على ذلك أن عجز المادة (١٤) السابقة الذكر لم يقيد الشركة بإعمال تلك التعليمات عند تخفيض رأسمالها، وبالتالي يجوز مخالفة ما ورد بنص المادة (١٤) منها، بحيث يتم استخدام رأس المال في عمليات التمويل وليس فقط الاحتياطي الاختياري أو الخاص أو الأرباح المدورة.

ولكن هناك قيداً يرد على عملية تمويل شراء أسهم الخزينة من رأسمال الشركة، وهو وجوب ألا يقل الجزء المتبقي من رأسمال الشركة عن الحد الأدنى اللازم المتطلب لتأسيس هذه الشركة الذي ورد بنص المادة (٩٥) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، وهذا القيد يتضح من استقراء نص المادة (١١٤/ج) من هذا القانون التي تنص على أنه: "لا يجوز تخفيض رأسمال الشركة المساهمة العامة في أي حالة من الحالات إلى أقل من الحد الأدنى المقرر بمقتضى المادة (٩٥) من هذا القانون.

كذلك لا يجوز استخدام الأرباح الصورية في عملية تمويل شراء أسهم الخزينة، ذلك أن هذه الأرباح الصورية يتم اقتطاعها من رأسمال الشركة لكي توزع على المساهمين، وتوزيع هذه الأرباح يشكل إخلالاً بمبدأ ثبات رأسمال الشركة، ولا تعد حقاً مكتسباً للمساهمين، وبالتالي يجوز للدائنين الاعتراض على توزيعها والمطالبة بإعادتها؛ حيث إن رأسمال الشركة يعد ضماناً عاماً للدائنين ينبغي عدم المساس به^(١). أضف إلى ذلك أن اقتطاع هذه الأرباح وتمويل عملية شراء أسهم الخزينة منها، يعد جريمة يعاقب عليها بالحبس من سنة وحتى ثلاث سنوات، أو بالغرامة من ألف دينار إلى عشرة آلاف دينار، وفقاً لما ورد بنص المادة (٢٧٨/أ/٥) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، وتعد عملية تمويل شراء أسهم الخزينة من الأرباح الصورية مخالفة

(١) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

لأحكام قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، حيث أوردت نص المادة (١١٠) عقوبات على كل مخالفة لأحكام هذا القانون.

كذلك لا يجيز المشرع الأردني استخدام الاحتياطي الإجمالي في تمويل عملية شراء أسهم الخزينة، إلا في حالة تخفيض رأسمال الشركة، ويتضح ذلك بشكل غير مباشر من نص المادة (١٤) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦، ويقصد بالاحتياطي الإجمالي ذلك المبلغ الذي يقتطع من الأرباح الصافية ويعادل ما نسبته (١٠٪) من هذه الأرباح، ولا يجوز استثماره أو توزيعه على المساهمين كأرباح، ولا يجوز استخدامه في شراء أسهم الخزينة إلا في حالة تخفيض رأسمال الشركة، ولقد ورد النص على اقتطاع الاحتياطي الإجمالي في نص المادة (١٨٦) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، حيث أوجب القانون عدم توزيع الأرباح الصافية وعدم جواز وقف هذا الاحتياطي إلا إذا بلغ ربع رأسمال الشركة المصرح به، إلا أن المشرع أجاز بموافقة الهيئة العامة للاستثمار في اقتطاع هذا الاحتياطي حتى يبلغ ما يعادل رأسمال الشركة المصرح به.

المطلب الثاني

القيام بالإجراءات القانونية اللازمة لعملية شراء أسهم الخزينة

هناك إجراءات قانونية عدة أوجبت تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ على الشركة المساهمة العامة التي ترغب بشراء أسهمها القيام بها، حتى تعتبر عملية الشراء صحيحة ومتفقة مع القانون، وترتب الآثار القانونية المبتغاة، إذ يجب صدور قرار الشركة المساهمة العامة بشراء أسهم الخزينة من قبل الهيئة العامة للشركة في اجتماع غير عادي، وهذا ما نصت عليه المادة (١٧٥) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، حيث جاء فيها "أ- تختص الهيئة العامة للشركة المساهمة العامة في اجتماعها غير العادي بالنظر في مناقشة الأمور التالية واتخاذ القرارات المناسبة بشأنها...، ٩- شراء الشركة لأسهمها وبيع تلك الأسهم وفقا لأحكام هذا القانون والتشريعات النافذة

ذات العلاقة"، وهذا البند أضيف إلى الفقرة (أ) بالتعديل الوارد على القانون بموجب القانون المؤقت رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢.

ويشترط لصحة اجتماع الهيئة العامة غير العادي أن يتم توجيه الدعوة إلى الهيئة من مجلس الإدارة، بناء على طلب خطي يقدم من المساهمين الذين يملكون ما لا يقل عن ربع أسهم الشركة المكتتب بها، أو بناء على دعوة مراقب الشركات إذا طلب منه مساهمون يملكون أصالة ما لا يقل عن ١٥٪ من أسهم الشركة المكتتب بها، ويعقد هذا الاجتماع خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ المجلس الطلب، فإذا لم تستجب الهيئة العامة لهذه الدعوة، يقوم المراقب بدعوة الهيئة العامة للاجتماع على نفقة الشركة، وفقاً لنص المادة (مادة ١٧٢/ ب) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، ويشترط في هذا الاجتماع حتى يكون قانونياً حضور مساهمين يمثلون أكثر من نصف أسهم الشركة المكتتب بها، وعند عدم توافر هذا النصاب خلال ساعة يؤجل الاجتماع إلى موعد آخر يعقد خلال عشرة أيام من تاريخ الاجتماع الأول، ويعلن رئيس مجلس الإدارة ذلك في صحيفتين محليتين يوميتين، وقبل موعد الاجتماع بثلاثة أيام على الأقل، ويعد الاجتماع الثاني قانونياً إذا حضره من يمثلون (٤٠٪) من أسهم الشركة المكتتب بها على الأقل، وإذا لم يتوافر هذا النصاب يلغى الاجتماع مهما كانت أسباب الدعوة إليه، حتى لو كانت بهدف إصدار قرار بشراء أسهم الخزينة، ويجب أن يصدر قرار شراء الشركة أسهم الخزينة في اجتماع الهيئة غير العادي بأكثرية (٧٥٪) من مجموع الأسهم الممثلة في الاجتماع، وفقاً لنص المادة (١٧٥/ ب) من هذا القانون.

وبعد صدور قرار شراء الشركة لأسهم الخزينة من الهيئة العامة في الاجتماع غير العادي، يقوم مجلس الإدارة - فوراً - بإعلام هيئة الأوراق المالية بتوصية الهيئة العامة بشراء أسهم الخزينة وفقاً لما ورد بنص المادة (٣) من تعليمات شراء أسهم الخزينة.

ويجب على مجلس الإدارة الإعلان عن رغبة الشركة بشراء أسهم الخزينة في صحيفتين يوميتين على الأقل، ويجب أن يتضمن الإعلان وفقاً لما ورد

بنص المادة (٤) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ على قرار الهيئة العامة غير العادي، وعدد الأسهم التي ترغب الشركة بشرائها وكذلك تاريخ بدء عملية الشراء.

ولم تبين التعليمات السابقة هل يجب أن تصدر موافقة هيئة الأوراق المالية على ذلك أم لا؟ وإنما أوجبت فقط الإعلان عن ذلك في صحيفتين محليتين، وبالتالي كان ينبغي على التعليمات أن تنص على أن تصدر موافقة هيئة الأوراق المالية على شراء الشركة لأسهم الخزينة أولاً، وبعد حصول هذه الموافقة ينبغي الإعلان عن ذلك في صحيفتين محليتين.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، إذا اتخذت الهيئة العامة في الاجتماع غير العادي قرارها بشراء أسهم الخزينة، هل يشترط أن تقوم الشركة بتعديل عقد الشركة؟

لا شك أنه إذا تم تمويل عملية شراء الشركة لأسهم الخزينة من الاحتياطي الاختياري أو الاحتياطي الخاص ومن الأرباح المدورة، فلا نرى أن ذلك يستتبع تعديلاً لعقد الشركة، ذلك أن شراء الشركة لأسهم الخزينة يدخل ضمن الأهداف التي قد تقوم الشركة باستخدام هذه الأموال في تحقيقها، خاصة إذا ما أرادت تقوية رأسمالها، أما إذا كان الهدف من عملية شراء الشركة لأسهم الخزينة هو تخفيض رأسمالها، واستخدمت جزءاً من رأسمال الشركة لتمويل عملية الشراء، فإن ذلك يستتبع تعديل عقد الشركة^(١).

ولقد ألزمت المادة (١٣) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ الشركات المساهمة العامة التي تمارس أعمالها في مجال البنوك والتأمين والخدمات المالية، أن تحصل على موافقة مسبقة من الجهات الرقابية المشرفة على أعمالها قبل قيامها بشراء أسهم الخزينة، إذ يجب على البنوك أن تحصل على موافقة البنك المركزي الأردني مسبقاً قبل الشروع في عملية شراء أسهم

(١) صدقي، أميرة، المرجع السابق، ص ٥٣.

الخزينة، كذلك يجب على شركات التأمين أن تحصل على موافقة هيئة التأمين، ويجب على شركات الخدمات المالية الحصول على موافقة هيئة الأوراق المالية المسبقة لإجراء مثل هذا التعامل، ولاشك أن اشترط التعامل بحصول هذه الشركات على الموافقة المسبقة من الجهات الرقابية والإشرافية من شأنه أن يضمن جدية قيام الشركة بعملية الشراء، وعدم مخالفة القوانين والأنظمة المتعلقة بعملية الشراء.

المطلب الثالث

عدد الأسهم المراد شراؤها من قبل الشركة المساهمة العامة

لقد حددت تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ عدد الأسهم التي يجوز للشركة المساهمة العامة شراؤها، بحيث أوجبت المادة (٥) من التعليمات السابقة ألا يتجاوز عدد هذه الأسهم (٥٪) من عدد الأسهم المكتتب بها من رأسمال الشركة، إلا أن التعليمات أوردت استثناء على ذلك يتمثل بجواز أن تقوم الشركة بشراء ما لا يزيد عن (١٠٪) من أسهم الشركة المكتتب بها بشرط موافقة هيئة الأوراق المالية على ذلك.

ولا شك أن تحديد عدد أسهم الخزينة الذي يمكن للشركة المساهمة العامة شراؤها يعد قيداً على عائق هذه الشركة ينبغي الالتزام به، وإلا اعتبرت عملية الشراء غير صحيحة، ومخالفة لأحكام القانون وتستوجب المؤاخذه القانونية.

المطلب الرابع

طرق شراء الشركة المساهمة العامة لأسهم الخزينة

لقد أوجبت تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ على الشركات التي ترغب في شراء أسهم الخزينة، أن تتم هذه العملية عن طريق البورصة، وفقاً لما ورد بنص المادة (٦) منها، وهذا النص أمر وملزم، ولا يجوز للشركة أن تلجأ إلى طرق أخرى لشراء أسهم الخزينة، وشراء الأسهم عن طريق سوق رأس

المال الوطني، يعني أنه يجب لكي تقوم الشركة بذلك أن تكون أسهمها مدرجة للتداول في هذا السوق.

ومنعت التعليمات بصورة صريحة شراء أسهم الخزينة عن طريق الصفقات، حيث ورد بنص المادة (٦/ب) "يمنع شراء أسهم الخزينة عن طريق الصفقات". وبالتالي فإن إبرام صفقة مباشرة بين الشركة والمساهم البائع لأسهمه خارج سوق رأس المال الوطني يؤدي إلى عدم صحة عملية بيع الأسهم، ذلك أن المشرع يدرك أن عملية شراء أسهم الخزينة خارج سوق رأس المال الوطني قد تلحق الضرر بالمساهم البائع، وقد يكون هناك ضغوطات كثيرة من الشركة على المساهمين من أجل شراء ما يملكون من أسهم، فحتى نتجنب هذه الضغوطات ينبغي أن تتم عملية الشراء من خلال هذا السوق.

أضف إلى ذلك أن الشراء عن طريق الصفقات يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة، وبالتالي لا يعطي للمساهمين كافة الفرص بالاشتراك في عملية الشراء^(١)، وهذا يعد إخلالاً بمبدأ مراعاة الشركة لمصالح مساهميها عند اتخاذ قرار الشراء وتنفيذه، وفقاً لما ورد بنص المادة (١٥) من التعليمات السابقة.

إلا أن شراء الشركة لأسهم الخزينة عن طريق سوق رأس المال الوطني الأردني ليس أمراً مطلقاً، إنما يرد عليها استثناء ورد بنص المادة (١٤) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦، يتمثل بأنه إذا رغبت الشركة المساهمة العامة بتخفيض رأسمالها عن طريق شراء أسهم الخزينة، فيجوز لها عدم التقيد بما ورد بهذه التعليمات؛ لذلك نرى أن الشركة يجوز لها أن تقوم بشراء أسهم الخزينة عن طريق الصفقات أو بالمزاد العلني أو بأي طريقة لا تخالف القانون في حالة رغبتها في تخفيض رأسمالها فقط. ويرى الباحث أن الأسهم في هذه الحالة هي أسهم خزينة وليست أسهم متمتع، ذلك أن أسهم التمتع تعطى للمساهم بدلاً من أسهمه التي تم استهلاكها، وذلك من خلال رد قيمتها الاسمية. ولم يتضمن قانون الشركات الأردني نصاً يجيز إصدار الشركة المساهمة مثل هذه الأسهم.

(١) صدقي، أميرة، المرجع السابق، ص ٤٣.

وبينت تعليمات شراء الشركة لأسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ كيفية عملية شراء أسهم الخزينة بموجب نص المادة (٦)، حيث أوجبت ألا يتجاوز حجم الطلب اليومي في جلسة التداول الواحد ما نسبته (٢٪) من الأسهم المكتتب بها من رأسمال الشركة، ولا شك أن الهدف من ذلك يكمن في تلافي مزاحمة باقي المتداولين، ودفع سعر مبالغ فيه.

وبينت كذلك المدة اللازمة لتنفيذ عملية شراء أسهم الخزينة، بحيث أوجبت أن يتم تنفيذ عملية الشراء خلال مدة ثلاثين يوم تداول، وذلك من تاريخ بدء أول عملية شراء.

ونرى بأنه يمكن إضافة قيود أخرى على عملية تداول أسهم الخزينة، تتمثل بحصر عملية شراء هذه الأسهم في فترة محدودة من يوم التداول^(١)، بحيث لا تتم عملية الشراء خلال فترة الذروة، وأن تتم عملية الشراء خارج أوقات اليوم الحرجة التي من شأنها أن تؤثر على السعر السوقي لأسهم الشركة خلال يوم التداول، كذلك ينبغي أن يتم تقيد عملية شراء الشركة لأسهمها عن طريق وسيط واحد خلال يوم التداول، من أجل عدم الإخلال بالطلب العالي على أسهم الشركة.

المطلب الخامس

مراعاة الشركة مصلحة جميع المساهمين عند التعامل بأسهم الخزينة

ينبغي على الشركة المساهمة التي تتخذ قراراً بشراء أسهم الخزينة أن تراعي تلك المصالح التي تتعلق بمساهميها، وفقاً لما ورد بنص المادة (١٥) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦، ولا يكفي مراعاة مصالح المساهمين فقط عند اتخاذ قرار شراء أسهم الخزينة، وإنما يجب على الشركة أن تراعي هذه المصالح عندما تتخذ قراراً ببيع أسهم الخزينة، وعند تنفيذها.

(١) Ehrhardt, Michael C, Brigham, Eugene F; Corporate Finance, Cengage Learning, 2009, p.209.

وتعني مراعاة مصلحة المساهمين حماية مصالحهم من أي أثر سلبي يترتب على عملية اتخاذ قرارات الشراء أو البيع، وتنفيذها التي ترد على أسهم الخزينة، وبالتالي يجب على الشركة احترام قاعدة المساواة في المعاملة بين المساهمين، بحيث تحقق مصلحة جميع المساهمين دون استثناء، وينبغي ألا تقرر امتيازات لبعضهم دون البعض الآخر^(١).

ومن مظاهر حماية المساهمين وجوب تسديد ثمن الأسهم المشتراة إلى المساهم البائع بشكل فوري، ولا شك أن شراء هذه الأسهم عن طريق سوق رأس المال الوطني يسهل هذه العملية، حيث لا يتم التنازل عن الأسهم إلا بمقابل^(٢)، وهذا المقابل يقدر بقيمة الأسهم السوقية.

ومن مظاهر رعاية مصالح المساهمين أيضاً، أن الشركة لا يجوز لها إجبار الشريك على بيع أسهمه التي يملكها إلى الشركة، أو أن تقوم بأية ضغوطات تدفعه إلى بيع أسهمه، ولا شك أن عملية الشراء عبر سوق رأس المال الوطني تحقق هذا المبدأ، ولا يتعارض مع حرية المساهم في تداول أسهمه، تلك القيود التي تفرض على المساهم لبيع أسهمه، وفقاً لما يرد في عقد الشركة المساهمة العامة أو نظامها الأساسي، كشرط الأفضلية أو شرط موافقة مجلس الإدارة على المشتري.

وضمامناً لتحقيق مبدأ المساواة، وعدم تفضيل مصلحة الشركة على مصلحة المساهمين، أوجب المشرع الأردني أن تتم عملية شراء أسهم الخزينة عبر سوق رأس المال الوطني، وحرّم عملية الشراء عن طريق الصفقات أو المزاد العلني، وبالتالي فإن الشراء عن طريق هذا السوق يعد في حد ذاته ضماناً لمبدأ المساواة وتطبيقاً له.

(١) صدقي، أميرة، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٢) انظر: نص المادة (٧٧) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢.

المبحث الثالث

الآثار القانونية التي تترتب على شراء الشركة المساهمة العامة لأسهم الخزينة

لا شك أن هناك آثاراً قانونية عدة تترتب على قيام الشركة المساهمة العامة بشراء أسهمها، وهذه الآثار يمكن تقسيمها إلى آثار تترتب في حالة الشراء الصحيح لأسهم الخزينة، وآثار تترتب في حالة الشراء غير الصحيح لأسهم الخزينة.

المطلب الأول

الآثار القانونية للشراء الصحيح لأسهم الخزينة

تحدث عملية شراء الشركة لأسهمها آثاراً بالغة الأهمية في حالة أن كانت عملية الشراء صحيحة، وتوافرت فيها الشروط القانونية السابقة الذكر، وهذه الآثار تترتب في حق كل من المساهم البائع والشركة المساهمة العامة المشتري لتلك الأسهم.

أولاً - الآثار القانونية للشراء الصحيح في حق المساهم البائع:

أ - فقدان المساهم مركزه القانوني كشريك في الشركة

يؤدي بيع المساهم لأسهمه التي يملكها في الشركة إلى فقدانه مركزه القانوني كشريك في الشركة المساهمة العامة تبعا لفقدانه تلك الأسهم التي كان يملكها في الشركة، ذلك أن السند القانوني لدخوله كمساهم في الشركة قد انتهى بمجرد اتخاذ قراره ببيع أسهمه إلى الشركة وتنفيذ هذا القرار^(١). حيث إن المساهم الذي قام ببيع أسهمه يتجرد من كل حق مستقبلي أعطاه إياه

(١) جاسم، فاروق إبراهيم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ١١.

مركزه القانوني كشريك أثناء وجوده في الشركة بسبب تملكه لهذه الأسهم، ذلك أن السهم يمثل نصيب الشريك في الشركة، وتملكه يمثل مصدر حقوق المساهم في الشركة المساهمة العامة^(١).

ب - يفقد المساهم البائع حقه في حضور اجتماعات الهيئة العامة

لا يستطيع المساهم الذي يقوم ببيع ما يملكه من أسهم إلى الشركة المصدرة لها حضور اجتماعات الهيئة العامة للشركة، سواء أكانت اجتماعات عادية أم غير عادية، ويمنع من مناقشة الأمور التي تعرض في تلك الاجتماعات^(٢)، وكذلك لا يستطيع أن يبدي صوته حول المسائل التي تعرض في هذه الاجتماعات^(٣).

ج - عدم قبض الأرباح أو تحمل الخسائر

لا يستطيع المساهم الحصول على الأرباح في المستقبل بعد عملية بيع أسهمه، ويستطيع الحصول على الأرباح التي تكونت وسبقت إجراء عملية بيع

(١) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(٢) تنص المادة (١٤٤) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أن: "أ- يوجه مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة الدعوة إلى كل مساهم فيها لحضور اجتماع الهيئة العامة، ترسل بالبريد العادي قبل أربعة عشر يوماً على الأقل من التاريخ المقرر لعقد الاجتماع، ويجوز تسليم الدعوة باليد للمساهم مقابل التوقيع بالاستلام. ب- يرفق بالدعوة جدول أعمال الهيئة العامة وتقرير مجلس إدارة الشركة وميزانيتها السنوية العامة وحساباتها الختامية وتقرير مدققي الحسابات والبيانات الإيضاحية". كذلك تنص المادة (١٧٨) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، على أنه: "لكل مساهم في الشركة المساهمة العامة، كان مسجلاً في سجلات الشركة قبل ثلاثة أيام من الموعد المحدد لأي اجتماع ستعقده الهيئة العامة، الاشتراك في مناقشة الأمور المعروضة عليها، والتصويت على قراراتها بشأنها، بعدد الأصوات يساوي عدد الأسهم التي يملكها أصالة ووكالة في الاجتماع".

(٣) Commentaries and Jurisprudence on the Commercial Laws of the Philippines, Volame 3 Agued F. Agbayani Reviews, AFA publications - Law.

أسهمه، ذلك أن حصول المساهم على الأرباح سنده القانوني مساهمته في رأسمال الشركة عن طريق الاكتتاب في جزء من أسهمها.

وفي حالة بيعه لأسهمه لا يجوز له قبض الأرباح المتأتية بعد عملية البيع، ذلك أن الشركة في حد ذاتها هي نظام اقتصادي نفعي، تكمن غايتها الأساسية في تحقيق الأرباح، ويعد حق المساهم في الحصول على الأرباح أهم حقوقه الأساسية، ويستمد هذا الحق صفته من القانون ولا يمكن حرمانه منه^(١)، أما إذا خرج من الشركة فيجب حرمانه منها.

هـ - عدم استطاعة المساهم البائع المشاركة في إدارة الشركة

يستطيع المساهم المشاركة في إدارة الشركة المساهمة العامة عن طريق الاشتراك في اجتماعات الهيئة العامة العادية أو غير العادية، ويستطيع كذلك الانضمام إلى عضوية مجلس الإدارة إذا كان يملك عدداً معيناً من الأسهم^(٢)، لذلك إذا قام ببيع أسهمه فلا يستطيع المشاركة في إدارة الشركة، ولا يستطيع أن يترشح لعضوية مجلس الإدارة.

ر - لا يستطيع المساهم البائع الاطلاع على سجل المساهمين في الشركة

وذلك لأنه فقد مساهمته في تلك الشركة، حيث أعطت المادة (٩٨/د) الحق للمساهم بالاطلاع على سجل المساهمين الخاص بالشركة، وذلك لأي سبب يخص مساهمته، وعلى كامل السجل إذا كان هناك سبب معقول^(٣).

(١) ياملكي، أكرم، الشركات التجارية، دراسة مقارنة، عمان، ٢٠٠٦، ص ٦٦.

(٢) تنص المادة (١٣٣) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أن: "أ- يحدد نظام الشركة المساهمة العامة عدد الأسهم التي يشترط أن يكون الشخص مالكا لها في الشركة حتى يترشح لعضوية مجلس إدارتها ويبقى محتفظاً بعضويته فيه، ويشترط في هذه الأسهم ألا تكون محجوزة أو مرهونة أو مقيدة بأي قيد آخر يمنع التصرف المطلق بها..."

(٣) تنص المادة (٩٥/د) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أنه: "يجوز لأي مساهم في الشركة الاطلاع على سجل المساهمين فيما يخص مساهمته لأي سبب كان، وعلى كامل السجل لأي سبب معقول، ويجوز لأي شخص آخر ذي =

و - لا يستطيع المساهم الطعن بالقرارات الصادرة عن إدارة الشركة

ذلك أن قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ بموجب نص المادة (١٥٧/أ) يقرر مسؤولية الشركة تجاه المساهم عن أي خطأ أو إهمال أو تقصير يحدث ضرر بالمساهم، حيث يستطيع أن يرفع دعوى على الشركة تسمى بالدعوى الفردية، وهذه الدعوى مقررة فقط للمساهم، فإذا خرج من الشركة عن طريق بيع أسهمه للشركة فلا يستطيع أن يقوم برفعها إلى المحكمة المختصة^(١).

ي - يستحق المساهم البائع لأسهم الخزينة ثمن تلك الأسهم التي قام ببيعها

تقوم الشركة بدفع هذا الثمن وفقاً للطرق القانونية لدفع الثمن، ويدفع الثمن للمساهم إما من الأرباح المدورة أو من الاحتياطي الاختياري أو الاحتياطي الخاص، وتقوم الشركة المساهمة العامة بشراء أسهمها عن طريق سوق رأس المال الوطني الأردني، ولذلك فإن الثمن يدفع بالسعر السوقي المتداول في هذا السوق.

ويتبين مما سبق أن المساهم البائع لأسهمه إلى الشركة المصدرة لها، يفقد مركزه القانوني وصفته كمساهم في الشركة، وبالتالي يفقد حقوقه كافة سواء تعلقت بالتصويت، أو بحضور الاجتماعات، أو بالطعن بقرار الشركة، أو بالاطلاع على سجل المساهمين، أو بالحصول على نصيب من موجودات

= مصلحة حسب ما تقديره المحكمة الطلب من الشركة الاطلاع على سجل المساهمين، ويحق للشركة في جميع الأحوال أن تتقاضى بدلاً معقولاً في حالة رغبة أي شخص أو مساهم استنساخ السجل أو أي جزء منه".

(١) تنص المادة (١٥٧/أ) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أن: "رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة مسؤولون تجاه الشركة والمساهمين والغير عن كل مخالفة ارتكبها أي منهم أو جميعهم للقوانين والأنظمة المعمول بها ولنظام الشركة، وعن أي خطأ في إدارة الشركة، ولا تحول موافقة الهيئة العامة على إبراء ذمة مجلس الإدارة دون الملاحقة القانونية لرئيس وأعضاء المجلس" انظر كذلك: شفيق، محسن، الوسيط، ص ٦٠٦.

الشركة وأصولها في حال حل الشركة وتصفيتها، ولا يستطيع أن يحصل على الأرباح التي تتكون للشركة بعد خروجه منها^(١).

إن هذه الآثار القانونية المهمة التي تترتب على شراء أسهم الخزينة من قبل الشركة المصدرة لها في حق المساهم البائع، لم يتطرق لها قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، ولا قانون الأوراق المالية الأردني، ولا تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦، وإنما استنتجنا هذه الآثار القانونية بصورة غير مباشرة من القواعد القانونية الواردة في القوانين السابق الإشارة إليها، ولا شك أن ذلك يعد نقصاً تشريعياً ينبغي على المشرع الأردني تداركه عن طريق التدخل التشريعي لمعالجة هذا النقص.

ثانياً - الآثار القانونية للشراء الصحيح في حق الشركة المشترية لأسهم الخزينة:

هناك آثار قانونية عدة تترتب على الشراء الصحيح لأسهم الخزينة في حق الشركة، هذه الآثار نصت عليها تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ تتمثل فيما يلي:

أ - أسهم الخزينة لا تتمتع بأي حقوق في الأرباح التي يتم توزيعها على المساهمين

إن أسهم الخزينة لا تتمتع بأي حق من الأرباح، وفقاً لما ورد بنص المادة (٧) من تعليمات أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦، حيث ورد فيها " لا تتمتع أسهم الخزينة بأي حقوق في الأرباح التي توزعها الشركة على المساهمين..." ذلك أن هذه الأسهم تبقى في المحفظة المالية للشركة المساهمة العامة خلال الفترة القانونية التي وردت في التعليمات، ولذلك فإن المشرع الأردني يأخذ بمبدأ اتحاد الذمة في هذا الشأن^(٢)؛ حيث ألزمت المادة (١٩١) من قانون الشركات الأردني

(١) Colcera, Enrico; The Market For Corporate Control in Japan, M&AS Hostile takeovers and regulatory framework, 2007.

(٢) صدقي، أميرة، المرجع السابق، ص ٧٧.

رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ الشركة بتوزيع الأرباح على المساهمين، وبينت أن حق المساهم ينشأ في الحصول على الأرباح السنوية من تاريخ صدور قرار الهيئة العامة بتوزيعها عليهم، وألزمت الشركة بالإعلان عن توزيع الأرباح في صحيفتين يوميتين محليتين، وتقوم الشركة بتوزيع الأرباح على المساهمين خلال ٤٥ يوماً من تاريخ الاجتماع^(١).

إن تلك الأسهم تتجرد من كل حق في الحصول على الأرباح أو الحصول على الفوائد، وبالتالي لا يمكن للشركة المشتري لهذه الأسهم أن تتقاضاها، وإلا اعتبر ذلك مخالفاً للتعليمات السابقة الذكر، وبذلك يتساوى المساهم البائع والشركة المشتري لأسهم الخزينة في هذا الأثر القانوني، ويتجردان من الحصول على الأرباح والفوائد.

ب - لا تتمتع أسهم الخزينة بأي حق في التصويت على القرارات التي يتم اتخاذها من الهيئة العامة للشركة المساهمة العامة

لقد ورد هذا الأثر القانوني بنص المادة (٧) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦، ذلك أنه لا يمكن تصور أن يكون للشركة صوت مستقل باسمها أثناء تلك الاجتماعات، وإن اكتساب الشركة للشخصية المعنوية لا يعني

(١) تنص المادة (١٩١) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أن: "أ - ينشأ حق المساهم في الأرباح السنوية للشركة المساهمة العامة بصور قرار الهيئة العامة بتوزيعها. ب - يكون الحق في استيفاء الربح تجاه الشركة لمالك السهم بتاريخ اجتماع الهيئة العامة الذي تقرر فيه توزيع الأرباح، وعلى مجلس إدارة الشركة أن يعلن عن ذلك في صحيفتين يوميتين محليتين - على الأقل -، وبوسائل الإعلام الأخرى خلال أسبوع - على الأكثر - من تاريخ قرار الهيئة، وتقوم الشركة بتبليغ المراقب والسوق بهذا القرار. ج - تلتزم الشركة بدفع الأرباح المقررة توزيعها على المساهمين خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ اجتماع الهيئة العامة، وفي حال الإخلال بذلك تلتزم الشركة بدفع فائدة للمساهم بمعدل سعر الفائدة السائد على الودائع لأجل خلال فترة التأخير، على ألا تتجاوز مدة تأخير دفع الأرباح ستة أشهر من تاريخ استحقاقها".

أبداً أن لها صوتاً باسمها، وإنما الصوت يكون من حق المساهمين في الشركة فقط، وقيام الشركة بالتصويت إلى جانب المساهمين يعد مخالفة للتعليمات والقانون، ويتعارض مع مبدأ أن المساهمين هم الذين يتخذون القرارات المناسبة أثناء اجتماعات الهيئة العامة، ولا شك أن ذلك يجعل الشركة تتمتع بمركز أقوى من مركز المساهمين؛ مما قد يضر بمصالحهم.

ج - لا يسمح لأسهم الخزينة بالمشاركة في اجتماعات الهيئة العامة للشركة المساهمة العامة

لاشك أنه عندما يتم عد النصاب القانوني اللازم لانعقاد اجتماعات الهيئة العامة، فإن أسهم الخزينة التي تملكها الشركة لا تشكل أي جزء من النصاب القانوني، سواء أكان هذا الاجتماع عادياً أم غير عادي، ذلك أن نص المادة (١٧٠) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ تتطلب حضور مساهمين يمثلون نصف أسهم الشركة المكتتب بها حتى يعتبر اجتماع الهيئة العامة العادية قانونياً، ولا يحسب فيه أسهم الخزينة، وتطلب المادة (١٧٣) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ نصاً قانونياً لانعقاد اجتماع الهيئة العامة غير العادي، يتمثل بحضور مساهمين يمثلون أكثر من نصف الأسهم المكتتب بها. ولا تحسب أسهم الخزينة التي تملكها الشركة المساهمة العامة من ضمن النصاب القانوني لانعقاد هذا الاجتماع.

د - تعد أسهم الخزينة أسهماً غير حرة

يقصد بالأسهم غير الحرة تلك الأسهم التي لا تخضع للتداول، وفقاً لما ورد بنص المادة (٢) من تعليمات إدراج الأوراق المالية في بورصة عمان، الصادرة بالاستناد لإحكام المادة (٧٢) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، حيث عرفت تلك المادة الأسهم الحرة بأنها: "...عدد الأسهم المتاحة للتداول ولأغراض هذه التعليمات تعتبر الأسهم التالية غير متاحة للتداول: ٥- الأسهم المملوكة من قبل الشركة نفسها (أسهم الخزينة)".

لهذا، فإن الشركة المساهمة العامة التي تملك أسهم الخزينة لا يمكنها طرح هذه الأسهم للتداول في سوق رأس المال الوطني متى شاعت، ذلك أن التعليمات تمنع تداولها في هذا السوق، ولا شك أن ذلك يشكل قيداً على إرادة الشركة في تداول أسهم الخزينة، وهذا الحظر يرد على الشركة فقط ولا يرد على حق بقية المساهمين في تداول أسهمهم في سوق رأس المال الوطني إذا توافرت الشروط القانونية اللازمة لعملية التداول.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل هذا الحظر على تداول أسهم الخزينة في سوق رأس المال الوطني هو حظر مؤقت أم دائم؟ تجيب عن هذا التساؤل المادة (٨) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٨، حيث ألزمت الشركة المساهمة العامة بالاحتفاظ بأسهم الخزينة في محفظتها المالية لمدة لا تقل عن ستة أشهر من تاريخ أول عملية شراء، وألا تزيد عن ثمانية عشر شهراً من ذلك التاريخ، وهذا يعني أن الشركة يمكن لها أن تقوم ببيع هذه الأسهم بعد انقضاء مدة ستة أشهر من تاريخ أول عملية شراء، أي بعد المدة القانونية المحددة لحظر التصرف بأسهم الخزينة، وفي كافة الأحوال يجب على الشركة أن تقوم ببيع هذه الأسهم بعد انقضاء مدة ثمانية عشر شهراً من تاريخ أول عملية شراء، وهذا يعني أن الحظر المفروض على تداول تلك الأسهم هو حظر مؤقت يزول بانقضاء المدة المحددة في التعليمات السابقة.

هـ - لا يجوز للشركة المساهمة العامة أن تقوم بإصدار أي أوراق مالية خلال مدة احتفاظها بأسهم الخزينة

إن هدف الشركة المساهمة العامة من شراء أسهم الخزينة يكمن إما بتخفيض رأسمالها إذا زاد عن حاجتها، أو إذا لحقت بالشركة خسارة، وفقاً لما ورد بنص المادة (١١٤) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، وإما بقصد الاستثمار بالمضاربة بالأسهم من أجل تحقيق ربح في المستقبل، وإما بوصفها أسلوباً من أساليب الإدارة الحديثة، وفي هذه الصور كافة إما أن الشركة تواجه مشكلة تدفعها لتخفيض رأسمالها عن طريق شراء أسهم الخزينة، أو أنها ترغب بالاستثمار بهدف تحقيق أرباح، وبالتالي يمنع المشرع الأردني الشركة أن

تقوم بإصدار أية أوراق مالية خلال مدة احتفاظها بأسهم الخزينة التي حددتها المادة (٨) من تعليمات أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦، ذلك أن الحكمة تقتضي ذلك، فإذا لحق بالشركة خسارة فتقوم بشراء هذه الأسهم بمقدار ما لحق بها من خسارة، وبالتالي كيف لشركة أصابها خسارة أن تقوم بإصدار أوراق مالية جديدة؟ وفي حالة شراء الأسهم بقصد الاستثمار وتحقيق ربح للشركة فإنها تقوم بشراء أسهم الخزينة بسعر منخفض وببيعه بسعر أعلى، فكيف للشركة وهي تتمتع بزيادة في رأسمالها عن حاجتها أن تقوم بإصدار أوراق مالية جديدة؟

لا شك أن هذا الحظر الوارد على حق الشركة في إصدار أوراق مالية جديدة هو حق مؤقت وليس دائماً، وينقضي بمرور المدة اللازمة للاحتفاظ بأسهم الخزينة من قبل الشركة المشتريّة الواردة بنص المادة (٨) من التعليمات السابقة، وهي مدة ثمانية عشر شهراً من تاريخ أول عملية شراء.

لكن يثار التساؤل في هذا الصدد، إذا كان يصدق القول أنه لا يجوز للشركة المساهمة العامة أن تقوم بإصدار أوراق مالية أثناء مدة احتفاظها بأسهم الخزينة، فهل من الحكمة بمكان أن يتم منع الشركة من إصدار سندات قرض^(١) إذا كان الهدف من شراء أسهم الخزينة تخفيض رأسمال الشركة بسبب الخسارة التي لحقت بها؟

لا شك أن الشركة تلجأ إلى إصدار سندات قرض عندما تكون في حاجة إلى الحصول على أموال كثيرة ولفترة طويلة من الزمن^(٢)، ذلك أن الشركة قد

(١) يقصد بسندات القرض وفقاً لنص المادة (١١٦) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ "إسناد القرض أوراق مالية قابلة للتداول يحق إصدارها للشركة المساهمة العامة أو الشركة المساهمة الخاصة أو لأي من الشركات التي يجيز لها قانون الأوراق المالية إصدار هذه الإسناد، ويتم طرحها وفقاً لأحكام هذا القانون وقانون الأوراق المالية للحصول على قرض تتعهد الشركة بموجب هذه الإسناد بسداد القرض وفوائده وفقاً لشروط الإصدار.

(٢) يونس، علي، شركات الأموال والقطاع العام، القاهرة، ١٩٦٧، ص ١٣٩. نصر الله، مرتضى، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٢١٤.

تلجأ إلى شراء أسهم الخزينة من أجل تخفيض رأس المال في حالة لحق بها خسارة، وتلجأ في ذات الوقت إلى إصدار سندات قرض لتسديد جزء من ديونها لكي تحد من تلك الخسارة^(١)، لهذا فقد أدرك المشرع الأردني هذا الأمر ونص في المادة (١٤) من تعليمات أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦، على عدم تقييد الشركة المساهمة العامة التي ترغب بتخفيض رأسمالها عن طريق شراء أسهم الخزينة بالشروط الواردة في هذه التعليمات.

لذا؛ نرى أنه يجوز للشركة المساهمة العامة الخروج عن نص المادة (٩) من التعليمات السابقة، وعدم التقيد به في حالة قيامها بتخفيض رأسمالها عن طريق شراء أسهم الخزينة، ومن ثم ثبات حقها في إصدار الأوراق المالية خلال مدة احتفاظها بتلك الأسهم ومنها إصدار سندات القرض.

و - يجب على الشركة أن تتصرف بالأسهم بعد انقضاء المدة القانونية للاحتفاظ بها لقد حددت المادة (٨) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ المدة القانونية التي يجب على الشركة المساهمة العامة الاحتفاظ فيها بهذه الأسهم، وهي لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن ثمانية عشر شهراً من تاريخ أول عملية شراء، وعند انقضاء هذه المدة ينبغي على الشركة أن تقوم ببيع هذه الأسهم.

ولقد أوردت التعليمات السابقة إجراءات عدة، ينبغي اتخاذها لكي تعد عملية بيع أسهم الخزينة من قبل الشركة صحيحة، حيث يجب على الشركة أن تقوم بإعلام هيئة الأوراق المالية عن رغبتها ببيع أسهم الخزينة التي قامت بشرائها من المساهمين، ويجب أن يقترن هذا الإعلام بتاريخ بدء الشركة بإجراء عملية البيع، لكن هذه التعليمات لم تشترط صدور موافقة من هيئة الأوراق المالية على عملية بيع أسهم الخزينة، بل اشترطت فقط إعلام الهيئة عن رغبتها بالبيع، وتاريخ بدء هذه العملية، وفقاً لما ورد بنص المادة (١٠/أ) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦.

(١) Miller, Roger Leroy; Fundamentals of Business Law Excerpted Cases, Gaylord, Jentz, p.598.

كذلك أوجبت الفقرة (ب) من التعليمات السابقة على الشركة المساهمة العامة، أن تقوم بالإعلان عن رغبتها ببيع أسهم الخزينة المشتراة من قبلها في صحيفتين يوميتين على الأقل، وذلك لإعلام المساهمين والغير بهذه الرغبة. لكن السؤال المهم؛ هل يجوز للدائنين الاعتراض على عملية إعادة بيع أسهم الخزينة المشتراة؟

لم تتطرق التعليمات السابقة الذكر إلى إعطاء الحق للدائنين للاعتراض على تلك العملية، ومن خلال استقراء القواعد القانونية الواردة في قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، نجد أنه يجوز للدائنين وللمساهمين أن يقوموا بالطعن بالقرار المتخذ من قبل الشركة ببيع أسهم الخزينة، وهذا يتضح من نص المادة (١٨٣) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، حيث اعتبرت الفقرة (أ) أن القرارات التي تصدرها الهيئة العامة للشركة المساهمة العامة في أي اجتماع تعقده وفقا لنصاب قانوني صحيح، ملزمة لمجلس الإدارة وكذلك لكافة المساهمين سواء حضروا ذلك الاجتماع أم لم يحضروه، ما دامت هذه القرارات متوافقة مع أحكام القانون والأنظمة ذات الصلة، إلا أننا نجد أن الفقرة (ب) من المادة السابقة أجازت الطعن أمام المحكمة المختصة في قانونية الاجتماع، وكذلك في القرارات التي تم اتخاذها في تلك الاجتماعات بما فيها قرار الشركة ببيع أسهم الخزينة المشتراة من المساهمين. إلا أن المشرع قد حدد مدة تقادم للدعوى التي قد يتم رفعها على الشركة، حيث لا تسمع هذه الدعوى بعد مرور ثلاثة أشهر من عقد الاجتماع^(١).

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل يجب على الشركة أن تقوم ببيع أسهم الخزينة عن طريق سوق رأس المال الوطني أم عن طريق إبرام الصفقات؟

(١) تنص المادة (١٨٣) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أن: "أ - تعتبر القرارات التي تصدرها الهيئة العامة للشركة المساهمة العامة في أي اجتماع تعقده بنصاب قانوني صحيح ملزمة لمجلس الإدارة ولجميع المساهمين الذين حضروا الاجتماع والذين لم يحضروا، شريطة أن تكون تلك =

لم تحدد تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ الطريقة التي بموجبها تقوم الشركة ببيع أسهم الخزينة، ويعد ذلك نقصاً تشريعياً في هذه التعليمات، ولذلك نرى أن الشركة تستطيع أن تقوم ببيع أسهم الخزينة عن طريق سوق رأس المال الوطني أو عن طريق إبرام الصفقات أو بأي أسلوب تراه الشركة مناسباً وفقاً للقواعد القانونية المقررة في هذا الشأن، ذلك أن الأصل في الأمور الإباحة ما لم يرد نص على خلاف ذلك.

لكن ما الأثر القانوني الذي يترتب في حالة عدم قدرة الشركة على بيع كامل أسهم الخزينة المحفوظة لديها في محفظتها المالية؟

لقد بينت المادة (١١) من تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦، هذا الأثر القانوني، ذلك أنه في حالة عدم قيام الشركة ببيع أسهم الخزينة خلال المدة المحددة في نص المادة (٨) من التعليمات السابقة، فيجب على مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة أن يقوم بدعوة الهيئة العامة غير العادية للاجتماع، وذلك من أجل إصدار قرار يقضي بتخفيض رأسمال الشركة بمقدار القيمة الاسمية لأسهم الخزينة التي لم يتم بيعها، وفقاً للإجراءات القانونية المعمول بها في قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧.

لكن ما الموقف القانوني من تعذر انعقاد اجتماع الهيئة العامة غير العادي السابق الذكر؟ أو في حالة عدم موافقة الهيئة العامة على قرار تخفيض رأسمال الشركة بمقدار القيمة الاسمية لأسهم الخزينة غير المباعة؟

لقد ألزمت الفقرة (ب) من المادة السابقة الشركة بالقيام ببيع أسهم الخزينة خلال مدة شهر من انقضاء المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (٨) من التعليمات السابقة الذكر إذا توافرت أي من الحالتين السابقتين.

= القرارات قد اتخذت وفقاً لأحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه. ب - تختص المحكمة بالنظر والفصل في أي دعاوى قد تقدم للطعن في قانونية أي اجتماع عقدته الهيئة العامة، أو الطعن في القرارات التي اتخذتها فيه على ألا يوقف الطعن تنفيذ أي قرار من قرارات الهيئة العامة إلا إذا قررت المحكمة خلاف ذلك، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مضي ثلاثة أشهر على عقد الاجتماع".

هـ - لا يجوز للأشخاص المطلعين في الشركة وأقربائهم التعامل بأسهم الخزينة منعت تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ الأشخاص المطلعين في الشركة وأقربائهم من التعامل على أسهم الخزينة بشكل صريح، ذلك أن هؤلاء الأشخاص مطلعين على كافة المعلومات الداخلية غير المعلنة المتوافرة لدى الشركة، فأوجب التعليمات عدم استغلال تلك المعلومات من أجل تحقيق مكاسب مادية أو معنوية بناء على ما اطلعوا عليه من معلومات داخلية غير معلنة^(١). ويشمل هذا الحظر رئيس مجلس الإدارة وأعضاء مجلس الإدارة والمدير العام والموظفين وأقربائهم، ولم تحدد المادة (١٢) من التعليمات إلى أي درجة من الأقارب يشمل هذا الحظر، ويشمل الأشخاص المطلعين بحكم تعاملهم مع الشركة كالمحاسبين والمحامين والمستشارين، ويشمل هذا الحظر أيضاً كل من الشركات التابعة والحليفة^(٢).

المطلب الثاني

الآثار القانونية التي تترتب على الشراء غير الصحيح لأسهم الخزينة

لم تتضمن تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ أية آثار قانونية تترتب على قيام الشركة بشراء أسهم الخزينة بطريقة غير صحيحة ومخالفة لتلك القواعد القانونية، ولم تبين الجزاء القانوني الذي يترتب على شراء أسهم الخزينة بطريقة غير صحيحة، كذلك لم يتضمن قانون الأوراق المالية رقم (٧٦)

(١) الملحم، أحمد عبد الرحمن: حظر استغلال المعلومات غير المعلنة الخاصة بالشركات

في التعامل بالأوراق المالية " دراسة مقارنة " ط١، جامعة الكويت، ١٩٩٨

(٢) عرفت المادة (٢) من تعليمات إفصاح الشركات المصدرة والمعايير المحاسبية ومعايير التدقيق الصادرة بالاستناد لأحكام المادة (١٢/ف) من قانون الأوراق المالية رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٢ الشركة التابعة أنها " الشركة التي تخضع لسيطرة شركة أم ". ونصت المادة (٢) من تعليمات إدراج الأوراق المالية في بورصة عمان أن الشركة الحليفة هي " الشركة التي تسيطر على شركة أخرى، أو هي مسيطرة عليها من الشركة الأخرى، أو التي تشترك معها في كونها مسيطرةً عليها من شركة أخرى ".

لسنة ٢٠٠٢، ولا قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ أية قواعد قانونية خاصة تتحدث عن الآثار القانونية التي تترتب على الشراء غير الصحيح لأسهم الخزينة، لكن يمكن إعمال القواعد العامة في تلك القوانين من أجل الوصول إلى تلك الآثار.

لا شك أن ذلك يعد نقصاً تشريعياً ينبغي على المشرع التدخل التشريعي من أجل معالجته، وذلك لأهمية وخطورة عملية شراء الشركة لأسهمها بشكل غير صحيح، لهذا لا بد من إعمال القواعد العامة للحديث عن مسؤولية الشركة وبيان أهم الآثار القانونية التي تترتب في حالة شراء أسهم الخزينة بطريقة غير صحيحة وغير مشروعة.

أولاً - مسؤولية الشركة عن عملية الشراء غير الصحيحة لأسهم الخزينة:
لا بد لانعقاد مسؤولية الشركة عن شراء أسهم الخزينة بطريقة غير صحيحة أن تتوافر أركان المسؤولية المدنية، وهي ركن الخطأ من جانب الشركة والضرر والعلاقة السببية.

أ - أركان مسؤولية الشركة عن الشراء غير الصحيح لأسهم الخزينة
يعد ركن الخطأ أول أركان المسؤولية الذي يجب توافرها، حيث ينبغي على الشركة لكي تسأل عن عملية الشراء غير الصحيحة لأسهم الخزينة أن تقوم بفعل يشكل خطأ، بحيث تخالف الشركة ما ورد بأحكام القانون أو تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦، ومن صور مسؤوليتها قيامها بشراء أسهم الخزينة عن طريق الصفقات، ذلك أن التعليمات توجب على الشركة أن تقوم بعملية الشراء من خلال سوق رأس المال الوطني، كذلك قد تقوم الشركة بشراء أسهم خزينة متجاوزة الحد الأعلى الواجب على الشركة شرائه وهو ١٠٪ من عدد الأسهم المكتتب بها للشركة بموافقة هيئة الأوراق المالية، أو أن تقوم الشركة بإصدار أوراق مالية خلال مدة الاحتفاظ بأسهم الخزينة الواردة بنص المادة (٨) من تلك التعليمات، أو أن تقوم الشركة بشراء عدد من الأسهم يتجاوز ٢٪ من عدد الأسهم المكتتب بها خلال جلسة التداول الواحدة، خلافاً لأحكام المادة (٦) من التعليمات السابقة، أو أن تقوم الشركة بتمويل عملية

الشراء عن طريق الاقتطاع من رأسمال الشركة بصورة غير مشروعة، وخلافاً لمبدأ ثبات رأس المال الذي يعد ضماناً عاماً للدائنين، أو ألا تراعي الشركة الإجراءات التي ينبغي اتخاذها أثناء اجتماع الهيئة العامة غير العادية، أو أن يكون النصاب القانوني غير متوافر في ذلك الاجتماع، أو أن نسبة التصويت فيه تقل عن النسبة المطلوبة وفقاً لإحكام قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، أو أن تتجاوز مدة شراء أسهم الخزينة أكثر من ٣٠ يوم تداول من تاريخ أول عملية شراء، أو أن تقوم الشركة بإشراك أسهم الخزينة في اجتماعات الهيئة العامة للشركة، أو أن تحسب أثناء التصويت، فإذا ما توافر أي من هذه الأسباب، فتسأل الشركة عن هذه الأفعال التي تشكل خرقاً للقواعد القانونية التي أوجب المشرع اتخاذها من أجل إتمام عملية الشراء بشكل صحيح.

أما الركن الثاني فهو ركن الضرر، حيث ينبغي أن يترتب على تلك الأفعال غير المشروعة التي قامت بها الشركة ضرر يلحق إما بالمساهمين أو بأحدهم أو بالغير ومنهم بالطبع الدائنين، وهذا الضرر قد يكون ضرراً مادياً يتمثل بخسارة مادية تلحق بأحد هؤلاء الأشخاص جراء قيام الشركة بشراء أسهم الخزينة، كأن تقوم الشركة باقتطاع جزء من رأسمالها لتمويل عملية الشراء مما يترتب على ذلك ضرر بالدائنين، حيث يتمثل بإضعاف الضمان العام للدائنين، وقد يكون هذا الضرر ضرراً معنوياً يلحق سمعة الشركة أو المساهمين، خاصة عند عدم مراعاة الشركة للإجراءات القانونية التي يجب أن تتوافر في اجتماع الهيئة العامة غير العادية الذي يتخذ به قرار شراء أو بيع أسهم الخزينة، مما يلحق بسمعة الشركة أضراراً تؤثر على أوضاعها، وتنعكس على المساهمين فيها.

والركن الأخير هو العلاقة السببية، وينبغي لانهقاد مسؤولية الشركة عن الشراء غير الصحيح لأسهم الخزينة، أن تتوافر الرابطة السببية بين الخطأ الصادر عن الشركة والضرر الذي يلحق بالمساهمين أو بالغير، أي أن يكون الضرر الذي لحق بهؤلاء الأشخاص سببه مخالفة الشركة لشروط الشراء الصحيح لأسهم الخزينة الواردة في تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦، ومخالفة القواعد القانونية الواردة في قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وقانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢.

ب - إثبات قيام الشركة بشراء أسهم الخزينة بطريقة غير صحيحة

إن إثبات مسؤولية الشركة عن مخالفة شروط شراء أسهم الخزينة فيقع على عاتق الطرف المدعي، فينبغي أن يثبت الفعل الخطأ المخالف لأحكام القانون أو للتعليمات، أو المخل بقواعد العقد، وكذلك إثبات الضرر الذي لحق به سواء أكان ضرراً مادياً أم معنوياً، وكذلك إثبات العلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر الذي لحقه.

ولقد ورد في المادة (١١١) من قانون الأوراق المالية المؤقت رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، أنه يحق لأي مستثمر تعرض لأضرار مالية نتيجة لبيع ورقة مالية، أن يقوم بمطالبة البائع أو المصدر بالتعويض عن تلك الأضرار التي لحقت به، بشرط أن يقوم بإثبات أن بيع تلك الورقة المالية تم بصورة تخالف أحكام قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، ومخالفة الأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه، ويجب عليه إثبات أنه قد تعرض لخسارة مالية نتيجة لبيع تلك الأوراق المالية.

كذلك أجاز قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ للشخص المتضرر نتيجة قيام الشركة بشراء أسهم الخزينة أو بيعها بطريقة غير صحيحة، أن يقوم بإثبات الفعل المخالف للقانون والتعليمات، والضرر الذي لحق به، والعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر باستخدام كافة طرق الإثبات، بما في ذلك استخدام البيانات الإلكترونية الصادرة عن الحاسوب، وكذلك تسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة الفاكس، وغيرها من طرق معدة للإثبات، وفقاً لما ورد بنص المادة (١١٣/ج) منه^(١).

(١) تنص المادة (١١٣/ج) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ على أنه: "يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات الفاكسميلي، وذلك على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر".

ج - الأشخاص الذين يستطيعون مخاصمة الشركة في حالة الشراء غير الصحيح لأسهم الخزينة

تستطيع الشركة المساهمة العامة ذاتها أن تقوم بمخاصمة أعضاء مجلس الإدارة عن كافة أعمال الغش وإساءة استعمال السلطة، وعن مخالفة النظام الأساسي للشركة، وعن مخالفة القانون والخطأ في إدارة الشركة^(١)، ومنها بالطبع قيام إدارة الشركة بشراء أسهم الخزينة بطريقة غير صحيحة، حيث تعد مخالفة لأحكام القانون، لذلك تستطيع الشركة - كشخص معنوي مستقل - إقامة دعوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة منفردين أو مجتمعين، ويستند الأساس القانوني لإقامة هذه الدعوى إلى الإخلال بالتزام قانوني يفرضه قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، وقانون الأوراق المالية والتعليمات الصادرة بمقتضاها^(٢).

ويمثل الشركة في إقامة دعوى المسؤولية على رئيس وأعضاء مجلس الإدارة الهيئة العامة للمساهمين، وإذا أهملت الهيئة العامة في إقامة الدعوى، فإن المادة (١٦٠) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ أعطت الحق في ذلك إلى المساهم لكي يقوم برفع الدعوى باسم الشركة، وذلك للمطالبة بالتعويض عن الضرر العام الذي أصاب المساهمين كافة، ويستحق هذا التعويض الشركة ذاتها، ويعد حق المساهم في إقامة هذه الدعوى مقيداً، حيث لا يستطيع رفعها إلا إذا أهملت الهيئة العامة رفعها، ولذلك إذا كانت الشركة جادة في رفع دعوى المسؤولية فلا يتم الاعتراف بهذا الحق للمساهم^(٣). ويستطيع كذلك مراقب الشركات إقامة دعوى المسؤولية عن التعامل بأسهم

(١) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٣٠٠.

(٢) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٣٠٠.

(٣) صالح، محمد، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٤٩، ص ٣٧٣. وصفي، مصطفى كمال، المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص ١٣٦.

الخزينة بطريقة مخالفة لأحكام القانون على رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة سند لنص المادة (١٦٠) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، في حالة تقاعس الهيئة العامة والمساهمين عن رفع الدعوى^(١).

كذلك يستطيع المساهم إذا ما لحق به ضرر خاص أن يقيم دعوى المسؤولية على الشركة عن التعامل بأسهم الخزينة بطريقة غير مشروعة، ذلك أن هذا الضرر يلحق بالمساهم وحده دون بقية المساهمين^(٢). وتستند دعوى المساهم الفردية إلى نص المادة (١٥٧) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ التي تحمل أعضاء مجلس الإدارة المسؤولية تجاه المساهم عن أعمال الغش وإساءة استعمال السلطة، وعن كل مخالفة للقانون ونظام الشركة والخطأ في الإدارة، وتعد هذه المسؤولية مسؤولية تقصيرية؛ حيث إن أعضاء مجلس الإدارة لا يعدون وكلاء عن كل مساهم على انفراد، وإنما هم وكلاء عن الشركة باعتبارها شخصاً اعتبارياً مستقلاً عن أشخاص المساهمين^(٣).

ويستطيع الغير كالدائنين الذين لحق بهم ضرر نتيجة تعامل الشركة بأسهم الخزينة بطريقة غير قانونية إقامة دعوى المسؤولية، حيث يستطيع الغير أن يرفع دعوى المسؤولية على رئيس وأعضاء مجلس الإدارة منفردين أو مجتمعين استناداً لنص المادة (١٠٧/أ) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، وتستند هذه الدعوى إلى المسؤولية التقصيرية، وينبغي على الغير إثبات التصرف الخطأ الصادر من الإدارة، والضرر والعلاقة السببية حتى يحكم له بالتعويض.

- (١) نص المادة (١٦٠) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أنه: "يحق للمراقب وللشركة ولأي مساهم فيها إقامة الدعوى بمقتضى أحكام المواد (١٥٧ و ١٥٨ و ١٥٩ من هذا القانون)".
- (٢) القليوبي، سميحة، الشركات التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٤٦٩.
- (٣) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق، ص ٤٧٧.

ويستطيع الغير رفع دعوى المسؤولية عن التعامل غير الصحيح بأسهم الخزينة على الشركة ذاتها، حيث تسأل الشركة عن أخطاء مجلس الإدارة بوصف الأخير وكيلاً عن الشركة، ذلك أن التعامل بأسهم الخزينة بطريقة غير قانونية يعد من أعمال الغش وإساءة استعمال السلطة، ومخالفاً للقانون ولنظام الشركة، ويشكل خطأ في الإدارة يلحق بالغير ضرراً، وفقاً لنص المادة (١٥٦/أ) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧^(١).

د - الجزاءات القانونية التي تترتب في حالة التعامل غير الصحيح على أسهم الخزينة

لم تبين تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ الجزاء القانوني الذي يترتب على الشركة المساهمة العامة في حالة قيامها بالتعامل على أسهم الخزينة بطريقة غير صحيحة ومخالفة للقانون، وبالتالي ينبغي العودة إلى الأحكام العامة الواردة في قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وقانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢. لقد أوردت المادة (٢٧٩) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ عقوبة تلحق بالشركة المساهمة العامة في حالة مخالفة أحكام هذا القانون، بحيث فرضت غرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تتجاوز عشرة آلاف دينار أردني، مع إبطال التصرف المخالف إذا رأت المحكمة وجهاً لذلك.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه إذا كان المشرع في قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ أوجب إيقاع الغرامة على الشركة في حالة مخالفة

(١) تنص المادة (١٥٦/أ) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أن: "أ- يكون لمجلس إدارة الشركة المساهمة العامة أو مديرها العام الصلاحيات الكاملة في إدارة الشركة في الحدود التي يبينها نظامها، وتعتبر الأعمال والتصرفات التي يقوم بها ويمارسها المجلس أو مدير الشركة باسمها ملزمة لها في مواجهة الغير الذي يتعامل مع الشركة بحسن نية، ولها الرجوع عليه بقيمة التعويض عن الضرر الذي لحق بها، وذلك بغض النظر عن أي قيد يرد في نظام الشركة أو عقد تأسيسه".

أحكام القانون، فهل يتناسب البطلان كجزء قانوني يقع على التعامل بالأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال الوطني مع طبيعة هذا التعامل؟

لا شك أن الإجابة عن هذا التساؤل وردت بنص المادة (١١٤) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، حيث ورد فيها أن الأوراق المالية تمنح الصفة النهائية والقطعية لتداولها في الأسواق المالية، ولا يجوز إلغاء التسويات النهائية لعقود التداول في السوق^(١).

وهذا يعني أن المشرع الأردني قد حصن التعامل بالأوراق المالية في سوق رأس المال الوطني من البطلان، بحيث تمنح هذه المعاملات الصفة النهائية والقطعية، ولا يجوز - بأي حال من الأحوال - إلغاء تلك التسويات النهائية لعقود التداول في هذا السوق، وحسناً فعل المشرع الأردني، ذلك أن طبيعة التعامل في سوق رأس المال الوطني يتنافى وتقرير بطلان تلك المعاملات، وبالتالي لا يمكن تقرير بطلان التعامل بأسهم الخزينة، لذلك ينبغي تقرير جزاء قانوني آخر غير البطلان، يتمثل بمطالبة الشخص المتضرر من شراء الشركة لأسهمها بالتعويض، وهذا ما أخذ به المشرع الأردني فعلاً.

لقد ورد بنص المادة (١١٠/أ) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ جزاء قانوني في حالة مخالفة قواعد هذا القانون والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بموجبه، يتمثل بفرض غرامة مقدارها مائة ألف دينار أردني، بالإضافة إلى غرامة لا تقل عن ضعف الربح الذي حققه أو ضعف الخسارة التي تجنبها، على ألا تزيد عن خمسة أضعاف ذلك الربح أو الخسارة، ويعد هذا الجزاء رادعاً للشركة حتى لا تقوم بالتعامل بأسهم الخزينة بصورة غير قانونية.

(١) تنص المادة (١١٤) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ على أن: "تمنح الأوراق المالية، وفقاً لأحكام هذا القانون، الميزات التالية: أ - الصفة النهائية والقطعية لتداولها في الأسواق المالية. ب - حقوق ملكية وأثمان مستحقة وفقاً لحسابات المركز. ج - عدم جواز إلغاء التسويات النهائية لعقود التداول في السوق".

الخاتمة:

لقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة أهمية وخطورة قيام الشركة المساهمة العامة بالتعامل بأسهم الخزينة، لذلك فقد أحاط المشرع الأردني هذا التعامل بمجموعة من الإجراءات القانونية والضمانات العادلة، حتى يستقيم سلوك هذه الشركة عند إجراء التعامل بأسهم الخزينة، حماية للشركة ذاتها وحماية للمساهمين وللغير وخاصة الدائنين، حيث أن عملية شراء الشركة لأسهم الخزينة قد يترتب عليها مساس برأسمال الشركة، وهذا يشكل انتهاكاً لحقوق الدائنين، وبالتالي فإن ترك المجال للشركة للتعامل على أسهم الخزينة دون ضابط قانوني، قد يترتب عليه ضرر كبير بالمساهمين والدائنين على حد سواء.

ولهذا نقدر موقف المشرع الأردني بإجازة تعامل الشركة المساهمة العامة بأسهم الخزينة، لما يحققه من فائدة كبيرة للشركة، وعلى موقفه المتوازن الذي يراعي مصلحة الشركة والمساهمين والغير كالدائنين، بما تضمنه من إجراءات قانونية من شأنها الحد من تعسف الشركة عن اتخاذ قرارها بالتعامل على أسهم الخزينة، وتنفيذه تجاه المساهمين والغير.

ولقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى توصيات عدة، تتمثل فيما يلي:

— لم تتضمن تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ وجوب موافقة هيئة الأوراق المالية على قيام الشركة بالتعامل على أسهم الخزينة بشكل صريح، وإنما ألزمت الشركة بإخبارها فقط دون الحصول على موافقتها، وبالتالي كان ينبغي على التعليمات أن تنص على أن تصدر موافقة هيئة الأوراق المالية على تعامل الشركة بأسهم الخزينة أولاً، وبعد حصول هذه الموافقة ينبغي الإعلان عن ذلك في صحيفتين محليتين.

— لم تتضمن تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ الأثر القانوني الذي يترتب على عملية الشراء بالنسبة لعقد الشركة من حيث تعديله أو عدم تعديله، وبالتالي ينبغي على المشرع أن يضمن هذه التعليمات نصاً على أنه إذا تم تمويل عملية شراء الشركة لأسهم الخزينة من الاحتياطي

الاختياري أو الاحتياطي الخاص ومن الأرباح المدورة، فلا يستتبع ذلك تعديل عقد الشركة، ذلك أن شراء الشركة لأسهم الخزينة يدخل ضمن الأهداف التي قد تقوم الشركة باستخدام هذه الأموال في تحقيقها، خاصة إذا ما أرادت تقوية رأسمالها، أما إذا كان الهدف من عملية شراء الشركة لأسهم الخزينة هو تخفيض رأسمالها، واستخدمت جزءاً من رأسمال الشركة لتمويل عملية الشراء، فإن ذلك يستتبع تعديل عقد الشركة.

— يجب إضافة قيود أخرى على عملية تداول أسهم الخزينة تتناسب مع هذا التعامل، خاصة فيما يتعلق بتداولها في سوق رأسمال الوطني، تتمثل بحصر عملية شراء هذه الأسهم في فترة محدودة من يوم التداول، بحيث لا تتم عملية الشراء خلال فترة الذروة، وأن تتم عملية الشراء خارج أوقات اليوم الحرجة التي من شأنها أن تؤثر على السعر السوقي لأسهم الشركة خلال يوم التداول، كذلك ينبغي أن يتم تقيد عملية شراء الشركة لأسهمها عن طريق وسيط واحد خلال يوم التداول، من أجل عدم الإخلال بالطلب العالي على أسهم الشركة.

— لم تتضمن هذه التعليمات الآثار القانونية التي تترتب على شراء أسهم الخزينة في حق المساهم البائع، ولم يتطرق لها أيضاً كل من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وقانون الأوراق المالية الأردني، ولا شك أن ذلك يعد نقصاً تشريعياً ينبغي على المشرع الأردني تداركه.

— لم تحدد تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ الطريقة التي بموجبها تقوم الشركة ببيع أسهم الخزينة، ويعد ذلك نقصاً تشريعياً في هذه التعليمات، ونرى أن الشركة تستطيع أن تقوم ببيع أسهم الخزينة عن طريق سوق رأس المال الوطني أو عن طريق إبرام الصفقات أو بأي أسلوب تراه الشركة مناسباً لمنع التلاعب بالأسعار، والمحاباة على حساب الشركة ومساهميها.

— لم تتضمن تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ أية آثار قانونية تترتب على قيام الشركة بشراء أسهم الخزينة بطريقة غير صحيحة

ومخالفة لتلك القواعد القانونية، كذلك لم يتضمن قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، ولا قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ أي قواعد قانونية خاصة تتحدث عن الآثار القانونية التي تترتب على الشراء غير الصحيح لأسهم الخزينة، وهذا يعد نقصاً تشريعياً ينبغي على المشرع التدخل التشريعي من أجل معالجته.

— لم تبين تعليمات شراء أسهم الخزينة لسنة ٢٠٠٦ الجزاء القانوني الذي يترتب على الشركة المساهمة العامة عند قيامها بالتعامل على أسهم الخزينة بطريقة غير صحيحة ومخالفة للقانون.

المراجع

- البارود، علي، دروس في القانون التجاري، الإسكندرية، ١٩٨٦.
- الشرقاوي، محمود سمير، المشروع المتعدد القوميات والشركات القابضة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ١٩٧٥.
- العبيدي، عباس، الاكتتاب في رأسمال الشركة المساهمة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨.
- العكيلي، عزيز، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.
- القضاة، مفلح، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٥.
- القليوبي، سميحة، الشركات التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، القاهرة ١٩٩٣.
- المحيسن، أسامة نائل، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩.
- الملحم، أحمد عبد الرحمن، حظر استغلال المعلومات غير المعلنة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق المالية "دراسة مقارنة" ط ١، جامعة الكويت، ١٩٩٨.
- جاسم، فاروق إبراهيم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة، منشورات العلمي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
- رضوان، أبو زيد، الشركات التجارية في القانون الكويتي والمقارن، الكويت، ١٩٧٨.
- سامي، فوزي محمد، الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠.
- شفيق، محسن، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٥٧.
- صالح، محمد، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٤٩.

- صدقي، أميرة، النظام القانوني لشراء الأسهم من جانب الشركة المصدرة لها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- طه، مصطفى كمال، القانون التجاري، بيروت، ١٩٨٨.
- عبد القادر، ناريمان، الأحكام العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٩٢.
- عيد، إدوارد، الشركات التجارية، الجزء الثاني، بيروت،.
- ناصيف، إلياس، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، منشورات البحر المتوسط، بيروت، ١٩٨٢.
- نصرالله، مرتضى، الشركات التجارية، بغداد، ١٩٦٦.
- وصفي، مصطفى كمال، المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- ياملكي، أكرم، الشركات التجارية، دراسة مقارنة، عمان، ٢٠٠٦.
- يونس، علي، شركات الأموال والقطاع العام، القاهرة، ١٩٦٧.

القوانين والتعليمات

- قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧.
- قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢.
- تعليمات شراء الشركات المساهمة العامة للأسهم الصادرة عنها "أسهم الخزينة" الصادر بالاستناد لأحكام المادتين (١٢/ف و ١٢٣/ب) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢.
- تعليمات إدراج الأوراق المالية الصادرة بالاستناد لأحكام المادة (٧٢) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢.
- تعليمات إفصاح الشركات المصدرة والمعايير المحاسبية ومعايير التدقيق الصادرة بالاستناد لأحكام المادة (١٢/ف) من قانون الأوراق المالية رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٢.

المراجع الأجنبية:

- Campbell, Dennis; The Comparative Law Yearbook of **International business**, KLuwer Law international, 2009, p. 412.
- C Michael, Brigham, Eugene F; Financial Management, Cengage Learning, 2008, p. 78.
- Commentaries and **Jursprudence** on the Commercial Laws of the Philippines, Volame 3 Agued F. Agbayani Reviews, AFA publications - Law.
- Colcera, Enrico; The Market For Corporate Control in Japan, M&AS. **Hostile Takeovers and Regulatory Framework, 2007.**
- Ehrhaardt, Michael C, Brigham, Eugene F; Corporate Finance, Cengage Learning, 2009, p. 209.
- Miller, Roger Leroy; Fundamentals of Business Law Excerpted Cases, Gaylord, Jentz, p. 598.
- The Law on **Business Organization**, Rex Book Store, Inc. Reviews, 2008, p. 207.
- Thomas, Conyngton; A Manual of Corporate Organization, Biblio Bazaar, LLC, 2009, p. 84.

المواقع الإلكترونية:

- http://www.jsc.gov.jo/Public/mainarabic.aspx?Page_id=841
- <http://www.ccd.gov.jo>
- <http://www.iraqism.com>
- <http://www.ase.com.jo>

Can the Moorish water tribunal in Valencia provide a novel approach to 'water justice' in some arab countries?

Dr. Fabienne Quilleré-Majzoub
Doctorate in Public - France

Dr. Tarek Majzoub
Associate Prof. Beirut, Lebanon

Abstract:

In many Arab countries, the need for finite water resources continues to escalate as the countries' growing population and economy demand reliable water supplies for both a greater amount and variety of uses (i.e., domestic, industrial, and agricultural; where the latter continues to consume more than 80 percent of all water resources in the Arab region). When water users seek to protect or change existing water rights, conflicts over the allocation of these scarce resources arise. Climate change and concern regarding water disputes have given resolution of water adjudications high political priority. Countries' goal is to identify an efficient and cost-effective structure of dispute settlement mechanism considering the magnitude of water adjudications.

It was for this purpose that Valencians farmers established the Water Tribunal in Andalusia (Spain). This Tribunal dates back to the Xth century, when the first water judges were peer-elected. The forum for resolving topical water rights conflicts will be most often the water court, a revisited form of the Water Tribunal. This paper depicts this long-standing and realistic example on dispute resolution in water. The Water Tribunal can be redesigned to face the challenge of settling water disputes. We will be looking for opportunities to more efficiently resolve current and avoid future water disputes in some Arab countries.

Introduction

The world is threatened by climate change, soil degradation and desertification, deforestation, and water scarcity, the need to understand and implement sustainable practices has never been more urgent for Arab countries⁽¹⁾.

Ancient institutions are living monuments of the ingenuity of mankind: the Ma'rib dam and other dams on Wadi Sheba in Yemen, the Marduk dam on the Tigris near Samarra and irrigation and drainage systems of Nippur in Mesopotamia, the gardens of Alhambra, and the 'Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia' (Water Tribunal of Valencia in Andalusia, Spain)⁽²⁾. All testify the importance attached to water in the past. Throughout centuries, our distant ancestors have contributed much to the water venture, working out some of the finest examples of sustainable water institutions.

There has been new recognition of the important and irreplaceable role ancestral traditions, attitudes, and ideas play in human interactions

(1) See, generally, Arab Forum of Environment Development (AFED), Arab Environment: Water (Beirut, 2010).

(2) Since there is a dearth of current English sources available to scholars to assist them in gaining a basic understanding of Water Tribunal we have resorted to Spanish sources, see generally: Carlos Arrieta Alvarez, Jesus Gonzalez Perez, & Julio Toledo Jaudenes, *Comentarios a la Ley de Aguas* (Editorial Cívitas S.A. Madrid, 1987); Francisco J. Borrull y Vilanova, *Tratado de distribución de las Aguas del Río Turia y del Tribunal de los Acequeros de la Huerta de Valencia* (Imprenta de Benito Monfort, 1831); Vicente Branchat, *Noticia histórica de la antigua legislación valenciana sobre el régimen de las aguas públicas* (Valencia, 1851); Víctor Fairén Guillén, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso* (Artes Gráficas Soler S.A. Valencia, 2.a edición, 1988); Franquet y Beltran, *Ensayo sobre el origen, espíritu y progreso de la legislación de las aguas* (Madrid, 1864); Vicente Giner Boira, *El Tribunal de las aguas de Valencia* (Fundación Valencia III Milenio & UNESCO, Imprime Federico Doménech, S.A., 1997); Vicente Giner Guillot, *Exposición de distintas actuaciones del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia en defensa de los derechos de las Acequias que lo integran y documentos referentes a todo ello* (Imprenta Guillot Aguilar, Valencia, 1944); Thomas F. Glick, *Irrigation and society in medieval Valencia* (1970); Juan Reig y Flores, *Tribunal de las Aguas de Valencia* (1879); Antonio Guillén y Rodríguez de Cepeda, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y los modernos Jurados de Riego* (Imprenta Doménech, Valencia, 1920); Antonio Guillén y Rodríguez de Cepeda, *Tribunales de Aguas; su constitución y su competencia. Sistemas eficaces para la ejecución de sus fallos* (Valencia, 1921).

worldwide⁽³⁾ A better understanding of ancient sustainable water institutions will no doubt help increase their relevance and contribute to addressing current water rights conflicts in Arab countries (e.g., protecting or changing an existing water right, adjudicating a new water right)⁽⁴⁾.

Because water was the lifeblood of the arid and semi-arid lands, the community took precautions to ensure peaceful dispute resolution. In keeping with the common good goal of dispute resolution, the Andalusian farmers coordinated their irrigation and farming efforts. The Water Tribunal of Valencia in Andalusia⁽⁵⁾ illustrates an original water distribution mechanism⁽⁶⁾. It has not faded into oblivion or been repressed, rather it has thrived for more than one thousand years.

Illustrating Water Tribunal focus on what is 'due' is its localized brand of justice. It is managed by local farmers, who themselves are held responsible to their fellow farmers. The Water Tribunal operates completely in the public's view and is directly accountable to the farmers it aims to serve. The Water Tribunal's dispute resolution takes place both frequently and swiftly and uses regional characteristics to its benefit. Using regulations that are specific to each irrigation community, it resolves conflicts that are pertinent to the local community.

(3) See generally, IUCN, *Prácticas ancestrales y derecho de aguas: de la tensión a la coexistencia* (Marta Brunilda Rovere y Alejandro Iza (Editores), 2007); UNESCO-LINKS, *El agua y los pueblos indígenas* (2007).

(4) Agriculture continues to consume more than 80 percent of all water resources in the Arab region, see Shawky Barghouti, *Water Sector Overview*, in AFED 16, *supra* note 1. See generally, *Community-based water law and water resource management reform in developing countries* (B. van Koppen, M. Giordano, J. Butterworth eds., 2007).

(5) See Tarek Majzoub, *Water laws and customary water arrangements*, in AFED 140-141, *supra* note 1.

(6) There has been new recognition of the important and irreplaceable role ancestral traditions, attitudes, and ideas play in human interactions with the rest of the natural world. See generally, IUCN, *Prácticas ancestrales y derecho de aguas: de la tensión a la coexistencia* (Marta Brunilda Rovere y Alejandro Iza (Editores), 2007); UNESCO-LINKS, *El agua y los pueblos indígenas* (2007).

This paper contends that an examination of the Water Tribunal offers a very unique example of justice and enables a deeper understanding of its relevance as a mechanism of settling water disputes.

In particular, this paper argues that the Water Tribunal both exemplifies the definition of justice and demonstrates “a challenge to the science of law and a threat to its monopoly of legal knowledge”⁽⁷⁾. The Water Tribunal’s version of justice, and particularly its instantiation of transparency, is entirely organic to the local community it serves. Further, the Tribunal emphasizes what is due process. Every farmer is involved in the just dispensation of water. This is the possibility of home-grown Moorish justice evoking the ideal people tribunal, for the people, by the people.

It is beyond the scope of this paper to determine the Water Tribunal’s effect on water dispute resolution today. Rather, by emphasizing the Tribunal’s Moorish roots, we will examine the Tribunal’s significance as a means to challenge the dominant methods of law and provide a novel approach to providing ‘water justice.’ The Water Tribunal conducts its business in an entirely different manner from any ordinary court (or tribunal), and exists within the ‘shadow of law’ not controlled by the mainstream Spanish legal system. The Water Tribunal is a reaction against the civil law legal system and outlasts all others; it represents the “desires that survived law”⁽⁸⁾.

This paper depicts one living example on dispute resolution in water, the Water Tribunal. The forum for helping resolve water rights conflicts in some Arab countries will be most often the water court, a revisited form of the Water Tribunal. We will focus on the application of the Water Tribunal to timely resolve current and avoid future water disputes. A better understanding of the Water Tribunal will no doubt help increase its relevance and possible contribution to addressing current water rights conflicts. Grasping the Water Tribunal’s unique form of justice requires

(7) See Peter Goodrich, Introduction: Towards a Minor jurisprudence, in *Law in the Courts of Love: Literature and Other Minor Jurisprudences 2* (New York: Routledge Publishing, 1996).

(8) *Id.* at 3.

an appreciation for the water distribution and Tribunal organization. Then we address its main features and the factors that should be taken into account for a promising water court. Finally, we will be looking for opportunities to more efficiently settle water disputes within the current rules and statutes.

I - A Tradition of Equity and Transparency⁽⁹⁾

The 'Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia,' better known by its shorter name of 'Tribunal de las Aguas' (or Water Tribunal in English), is without any doubt the oldest European institution of justice⁽¹⁰⁾. This institution, spanning a whole millennium, is still strikingly successful in the administration of water rights. This Water Tribunal, governing Valencia's fertile lowlands, is in charge of preserving serenity among water users and ensuring fair water distribution.

The Romans⁽¹¹⁾ were slow in developing a sound water institution of their own to settle irrigation disputes in Valencia. We owe the comprehensive organizational structure of the Water Tribunal to Cordoba Caliphates, Abd Er-Rahman III and Al-Hakem II⁽¹²⁾. Two details are sufficient to indicate its Moorish origin: its habit of meeting at the door of the Cathedral⁽¹³⁾ (previously the Great Mosque) because non-Muslim farmers were not allowed to go inside, and that the trial was held every Thursday,⁽¹⁴⁾ one day before the Muslim day of rest and worship⁽¹⁵⁾.

The Water Tribunal revolves around the river Turia and its eight main canals,⁽¹⁶⁾ five on the right bank (Quart, Benacher y Faitanar,

(9) This part draws substantially from the book of Giner Boira, *supra* note 2.

(10) *Id.* at 25.

(11) *Id.*

(12) *Id.* at 25, 27, and 57.

(13) On the right-hand side of Valencia Cathedral's Gothic Door of the Apostles.

(14) See Giner Boira 27, *supra* note 2.

(15) *Id.*

(16) *Id.* at 28, 38, and 54.

Mislata, Favara, and Robella),⁽¹⁷⁾ and three on the left one (Tormos, Mestalla, and Rascaña)⁽¹⁸⁾.

Water distribution

For Turia water distribution, a simple and efficient formula is applied for the canal organization and administration: all farmers irrigating from a channel are the common owners of the water provided; but water is granted in proportion to the plot owned; water is tied to the land and cannot be separated from it.

The aggregate of all irrigated land, from the main canal via a system of smaller channels, form an association of irrigators (El síndico de la sequía)⁽¹⁹⁾; its 11,691 members⁽²⁰⁾ are the owners of the volume of water. Since the discharge of the River Turia is low and the extent of the arable lands is huge, a brilliant water administration evolved to make water reach all the plots and thus save the crops. In times of scarcity, a variable volumetric unit was devised, called 'fila' (from Arabic, 'fil-lah', a part taken from a whole)⁽²¹⁾, which enabled a wise water distribution⁽²²⁾.

When the water of the river Turia reaches the place where the first of the canals starts, it splits into 138 equal parts ('filas'), assigned thereafter to the different canals to secure their water rights. The 'fila'⁽²³⁾ depends on the discharge of the river. If the river has a high discharge, 'filas' are large; and if the discharge is low, 'filas' are scanty⁽²⁴⁾.

The Canal Associations are governed by ancient Ordinances (viejas Ordenanzas)⁽²⁵⁾. The strict observance of such rules is supervised by an Administration Board, which is renewed every 2 or 3 years. The head of this Board, called the Official, is elected by all the members of the

(17) Id. at 28.

(18) Id.

(19) Id. at 31.

(20) See .

(21) See Giner Boira 35, supra note 2.

(22) Id at 34-35.

(23) Id.

(24) Id. at 34.

(25) Id. at 29.

Irrigators' Association, and must directly farm his own plot(s), of a size that must be enough to make him earn a living. The Official must also be a man of some standing, and honest. As president of the canal, he is member of the Water Tribunal. The remaining members of the Canal Administration Board, also farmers, are elected by all the Association's irrigators; they must belong to the different sections of the canal. The Official and Board members are assisted by the Channel Warden and some employees. Their task is to make sure that water reaches every farmer in his watering turn, and keep the Board members informed about any problem or trespass to water to be reported to the Water Tribunal.

Water Tribunal organization

The Tribunal is composed of the eight canal officials⁽²⁶⁾. Its adjudication process is extremely simple⁽²⁷⁾. Cases are filed in case of any of the following transgressions: water theft in times of scarcity, breakage of channels or walls, pouring too much water into neighboring fields, altering of irrigation turns, keeping irrigation ditches dirty, or watering without asking for a turn⁽²⁸⁾. The defendant is summoned by the Channel Warden for the following Thursday⁽²⁹⁾. If he does not appear, he is summoned two more times⁽³⁰⁾. If he fails to appear, the accusation is validated and he is tried in absentia⁽³¹⁾.

The Officials sit down in the chairs assigned to their respective canals⁽³²⁾. The Tribunal bailiff, formerly the chief guard entrusted with supplying the water and lifting the sluice gates, asks the President's permission to start the calls and hails: "All those accused from the Séquia de Quart"⁽³³⁾. The summons is heard in the same order in which the canals take the river water, starting with Quart, the first, and ending with Rovella, the last⁽³⁴⁾.

(26) Id. at 37.

(27) Id. at 35-44.

(28) Id. at 43.

(29) Id.

(30) Id.

(31) Id.

(32) Id.

(33) Id.

(34) Id.

The Channel Warden puts forward the case or presents the plaintiff. He ends with the ritual phrase: “That is all he has to say”. The president enquires: “What has the defendant to say?” and the defendant presents his defense. The procedure is verbal⁽³⁵⁾. Everyone intervenes on his own behalf, without counsel or written documents, can call witnesses and even propose a visual inspection⁽³⁶⁾. The President and members of the Tribunal can ask any question⁽³⁷⁾, then the Tribunal renders its verdict in the parties’ presence⁽³⁸⁾. The trial proceedings are held in the Valencian language⁽³⁹⁾. Officials and canal employees can also be sued, either as irrigators and/or for their acts vis-à-vis other Irrigation Associations.

In order to guarantee maximum impartiality, the Official for the canal to which the party belongs does not intervene in the case⁽⁴⁰⁾. As a rule, if a defendant belongs to a canal on the right bank, the sentence is rendered by the Officials from the left bank, and vice versa⁽⁴¹⁾. If the defendant is found guilty, the President states the ritual phrase: “This Tribunal hereby convicts you and orders you to pay costs and damages, according to the Ordinances”⁽⁴²⁾. Each canal’s ordinance fixes the penalties for different transgressions⁽⁴³⁾. No appeals can be made⁽⁴⁴⁾, and sentence execution is secured by the Channel Official⁽⁴⁵⁾. It has seldom been necessary to resort to ordinary Andalusian courts to have Water Tribunal sentences implemented⁽⁴⁶⁾.

(35) Nevertheless, after the first Water Law was passed in Spain, the need to record cases led to a Book of Registry (i.e., plaintiff’s name, name of the channel, grounds and date of complaint).

(36) See Giner Boira 44, *supra* note 2.

(37) *Id.*

(38) *Id.*

(39) *Id.* at 43.

(40) *Id.* at 44.

(41) *Id.*

(42) *Id.*

(43) *Id.* at 39 and 44.

(44) *Id.* at 44.

(45) Custody and imprisonment were unknown to the Water Tribunal, see Giner Boira 50, *supra* note 2.

(46) *Id.* at 43.

II - The Dispute Resolution Manifesto: Arguments for Fully-Fledged Water Court

The Water Tribunal is by no means offered as a universal 'tool-kit' or as ready-made answer for all cases in the Arab region, but rather as a suggestion that it is always useful to acknowledge other good practices. However, most Arab countries can somehow benefit from this living institution crafted by tradition⁽⁴⁷⁾.

Main features of the Water Tribunal

This world-famous Andalusian institution has survived centuries of political turmoil⁽⁴⁸⁾, and gradual improvements were introduced over time for administering and fairly sharing water. Thus, the main features of the Water Tribunal are four⁽⁴⁹⁾. First, simplicity⁽⁵⁰⁾, because the Warden or the plaintiff and the defendant can put forward their case before the Official and bring evidence and witnesses with no complicated protocols and legal formulae⁽⁵¹⁾.

Second, verbal, because all phases of the trial, including case submission, enquiries (made to clear up, explain, or justify the facts with the intervention of the President and officials who verbally question the parties), and sentencing are oral⁽⁵²⁾.

Third, speedy, because the Tribunal meets weekly⁽⁵³⁾ and addresses transgressions committed since the previous Thursday⁽⁵⁴⁾. Matters can only be postponed for at most 21 days, and only due to failure to appear by the accused⁽⁵⁵⁾.

(47) The Water Tribunal in Valencia led to the creation of the International Association for Water Law in 1967, the convening of the International Conference on Water Law Systems over the World in 1975, and the adoption of the Magna Carta of Water in the World in 1977 (see Giner Boira 51-52, *supra* note 2). The Water Tribunal was inscribed in 2009 on the Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity, at (visited August 20, 2010).

(48) See Giner Boira 61-62, *supra* note 2.

(49) *Id.* at 44-47.

(50) *Id.* at 45.

(51) *Id.* at 44.

(52) *Id.* at 45.

(53) *Id.* at 46, 47.

(54) *Id.* at 50.

(55) *Id.* at 46.

Fourth, economic,⁽⁵⁶⁾ because the trial does not involve any type of procedural costs⁽⁵⁷⁾. Officials do not receive any salary or expenses⁽⁵⁸⁾. The offending has to pay traveling expenses of the Warden or Tribunal bailiff⁽⁵⁹⁾. Compensatory damages are not procedural expenses⁽⁶⁰⁾.

To cope with rising demands and drought (1980-1987)⁽⁶¹⁾, the Water Tribunal has tightened its administration of water rights, insisting on greater efficiency and conservation, and has adjudicated all the rights in a canal to ensure more certainty and to cull out unused and over-stated rights. The basic principles of Valencian ordinances have not changed greatly. Indeed, today they are less often determinative of disputes than regulatory and administrative requirements of 'permit statutes.' In this twenty-first century, water disputes are few in Valencia, simply because behind the Tribunal, lays a model of down-to-earth and swift justice the Valencians have always respected, and had the most influence on the survival of this institution⁽⁶²⁾. Because of the congestion of ordinary Spanish courts, it may sometimes take more than a year before a case comes to trial.

But can we replicate the success of the Water Tribunal in Valencia in some Arab countries? And can we extrapolate this unique form of justice? Are the current statutory provisions conducive for water dispute settlement? What are the possible reforms that need to be carried out?

Clearly the answers to these questions lay in a sense of destiny. No civilization can create a sense of destiny without a sense of History. To an alarming degree we have not called on one of our great resources, our traditional institutions, to help us build this new sense of destiny. The question therefore arises, 'have any of the traditional institutions in their original form any really constructive part to play in the planning of the

(56) Id. at 46-47.

(57) Id. at 47.

(58) Id. at 46.

(59) Id.

(60) Id. at 47.

(61) Id. at 92.

(62) Id. at 57-60, and 87-89.

future?' The answer must, in reality, be 'no'. On the other hand, the answer to the question 'could they profitably be adapted to the Arab countries?' is, it is hoped, 'yes'. The question that inevitably follows, 'how?', is certainly beyond the competence of the present writers to answer, as indeed it probably is of those who are actively concerned in trying to shape the Arab future. Here, however, it is at least encouraging to see that the concept of the Water Tribunal in Valencia is always relevant for most Arab countries.

To the degree that the Arabs' destiny is inextricably tied up with water, countries should be looking to their celebrated water past. To an alarming degree, most Arab countries have not called on one of their great resources, their rich water history, to help them build this new sense of destiny. Looking at the past is essential if Arab countries are to actively build a peaceful management of water disputes. Nevertheless, the overall goal of this revisit is to fuse traditional practice with recent water law developments as a way to achieve peaceful management of water disputes in most Arab countries.

As already observed a successful water institution should be socially acceptable and economically feasible. So most water advisers have at least learned that planning does not consist of such simple solutions as desalinated water instead of natural water; some have even discovered the necessity for examining the links between the economic and social aspects of traditional institution, so that change may be introduced in the one with the minimum of dislocation in the other. Often good water institutions fail if they are not understood by local politicians or accepted by grassroot water users. Water institutions and the social context in which they operate must be inspected together as institutions are not above social dynamics. Water institutions need to be crafted with a participatory and consultative approach, involving customary arrangements and statutory provisions⁽⁶³⁾, to develop understanding and ownership of the change process.

(63) See Tarek Majzoub 138-142 and 144-149, *supra* note 5.

The dilemma faced by those engaged in water management at local level has been how to reconcile the new institutions at the district, provincial, and central government levels⁽⁶⁴⁾. They have to reconcile the roles of customary arrangements and statutory provisions. As it has always been claimed, there is a lot of resentment among the people at the community or local level about attempts by the national water institution to assert its authority regarding water allocation.

Of course, where customary water arrangements are working well, and are strongly supported by grassroot water users, then they should ideally form the basis of, or at least be integrated into, any national water institution and both law and policy makers need to be aware of this. It would, however, be inappropriate to assume that customary water arrangements work without problems⁽⁶⁵⁾. People at the local community have their own power dynamics, and are often divided by ethnic allegiance, clan cleavage, level of wealth, and gender.

The challenge is for most Arab countries to take the best of customary water arrangements, the best of statutory water provisions⁽⁶⁶⁾ and to create, in the interests of the local communities, a water-management paradigm that is located in the needs and culture of its societies. One way forward would be to develop a methodology to operationalize this challenge, possibly in the form of a water court that countries could use to assess the emerging trends in the various dispute settlement options.

Factors that should be taken into account for a water court

The first factor which is readily apparent is that there has been a remarkable increase in the number of conflicts over water use in most Arab countries. A year does not go without some major disputes on water. Moreover, the right to water poses on Arab countries obligations

(64) Id. at 149-150.

(65) Id. at 150-151.

(66) Id.

of progressive realization as well as immediate obligations⁽⁶⁷⁾. This indicates also an increasing willingness of parties to proceed to the final resort.

The second factor which bears mention is that the available fora for resolving disputes has also increased. Four decades ago, national water laws focused almost exclusively on the water court. Scholars imagined that there was not really a great deal more available to applicants. That too has changed, and noticeably so. Indeed, in some cases (particularly in the broad American context), parties involved in a dispute are almost spoilt for choice concerning available fora. It is not unusual for an applicant wishing to initiate proceedings to have a range of options, such as water court, arbitration, and the Inter-American Court of Human Rights. The idea that dispute settlement fora are not available, whether in the American context or, increasingly, in other parts of the world, no longer holds true. But a revisited water court should be created only if a further study could demonstrate that this court is the best way to handle the backlog of water cases. The top three elements most in need of improvement by the water court are: timely action by court on cases, cost of process, responsiveness and professionalism of other parties. It is recommended to create a standard set of rules and regulations for how the water court works, streamline the water adjudication process, i.e., simplified adjudication process for smaller, less complex cases. While adjudication plays important role, conciliation/pre-trial proceedings mechanisms remain a real option. This brings us to another related point, and the central part of the manifesto: assuming one does get to the

(67) The General Assembly adopted on July 28, 2010 a resolution recognizing access to clean water, sanitation as human right, by recorded vote of 122 in favor, none against, and 41 abstentions, at (visited August 20, 2010). Countries have the obligation of ensuring the full enjoyment of basic water needs (see Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 15 (2002): The right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), doc. E/C.12/2002/11, January 20, 2003, available at (visited August 20, 2010)). Moreover, each country has an obligation to protect this right from the illegal interferences. If we accept that there is a human right to water, to what extent does a country have an obligation to guarantee that this right is enjoyed without discrimination (scope, content, nature and monitoring).

place of last resort, how an applicant ought to choose between the different options (conciliation/pre-trial proceedings and judicial settlement)? There is a great difference between two parties resolving a water conflict/dispute by reference to arbitration, on the one hand, and by judicial settlement, on the other hand.

Our third factor deals with the role of conciliation. The use of conciliation/pre-trial proceedings, it must be said, is not easily ascertainable in the field of water. It is not easy to find out what has happened, when discussions have taken place, where conciliation/pre-trial proceedings has taken place. Necessarily these procedures function outside the glare of public scrutiny. They have to take place in camera if they have to be successful. It is apparent that there are numerous examples of successful informal conciliation/pre-trial proceedings involving water disputes. In light of the tribal settlement in the Arabian peninsula, the Sheikh⁽⁶⁸⁾ (the headman or head of the district) was the architect of the process for resolving most of water disputes⁽⁶⁹⁾. The 'water Sheikhs' offer a tremendous range of institutional designs, which provides a degree of flexibility for the challenges facing water allocation into the twenty-first century. However, often the Sheikhs have also suffered by a halo effect, a romantic perception, which means Sheikhs have sometimes remained unquestioned and lack in-depth water related analysis. The 'water Sheikhs' continue to be an ignored reality in relation to their effective and real operability. We have sometimes to acknowledge the bucolic exaltation to which they have been subjected to, under a so-called modernity, as remnants of the past. We have to overcome this view. The Sheikh can provide a useful and critical building block in resolving water rights conflicts. Rather than use a court system overloaded with a backlog of water cases and somewhat inefficient, it is advisable to establish a pre-trial procedure/conciliation within the country's legal system (i.e., the Sheikh institution).

(68) The Sheikh is the head of a tribe, or a community. See generally about the role of water Sheikhs builders, Francesca de Châtel, *Water Sheiks & Dam Builders: Stories of People and Water in the Middle East* (Transaction Publishers, 2007).

(69) See generally, John Craven Wilkinson, *Water and Tribal Settlement in South-East Arabia: A Study of the Aflj of Oman* (Oxford University Press, 1977).

A fourth factor that emerges is the broad recognition of the importance of a multidisciplinary approach to the settlement of water disputes. Multidisciplinarity means combining the disciplines of many different branches of law. One applicant's dispute on the water law may be another accused's dispute on the law of real and personal property. Frequently, water disputes do not have a substantive center of gravity which allows them to be characterized as a dispute about this or that aspect of domestic law. Particularly in the past two decades, we have learned of the need to cross-fertilize different substantive areas of general law. This is one reason why many remain skeptical about the need for a water court because the circumstances in which two parties will agree that a dispute is a water dispute will be few and far between. Disputes about water are inevitably disputes about general law. This brings us to the last factor.

The fifth point that emerges is that each water case, each dispute, necessarily turns on its own merits (i.e., facts and circumstances). There is no general template that can be applied to the different disputes over water. There is no particular template as to the consequences which the application of particular engineering, hydrologic, agricultural or economic considerations may bring to bear. It would be a mistake to suggest that there is a general template in terms of the application of the rules which may govern a particular dispute.

The five factors we have highlighted (which are not intended to be exhaustive) tend to be the ones around which discussion coalesces when an applicant decides which route to embark upon (pre-trial proceedings/ conciliation or trial). Most current rules and statutes were never able to surpass the tribal settlement pattern to the water supply and Water Tribunal in the field of conflict resolution in water⁽⁷⁰⁾. The role of ancient

(70) The study of water is complicated by the widely differing systems that exist in the several countries. No attempt is made here to draw together and explicate the complete law of any particular country. This paper states the general rules that apply within major systems of water law and attempts to give examples of special rules applicable in particular countries. Although most western countries which have some version of the prior appropriation doctrine have statutory procedure for stream adjudications, the manner that each country has tried to

sustainable water institutions is more pervasive than ever in deciding the extent to which water can be allocated and used for particular purposes. Because Arab countries typically have been slow to incorporate sustainability and other public concerns in their water laws, ancient sustainable water institutions have filled some of the gaps. Not only dispute settlement mechanism, but provisions that protect waterways from being filled in or drained, and laws like Valencian ordinances, profoundly influence how, when and where water is used.

III - Outlook in the Twenty-First Century

The modified version of the Water Tribunal in Valencia is 'almost sufficient' to timely resolve water disputes in most Arab countries, if this experience is showcased adequately⁽⁷¹⁾. Other Arab countries' adjudication procedures should be reviewed carefully to identify ways to improve the 'water adjudication process' but should not be adopted without thorough consideration of all consequences. This process would be similar to the tribal settlement pattern to the water supply that exists in most Arab countries (i.e., the Sheikh institution). A Valencian-type water court is an effective model for most water disputes. The water court should retain all of the administrative duties under the Valencian ordinances, including hearings for new appropriations and for changes in existing rights. Removing any of the administrative functions from the Water Tribunal would require a major, costly restructuring of the

= address the problems inherent in the process has varied substantially and there are very significant historical differences among countries which minimize the value of the precedent of other jurisdictions and make comparisons difficult. "A majority of the western states are involved in general stream adjudications. These complex and lengthy lawsuits are among the largest civil proceedings ever to be litigated in state and federal courts," at (visited August 20, 2010).

(71) It is worth mentioning that in spite of all its interesting issues and its great practical importance, the topic of ancient sustainable water institutions is a field in which there is a dearth of supplemental sources that are useful to scholars. A few ancient voluminous treaties are available to aid the practitioner in finding answers to difficult questions. But there is no basic source. This paper is a modest effort for a supplementary source relating to the study of Water Tribunal.

judiciary⁽⁷²⁾, increased costs to the applicant and material increases in caseloads for ordinary courts.

In 'water adjudication process,' there will be a marked distinction between the proceedings which precede the trial and the trial itself. In the pre-trial proceedings the issues of fact will be defined and the parties will be given notice of them. At the trial these issues will be judicially heard by the water court⁽⁷³⁾ (or water tribunal⁽⁷⁴⁾) and determined.

The pre-trial proceedings and the trial should be smoothly integrated into the current structure of the country judiciary, institutional and administrative structure. There should be no any major revisions of the water related laws or modifications of the administrative or adjudicative duties of the courts. Any legislative changes should be focused on reducing specific impediments to efficient water adjudications and not to any change of institutional structure. Representatives of the executive, the legislative and judicial branches should review and determine adequate resources for the water courts to effectively, efficiently and timely complete water adjudications. The settlement reached by the parties before the trial will be proposed to them by the

(72) Water adjudications involve thousands of water right owners which can greatly impact the resources of the court if the procedure is expedited.

(73) In New Zealand, a dedicated Environment Court exists, while in the state of Colorado there is a Water Court. The Water Right Determination and Administration Act of 1969 created seven water divisions, each of which houses one of the seven major river basins in Colorado. See Colo. Rev. Stat. 37-92-201 (1999). In Colorado, special division of a district court with a district judge, called the water judge, to deal with certain specific water matters principally having to do with adjudication and change of water rights. In Wyoming, it is initially handled by the executive branch of state government, instead of the judicial branch, under the Board of Control. Water court decisions of the state of Colorado are appealed directly to the Colorado Supreme Court. See Colo. Rev. Stat. 13 - 4 - 102 (1) (d) (1999). SB 76 divided the Montana Water Court into four divisions according to the geographical drainages of the state (sections 3-7-101 and 3-7-102, MCA).

(74) The Water Tribunal in South Africa replaced the Water court in 1998. The Water Tribunal is an independent body which has jurisdiction in all the provinces and consists of a chairperson, a deputy chairperson, and additional members. It has jurisdiction over water disputes. Members of the Water Tribunal must have knowledge in law, engineering, water resource management or related fields of knowledge. They are appointed by the Minister on the recommendations of the Judicial Service Commission, the body which chooses judges, at < > (visited August 20, 2010).

Sheikh. If the proposed settlement by the Sheikh is rejected, the parties will take the matter to the water court.

Pre-trial proceedings or conciliation

Today, as a result of altering relationships with the outside world, the whole picture of traditional life in most Arab countries is radically changing. The need for the wasteful tribal mechanisms for maintaining internal hydrological balance is fast disappearing, while the long-established Sheikh tradition almost died with the centralized government. It is inconceivable that 'Sheikh and state' can ever again be reunited in the original manner, whatever titular forms future governments may adopt.

An adaptation of the tribal settlement pattern to the water supply is necessary to better determine whether there is a need for additional adjustments, or customization. Just as it would be a foolish legal adviser, and an arrogant one, who was prepared to dismiss the whole of the tribal settlement in most Arab countries because it was tribal, so it would be a poor water adviser who turned his back on the past and considered the 'water Sheikh' as nothing more than a symbol of 'backwardness' and the sooner forgotten the better⁽⁷⁵⁾. Doubtless if one was establishing dispute resolution in water from scratch one would not now attempt to develop it with Sheikhs. In this connection, it is worth pointing out that the experiences of dispute resolution in water with the long-abandoned Sheikh should not discourage efforts to study its potential in the Arab region, where only a little effort may be sufficient to bring it back to the field. True, one cannot expect to restore the Sheikh system to the pristine glories of a century and half ago, but at least resolving water rights conflicts may be possible at relatively low cost, and this would have the advantage of preserving some of the better aspects of communal village organizations which are now rapidly disappearing in face of rapid

(75) The Dutch 'waterschappen,' or water boards, is an example of customary arrangement for water management that has become, de facto, legislation. See Tarek Majzoub, Palesa Selloane Mokorosi, Maria del Pilar Garcia Pach?n, Kees Leendertse and Damien Indij, *Streams of law* 30 (Cap-Net/UNDP, 2010).

urbanization⁽⁷⁶⁾. Furthermore, a policy of Sheikh system improvement, if also coupled to restrictions on the overuse of water, would have the merit of diminishing the risk of upsetting hydrological equilibrium in the individual drainage basins, and thus allow time for properly planned water dispute resolution schemes to be investigated.

The pre-trial proceedings will remain consistent in its tribal philosophy: to entrust the water supply to the ordinary grassroot farmers (or district level people), for the sake of the ordinary grassroot water users themselves and the water resources. Effective participation will be hampered by lack of proper representation of farmers on canal and sub canal councils⁽⁷⁷⁾, and farmer involvement in water planning. Therefore, it is necessary to create an administrative process administered by the farmers and the Sheikh, and resort to the water court when the process fails. The main features of the pre-trial conference should be four: economic, simplicity, verbal, and speedy. Matters can only be postponed for at most 28 days, and only due to failure to appear by the accused.

The first step in the pre-trial proceedings will be the claim. The claim will state the nature of the applicant's water claim (e.g., to protect or change an existing water right, or adjudicate a new water right) and his demand for relief. Then a summons will be sent to the accused, informing him that a complaint was lodged against him and calling him to answer the claim. If he does not want to be 'sentenced' by default, the accused must enter an appearance by sending an answer, or response to the claim. The applicant can send a reply to the answer.

(76) While it is true that there must be a rational development of the solar desalination plants, it is equally important that this should not be at the cost of the rest of the traditional water resources; the Sheikh system must be fostered. It is precisely because the oil reserves of most Arab countries appear to be limited that it is imperative that such funds as are available should be invested, and be directed at maintaining a sustainable water structure that is not doomed to collapse once oil revenues begin to run out. The fact that this can only be achieved at the cost of frustrating some of the water ambitions of the desalination companies is, of course, a basic economical problem.

(77) Agriculture accounts for over 83% of water use in the Arab region, see Ayman F. Abou Hadid, Agricultural water management, in AFED 56, supra note 1.

The aim of the pleadings is that the parties should themselves develop a single precise issue of fact and of law. If they fail to do so, the Sheikh may call a pre-trial session, at which both sides are present, to try and limit the issues and obtain admissions that will avoid unnecessary proof. The pre-trial session, at which the Sheikh sits, will consist in one continuous hearing.

The Sheikh will handle a majority, if not all, of the water cases. Most pre-trial conferences will result in the settlement of the case without trial, the Sheikh considering that the case is a clear one which needs no trial. If the case is not settled before trial, the applicant requests the water clerk of the water court to put the case on the docket to await trial. Our hunch is that a significant number of water disputes should be resolved 'in the shadow of the law.' It is hoped that the rate of trial will be generally less than 10 percent.

Although judicial settlement is and should be a last resort, the threat of recourse to a court may be sufficient to encourage parties to reach agreement. The mere existence of a water court, which can be seized at the initiative of an applicant, can be enough to bring the parties together into agreement. Similarly, the utility of pre-trial conference should not be underestimated in terms of its potential, it may be sufficient to bring parties together and dispose of a dispute. This is because parties understand that once they have gone beyond pre-trial conference, they have, in effect, lost control of the process, and hence the outcome. Often the mere possibility of such resort may be sufficient to bring about a resolution of a water dispute.

The Trial

The first step in the trial consists in the statements by both parties of their side of the case. Then the plaintiff must present evidence (which may be both oral and written) in support of his claim⁽⁷⁸⁾. The defendant's lawyer is permitted to cross-examine the witnesses for the plaintiff. The defendant then presents his evidence in the same manner, and his

(78) See Giner Boira 37-38 and 47-52, *supra* note 2.

witnesses can be cross-examined by the plaintiff's lawyer. Then both parties make their closing submissions before the water court. Then the judgment by the water judge takes place. The judgment decides whether a plaintiff has complied with the law and is entitled to use a certain amount of water for a certain use with a defined priority, and ordinarily requires the losing party to pay the costs of justice.

Either party may appeal against such judgment. The party needs to have firm deadlines to appeal or comment and penalties when these deadlines are not met. There is no new trial, no witnesses, in the appellate court. The appellate judgment examine the minutes of the case in the first instance court and the briefs written by the appellant and the respondent in support of their cases. The appellate court usually examines only problems of law, and does not question the issues of fact as established by the judge of the lower court.

Suggested jurisdiction of a water court

The revisited two-tier water court will be a specialized court within designated water jurisdiction. There will be probably two sorts of judges: elected water judges (or lay judges), and/or appointed judges in the first-degree water court⁽⁷⁹⁾. As disputes relating to the use of water are not

(79) In Colorado, each water division is staffed with a division engineer, appointed by the state engineer (See generally, Daniel S. Young & Duane D. Helton, Developing a water supply in Colorado: The role of an engineer, 3 U. Denv. Water L. Rev. 373 (1999-2000)); a water judge, appointed by the Supreme Court; a water referee, appointed by the water judge; and a water clerk, assigned by the district court. Water judges are district judges appointed by the Supreme Court and have jurisdiction in the determination of water rights, the use and administration of water, and all other water matters within the jurisdiction of the water divisions. All water courts operate under a standard case definition approved by the Supreme Court in 1981. This made possible the establishment of water court filings standards, at (visited August 20, 2010); also at < > (visited August 20, 2010). Within each water division in Montana, a water judge presides, appointing water masters to assist in the adjudication process. A water judge must be a District Court Judge (current or retired) from a District within the water division (sections 3-7-201 and 3-7-301, MCA). Water judges cannot preside over water claims beyond the boundaries of their divisions (section 3-7-501, MCA). The Chief Justice of the Montana Supreme Court appoints a Chief water judge to supervise all division water judges and guide

purely 'legal,' they are to be addressed in the context of agricultural, economic and political considerations. Judges must be prepared to engage fully with engineers, scientists and economists, as well as the political interests represented by the local communities and the businesses which are involved in a particular outcome.

Lay judges are elected by the water management association, water users association, water rights owners, or farmers; they are ordinary grassroot water users, unpaid volunteers and work part-time. To judge a case, one lay judge must sit. He is assisted by a water clerk, who performs the administrative work of the water court.

Appointed judges are full-time paid judges, appointed by the judicial authority from judges of at least ten years seniority. Judges can hire full time referees to go visit sites, inspect applications to speed up the process and save money in a timely fashion with less burden. It is absolutely imperative that referees and judges are trained and educated to understand water law and processes so as to be able to rule based on fact and not for the purpose of cleaning the calendar. An appointed judge may sit single.

The jurisdiction of judges' court will not deal with non-related water matters, nor estates. Its only purpose will be to decide whether an applicant has made a valid claim for water under domestic water law or legislation. The lower court will judge minor trespass to water and could impose a fine. If the appellate court finds there was no error by the first instance judge, or that the error was harmless (i.e., does not affect the

= the statewide adjudication. Ultimately, the Montana Supreme Court monitors all water judges, water masters, and water court personnel (sections 3-7-204 and 3-7-221, MCA). It is at the Chief Water Judge's discretion to assign cases to the division judges. The division judges have historically been used to a limited extent with cases being assigned in instances where the Chief Water Judge might have a conflict or other similar situation. Currently, the Chief Water Judge handles a majority, if not all, of the cases.

judgment), it affirms the judgment. If it finds an error, it can reverse the judgment in favor of the appellant, or it can order a new trial by the lower court.

Conclusion

This paper focused on the Water Tribunal of Valencia in Andalusia, where ordinary grassroot water users have been working together for over a thousand years in order to create successful institution for self-governance with regard to using scarce water resources. The Water Tribunal conducts its business in an entirely different manner from any ordinary tribunal or court, and focusing on how this Tribunal has come to exist and continues to flourish⁽⁸⁰⁾ exposes weaknesses within the ordinary version of justice.

Moreover, changing societal values, increasing water demands, growing water use conflicts, and link to poverty reduction and economic development provide impetus to adopt the water court; it remains a promising option to better use and share water to balance economic, environmental, and social aspects that underpin sustainable development.

It is in this context that institutions for settling water disputes come to the forefront. In particular, the water court presents a particularly strong and attractive combination on the merging of Water Tribunal in Valencia and 'water Sheikh.'

In many Arab countries, the need for finite water resources continues to escalate as the countries' growing population and economy demand reliable water supplies for both a greater amount and variety of

(80) Vicente Giner Boira underscores the international scope of the Water Tribunal (see Giner Boira 50-52, *supra* note 2). Nevertheless, in many countries and states the water court is absent (e.g., state of Louisiana).

uses (i.e., domestic, industrial, and agricultural)⁽⁸¹⁾. When water users seek to develop new water rights, conflicts over the allocation of these scarce resources arise. The forum for resolving water rights conflicts will be most often the water court⁽⁸²⁾. This court will offer a tremendous range of institutional designs, which will provide a degree of flexibility for the challenges facing water allocation into the twenty-first century. It is for this purpose that most Arab countries might consider establishing this particularized form of 'water justice.'

In the light of the above, there is an old adage: 'Historia est testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae, nuntia vetustatis'⁽⁸³⁾. Looking at the past⁽⁸⁴⁾ is essential if Arab countries are to actively create promising water future. Nevertheless countries' debates are often mired in syndromes which, unknowingly, cut them off from their celebrated past.

Arab countries can be reactive or choose to be pro-active. To do nothing is likely to be an invitation for a dysfunctional dispute settling mechanism. To be pro-active carries awesome responsibilities and can be

(81) See Christopher J. Perry and Julia Bucknall, Water resources assessment in the Arab world: New analytical tools for new challenges, in *Water in the Arab World: Management perspectives and innovations* 97 et seq (N. Vijay Jagannathan, Ahmed Shawky Mohamed and Alexander Kremer eds, The International Bank of Reconstruction and Development/The World Bank, 2009).

(82) The Latin American Water Tribunal is an ethical institution committed to preserving water and to guaranteeing its access for current and future generations, as water is a human right. Since its launching in 1988, the Tribunal heard 58 contentious cases and delivered 250 advisory opinions. The Tribunal held five hearings in Latin America: San Jose in Costa Rica (August 2000, March 2004), Mexico City (March 2006), Guadalajara (October 2007), and Guatemala (September 2008). It held also, with the support of Heinrich B?ll Foundation, a hearing in Istanbul (March 2009) to address the issue of damming the Tigris and Euphrates watercourses. In furtherance of its task the Tribunal is guided by the following principles: harmonized coexistence with nature, ecological security, water security and good water governance. See the web site: (visited August 20, 2010).

(83) History is witness of times, light of truth, life of memory, teacher of life and envoy of antiquity.

(84) For example, the Council of Wise Men of the Plain of Murcia in Spain, available at < > (visited August 20, 2010); and see Handbook of ancient water technology (?rjan Wikander ed., 2000) 3-93 and 183-317, supra note 10.

frightening, but Arab countries need to tap their rich history of sustainable water institutions⁽⁸⁵⁾ to reduce the potential for conflict and deliver immediate water benefits⁽⁸⁶⁾.

-
- (85) See generally, S.N. Al Habsi, *Falaj Daris: The maximum utilization of the available groundwater in the Wadi Al Abyadh catchment in the Nizwa region* (Sultanate of Oman, M.Sc. in Water Resources, Centre for Arid Zone Studies, University of Wales, Bangor, United Kingdom, 1992); H.S. Al-Balushi, *A study of the hydrological and social aspects of Falaj Al-Iaqi, Ibri* (Sultanate of Oman, M.Sc. in Water Resources, Centre for Arid Zone Studies, University of Wales, Bangor, United Kingdom, 1995); Saif Bin Rashid Al Shaqsi, *Aflaj management in the Sultanate of Oman: Case study of Falaj Al-Hamra (Dawoodi) and Falaj Al-Kasfah (Aini)* (M.S. in Water Resources, Centre for Arid Zone Studies, University of Wales, Bangor, United Kingdom, 1996); P.W. English, *The origin and spread of Qanats in the Old World*, 112-3 *American Philosophical Society* 171-175 (1968); J.C. Wilkinson 97-121, *supra* note 69; J.C. Wilkinson, *The organisation of the Falaj irrigation system in Oman* 1-47 (1974); UN-ESCWA, *The Omani Aflaj: An ancient indigenous IWRM system* (2006); Ministry of Regional Municipalities, Environment & Water Resources (MRMEWR), *Aflaj in the Sultanate of Oman* (Sultanate of Oman, Muscat, undated); Ministry of Regional Municipalities & Water Resources (MRMEWR), *Aflaj Oman in the world heritage list* (Sultanate of Oman, Muscat, 2008).
- (86) Translating the right to water into specific legal obligations means that countries need an alternative to the weighted-caseload model to better guarantee this right and accelerate the pace at which such cases can be resolved.

Role of the General Principles of Islamic Law In the Contemporary International Law

Dr. Wael Allam
Assistant Dean - College of Law
University of Sharjah (U A E)

Abstract:

According to article 38 (paragraph 1) of the Statute of the International Court of Justice⁽¹⁾, one of the main sources of public international law⁽²⁾ is the general principles of law recognized by civilized nations.

General principles of law recognized by civilized nations include legal principles that are common and recognized by the principal legal systems of the world. One of these systems is Islamic law (Sharia Islamia). Therefore, the aim of this article is to clarify the role of general principles of Islamic law and explore its significance in the contemporary international law.

-
- (1) Article 38 of the Statute of The International Court of Justice provides that: “1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. 2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto”.
- (2) Public international law has four principal sources. These sources are international treaties, international custom, general principles of law and decisions of international organizations. It is important to note that although decisions of international organizations are not mentioned in Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice, they, particularly decisions of the United Nations, form another source of international law.

Introduction

International law has existed since the middle Ages. The Peace of Westphalia (1648) is often cited as being the birth of International Law since states were established as sovereign entities. At this time, international law was mainly established to regulate relations among the Christian states of Europe. In this regard, Oppenheim, the famous jurist in international law, wrote:

the predominant strain of modern international law was in its origins largely a product of Western European Christian civilization during the 16th and 17th centuries. The old Christian states of Western Europe constituted the original international community within which international law grew up gradually through custom and treaty. Whenever a new Christian state made its appearance in Europe, it was received into the existing European community of states⁽³⁾.

The idea that international law had specifically Christian and European characters was supported by many jurists over centuries and according to this idea non-Christian states were not regarded as being governed by international law⁽⁴⁾.

However, since the mid-nineteenth century, the international community has started to accept non Christian or European states. This began in 1856 when Turkey was accepted as a member in the international community. In 1905, Japan became a member. After the end of the First World War, the League of Nations was established in 1919 as a universal organization. Also, other International organizations; such as the International Labor Organization (ILO), were established. These new organizations included several non-Christian states.

After the end of the Second World War, the League of Nations was replaced by the United Nations (UN) which intended to include all the

(3) Robert Jennings and Arthur Watts (eds), *Oppenheim's international law* (9th edn Longman, London 1992) 87.

(4) Regarding the relation between Europe and international law, see: Alexander Orakhelashvili, 'The Idea of European International Law' (2005) 17 *European Journal of International Law* 315, 316-28.

states in the world. Indeed, the members of the UN are now 192 states having different religions, cultures and legal systems.

With these new memberships in the international community, the need for taking into consideration the general principles of various legal systems became very urgent. To support that, article 9 of the Statute of the International Court of Justice (ICJ) stated that:

At every election, the electors shall bear in mind not only that the persons to be elected should individually possess the qualifications required, but also that in the body as a whole the representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world should be assured.

Judge Weeramantry commented that:

The International Court of Justice, specifically structured to embody a "representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world" (see Article 9 of the Statute of the Court), is under a particular obligation to search in all these traditions and legal systems for principles and approaches that enrich the law it administers⁽⁵⁾.

In fact, although international law is considered to be established in the 17th century, its roots exist in different civilizations. As Judge ad hoc Ahmed Sadek El-Kosheri said, 'this conclusion derives logically and necessarily from the fundamental legal principles, deeply rooted in the legal traditions of the major systems, particularly Islamic law'⁽⁶⁾.

To be not just a western system but universal,⁽⁷⁾ international law

(5) Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway) [1993] ICJ Rep 38, Separate opinion of Judge Weeramantry, pp. 273-274, para. 234.

(6) Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Order of 14 April 1992, ICJ Rep 114, Dissenting Opinion by Judge ad hoc Ahmed Sadek El-Kosheri, p. 217, para. 64. Judge El-Kosheri said this statement to emphasize the Islamic contribution to the diplomatic law.

(7) Martti Koskenniemi, 'International Law in Europe: Between Tradition and Renewal' (2005) 16 European Journal International Law 113. He noticed that:

International law is a European tradition. Nevertheless, like many other European traditions, it imagines itself as universal. Throughout its history, it has been associated with projects such

must take into consideration the principles and concepts of all legal systems in the world.

Thus, it is now recognized that general principles of law are not limited to those known by the European States. But they also include the general principles recognized by the main legal systems.

As one of the principal legal systems of the world, Islamic law introduced several principles of law. These rules and principles are mainly stipulated in the Qur'an⁽⁸⁾ and Sunnah⁽⁹⁾. Therefore, this article basically depends on these two main sources⁽¹⁰⁾. The article is not intended to cover all principles of Islamic law. But, it is intended to explore the basic principles. Therefore, it deals with the following principles:

- unity of the human race;
- human cooperation;
- fulfillment of obligations;
- respect of the human dignity;
- peace;
- justice.

I. Unity of the Human Race

According to the Islamic vision of the beginning of creation, Allah (God) created all human beings from a single male and female. Thus, all people are brothers and sisters and they are equal like the teeth of a comb. Allah says in the holy Qur'an:

= as Christianity, secular statehood, enlightenment, 'civilization', free trade and human rights. International law's association with particular ideas or preferences does not, however, even slightly undermine it. There are no authentic universals that one could know independently of their particular manifestations.

(8) Qur'an is the holy book of Muslims.

(9) Sunnah is the traditions or known practices of the Prophet Muhammad Peace be upon him (PBUH).

(10) The main sources of Islamic rules are 1- The Qur'an 2- The Sunnah 3- Ijma' (unanimity) 4- Qiyas (analogy).

- O mankind! reverence your Guardian-Lord, who created you from a single Person, created, of like nature, his mate, and from them twain scattered (like seeds) countless men and women⁽¹¹⁾.

- O mankind! We created you from a single (pair) of a male and a female⁽¹²⁾.

Unity of the human race means that individuals and peoples share all human values; including brotherhood, friendship, justice and human rights. This demands that all peoples should cooperate in promoting the common values; particularly the right of diversity.

Acceptance of human diversity

Diversity is a natural matter among human beings. People are naturally different in their characters. They have variety of diversities; including color, sex, language, race, religion, values, etc. The differences between peoples are attributable to political, economic, social, cultural, historical and geographical reasons.

Islam accepts and acknowledges the rights of diversity and pluralism; including cultural pluralism. Allah says: "And if your Lord had willed, He could surely have made mankind one nation; but they will not cease to differ"⁽¹³⁾.

According to Islam, people have the right to live as they are and it is not allowed for any person to impose his opinions on the others. Islam accepts this diversity of opinions and viewpoints (ikhtilaf). This is clear from the following incident.

On the day of the Battle of Al-Ahzab (i.e. Clans) the Messenger of Allah - Peace Be Upon Him (PBUH)⁽¹⁴⁾ - made an announcement that no one should pray the 'Asr prayer but at Banu Quraiza's place. The 'Asr prayer became due for some of them on the way. Some of those said, "We will not offer it till we reach the place of Banu Quraiza," while some

(11) Surah 4, An-Nisaa (Women), Verse no. 1.

(12) Surah 49, Al-Hujurat (The Private Apartments, The Inner Apartments), Verse no. 13.

(13) Surah 11. Hud (Hud), verse no. 118.

(14) The prophet Muhammad - (PBUH) - (570 -632).

others said, "No, we will pray at this mark, for the Prophet did not mean that for us." Later on, it was mentioned to the Prophet (PBUH) and he did not blame anyone from the two groups⁽¹⁵⁾.

This story showed that diversity of opinions was tolerated by the Prophet (PBUH). Therefore, Muslim jurists decided that people should accept the existence of different opinions. For this reason, the Islamic doctrine included a lot of individual opinions and collective opinions (schools of doctrine) regarding interpretation of the religious provisions.

Islam accepts the diversity as a fact of nature. It considers the diversity as a grace bestowed from Allah. Consequently, the human differences may not, in any circumstances, justify any discriminatory treatment and any racial theory, that declares some people is superior, is null and against the principles of Islam. In other words, diversity is not a justification to exclude the other. In fact, Islamic Civilization, throughout its long history, respected the plurality and cultural diversity of the people that entered Islam. Islam has not attempted to exterminate any language, race, religion or culture.

It should be noted that the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) adopted a declaration emphasized the principle of unity of the human race. This was in 1987 when UNESCO adopted the Declaration on Race and Racial Prejudice⁽¹⁶⁾. Article 1 of the Declaration states:

1. All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are born equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity. 2. All individuals and groups have the right to be different, to consider themselves as different and to be regarded as such.

(15) Mustafa Deeb Alboga (ed), Saheeh El Bukhari (5th edn Dar Ibn Katheer, Damascus 1993) vol. 1 (Fear Prayer Sections) p. 321, Number 904.

(16) The Declaration on Race and Racial Prejudice (adopted 27 November 1978 the General Conference of the UNESCO 20th session).

Acceptance of the right of diversity leads to existence of culture of tolerance among the people. It also opens the way to commence an effective dialogue between civilizations.

Tolerance

Islamic principles promote and encourage tolerance, understanding and friendship among all persons in the society. Important to note that, in Al Madinah, the Prophet Muhammad (PBUH) established a multi-cultural society and when the Islamic army entered Mecca, the Prophet (PBUH) declared the amnesty to all people, although the people of Mecca; particularly Quraish, had used to torture and kill Muslims⁽¹⁷⁾.

According to Islam, tolerance is to be exercised by all sections of the society; including individuals, groups and administrative authorities. Thus, it is the responsibility of the state and individuals to combat intolerance.

In conformity with the Islamic principle regarding tolerance, the Member States of UNESCO adopted, on 16 November 1995, a Declaration of Principles on Tolerance⁽¹⁸⁾. According to it,

Tolerance is respect, acceptance and appreciation of the rich diversity of our world's cultures, our forms of expression and ways of being human."⁽¹⁹⁾ The Declaration adds "Without tolerance there can be no peace, and without peace there can be no development or democracy⁽²⁰⁾.

However, it is important to note that international declarations are not legally binding and they do not have the same legal force as the Islamic rules that are binding upon the Muslims and the Islamic states. In this context, the Member States of the Organization of the Islamic

(17) Ibn Hisham, Biography of the Prophet (Sirat Ibn Hisham) (Dar Al Feker, Beirut 1994) vol 4, 42-43.

(18) Declaration of Principles on Tolerance (proclaimed 16 November 1995 UNESCO).

(19) Ibid, art 1\1.

(20) Ibid, art 2\3.

Conference (OIC) decided “to foster noble Islamic values concerning moderation, tolerance, [and] respect for diversity.”⁽²¹⁾

Today, it is obvious that there is an increase in the number of acts of intolerance, racism, religious prejudice, violence, terrorism, xenophobia, etc. All of these acts threaten international peace and security. The UNESCO Declaration on Tolerance mentioned that:

In the modern world, tolerance is more essential than ever before. It is an age marked by the globalization of the economy and by rapidly increasing mobility, communication, integration and interdependence, large-scale migrations and displacement of populations, urbanization and changing social patterns.⁽²²⁾

Thus, it is essential to recall all the efforts and concepts to combat intolerance and other racist acts. In this regard, Islamic principles concerning the common origin of human beings and tolerance can play a tremendous role in spreading the spirit of brotherhood and friendship among all peoples in the world.

II. Human Cooperation

Islam is universal. The Prophet (PBUH) used to call humanity rather than any particular group of people. The Prophet (PBUH) did not speak exclusively to the Arabs, but he (PBUH) used to call humanity by “O people”, “O mankind” or “O children of Adam”⁽²³⁾. Allah says:

O mankind! We created you from a single (pair) of a male and a female, and made you into nations and tribes, that you may know each other (not that you may despise (each other)). Verily the most honoured of you in the sight of Allah is (he who is) the most righteous of you. And Allah has full knowledge and is well acquainted (with all things)⁽²⁴⁾.

According to this verse, people are invited to live in peace and to cooperate for the advancement of humanity as a whole, irrespective of

(21) Charter of OIC, The Preamble.

(22) Declaration of Principles on Tolerance (n 18) art 3\1.

(23) Khaled Abou El Fadl, 'Islam and International Law: The Unique and International and the Imperative of Discourse' (2007) 8 Chicago Journal of International Law 43, 52.

(24) Surah 49, Al-Hujurat (The Private Apartments, The Inner Apartments), Verse no. 13.

their religion or origin. The Prophet (PBUH) said: “Wisdom is a lost property of the believer, so wherever he finds it he is most entitled to acquire.” The idea of cooperation in Islam was supported by what had done in Hilf al-Fudul.

Hilf al-Fudul

When he was a youth in early twenties, Muhammad had participated with some people of Mecca in establishing an alliance; called Hilf al-Fudul. The purpose of this alliance was to unite to establish justice. The alliance was open to all people regardless of their tribe or origin. Later on, after prophethood, the prophet (PBUH) was proud of his presence at Hilf al-Fudul and said: “I was present at an alliance which was such that if, in the era of Islam, I am invited to take part in it, I would still accept”⁽²⁵⁾. This indicates that Muslims are encouraged to join any association or organization aiming to promote peace and welfare in the world.

In reality, Islamic states are members in several international organizations including the UN and all specialized agencies. At the same time, since the middle of the twentieth century, the Islamic states have established some international organizations to promote peace and cooperation. These organizations include OIC and League of Arab States (and all affiliated organizations).

Islam prohibits racial segregation and apartheid and considers human cooperation is not only an important principle, but also a necessity for the development and welfare of life. For this reason, the need for a dialogue between civilizations is very urgent. The Islamic Declaration on Cultural Diversity stated that:

The urge to gear dialogue among peoples and cultures towards serving the universal objectives of the humanity as a whole is strongly felt today more than any other time in the past. It is all the more a pressing need since it is not easy to see why constructive cooperation and actual

(25) Ibn Hisham (n 17) vol. 1, 119-20.

inter-cultural and inter-civilizational dialogue have any significance in an ever changing world without the principle of cultural diversity being confirmed as a recognizable fact. In order to build up a common future in which peace, solidarity and coexistence prevail, there is no other alternative but to ground people in dialogue along with the respect and preservation of cultural diversity⁽²⁶⁾.

In Islam, no one is a believer until he desires for others what he desires for himself. Thus, Muslims are ordered to meet and cooperate with non Muslims.

The Relation between Muslims and Non Muslims

Islam acknowledges and respects all the previous prophets and messengers. The Qur'an says: "The Messenger has believed in what was revealed to him from his Lord, and [so have] the believers. All of them have believed in Allah and His angels and His books and His messengers, [saying], "We make no distinction between any of His messengers"⁽²⁷⁾.

The relationships between Muslims and non Muslims are governed by the following two verses:

Allah forbids you not, with regard to those who fight you not for (your) Faith nor drive you out of your homes, from dealing kindly and justly with them: for Allah loveth those who are just. Allah only forbids you, with regard to those who fight you for (your) Faith, and drive you out of your homes, and support (others) in driving you out, from turning to them (for friendship and protection). It is such as turn to them (in these circumstances), that do wrong⁽²⁸⁾.

Among non Muslims, the "People of the Book" (Christians and Jews) has a special position. Particularly, it is forbidden to argue with them except in good words and in good manner⁽²⁹⁾. In fact, marginalization of non-Muslim groups, their exclusion from social and political

(26) The Islamic Declaration on Cultural Diversity (adopted December 2004 by the 4th Islamic Conference of Culture Ministers, Algiers) the introduction, para 2.

(27) Surah 2. Al-Baqara (The Cow), Verse no. 285.

(28) Surah 60, Al-Mumtahana (She That Is To Be Examined, Examining Her), Verses no. 8-9.

(29) Surah 29, Al 'Ankabût (The Spider), Verse no. 46.

participation, forced assimilation or violence and discrimination against them can lead to frustration and hostility inside the Islamic state. One of the main methods to meet and cooperate with non Muslims is diplomatic relations.

Diplomatic Relations

From the beginning, Islamic practices knew sending and receiving of envoys to other nations. The Prophet (PBUH) used to send envoys to the other entities⁽³⁰⁾.

Muslim jurists talked about the diplomatic principles which have now been acknowledged by the diplomatic law. For example, the treachery committed by the envoy is considered as a treachery committed by his state. This is because the sending state assumes the responsibility of the actions of its envoy. Also, the person of the envoy must be inviolable. He should be treated with due respect. The International Court of Justice mentioned that:

the principle of the inviolability of the persons of diplomatic agents and the premises of diplomatic missions is one of the very foundations of this long-established régime, to the evolution of which the traditions of Islam made a substantial contribution⁽³¹⁾.

Judge Tarazi, in his dissenting opinion,⁽³²⁾ commented that:

“I entirely concurred in the reasoning of the Judgment on this point. I was pleased to note that the Judgment took particular account of the

(30) M. Cherif Bassiouni, 'Protection Of Diplomats Under Islamic Law' (1980) 74 American Journal of International Law 609-17.

(31) United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), [1980] ICJ Rep 3, p. 40, para. 86.

(32) Regarding the importance of the separate dissenting opinions of the ICJ, Clark B. Lombardi said:

Since the judgment of the ICJ is as a formal matter only binding on the parties before it, the reasoning proposed in a separate concurring or dissenting opinion might be adopted by later courts. In practice, however, the ICJ tends to obey its own precedents, meaning that its jurisprudence has tended to evolve in a fairly linear fashion.

Clark B. Lombardi, 'Islamic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: An Analysis, symposium: Islam and international law' (2007) 8 Chicago Journal of International Law 85, 90.

traditions of Islam, which contributed along with others to the elaboration of the rules of contemporary public international law on diplomatic and consular inviolability and immunity. In a course of lectures which he gave in 1937 at the Hague Academy of International Law on the subject of "Islam and jus gentium", Professor Ahmed Rechid of the Istanbul law faculty gave the following account of the inviolability of the envoy in Muslim law: "In Arabia, the person of the ambassador had always been regarded as sacred. Muhammad consecrated this inviolability. Never were ambassadors to Muhammad or to his successors molested. One day, the envoy of a foreign nation, at an audience granted to him by the Prophet, was so bold as to use insulting language. Muhammad said to him: 'If you were not an envoy I would have you put to death.' The author of the 'Siyer' which relates this incident draws from it the conclusion that there is an obligation to respect the person of ambassadors"⁽³³⁾. Ahmed Rechid adds further on: "The Prophet always treated the envoys of foreign nations with consideration and great affability. He used to shower gifts upon them and recommended his companions to follow his example, saying: 'Do the same as I'⁽³⁴⁾.

The Member States of the OIC determined to adhere their commitment to the principles of the United Nations Charter, the present Charter and International Law and to contribute to international peace and security, understanding and dialogue among civilizations, cultures and religions and promote and encourage friendly relations and good neighbourliness, mutual respect and cooperation⁽³⁵⁾.

III. Fulfillment of Obligations

Islamic law introduced a fundamental rule to public international law. This rule is fulfillment of obligations. Allah says in the Quran: "You

(33) See: United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (n 31) Dissenting opinion of Judge Tarazi, pp. 58-59.

(34) Ahmed Rechid, "L'Islam et le droit des gens", 60 Recueil des cours de l'Academie de droit international. 1937- II, pp. 421 f.

(35) Charter of OIC, The Preamble.

shall fulfill your covenants, for a covenant is a great responsibility"⁽³⁶⁾. This requires believers to fulfill their commitments and promises.

The rule of fulfillment of obligations means that obligations must be respected and non-fulfillment of obligations is a breach of the agreement. Relating to international agreements, the rule implies that every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

The rule of fulfillment of obligations (also known as *pacta sunt servanda*⁽³⁷⁾) is based on the principle of good faith which is well known in the Islamic doctrine. This principle implies that a party to the treaty cannot invoke domestic law as a justification for a failure to fulfill its obligations under the treaty⁽³⁸⁾.

It must be noted that the rule of fulfillment of obligations is limited by the peremptory norms⁽³⁹⁾ (also known as *jus cogens*⁽⁴⁰⁾) of public international law. This idea was known in the Islamic doctrine which talked about the limits of the agreement with the others⁽⁴¹⁾.

To emphasize the principle of fulfillment of obligations, Muslim jurists wrote several books. One of the famous jurists was Mohammed

(36) Surah: 17, Al-Isra' (The Night Journey, Children Of Israel), Verse: 34.

(37) *Pacta sunt servanda* is a phrase means "agreements must be kept" or "contracts must be honoured".

(38) International Law Commission, 'Draft Declaration of Rights and Duties of States' (1st Session 1949) art 13 stated that 'Every State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties and other sources of international law, and it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse for failure to perform this duty.'

(39) A peremptory norm of international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character. See: Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 22 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331 art 53.

(40) *jus cogens* is a phrase which means "mandatory norms".

(41) See: Ahmed Abou-el-Wafa, 'Contributions of Islam to the Development of a Global Community based on Rules of International Law' in Ronald St. John Macdonald and Douglas Johnston (eds), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community* (M. Nijhoff Publishers, Leiden 2005) 318-22.

bin al-Hassan al-Shaybani⁽⁴²⁾. He wrote Introduction to the Law of Nations (Siyar in Arabic). This was the first study on international law and it was eight centuries before Hugo Grotius wrote the first European study on international law. Following al-Shaybani, other Muslim jurists wrote several studies on the same subject. These early Islamic legal studies were concerned with the application of Islamic ethics and covered several topics of international law; including: the law of treaties; the conduct on the battlefield; the treatment of diplomats; the right of asylum; human rights; etc.

Muslim scholars and jurists laid down several rules regarding treaties and their interpretation. In his separate opinion, Judge Tarazi, stated that:

Islamic law had already provided that "in conventions, one must consider the intention of the parties and not the literal meaning of the words and phrases employed" (in Arabic: "‘Al ibratou fil ’ouqoud lil makasidi wal ma’ani, la lil alfazi wal mabani")⁽⁴³⁾

Now, most Islamic states are parties to numerous international conventions, and have thereby agreed to be bound by them⁽⁴⁴⁾.

IV. Respect of Human Dignity

Human Rights

People are born equal in dignity and rights. Allah says "We have honoured the sons of Adam"⁽⁴⁵⁾. This means that dignity should be

(42) Imam Muhammad bin al-Hassan al-Shaybani, died in year 189 H., a student of Imam Abu Hanifah (d. 150 H), wrote a relatively brief book, Kitab al-Siyar al-Saghir (the Shorter Book on International Law). Later on, he wrote a more comprehensive book, Kitab al-Siyar al-kabir (the Major Book on International Law).

(43) Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), [1978] ICJ Rep 3, Separate Opinion of Judge Tarazi, p.56.

(44) Mahmood Ahmad Ghazi, The Islamic Law of International Relations: Origins and Early Development, Policy Perspectives, July 2008, Volume5, Number3 <?tf> http://ips-pk.org/index.php?option=com_zine&view=article&id=183:The%20Islamic%20Law%20of%20International%20Relations:%20Origins%20and%20Early%20Development > accessed 7 April 2010.

(45) Surah 17. Al-Isra' (The Night Journey, Children Of Israel), Verse no. 70.

inviolable. In this direction, the Universal Declaration of Human Rights (1948) stated that: “All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood”⁽⁴⁶⁾.

Islam emphasizes the right of equality. No one is better than other except by good deeds. The Prophet (PBUH) said in his final sermon: “an Arab is no better than a non-Arab, and a non-Arab is no better than an Arab, and a black is no better than a white and a white is no better than a black except in piety and good deeds”. So clearly this shows that no one is better than anyone else except by their piety and good deeds and the superiority of a particular race even the Arabs is a bad notion refused by Islam. Islam also emphasizes that every person has the right of belief according to the Islamic rule: “no coercion in religion”⁽⁴⁷⁾.

Rules and principles of human rights have been elaborated and developed by Muslim jurists in the early centuries of Islam⁽⁴⁸⁾.

The denial of the principles of dignity and equality may lead to conflicts. So Islam calls to develop and encourage respect for human rights and fundamental freedoms for all, without distinction as to race, sex, language, national origin, religion or disability. In this regard, there are two international documents regarding human rights in Islam. These documents are:

- 1 - Cairo Declaration on Human rights in Islam adopted by the Organization of Islamic Conference in 1990.
- 2 - Universal Islamic Declaration of Human Rights adopted by the Islamic Council (a non-governmental organization) in 1981.

Article 1 of the Charter of the OIC states that:

the objectives of the Organization of the Islamic Conference shall be: to promote and to protect human rights and fundamental freedoms including the rights of women, children, youth, elderly and people with special needs

(46) Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 (III)) art 1.

(47) Surah 2, Al-Baqara (The Cow), Verse no. 256.

(48) See: Muhammad Tal'at Al-Ghunaimi, 'Justice and Human Rights in Islam' (2003) 59 Revue Egyptienne De Droit International 1, 9-19.

as well as the preservation of Islamic family values.” Also, the Member States of the OIC decided “to promote human rights and fundamental freedoms, good governance, rule of law, democracy and accountability⁽⁴⁹⁾”.

Humanitarian Law

International humanitarian law is principally consisting of the four Geneva Conventions of 1949 and the two additional Protocols of 1977⁽⁵⁰⁾. It includes the following five basic principles:

- 1 - Distinction between civilians and combatants;
- 2 - Prohibition of attack on those combatants who are no more engaged in the war;
- 3 - Prohibition of unnecessary suffering on the population;
- 4 - Principle of necessity; and
- 5 - Principle of proportionality (limiting violence to only what is necessary in fighting).

These principles are very similar to the Islamic principles. In fact, Islam was centuries ahead of Geneva conventions in establishing these principles.

In his dissenting opinion, Judge Weeramantry said:

Humanitarian law and custom have a very ancient lineage. They reach back thousands of years. They were worked out in many civilizations - Chinese, Indian, Greek, Roman, Japanese, Islamic, modern European, among others”⁽⁵¹⁾.

He added

“it is deep-rooted in many cultures Hindu, Buddhist, Chinese, Christian, Islamic and traditional African. These cultures have all given expression to a variety of limitations on the extent to which any means can be used for the purposes of fighting one’s enemy⁽⁵²⁾”.

(49) Charter of OIC, The Preamble.

(50) The Geneva Conventions have been ratified by almost all states and the two additional Protocols have been ratified by the vast majority of states.

(51) Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep 226, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p.443.

(52) Ibid 478.

In Islam, there is a clear distinction between the combatants of the enemy and the non-combatants; i.e. civilians and between military and civilian objects. During a war, the Messenger of Allah Mohammed (PBUH) saw the corpse of a woman lying on the ground and said: "She was not fighting. How then she came to be killed?"⁽⁵³⁾ From this incident, the Muslim jurists have drawn the principle that those who are non-combatants should not be killed during or after the war.

The main rules of Islamic conduct in armed conflict were summarized by Abu Bakr, the first caliph and close companion of the Prophet Mohammed (PBUH), in his instructions to the Islamic army. These instructions were as follows: "Stop, O people, that I may give you ten rules for your guidance in the battlefield. Do not commit treachery or deviate from the right path. You must not mutilate dead bodies. Neither kill a child, nor a woman, nor an aged man. Bring no harm to the trees, nor burn them with fire, especially those which are fruitful. Slay not any of the enemy's flock, save for your food. You are likely to pass by people who have devoted their lives to monastic services; leave them alone"⁽⁵⁴⁾.

Therefore, Muslims should follow these principles while in armed conflict regarding their behavior and the treatment of enemy persons and property. Consequently, Muslim fighters are forbidden from the following acts with respect to combatants:

- torturing of prisoners of war;
- killing the wounded;
- mutilating dead bodies;
- treachery;
- using poisoned weapons or weapons of mass destruction,

(53) It is narrated on the authority of 'Abdullah that a woman was found killed in one of the battles. The Messenger of Allah (PBUH) disapproved of the killing of women and children. Muhammad Fouad Abd El Baky (ed), *Saheeh Muslim* (Dar Revival of Arab heritage, Beirut 1954) Vol. 3 (Book of Jihad and Siyar) p. 1364, Number 1744.

(54) See: Wahbeh al-Zuhili, 'Islam and international law' (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 269, 269-83.

With respect to civilians, they must not be targets of the fighting and great care must be taken to avoid civilian casualties. Muslims are forbidden from the following acts:

- attacking, and killing non-combatants (including women, old people, children, diplomats and sick and disabled persons);
- attacking religious, medical or cultural institutions;
- rape and sexual abuse;
- massacres and ethnic cleansing;
- reprisals.

These rules were reflected in the practices of Muslims as well. As an example, "Richard the Lion Heart" executed three thousand Muslim prisoners of war who had surrendered to him after having taken his pledge to save their lives. However, "Salah al-Din al- Ayoubi" released a large number of prisoners of war when he did not find enough food for them.

In his dissenting opinion in the case of Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Judge Weeramantry said:

In the Islamic tradition, the laws of war forbade the use of poisoned arrows or the application of poison on weapons such as swords or spears. Unnecessarily cruel ways of killing and mutilation were expressly forbidden. Non-combatants, women and children, monks and places of worship were expressly protected. Crops and livestock were not to be destroyed by anyone holding authority over territory. Prisoners were to be treated mercifully in accordance with such Qur'anic passages as "Feed for the love of Allah, the indigent, the orphan and the captive." So well developed was Islamic law in regard to conduct during hostilities that it ordained not merely that prisoners were to be well treated, but that if they made a last will during captivity, the will was to be transmitted to the enemy through some appropriate channel⁽⁵⁵⁾.

(55) Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (n 50) p. 481.

In this context, the Member States of the OIC “determined to uphold the objectives and principles of international law as well as international humanitarian law.”⁽⁵⁶⁾

V. Peace

Peace is the rule regarding relations between the Islamic state and the other states⁽⁵⁷⁾. God says: “O you who believe! Enter into Peace completely.”⁽⁵⁸⁾ In fact, the word "Islam", in the Arabic language, derives from the same root of the word of “peace”.

Islam respects other state’s sovereignty and the principle of non-intervention in the internal affairs. The Member States of the OIC “determined to uphold the objectives and principles of the present Charter [of OIC], the Charter of the United Nations and international law as well as international humanitarian law while strictly adhering to the principle of non-interference in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any State.”⁽⁵⁹⁾

Dar Al Islam and Dar Al Harb

In the early centuries of Islam, Muslim jurists divided the world into three realms of existence. This division was based on the prevalence or absence of the Islamic law. The division was not a static and geographic division.

The three realms were:

- the territory of Islam (dar al-Islam),
- the territory of the covenant (dar al-’ahd),
- and the territory of war (dar al-harb).

The division was not a result of status of war and was not mentioned in the Qur’an or Sunnah. It was made by Muslim jurists simply to guide

(56) Charter of OIC, The Preamble.

(57) Wahbeh al-Zuhili said “The principle of peace and security is a firmly rule that should not be violated in any way, except in the case of aggression by others and when the enemy resorts to arms.” Wahbeh al-Zuhili (n 53) p. 271.

(58) Surah 2, Al-Baqara (The Cow), Verse no. 208.

(59) Charter of Organization of Islamic Conference (OIC), The Preamble.

Muslims in how they can treat with others and when Islamic law should apply.

Today, the division does not have any importance; particularly because all Islamic states are members in the United Nations and other international organizations.

Reasons of war in Islam

In Islam, resorting to war is only for:

- Self-defense: War in Islam is strictly prohibited unless responding to an aggression. The Holy Qur'an states "Fight in the cause of Allah those who fight you, but do not transgress limits; for Allah loveth not transgressors⁽⁶⁰⁾. Islam invites all the people to live together in peace. Before the war, Muslims should give the enemy the opportunity to choose between concluding a peace treaty or choosing the war. This means that war should be avoided as much as possible. It can only be the final solution when the peaceful means fail.
- Freedom among all nations and prevention of injustice: According to Islam, it is not permissible to tolerate injustice, oppression or violations of human rights; particularly genocide⁽⁶¹⁾. Allah says in the Qur'an:

And why should ye not fight in the cause of Allah and of those who, being weak, are ill-treated (and oppressed)? Men, women, and children, whose cry is: "Our Lord! rescue us from this town, whose people are oppressors; and raise for us from thee one who will protect; and raise for us from thee one who will help!"⁽⁶²⁾

Also, the Caliph Umar said when did you enslave people who were born free?! In this case, the purpose of the war is to liberate the oppressed

(60) Surah 2. Al-Baqara (The Cow), Verse no. 190.

(61) The UNESCO principles on tolerance mentioned:

(1) Consistent with respect for human rights, the practice of tolerance does not mean toleration of social injustice or the abandonment or weakening of one's convictions. It means that one is free to adhere to one's own convictions and accepts that others adhere to theirs. It means accepting the fact that human beings, naturally diverse in their appearance, situation, speech, behavior and values, have the right to live in peace and to be as they are. It also means that one's views are not to be imposed on others.

(62) Surah 4. An-Nisa' (Women), verse no. 75.

people, not to colonize them or to push them towards converting to Islam.

Peace requires respect for diversities among people as well as it establishes a suitable environment where people of diverse characters can live together in peace and harmony⁽⁶³⁾. This requires condemnation and combating of terrorism.

Terrorism

Terrorism is a global phenomenon⁽⁶⁴⁾. It is not connected to any religion, culture or country. It is a universal threat which clearly needs a global action by all states. Individual actions by some states cannot in themselves provide the final solution. Consequently, appropriate scientific analysis should be undertaken to find the root causes and to put the effective countermeasures.

Islam rejects terrorism and in no circumstance can Islamic principles be used to justify terrorist acts. Islam protects the right of life. The Qur'an said:

(63) Umar Faruq Abd-Allah, 'Islam and The Cultural Imperative' (2003) 8 The Journal of Islamic Law and Culture 89, 95. He mentioned:

The Prophet Muhammad and his Companions were not at war with the world's cultures and ethnicities but entertained an honest, accommodating, and generally positive view of the broad social endowments of other peoples and places. The Prophet and his Companions did not look upon human culture in terms of black and white, nor did they drastically divide human societies into spheres of absolute good and absolute evil. Islam did not impose itself – neither among Arabs or non-Arabs – as an alien, culturally predatory worldview. Rather, the Prophetic message was, from the outset, based on the distinction between what was good, beneficial, and authentically human in other cultures, while seeking to alter only what was clearly detrimental. Prophetic law did not burn and obliterate what was distinctive about other peoples but sought instead to prune, nurture, and nourish, creating a positive Islamic synthesis.

(64) According to art 1/2 of the Convention of the OIC on Combating International Terrorism (adopted 1 July 1999 by The Islamic Conference of Foreign Ministers), "Terrorism" means any act of violence or threat thereof notwithstanding its motives or intentions perpetrated to carry out an individual or collective criminal plan with the aim of terrorizing people or threatening to harm them or imperiling their lives, honor, freedoms, security or rights or exposing the environment or any facility or public or private property to hazards or occupying or seizing them, or endangering a national resource, or international facilities, or threatening the stability, territorial integrity, political unity or sovereignty of independent States."

That is why we decreed for the children of Israel that if anyone killed a person except (as punishment) for murder or for spreading corruption in the land, it would be as if he killed all mankind: and if any one saved a life, it would be as if he saved the life of all mankind⁽⁶⁵⁾.

It is important to note that one of the objectives of the OIC is “to cooperate in combating terrorism in all its forms and manifestations, organised crime, illicit drug trafficking, corruption, money laundering and human trafficking”⁽⁶⁶⁾. Also, most Islamic states are parties to conventions on the suppression of terrorism and they have thereby agreed to be bound by their requirements; including:

- condemnation of international terrorism;
- taking the appropriate measures to prevent terrorist acts;
- extradition or prosecution of the suspected terrorists;
- punishment of the guilty.

Terrorism and armed resistance

There is a big difference between terrorism and the armed resistance against foreign occupation. The criteria to differentiate between them are the status of occupation. This means that when there is an occupation, armed resistance shall be permissible and cannot be considered as terrorism⁽⁶⁷⁾. For this reason, the Member States of OIC decided:

to support the struggle of the Palestinian people, who are presently under foreign occupation, and to empower them to attain their inalienable rights, including the right to self-determination, and to establish their sovereign state with Al-Quds Al-Sharif as its capital, while safeguarding its historic and Islamic character, and the holy places therein⁽⁶⁸⁾.

(65) Surah 5. Al-Ma’ida (The Table, The Table Spread), Verse no. 32.

(66) Charter of OIC, article 1/18.

(67) According to art 2/A of Convention of the OIC on Combating International Terrorism, Peoples struggle including armed struggle against foreign occupation, aggression, colonialism, and hegemony, aimed at liberation and self-determination in accordance with the principles of international law shall not be considered a terrorist crime.

(68) Charter of OIC, The Preamble.

VI. Justice

Meaning of Justice

Justice means giving every person his due. It has several terms in Qur'an such as fairness (adel), equity (qist), balance (mizan) and right (haqq)⁽⁶⁹⁾.

It is interesting to note that one of the main purposes of the messengers and prophets was to achieve justice in the world. The Qur'an says: "We sent aforetime our messengers with clear signs and sent down with them the Book and the Balance (of Right and Wrong), that men may stand forth in Justice"⁽⁷⁰⁾. The Prophet (PBUH) reports that Allah Almighty said: "O my servants! I have forbidden injustice for Myself and forbade it also for you. So avoid being unjust to one another"

Muslims are urged in the Qur'an to live with justice. The Qur'an is full of verses emphasizing the importance of justice; like:

- Allah commands justice⁽⁷¹⁾.
- Allah doth command you to render back your Trusts to those to whom they are due; And when you judge between people, that you judge with justice⁽⁷²⁾.
- whenever you speak, speak justly, even if a near relative is concerned⁽⁷³⁾.
- be fair: for Allah loves those who are fair (and just)⁽⁷⁴⁾.
- o you who believe! stand out firmly for Allah, as witnesses to fair dealing, and let not the hatred of others to you make you swerve to wrong and depart from justice. Be just: that is next to piety: and fear Allah. For Allah is well-acquainted with all that you do⁽⁷⁵⁾.

(69) Muhammad Tal'at Al-Ghunaimi (n 47) p. 1.

(70) Surah 57. Al-Hadid (Iron), verse no. 25

(71) Surah 16. An-Nahl (The Bee), verse no. 90

(72) Surah 4. An-Nisa' (Women), verse no. 58.

(73) Surah 6. Al-An'am (Cattle, Livestock), verse no. 152.

(74) Surah 49. Al-Hujurat (The Private Apartments, The Inner Apartments) verse no. 9.

(75) Surah 5. Al-Ma'ida (The Table, The Table Spread), Verse no. 8.

According to these verses, it is not allowed in Islam to do injustice even when dealing with the enemy.

Judge Fouad Ammoun, in his separate opinion in the case of North Sea Continental Shelf, stated that:

the principle of equity manifests itself... in Muslim law which is placed on the basis of equity (and more particularly on its equivalent, equality) by the Koran and the teaching of the four great jurisconsults of Islam condensed in the Shari'a."⁽⁷⁶⁾ He added "Equity, as a principle of equality already perceived by the Phoenician-Roman jurisconsults, is to be found even in the terminology of the law of Islam"⁽⁷⁷⁾.

In his separate opinion, Judge Weeramantry stated:

The list of sources cited by Judge Ammoun provides a vast resource from which to quarry the elements of the universal sense of justice and fairness that underlies the meaning of equity. Some other important sources should also be mentioned -the fine analyses of justice in Greek and Judaic philosophy; the equity-impregnated concept of "dharma" in Hindu jurisprudence; the elaborately researched concept of fairness and justice in Buddhism; the Christian tradition of justice and conscience as "weightier matters of the law" as opposed to mere legalism; and the Qur'anic injunction :

"If thou judge
judge in equity between them
for God loveth those
who judge in equity"⁽⁷⁸⁾

(76) Case of North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands) [1969] ICJ Rep 3, p. 139, para. 38.

(77) Ibid 139 footnote 2.

(78) Surah 5, Verse 45, Yusuf Ali's translation. In particular, the technique of legal reasoning called *istihsan*, referred to by Judge Ammoun, accords an important role to equity. See, also, John Makdisi, "Legal Logic and Equity in Islamic Law", 33 American Journal of Comparative Law (1985), p. 63; H. Afchar, "The Muslim Conception of Law", International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, pp. 90-96, and the same author on "Equity in Musulman Law", in Ralph Newman (ed.), Equity in the Worlds Legal Systems, 1973, pp. 11 1-123.

which has been the subject of extensive commentary over the centuries by the jurists of Islam⁽⁷⁹⁾.

He added:

The second illustration comes from Islamic law which enshrines another deeply relevant equitable idea -the idea that earth resources such as land cannot be the subject of outright ownership as is the case with movables, but are the subject of trusteeship for the benefit of all future generations. Such a juristic concept dictates the principle that such resources must be treated with the care due to the property of others and that the present must preserve intact for the future the inheritance it has received from the past. In such equitable principles may lie a key to many of the environmental concerns which affect the land, the sea and the air space of the planet⁽⁸⁰⁾.

The Relation between Justice and Peace

Establishing justice is the main mission of Islam. Therefore, Muslims are argued to carry on this mission in the world. Consequently, rules of international law should be created on justice. There is a strong relationship between peace and justice. Applying justice is a necessary step towards establishing peace and security in the world. In fact, justice must be considered one of the essential prerequisites of peace. In other words, it is true to say “No Peace Without Justice”. When justice disappears, it becomes no wonder to see oppression and corruption.

In the Islamic history, “the people of Samarqand complained to Caliph Umar Ibn Abdul-Aziz that the Muslim army entered their city without prior warning. Umar appointed a judge who found that their complaint was valid. Consequently Umar ordered the army to leave the city”⁽⁸¹⁾.

(79) Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (n 3) pp. 275-276, para. 238.

(80) Ibid 278, para 243.

(81) Abu Al Hasan Al baladhuri, Futuh Al Buldan (1st edn Dar and library of El Helal, Beirut 1983) 407.

In his dissenting opinion, Judge Shahabuddeen mentioned:

In his critical study of history, Ibn Khaldûn referred to "the explanation that laws have their reason in the purposes they are to serve". Continuing, he noted that "the jurists mention that... injustice invites the destruction of civilization with the necessary consequence that the species will be destroyed", and that the laws "are based upon the effort to preserve civilization"⁽⁸²⁾. Thus, the preservation of the human species and of civilization constitutes the ultimate purpose of a legal system. In my opinion, that purpose also belongs to international law, as this is understood today⁽⁸³⁾.

One of the objectives of the Organisation of the Islamic Conference is "to promote inter-state relations based on justice, mutual respect and good neighbourliness to ensure global peace, security and harmony."⁽⁸⁴⁾

Applying justice in the society means giving every person the right to live as he/she is. Consequently, forced assimilation and any policy aiming to exterminate the identity of the others are rejected⁽⁸⁵⁾.

Rejection of double standards

Today, in the world, there is a lot of injustice including social injustice, economic injustice and political injustice. One of the most serious examples is the policy of double standards which is the extreme form of international injustice. This policy leads to political conflicts and gravely endangers international peace and security.

Islam refuses the idea of the power creates the right. Instead of that, Islam knows the idea of justice creates and protects the right. This requires just and impartial international standards. So the policy of

(82) Ibn Khaldûn, *The Muqaddimah*, An Introduction to History, trans. Franz Rosenthal, edited and abridged by N. J. Dawood, 1981, p. 40.

(83) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (n 50) Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, p. 381.

(84) Charter of OIC, art 1/6.

(85) See: Ali Ahmed, 'The Role of Islamic Law in the Contemporary World Order' (2001) 6 *The Journal of Islamic Law and Culture* 157, 157-71.

double standards is totally rejected in Islam. This is clear from the following incident.

A'isha reported that the Quraish had been anxious about the Makhzumi woman who had committed theft, and said: Who will speak to Allah's Messenger (PBUH) about her? They said: Who dare it, but Usama, the loved one of Allah's Messenger (PBUH)? So Usama spoke to him. Thereupon Allah's Messenger (PBUH) said: Do you intercede regarding one of the punishments prescribed by Allah?! He then stood up and addressed (people) saying:

O people, those who have gone before you were destroyed, because if any one of high rank committed theft amongst them, they spared him; and if anyone of low rank committed theft, they inflicted the prescribed punishment upon him. By Allah, if Fatima, daughter of Muhammad, were to steal, I would have her hand cut off⁽⁸⁶⁾.

Economic Sanctions

Another example of injustice is the policy of economic sanctions. These sanctions may lead to serious consequences and hence violate international law. For example, in Cuba, the United States embargo, combined with the pressure on other countries not to do business with Cuba, has seriously damaged the Cuban economy. The blockade violates human rights, including the right to food, and the sanctions are directed not only against Cuba, but also against other States through the foreign companies with which Cuba trades⁽⁸⁷⁾. In Iraq, the sanctions were the most comprehensive total sanctions that have ever been imposed on a country. Concerning the number of deaths, directly attributable to the

(86) Bukhari (n 15) vol. 6 (Al Hudod Section), p. 2491, Number 6406; Muslim (n 52), vol. 3 (Al Hudod Section), p. 1315, Number 1688.

(87) In 1960, the United States of America imposed unilateral trade embargo against Cuba. In 1996, the Government of the United States reinforced these economic sanctions by adopting the Helms-Burton Act. Under this Act, economic sanctions are imposed not only on Cuba, but on all foreign companies which have commercial dealings with Cuba. See: Marc Bossuyt, The adverse consequences of economic sanctions on the enjoyment of human rights, E/CN.4/Sub.2/2000/33., paras. 58-100.

sanctions, estimates range from half a million to a million and a half, with the majority of the dead being children⁽⁸⁸⁾.

Therefore, States participating in economic sanctions⁽⁸⁹⁾ should ensure that they do not lead to the deprivation of necessary food for the population⁽⁹⁰⁾.

Economic Sanctions are rejected in Islam because they are contrary to the principle that "every individual is responsible for his actions. Responsibility for a crime cannot be extended to other members of his family or group, who are not otherwise directly or indirectly involved in the commission of the crime in question."⁽⁹¹⁾

Conclusions

Based on the previous discussion about the role of general principles of Islamic law in the contemporary international law, the following conclusions may be highlighted:

- 1) - Contemporary international law includes a group of principles and rules whose roots exist in different civilizations. In this context, Islamic law has greatly contributed to the development of international law. In his dissenting opinion, Judge Tarazi, mentioned that:

In a work entitled International Law, published by the Institute of State and Law of the Academy of Sciences of the USSR, the

(88) Ibid, para 63.

(89) During the 1990s the Security Council has imposed sanctions in relation to South Africa, Iraq/Kuwait, parts of the former Yugoslavia, Somalia, the Libyan Arab Jamahiriya, Liberia, Haiti, Angola, Rwanda and the Sudan.

(90) The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in its General Comment 8, states that "While the impact of sanctions varies from one case to another, the Committee is aware that they almost always have a dramatic impact on the rights recognized in the Covenant. Thus, for example, they often cause significant disruption in the distribution of food". General Comment 8, the relationship between economic sanctions and respect for economic, social and cultural rights, U.N. Doc. E/C.12/1997/8 (1997), para. 3. Also, Jean Ziegler (the Special Rapporteur on the right to food) stated "the Security Council, in subjecting the Iraqi people to a harsh economic embargo since 1991, is in clear violation of its obligation to respect the right to food of people in Iraq." Jean Ziegler, The right to food, Report submitted in accordance with Commission on Human Rights, resolution 2001/25,, para. 123.

(91) Universal Islamic Declaration of Human Rights, Art V: e

following is to be read on the conduct in the Middle Ages of the Arabs, the bearers of the Islamic faith: "The Arab States, which played an important part in international relations in the Middle Ages (from the 7th century) had well-developed conceptions regarding the Law of Nations, closely linked with religious precepts. The Arabs recognised the inviolability of Ambassadors and the need for the fulfilment of treaty obligations. They resorted to arbitration to settle international disputes and considered the observance of definite rules of law necessary in time of war ('the blood of women, children and old men shall not besmire your victory')⁽⁹²⁾.

- 2 - Muslim jurists have greatly contributed to the progress of the international law. They laid the science of Siyar which is concerned with the relations between the Islamic state and the others. Mohammed bin al-Hassan al-Shaybani⁽⁹³⁾ was the first jurist of international law. He wrote outstanding books on international law⁽⁹⁴⁾. More than eight centuries after his death, Hugo Grotius⁽⁹⁵⁾ (father of international law) wrote his three books titled "On the Law of War and Peace"⁽⁹⁶⁾. In his Dissenting Opinion, Judge Weeramantry said:

Grotius' encyclopedic study of literature, from which he drew his principles, did not of course cover the vast mass of Hindu, Buddhist and Islamic literature having a bearing on these matters, and he did not have the benefit of this considerable supplementary source, demonstrating the universality and the extreme antiquity of the branch of law we call the jus in bello"⁽⁹⁷⁾.

- 3 - The universal and comprehensive application of international law has not been achieved for the following two reasons:

A- The contemporary rules of international law have shown ineffectiveness in dealing with some current problems.

(92) United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (n 29) Dissenting opinion of Judge Tarazi, p. 59.

(93) Mohammed bin al-Hassan al-Shaybani (750-805)

(94) The famous books of Al-Shaybani are Al Siyar Al Sagher and Al Siyar Al kabir.

(95) Hugo Grotius (10 April 1583 - 28 August 1645).

(96) On the Law of War and Peace" was first published in 1625.

(97) Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (n 50) Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p.482.

- B- Many states still look to international law and its institutions; particularly the UN, as a western tool designed to observe the western interests and subjugate the world. Indeed, the situation in Palestine may confirm the correctness of this view.
- 4 - To facilitate expanding the universal implementation of international law, the international community should acknowledge and respect the efforts and concepts of all civilizations regarding international law⁽⁹⁸⁾. In this context, ignoring or marginalization of Islamic contributions involves religious prejudice⁽⁹⁹⁾. In fact, international law is based on equality between states. It does not distinguish in the membership of the international community based on religious, geographical or cultural differences. Consequently, this gives the opportunity to all states and civilizations to continue their efforts and participations in developing and promoting rules of international law.
- 5 - Islam and its scholars introduced several principles and rules regarding international law. The main principles are:
- unity of the human race;
 - international cooperation;
 - fulfillment of obligations;
 - respect of the human dignity;
 - peace;
 - justice.

(98) Antony Anghie, 'Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law' (1999) 40 Harvard Law Review 1, 76. Antony Anghie noticed that: the International Court of Justice may theoretically draw upon 'the general principles of law recognized by civilized nations,' where 'civilized' must now be understood to mean all nations. But an examination of the recent jurisprudence of the Court suggests that little effort has been made to draw upon the legal traditions and systems of non-Western peoples in the administration of international justice. International law remains emphatically European in this respect, regardless of its supposed receptivity to other legal thinking.

(99) In her survey of all articles published in the American Journal of International Law, Lori Fisler Damrosch concluded that "Islamic influence on international law has received less attention than it undoubtedly deserves." Lori Fisler Damrosch, 'The "American" and the "International" in the American Journal of International Law' (2006)100 American Journal of International Law 2, 9-10.

More than fourteen centuries after the emergence of Islam,⁽¹⁰⁰⁾ these principles are just as significant as they were when they were declared in the era of the Prophet Muhammad (PBUH). Therefore, it is important to invoke Islamic principles of international law to prevent the international instability and conflicts and to achieve the international peace and security and welfare in the world. Also, these principles may play a constructive role in preventing intolerance and terrorism and contributing to the replacement of the culture of hostility by a culture of peace⁽¹⁰¹⁾.

- 6 - The general principles of law recognized by the Islamic law form a source of public international law. Hence, states may invoke these principles in the international matters; including judicial settlements.
- 7 - The Islamic principles can provide useful guidelines to the international judge where there is no applicable law. So the judge can avoid non liquet.
- 8 - Taking Islamic principles into consideration will promote the effective participation of Islamic countries in the international affairs.
- 9 - The application of Islamic principles supports the compliance of the Islamic states with contemporary international law.

(100) The emergence of Islam was in 610.

(101) Ali Ahmed noticed that “even as there is little irreconcilable difference between the U.N. and Islamic law systems, one has noticed lack of engagement of the latter in resolving international issues in places and matters that are most appropriate.”, Ali Ahmed (n 84) p. 160.

